



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ULUSLARARASI BELGELER IŞIĞINDA ANAYASAL BİR ZORUNLULUK
OLARAK AİLENİN DEVLET TARAFINDAN KORUNMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Berat Kumsel

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Aralık 2024



**T.C.
ANKARA SOSYAL BİLİMLER ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**ULUSLARARASI BELGELER IŞIĞINDA ANAYASAL BİR ZORUNLULUK
OLARAK AİLENİN DEVLET TARAFINDAN KORUNMASI**

Yüksek Lisans Tezi

Berat Kumsel

Kamu Hukuku Tezli Yüksek Lisans Programı

Prof. Dr. Bülent Kent

Aralık 2024

TEŞEKKÜR

Bana olan inancını ve desteğini her daim yanımda hissettiğim, kendisinden çok şey öğrendiğim danışmanım ve kıymetli hocam Prof. Dr. Bülent KENT'e sonsuz şükranlarımı sunarım. Tez savunma jürimde bulunarak bu çalışmaya yapıcı eleştirileri, görüş ve önerileriyle katkı sağlayan değerli hocalarım Dr. Öğr. Üyesi Melikşah ÇIRAKOĞLU ve Dr. Öğr. Üyesi Muhammed GÖÇGÜN'e teşekkürü bir borç bilirim.

İlme olan bağlılığı ile bana örnek olan Doç. Dr. Aydın KUDAT'a ayrıca teşekkür ederim.

Üniversitenin ilk yıllarından beri aynı yolda yürüdüğümüz ve aynı hayalleri paylaştığımız dostlarım Arş. Gör. Hüseyin ÖZTÜRK'e, Arş. Gör. Bahadır KUŞ'a ve Av. Oğulcan KÜÇÜK'e muhabbetle teşekkür ederim.

Hayatım boyunca maddi ve manevi destekleri ile yanımda olan, her zaman hayatımı kolaylaştırmak için bin bir emek sarf eden kıymetli anneme, babama ve ablama minnet ve şükran borçluyum.

Tüm bu yüksek lisans sürecinde vaktinden çaldığım, tüm zorlukların üstesinden beraber geldiğimiz, hayat ortağım olan eşime de edilebilecek en büyük ve samimi teşekkürü borçluyum.

Teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

TEŞEKKÜR.....	i
İÇİNDEKİLER.....	ii
ÖZET	vi
ABSTRACT	vii
KISALTMALAR.....	viii
GİRİŞ	1

BÖLÜM 1

TOPLUMUN VE DEVLETİN TEMELİ OLARAK AİLE

1. SOSYOLOJİK AÇIDAN AİLE	3
1.1 Ailenin Tanımı.....	3
1.2 Ailenin Kökeni ve Gelişimi	7
1.3 Ailenin Toplumla İlişkisi	10
1.3.1 İslamiyet Öncesi Dönemde Türk Aile Yapısı	11
1.3.2 İslamiyet Döneminde Türk Aile Yapısı	16
1.3.3 Cumhuriyet Dönemi Türk Aile Yapısı.....	18
1.4 Ailenin Devletle İlişkisi	19
1.4.1 İslamiyet Öncesi Türklerde Devlet ve Aile İlişkisi.....	20
1.4.2 İslam’da Devlet ve Aile İlişkisi	21
1.4.3 Liberal Devlet ve Aile İlişkisi.....	23
1.4.4 Sosyalist Devlet ve Aile İlişkisi.....	24
1.4.5 Sosyal Devlet ve Aile İlişkisi	28

2.	HUKUKİ AÇIDAN AİLE	30
2.1	Türk Hukukunda Aile	31
2.1.1	Anayasada Aile	31
2.1.2	Türk Medeni Kanunu'nda Aile	34
2.1.3	Türk Ceza Kanunu'nda Aile	37
2.2	Uluslararası Metinlerde Aile	40
2.2.1	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	41
2.2.2	Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	42
2.2.3	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	43

BÖLÜM 2

ULUSLARARASI BELGELER IŞIĞINDA ANAYASAL BİR ZORUNLULUK OLARAK AİLENİN KORUNMASI

1.	AİLENİN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI BELGELER VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI .	46
1.1	Ailenin Korunmasına İlişkin Uluslararası Belgeler	46
1.1.1	Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi	47
1.1.1.1	Ailenin Her Türlü Müdahaleden Korunması	48
1.1.1.2	Ailenin Mevcudiyeti	49
1.1.1.3	Çalışma Hürriyeti	49
1.1.1.4	Sosyal Refah	50
1.1.2	Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme	51

1.1.2.1	Aile Hayatına Saygı	51
a.	Özel Hayatın Korunması	52
b.	Aile Hayatının Korunması	52
c.	Evin Dokunulmazlığı	53
d.	Yazışmaların Gizliliği	53
1.1.2.2	Aile ve Evlilik Hakları	54
a.	Ailenin Korunması	54
b.	Evlilik Hakkı ve Eşitlik	55
c.	Evliliğin Rızaya Dayalı Olması	55
d.	Eşlerin Hakları	55
1.1.3	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi	56
1.1.3.1	Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı	56
a.	Aile Hayatı Kavramı	57
b.	Aile Hayatına Saygı Hakkının Sınırlanması	61
1.1.3.2	Evlenme Hakkı	63
1.1.3.3	Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Evlenme Hakkı Arasındaki İlişki	65
1.2	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Aile ve Ailenin Korunması	66
1.2.1	Evlat Edinme	67
1.2.2	Cezaevinde Çocuk Sahibi Olma	67
1.2.3	Suni Döllenme Yoluyla Çocuk Sahibi Olma	68
1.2.4	Boşanma Hakkı	68
1.2.5	Cezaevlerinde Bulunan Kişilerin Evlenmesi	69
1.2.6	Yabancılarla Evlenme	70
1.2.7	Ailenin Kurulmasında Evlenme Yaşı	71
1.2.8	Trans Bireylerin Evlenmesi	72

1.2.9	Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evlenmesi	73
1.2.10	Dini Nikah	76
1.2.11	Ailenin Korunmasında Soybağının Önemi	78
1.2.12	Sınır Dışı İşleminden Kaynaklı Aile Birliğinin Bozulması	83
2.	ANAYASAL BİR ZORUNLULUK OLARAK AİLENİN	
KORUNMASI		89
2.1	Aile Kavramı ile İlgili Anayasal Hükümlerin Değerlendirilmesi	89
2.1.1	1961 Anayasası'nda Ailenin Korunması	91
2.1.1.1	Ailenin Korunması	91
2.1.1.2	Sağlık Hakkı.....	92
2.1.2	1982 Anayasası'nda Ailenin Korunması	93
2.1.2.1	Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları	94
2.1.2.2	Kanun Önünde Eşitlik	97
2.1.2.3	Özel Hayatın Gizliliği	98
2.2	Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Aile ve Ailenin Korunması .	99
2.2.1	Evlenme Hakkı	102
2.2.2	Aile Kurma Hakkı.....	104
2.2.3	Boşanma Hakkı.....	106
2.2.4	Yabancılarla Evlenme.....	108
2.2.5	Zorla Evlendirme	112
2.2.6	Dini Nikah	113
SONUÇ		118
KAYNAKÇA		120
ÖZGEÇMİŞ	HATA! YER İŞARETİ TANIMLANMAMIŞ.	

ÖZET

Çalışma, Türkiye'deki anayasal düzenlemeler ve uluslararası insan hakları hukuku bağlamında ailenin korunmasını ele alan kapsamlı bir akademik çalışmanın bölümlerinden oluşmaktadır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi uluslararası belgelerdeki aile kavramı ve ailenin korunmasına ilişkin hükümleri detaylı bir şekilde incelenerek, bu belgelerdeki tanımlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararları ışığında ailenin hukuki yapısını ve korunmasını analiz edilmektedir. Anayasa'nın 41. maddesi ve Anayasa Mahkemesi kararlarıyla birlikte, Türk Medeni Kanunu ve Türk Ceza Kanunu'ndaki ilgili hükümler de çalışmada değerlendirilmekte ve liberal ve sosyal devlet anlayışlarının aileyle ilişkisi incelenmektedir. Çalışmanın temel amacı, ailenin anayasal bir çerçevede korunmasının bir zorunluluk olup olmadığını, devletin ailenin korunmasında aktif ve pasif yükümlülüklerini belirlemektir.

Anahtar Kelimeler: Ailenin Korunması, Anayasa'da Aile, Uluslararası Belgelerde Aile

ABSTRACT

The study comprises sections from a comprehensive academic work that examines the protection of the family within the framework of constitutional regulations in Turkey and international human rights law. It delves into the concept of family and the provisions related to its protection as outlined in international documents such as the Universal Declaration of Human Rights and the European Convention on Human Rights. By analyzing these definitions and the case law of the European Court of Human Rights (ECHR), the study evaluates the legal structure and protection of the family. Alongside Article 41 of the Turkish Constitution and the decisions of the Constitutional Court, relevant provisions in the Turkish Civil Code and Turkish Penal Code are also reviewed. Furthermore, the relationship between liberal and social state principles and the family is examined. The primary aim of this study is to determine whether the constitutional protection of the family is a necessity and to identify the state's active and passive obligations in safeguarding the family.

Keywords: Protection of the Family, Family in the Constitution, Family in International Documents

KISALTMALAR

- AİHK : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM : Anayasa Mahkemesi
Bkz. : Bakınız
BM : Birleşmiş Milletler
Çev. : Çeviren
DPT : Devlet Planlama Teşkilatı
E. : Esas
ECHR : European Convention on Human Rights
Ed. : Editör
f. : Fıkra
K. : Karar
m. : Madde
MSHS : Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme
SSCB : Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği
TDV : Türkiye Diyanet Vakfı
TMK : Türk Medeni Kanunu

GİRİŞ

İnsan fitratı gereği sosyal bir varlıktır ve bu durum insanı toplum içerisinde yaşamaya itmektedir. Nitekim insanlar da güvenlik kaygısı, yardımlaşma ve dayanışma gibi nedenlerle fitratlarına uygun olarak bir arada yaşamayı tercih ederler. Bu tercih yalnız bir geçim ve hayatta kalma meselesine indirgenemeyecek kadar derindir. Öyle ki insan hayatta kalmak için çaba sarf ederken geleneksel, ahlaki, dini ve estetik bir çerçeve içerisinde kalmaya çalışır.¹ Bu çerçeve, insan fitratı ile beraber içerisinde yaşadığı toplumun çizdiği bir çerçevedir.

İnsan, dünya üzerindeki varlığının ilk anından bugüne kadar geçen zaman zarfında, çok çeşitli şekillerde içtimai ilişkiler kurmuştur. İnsanlar arasındaki bu ilişkiler kimi zaman çok girift olurken kimi zaman da pek basit görünümündedir. İşte bu ilişkiler örüntüsünde tarihi en eski çağlara kadar uzanan çekirdek bir parça vardır: Aile.

Bir ailede doğarız, bir ailede olgunlaşırız, yeni aileler kurarız ve ölümle birlikte ailelerimizden ayrılmak zorunda kalırız. Aile yaşamı evrensel bir insan deneyimidir. Ancak hiçbir iki birey tam olarak aynı deneyimi paylaşmaz. Bunun nedeni her aile sistemindeki benzersiz iletişim kalıplarından kaynaklanmasıdır. Aile yaşamı, hayatımızda o denli güçlü bir etki meydana getirir ki kendimizi daha iyi anlamak için aile ilişkilerini incelememiz gerekir; çünkü aile, en karmaşık ve önemli toplumsal gruplardan biri olarak bizi etkiler. Aile içi iletişim kalıpları, aile deneyimini hem oluşturur hem de yansıtır. Ailelerimizi biz şekillendiririz, ancak aynı zamanda bu aileler tarafından şekillendiriliriz.²

Kişi içerisine doğduğu aile ile ilk toplumsal teması kurar ve sosyalleşmeye başlar.³ Bu sosyalleşme, içgüdülerin gelişmesi, alışkanlıkların kazanılması ve

¹ Birsen Gökçe, “Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme”, *Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi* 8, sy 1-2 (1976): 46.

² Kathleen M. Galvin, Carma L. Bylund, ve Dawn O. Braithwaite, *Family Communication: Cohesion and Change*, 9. Baskı (Boston: Pearson, 2015), 16.

³ Ahmet Bilgili, “Avrupa Topluluğu ile Bütünleşme Sürecinde Türk Aile Yapısı” (Doktora Tezi, İstanbul, Mimar Sinan Üniversitesi, 1993), 4.

yeteneklerin keşfedilmesiyle kişiyi toplumsal bir role büründürür. Her rolden insan ile toplum bir bütünlük içerisinde var olur.

Toplum içerisindeki örüntüyü incelediğimizde ve parçadan bütüne bir silsile takip ettiğimizde karşılaştığımız ilk kurum aile kurumu olmaktadır. Aile, bu çekirdek konumu itibarıyla, toplumlarda insani değerlerin, kültürel kimliğin ve tarihi sürekliliğin geleceğe aktarıcısı olagelmıştır.⁴ Bu nedenlerle aile kavramı ve aile içindeki sosyal ilişkilerin ve birimlerin korunması göz ardı edilemeyecek bir konuma ve önceliğe sahiptir. Öncelikle, aile birimi toplumun ayrılmaz bir parçasıdır ve dolayısıyla devletin onu koruması ve sürekliliğini sağlaması önemlidir. İkincisi, aile içindeki ilişkiler o kadar değerlidir ki, aile üyeleri diğer bireylerden ve devletten korunma talep edebilmelidirler, bu da ulusal ve uluslararası alanda geçerlidir.⁵

Aile, toplum ve devlet kavramları parçadan bütüne doğru ilerleyen yapılar gibi görünebilir ancak her biri diğerlerine karşın bir denge unsurudur. Üç kefli bir terazide duran üç eşit aya gibidirler. Aralarındaki dengenin biri lehine bozulması diğerlerini zayıflatır gibi görünse de bu durum her birini çeşitli yönlerden yaralayacaktır.⁶

Devletin temel metni olan anayasada ailenin ne şekilde tarif edildiği ve nasıl korunduğu meselesi ise hukuka ilişkin zihin dünyamızda yeni ufuklar açacaktır. Bu nedenle aile kavramını anlamak toplumu ve devleti anlamada önemli bir rol oynar.

Çalışmamızın birinci bölümünde aile kavramının toplumla ve devletle olan ilişkisini tespit edip sosyolojik ve hukuki yönden irdelemeye çalışacağız. Son bölümde ise öncelikle ailenin korunması noktasında uluslararası metinlerdeki aile kavramını ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen kararları ele alacağız. Sonrasında da çalışmamızın temeli olarak ailenin anayasal bir çerçevede korunmasını inceleyeceğiz. Burada devletin aktif ve negatif yükümlülükleri açısından ailenin devlet tarafından korunmasında bir zorunluluk olup olmadığını tespit etmeye çalışacağız.

⁴ Semra Demirkan, “Türk Ailesinin Korunması ve Güçlendirilmesinde Sivil Toplum Kuruluşları ile İşbirliğinin Önemi”, *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, sy 9 (2006): 92.

⁵ Kath O’donnell, “Protection of Family Life: Positive Approaches and The ECHR”, *Journal of Social Welfare and Family Law* 17, sy 3 (1995): 261.

⁶ Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu, “Türk Aile Sosyolojisi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 11, sy 3-4 (1945): 252.

BÖLÜM 1

TOPLUMUN VE DEVLETİN TEMELİ OLARAK AİLE

Sosyal bilimler içerisinde bulunan iki bilim dalı çalışmamızın konusu için ciddi önem arz etmektedir. Bunlar hukuk ve sosyolojidir. Başlığımız itibarıyla toplumun ve devletin temeli olarak addettiğimiz aile kurumu her iki bilim dalında da detaylı araştırmalara ve değerlendirmelere tabi tutulmuştur. Çalışmamızın bu bölümünde yapacağımız incelemelerle hukuk ve sosyoloji bilimlerinin keşişim kümesinde aile kavramının nasıl bir konumda olduğunu ortaya koymak niyetindeyiz.

1. SOSYOLOJİK AÇIDAN AİLE

Çalışmamızın ana konusu her ne kadar hukuk olsa da incelediğimiz ve toplumun temeli olarak addettiğimiz aile kurumu sosyoloji alanında da detaylı incelemelere tabi kılınmıştır. Bu nedenle aile kavramını ve kurumunu sosyolojik açıdan incelemek çalışmamızın akışı itibarıyla önem taşımaktadır.

Aile yapısının, tarihin her döneminde ve toplumun her katmanında aynı şekilde kalması mümkün değildir. Aileyi sosyolojik açıdan ele almak tarihin farklı dönemlerinde var olan farklı toplumların aile yapısı ve kültürü arasındaki değişmeyi ortaya koymak ve yaşanan bu değişimin hukuk ile ilişkisi bakımından oldukça önemlidir.⁷

1.1 Ailenin Tanımı

Aile kavramının birey, toplum ve devlet üzerindeki etkisi çok kuvvetlidir. Bu kuvvetli etki aile kavramının çok kez farklı bakış açılarıyla ve farklı referanslarla tanımlanmasına sebebiyet vermiştir.⁸ Ayrıca aile türlerinin sayıca çok olması ve toplumsal yapılarının zenginliği ve ailenin fonksiyonlarının farklılığı da bu tanım

⁷ Fındıkoğlu, 252.

⁸ Büşra Gül Karaca, “Türk Hukukunda Aile Kavramı ve Ailenin Korunması” (Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi, 2017), 3.

yelpazesini genişletmiştir.⁹ Bizim çalışmamızda bunca tanıma yer vermemiz pek tabii mümkün değildir. Bu nedenle konumuz itibarıyla birey, toplum ve devlet üçgeni içerisinde, devlet köşesine daha yakın duran tanımları önceleyeceğiz.

Aile kelimesi Arapçadan dilimize geçmiştir ve “*akrabalık ilişkisiyle birbirlerine bağlanan fertlerin bir araya getirdiği topluluk*” manasına gelmektedir.¹⁰ Sözlükte ise “*evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik; aynı soydan gelen veya aralarında akrabalık ilişkileri bulunan kimselerin tümü; birlikte oturan hısım ve yakınların tümü; ev*” şeklinde tanımlanmıştır.¹¹

Sosyolog Hilmi Ziya Ülken’in yaptığı daha detaylı bir tanım ise şöyledir: “*Aralarında gerçek veya uzlaşmaya dayanan bir akrabalık bağı olan, yani bütün sosyal münasebetleri bir soy etrafında toplanmış olan zümrelere aile denir. Buna göre bir zümrenin aile olabilmesi için zümreye dahil olan kimseler arasında gerçek veya üzerinde uzlaşmış bir kan bağı ve içerisinde bulunduğu toplum tarafından kendisine tanınan bir hukuk düzeni olması gerekir.*”¹² Tanımda bahsedilen uzlaşmış kan bağı ifadesi mutlak surette bir kan bağına atıf yapmamakla birlikte evlatlık, kan kardeşliği veyahut ahretlik¹³ gibi kavramları aile tanımı içerisine almak için kullanılmıştır. Böylece kesin bir fizyolojik bağ bulunmasa bile insanların hukuk yoluyla aile

⁹ Erol Cansel, “Sosyal Devlet ve Aile”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, sy 3 (1969): 11.

¹⁰ Mehmet Akif Aydın, “Aile”, içinde *TDV İslâm Ansiklopedisi* (Ankara, 1989), 196, <https://islamansiklopedisi.org.tr/aile>; Ayten Akcan, “Bozkır Kavimlerinin Devlet Oluşumunda ‘Aile ve Soy’”, *Sosyal Bilimler ve Eğitim Dergisi* 3, sy 2 (2020): 437.

¹¹ “Aile”, içinde *Güncel Türkçe Sözlük* (Türk Dil Kurumu), erişim 14 Kasım 2024, <https://sozluk.gov.tr>.

¹² Hilmi Ziya Ülken, “Aile”, içinde *Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı, Bilim Serisi 5/1 (Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991), 27.

¹³ Sayılan bu kavramlar insanların birbirleri arasında kurduğu ilişkilere değer atfetmesi sonucu ortaya çıkmıştır. Kan kardeşliği, iki kişinin kanlarını birbirine değdirmesi sonucu aralarında kutsal bir bağ oluştuğuna inanmasıdır. Buna benzer olarak da ahretlik kavramı, ölümden sonra bir yaşamın olduğuna inanan iki kişinin bu dünyada sürdürdükleri duygusal bağı öte dünyada da sürdüreceklerine dair bir inanç geliştirmesidir. Bu kavramlar toplumun değer algısında aynı aile bağları gibi önemli kabul edilmektedir.

zümresine dahil olması sağlanmıştır. Bu şekilde insanlar arasında aile hukuku tesis edilmeye çalışılmıştır.

Aile kavramını bir başka sosyolog Özer Ozankaya ise şöyle tanımlamıştır: *“İçinde insan türünün belli bir biçimde üretildiği, topluma hazırlanma sürecinin belli bir ölçüde ilk ve etkili biçimde cereyan ettiği, cinsel ilişkilerin belli bir biçimde düzenlendiği eşler, anne babalarla çocuklar arasında belli bir ölçüde içten, sıcak, güven verici ilişkilerin kurulduğu, yine içinde bulunulan toplumsal düzene göre ekonomik etkinliklerin az ya da çok bir ölçüde yer aldığı toplumsal kurumdur.”*¹⁴ Yapılan bu tanımları dikkatli bir şekilde incelediğimizde Ozankaya’nın sürekli olarak bir belirliliğe vurgu yaptığını görürüz. Bu belirliliğin kaynağı ise ailenin içerisinde yaşadığı toplumdur. Her aile birbirinden oldukça farklı olsa da toplumun genel yapısı, aile şeklinin ve düzeninin kurgulanmasında rol oynar.

Sosyolog Mahmut Tezcan’ın Türk Ailesinin Antropolojisi kitabında yapmış olduğu aile tanımında ise özetle aile, insan türünün devamlılığını sağlamak için oluşan bir yapıdır. Fizyolojik ihtiyaçların ve bu ihtiyaçların doğurduğu ilişkilerin belirli bir düzene girmesini sağlar. İnsanlık tarihinin başlangıcından beri var olan aile, toplumdaki bütün dünyevi ve milli değerleri sonraki nesillere aktarır. Aile; ekonomik, fizyolojik, psikolojik, toplumsal, hukuksal ve sosyolojik pek çok dinamiği içinde barındıran sosyal bir birimdir.¹⁵

Aile kavramının daha geniş bir perspektiften tanımı ise şu şekildedir; *“ömürlerinin büyük bir kısmını evlilik, soy, akrabalık, müştereklik veya farklı şekillerde paylaşan; kendilerini aile gibi hisseden ve bu duyguyu içselleştiren, belirli bir tarihe ve geçmişe sahip kişiler arası ilişkiler ağıdır.”*¹⁶ Bu tanımda vurgulanan *“belirli bir tarih ve geçmişe sahip olma”* durumu devletlerin mütemmim cüzü olan millet tanımına pek yaklaşmaktadır. Aslında aile kurumunun fonksiyon itibarıyla küçük bir devlet gibi düşünülmesi de pek yanlış olmayacaktır.

Birleşmiş Milletler de ülkelerin kalkınma süreçlerinde sayım ve araştırmalarda kullanmak amacıyla aileyi tanımlama ihtiyacı duymuştur. Buna göre aile; kan, yasa ve

¹⁴ Özer Ozankaya, *Toplumbilime Giriş*, 4. Baskı (Ankara: S Yayınları, 1981), 259.

¹⁵ Mahmut Tezcan, *Türk Ailesi Antropolojisi*, 1. Baskı (İmge Kitabevi, 2000), 14; Akcan, “Bozkır Kavimlerinin Devlet Oluşumunda ‘Aile ve Soy’”, 434.

¹⁶ Galvin, Bylund, ve Braithwaite, 48.

evlilik vasıtasıyla birbirleriyle belirli düzeyde akrabalıkları bulunan aynı haneyi paylaşan fertlerden meydana gelir.¹⁷ Aynı sebeplerle 1960-2011 yılları arasında faaliyet gösteren Devlet Planlama Teşkilatı da aile kavramını tanımlama ihtiyacı duymuştur. DPT'ye göre; *“aile, kan bağı evlilik ve diğer yasal yollardan aralarında akrabalık ilişkisi bulunan ve çoğunlukla aynı evde yaşayan fertlerden oluşan, fertlerin cinsel, psikolojik, sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçlarının karşılandığı, fertlerin topluma uyum ve katılımlarının sağlandığı ve düzenlendiği temel toplumsal birimdir.”*¹⁸

Vereceğimiz son tanım, çalışmamız açısından büyük önem arz eden, Anayasa Mahkemesi'nin aile tanımıdır. Anayasa Mahkemesi 2011 yılında vermiş olduğu bir kararında aileyi şu ifadelerle tanımlamıştır;

*“Milletlerin ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağı sürdürülmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur.”*¹⁹

Aile kavramı dar çerçevede ev halkı manasına gelirken,²⁰ geniş çerçevede bir klanı tanımlamak için de kullanılır.²¹ Sözlük anlamında ve sosyologlar Ülken'in ve Ozankaya'nın tanımlarında daha çok dar anlamdan yola çıkarak tanımlamalar yapılmıştır. Bu tanımlarda aile; kan bağı ile birbirlerine bağlı ve aynı çatı altında ikamet eden ev halkıdır. Aile üyeleri, ev adı verilen aynı mekanı paylaşırlar. Bütün

¹⁷ “Principles and Recommendations for The 1970 Population Censuses” (New York: Birleşmiş Milletler, 1969), 20.

¹⁸ Bilgili, 5.

¹⁹ AYM, E. 2009/95, K. 2011/49 (Anayasa Mahkemesi 10 Mart 2011).

²⁰ Nazmi Ulutak ve Deniz Güler, “Aile Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Türk Toplum Yaşantısında Aile”, *Kurgu Dergisi* 11, sy 1 (1993): 52.

²¹ Fındıkoğlu, 254.

işleri beraberce görür, aynı geliri paylaşırlar ve hatta bir kazandan yemek yerler.²² Birbirlerine kan bağı ile bağlıdır veya kan bağı mesabesinde değer gören ilişkileri (karı koca olma, evlatlık, kan kardeşliği gibi) vardır.²³ Aralarında anne baba, kardeş, çocuk gibi toplum tarafından benimsenen rolleri paylaşırlar; duygusal ve geleneksel bağlarla birbirlerine bağlanırlar.²⁴

Yukarıda yapılan tanımlar neticesinde aile, günümüzde ulusal ve uluslararası hukuki düzenlemelerde ele alınan önemli bir müessese olarak kabul edilmektedir. Aile kavramının sağlam bir yasal zemine oturtulmadığı sürece, sağlıklı, müreffeh ve güvenli bir toplumun oluşturulması noktasında gereğinden fazla çaba harcanacağı açıktır.

1.2 Ailenin Kökeni ve Gelişimi

Ailenin kökenine ayrı bir başlık açmamızın en temel sebebi, geçmiş aile yapılarının modern devlet aygıtına benzer unsurlar içermesidir. Geçmiş aile yapılarında görülen yönetim, ekonomi, yargılama, güvenlik, ticaret, sosyal yardımlaşma, eğitim, organizasyon, nüfus planlaması, tapınma (kutsallaştırma) gibi özellikler modern devletin bireyle kurduğu ilişkideki özelliklere yakından benzemektedir. Bu nedenle aile kavramının kökeni araştırmamız için önem arz etmektedir.

Ziya Gökalp aile kavramını incelerken ailenin gelişimini dört farklı çağa ayırmaktadır.²⁵ Bunlar boy, ocak, konak ve yuvadır.²⁶

Boy veya sosyologların çoğunluğunun ifadesiyle klan hem bir aile tipi hem de ilkel bir devlet arketipidir.²⁷ Klanın hem yönetsel ve siyasi bir fonksiyonu vardır

²² Rezan Şahinkaya, “Orta Anadolu Köylerinde Aile Strüktürü”, içinde *Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı, Bilim Serisi 5/1 (Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991), 169.

²³ Cansel, 13. Roma hukukunda çocuğun aileyle olan bağı kan bağına değil; baba hakimiyetine (patria potestas) tabi sayılıyordu.

²⁴ Ulutak ve Güler, 52-53.

²⁵ Ercüment Kuran, “Türk Ailesinin Mahiyeti ve Tarihi Gelişmesi”, içinde *Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı, Bilim Serisi 5/1 (Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991), 363. Ziya Gökalp ailenin önemine hem sosyolojik çalışmalarıyla vurgu yapmış hem de şiirleriyle dikkat çekmiştir. Ercüment Kuran'ın aktardığı Ziya Gökalp şiiri şu şekildedir; “Ailedir bu milletin, bu devletin esası, Kadın tamam olmadıkça eksik kalır bu hayat, Ailenin adle uygun olmak için binası, Nikâh, talâk, miras: Bu üç işte gerek müsavat.”

²⁶ Fındıkoğlu, 270.

²⁷ Ulutak ve Güler, 58.

hem de klanın her üyesinin bir ailenin üyesi kabul edildiği bilinmektedir.²⁸ Siyasi bir yapı olan klan ile aile kavramını ayrı düşünmek imkansızdır. Bu nedenle klan hem ilkel bir devlet yapısı olmakla beraber hem de aile olmanın özelliklerini içerisinde barındırır.²⁹ Klanlar yalnızca siyasi bir yapı olmaksızın aynı zamanda dini bir görünüme de sahiptir. Bu da daha önce değindiğimiz tapınma yani kutsallaştırma meselesinin bir yansımasıdır. Her nasıl aile kutsal bir birliktelik ise bu kutsiyet klan yani boy kavramında da aynı şekilde önemsenen bir unsurdur. Ailenin en basit tanımının aynı kandan gelenlerin oluşturduğu bir topluluk olmasına bakılırsa aynı kutsal etrafında toplananların da aile olduğu kabul edilmektedir.³⁰

Klanda hak sahipliği bireylerin değil yalnızca klanın kendisindir. Bu noktada işlenen bir suçun başka klana karşı sorumlusu birey değildir klanın tamamıdır. Klanın böyle bir hukuki kişiliğe sahip olması ve onun bugün ki aile üyeleri gibi kendi üyelerini hısım sayması ve üyelerinin arasındaki hak ve sorumluluk bilincinin ortak bir bilinçten kaynaklanmasındandır.³¹

Klan yani boy döneminden sonra gelen ocak döneminde ise ataerkil bir düzen ortaya çıkmaktadır.³² Bu aşamada ilkel devlet olarak addettiğimiz klan kavramının ilkelikten uzaklaştığı ve hak ve sorumluluk olarak genişlediği görülmektedir. Bununla beraber ise aile kavramı hem birey sayısı olarak hem de etki alanı olarak küçülmektedir.³³ Klan döneminde görüldüğü üzere aile ve devlet eş kavramlardır. Bir ailenin üyesi olmakla bir devletin üyesi olmak arasında bilinen bir fark yoktur. Boy dönemi sonrasında ise bu kavramların eş kavramlar olmaktan uzaklaştığı ve kendi başlarına müstakil birer kavram halini aldığı görülmektedir.

Ocak, boylarda olduğu gibi büyük insan topluluklarından meydana gelmez. Bu dönemde bir babanın etrafında toplanan aile üyeleri görülmektedir. İnanç, ekonomi ve

²⁸ Fındıkoğlu, 268; Ulutak ve Güler, 59. Ziyaeddin Fındıkoğlu'nun aktardığına göre Kaşgarlı Mahmud'a göre eski Türklerde aile adı boy adından ibarettir. Aile ile boy o dönemin insanları için eş kavramlardır.

²⁹ Fındıkoğlu, 254.

³⁰ Fındıkoğlu, 255.

³¹ Fındıkoğlu, 255.

³² Yücel Can ve Funda Aslan, "Geçmişten Günümüze Türk Aile Yapısı", *Sosyal Bilimler Dergisi* 4, sy 11 (2017): 88-89.

³³ Fındıkoğlu, 270.

sosyal hayat açısından ocak tipi aile içerisinde bulunan aile üyeleri babaya ve atalarına bağlıdır.³⁴

Konak tipi aile dönemine gelindiğinde ise kadın ve erkek ilişkilerinin aile hayatında daha etkin bir rol oynadığı görülmektedir. İnanç, ekonomi ve sosyal hayat açısından önemli bir birlik olan aile de bu özellikler yavaş yavaş ortadan kalkmaya yüz tutmuş ve aileyi oluşturan birey sayısında ocak tipi aileye nazaran ciddi azalmalar görülmüştür.

19. yüzyıl sonlarında itibaren ise dünyada yaşanan savaşlar ve sonucunda meydana gelen sosyal kırılmalar ve ekonomik zorluklar aile kurumu noktasında ciddi değişimlere sebep olmuştur. Bu dönemde şehirleşme ve sanayileşmede yaşanan gelişmeler aile hayatını ve şeklini etkilemiştir. Bu değişim konak tipi aileden yuva tipi aileye geçişi sağlamıştır. Yuva tipi aile bir önceki başlıkta da tanımlarını vermiş olduğumuz günümüz ailesine benzemektedir. Bu aile tipi evlilik ailesi olarak da adlandırılmaktadır.³⁵

Yaptığımız açıklamalardan görüleceği üzere aile kavramının kökeninde ve bugüne kadar gösterdiği gelişimde en önemli unsur onun toplumla ve devletle olan ilişkisidir. Aileyi devletin temel yapı taşı kılan unsur, onun geçmişte devletin ta kendisi olmasındandır demek abartılı bir ifade olmayacaktır. Görüldüğü üzere geniş ailelerin yapısı ilkel anlamda bir devlet düzeni gibi çalışmaktadır.³⁶ Ancak geçen zaman içerisinde boylardan yuvalara kadar geçen dönüşüm çakışan iki kurum olan aile ve devlet kavramlarının arasını açmış ve kavramsal olarak ayırtmıştır. Devlet mekanizması daha kapsayıcı ve geniş bir hale gelirken aile yapıları daha da küçülmüştür. Ancak bu küçülme aileyi devletin yapı taşı olmasından geri

³⁴ Fındıkoğlu, 270.

³⁵ Fındıkoğlu, 271; Can ve Aslan, 89.

³⁶ Bihterin Dinçkol, “Devlet - Aile”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları* 9, sy 1-3 (1995): 117.

bırakmamıştır. Günümüzde devlet ve aile kurumları arasındaki benzeşmenin kökeni onların geçmişte aynı şey olmasındandır.

1.3 Ailenin Toplumla İlişkisi

Toplumların yükselişi, ilerlemesi ve varlığını sürdürmesi sağlam aile temellerine dayanır. Tarihte, sağlam aile yapıları üzerine kurulu toplumların geliştiği gözlemlenmiştir. Aynı şekilde toplumların çöküşü veya gerilemesi, aile yapılarındaki bozukluklardan kaynaklanabilir. Başka bir ifadeyle, bir topluma hayat veren ve onu güçlendiren aile, aynı zamanda aile içindeki sorunlar nedeniyle toplumun da zayıflamasına yol açabilir.³⁷

Nasıl ki biyolojide bir doku içerisinde bulunan hücrelerin karakteristik özelliklerini taşıyorsa doku içerisinde türeyen yeni hücreler de içerisinde bulunduğu dokuya uygun niteliklerle türeyecektir. Hücrelerin sağlıklı olması dokuyu sağlıklı kılacaktır, aynı şekilde hücrelerin hastalıklı olması dokuyu da hastalıklı kılacaktır. Aile ve içerisinde bulunduğu toplumun ilişkisi de aynı bu metafordaki gibidir.

Aile, toplumun temeli ve özüdür. Toplumdaki katmanlaşma aile ile başlar. Ailede anne, baba, çocuklar ve karı koca arasında belirli bir düzen mevcuttur. Aile, içinde yaşayan bireylerin farklı gereksinimlerini karşılayan bir ortamdır.³⁸ Bu gereksinimler, beslenme ve üreme gibi maddi ya da kültür ve eğitim gibi manevi kıymetleri oluşturan gereksinimler olabilir. Toplumun her bireyini ilgilendiren bu gereksinimlerin aile çatısı altında yeterince karşılanması, nesillerin gelişmesini, maddi ve manevi değerlerin bereketlenmesini ve bu değerlerin yeni nesillere aktarılmasını

³⁷ Akcan, 434.

³⁸ Ulutak ve Güler, 53-54. Aile hem bireylerin ihtiyaçlarını karşılamada hem de toplumsal bir yapı olması nedeniyle üç temel fonksiyona sahiptir. Buna göre aile; eşlerin ruhsal ve cinsel ihtiyaçlarına cevap verir, fertlerini ortak kurallarla birbirine bağlar ve son olarak da çocukların ihtiyaç duyduğu fiziksel ve duygusal gelişim ortamını sağlar.

sağlar.³⁹ İşte bu nedenlerle aile kavramı ile toplum arasındaki ilişkinin tespiti çalışmamız için önem kazanmaktadır.

Çalışmamızda Türk toplumunun dönemsel gelişimi içerisinde aile kavramının nasıl bir değişime uğradığını görmek bizler için faydalı olacaktır.

1.3.1 İslamiyet Öncesi Dönemde Türk Aile Yapısı

Türklerin, İslamiyet ile tanışmadan önceki dönemlerde devletler kurdukları ve büyük bir medeniyet oluşturdıkları bilinmektedir ancak bu döneme ait hukuki bilgiler sınırlıdır.⁴⁰ Bu nedenle o dönemin sosyal yapısından yola çıkarak aile hukukunu anlamaya çalışmak en doğru yöntem olacaktır.

Türk toplumunda aile her zaman önemli bir yere sahip olmuştur. İslamiyet öncesi dönemde Türkler için aile, sosyal birlik ve toplumsal yapının çekirdeğini oluşturmaktaydı ve dışarıya karşı bir bütünlük arz etmekteydi.⁴¹ Bu dönemde aile hem toplumun temeli sayılmış hem de devleti geleceğe taşıyacak görevleri yüklenmiştir. Bunlar; soyun devamı, çocukların devletin amaçlarına ve toplumun hizmetine uygun bir şekilde eğitilmesi, toplumun yapısının ve kültürel değerlerinin korunması ve gerekli olduğunda her bir ferdin savaşa hazır olması şeklinde sıralanabilir.⁴²

Sağlıklı bir aile düzeninin varlığı, devletin güvenliğinin ve başarısının teminatı olarak görülmüştür. Devlet yapısı ile aile arasında güçlü bir bağ bulunmaktadır ve devlet, toplumun biyolojik yenilenmesi ve nesillerin toplumsal yaşama katılması konusunda öncelikle aileye önem vermiştir.⁴³ Hatta savaş, kıtlık ve göç gibi birçok afete maruz kalan Türk toplumu birliğini güçlü bir aile yapısına borçludur. Aile kurumuna verilen önemin kuvvetli delillerinden biri ise, Türkçede aile ve akrabalık ilişkilerine yönelik başka dillerde rastlanmayan derecede fazla terim olmasıdır.⁴⁴ Her ne kadar aile kavramı İslamiyet öncesi dönemde önemli bir konumda olsa da aile kavramı bugün anladığımız şekilde sıkı ve dar bir kavram değildi. Bu dönemde esas olanın kan bağı olduğu ve akrabalık ve soy gibi kavramların da aile kavramına dahil

³⁹ Cansel, 11.

⁴⁰ Karaca, 10.

⁴¹ Akcan, 434.

⁴² Akcan, 437.

⁴³ Akcan, 437.

⁴⁴ Serdar Yavuz, “Türkiye Türkçesi Ağızlarında Akrabalık Adları”, *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 23, sy 2 (2013): 72.

olduğunu; aynı kökten, aynı soydan, aynı kandan gelenlerin büyük bir aile olarak anlaşıldığını görürüz.⁴⁵ Nitekim bu dönemin kültüründe aile kurma ve akrabalık ilişkileri, millet olma bilincinin temel taşlarından biri olarak kabul edilirdi.⁴⁶

Eski Türk devletlerinde aile kurumu genellikle benzerlik gösterirdi.⁴⁷ Bunun başlıca sebebi ise aile kurumunun zaman içerisinde örf, adet, gelenek ve görenek çerçevesinde gelişmesidir.⁴⁸ Bu çerçeveye töre adı verilirdi. Kişiler, aile ve miras hukuku gibi önemli konular törede düzenlenirdi.⁴⁹ Ancak törede yani hukukta, bu yöne ilişkin düzenlemeler diğer alanlara göre daha az ve sınırlıydı.⁵⁰

Ailenin meydana gelmesi ise evlilik yoluyla gerçekleşirdi. Buna göre evlilik törenleri ve yeni kurulan ailenin dizaynı töreye göre yapıldı. Bu da evlilik kurumuna resmi bir kimlik kazandırırır.⁵¹ Evlilik erkek ve kadının ortak iradesi ile ailelerin rızasına uygun olarak gerçekleştirilirdi.

Kan bağına bağlı olarak kurulan aile birliğinde reis erkekti ve çekirdeği baba, oğullar ve erkek torunlar oluştururdu.⁵² Aile içinde, erkek genellikle eşine destek olan, çocukları ve ailesiyle sevgi ve şefkat paylaşan, aynı zamanda aile birliğini koruyan ve otoriteyi belirleyen kişi olarak rol alırdı. Aile genellikle erkeğin hayatta olduğu sürece bir arada kalmayı tercih ederdi. Bazen baba yaşlanıp dede konumuna geçse ve torun sahibi olsa bile ailenin birlik ve beraberliği önemsenir ve korunmaya çalışılırdı.⁵³ Buna göre aile yönetiminde ataerkil bir yönetiminden bahsedebiliriz.

Toplumun her kesimince mekan olarak ev ve ilişki olarak evlilik kutsal kabul edilirdi.⁵⁴ Öyle ki İslamiyet öncesi Türklerde nikahsız evlilik olmazdı.⁵⁵ Bu kutsiyetin tezahürü Orhun Yazıtlarında görülmektedir. Öyle ki evlenmek ve yuva kurmak

⁴⁵ Can ve Aslan, 90.

⁴⁶ Akcan, 435.

⁴⁷ Abdülkadir Donuk, “Çeşitli Topluluklarda ve Eski Türklerde Aile”, *Tarih Dergisi*, sy 33 (1982): 167.

⁴⁸ Mehmet Mandaloğlu, “İslamiyetten Önce Türklerde Aile Hukuku”, *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sy 33 (2013): 135; Fındıkoğlu, “Türk Aile Sosyolojisi”, 272.

⁴⁹ Mandaloğlu, 137.

⁵⁰ Mandaloğlu, 138.

⁵¹ Mandaloğlu, 137; Akcan, 442.

⁵² Mandaloğlu, 136.

⁵³ Akcan, 435.

⁵⁴ Bilgili, 10.

⁵⁵ Mandaloğlu, 145.

anlamına gelen “*bark*” kelimesi aynı zamanda “*mabed*” anlamında da kullanılmıştır.⁵⁶ Eski Türk toplumunda evlenme, toplumsal bir görev olarak kabul edilmiş ve bekârlık ayıp sayılmıştır.⁵⁷ Bununla beraber oğlunu evlendirmek bir babanın başlıca vazifelerinden biridir. Eğer baba bu vazifesini yerine getirmezse, oğul “*bark*” sahibi olmak için babasının malından bir kısmını zorla alırdı ve bu suç sayılmazdı.⁵⁸

İslamiyet öncesi Türk toplumunda kız alma, evlenme ve aile kurma kolay bir mesele değildi. Göktürk yazıtlarında “*kız*” sözü, başka bir anlam olarak “*pahalı*” anlamına gelmektedir. Göktürk kitabelerinde geçen bu ifadeden kız için belirli bir miktar ödemenin yapıldığı anlaşılmaktadır. Ancak bu ifade bir malın değeri olarak değil de bir bedel olarak görülmelidir. Kitabelerde geçen bu ifade, eski Türklerde evlenmenin olmazsa olmazı olarak görülen ve kızın ailesine verilen “*kalın*” olarak anlaşılmalıdır.⁵⁹ Kalın, evlilik öncesinde erkeğin kendi ailesinden kızın ailesine verilen bir tür aile malıdır ve İslamiyet öncesi Türk aile yapısında ve hukukunda önemli bir yer tutar. Bu uygulama, İslamiyet öncesi Türk aile hukukunun temelini oluştururdu.⁶⁰ Kalın, sadece kızın yetiştirilmesi ve terbiyesi için yapılan masrafların karşılığı olarak kabul edilirdi. Bu nedenle başlık parası uygulamasıyla karıştırılmaması gerekir.⁶¹ Ödenecek olan kalın miktarı aileler arasındaki bir antlaşmayla belirlenirdi. Kalın, tamamen ödenmedikçe nikah kıyılması mümkün değildi. Nikah öncesinde ödenen kalının ve gelinin getirdiği çeyizin miktarı tespit edilirdi. Buradaki amaç aile malının özünü oluşturan bu iki unsurun hukuki olarak güvence altına alınmasıdır.⁶²

Eski Türk toplumunda çeyiz, kalın kadar büyük bir öneme sahiptir. Kalın karşılığında kız tarafı da çeyiz hazırlamakla yükümlüdür. Çeyiz, babanın malından kıza düşen bir paydır. Çeyizin miktarı genellikle kalının yarısı kadar olurdu. Kocanın çeyiz malı üzerinde hiçbir tasarruf hakkı bulunmazdı. Kocanın çeyiz malı üzerinde

⁵⁶ Erdem Uçar, “Orhun Yazıtlarındaki Er- Bar- İkilemesi Üzerine”, *Journal of Old Turkic Studies* 3, sy 2 (2019): 485; Akcan, 441.

⁵⁷ Akcan, 440; Mandaloğlu, 138.

⁵⁸ Mandaloğlu, 143.

⁵⁹ Fındıkoğlu, 272; Can ve Aslan, 89.

⁶⁰ Mandaloğlu, 142.

⁶¹ Mehmet Mandaloğlu, “Eski Türklerde Aile ve Evlilik Anlayışı”, *Genel Türk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 4, sy 8 (2022): 143; Aışegül Sümbüllü, “Peygamberimiz (S.A.S.) Zamanında Bir Ailenin Kuruluşu ve Kadının Ailedeki Yeri” (Yüksek Lisans Tezi, Erzurum, Atatürk Üniversitesi, 1994), 10; Fındıkoğlu, 272.

⁶² Mandaloğlu, “İslamiyetten Önce Türklerde Aile Hukuku”, 145.

tasarruf hakkının olmaması, aile hukuku açısından ailede özel mülkiyetin veya kişisel mal edinme kavramının olduğunu göstermektedir. Kız, çeyizini alır ve kocanın evine yerleşirdi. Kızın evlilik akdinden sonra, yaygın olarak, baba malından bir miras hakkı ortadan kalkardı. Kız, baba malından mirasını aldığı için kocasıyla birlikte ortak mal sahibi olurdu. Çünkü kız çeyizini getirirken, babasından miras hissesini alırdı. Gelin ve damat, mallarını birleştirerek ortak bir eve sahip olurlardı.⁶³

Eski Türk toplumunda ailenin bölünmemesi büyük önem taşırdı. Bu nedenle, evlendikten sonra oğulların babalarının izni olmadan evlerinden ayrılması mümkün değildi. Evlendikten sonra oğullar, paylarına düşen miraslarını alarak aileden ayrılır ve yeni bir aile kurarlardı. Baba evinde ise genellikle en küçük oğul kalırdı.⁶⁴

İslamiyet öncesi Türk toplumunda aile hayatının devam etmesinin mümkün olmadığı hallerde veya aile içinde çözilemeyen anlaşmazlıklar ortaya çıktığında boşanma yoluna başvurulabilirdi.⁶⁵ Boşanma sürecinde sebep olmaksızın boşanma talep eden taraf veya kusurlu olan taraf belirli mali yükümlülöklere katlanırdı. Buna göre kocanın, karısından boşanabilmesi için çeyizin bedelini geri vermesi gerekirdi ve kocanın karısına verdiği kalın kadının ailesinde kalırdı. Kadın da kocasından alacaklarından vazgeçmek suretiyle boşanma talebinde bulunabilirdi. Ayrıca kadının kusurlu olduğu hallerde, kadının ailesi kalını erkeğe iade etmekle yükümlüydü. Hiç kimsenin kusurlu olmadığı hallerde ise kadının ailesi kalını iade ederken, erkek de çeyizi veya bedelini geri verirdi.⁶⁶

İslamiyet öncesi Türklerde aile hukukunu miras ve mülkiyet konuları şekillendiriyordu. Ailenin var olan tüm malının aile üyelerinin tamamına ait olması ortak mülkiyet kavramını gösterirken evden ayrılan çocuğun yukarıda da bahsedildiği üzere kendi haklarına düşen malları alıp gitmeleri ise şahsi mülkiyet kavramına vurgu yapmaktadır.⁶⁷

İslamiyet öncesi Türklerde her çocuğun anne ve babasının mirası üzerinde payı vardı. Bu payı almak için anne babanın ölmesi gerekmezdi. Öyle ki evden evlenerek

⁶³ Mandaloğlu, 145.

⁶⁴ Mandaloğlu, 146.

⁶⁵ Fındıkoğlu, 273. Cengiz yasasına göre boşanmak suçtu ve erkek ölüm cezasına çarptırılırdı.

⁶⁶ Mandaloğlu, 146-47.

⁶⁷ Akcan, 439; Mandaloğlu, 152.

ayrılan kız çeyizini kendisine düşen bu paydan alabilirdi veya yine evden evlenerek ayrılmak isteyen erkek yeni bir yuva kuracağı için yine bu paydan kalını ve geçimini sağlayacak miktar kadar olanı alabilirdi. Erkekler evlilik haricinde de bir kahramanlık göstererek kendilerine düşen payı anne babalarından isteyebilirdi. Her ne şekilde olursa olsun anne baba malından kendisine düşen payı almış çocuğun, anne baba vefat ettikten sonra terekeden alacağı olamazdı.⁶⁸

Anne, babadan sonra aileyi temsil ettiği için diğer akrabalarından daha önde tutulurdu. Babanın mirası annede kalır ve çocukların vasisi de anne olurdu. Bu durum, kadının ailenin malı üzerinde yasal olarak hak sahibi olduğunu gösterir. İslamiyet öncesi Türk ailesinde, kocanın ölümünden sonra karısı terekenin dörtte birini miras olarak alırdı. Eğer baba malı annenin ve çocukların üzerine bırakılsaydı o zaman ortak mülkiyetin var olduğunu net bir şekilde söyleyebilirdik, ancak bu durumda şahsi mülkiyetin ön planda olduğunu söylemek mümkündür.⁶⁹

İslamiyet öncesi Türklerde, ailenin korunmasına ilişkin ceza hukukuna dair hükümler de bulunmaktaydı. Ceza hukukunun oluşumunda ailenin bütünlüğünün korunması temel alınmıştır. Aile üyelerinden birinin işlediği suç, diğer aile üyelerini de ilgilendirmiştir. Örnek olarak bir evladın işlediği suç nedeniyle babası da suçlu olarak değerlendirilir ve babaya da ceza verilirdi. Buna göre aile bir bütün olarak kabul edilirdi ve günümüzde işletilen suçun şahsiliği ilkesi o dönemde işletilmezdi.

Suçlulara verilen sert cezalar ve aile üyelerinin suçlu olanın eylemlerinden sorumlu tutulmaları caydırıcı bir etki olarak öne çıkıyordu. Toplumsal disiplinin sağlanması ancak töreye uygun bir yaşam sürdürmekle mümkün oluyordu. Bu sayede aile içerisindeki disiplin ile ülke içerisinde birlik ve beraberlik sağlanırken, disiplinin tüm toplum tarafından uygulandığı sonucu çıkartılabilir.⁷⁰

Aile yaşamında, kadının sosyal statüsünün korunmasına büyük özen gösterilirdi. Bu nedenle kadınlara karşı işlenen suçların sert ve acımasız bir biçimde cezalandırıldığı bilinirdi.⁷¹ Kadına yönelik işlenen suçların başında ise zina gelmekteydi. İslamiyet sonrası dönemde olduğu gibi İslamiyet öncesi Türk

⁶⁸ Mandaloğlu, 152-53; Donuk, 167.

⁶⁹ Mandaloğlu, 153.

⁷⁰ Mandaloğlu, 154.

⁷¹ Donuk, 166.

toplumunda da zina büyük bir suç olarak kabul edilirdi. Bu dönemde zina, evlilik dışı cinsel ilişkileri tanımlardı. Sözlü hukukun, geleneksel normlar dışında en sert ve yaygın cezayı uyguladığı alanlardan biri olarak bilinirdi. Zinanın cezası ise idamdı.⁷²

Görüldüğü üzere İslamiyet öncesi Türklerde kendilerine özgü bir aile hukuku anlayışı oluşmuş ve bu anlayış hem hukuk düzeninde hem de devlet düzeninde birtakım izler bırakmıştır. Bu izler yalnız o dönemde kalmamış İslamiyet sonrası dönemde de kendine yaşama alanı bulmuştur.

1.3.2 İslamiyet Döneminde Türk Aile Yapısı

İslam dini, aile kurumunu toplumun temeli olarak görmüş ve sağlıklı bir biçimde korunmasına ve devam ettirilmesine büyük önem vermiş ve hatta Kuran-ı Kerim'deki ayetler⁷³ yoluyla açık ve net bir şekilde teşvik etmiştir.⁷⁴ Aile hayatına dair konular, sadece Kur'an'ın değil, hadislerin de yoğun bir şekilde ele aldığı önemli bir alandır. Bu hadisler, ailevi ilişkilerden evlilik ve boşanmaya, çocukların yetiştirilmesinden hak ve sorumluluklara kadar geniş bir yelpazeyi kapsamaktadır. Alimler, ayetlerin beraber hadislerden de yararlanarak, aile düzenine yönelik uygulamalar geliştirmişlerdir. Bu yaklaşım, İslam hukukunun esnek yapısını ve her döneme uygun çözüm üretme kapasitesini göstermektedir.⁷⁵

Peygamberimiz (s.a.v.), evlilik kurumunun önemini, eşler arası sevgi ve saygının gerekliliğini sıkça vurgulamış; çocukların terbiyesi, anne-babaya hürmet gibi konularda da ayrıntılı rehberlikte bulunmuştur. Bu durum, aile kurumunun İslam toplumlarındaki merkezî rolünü ve İslam Hukuku'nun bu yapıyı koruma konusundaki

⁷² Mandaloğlu, 154-55.

⁷³ Hayrettin Karaman vd., *Kuran Yolu Türkçe Meal ve Tefsiri*, 9. Baskı, 4 c, 76. (Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2023). Nur Suresi 33. ayette ve Nisa Suresi 3. ayette nikahlanmak açıkça teşvik edilmiştir. Nur Suresinin 33. ayeti için yapılan tefsirde bu durum şöyle açıklanmıştır; “*Daha önceki âyetler aileyi korumak için iffetin korunması gerektiğini ortaya koymuş, bunun için alınması gereken tedbirleri açıklamıştı. Bu tedbirlerden biri de evlenme çağına gelmiş veya evlendikten sonra dul kalmış insanları evlendirmektir. Tefsirciler “evlendirin” emrinin muhatabı olarak velileri almış ve buradan hareketle velinin evlendirme hakkı ve ödevi üzerinde durmuşlardır. Bize göre burada muhatap yalnızca veliler değildir; yakından uzağa bütün ilgililerdir, toplumdur.*”

⁷⁴ Sümbüllü, 26.

⁷⁵ Mehmet Ünal, “1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi”, içinde *Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı, Bilim Serisi 5/1 (Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991), 368.

hassasiyetini açıkça ortaya koymaktadır.⁷⁶ Çünkü aile, bireyin sükunet bulduğu bir çevre, neslin devamının sağlandığı bir vasıta ve kişiyi dini inançlara aykırı sayılan kötülüklerden kaçınmaya teşvik eden bir faktör olarak önem taşımaktadır.⁷⁷

İslam toplumunda evlilik, nikah adıyla ifade edilir.⁷⁸ Nikah, fıkıhta bir akit olarak kabul edilir ve diğer medeni ilişkilerde olduğu gibi icab ve kabul ile gerçekleşir. Bu anlaşma ile aile birliği kurulur, karşılıklı haklar ve sorumluluklar belirlenir. Bununla beraber evlilik, sadece bir hukuki işlem olmakla kalmaz. Kur'an'da evlilik bağına verilen önem o denli vurguludur ki İslam toplumunun kurgulanmasında temel faktörlerden biridir. Aynı zamanda dini bir boyutu olan nikah Peygamberimiz'in (s.a.v) sünneti açısından da önemli bir kurumdur.⁷⁹

İslam'da aile bağı “neseb” kavramı ile ifade edilir. Anne ve baba ile çocuklar arasındaki bağı ifade eden nesebin ölçüsü ise meşru bir evlilik içerisinde meydana gelen doğum ile gerçekleşir.⁸⁰ Ancak aile bağı yalnız doğumla sınırlı kalmaz. Kur'an ve sünnette belirtilen süt bağı ilişkisi de aile kavramı içerisine dahil edilmiştir. Buna göre aralarında süt bağı olan kimseler de aileden sayılmaktadır.

İslam hukukuna göre nişanlanmanın herhangi bağlayıcılığı bulunmamaktadır. Ancak Türkler arasında nişanlılığa değer atfedilmekteydi ve nişanlanma, evliliği zorunlu kılan bir ahlaki yükümlülük olarak kabul ediliyordu. İslam hukukuna göre evlilik, iki tarafın da açık rızasına dayanan bir sözleşmedir. Kadın bu rızasını kendisi bildirebileceği gibi vekili aracılığıyla bildirebilirdi. 16. yüzyıla kadar evlilik, yalnızca iki şahit önünde gerçekleştirilirken, Osmanlı şeyhülislamlarından Ebussuud Efendi'nin

⁷⁶ Ünal, 369.

⁷⁷ Aydın, “Aile”, 199.

⁷⁸ Can ve Aslan, 91.

⁷⁹ Sümbüllü, 26.

⁸⁰ Lütfiye Gözütok, “Avrupa Hukuku ve İslam Hukuku'nda Aile Kavramı” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Marmara Üniversitesi, 1999), 1.

etkisiyle devletin müdahalesi sağlanmış ve izinname (evlenme izni) usulü getirilmiştir.⁸¹

İslam hukukunda kadın bir mihr (evlilik bedeli) alma hakkına sahiptir.⁸² Bu mihr iki bölümden oluşmaktadır: ilk kısmı evlilikten önce verilirken, ikinci kısmı daha sonraya bırakılmaktadır.

İslam dininde erkek, ailenin reisi olarak kabul edilmiştir⁸³ ancak diğer ataerkil aile yapılarında olduğu gibi erkeğin aile üyeleri üzerindeki yetkileri geniş değil son derece sınırlıdır. İslam’da erkeğin aile fertleri üzerindeki yetkileri aile birliğini devam ettirmeye yöneliktir. Bunun dışında kalan meselelerde ise aile içerisindeki ergin her birey kendi iradesini ortaya koyma özgürlüğüne sahiptir.⁸⁴ Bu dönemde kurulan ailelerde eşlerin birbirlerine karşı hak ve sorumlulukları bulunmaktadır. Erkek; barınma, beslenme ve giyinme gibi temel ihtiyaçları sağlamakla yükümlüdür. Kadın ise bu fiziki imkanlar içerisinde ailenin yöneticisi ve çocukların ilk öğretmeni vazifesini taşımaktadır.⁸⁵ Eşler arasında ise mali yönetim mal ayrılığı ilkesine dayanmaktadır.⁸⁶

1.3.3 Cumhuriyet Dönemi Türk Aile Yapısı

Türkiye’de evlilik ve aile kurumları dinsel ve geleneksel olarak kutsal sayılmaktadır.⁸⁷ Her ne kadar bu kutsiyet toplumun zihninin bir köşesinde dursa da

⁸¹ Fındıkoğlu, 273.

⁸² Kuran, 362.

⁸³ Karaman vd., *Kuran Yolu Türkçe Meal ve Tefsiri*, 2 c, 57-58. Aile reisliğinin erkekte olduğunu belirten ayet Nisa Suresi 34. ayettir. Bu ayetin tefsirinde “kavvam” kelimesine “aile reisi” manasının verilmesi şu şekilde belirtilmiştir; “Erkeğin “kavvâm” olması hangi yetkileri ve vazifeleri ihtiva etmektedir? Bu soruya verilen cevaplar eskiden yeniye değişik olabilmektedir. Yalnızca âyet ve hadislerin lafızlarını değil, bunların yanında uygulamayı ve dolayısıyla örf ve âdeti de göz önüne alan müctehid ve müfessirler, sözlük mânası “bir şeyin üzerinde duran, hâkim olan, özen gösteren, onunla yakından ilgilenen” demek olan kavvâmlığa, “reislik, yöneticilik, eğitim, koruma, savunma, ıslah, kazanma, üretme” mânalarını yüklemişlerdir. Tarih boyunca erkekler bu işleri ve sıfatları, fiilen kadınlardan daha ziyade yüklenmişlerdir. Çağımızda kelimeye yüklenen hâkim mâna ise “aile reisliği”dir.”

⁸⁴ Bilgili, 11.

⁸⁵ Bilgili, 12.

⁸⁶ Fındıkoğlu, 273.

⁸⁷ Bilgili, 17.

Cumhuriyet'in ilanı sonrasında devlette ve toplumdaki hızlı değişme aile yapısını da derinden etkilemiştir.

1926 yılına kadar Türkiye'de kapsamlı bir aile kanunu bulunmuyordu. 1924 yılında bir kanun tasarısı hazırlanmışsa da bu çalışma tamamlanamamıştı. Sonunda, 1926 yılında, Avrupa'daki en gelişmiş aile kanunlarından biri olarak kabul edilen İsviçre Medeni Kanunu örnek alınarak yeni bir kanun kabul edildi. Bu kanun, kadın ve erkek arasında eşitliği sağlamayı amaçlıyor, çok eşliliği yasaklıyor ve Türkiye'de hukuki açıdan din farkını ortadan kaldırarak tüm vatandaşları aynı kanuna tabi kılıyordu.⁸⁸

Cumhuriyet dönemi, toplumsal değişim doğrultusunda aile yapısında karakteristik değişimlere ve dönüşümlere tanıklık eden bir devirdir. Bu süreç, Cumhuriyetin kuruluş ilkelerine uygun olarak Batılılaşma hareketinin kültürel dönüşümlerini aile içinde etkili bir şekilde yaşatmıştır. Kuşkusuz, yapısal ve kültürel olarak Türk ailesinin homojen bir etkiye maruz kaldığı söylenemez.⁸⁹ Ancak siyasal söylemin odak noktasının laiklik olması, modernleşmenin Türk ailesinin tanımında ve ailesel farklılıkların ortaya çıkmasında işlevsel bir rol oynamıştır.⁹⁰

1.4 Ailenin Devletle İlişkisi

Aile, sadece bireyleri değil aynı zamanda toplumu da bir araya getirerek devlete bağlayan bir yapıdır. Bu kurum, millet kavramının özünde yer alan önemli bir anlamı temsil eder. Toplum içinde birlik, dayanışma, yardımlaşma, merhamet, fedakarlık ve ortak kader duygularının kaynağı olan aile, bireylerin ve toplumun üzerinde derin etkilere sahip bir kurumdur.⁹¹

Sosyoloji literatüründe aile kurumu çoğunlukla toplumsal kurumlar başlığı altında incelenir. Toplumsal kurumlar, insan topluluklarının organize ettiği ve insanların ihtiyaçlarına çeşitli şekillerde karşılık veren, onları yönetip idare eden

⁸⁸ Fındıkoğlu, 274; Kuran, 364.

⁸⁹ Ulutak ve Güler, 64. Cumhuriyet dönemi aile yapısını konu alan çalışmalarda Türk ailesi, köy ailesi ve kent ailesi olarak iki başlık altında incelenmiştir. Bu durum; dönemin, aile yapısına olan etkisinin homojen olmadığını ve köy ile kent düzleminde ailenin farklı bir yapı sergilediğinin kanıtıdır.

⁹⁰ İsmail Doğan, *Türk Aile Sosyolojisi: Tarih-Gelenek-Modern Zamanlar*, 1. Baskı (Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık, 2016), 153.

⁹¹ Akcan, 434.

içtimai mekanizmalardır.⁹² Buna göre aile de devlet de toplumsal bir kurumdur. Bu kurumlar yalnızca kavram, fikir ve ilgiden oluşmaz, bir yapı meydana getirir.⁹³ Bu yapılar içerisinde gevşek veya sıkı bir örgütlenme ve görev paylaşımı söz konusudur. İlkel zamanlardan günümüze doğru gelindiğinde bu yapıların sırasıyla; oba, kabile, şeflik ve devlet şeklinde geliştiği görülmektedir. Bu gelişme nüfus, din, katmanlaşma ve yerleşim ölçütlerine göre yapılsa da her bir yapının içerisinde aile ve hısımlık kavramları önemli bir yer tutmaktadır.⁹⁴

Toplumsal bir kurum olan aile; beşeri değerlerin, kültürel kimliğin ve geleneklerin gelecek kuşaklara aktarılmasında önemli bir işleve sahiptir. Ailenin bir kurum olarak bu özelliği devletin temeli olarak kabul edilmesindeki yegane sebeptir. Bu nedenle toplumun aileye yüklediği fonksiyonlar ve devletin aileyi temel bir kurum olarak kabul etmesi, devletin aileyi birtakım düzenlemelere tabi tutmasını gerektirmiştir.⁹⁵

1.4.1 İslamiyet Öncesi Türklerde Devlet ve Aile İlişkisi

Türklerin dünya görüşüne göre ailenin kutsallığı, devletin yapısının organizasyonunda da önemli bir rol oynamıştır. İslamiyet öncesi Türklerde gelenekler, adetler ve örfün, aile düzenini belirlediğini daha önce ifade etmiştik.⁹⁶

İslamiyet öncesi Türk devletlerinde devlet yapısı, zaman içinde ailenin gelişmesi ve çeşitli sosyal değişimlerle şekillenmesi sonucunda ortaya çıkmıştır. Bu bağlamda devlet, adeta “*ailenin genişletilmiş hali*” olarak kabul edilmiştir. Aile içindeki dayanışma ve yardımlaşma gibi unsurlar, devlet yaşamında da kökleşmiş; bu durum, Türk Devletleri’nin tamamında belirgin bir gelenek haline gelmiştir. Bu durum,

⁹² Robert Morrison MacIver ve Charles Hunt Page, *Society: An Introductory Analysis*, 6. Baskı (Londra: Macmillan and Company Limited, 1959), 6.

⁹³ Gökçe, 47.

⁹⁴ Aslan Delice, “Hukukun Antropolojik Kaynakları: İlkel Toplumlarda Toplumsal Çatışma ve Çatışmanın Çözülmesinde İlkel Hukuk” (Doktora Tezi, İstanbul, İstanbul Üniversitesi, 2004), 7-19.

⁹⁵ Süleyman Mortaş, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması” (Doktora Tezi, Konya, Selçuk Üniversitesi, 2014), 21.

⁹⁶ Akcan, 443.

Türklerin kolektif bir yönetim tarzını, sorumluluk, iş birliği ve görev paylaşımını temel alan bir sistemle yansıttığını göstermektedir.

Ailelerin en bilgili ve güçlü bireyi yönettiği bir yapıda, fertler arasındaki eşitlik aile içinde demokratik bir atmosferin gelişmesine katkıda bulunmuştur. Toplumun temel birimi olan aileler, coğrafi imkanlar elverdiği sürece bir araya gelmiş ve bu birleşmeyle boyları, boylar da toplulukları oluşturmuştur. Bu nedenle aile yapısı, en üst birimlere hatta devlet teşkilatlanmasına kadar devam eden ve “*özdeş bir yapı*” şeklini alan bir düzeni yansıtmıştır. Şöyle ki aile içindeki adil ve dengeli ilişkiler, toplumdaki siyasal, hukuki ve sosyal dengeyi de yansıtır. Bu nedenle, Türk aile yapısındaki hukuki ve sosyal doku, devletin en üst düzeylerinde bile kendini göstermiştir. Buna göre, devletin oluşumu ile ailenin oluşumu arasında belirgin bir benzerlik bulunmaktadır.⁹⁷

Devletin teşkilatlanması yönünden bakıldığında ise devletin kuruluşu ve başarısı, aslında milletin kendisinin eseridir. Bu noktada Türk milletini oluşturan ailenin rolü ve aynı soydan gelmenin etkisi büyük önem taşır. Bu nedenle Türkler, devletin ulusal varlığını koruyan, yaşatan ve geliştiren önemli bir kurum olan ailenin değerini her zaman bilinçli bir şekilde korumuştur.⁹⁸

1.4.2 İslam’da Devlet ve Aile İlişkisi

Aile hukuku, hicretin 1. asrında hadislerin toplanıp kitaplaştırılması sürecinde bu alan içinde önemli bir yer edinmiş; 2. asrın ilk yarısında başlayan hukuk (fıkıh) çalışmalarında ise ibadetlerden hemen sonra muamelat (hukuk) bölümünün önemli bir konusu olmuştur.⁹⁹ Bu doktrin çalışmaları aynı zamanda o dönemler için bir tür kanunlaştırma niteliği taşımaktadır. Çünkü İmam Ebu Yusuf’un baş kadı olduğu dönemden itibaren mezhepler oluşmaya başlamış ve bir mezhebin egemen olduğu bölgede o mezhebe ait içtihatlar, kanun olarak kullanılmış ve hakimler tarafından uygulanmıştır.

Aile kavramını kurumsallaştırıp devlet ile aile arasında görünür bir bağ kazandıran devlet Osmanlı İmparatorluğu’dur. Bu nedenle İslam’da devlet ve aile

⁹⁷ Akcan, 442.

⁹⁸ Akcan, 445.

⁹⁹ Ünal, 367.

ilişkisini incelemek için Osmanlı dönemi aile yapısını kısaca incelemek çalışmamız açısından yeterli olacaktır.

Osmanlı Devleti, farklı kültür ve toplulukları bir arada barındıran bir medeniyet olarak kendine özgü bir aile yapısı geliştirmiştir.¹⁰⁰ Osmanlı toplumunda aile, millet sistemi ile doğrudan bağlantılıydı. Bireylerin dini aidiyetlerine göre mensup oldukları millet, aile yapısını şekillendiriyordu. Bu bağlamda, millet sistemine dayalı sosyal yapı hem bireysel hem de toplumsal düzeyde aile ilişkilerini düzenlemiştir. Farklı dini gruplar, kendi inanç sistemlerine göre evlilik ve aile düzenini oluşturmuş, bu durum Osmanlı ailesinde çeşitlilik içinde bir ortaklık yaratmıştır.¹⁰¹

Osmanlı döneminin sonlarına doğru, özellikle 19. yüzyılda, Tanzimat ve Islahat Fermanları ile toplumsal ve hukuki yapı değişime uğramış, bu da aile yapısında dönüşümleri beraberinde getirmiştir. Fransız Devrimi'nin etkisiyle milliyetçilik anlayışı, Osmanlı toplumunda çözümlere neden olmuş, farklı milletlerin bağımsızlık hareketleri aile yapılarında da yeni düzenlemelere yol açmıştır.¹⁰²

Mecelle'nin kanunlaşması (1869-1876) ile medeni hukukun önemli bir kısmı mevzuata dahil edilmiştir.¹⁰³ Ancak, bu kanun mecmuası aile, miras, vasiyet gibi konuları içermediği için aile hukuku alanında 1917 yılına kadar hâlâ fıkıh ve fetva kitaplarına başvurulmuştur. 1917 yılında, çeşitli fıkıh mezheplerinin içtihatlarına dayanarak oluşturulan ve bu tarihte kabul edilen "*Hukuk-i Aile Kararnamesi*" ilk İslam aile kanunu olarak kayda geçmiştir.¹⁰⁴ 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, Osmanlı Devleti'nde aile hukukuna dair düzenlemelerin modernleşme sürecinde önemli bir adımı temsil eder. Ancak bu kararname, aile hukukunun tüm alanlarını kapsamamış, yalnızca münkehât (evlenme) ve müfârekât (boşanma) konularını düzenlemiştir. Kararname yürürlüğe girdikten sonra nesep (soy bağı), nafaka ve boşanma sonrası

¹⁰⁰ Can ve Aslan, 91; Kuran, 362.

¹⁰¹ Can ve Aslan, 92.

¹⁰² Can ve Aslan, 93.

¹⁰³ Ünal, 371.

¹⁰⁴ Ünal, 376.

çocukların bakımı gibi diğer aile hukuku meselelerini ele alan komisyon çalışmaları devam etmiştir. Ancak bu konuların yasalaşması mümkün olamamıştır.

1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi, Osmanlı'nın en çalkantılı dönemlerinden birinin ürünü olarak, yalnızca 19 Haziran 1919'a kadar yürürlükte kalmıştır. Böylece kararname, 1 yıl 9 ay 11 gün gibi kısa bir süre yürürlükte kalabilmiştir.¹⁰⁵

1.4.3 Liberal Devlet ve Aile İlişkisi

Liberal devlet anlayışı toplumun başlıca yapı taşı olarak aileyi değil bireyi kabul eder.¹⁰⁶ Buna göre birey sadece toplumun değil devletin biricik kaynağı ve nihai gayesi olarak kabul edilmektedir.¹⁰⁷

Kişinin maddi ve manevi varlığının gelişmesi liberal doktrinde toplumun gelişmesi ve ilerlemesi için önemli bir unsur olarak kabul edilmiştir. Ancak liberal doktrinde insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesinde kişiye olan devlet müdahalesinin en aza indirgenmesi vurgulanmaktadır.¹⁰⁸ Nitekim dikkat çekeceği üzere edilgen bir fiil değil (geliştirilmesi değil) etken (gelişmesi) bir fiil kullanılmıştır. Bu kullanımla liberal devletin, kişinin kendini gerçekleştirme noktasında müdahaleci değil pasif bir rol takınması gerektiği vurgulanmıştır.¹⁰⁹ Bireyin kendini gerçekleştirme mevzusu, devletin toplumun inşası noktasında önemli görmediği bir husus olmuştur. Liberal devlet fikrinde yalnızca birey ve devlet kavramlarına yer verilmiştir.

Liberal devlette ailenin korunması hususu özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmiştir; ancak aile kurumunun belirli hukuki kurallara bağlanması gerekliliği de es geçilmemiştir. Liberal devletin aileyi ve evlilik hukukunu dikkatle düzenlerken esas amacı; evliliğin sağlam temellere dayanmasını sağlamak, ailenin belirli hukuki kurallar çerçevesinde kurulup sürdürülmesine imkan vermek ve eğer evlilik son bulacaksa bunun belli nedenlerle gerçekleşmesini istemek olmuştur. Aile meselesinde liberal devlet bireyleri evlenmeye zorlamadığı gibi; hukuki kurallar

¹⁰⁵ Ünal, 376.

¹⁰⁶ Ayferi Göze, *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*, 9. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021), 3; Dinçkol, 116.

¹⁰⁷ Meriç Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Aile Hayatına Saygı Hakkı" (Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2013), 15; Göze, 5.

¹⁰⁸ Göze, 10.

¹⁰⁹ Göze, 35.

çerçevesinde kurulduktan sonra aile yaşamına müdahale etmeyi de düşünmemiştir. Nitekim aile hürriyetine müdahale etmek de liberal felsefeye aykırı bir tutum olurdu. Bu nedenlerle liberal devlet, bu tür davranışlardan kaçınmış ve hatta ailenin dokunulmazlığını korumak amacıyla ceza kanunlarında ilgili maddeler düzenlemiştir. Bu tutumdan da anlaşılacağı gibi liberal devlet, aileye kuruluş aşamasında hukuki bir çerçeve çizmiş ancak ailenin yaşamını sürdürmesinde onu yalnız bırakarak sorumluluğu bireylerin üzerine yüklemiştir.¹¹⁰

Fransız İhtilali sonrasında gelişen sosyal değişme neticesinde ve 18. yüzyıldan itibaren aile yapısındaki bölünme ve parçalanmada büyük devrimlerin etkisi önemli olmuştur. Bu devrim, burjuvaziyi ortaya çıkarmış ve küçük aile yapısını oluşturmuştur. Batıda sanayi çağı başladığında aile, sadece anne, baba ve çocuklardan oluşan bir topluluk haline gelmişti. Sanayi, büyük kitleleri işçi olarak işe alıyor ve ailedeki her bireyi çalıştırarak geçim sağlamalarına olanak tanıyordu. Bu nedenle, bir kişinin çalışmasıyla geçinen kalabalık aile yapısı giderek yok olmaya başlamıştır.¹¹¹ Bununla beraber aile kurumu da yalnızca serbest bırakılması gereken bir kurum olarak görülmüştür. Bu nedenle 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl başlarına kadar ailenin korunması kavramı ayrıca düzenlenmemiştir. Bu tarihlerden sonra ise liberal devletler, ailenin korunması alanında ayrıntılı düzenlemeler yapmış ve ailenin kurulması ve meşru bir şekilde kurulduktan sonra da dokunulmazlığı ile ilgili kurallar ihdas ederek aile kurumuna hukuki ve toplumsal güvence sağlamıştır.¹¹²

1.4.4 Sosyalist Devlet ve Aile İlişkisi

Sovyetler başta olmak üzere sosyalist devletler, aile politikalarında Karl Marx, Friedrich Engels ve Vladimir İlyiç Lenin'in görüşlerine dayanmışlardır. Marx, aile kavramı ile ilgili bir değerlendirmesinde, "*Üretim, mübadele ve tüketim süreçlerinin*

¹¹⁰ Cansel, 15; Dinçkol, 118.

¹¹¹ Cansel, 12.

¹¹² Karagözler, 17; Cansel, 15-16. 19. yüzyılın sonlarına doğru gelişen ve dünyayı etkisi altına alan kapitalist düzen pek tabii aile kurumunu da etkilemiştir. Bu dönemde ailelerin konut, sağlık, istihdam ve eğitim gibi sosyal ihtiyaçları için yardıma ihtiyacı vardı. Bu noktada devletlerin bu acil ihtiyaçlara karşı harekete geçmesi gerekliliği ortaya çıktı. Liberal devlet fikrindeki olduğu gibi ailenin yalnızca hukuki bir şekilde düzenlenmesi yetersiz kaldı ve "*bırakınız yapsınlar*" fikri kıymetini yitirdi. Bu gereklilikler ise sosyal devlet fikrini meydana getirdi.

*belirli bir aşamasına baktığınızda, belli bir sosyal düzenin, aile yapısının ve sınıfların belirli bir şekilde geliştiğini görürsünüz” fikrini ileri sürmüştür.*¹¹³

Sosyalist devletler, aile kurumuna, içerisinde yaşanan Marksist sisteme uygun olarak, materyalist bir perspektifle yaklaşmış ve aileyi değerlendirirken bireyi aşkın bir üst yapı olarak değerlendirmiştir. Doğal olarak, manevi ve dini değerlere dayanan ve dini törenlerle gerçekleşen evlilik ile toplumun varlığını ve birliğini sürdürmede temel sosyal kurumlardan biri olan aile kurumuna bakış açısı da değişmiştir.¹¹⁴

Marksizm, ailenin tarih boyunca geçirdiği evrelerde en belirleyici faktörün ekonomi, yani üretim ilişkileri olduğu görüşünü savunmuştur. Buna göre Marksizm, aile kurumunun gelişimini nikahsız dönem, grup nikahı dönemi, çift nikahı dönemi ve tek eşli nikah dönemi olarak kronolojik safhalara ayırmıştır.¹¹⁵

Engels, ilkel kabile toplumlarında tek erkek-kadın münasebetine dayanan (monogami) bir aile yapısının olmadığını, bu tür ailenin özel mülkiyetle ortaya çıktığını iddia etmektedir.¹¹⁶ Engels’e göre ilkel toplumlarda nikah bulunmazken, ilk nikah grup nikahı şeklinde görülmüştür.¹¹⁷ Bu dönemde bir grup kadın ve erkek, üreme ve cinselliğe yönelik ihtiyaçlarını belirli bir grup dahilinde tatmin etmişlerdir. Çocuğun nesebini belirlemeye yönelik bir ihtiyaç hissedilmediğinden ötürü çocuk yalnızca anneye nispet edilerek ve toplumun ortak bireyi kabul edilmiştir, bu durum da ananın hakkının önemsendiği bir hukuk düzeni (maderi hukuk) meydana gelmiştir.¹¹⁸ Bu hukuk sisteminde kadınlar, erkeklerden daha özgür ve daha yüksek bir statüye sahip olmuşlardır. Çocuklar tüm toplumun ortak bireyi olarak kabul edildiğinden

¹¹³ Seyfettin Erşahin, “Sovyetlerin Orta Asya Türk Aile Yapısını Değiştirme Çabaları Üzerine Değerlendirmeler”, *Diyanet İlmî Dergi* 34, sy 3 (1998): 28.

¹¹⁴ Yusuf Balcı, “S.S.C.B’de Aile”, içinde *Aile Politikaları Karşılaştırmalı Ülkeler Panoraması* (Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991), 9.

¹¹⁵ Erşahin, 28.

¹¹⁶ Balcı, 9.

¹¹⁷ Friedrich Engels, *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*, 1. Baskı (Sol Yayınları, 1979), 35.

¹¹⁸ Engels, 41; Ulutak ve Güler, 54.

terbiyesinden de tüm toplum sorumlu tutulmuştur ve bu sosyal yapı anaerkil (maderşahi) ailenin başlangıcı olmuştur.¹¹⁹

Zamanla mülkiyet anlayışının değişmesi, servet birikiminin ve özel mülkiyetin meydana gelmesiyle feodal toplum düzenine geçilmiştir. Bu da beraberinde aile ve yakın akraba ilişkileri yeniden şekillenmesine sebep olmuştur. Bu dönemde çift nikahı adı verilen nikah türü ortaya çıkmıştır. Bu nikah türünde kadın ve erkek aynı evi paylaşmaz, ara sıra bir araya gelirlerdi.¹²⁰

Feodal toplum düzeninde servet birikiminin gelecek kuşaklara aktarılması sorunu ve özel mülkiyetin kutsallaşmasıyla beraber erkek hakimiyetine dayanan ataerkil tek nikahlılık (monogami) yöntemi gelişmiştir.¹²¹ Buna göre tek eşlilik yöntemi nesebin belirlenmesi noktasında en sahih yol olarak kabul edilmiş ve biriken servetin ve özel mülkiyetin gelecek kuşaklara miras yoluyla aktarılması sağlanmıştır.¹²² Bu dönemlerde kaba kuvvete dayanan servetin ortaya çıkması erkeğin önemini artırırken kadını ikinci plana düşürmüştür.¹²³

Marksist yaklaşım, monogamiyi sömürüye dayalı sınıflı toplumun aile şekli olarak değerlendirmektedir. Sınıflı toplumun ilk evresi olan kulluk toplumunda, köleler kadın ve çocuklarıyla birlikte meta olarak alınıp satılmış ve kadının hukuku tamamen ortadan kaldırılmıştır.¹²⁴ Feodal toplum döneminde ise monogami, ekonomik çıkarları korumak amacıyla kullanılmıştır. Bu dönemde feodaller nikah yoluyla ekonomik güçlerini artırırken kadının durumu daha da kötüleşmiştir. Dinin, feodal

¹¹⁹ Erşahin, 29.

¹²⁰ Erşahin, 29.

¹²¹ Balcı, 10; Engels, 60; Cansel, 11-12. Tarihte feodal toplumu ortaya çıkartan asli unsur özel mülkiyetin korunması ve toprağın bölünüp parçalanmaması yönelik motivasyon olmuştur. Bu noktada birey bu amacına ulaşmakta kendine en yakın hissettiği gruba yani ailesine bağlanmıştır. Servetin bölünmemesi ve aile fertleri tarafından kuşaklarca işletilmesi feodal toplumu ortaya çıkartmıştır. Bu toplumda bir kimsenin göreceği itibarın derecesini mensubu olduğu ailenin büyüklüğü ve gücü belirlerdi. Ailenin gücü, ferdin asaletinin kaynağıydı.

¹²² Balcı, 9; Engels, 8. Birinci baskının önsözünde Engels, aile kavramından doğan kan bağı meselesinin önemini servet birikimi ile doğru orantılı görmektedir. Ona göre servet dağılımdaki eşitsizliğin başlıca sebebi kan bağının çok sıkı bir şekilde toplumun geneline hakim olmasıdır. Engels, bireyler arasındaki kan bağının zayıflaması halinde toplumun tek ülke üzerinde yaşayan tek sınıfa evrileceği yönünde kanaat belirtir.

¹²³ Erşahin, 29.

¹²⁴ Engels, 56.

dönemde ailenin feodale kul olmasına yardım ettiği iddiası ise Marksist yaklaşımda kendisine yer bulmuştur.¹²⁵

Burjuva toplumuna gelindiğinde ise burjuvazi nikahı doğmuş ve teorik olarak ailede erkek ve kadın eşitliği ilan edilmiştir. Ancak pratikte kadın hakları daha da daraltılmıştır. Kapitalist toplumda ise burjuva ve proleter aileler oluşmuştur. Burjuvazi arasında menfaat birliğine dayanan ve servetin ve mülkiyetin bölünmeden bir arada durmasını sağlayacak kapital ittifakı şeklini alan monogami yaygınlaşmıştır.¹²⁶ Proleterler arasında ise aile, tek eşli sevgi esasına dayandırılmıştır.¹²⁷ Ailedeki bu tarihi gelişme, Komünist Manifesto’da “*burjuvazi, aile ilişkilerindeki aşk ve sevgi perdelerini yırtıp attı ve onları para ilişkilerine çevirdi*” sözleriyle ifade edilmiştir.¹²⁸

Engels, feodal aile yapısında kadının köleleştirildiğini, kapitalist aşamada ise daha da kötü bir duruma düştüğünü savunmuştur. Ona göre, kadın sosyalleşip kamu işlerine döndüğünde geleneksel aileye ihtiyaç kalmayacak ve kadın gerçek özgürlüğüne kavuşacaktır. Lenin de kadınların kapitalizmde köleleştirildiğini ve mutfak ile ev işlerinden kurtulmalarıyla gerçek özgürlüğe kavuşacaklarını düşünmüştür.¹²⁹ Bu görüş doğrultusunda Bolşeviklerin, kadınları en ağır işlerde istihdam etme çabasına giriştikleri görülmüştür.¹³⁰

Marksist görüşe göre, kadın-erkek ilişkilerinde sevgi özgürlüğü esastır, tek eşliliğin temel amacı ise mülkiyeti garanti altına almaktır. Ancak sevgi özgürlüğü ile bir araya gelen erkek ve kadının çocuk sahibi olması, aileye sosyal ve hukuki bir boyut

¹²⁵ Erşahin, 29.

¹²⁶ Karl Marx ve Friedrich Engels, *Komünist Manifesto*, çev. Nail Sathıgan, 2. Baskı (İstanbul: Yordam Kitap, 2014), 58. Komünist Manifesto’da burjuva ailesine ve proletarya ailesine şu şekilde değinilmektedir; “*Ailenin ortadan kaldırılması! En köklü değişiklikleri savunanların bile Komünistlerin bu yüz kızartıcı niyeti karşısında kanı beynine sıçırıyor. Bugünkü aile, burjuva ailesi neye dayanıyor? Sermayeye, özel kazanca. Bu aile tam olarak gelişmiş biçimiyle yalnızca burjuvazi için vardır. ... Kendisini tamamlayan şey kaybolup gittiği zaman doğal olarak burjuvaların ailesi de kaybolup gidecek ve sermayenin ortadan kalkmasıyla birlikte her ikisi de ortadan kalkacaktır.*”

¹²⁷ Erşahin, 30.

¹²⁸ Marx ve Engels, 40.

¹²⁹ Balcı, 10; Engels, 72. Engels ilk sınıf çatışmasının kadın ve erkek cinsi arasında yaşandığını söyler. “*Modern karı-koca ailesi, açık ya da gizli, kadının evsel köleliği üzerine kurulmuştur. Günümüzde, erkek, çoğunlukla, hiç değilse varlıklı sınıflarda, ailenin dayanağı olmak ve onu beslemek zorundadır; bu durum, ona hiçbir hukuksal ayrıcalıkla desteklenmeyi gereksinmeyen, egemen bir otorite kazandırır. Aile içinde, erkek, burjuvadır; kadın, proletarya rolünü oynar. ... Kadının kurtuluşunun ilk koşulu bütün kadın cinsinin yeniden toplumsal üretime dönmesidir ve bu koşul karı-koca ailesinin, toplumun iktisadi birimi olarak ortadan kaldırılmasını gerektirir.*”

¹³⁰ Erşahin, 30.

kazandırmakta ve ebeveynlere çocuk yetiştirme gibi sosyal sorumluluklar yüklemektedir.¹³¹

Marksist düşünceye göre, üretim ilişkilerindeki değişim ve özel mülkiyetin kaldırılması ile birlikte burjuva aile yapısı yerini sosyalist aile yapısına bırakacaktır. Komünist bir toplum kurulduğunda, üretim araçları kamu mülkiyetine geçecek ve geleneksel karı-koca temelli aile yapısı gereksiz hale gelecektir. Çocukların bakımı ve eğitimi toplum tarafından üstlenilecektir. Marksistler, özel mülkiyetin olmadığı dönemlerdeki kadın-erkek ilişkilerini örnek alarak, bu ilişkilerin ekonomik baskılardan kurtulup sevgi özgürlüğüne dayalı olarak yeniden şekilleneceğini savunmuşlardır. Engels, komünizmin gerçekleşmesi ile birlikte bakireliğin ve fuhşun sosyal ve ahlaki değer olmaktan çıkacağını ve cinsel ilişkilerin serbestçe yaşanacağı bir toplum öngörmüştür.¹³²

Evrensel olarak evliliğin ortaya çıkmasında dört temel etmen vardır: suç olarak kabul edilen zinaya düşmeden cinsel tatmin, psikolojik ve sosyal yalnızlıktan kurtulma, soyun devamını sağlama, maddi ve manevi mirası çocuklara aktarma. Aile, biyolojik, psikolojik, sosyal, siyasi ve kültürel ihtiyaçlardan doğan bir kurum olarak nüfusu yeniler, çocukları sosyalleştirir ve bireylerin biyolojik ve psikolojik tatminini sağlar. Sosyalist devletin idealize ettiği aile düzeni, sayılan bu dört temel etmene karşılık vermekte eksik kalacaktır.

1.4.5 Sosyal Devlet ve Aile İlişkisi

Ailenin sahip olduğu fonksiyonlar, bireylerin sosyal, psikolojik ve ekonomik ihtiyaçlarını karşılamada kritik bir rol oynamaktadır. Bu fonksiyonlar, bireylerin topluma sağlıklı ve üretken bireyler olarak katılımını sağlamaktadır. Bu durum, ailenin niçin korunması gerektiği sorusuna bir cevap oluşturur. Buna göre aile kurumunun korunması, toplumun ve devletin devamlılığı açısından hayati öneme sahiptir.

Liberal devlet düşüncesinde, devletin aileye yönelik pasif bir tavır takınması ve ailenin bağımsız bir kurum olarak varlığını sürdürmesi gerektiği vurgulanmaktadır. Ancak sosyal devlet fikrinin devlet mekanizmasının kurgulanmasında ön plana çıkmasıyla birlikte ailenin anayasal güvence altına alınması gerekliliği ortaya

¹³¹ Erşahin, 30.

¹³² Erşahin, 31.

çıkıştır. Bununla birlikte devletin sosyal adaleti ve bireylerin refahını sağlamada aktif bir rol üstlenmesi gerektiği savunulur.¹³³ Bu çerçevede, ailenin korunması ve desteklenmesi, devletin temel görevleri arasında yer almaktadır.

Modern demokratik toplumlarda, aile kurumu toplumun temeli olarak kabul edilmektedir ve anayasal düzenlemelerle korunmaktadır.¹³⁴ Bu anayasal güvenceler, aileyi ve aile bireylerini dış tehditlerden ve iç sorunlardan korumayı amaçlamaktadır. Aile içi şiddet, çocuk istismarı ve ekonomik sıkıntılar gibi aileyi tehdit eden durumlarda, devletin müdahalesi ve desteği önem kazanmaktadır. Ayrıca, aile politikalarının geliştirilmesinin ve uygulanmasının, toplumun genel refah seviyesini yükselteceği de bilinmektedir.

Sosyal devlet düşüncesi, liberal devlet yaklaşımıyla benzer şekilde bireyi bir amaç olarak görmektedir. Ancak bireyi, toplumdan kopuk bağımsız bir varlık olarak değil ailenin de içerisinde bulunduğu çeşitli siyasi, sosyal, iktisadi yapılar içerisinde ele almaktadır.

Liberal devletin ve sosyal devletin ortak gayesi vatandaşlarının mutluluğunu ve kendini gerçekleştirmesini sağlamaktır. Ancak, bu hedefe ulaşmak için kullanılan araçlar farklılık göstermektedir. Liberal devlette, bireyin devlet müdahalesi olmaksızın kendini maddi ve manevi anlamda geliştirebileceği düşünülmektedir. Bu yaklaşım, bireyin özgür iradesi ve kişisel çabalarıyla kendini gerçekleştirme gerektiğine dayanmaktadır ve devletin bireyin yaşamına olabildiğince az müdahale etmesini savunmaktadır. Ancak 19. yüzyılın ortalarına gelindiğinde gelişen sosyal devlet anlayışı, bu görüşü terk etmiştir. Sosyal devlet anlayışı, bireylerin sadece kendi çabalarıyla maddi ve manevi olarak gelişemeyeceklerini, devletin bu süreçte aktif bir rol üstlenmesi gerektiğini savunmaktadır. Bu yaklaşım, bireylerin refahını ve toplumsal eşitliği sağlamak için devletin sosyal politikalar ve müdahaleler yoluyla destekleyici ve düzenleyici bir rol oynamasını öngörmektedir.¹³⁵

Sosyal devlet “*bireylerin sosyal durumlarıyla, refahlarıyla ilgilenen, onlara asgari bir yaşama düzeyi sağlamayı ödev bilen devlet*” şeklinde tanımlanmıştır.¹³⁶

¹³³ Dinçkol, 121.

¹³⁴ Karagözler, 17.

¹³⁵ Karagözler, 17.

¹³⁶ Dinçkol, 120.

Sosyal devletin özelliklerinden biri de bireyin hak ve özgürlüklerini serbestçe kullanabilmesi için aktif bir tutum takınmasıdır. Sosyal devlet bireyi, kendisine rağmen koruma gayesi edinmiştir. Bundaki sebep ise bireyin, sırasıyla toplumun ve devletin yapı taşı olmasıdır. Bu nedenle sosyal ve ekonomik haklar devletin kurucu metni olan anayasada yer alarak korunmaya başlamıştır.¹³⁷

Sosyal devlet anlayışı geliştikçe birey ve devlet arasında olan ve göz ardı edilen başkaca sosyal topluluklar da devletin himaye ve güvencesi altına alınmıştır. Devletin bu toplulukları desteklemesi ve düzenlemesi sosyal sıfatının bir gereği olmuştur. Sosyal toplulukların en önemlisi ve en eskisi olan aile kurumu, korunması gereken bir yapı olarak anayasalarda ve diğer hukuki metinlerde yer almaya başlamıştır. İlk kez 1848 Fransız Anayasası'nda birey ile devlet arasındaki bu sosyal gruplar hukuken tanınmıştır.¹³⁸ Bu gelişmeyle birlikte, toplum ve devletin temelinde sadece bireylerin değil, aynı zamanda bu grupların da olduğu anlayışı ortaya çıkmıştır. Bu sosyal grupların en öncüsü olan aile, Fransız Anayasası'nda Cumhuriyet'in temeli olarak kabul edilmiştir. Burada devlet, aileyi korumakla yükümlü bir kurum olarak tanımlanmış ve bu durum, ailenin toplumdaki önemini vurgulamıştır.¹³⁹

İkinci Dünya Savaşı sonrasına gelindiğinde ise ailenin korunması sosyal bir hak olarak tanımlanmış ve dünyada hızlanan anayasacılık faaliyetleri neticesinde anayasalarda kendisine yer bulmuştur.¹⁴⁰

2. HUKUKİ AÇIDAN AİLE

İnsanlar genellikle, birlikte yapılan her eyleme meşruluk kazandırmaya meyillidir. Bu, insanların düzenli bir topluluk içinde yaşamasının doğal bir sonucu

¹³⁷ Karagözler, 18.

¹³⁸ Dinçkol, 119.

¹³⁹ Karagözler, 18.

¹⁴⁰ Karagözler, 18; Dinçkol, 120.

olarak kabul edilir.¹⁴¹ İnsanların birliktelik gösterdiği kurumların başında gelen aile kavramı meşruiyet kazandırılması gerekliliği ile hukukun konusu olmuştur.

2.1 Türk Hukukunda Aile

Türk hukukunda aile kavramı 1982 Anayasası'nda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nda kendine yer bulmuştur. Mevzuattaki aileye ilişkin tanımlar ve hükümler bu bölümde yukarıdaki sıraya uygun olarak incelenmiştir.

2.1.1 Anayasada Aile

Anayasalar, devletin temel organlarının yapılanmasını ve faaliyetlerini düzenleyen temel kuralların yanı sıra, bireylerin temel hakları ve özgürlüklerini içeren hukuki belgelerdir. Bu belgeler, devletin yapısını ve işleyişini düzenlerken, vatandaşların haklarını korumak için de çerçeve oluşturmaktadır. Temel hak ve özgürlükler, bireylerin hürriyetini, güvenliğini ve adalet duygusunu güvence altına almaktadır. Anayasal düzenlemeler, devletin sınırlarını belirleyerek keyfi uygulamaların önüne geçer ve demokratik ilkelerin korunmasını sağlar. Bu nedenle anayasalar hem devlete hem de vatandaşlara rehber olma niteliğine haiz hukuki belgelerdir. 1982 Anayasası'nda da yasama, yürütme ve yargı erklerinin düzenlenmesiyle birlikte bireylerin hakları ve sorumlulukları da yer almıştır.¹⁴²

Anayasa, normlar hiyerarşisinin en üst seviyesinde bulunur. Bu nedenle temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınması için en güvenilir yol, bunları anayasada düzenlemektir. Çünkü kanunlarla sağlanan haklar, basit çoğunlukla değiştirilebilirken, anayasal güvence altına alınan haklar nitelikli çoğunluk olmadan değiştirilemez. Bu

¹⁴¹ Akcan, 435.

¹⁴² Süleyman Yılmaz ve Abdülkerim Yıldırım, *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku)*, 4. Baskı (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023), 181.

nedenle, insan haklarına geniş yer veren anayasalar özgürlükçü anayasalar olarak adlandırılır.

Anayasalar çoğunlukla insanın vazgeçilmez ve devredilemez haklarını (yaşama, sağlık, eğitim gibi) düzenlerken, bazı anayasalar tercihen öncelik verdikleri konuları da anayasal güvence altına alır. Bu konulardan biri de “*ailenin korunması*”dır.

Ailenin anayasal güvence altına alınması, aile bireylerinin haklarını korumakla kalmaz, aynı zamanda toplumsal dayanışmayı ve sosyal istikrarı da sağlar. Bu nedenle, devletin aileyi koruma ve destekleme görevi hem bireylerin hem de toplumun genel çıkarları açısından vazgeçilmezdir. Aile kurumunun güçlü, sağlıklı ve sağlam olması, toplumun da aynı şekilde güçlü, sağlıklı ve sağlam olmasını temin eder. Bu bağlamda, ailenin anayasal düzeyde korunması ve desteklenmesi, sürdürülebilir bir toplumsal yapı için gereklidir.¹⁴³

1961 Anayasası’nın 35. maddesinde ve 1982 Anayasası’nın 41. maddesinde ailenin korunması, “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” bölümünde

¹⁴³ Cansel, 14.

düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerle birlikte aile kurumunun önemi vurgulanmış, huzur ve refahı için gerekenlerin yapılması anayasal güvence altına alınmıştır.¹⁴⁴

1982 Anayasası'nın, “*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*” bölümünde yer alan “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” başlıklı 41. madde, aileyi anayasal koruma altına almıştır.¹⁴⁵ Bu maddeye göre;

“Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

Bu düzenleme ile ailenin Türk toplumunun temeli olduğu, devletin ailenin huzur ve refahının sağlanması noktasında aktif bir sorumluluk üstlendiği ve aile kurumunun en savunmasız halkası olan çocukların korunmasının devletin güvencesi altında olduğu hüküm altına alınmıştır. Bu hükmün, devletin aktif sorumluluğu kapsamında alınan önlemlerin ve kurulacak teşkilatların anayasal teminatını güçlendireceği düşünülmektedir.

Ailenin korunması konusu yalnızca Türk Anayasası'nda değil benzer şekilde Almanya, İtalya, İspanya gibi ülkelerin anayasalarında da devlet koruması altına alınmıştır. Ancak Amerika, Avusturya, Fransa gibi ülkelerde aile, günümüz anayasalarında anayasal koruma altına alınan kurumlar arasında yer almamaktadır.

Anayasa'nın 41. maddesiyle koruma altına alınan aile, Türk Medeni Kanunu'nda belirtilen ve evlendirme yetkisi verilen resmi memur önünde gerçekleşen evlilikle kurulan ailedir. Buna göre, Türk Medeni Kanunu'nda ve doktrinde belirtilen dar, geniş ve en geniş anlamda aile tanımlarına karşılık gelen biçimlerinin korunduğu

¹⁴⁴ Karagözler, 19.

¹⁴⁵ Bu maddenin kenar başlığı “*I. Ailenin korunması*” iken 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 4. maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir.

belirlenmektedir. Evlenme akdine dayanmayan birliktelikler veya usulüne uygun yapılmayan evlilikler, Anayasa'nın 41. maddesinin koruma alanına girmemektedir.¹⁴⁶

Anayasa'nın 20. maddesi, özel hayatın gizliliğini ve aile hayatının korunmasını anayasal teminat altına almaktadır.¹⁴⁷ Bu maddeye göre,

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

Aynı zamanda Anayasa'nın 10. maddesindeki eşitlik ilkesi de aileyle doğrudan ilgili bir maddedir. Aile hukukunda temel ilkelerden biri olan eşler arası eşitlik ilkesi, bu düzenlemeyle anayasal bir zemine oturmuştur.

Anayasa'nın 62. maddesi ise yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin korunması için devlete ödevler yükler. Bu maddeye göre,

“Devlet, yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile birliğinin, çocuklarının eğitiminin, kültürel ihtiyaçlarının ve sosyal güvenliklerinin sağlanması, anavatanla bağlarının korunması ve yurda dönüşlerinde yardımcı olunması için gereken tedbirleri alır.”

Bu maddeyle yabancı ülkelerde çalışan Türk vatandaşlarının aile yaşamlarını korumak ve desteklemek amacıyla devlete önemli sorumluluklar yüklenmektedir.

2.1.2 Türk Medeni Kanunu'nda Aile

Hukuk düzeni içerisinde aile denilince akla ilk olarak Türk Medeni Kanunu gelmektedir. Öyle ki Türk Medeni Kanunu beş kitaptan oluşur ve bunlardan üçüncüsü Aile Hukuku kitabıdır.¹⁴⁸

Türk Medeni Kanunu içerisinde yer alan aile hukukunun bu kadar detaylı düzenlenmesi devletin aileye müdahalesi nedeniyledir. Şöyle ki aile toplumun temeli olarak görüldüğünden kamu otoritesi geçmişten beri aile kurumuna müdahale etmiş ve ona şekil vermeye çalışmıştır. Bireylerin özgürlüklerine ve özel hayatlarına saygı gösterilmekle beraber devletin müdahalesi söz konusu olmuştur. Devlet, ailenin kurulmasından önceki nişanlılık aşamasından başlamakla birlikte ailenin kurulmasına, aile içerisindeki çocukların hukuki olarak düzenlenmesine, malvarlığının rejimine ve

¹⁴⁶ Karagözler, 19.

¹⁴⁷ Yılmaz ve Yıldırım, 182.

¹⁴⁸ Hatice Çakırbay Çimen, “Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması” (Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2009), 36.

ailenin nasıl ve ne şekilde son bulacağına kadar birçok meseleyi detaylıca düzenlemiştir.¹⁴⁹

Devletin müdahaleci tavrı neredeyse devleti ailenin bir ferdi yapmıştır.¹⁵⁰ Bu düşünceyi temellendirmek üzere nişanlılık (m. 118 vd.), resmi nikah zorunluluğu (m. 139 vd.), evlenme yasakları (m. 129 vd.), boşanmanın ancak boşanma davası ve hakim kararı ile olması (m. 170), velayet hakkı ve anne babanın çocukla ilişki kurmasının mahkemece düzenlenmesi (m. 182 vd.) ile ilgili hükümler örnek verilebilir. Evlilik birliği içerisinde ailenin ise kim tarafından temsil edileceği (m. 188), aile konutunun nasıl seçileceği ve giderlere nasıl katkı sağlanacağı (m. 186) ve hatta eşlerin iş ve meslek seçiminde (m. 192) dahi eşlerin nasıl davranacağını belirlenmesinde kanun yapıcı söz söyleme hakkını kendinde bulmuştur. Bu müdahaleci tavır ve ayrıntılı düzenlemelerle aileye ciddi bir hukuki kimlik kazandırılmıştır. Bu açıklamadan da

¹⁴⁹ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku 3: Aile Hukuku*, 10. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015), 4; Karagözler, 19.

¹⁵⁰ Bu cümleyi sarf ederken edebiyatta sıklıkla kullanılan mübalağa (abartma) sanatından faydalıyoruz. Pek tabi devletin, ailenin bir ferdi olması ve aile üyelerinin devleti aile üyelerinden bir üye gibi görmesi mümkün değildir. Fakat devletin hukuk yoluyla geliştirdiği ve kimi zamanda uygulamalarıyla pekiştirdiği müdahaleci tavır; bireylerin kendi aileleri üzerindeki doğal etkisi gibi yoğun olabilmektedir. Devletin; ailenin kurulmasından, son bulmasına ve bu iki süreç arasındaki aile yaşamının çoğu ile ilgili hukuk kuralı vaz etmesi bizi böyle bir mübalağa ile durumu anlatmaya teşvik etmiştir.

anlaşılacağı üzere, devlet, aileyi ideal bir biçimde kurmak ve sağlıklı bir şekilde sürdürmek amacıyla aile hukuku alanında her türlü önlemi alma yoluna gitmiştir.¹⁵¹

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda ve Medeni Hukuk doktrini içerisinde aile kavramı net bir şekilde tanımlanmamakla beraber dar anlamda aile, geniş anlamda aile ve en geniş anlamda aile olmak üzere üç farklı anlamda düzenlenmiştir.¹⁵²

Dar anlamda aile, yalnızca eşlerden oluşan bir birliktir ve bu birliğe genellikle “*evlilik birliği*” denir.¹⁵³ Bu tanım, ailenin sadece eşler arasındaki ilişkiyi ve evlilik bağını ifade ettiği anlamına gelir. Evlilik birliği, Türk Medeni Kanunu’nun 185. maddesi ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu birlik tüzel kişiliğe sahip değildir, ancak birliği oluşturan eşlere çeşitli sorumluluklar yüklenmiştir. Bu sorumluluklar, evlilik birliğinin korunması, karşılıklı sadakat, yardımlaşma, çocukların bakımı ve eğitimi gibi konuları içermektedir. Bu hükümler, eşler arasındaki ilişkiyi ve birlikte yaşama sorumluluğunu düzenlemektedir.

Geniş anlamda aile, dar anlamdaki aileye çocukların da dahil olmasıyla meydana gelen aile biçimidir. Bu geniş anlamdaki aileye bazen “*velayet ailesi*” de denmektedir.¹⁵⁴ Türk Medeni Kanunu’nda geniş anlamdaki aile, 335-363. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu kapsamda ana babanın ve çocukların birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri belirtilmiştir. Bu maddeler, aile içindeki ilişkileri, ebeveynlerin çocuklarına karşı yükümlülüklerini ve çocukların da ailelerine karşı sorumluluklarını düzenler. Bu şekilde geniş anlamdaki aile, ebeveynlerin ve çocukların birbirlerine karşı hak ve sorumluluklarını içeren bir yapı olarak tanımlanır.

En geniş anlamda aile, eşler ve çocukların yanı sıra kayın hısımları, işçiler, çıraklar, hizmetçiler veya benzeri nedenlerle bir sözleşme ilişkisiyle ev halkı olarak

¹⁵¹ Cansel, 15. Liberal hukuku benimseyen ülkelerin Medeni Kanunlarında bu denli devletçi ve müdahaleci bir tutum sergilemeleri ciddi bir çelişki olarak görülebilir. Hatta aile hukukunun kamu hukukunun bir parçası olduğunu dahi savunmak mümkün olabilir. Cansel bu durumu yalnızca hukuki durumun düzenlenmesi olarak kabul etmiş ve aile hayatının içeriğine ve bununla beraber özgürlüğüne müdahale edilmediğini savunmuştur. Ona göre Liberal devlet ailenin kurulmasında ve son bulmasında hukuki şekil vermiş iki zaman arasındaki yaşama müdahale edilmemiştir.

¹⁵² Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Kahraman, *Aile Hukuku*, 15. Baskı (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013), 5-6; Yılmaz ve Yıldırım, *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku)*, 181; Bilge Öztan, *Medeni Hukuk’un Temel Kavramları*, 39. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 403.

¹⁵³ Akıntürk ve Ateş Kahraman, 6; Cansel, 13.

¹⁵⁴ Akıntürk ve Ateş Kahraman, 6.

aynı çatı altında yaşayan kişilerden oluşur. Bu geniş aile yapısı, Türk Medeni Kanunu'nun 367-370. maddeleri arasında “*ev düzeni*” adı altında düzenlenmiştir.¹⁵⁵ Bu maddeler, ev içindeki düzeni ve ev halkının hak ve sorumluluklarını düzenler. Ev halkının içinde bulunduğu ilişkiler, haklar ve sorumluluklar bu kapsamda düzenlenir ve geniş anlamdaki aile yapısının iç dinamikleri ve ilişkileri belirtilir. Bu düzenlemeler, ailenin daha geniş ve çeşitli yapılarını kapsayan ilişkileri hukuki açıdan düzenlemeyi amaçlar.

Ailenin hukuki yapısı evlilikle şekillenir. Eski çağlardan beri evlilik, aile kurmanın temel yolu olmuştur. Ancak evlilik olmadan da aile kurmak mümkündür.¹⁵⁶ Yine de evlilikle kurulan aile, toplumsal düzene, ahlaki değerlere ve aile geleneklerine en uygun olanıdır. Bu nedenle, evliliğin Türk Medeni Kanunu'ndaki hukuki düzenlemelerle güvence altına alındığını görmekteyiz.¹⁵⁷

2.1.3 Türk Ceza Kanunu'nda Aile

Aile müessesesi her ne kadar özel hukukun konusunu oluştursa da ceza hukuku tarafından da koruma altına alınmıştır. Ceza hukuku, aile üyelerinin birbirlerine karşı sahip oldukları ailevi haklarını korumasının yanı sıra, ailenin dışındaki kişilere karşı da ailenin varlığını korur.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu'nda net bir aile tanımı olmasa da yakın akrabalık ilişkileri sıralanarak aile bağları açıklanmıştı. Bununla beraber 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nda ailenin tanımı yine net bir şekilde yapılmasa da Kanunun sekizinci bölümünde “*Aile Düzenine Karşı Suçlar*” beş madde (m. 230 - m. 234) halinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin yapılmasındaki esas motivasyonda ailenin korunması gereken bir değer olduğu algısı bulunmaktadır.

Aile düzenine karşı suçları düzenleyen bölümde ilk incelenen mesele ailenin kurulmasıdır. Anayasal güvenceye sahip olan aile Türk Medeni Kanunu'nda

¹⁵⁵ Akıntürk ve Ateş Kahraman, 6; Cansel, 13. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 318 vd. maddelerinde geniş aile “*ev reisliği*” başlığı altında düzenlenmiştir. Kanun, burada en geniş anlamda aileyi kabul etmiş ve kanuna, akde, örf ve adete göre bir arada yaşayan kimselerin ev reisinin idaresi altında bulunduğunu düzenlemiştir.

¹⁵⁶ Aile kurmak yalnızca evlilik yolu ile olmayabilir. Bekar bir bireyin bir çocuğu evlatlık alması sonucunda da evlatlık alan ile evlatlık arasında aile ilişkisinin olduğu kabul edilebilir. Aynı yönde TCK madde 233'de “*sürekli birlikte yaşadığı ... kadın*” ifadesi ile aralarında evlilik bağı olmayan iki kişi arasında aile bağı kurulmuşçasına kadının korunması düzenlenmiştir.

¹⁵⁷ Cansel, 13.

düzenlenen şekildeki resmi bir nikah ile kurulan ailedir. Bu nedenle bu şartlar yerine getirilmeden yapılan evliliklere Türk Ceza Kanunu 230. madde¹⁵⁸ ile cezaz vermemiştir. Maddenin birinci ve ikinci fıkrası, birden fazla evlenme eylemini suç olarak tanımlamıştır. Maddenin üçüncü fıkrasında ise kişinin gerçek kimliğini saklayarak evlenmesi de cezai müeyyideye bağlanmıştır. Bu suçları işleyen kişi cinsiyetinden bağımsız olarak cezalandırılır. Bu eylemlerin suç sayılmasıyla, aile yapısının korunması amaçlanmıştır. Bu maddenin 5. ve 6. fıkraları Anayasa Mahkemesinin 27.05.2015 tarihli kararı ile iptal edilmiştir.¹⁵⁹ Bu Anayasa Mahkemesi kararı çalışmamızın ikinci bölümünde detaylıca incelenecektir.

Ailenin korunmasına ilişkin Anayasa'nın 41. maddesinde çocuğun üstün yararı gözetilerek korunması hususu da düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye karşılık olarak Türk Ceza Kanunu'nun 231. ve 234. maddesinde çocuğa ilişkin hükümler bulunmaktadır. Daha öncesinde belirttiğimiz üzere aile hem toplumun hem de devletin temeli olarak kabul edilmektedir. Aile müessesesinin biyolojik olarak devamı için çocuk bir şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle aile ağacının tohumu olan çocuğun korunmaması bu ağacın ileride neslinin tükenme tehlikesine sebebiyet verecektir. Bu nedenle 231. ve 234. maddeler çalışmamız için büyük önem taşımaktadır.

231. madde, çocuğun soy bağıını değiştirmeye ilişkin bir düzenlemeyi içermektedir.¹⁶⁰ Bu madde ile çocuğun soy bağıını değiştiren veya saklayan kişinin cezalandırılması gerektiği düzenlenmiştir.¹⁶¹ Burada maksat aile ile çocuğun biyolojik

¹⁵⁸ Madde 230- (1) Evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Kendisi evli olmamakla birlikte, evli olduğunu bildiği bir kimse ile evlilik işlemi yaptıran kişi de yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır. (3) Gerçek kimliğini saklamak suretiyle bir başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişi, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (4) Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan suçlardan dolayı zamanaşımı, evlenmenin iptali kararının kesinleştiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

¹⁵⁹ AYM, E. 2014/36, K. 2015/51 (Anayasa Mahkemesi 27 Mayıs 2015).

¹⁶⁰ Madde 231- (1) Bir çocuğun soybağıını değiştiren veya gizleyen kişi, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Özen yükümlülüğüne aykırı davranarak, sağlık kurumundaki bir çocuğun başka bir çocukla karışmasına neden olan kişi, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁶¹ Türk Ceza Kanunu (5237) - Madde Gereçesi

ve sosyal irtibatını kopartmamaktır. Bu irtibatın kopması demek, korunması Anayasa ile güvence altına alınmış aile kurumunun bir nevi ölü doğması demek olacaktır.

Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması başlığı ile düzenlenen 234. madde¹⁶² ailenin bütün bir şekilde kalmasına yöneliktir. Bu maddeyle çocuk üzerindeki velâyet veya vesayet haklarının korunması amaçlanmıştır.¹⁶³

765 sayılı Kanun'da yer alan “*aile efradına fena muamele*” suçunun karşılığı olan 232. maddede “*kötü muamele*”¹⁶⁴ başlığı altında, aynı evde yaşayan kişilere kötü muamelede bulunanların cezalandırılması öngörülmüştür. Bu düzenleme, en geniş anlamda aile kavramını benimseyerek daha fazla kişiyi koruma altına almıştır. Kötü muamele suçu, aynı hane içerisinde yaşayan kimseler arasında işlenebilir; ancak madde metninde de açıkça görüldüğü üzere fail ile mağdur arasındaki hukuki ilişkinin vasfı hakkında net bir belirleme bulunmamaktadır. Bu nedenle, daha önce ifade etmiş olduğumuz en geniş anlamda aile tanımına uygun olarak ev halkı ile aynı çatı altında bulunanlar dahi bu suçun mağduru olabilmektedir. Aynı çatı altında yaşayan işçiler ve hizmetçiler dahi bu suçun faili olabilmekteyse, evleviyetle resmi bir nikah bulunmadan birlikte yaşayan kadın ve erkek arasında da bu suçun işlenebilme imkanı ve ihtimali kabul edilmelidir.¹⁶⁵

5237 sayılı Kanunun 233. maddesinde, “*Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali*”¹⁶⁶ başlığı altında, aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya

¹⁶² Madde 234- (1) Velayet yetkisi elinden alınmış olan ana veya babanın ya da üçüncü derece dahil kan hısmının, onaltı yaşını bitirmemiş bir çocuğu veli, vasi veya bakım ve gözetimi altında bulunan kimsenin yanından cebir veya tehdit kullanmaksızın kaçırmayı veya alıkoyması halinde, üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. (2) Fiil cebir veya tehdit kullanılarak işlenmiş ya da çocuk henüz oniki yaşını bitirmemiş ise ceza bir katı oranında artırılır. (3) Kanunî temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haberdar etmeksizin yanında tutan kişi, şikâyet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁶³ Türk Ceza Kanunu (5237) - Madde Gereğesi.

¹⁶⁴ Madde 232- (1) Aynı konutta birlikte yaşadığı kişilerden birine karşı kötü muamelede bulunan kimse, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) İdaresi altında bulunan veya büyütmek, okutmak, bakmak, muhafaza etmek veya bir meslek veya sanat öğretmekle yükümlü olduğu kişi üzerinde, sahibi bulunduğu terbiye hakkından doğan disiplin yetkisini kötüye kullanan kişiye, bir yıla kadar hapis cezası verilir.

¹⁶⁵ Karagözler, 173.

¹⁶⁶ Madde 233- (1) Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis

destek yükümlülüklerinin ihlalinin suç olarak kabul edilmesiyle ailenin ceza hukuku bağlamında korunma kapsamı genişletilmiştir. Ailenin sağlıklı bir şekilde varlığını sürdürmesi ve gelişmesi önemsenmiştir. Ayrıca maddenin ikinci fıkrası ile evli olsun veya olmasın, hamile olan eşini veya devamlı olarak birlikte yaşadığı ve kendisinden hamile kalmış kadını çaresiz durumda terk eden, yani ona gerekli yardımı yapmaksızın ortada bırakan eşin cezalandırılması düzenlenmiştir. Bu maddede dikkat çeken bir husus vardır; aralarında evlilik bağı olmayan fakat aile olma iradesi gösteren ve aile gibi yaşayan kadın ve erkek arasında aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin olduğu belirtilmiştir.¹⁶⁷

2.2 Uluslararası Metinlerde Aile

Geçmişten günümüze kadar toplumların yaşamında benzersiz bir rol oynayan aile, yapısal, işlevsel ve toplumsal önemi nedeniyle değişmez bir kurum olarak kabul edilmektedir. Bu sebeple, uluslararası belgelerde de kendisine yer bulmuştur.¹⁶⁸

Uluslararası insan hakları belgelerinde, aile ile ilgili düzenlemelere sıkça rastlanmaktadır ve bu düzenlemeler geniş bir yelpazeyi kapsar. Bazı belgeler ise direkt olarak aile hayatına saygı hakkını düzenlemekte ve ailenin gizliliği, dokunulmazlığı gibi konuları korumayı amaçlamaktadır. Diğer belgeler ise aile içi münasebetlerde eşitlik, aile içi şiddetin önlenmesi, çocuk hakları gibi konuları başta olmak üzere evlenme hakkı ve aile kurma hakkı gibi hususları da ele almaktadır. Uluslararası hukukun bu alanlardaki temel amacı, ailenin korunması ve bireylerin aile içinde haklarının güvence altına alınmasıdır. Bu metinler, devletler arasında ortak bir anlayışın oluşturulmasına ve ailevi ilişkilerin evrensel insan hakları standartlarına uygun şekilde düzenlenmesine katkıda bulunmaktadır.¹⁶⁹ Temel amacımız, uluslararası

cezası verilir. (3) Velayet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadi sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddi ve manevi özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlak, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹⁶⁷ Türk Ceza Kanunu (5237) - Madde Gerekçesi.

¹⁶⁸ Çakırbay Çimen, 38.

¹⁶⁹ Karagözler, 21.

hukukun aileye ve ailenin korunmasına ilişkin bakışını ana hatlarıyla açıklığa kavuşturacaktır.

Türk hukukunda normlar hiyerarşisine göre uluslararası sözleşmeler büyük önem taşımaktadır. Bu durum, 1982 Anayasası'nın 90. maddesinin son fıkrasından kaynaklanmaktadır. Anayasa'nın 90. maddesinin son fıkrasına göre;

“Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır.”

Anayasa'nın bu düzenlemesiyle, usulüne uygun bir şekilde yürürlüğe giren uluslararası sözleşmeler kendilerine normlar hiyerarşisinde yer bulmaktadırlar ve anayasal güvenceyi haiz olurlar.

Burada uluslararası metinlere kısaca değinilecektir. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere uluslararası metinler daha detaylı incelenecektir.

2.2.1 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, klasik temel hak ve özgürlüklerin yanı sıra aile kurumuna ve ailenin korunmasına ayrı bir yer vermiştir. 10 Aralık 1948 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilip ilan edilen bu beyannamenin 12. maddesinde, *“Hiç kimse özel hayatı, ailesi, konutu veya yazışmaları hususunda keyfi müdahalelere, şeref ve itibarına saldırılara maruz bırakılamaz. Herkesin bu tür müdahalelere ve saldırılara karşı yasal korunmaya hakkı vardır”* ifadeleri yer almaktadır. Bu bağlamda, bireyler hem kendi temel hak ve özgürlüklerini hem de ailelerinin korunmasını bu maddeye dayanarak devletten talep edebilirler.

Aynı Beyannamenin 16. maddesinde şu ifadeler yer almaktadır:

“Evlilik çağına gelmiş her erkek ve kadın, ırk, uyruk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. Her erkek ve kadın, evlenme konusunda, evlilik boyunca ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptir. Evlenme sözleşmesi, ancak gelecekteki eşlerin serbest ve tam

rızasıyla yapılır. Aile, toplumun doğal ve temel bir parçasıdır; toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.”

Buna göre ailenin önemi göz önüne alınarak, aileyi koruma sorumluluğu topluma ve devlete verilmiştir. Beyannameyi imzalayan devletler, her ne kadar bağlayıcı olmasa da insan hakları nosyonuna uygun olarak, iç hukuklarında değişiklik yaparak toplumun temeli olan aileyi koruma sorumluluğunu üstlenmişlerdir.

2.2.2 Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

BM İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, üye devletlere insan haklarını koruma ve uygulamada çaba göstermeleri çağrısında bulunmakla birlikte herhangi bir denetim mekanizması öngörmemektedir. Bu durum, insan haklarının uluslararası sözleşmelerle güvence altına alınmasının gerekliliğini ve bağlayıcı metinlerin varlığı ihtiyacını ortaya koymuştur. Bu amaçla, Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS) ile Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme kabul edilmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ile birlikte anılan bu sözleşmeler, birbirini tamamlayarak BM belgelerinde ve doktrinde Uluslararası İnsan Hakları Belgesi olarak ele alınmaktadır. BM Genel Kurulu da insan haklarıyla ilgili olan bu üç sözleşmeye ayrı bir önem atfederek uluslararası sözleşmeler arasında bir hiyerarşi olduğunu kabul etmiştir.¹⁷⁰

Sözleşme, BM Genel Kurulu tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilmiş olup 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Sözleşmeyi, Ekonomik,

¹⁷⁰ Karagözler, 25.

Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme ile birlikte üç bildirim/beyan ve bir çekince ile onaylamıştır.¹⁷¹

MSHS, çoğu İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde düzenlenmiş olan klasik hakları da düzenlemektedir. Bu klasik hakların arasında “evlenme ve aile kurma hakkı” da bulunmaktadır. Bu haklar Sözleşmenin 23. maddesinde şöyle düzenlenmiştir;

“Ailenin korunması

1. Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimidir ve aile toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.

2. Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır.

3. Evlenecek eşlerin tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan bir evlilik geçerli sayılmaz.

4. 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.”

Bu düzenlemeyle bir önceki başlıkta incelediğimiz İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve bir sonraki başlıkta inceleyeceğimiz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ailenin korunmasına yönelik benzer düzenlemelerin olduğunu görüyoruz.

2.2.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

İkinci Dünya Savaşı sonrasında uluslararası alanda insan hakları kavramı önem kazanmıştır. 1953 yılında yürürlüğe giren Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile bu önem vücut bulmuştur. Türkiye de bu sözleşmeyi 4 Kasım 1950'de imzalamıştır. Sözleşme 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiş ve 18 Mayıs 1954'te Türkiye tarafından onaylanarak iç hukukun bir parçası haline gelmiştir. AİHS, insan haklarının yalnız hukuksal açıdan değil aynı zamanda da fiilen korunması noktasında en güçlü uluslararası belge konumundadır. Sözleşme, ek protokollerle, Avrupa İnsan Hakları

¹⁷¹ Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Karar, Resmî Gazete 25175 (21 Temmuz 2003), Karar No. 2003/5851; Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin Onaylanması Hakkında Karar, Resmî Gazete 25196 (11 Ağustos 2003), Karar No. 2003/5923.

Komisyonu (AİHK) ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) yorumlarıyla zaman içerisinde şekillenmiştir ve günümüzde de etkinliğini korumaktadır.

Sözleşmede aile kurumu 8. ve 12. maddelerde kendisine yer bulmuştur. AİHS'in 8. maddesi, "*Herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu*" belirterek özel hayatın ve aile hayatının dokunulmazlığını güvence altına almaktadır.¹⁷²

AİHS'in 12. maddesi ise, evlenme hakkı başlığı altında aile kurma hakkını düzenleyerek teminat altına almıştır.¹⁷³ Bu maddeye göre, evlenme hakkı, yasal olarak evlenebilme ve evlenmeme özgürlüğünü içerir. Bu madde aynı zamanda, evliliğin yasalarda tanımlandığı şekilde gerçekleşmesi hakkını da içerir. AİHS'in 12. maddesi evlenme hakkını sınırlayabilecek durumları da belirtir. Yasal sınırlamalar, demokratik bir toplumda gerekli ve meşru olmalıdır. Örneğin, evlilik yaşının belirlenmesi veya evlilikte kişiler arası rıza konusunda yasal düzenlemeler bu sınırlamalara örnek olarak gösterilebilir. Bu sınırlamalar, insan haklarına uygun, adil ve dengeli olmalıdır.

AİHS çerçevesinde bir kavram yorumlanırken Mahkeme, yalnızca belirli bir ülkenin iç hukukunda o kavrama verilen anlamla sınırlı kalmamakta, kavramın anlamını bağımsız olarak belirlemektedir. Bu yaklaşım sayesinde, taraf devletlerin iç hukuklarından bağımsız olarak ortak bir Avrupa standardı oluşturulmakta ve sözleşmeden kaynaklı hakların kapsamı ve şekli çerçevesi AİHM tarafından tek tip bir şekilde belirlenmektedir. Ancak, yorumlama sürecinde iç hukuk düzenlemelerinin tamamen göz ardı edilmediğini de belirtmek gerekir. Mahkeme, AİHS'in amacına

¹⁷² "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" Madde 8: "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*"

¹⁷³ "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" Madde 12: "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.*"

uygun olarak “*hak ve özgürlüklerin etkili korunması*”nı sağlamak için taraf devletlerin iç düzenlemelerini de dikkate alarak yorum yapmaktadır.¹⁷⁴

Özel hayatın korunmasına dair diğer uluslararası metinlerde olduğu gibi, AİHS 8. maddesinde de “*özel hayat*”, “*aile hayatı*”, “*konut*” ve “*haberleşme*” terimlerinin hiçbiri açıkça tanımlanmamıştır.¹⁷⁵ AİHS’in “*yaşayan bir belge*” olduğu ve zamanın koşullarına ve o zaman içerisindeki anlamına göre yorumlanması gerektiği, özellikle aile hayatına saygı hakkıyla ilgili birçok AİHM kararında vurgulanmıştır. Bu nedenle Mahkeme, genel geçer bir aile tanımı ya da aile hayatı tanımı yapmaktan imtina ederek bu kavramların içeriğini geliştirdiği içtihatlar aracılığıyla belirlemeyi yeğlemiştir.¹⁷⁶ Her ne kadar “*özel hayat*” ve “*aile hayatı*” terimlerinin otonom nitelikleri açıkça belirtilmese de AİHM bu terimleri bağımsız bir şekilde, ulusal hukuktaki yorum, anlam ve kapsamlarının ötesine geçerek yorumlamıştır. Bu durum, AİHS 8. maddenin 1. fıkrasında “*aile*” kavramının geniş bir şekilde anlaşıldığını göstermektedir. Böylelikle Mahkeme, 8. maddenin uygulama çerçevesini genişletmektedir.¹⁷⁷

Çalışmamızın ikinci bölümünde uluslararası belgelere daha detaylı yer verilecektir.

¹⁷⁴ Safiye Aydoğan, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Madde Çerçevesinde Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamı” (Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, Beykent Üniversitesi, 2018), 80.

¹⁷⁵ Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*, 8. Baskı (Ankara: Turhan Kitabevi, 2009), 330.

¹⁷⁶ Aydoğan, 80.

¹⁷⁷ Aydoğan, 81.

BÖLÜM 2

ULUSLARARASI BELGELER IŞIĞINDA ANAYASAL BİR ZORUNLULUK OLARAK AİLENİN KORUNMASI

1. AİLENİN KORUNMASINA İLİŞKİN ULUSLARARASI BELGELER VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI

Çalışmamızın bu safhasında aile müessesesi üzerine söz söyleyen uluslararası belgelerin ilgili maddeleri inceleyeceğiz. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özelinde ise aile konusunda verilen kararları inceleyip bu kararların hukuk alemindeki yansımalarını değerlendireceğiz.

1.1 Ailenin Korunmasına İlişkin Uluslararası Belgeler

Çalışmamız boyunca ele aldığımız üzere aile kavramı yalnızca sosyolojinin, ideolojilerin ve özel hukukun ele aldığı ve düzenlediği bir konu olmamıştır. Aile kurumu toplumun temel taşı olması hasebiyle her düzeyde kendisine bir gündem alanı açmıştır. Devletler üstü kurumların ve uluslararası metinlerin¹⁷⁸ etkisiyle, aile kavramı milletlerarası hukukun da konusu haline gelmiştir.

Çalışmamızın bu safhasında aile kavramı üzerindeki uluslararası metinlerin etkisini inceleyeceğiz. Bu metinlerde aile kavramının ne şekilde düzenlendiği ve nasıl algılandığını ortaya koymaya çalışacağız. İlk bölümde özet nazarıyla geçtiğimiz metinleri daha detaylıca ele almaya çalışacağız. İkinci başlığımızda ise Avrupa İnsan

¹⁷⁸ Bölüm başlığında ve metinde “uluslararası sözleşmeler” yerine “uluslararası belgeler” kavramını kullanmamızın sebebi, aile kavramını düzenleyen belgelerin yalnızca sözleşme niteliği taşıması, başka formatlarda da düzenlenmesi olmuştur.

Hakları Mahkemesi kararları ile aile kavramına ilişkin düzenlemelerin uygulamada kendisine nasıl vücut bulduğunu incelemeye gayret göstereceğiz.

1.1.1 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, önsöz ve 30 maddeyle, devletlerin kişilere karşı sorumluluklarını belirten ilk uluslararası belge olması açısından büyük bir önem taşımaktadır.¹⁷⁹ Beyannamenin hukuken bağlayıcı olmadığı, ancak imzacı devletlerin insan haklarına verdiği önemi yansıttığı ve manevi bir değer taşıdığı kabul edilmektedir. Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 10. maddesi gereği Birleşmiş Milletler Genel Kurulu sadece tavsiye niteliğinde kararlar alabilir. Ancak Beyanname, üye devletler için Birleşmiş Milletler Antlaşması'ndaki insan hakları maddelerinin yorumu olarak kabul edilmektedir.¹⁸⁰

Beyanname kapsamlı bir haklar listesini içermektedir ve klasik haklar ile ekonomik, sosyal ve kültürel haklar birlikte düzenlemektedir. Bu özelliği nedeniyle, sonraki bölgesel ve uluslararası insan hakları metinlerine ve ulusal anayasalara referans olmuştur. Ayrıca ulusal ve uluslararası mahkeme kararlarında da bu belgeye sıkça atıfta bulunulmuştur.¹⁸¹

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, temel hak ve özgürlüklere yönelik düzenlemelerin yanı sıra, aile ve ailenin korunmasına da özel bir vurgu yapmıştır. İmzacı devletler, bireyin aile birlik ve bütünlüğüne yönelik tehlikelerden korunması için devletin yasal düzenlemeler yapma yükümlülüğünü kabul etmiştir. Bu durumda,

¹⁷⁹ Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 10 Aralık 1948 tarihinden kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Türkçe metni için bkz. 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete

¹⁸⁰ Karagözler, 23.

¹⁸¹ Karagözler, 24.

her bir birey bu maddeye dayanarak devletten sadece kendi temel hak ve özgürlüklerinin değil, aynı zamanda ailesinin de korunmasını talep edebilecektir.¹⁸²

Beyannamenin başlangıç metni “*insanlık ailesi*” terimini kullanarak tüm insanlara hitap ettiğini ifade ederken, aynı zamanda “*aile*” terimine 12., 16., 23. ve 25. maddelerde de rastlanmaktadır.¹⁸³

Özetlemek gerekirse; 12. madde ile ailenin korunması gerektiği hükme bağlanmış, 16. madde ile ailenin nasıl kurulacağı ve üyelerinin kimler olacağının sınırı belirlenmiş, 23. madde ailenin ekonomik olarak varlık gösterebilmesi için çalışma hürriyeti ile birlikte anılmış ve son olarak 25. maddede ailenin en temel ihtiyaçlarının karşılanmasının ve refahının sağlanmasının devletlerin üzerine bir yükümlülük olarak bırakılması düzenlenmiştir.

Bu başlık altında bu maddeleri detaylıca ve sırasıyla inceleyeceğiz.

1.1.1.1 Ailenin Her Türlü Müdahaleden Korunması

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde aile kavramını içerisinde barındıran ilk madde 12. maddedir. Bu madde aynı zamanda ailenin korunması konusunun da açıkça düzenlediği maddedir. 12. maddenin metni şu şekildedir;

“Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.”

Beyanname, bu madde ile her bir kimsenin ailesinin korunmaya değer olduğunu ve aile müessesesine yönelik saldırılarda korunmaya hakkının olduğunu düzenlemiştir. Bu korunma pek tabi hem devlet tarafından korunmasını isteme hakkını içermektedir hem de kişinin kendi ailesini korumasını da içerisine almaktadır.

Anlaşıldığı üzere, bu madde aile hayatının, özel hayatın ayrılmaz bir parçası olarak korunmasını içermektedir. Özel hayata saygı hakkı olarak bilinen mahremiyet hakkının hem pozitif hem de negatif yönleriyle formüle edildiği gözlemlenmektedir. Negatif yükümlülük, özel kişilerden ve kamu otoritelerinden gelebilecek müdahalelerden korunmayı, pozitif yükümlülük ise bu tür müdahalelere karşı devletin gerekli tedbirleri almasını ifade eder. İkinci cümlede belirtilen pozitif yükümlülüğün

¹⁸² Çakırbay Çimen, 39-40.

¹⁸³ İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi; Karagözler, 24; Cansel, 14.

tüm hukuk düzenini içerdği ve sağlanan hukuki korumanın kesin ve etkili bir şekilde uygulanması gerektiği vurgulanmaktadır.¹⁸⁴

1.1.1.2 Ailenin Mevcudiyeti

Aile müessesesinin meydana gelişi toplumlarda, inanç sistemlerinde ve medeni devletlerde evlilik ile olmaktadır. Evlilik, insanlar tarafından kabul edilmiş ve belirli şekil şartlarına bağlanmış ritüeldir. Evlenmek ve aile kurmak Beyanname'nin 16. maddesinde bir hak olarak düzenlenmiştir. Buna göre 16. madde şu şekildedir;

“Evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına haizdir. Her erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hakları haizdir.

Evlenme akdi ancak müstakbel eşlerin serbest ve tam rızasıyla yapılır.

Aile, cemiyetin tabii ve temel unsurudur, cemiyet ve devlet tarafından korunmak hakkını haizdir.”

Bu maddeden açık bir şekilde anlaşıldığı üzere evlilik kadın ve erkek arasında, rızaları dahilinde ve hiçbir kısıtlama olmaksızın kurulan bir sözleşmedir.

Maddenin üçüncü fıkrasındaki düzenleme ise bizim konumuz için ayrı bir önem taşımaktadır. Ailenin toplumun tabii ve asli bir unsuru olduğu ve toplum ve devlet tarafından korunması gerektiği açıkça belirtilmiştir. Aileye verilen önemin vurgulandığı bu beyannameye katılan devletler, iç hukuk düzenlemelerinde değişiklik yaparak toplumun temelini oluşturan aileyi koruma yükümlülüğünü üstlenmişlerdir.¹⁸⁵

1.1.1.3 Çalışma Hürriyeti

Beyannamenin 23. maddesi asıl olarak çalışma hürriyetini düzenlemektedir. Ancak bu madde içerisinde de “aile” kelimesi geçmektedir. Nitekim aile kelimesine

¹⁸⁴ Karagözler, 14.

¹⁸⁵ Çakırbay Çimen, 40.

yapılan vurgu yine ailenin korunması meselesi ile yakından ilgilidir. 23. maddenin metni şu şekildedir;

“Her şahsın çalışmaya, işini serbestçe seçmeye, adil ve elverişli çalışma şartlarına ve işsizlikten korunmaya hakkı vardır.

Herkesin, hiçbir fark gözetilmeksizin, eşit iş karşılığında eşit ücrete hakkı vardır.

Çalışan her kimsenin kendisine ve ailesine insanlık haysiyetine uygun bir yaşayış sağlayan ve gerekirse her türlü sosyal koruma vasıtalarıyla da tamamlanan adil ve elverişli bir ücrete hakkı vardır.

Herkesin menfaatlerinin korunması için sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır.”

Maddenin üçüncü fıkrasında ailenin insanlık haysiyetine uygun bir şekilde varlık göstermesi önemsenmiştir. Buna göre insanın çalışma hürriyetine ilişkin yapılan bu düzenleme dolaylı yoldan ailenin korunmasını ve devletin çalışma hayatını organize ederken aile kavramını da göz önüne alması gerektiğini düzenlemiştir. Buna uygun olarak günümüzde çalışma hayatına ilişkin yapılan düzenlemelerde ailenin asgari geçimi ve refahı göz önüne alınmaktadır. Böylece ailenin refahını arttırmaya ve kalıcı hale getirmeye yönelik çalışmalar ile aile kavramı devlet tarafından korunmaktadır. Böylece 16. maddeye ilişkin yaptığımız açıklamalarda devletin aileyi korumasına yönelik sahip olduğu yükümlülüklerden biri de örneklendirilmiştir.¹⁸⁶

1.1.1.4 Sosyal Refah

Ailenin korunması kavramı İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi’nde görüldüğü üzere kapsamlı bir şekilde ele alınmıştır. Ailenin sosyal refahı ve sağlıklı bir şekilde varlık gösterebilmesi için 23. madde ve 25. madde bir arada düşünüldüğünde Beyanname’nin kapsamı gözler önüne serilmektedir. Beyannamede 25. madde şu şekildedir;

“Her şahsın, gerek kendisi gerekse ailesi için, yiyecek, giyim, mesken, tıbbi bakım, gerekli sosyal hizmetler dahil olmak üzere sağlığı ve refahını temin edecek uygun bir hayat seviyesine ve işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk,

¹⁸⁶ Çakırbay Çimen, 40.

ihhtiyarlık veya geçim imkânlarından iradesi dışında mahrum bırakacak diğerk hallerde güvenliğe hakkı vardır.

Ana ve ocuk özel ihtimam ve yardım görmek hakkını haizdir. Bütün ocuklar, evlilik içinde veya dışında doğsunlar, aynı sosyal korunmadan faydalanırlar.”

Bu madde ile aileyi oluşturan her bireyin her sosyal şartta korunması gerektiği vurgulanmıştır. Aile bireylerinin yaşamı boyunca karşı karşıya kalabileceği zorluklara karşın, bu madde ile gerekli düzenin sağlanarak, korunması gerekliliği düzenlenmiş devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir.

1.1.2 Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme (MSHS), Birleşmiş Milletler (BM) tarafından 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen ve 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe giren uluslararası bir insan hakları sözleşmesidir. Bu sözleşme, BM İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde yer alan medeni ve siyasal hakların yasal olarak bağlayıcı bir şekilde korunmasını amaçlar.

Sözleşmeye taraf devletlerin, sözleşme hükümlerine uyumlarını izlemek için Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi oluşturulmuştur. Taraf devletler, komiteye düzenli aralıklarla rapor sunmakla yükümlüdürler. Ayrıca, bireyler, devletlerin sözleşmeye aykırı davrandığını düşündüklerinde komiteye şikayette bulunabilirler.

Türkiye, MSHS’yi 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ve 23 Aralık 2003 tarihinde onaylamıştır. Bu tarihten itibaren sözleşmenin hükümleri Türkiye için bağlayıcı hale gelmiştir.

Sözleşme, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından büyük önem taşımaktadır ve uluslararası insan hakları hukuku alanında merkezi bir yere sahiptir.

1.1.2.1 Aile Hayatına Saygı

MSHS’nin 17. maddesi, bireylerin özel hayatına, ailesine, evine ve yazışmalarına keyfi veya yasadışı müdahalelerin önlenmesini amaçlamaktadır. Aynı zamanda bu müdahalelerden kaynaklanan saldırılara karşı bireylerin korunmasını güvence altına almaktadır. Bu madde, kişisel mahremiyetin korunması ve bireylerin özel yaşamlarına saygı gösterilmesi açısından büyük bir öneme sahiptir. Aşağıda 17.

maddeyi dört ana başlık altında detaylandıracağız: Özel hayatın korunması, aile hayatının korunması, evin dokunulmazlığı ve yazışmaların gizliliği.

a. Özel Hayatın Korunması

MSHS'nin 17. maddesinin 1. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine veya yazışmalarına keyfi veya yasadışı müdahalede bulunulamaz.”

Özel hayatın korunması, bireylerin kendi kişisel alanlarında huzur içinde yaşamalarını ve mahremiyetlerini koruma hakkını ifade etmektedir. Bu hak, bireylerin günlük yaşamlarında özgürce hareket edebilmelerini, kişisel ilişkilerini ve faaliyetlerini dış müdahalelerden uzak bir şekilde sürdürebilmelerini sağlamaktadır.¹⁸⁷

Özel hayatın korunması, kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü korumakla kalmaz, aynı zamanda düşünce ve ifade özgürlüğünü de güvence altına almaktadır. Devletler, bireylerin özel hayatına saygı göstermeli ve bu hakkı ihlal eden keyfi veya yasadışı müdahalelerden kaçınmalıdır.¹⁸⁸

b. Aile Hayatının Korunması

MSHS'nin 17. maddesinin 2. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Aile, toplumun temel birimi olarak korunmalı ve bireylerin aile yaşamına saygı gösterilmelidir.”

Aile hayatının korunması, bireylerin aile içindeki ilişkilerini ve özel yaşamlarını dış müdahalelerden korumaktadır. Aile, toplumun temel yapı taşıdır ve sağlıklı aile ilişkileri, bireylerin fiziksel ve duygusal refahı açısından büyük önem taşımaktadır. Aile hayatına yapılan keyfi veya yasadışı müdahaleler, bireylerin aile içi

¹⁸⁷ David Harris, Michael O'Boyle, ve Colin Warbrick, *Law of The European Convention on Human Rights*, 2. Baskı (New York: Oxford University Press, 2009), 368-69; Şermin Birtane, “Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi”, *Anayasa Yargısı* 38, sy 2 (2021): 61.

¹⁸⁸ AİHM, X ve Y v. Hollanda, Başv. No. 8978/80 (26 Mart 1985), para 23.

dinamiklerini ve huzurunu bozabilir. Devletler, aile yaşamını koruma yükümlülüğüne sahiptir ve aile içi ilişkilerin mahremiyetine saygı göstermelidir.

c. Evin Dokunulmazlığı

MSHS'nin 17. maddesinin 3. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Hiç kimsenin evine keyfi veya yasadışı müdahalede bulunulamaz.”

Evin dokunulmazlığı, bireylerin yaşadıkları mekanlarda huzur içinde yaşamalarını ve mahremiyetlerini koruma hakkını ifade etmektedir. Bu hak, bireylerin konutlarına yönelik keyfi veya yasadışı müdahalelerden korunmasını sağlamaktadır. Evin dokunulmazlığı, bireylerin özel yaşamlarını sürdürebilmeleri ve güven içinde hissedebilmeleri açısından büyük önem taşımaktadır. Devletler, bireylerin evlerine yapılan müdahalelerin yasalara uygun ve gerekli olduğundan emin olmalı, keyfi aramalardan ve izinsiz girişlerden kaçınmalıdır.

d. Yazışmaların Gizliliği

MSHS'nin 17. maddesinin 4. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Hiç kimsenin yazışmalarına keyfi veya yasadışı müdahalede bulunulamaz.”

Yazışmaların gizliliği, bireylerin iletişim özgürlüğünü ve mahremiyetini koruma hakkını ifade etmektedir. Bu hak, bireylerin kişisel ve özel yazışmalarının gizliliğini güvence altına almaktadır ve bu yazışmalara yapılan müdahalelerin önlenmesini sağlamaktadır. Yazışmaların gizliliği, bireylerin düşünce ve ifade özgürlüğünü de desteklemektedir. Devletler, bireylerin yazışmalarına yapılan müdahalelerin yasalara uygun ve gerekli olduğundan emin olmalı, keyfi dinlemelerden ve izinsiz takiplerden kaçınmalıdır.

Görüldüğü üzere, 17. madde, ilgili hakkın yasalarla sınırlanmasına izin vermiş olsa da sınırlama nedenlerinin ve sınırlarının belirlenmemesi önemli bir eksiklik olarak öne çıkmaktadır. İnsan Hakları Komitesi, 8 Nisan 1988 tarihli ve 16 sayılı Genel Yorumu ile 17. maddeye dair önemli değerlendirmelerde bulunmuştur. Komiteye göre 17. maddede yer alan aile kavramı, ilgili devletlerde geçerli olan tüm aile türlerini içerisine alacak şekilde geniş yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda, taraf devletlerin raporlarında toplumdaki aile kavramının ne anlama geldiği açıkça belirtilmelidir. Bu

çerçeve, taraf devletlerin yükümlülüğü, bu tür saldırılara karşı bireyleri ve aileyi korumak için etkili önlemler alma şeklindeki pozitif yükümlülüğü de içermektedir.

MSHS'nin 17. maddesi, bireylerin özel hayatını, ailesini, evini ve yazışmalarını keyfi veya yasadışı müdahalelerden koruma amacını taşımaktadır. Bu madde, bireylerin mahremiyetine saygı gösterilmesini ve bu hakların ihlal edilmemesini güvence altına almaktadır. Özel hayatın korunması, bireylerin kişisel alanlarında huzur içinde yaşamalarını sağlamaktadır. Aile hayatının korunması, sağlıklı aile ilişkilerinin sürdürülmesi açısından büyük önem taşımaktadır. Evin dokunulmazlığı, bireylerin yaşadıkları mekanlarda güven içinde hissetmelerini sağlamaktadır. Yazışmaların gizliliği, bireylerin iletişim özgürlüğünü ve mahremiyetini korumaktadır. Devletler, bireylerin mahremiyetini koruma yükümlülüğüne sahiptir ve bu hakların ihlal edilmesini önlemek için etkin önlemler almalıdır. Mahremiyetin korunması, bireylerin özgür ve onurlu bir yaşam sürdürebilmeleri için temel bir insan hakkıdır ve toplumda adalet ve eşitliğin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

1.1.2.2 Aile ve Evlilik Hakları

MSHS'nin 23. maddesi, aile ve evlilik haklarına odaklanarak, aile kurumunun korunması ve evlilikle ilgili eşitlik ilkelerini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu madde, aile birimini toplumun temel yapı taşı olarak kabul etmekte ve devletlere bu birimi koruma yükümlülüğü getirmektedir. Aşağıda 23. maddeyi dört ana başlık altında detaylandıracağız: Ailenin korunması, evlilik hakkı ve eşitlik, evliliğin rızaya dayalı olması ve eşlerin hakları.

a. Ailenin Korunması

MSHS'nin 23. maddesinin 1. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Aile, toplumun doğal ve temel birimi olarak tanınır ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.”

Aile, insan toplumunun en küçük yapı taşıdır ve bu nedenle korunması, sosyal istikrar ve bireysel refah açısından kritik öneme sahiptir. Ailelerin korunması, çocukların sağlıklı bir ortamda yetişmesi, aile içi dayanışmanın sürdürülmesi ve toplumsal değerlerin nesiller boyu aktarılması açısından önemlidir. Devletlerin bu korumayı sağlamak için çeşitli sosyal, ekonomik ve hukuki önlemler alması

gerekmektedir. Örneğin, aile destek programları, sosyal yardımlar ve aile içi şiddetle mücadele politikaları bu korumanın bir parçasıdır.

b. Evlilik Hakkı ve Eşitlik

MSHS'nin 23. maddesinin 2. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Evlilik yaşı gelen erkekler ve kadınlar, ırk, milliyet veya din gibi herhangi bir ayırım gözetilmeksizin evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

Bu hüküm, evlilik hakkının evrensel olduğunu ve bu hakka erişimin herhangi bir ayrımcılığa tabi olmaması gerektiğini vurgulamaktadır. Irk, milliyet, din veya başka herhangi bir ayrımcılık türü, bireylerin evlilik hakkını kullanmalarını engellememelidir. Bu bağlamda, devletler evlilik yaşına ilişkin düzenlemelerini ve hukuk politikalarını bu prensip doğrultusunda düzenlemelidir. Örneğin, evlilik yaşının cinsiyet farkı gözetmeksizin eşit olarak belirlenmesi, evlilik başvurularında dini veya etnik kökene dayalı ayrımcılık yapılmaması gerekmektedir.

c. Evliliğin Rızaya Dayalı Olması

MSHS'nin 23. maddesinin 3. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Evlenme özgür ve tam olarak rıza gösterilerek yapılır. Zorla evlilikler bu madde kapsamına girmez ve yasaklanmıştır.”

Evliliğin, tarafların özgür iradesiyle ve tam rızasıyla gerçekleşmesi gerektiği belirtilmektedir. Bu hüküm, zorla evliliklerin önlenmesine yönelik önemli bir koruma sağlamaktadır. Zorla evlilikler, bireylerin temel hak ve özgürlüklerine ciddi bir ihlal teşkil eder ve genellikle kadın ve çocukların mağdur olduğu bir uygulamadır. Devletlerin, zorla evlilikleri önlemek için etkin yasal ve sosyal önlemler alması gerekmektedir. Bu, zorla evliliklerin suç sayılması, mağdurlara yönelik koruma ve destek hizmetlerinin sağlanması, farkındalık artırıcı eğitim kampanyaları gibi önlemleri içerebilir.

d. Eşlerin Hakları

MSHS'nin 23. maddesinin 4. fıkrası şu hükme yer vermiştir;

“Eşler, evlilik süresince ve boşanma halinde eşit hak ve sorumluluklara sahiptir. Bu eşitlik, evlilik boyunca ve evliliğin sona ermesinden sonra da devam eder.”

Bu hüküm, evlilik içindeki eşitliği vurgular ve cinsiyet eşitliğini desteklemektedir. Eşlerin evlilik süresince ve boşanma durumunda eşit hak ve

sorumluluklara sahip olması, kadınların ekonomik, sosyal ve hukuki açıdan güçlendirilmesine katkı sağlamaktadır. Eşitlik, evlilik boyunca ve boşanma sonrası durumları kapsar, bu da çocukların velayeti, mal paylaşımı ve nafaka gibi konuların adil ve eşit bir şekilde ele alınmasını gerektirmektedir.

Görüldüğü üzere MSHS'nin 23. maddesi, aile ve evlilik haklarını koruma ve bu alanlarda eşitliği sağlama amacını taşımaktadır. Aile, toplumun temel yapı taşı olarak kabul edilir ve devletlerin bu kurumu koruma yükümlülüğü vardır. Evlilik hakkı, herhangi bir ayrımcılık olmaksızın herkes için geçerli olup, evliliğin; tarafların özgür iradesiyle gerçekleşmesi gerekmektedir. Ayrıca, eşlerin evlilik süresince ve boşanma durumunda eşit hak ve sorumluluklara sahip olması, toplumsal cinsiyet eşitliğinin sağlanması açısından kritik öneme sahiptir. Bu hükümlerin etkin bir şekilde uygulanması, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması ve toplumda adalet ve eşitliğin sağlanması açısından büyük önem taşımaktadır.

1.1.3 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

AİHS 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girdiğinden bu yana hukuk hayatımızda önemli bir yer tutmaktadır. Sözleşme daha sonraki yıllarda eklenen protokollerle geliştirilmiş ve insan hakları bağlamında önemli bir yere sahip olmuştur.

Çalışmamızın ana ekseninde incelediğimiz aile kavramı sözleşmede iki maddede kendine yer bulmaktadır. Ancak aile kavramı Sözleşme'de açıkça tanımlanmamıştır. Bu nedenle söz konusu maddeler detaylıca incelenecek ve bu maddelere atıf yapılan AİHM kararları da başlıklar altında değerlendirilecektir.

1.1.3.1 Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Sözleşmenin aile kurumuna yönelik ele aldığı ilk mesele aile hayatına saygı gösterilmesi olmuştur. Bu maddede özel hayat ile aile hayatı birbirinden ayrılmamış

ve saygı gösterilmesi noktasında devlete pozitif bir yükümlülük yüklenmiştir.¹⁸⁹ AİHS 8. madde şu şekilde düzenlenmiştir;

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”

Açıkça görüldüğü gibi 8. madde iki ana bölüme ayrılmaktadır. İlk bölüm olan maddenin birinci fıkrasında, devletin bu madde çerçevesinde bireyler için güvence altına aldığı haklar ve bunların kapsamı açıklanmaktadır. Bu haklar; özel hayata, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygıyı içermektedir. İkinci fıkra olan ikinci bölümde ise, bazı durumlarda kamu otoritelerinin birinci fıkra da belirtilen haklara yönelik müdahalede bulunabileceği ve bu hakların mutlak olmadığı belirtilmiştir. Kamu otoritelerinin bu haklara hangi şartlar altında yasal olarak müdahale edebileceği de ikinci fıkra da düzenlenmiştir. Buna göre yalnızca kanunlara uygun olan ve bu fıkra da belirtilen meşru amaçlardan birine ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olan müdahaleler meşru sayılacaktır.¹⁹⁰

a. Aile Hayatı Kavramı

AİHS 8. madde, aile hayatına saygı hakkını düzenlerken, aile kurma hakkını kapsamamaktadır; bu hak, 12. madde ile güvence altına alınmıştır. 8. maddenin uygulanabilmesi için genellikle mevcut bir aile hayatının bulunması gerekmele birlikte, gelecekte kurulacak aile hayatları da bazı durumlarda korunmaktadır. Farklı türde “*potansiyel aile hayatı*” örnekleri arasında evlilik dışı doğan çocuklar, nişanlılar

¹⁸⁹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Baskı, c. 2 (İstanbul: Legal Yayınları, 2013), 1; AİHM X ve Y v. Hollanda, Başv. No. 8978/80 (26 Mart 1985), para. 23. AİHS 8. maddeye yönelik devletin pozitif yükümlülükleri şu şekilde karara bağlanmıştır; “Mahkeme, 8. maddenin (madde 8) esas olarak bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalesine karşı korumayı amaçladığını hatırlatır, ancak bu madde devleti sadece böyle müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmaz: bu öncelikle olumsuz yükümlülüğe ek olarak, özel veya aile hayatına etkili saygıyı sağlamak için pozitif yükümlülükler de bulunabilir.”

¹⁹⁰ Aydoğan, 59.

ve evli çiftler yer alabilir. Ancak tüm potansiyel aile hayatlarının 8. madde kapsamında değerlendirilmesi olanaklı değildir. Bu nedenle, fiili olarak var olan aile hayatının kanıtlanamadığı durumlarda, 12. maddeye başvurmak daha etkili bir çözüm olmaktadır.¹⁹¹ AİHM, aile hayatının varlığını tespit etmek için gerekli yöntemleri içtihatlar yoluyla belirleyerek, ulusal kanunlardaki aile tanımlarından bağımsız bir yaklaşım benimsemiştir. Ayrıca, aile kavramlarının Taraf Devletlerdeki değişimlerine uyum sağlayarak ortak bir Avrupa standardı oluşturmayı hedeflemiştir.¹⁹²

AİHS 8. maddeye ilişkin içtihadi gelişim, evlilik ve biyolojik saiklerle tanımlanan ve aileye odaklanan geleneksel algının terk edilip, aile bağlarını günümüz anlayışı ile kabul edip esas alan bir yaklaşımın benimsenmesiyle ilerlemiştir. AİHM'e göre, 8. madde bağlamında aile hayatının varlığı için fiilen “*yakın kişisel bağlar*”ın var olması gerekmektedir. Mahkeme, aile hayatını oluşturan tüm ilişkileri tek tek saymanın imkânsız olması nedeniyle her başvuruda ilgili kişiler arasındaki yakın kişisel bağları değerlendirerek sonuca ulaşmaktadır. Bu bağlamda, büyükanne-büyükbaba, kardeşler, yeğenler, teyzeler/amcalar, evlatlık ve evlat edinen gibi yakınlar arasında geliştirilen ilişkilerin de aile hayatı kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmiştir.¹⁹³

AİHM içtihadında, çiftlerin arasında aile hayatı olup olmadığını değerlendirirken birlikte yaşama koşulunu aramaktadır ve bu koşulu evli ve evlilik dışı çiftler için farklı ele almaktadır. Evli çiftlerin ilişkisi doğrudan olarak aile hayatı kapsamına girerken, evlilik dışı birlikteliklerde aile sayılmak için birlikte yaşam koşulu aranır. Evli çiftlerin birlikte yaşamaması, aile hayatına saygı hakkından mahrum kalmalarını gerektirmez, zira 8. madde ile bu hak korunur ve aile birleşimi davalarında birlikte yaşamamanın normal aile hayatının zorunlu unsuru olduğu

¹⁹¹ Doğru ve Nalbant, 2:7.

¹⁹² Aydoğan, 81-82.

¹⁹³ Aydoğan, 82.

vurgulanır. Evlilik dışı ilişkilerde ise birlikte yaşam şartı aranmakla birlikte, AİHM istisnai durumların da fiili aile bağlarını oluşturabileceğini kabul etmektedir.¹⁹⁴

AİHM, 8. maddenin korumasından yararlanacak aile üyelerini tespit ederken, görüşmelerin sıklığı ve duygusal ilişkilerinin ne düzeyde olduğunun yanı sıra ekonomik bağımlılığın seviyesini de göz önünde bulundurabilir.¹⁹⁵

AİHM, eski içtihatlarından beri AİHS 8. maddedeki “*aile hayatı*” kavramının sadece evliliğe dayalı aileleri değil aynı zamanda çiftlerin evlilik dışında birlikte yaşadığı fiili aile bağlarını da içerebileceğini kabul etmiştir.¹⁹⁶ Bu yaklaşım, Mahkeme’nin aile hayatı kavramını otonom olarak yorumlamasıyla mümkün olmuştur, böylece bu tür ilişkiler de 8. madde kapsamına girmiştir. 8. maddede öne çıkan “*aile hayatı*” kavramı sadece evlilik ilişkisinden doğan aile yaşamı ile sınırlı değildir. Buna göre AİHS’in 8. maddesi, evlilik olup olmadığına bakılmaksızın kişilerin birlikte yaşadıkları her durumu korur.¹⁹⁷ Ancak Mahkeme, kanuni olmayan evliliklerin veya fiili birlikteliklerin aile yaşamı oluşturabileceğine yönelik bir çıkarım yapsa da devletlerin kanuni evliliklere verdiği statüyü vermelerini de zorunlu kılmamıştır.¹⁹⁸

Mahkeme, bir birlikteliğin aile hayatı oluşturabilmesi için birlikte yaşama, ilişkinin uzunluğu, çocuk sahibi olma veya çiftlerin bağılıklarını ispat etme gibi koşulları belirlemiştir. Bu koşullar bir arada olmak zorunda değildir; dava koşullarına göre yalnızca birinin varlığı bile aile hayatının kabul edilmesi için yeterli olabilir. Bu

¹⁹⁴ Aydoğan, 82-83.

¹⁹⁵ Aydoğan, 83.

¹⁹⁶ AİHM Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, Başv. No. 9474/81 (28 Mayıs 1985), para. 62.

¹⁹⁷ Ulaş Karan, “Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, sy 163 (01 Mart 2018): 122; AİHM Keegan v. İrlanda, Başv. No. 16969/90 (26 Mayıs 1994), para. 44. “*Mahkeme, bu hükümde “aile” kavramının yalnızca evlilik temelli ilişkilere sınırlı olmadığını ve de facto olarak birlikte yaşayan diğer “aile” bağlarını da kapsayabileceğini hatırlatır.*”

¹⁹⁸ Doğru ve Nalbant, 2:8.

durumun önemli bir sonucu ise evlilik dışı fiili birlikteliklerden doğan çocukların da ailenin bir parçası kabul edilmesidir.¹⁹⁹

Aile hayatının korunması için genellikle devletlere pozitif yükümlülükler yüklense de bir yoruma göre aileye müdahale edecek eylemlerden kaçınacak negatif yükümlülükler de yüklenmiştir.²⁰⁰

Devlet, aile kurumunun nasıl bir şekilde kurulacağını ve yapılacağını, varlığını nasıl idame ettirip, gelecekte ne şekilde var olacağını pek tabi pozitif yükümlülükleri çerçevesinde yerine getirmelidir. Pozitif yükümlülüklerin dayanağı, Sözleşmede de belirtildiği üzere, bu maddedeki “saygı” ifadesine dayanmaktadır. Yine devletin, aile hayatını ortadan kaldırarak ve aile hayatına duyulması gereken saygı hakkını zedeleyecek şekilde davranmaktan da kaçınması gerekmektedir ki bu da onun negatif yükümlülüğüdür.²⁰¹ Negatif yükümlülük, “*keyfi müdahalede bulunmamak*” ile aynı anlamda kullanılmaktadır. 8. madde ile devlete yüklenen yükümlülükler şu şekilde özetlenebilir: dokunmama, koruma ve soruşturma.²⁰²

8. maddenin metni aileyi ve aile yaşamını geleneksel olarak ait olduğu yer olan özel alan içine sıkı bir şekilde yerleştirir. Bu durumda aile, devletin müdahale etmemesi gereken özel bir alandır. Sözleşme, ailenin özel olduğunu ve devlet müdahalesinden bağımsız olarak varlık göstermesi gerektiği fikrini kabul eder. Her ne kadar müdahaleyi önleyici bir fikre sahip olsa da ikinci fıkrada sayılan nedenlerle gerekli hallerde müdahaleyi caiz görür. Aile korunmasında yatan temel çıkarlar ile toplumun kahir ekseriyetinin ve devletin çıkarlarının çatışması halinde devletin aileye ve onun özel alanına müdahale etmesi mümkün kılınmıştır. Ancak tekrar vurgulamak gerekir ki devletin rolü, diğer çıkarlar gerektirmediği sürece aileye müdahaleden

¹⁹⁹ Aydoğan, 84.

²⁰⁰ Aydoğan, 89-91.

²⁰¹ O’donnell, 261; AİHM Marckx v. Belçika, Başv. No. 8978/80 (29 Eylül 1975), para. 31.

²⁰² Aydoğan, 88; Doğru ve Nalbant, 2:1.

kaçınmaktır ve 8. maddenin amacı, temel olarak, bireyi, kamu otoritelerinin özel veya aile yaşamına keyfi müdahalesine karşı korumaktır.²⁰³

b. Aile Hayatına Saygı Hakkının Sınırlanması

AIHM, Sözleşme'nin 8. maddesine yönelik ihlal iddialarını incelerken belirli bir sıralamayı takip etmektedir. Mahkeme, ilk olarak, başvurunun AIHS 8. maddeye girip girmediğini değerlendirir. Eğer başvurunun bu madde kapsamında olduğuna kanaat getirirse, burada sayılan haklardan birine müdahalenin olup olmadığını denetler. Müdahalenin varlığına yönelik bir tespit yapıldıktan sonra, sırasıyla müdahalenin kanunla öngörülmüş olup olmaması, meşru amaçlara uygunluğu ve demokratik toplumda gerekliliği kriterlerini inceler.

Bu üç aşamalı test, AIHS 8. maddenin 2. fıkrasına istinaden, aile hayatına saygı hakkının sınırlanmasının sınırlarına ilişkin önemli bir teminat sağlamaktadır. AIHS 8. maddenin 1. fıkrası ile tanınan ve sayılan haklara, aynı maddenin 2. fıkrasında bazı istisnaların getirilmiş olması, bu hakların mutlak haklar olmadığını, sınırlanabilir olduğunu göstermektedir. Bu süreç, hak ihlali iddialarının objektif ve ayrıntılı bir şekilde incelenmesini sağlamaktadır ve mahkeme, hak ihlalinin gerçekten mevcut olup olmadığını belirler.

Bu inceleme süreci, hukukun üstünlüğü ilkesinin korunmasını ve bireylerin temel hak ve özgürlüklerine saygı gösterilmesini temin etmektedir. Mahkeme, başvurunun her aşamasında, demokratik toplumun gereklilikleri ve bireyin haklarının dengelenmesine özen göstermektedir.²⁰⁴

i. Müdahalenin Kanuna Uygun Olması

Özgürlüklerin sınırlandırılmasında esas alınan en önemli ölçütlerden biri, temel hak ve özgürlüklerin yalnızca kanunla sınırlandırılabilceğini ifade eden kanunilik ilkesidir. Bu ilke, günümüzde hem ulusal anayasalarda hem de uluslararası insan hakları belgelerinde yer bulmaktadır. Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, bir hak veya özgürlüğe müdahalede bulunan ya da geçici süreyle dahi ortadan kaldıran bir tedbirin veya işlemin, iç hukukta yasal bir dayanağa sahip olması zorunludur. AIHS 8.

²⁰³ O'donnell, 262.

²⁰⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, 372; Aydoğan, 94.

maddesinin 2. fıkrasında düzenlenen kanuna uygunluk şartı, keyfi uygulamaların önüne geçmeyi hedeflemektedir.²⁰⁵

Mahkeme, “*kanun*” terimini geniş bir şekilde değerlendirerek “*maddi anlamda kanun*” yaklaşımını benimsemektedir. Bu çerçevede Mahkeme, sadece yasama organının işlemlerine değil, soyut norm belirleyen her türlü düzenleyici işleme ve yazılı olmayan hukuka da atıfta bulunmaktadır. Ayrıca, kanun herkes tarafından kolayca erişilebilir olmalı, belirli bir davranışın hangi sonuçlara yol açabileceği yaklaşık olarak öngörülebilir olmalıdır. Mahkeme, kanunların hazırlanmasında mutlak kesinliğe ulaşmanın imkânsız olduğunu ve aşırı katılığın tehlikeler yaratabileceğini kabul etmekle birlikte, takdir hakkı tanıyan kanunların bu takdir hakkının sınırlarını belirtmesi gerektiğini vurgulamıştır.²⁰⁶

ii. **Müdahalenin Meşru Bir Amaca Hizmet Etmesi**

AİHM, bir müdahalenin yasal olup olmadığını değerlendirmenin ardından, müdahalenin hedeflediği amacın meşruiyetini de incelemektedir. AİHS'nin 8. maddesine göre, haklara getirilen herhangi bir sınırlamanın, 2. fıkrada belirtilen meşru bir amaca hizmet etmesi gerekmektedir. Bu meşru amaçlar, milli güvenliğin sağlanması, kamu düzeninin korunması, ülkenin ekonomik refahı, kamu dirliği ve düzenin temini, suçların önlenmesi, halk sağlığının ve genel ahlakın korunması, diğer bireylerin hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması gibi başlıklar altında sıralanmıştır. Bu amaçlar, toplumun genel yararı ve bireylerin haklarının korunması arasında denge sağlamayı hedefler. Mahkeme, bu meşru amaçların varlığını değerlendirirken devletlerin takdir yetkisini de göz önünde bulundurmaktadır. Ancak meşru amaçların varlığı tek başına yeterli değildir; müdahalenin aynı zamanda demokratik toplumda gerekli olması da gerekmektedir. Bu, müdahalenin orantılı ve amaca uygun olması gerektiği anlamına gelmektedir. Mahkeme, her bir müdahalenin bu kriterlere uygun olup olmadığını titizlikle değerlendirir.²⁰⁷

iii. **Müdahalenin Demokratik Bir Toplumda Gerekliliği**

Mahkeme, AİHS madde 8 kapsamında yapılan müdahalenin meşruluğunu değerlendirirken, içerdiği “*demokratik toplum*” ve “*gereklilik*” unsurlarının net bir

²⁰⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, 376; Aydoğan, 95.

²⁰⁶ Aydoğan, 95.

²⁰⁷ Aydoğan, 98.

şekilde anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır. “Gerekli” kelimesi, kesinlik ve zorunluluk ifadelerinden uzak olsa da “*kabul edilebilir*”, “*uygun*”, “*makul*” veya “*olağan*” anlamlarını taşımaktadır. Müdahalenin gerekliliği, toplumsal ihtiyacın varlığına bağlı olarak değerlendirilmektedir ve taraf devletlere belirli bir takdir yetkisi verilse de bu yetkinin denetleneceği belirtilmektedir.²⁰⁸

Bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirmek için AİHM, üç aşamalı bir test uygular. Bu test, toplumsal bir ihtiyacın bulunup bulunmadığını, müdahalenin meşru amaçla orantılılığını ve ulusal makamların müdahaleye ilişkin sunduğu gerekçelerin yeterli ve ilgili olup olmadığını incelemeyi içerir. Her ne kadar orantılılık/ölçülülük ilkesi AİHS ve ek protokollerde açıkça yer almıyor olsa da bu ilke demokratik toplum kavramının yorumlanmasında AİHM tarafından sıkça uygulanır ve genel bir ilke olarak kabul görür. Orantılılık testinde, bireysel haklarla kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması esastır. Taraf devletler, bir hakkı sınırlandırırken hangi yöntemin kullanılacağı konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olsalar da seçilen yöntemin meşru amacı gerçekleştirmek için uygun, gerekli ve orantılı olması zorunludur.²⁰⁹

AİHS 8. maddesinin 2. fıkrası uyarınca yapılan demokratik bir toplumda gereklilik incelemesi, kanuna uygunluk ve meşru amaçlara uygunluk koşullarından daha zorlayıcıdır ve aile hayatına saygı hakkının zedelendiğine yönelik ihlal kararı verilmiştir.²¹⁰

1.1.3.2 Evlenme Hakkı

Anayasa hukukunda pek gündeme gelmeyen ve yargısal denetime nadiren konu olan haklardan biri evlenme hakkı, diğeri ise aile kurma hakkıdır. Bu haklar,

²⁰⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, 377; Aydoğan, 98.

²⁰⁹ Gözübüyük ve Gölcüklü, 378; Aydoğan, 99.

²¹⁰ Aydoğan, 99.

Türkiye'nin de taraf olduğu birçok uluslararası sözleşmede ve metinde güvence altına alınmıştır.²¹¹

AİHS'te evlenme hakkı başlığı ile düzenlenen 12. madde şu şekildedir;

“Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

Madde başlığı “evlenme hakkı” olarak düzenlenmesine rağmen madde metni içerisinde evlenme hakkı ve aile kurma hakkı olmak üzere iki ayrı hakka yer verilmiştir.²¹² Her ne kadar bu iki hak açıkça Anayasamızda kendilerine yer bulamamış olsa da 90. madde gereğince dolaylı yoldan uygulama alanı bulmaktadır.

AİHS'in 12. maddesi, evlenme hakkıyla ilgili olarak öncelikle evlenme biçimini ele alır. Bu madde, bir devletin kabul ettiği ulusal yasalara uygun resmi evlilik biçimleri için koruma sağlamaktadır. Yani, bir ülkede medeni nikah dışında başka evlenme biçimleri de hukuken tanınıyorsa, AİHS'in 12. maddesi bu tür evlilikler için de koruma sağlamaktadır. Bu noktada devletlere medeni nikah dışında başka evlenme biçimlerini de tanıma imkanına yönelik geniş bir pozitif takdir yetkisi bırakılmıştır.²¹³

Taraf devletlere geniş bir negatif takdir alanı bırakılarak resmen kabul edilmeyen evlilik biçimlerinde ise 12. maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır.²¹⁴ Ancak, ulusal yasalarla yapılacak düzenlemeler, hakkın özünü yok edecek veya kullanılmasını olanaksız hale getirecek derecede olmamalıdır.²¹⁵

AİHM, ulusal kanunlarla evliliğe yönelik bazı şartlar ve sınırlamalar getirilebileceğini belirtmektedir. Ayrıca evliliğin şekli ve formaliteleri konusunda takdir yetkisi ulusal kanunlara bırakılmıştır. Örneğin devletler, belli derecede akraba

²¹¹ Ufuk Ramazan Çakmak, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Evlenme Hakkı”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, sy 2 (2017): 163; Karan, 120. Ayrıca çalışmamızın ilk bölümünde Medeni ve Siyasi Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşme'nin 23. maddesi detaylıca işlenmiştir.

²¹² Çakmak, 165.

²¹³ Çakmak, 167. Pozitif ve negatif takdir yetkisini daha detaylı açıklamak gerekirse; İngiltere'de nikahın resmiyet kazanması için Anglikan kilisesinin huzurunda kıyılması gerekmektedir. Buna göre İngiltere, pozitif takdir yetkisi kullanarak diğer ülkelerde sık karşılaşılmayan dini evlilik biçimine kendi ülkesinde resmiyet kazandırmaktadır. Negatif takdir yetkisine ise ülkemiz toplumunda kendisine sıkça uygulama alanı bulan dini nikahı örnek verebiliriz. Burada devlet negatif takdir yetkisini kullanarak toplumda karşılığı olan bir evlilik biçimine resmiyet kazandırmayı reddetmektedir.

²¹⁴ Karan, 123.

²¹⁵ Çakmak, 167; Gözübüyük ve Gölcüklü, 343; Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 550.

olan kişilerin evlenmesinin yasaklanması veya çok eşliliğin önlenmesi gibi kamu yararına yönelik düzenlemeler yapabilmektedir. Bununla beraber evlenme yaşı gibi konularda da usule yönelik düzenlemeler yapma hakkına sahiptir.²¹⁶ Ancak ulusal mevzuat, herhangi bir bireyi ya da grubu, yasal çerçevede istedikleri kişiyle evlenme hakkından tamamen yoksun bırakamaz.²¹⁷

AİHS'in 12. maddesi, evlenme hakkıyla birlikte aile kurma hakkını da güvence altına almaktadır. AİHM, aile kurma hakkının yalnızca ülke yasalarına uygun şekilde gerçekleştirilen resmi evlilikler için geçerli olduğuna hükmetmiştir. Bu hak, evlilik dışı birliktelikleri kapsamadığı gibi, torun sahibi olma durumunu da içerecek şekilde genişletilemez.²¹⁸ Evlilik dışı birlikteliklerin “*aile*” olarak nitelendirilmemesi, AİHS'nin 12. maddesi çerçevesinde ele alınmaktadır. Yasal bir temele dayanmayan bu tür ilişkiler, 12. madde kapsamına girmez; ancak özel hayat ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. madde kapsamında değerlendirilebilir.²¹⁹

AİHS'in 12. maddesi, evlenme hakkını sadece düzenlemekle yetinmiş ancak bu hakkın kapsamı konusunda detaylı bir açıklama yapmamıştır. Ayrıca, aile kurma veya evlenme hakkı için bir önkoşul da öngörmemiştir. Dolayısıyla, AİHS'in 12. maddesi evlenme hakkını tanımakla yetinirken, bu hakkın nasıl kullanılacağı veya ne şekilde korunacağı konusunda ayrıntılı bilgi vermemiştir. Ancak madde metninde vurgulanan “*evlilik çağına gelen*”, “*kadın ve erkek*” ve “*ulusal yasalar*” ifadeleri maddenin uygulanmasında takdir yetkisini taraf devletin iç hukukuna bırakmıştır. Ancak tekrar edilmelidir ki bu ifadeler dar yorumlanmamalıdır. Çünkü böyle bir okuma, anlamı sözleşmenin hakkı koruyucu gayesinden uzaklaştırma tehlikesini doğurmaktadır. Buradaki “*ulusal yasalar*” ifadesi hakkın özünü zedelemeyecek bir şekilde kullanılacak olan takdir yetkisine işaret etmektedir.²²⁰

1.1.3.3 Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Evlenme Hakkı Arasındaki İlişki

AİHS'in 12. maddesi, evlenme hakkını korumaktadır ve bu hakkın özünü zedeleyebilecek, aşırı kısıtlamaların ortadan kaldırılmasını amaçlamaktadır. AİHS'in

²¹⁶ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 550.

²¹⁷ Çakmak, 169.

²¹⁸ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 554.

²¹⁹ Çakmak, 177.

²²⁰ Karan, 124; Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 550.

8. maddesi, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını korur ve evlenme hakkıyla yakından ilişkilidir.²²¹ Evlenen kişilerin evlilik yaşamlarına yönelik müdahaleler genellikle 12. madde değil, 8. madde kapsamında değerlendirilmektedir.²²²

AİHM, AİHS'in 8. maddesini yorumlarken genişletici bir yaklaşım sergilemektedir. Bu maddeye göre, bir birlikteliğin aile yaşamı olarak kabul edilmesi için resmi bir evlilik şartı aranmamaktadır; gayri resmi birliktelikler de aile yaşamı özelliği taşıdığı takdirde 8. madde kapsamında korunabilir. Ayrıca, evli çiftlerin evliliklerine yönelik müdahaleler de bu madde çerçevesinde ele alınmaktadır. Aynı şekilde, ebeveynler ile çocuklar arasındaki aile bağlarına yönelik müdahaleler de sıklıkla 8. madde kapsamında değerlendirilmekte ve korunmaktadır.

8. ve 12. maddeler arasındaki ilişki “*aile kurma*” bakımından farklılık göstermektedir. 12. madde, aile kurma hakkını kapsar ve evlendikten sonra aile yaşamına uygulanmaz. Evlenmemiş kişilerin aile kurması durumunda ise bu kişilerin hakları 12. madde kapsamında değil, 8. madde içerisinde ele alınmaktadır.²²³

AİHM, hem 8. maddeye hem de 12. maddeye göre değerlendirilebilecek durumlarda öncelikle 8. maddeyi özel nitelikte görmekte ve bu çerçevede konuyu incelemektedir.²²⁴

1.2 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Aile ve Ailenin Korunması

Aile, özel bir alan olarak kabul edilmektedir ve genellikle bu alana devletin müdahale etmesi beklenmemektedir. Ancak böyle bir müdahale gerçekleştiğinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi organları, bu müdahalenin etkilerini hafifletmek için harekete geçer. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aile yaşamına saygı konusunda dinamik bir tutum benimsemekte ve devletleri, bireysel aile durumlarına saygıyı aktif olarak teşvik etmeye zorlamaktadır. Bu yaklaşım, sadece devlet

²²¹ Çakmak, 173.

²²² Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 549.

²²³ Çakmak, 173; Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 549-50.

²²⁴ Karan, 122.

müdahalesini ılımlı hale getirmekle kalmaz, aynı zamanda ailenin toplum içindeki önemini de vurgular.²²⁵

1.2.1 Evlat Edinme

Evlenme ve aile kurma hakkı kapsamında kısırlaştırma, kürtaj, evlat edinme ve suni dölleme gibi konular gündeme gelebilir. İlk olarak, devletlerin bu haklara müdahale etmesi genel olarak mümkün değildir; kişilere doğum kontrol yöntemleri kullanma, gebeliği sonlandırma ya da kısırlaştırma gibi zorunluluklar getirilemez.²²⁶ Aile kurmanın bir yolu olan evlat edinme ise, Sözleşme'nin 12. maddesi kapsamında değerlendirilmez. Ancak, evlat edinmeye izin verilmemesi veya usulde ayrımcılık yapılması, büyük adaletsizliklere yol açarsa, bu durum 12. madde kapsamında ele alınabilir.²²⁷ AİHM'e göre aile kurma hakkı, evlilik ilişkisi içinde olanlar için geçerlidir ve evlat edinme hakkını kapsamaz. Bu durum, genellikle AİHS'in 8. maddesi kapsamında ele alınır. 12. madde, ailenin temelini oluşturan evliliğin korunmasına yöneliktir. Ancak, günümüzde evlat edinme için evli olma şartı aranmadığından, yakın gelecekte evli olmayan çiftlerin veya bireylerin evlat edinme ve aile kurma hakkının AİHM tarafından tanınması olasıdır.

1.2.2 Cezaevinde Çocuk Sahibi Olma

Aile kurma hakkı kapsamında bir diğer önemli konu, cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin çocuk sahibi olma haklarıdır. Bu durum, iki şekilde ele alınabilir: Eşler arası cinsel ilişki hakkı ve suni dölleme olanağı. AİHM, tutuklu veya hükümlülerin cezaevinde cinsel ilişki hakkına ilişkin net bir görüş belirtmemiştir. Mahkeme, bu konuyu Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde incelemiş ve suçun ve düzensizliğin önlenmesi gibi nedenlere dayalı sınırlamaları uygun bulmuştur.²²⁸ Ancak, birçok Avrupa ülkesinde bu tür uygulamaların başladığını da belirtmiştir.

Cezaevinde çocuk sahibi olma bağlamında, uzun süreli hapis cezası çeken eşlerin suni dölleme ile çocuk sahibi olma konusuna gelince, AİHM bu konuda daha

²²⁵ O'donnell, 278.

²²⁶ Doğru ve Nalbant, 2:545.

²²⁷ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 761.

²²⁸ AİHM, Aliev v. Ukrayna, Başv. No. 41220/98 (29 Temmuz 2003), para. 188. "Mahkeme, mahkumların eş görüşlerini kolaylaştırarak cezaevi koşullarını iyileştirmeye yönelik çeşitli Avrupa ülkelerindeki reform hareketlerini memnuniyetle karşılamakla birlikte, bu tür ziyaretlerin

esnek davranmıştır. Mahkeme, çocuk sahibi olmanın çift için taşıdığı önemi göz önünde bulundurarak, toplumsal ihtiyaçları daha fazla dikkate almış ve bu tür durumlarda 8. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.²²⁹ Mahkemenin içtihatları göz önünde bulundurulduğunda, evlenme hakkı konusunda mevcut bir evlilik yaşantısının olup olmadığına fazla önem verilmediği, ancak aile kurma hakkı açısından hukuken tanınan bir evlilik mevcut olmadığı durumlarda daha isteksiz davranıldığı görülmektedir.²³⁰

1.2.3 Suni Döllenme Yoluyla Çocuk Sahibi Olma

AİHM, genel olarak suni döllenme ile çocuk sahibi olabilme konusunu taraf devletlerin takdir alanına bırakmış görünmektedir. Mahkeme, Sözleşme’de evli çiftlerin suni döllenme yoluyla çocuk sahibi olmalarına yönelik bir hakkın bulunmadığını ve Sözleşme’nin 12. maddesinin üreme hakkını güvence altına almadığını savunmaktadır.²³¹ Bu durum öğretide haklı olarak eleştirilmiştir.²³² Aile kurma hakkının dar bir şekilde ve sadece geleneksel üreme yollarını kapsadığı şeklinde yorumlanmış, 12. maddenin sadece kelime anlamıyla değerlendirilip yeni üreme yöntemlerine muhafazakar bir şekilde uygulanmasının zorluklarına dikkat çekilmiştir.

Suni döllenme yoluyla çocuk sahibi olması hukuki olarak engellenen çiftler, farklı cinsiyetlere sahip kişiler için 8. ve 12. maddeler bağlamında değerlendirilebilirken, kadın çiftler için 8. madde bağlamında ele alınmaktadır. Bu bağlamda, 12. madde doğal yollarla çocuk sahibi olma hakkını koruma altına alırken, suni döllenme gibi yeni üreme yöntemlerine ilişkin taraf devletlerin bir yükümlülüğü bulunmamaktadır.

1.2.4 Boşanma Hakkı

Evlenme hakkıyla ilgili diğer bir konu boşanma hakkıdır. İrlanda’da boşanma hakkının tanınmaması nedeniyle yapılan bir başvuruda, AİHM, AİHS’in hazırlanışı sırasında boşanmanın bir hak olarak tanınmasının amaçlanmadığını ve bu nedenle 12.

reddedilmesinin şimdilik Sözleşme’nin 8. maddesinin ikinci paragrafı anlamında, düzensizlik ve suçun önlenmesi amacıyla haklı görülebileceği kanaatindedir.”

²²⁹ AİHM, Dickson v. Birleşik Krallık, Başv. No. 44362/04 (04 Aralık 2007), para. 85.

²³⁰ Harris, O’Boyle, ve Warbrick, 754.

²³¹ AİHM, S.H. ve Diğerleri v. Avusturya, Başv. No. 57813/00 (03 Kasım 2011), para. 4.

²³² Harris, O’Boyle, ve Warbrick, 762.

maddenin boşanma hakkını içermediğine karar vermiştir.²³³ Mahkeme, Türkiye'nin de taraf olduğu Sözleşme'ye ek 7. Protokol'ün 5. maddesinde de boşanma hakkına yer verilmediğini belirtmiştir. Ancak, boşanma hakkını tanıyan ülkelerde, boşanmış kişilerin yeniden evlenmesine makul olmayan kısıtlamalar (örneğin, üç yıl evlenememe yasağı) getirilmemelidir. Ayrıca, boşanma sürecinin çok uzun sürmesi nedeniyle kişinin yeniden evlenememesi durumunda, 12. maddenin ihlali söz konusu olabilir. Ulusal hukukun boşanma hakkını tanıdığı hallerde, AİHS'in 12. maddesi yeniden evlenme hakkını güvence altına almaktadır. Buna göre bir devlet, takdir yetkisini kullanarak boşanmayı kabul ederse, boşanmanın makul bir hızda elde edilebilir olması, yeniden evlenmeye izin vermek için önem taşımaktadır.²³⁴

1.2.5 Cezaevlerinde Bulunan Kişilerin Evlenmesi

Evlilik, taraflar arasında karşılıklı rızaya dayalı bir birlikteliktir ve başka sebeplerle evlenme iradesi gösteren tarafların, yasal bir şekilde evlenmesini engelleyen durumları yoksa, devletin bu engelleri azaltmasına veya ortadan kaldırmasına yönelik bir pozitif yükümlülük söz konusu olabilmektedir.²³⁵ Bu nedenle evlenme hakkı ile ilgili olarak gündeme gelen bir diğer konu cezaevinde bulunan kişilerin evlenme hakkıdır. Cezaevinde bulunmak, bu kişilerin evlenme hakkından mahrum kalması anlamına gelmez. Aile kurma hakkı, evlenme hakkı için bir ön koşul olarak kabul edilmemiştir. Kişinin evlenme hakkını kullanabilmesi için cezaevinden salıverilmesinin beklenmesi, AİHK tarafından makul bulunmamıştır.²³⁶

Mahkeme, evlenme hakkının özünü, bir kadın ve bir erkek arasında hukuken bağlayıcı bir birliktelik oluşturulması olarak değerlendirmektedir. Kişiler, birlikte yaşayamasalar veya cinsel ilişkiye giremeyecek olsalar da bu tür bir birlikteliğe girme kararını kendileri verebilirler. Mahkeme, bu konuda topyekûn bir yasak

²³³ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 553.

²³⁴ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 554.

²³⁵ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 551.

²³⁶ AİHK Hamer v. Birleşik Krallık, Başv. No. 7114/75 (13 Ekim 1977).

getirilemeyeceği ve her somut olayda ayrı ayrı değerlendirme yapılması gerektiği görüşündedir.²³⁷

1.2.6 Yabancılarla Evlenme

Evlenme hakkı bağlamında gündeme gelen bir diğer konu yabancılarla yapılan evliliklerin durumudur. AİHM, göçmenlikle ilgili yasal düzenlemeler kapsamında, yalnızca göçmenlik statüsü kazanmaya yönelik anlaşmalı evliliklerin yasaklanabileceği görüşündedir.²³⁸ Bu tür evliliklerin önlenmesi amacıyla, taraf devletler uygun koşullar öngörebilirler; örneğin, evliliğin gerçek olup olmadığını veya evlenme ehliyetine sahip olduklarını belgeleme şartı getirilebilir.

Muvazaalı evlilikleri önlemek için yurt dışında bulunan vatandaşlara evlenme ehliyeti belgesinin bir yıl sonra verilmesi veya yabancılarla evlilik için vatandaşlarla evlilikten farklı koşullar öngörülmesi, evlenme hakkına aykırı görülmemiştir.²³⁹ Ayrıca, evlenmek isteyen yabancılardan bir miktar harç talep edilmesi konusu da gündeme gelmiştir.²⁴⁰ Mahkeme, bu tür harçların, AİHS'te yer alan bir haktan yararlanmayı engelleyecek ölçüde olmaması gerektiğini ifade etmiştir.

Yabancılarla evliliklerde gündeme gelen başka bir konu ise kişinin sınır dışı edilmesi, ülkesine iade edilmesi veya bir ülkeye girişine izin verilmemesi durumlarıdır. Başka bir ülkede yaşayan biriyle evlenmek isteyen bir kişinin vatandaşı olmadığı bir ülkeye girişine izin verilmemesi, evlenme hakkına müdahale teşkil edebilir. Bu durumda, devletler geniş bir takdir alanına sahiptir. Ancak, evlenme planları somut ve

²³⁷ AİHM, Frasik v. Polonya, Başv. No. 22933/02 (05 Nisan 2010), para. 92.

²³⁸ Karan, 131; AİHM, Frasik v. Polonya, Başv. No. 22933/02 (05 Nisan 2010), para. 89. "... Göçmenlik yasaları bağlamında ve haklı nedenlere dayanarak, devletler göç avantajı sağlamak amacıyla yapılan formalite evliliklerini engelleme yetkisine sahip olabilirler. Ancak, Sözleşme'nin erişilebilirlik ve açıklık standartlarını da karşılaması gereken ilgili yasalar, aksi yönde, bir kişi veya kişiler grubunu tam hukuki ehliyeteye sahip olmalarına rağmen seçecekleri partnerlerle evlenme hakkından yoksun bırakamaz."

²³⁹ AİHM, O'Donoghue ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başv. No. 34848/07 (14 Mart 2011), para. 87. "... bir Sözleşmeci Devletin, önerilen evliliğin bir formalite olup olmadığını belirlemek ve gerekirse bunu önlemek amacıyla üçüncü ülke vatandaşlarının evlenme hakkına makul koşullar getirebileceği açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle, bir Sözleşmeci Devlet, yabancı uyrukluların katıldığı evlilikleri formalite olup olmadığını tespit etmek amacıyla incelemeye tabi tutarak Sözleşme'nin 12. maddesini ihlal etmiş sayılmaz ..."

²⁴⁰ AİHM, O'Donoghue ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, Başv. No. 34848/07 (14 Mart 2011), para. 90.

yakın bir zamanda gerçekleşecek olan kişiler, bu durumlarını makul bir şekilde kanıtladıklarında, 12. maddenin korumasından yararlanabilirler.

Öte yandan, sınır dışı edilen veya iade edilen kişinin eşi, bu kişinin ülkesine gelebiliyorsa veya birlikte başka bir ülkede yaşayabiliyorlarsa, 12. madde ihlal edilmemiş sayılabilir. Taraf devletlerin, çiftlerin başka bir ülkede evlenmeleri mümkün olduğu sürece, vatandaşı olmayan nişanlıyı kabul etme veya ülkelerinde kalmasına izin verme yükümlülüğü yoktur. Bu hususlar evlilik öncesi döneme ilişkindir.

Evlilik gerçekleştikten sonra, eşlerden birinin diğer eşin vatandaşı olduğu ülkeye girişine izin verilmemesi veya bu ülkeden sınır dışı edilmesi, evlenme veya aile kurma hakkına müdahale olarak kabul edilmez. Sözleşme, aile yaşamının sürdürüleceği coğrafi yerleşim yerini seçme hakkına yer vermez. Taraf devletlerin, evli çiftlerin aile kurmak istedikleri ülkeyi seçme kararlarına saygı gösterme veya bu kararı kolaylaştırmak için vatandaşı olmayan eşlerin yerleşim talebini kabul etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak bu durumun 8. madde kapsamında ayrıca değerlendirilmesi mümkündür.

1.2.7 Ailenin Kurulmasında Evlenme Yaşı

AİHS'in 12. maddesi evlenme hakkını tanımlar ve bu kapsamda evlenme yaşı konusu gündeme gelir. Sözleşme, evlenme yaşı konusunda belirli bir sınır getirmemiş, bu konuyu taraf devletlerin ulusal yasalarına bırakmıştır.²⁴¹ AİHM içtihatlarında da belirli bir yaş sınırı belirtilmemiştir. Ancak AİHK bir başvuruda, yasal asgari yaş sınırının altındaki bir kız çocuğunun dini nikahla evlendirilmesini değerlendirerek, medeni hukuk kurallarının dini kurallara üstün geldiğine karar vermiştir.²⁴²

Öğretide, evlenme ile ilgili asgari yaş sınırının makul bir ilişki içinde olduğu durumlarda hakkın özüne dokunulmadığı kabul edilmektedir. AİHS'in 12. maddesi,

²⁴¹ Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 1. Baskı, c. 2 (İstanbul: Legal Yayınları, 2013), 43. Her ne kadar AİHS ve AİHm evlenme yaşı ile ilgili bir kural ihdas etmemişse de devletlerin cinsel ilişki ve evlenmek için asgari yaş sınırı belirlediği görülmektedir. Bu yaşı altındaki cinsel ilişkileri ve evleneme fiillerini ise suç olarak kabul etmektedir.

²⁴² AİHK, Khan v. Birleşik Krallık, Başv. No. 11579/85 (07 Temmuz 1986). “Komisyon, İngiliz hukukuna göre, bir kız çocuğunun ebeveynlerinin izniyle 16 yaşında, ebeveyn izni olmaksızın ise 18 yaşında yasal olarak evlenebileceğini hatırlatır. 16 yaşının altındaki bir kız çocuğuyla yapılan evlilik geçersiz olup, ... 16 yaş altındaki bir kız çocuğuyla cinsel ilişkiye girilmesi suç teşkil eder. Başvuran, bu madde kapsamında dokuz aylık hapis cezasına çarptırılmıştır. Dolayısıyla

Kadına Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 16. maddesiyle birlikte yorumlanmalıdır. Bu sözleşmenin 16. maddesi, çocukların erken yaşta nişanlanması veya evlenmesinin kanuni etkisi olmadığını ve evlenme asgari yaşının belirlenmesi için gerekli yasal önlemlerin alınmasını gerektirir.²⁴³ Bu nedenle, evlenme yaşı belirlenirken bu yükümlülükler dikkate alınmalıdır.

1.2.8 Trans Bireylerin Evlenmesi

Evlenme hakkıyla ilgili bir başka önemli konu, bu hakkı kullanacak kişilerin biyolojik cinsiyetidir.²⁴⁴ AİHM başlangıçta, evlenme hakkını kullanmak isteyen kişilerin biyolojik olarak farklı cinsiyetten olması gerektiğini öngörmüştü. Ancak daha sonra bir kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında nüfus kaydında yeni kimliğinin tanınmaması ve bu nedenle evlenmesine izin verilmemesi, evlenme hakkının özüne dokunma ve dolayısıyla ihlal olarak değerlendirilmiştir.²⁴⁵ Başka bir deyişle, ayrı cinsiyetten olma koşulu, resmi kayıtlara değil, kişinin mevcut cinsiyetine göre değerlendirilmelidir.²⁴⁶ Bu noktada biyolojik cinsiyet artık tek başına belirleyici kabul edilmemektedir.

Cinsiyet değişikliği sonrasında kişinin mevcut evliliğinin durumu, önemli bir konu olarak gündeme gelmiştir. Cinsiyet değişikliği sonrasında, kişinin yeni kimliğinin yasal olarak tanındığı durumda, aynı cinsiyetten bireyler arasında bir evlilik ortaya çıkabilir ve bu evliliğin devam edip etmeyeceği sorusu yanıtlanmalıdır. AİHM, cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında yeni kimlik edinilmesi için mevcut bir

başvuranın kız arkadaşı, iç hukukta öngörülen evlenme yaşına ulaşmamış durumdadır. 12. madde kapsamında güvence altına alınan evlenme hakkı, bu hakkın kullanımını düzenleyen iç hukuka tabi olduğundan, Komisyon, davanın koşulları ışığında, Sözleşme ve özellikle 9. ve 12. maddeler kapsamında bir ihlal görünmediği sonucuna varmaktadır.”

²⁴³ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi'nin Onaylanması Hakkında Karar, Resmî Gazete 18898 (14 Ekim 1985), Karar No. 1985/9722. “Madde 16/2: Çocuğun erken yaşta nişanlanması veya evlenmesinin hiçbir kanuni etkisi olmayacak ve evlenme asgari yaşının belirlenmesi ve evlenmelerin resmi sicile kaydının mecburi olması için yasama dahil gerekli tüm önlemler alınacaktır.”

²⁴⁴ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 552.

²⁴⁵ Harris, O'Boyle, ve Warbrick, 552.

²⁴⁶ AİHM Rees v. Birleşik Krallık, Başv. 9532/81 (12 Aralık 1984), para. 49. Karara göre, başvuru, doğum kaydının değiştirilmesi için yasal bir başvuru yapmıştır ancak bu başvuru Birleşik Krallık tarafından doğum kaydının olayların otantik kanıtını sağlamak ve miras, meşruiyet ve mülk dağıtımı ile ilgili amaçlar için ailelerin bağlantısını kurmak amacıyla tasarlandığını belirterek reddedilmiştir. Buna ilişkin Mahkeme, doğum kaydına belirli bir zamanda bir kişinin cinsiyet değiştirdiğine dair bir giriş, bu amaçlardan hiçbirini etkilemeyeceğini belirtmiştir.

evliliğin sonlandırılması şartının taraf devletlerin takdir yetkisi içinde değerlendirilmesini uygun bulmuştur.²⁴⁷ Ayrıca, aynı cinsiyetten evliliklerin yasaklandığı, ancak kayıtlı yaşam birlikteliğine izin verilen ülkelerde, transseksüellerin nüfus kaydının değiştirilebilmesi için mevcut evliliklerini kayıtlı yaşam birlikteliğine çevirmeleri zorunluluğu getirilmesi AİHS'in 12. maddesine aykırı görülmemiştir. Bu nedenle, cinsiyet değişikliği öncesi veya sonrasında evlenmenin sona ermesi zorunluluğu, evlenme hakkının ihlali olarak değerlendirilmemektedir. Mahkemenin bu yaklaşımını aynı cinsiyetten kişilerin evliliğine izin veren taraf devlet sayısı çoğunlukta olmadığı sürece sürdüreceği öngörülebilir.

1.2.9 Aynı Cinsiyetten Kişilerin Evlenmesi

Geçmiş başlıklarda detaylı bir şekilde incelediğimiz üzere AİHS 12. madde evlenme ve aile kurma hakkını düzenlemektedir. Söz konusu maddeyi tekrardan paylaşmayı lüzumlu görmekteyiz.

“Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

Sözleşme'nin yürürlüğe girdiği 3 Eylül 1953 tarihinden bu yana kadar madde metni aynı şekilde varlığını korumaktadır. Ancak başta Avrupa ülkeleri olmak üzere dünyadaki toplumsal değişme nedeniyle evlenme biçimleri, evlilik algısı ve ailenin yapısına yönelik düşünceler ciddi bir değişime uğramıştır. Yaşanan bu değişim AİHM'in başvurulara yönelik verdiği kararlarda da kendisini göstermiştir. Mahkeme evlenme ve aile kurma hakkının ihlal edildiği iddia edilen başvurularda, bu iki hakkı da geniş bir şekilde yorumlayarak hakkın özüne hanel gelmemesi için çaba göstermiştir.

²⁴⁷ AİHM, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, Başv. No. 28957/95 (11 Temmuz 2002), para 103. “... transseksüellerin evlilik hakkının geniş çapta kabul görmesine rağmen, atanmış cinsiyetlerinde evlenmelerine izin veren ülke sayısının, cinsiyet değişikliğini tanıyan ülke sayısından daha az olduğu anlaşılmaktadır. Ancak Mahkeme, bunun, meselenin tamamen Sözleşmeciler Devletlerin takdir yetkisi dahilinde bırakılması gerektiği yönündeki bir argümanı desteklediği sonucuna ulaşmamıştır. Bu, bir Sözleşmeciler Devletin evlenme hakkının kullanılmasına fiilen engel koyabileceği anlamına gelir ki, takdir yetkisi bu kadar geniş bir çerçeveyi kapsayamaz. Kişinin cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması talebiyle ilgili olarak, örneğin, cinsiyet değişikliğinin usulüne uygun bir şekilde gerçekleştirildiğinin kanıtlanması veya önceki evliliklerin geçersiz sayılması ya da gelecekte yapılacak evliliklerde geçerli olacak usul kurallarının (örneğin, eş adaylarına sağlanacak bilgiler) belirlenmesi gibi koşulların Sözleşmeciler Devlet tarafından tespit edilmesi gerektiği kabul edilmekle birlikte, Mahkeme, transseksüellerin her durumda evlenme hakkından mahrum bırakılmasını haklı kılacak bir gerekçe bulunmadığı kanaatinde.”

Mahkeme benzeri bir çabayı 8. maddede düzenlenen “*aile hayatına saygı hakkı*” kapsamında da göstermiştir. Ailenin nasıl bir yapı olduğu noktasında Mahkeme genişletici yorum çerçevesinde aileyi birçok unsuru ve durumu içerisine alan bir kurum olarak görmüştür.

İlk paragrafta da tekrarladığımız üzere evlenme ve aile kurma hakkı “*erkek ve kadın*” olmak üzere iki cinse ait bir şekilde düzenlenmiştir. Ulusal hukukta evlenme için öngörülen koşulları karşılayan aynı cinsiyetten kişilerin evlenme hakkı sorusu AİHM önüne gelmiştir.²⁴⁸ Mahkeme de bu maddeye yönelik 1989 yılında verdiği bir kararında aynı cinsiyetten bireylerin evlenmesini “*evlenme hakkı*” kapsamında değerlendiremeyeceğini belirtmiştir.²⁴⁹ Bu durum daha sonra 1989 tarihinde verilen benzer konulu bir kararda şu cümlelerle ifade edilmiştir;²⁵⁰

“49. Mahkemenin görüşüne göre, 12. madde tarafından güvence altına alınan evlenme hakkı, zıt biyolojik cinsiyetten kişiler arasındaki geleneksel evliliği kasteder. Bu, aynı zamanda maddenin metninden de açıkça anlaşılmaktadır; 12. maddenin temel olarak ailenin temeli olarak evliliği korumaya odaklandığını göstermektedir.”

AİHM, görüldüğü üzere uzun bir süredir evlenme hakkının sadece karşıt cinsiyette olan bireyler için geçerli olduğunu kabul etmektedir²⁵¹ ve bu görüşünü bugüne kadar değiştirmemiştir. Mahkeme, evlenme hakkını güvence altına alan Sözleşme’nin 12. maddesinin, ayrı biyolojik cinsiyete sahip olan kişiler arasında gerçekleşen geleneksel anlamda bilinen evlilik kurumuna atıfta bulunduğunu belirtmektedir. Mahkeme, ulusal hukuktaki bu tür sınırlamaların evlenme hakkını temelde sınırlamaması veya daraltmaması gerektiğini, ancak farklı biyolojik cinsiyetlerden olan kişilerin evlenmesine ilişkin yasal engelin bu tür bir etkiye sahip

²⁴⁸ Karan, 124; AİHM, Schalk ve Kopf v. Avusturya, Başv. No. 8978/80 (24 Haziran 2010); AİHM, Rees v. Birleşik Krallık.

²⁴⁹ AİHM Rees v. Birleşik Krallık, Başv. 9532/81 (12 Aralık 1984), para. 54. “... ii ... Bu durum, bir Akit Devletin, cinsel kategorisi fiziksel olarak üreme yeteneğini mutlak olarak (transseksüel durumunda) veya diğer eşin cinsel kategorisiyle ilişkili olarak (aynı cinsiyetten bireyler durumunda) üreme yeteneği olmayan kişileri evlilikten hariç tutmasına izin verilmesi gerektiği sonucunu doğurur. ...”

²⁵⁰ AİHM, Cossey v. Birleşik Krallık, Başv. No. 10843/84 (09 Mayıs 1989).

²⁵¹ AİHM Cossey v. Birleşik Krallık, Başv. No. 10843/84 (09 Mayıs 1989), para. 49.

olmadığını ifade etmiştir.²⁵² Sözleşme metni, farklı cinsiyetlerden kişilerin evlenme hakkını tanıdığı şeklinde yorumlanmıştır. AİHS'in 12. maddesi, evlenme hakkını "evlenme çağına gelmiş erkekler ve kadınlara" tanımaktadır. Bu ifade, Mahkeme tarafından aynı cinsiyetten kişiler arasında evliliği tanımadığı şeklinde yorumlanmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 12. maddesi genel olarak evlilik hakkını herkes için tanımlamaktan ziyade sadece karşıt cinsiyetler arası evliliği öngörmektedir. Bu da aynı cinsiyetten kişiler arasında evliliğin tanınmadığı anlamına gelmektedir.

Mahkeme, 2010 yılında ise açıkça eşcinsel birlikteliklerin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında bir aile yaşamı oluşturabileceğini kabul etmiş ve Sözleşme'nin 12. maddesinin sadece karşı cinsiyetten kişiler arasındaki evlilikleri kapsamadığını belirtmiştir.²⁵³ Bu durum, eşcinsel evliliklerin Sözleşme'nin 12. maddesi dışında kaldığı eski yaklaşımdan uzaklaşıldığını göstermektedir. Ancak Mahkeme, 12. maddeyi uygulamada devletlere eşcinsel çiftlerin evlenme hakkını tanıma yükümlülüğü getirmediği için, bu konuda taraf devletlere geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 12. maddesinin aynı cinsiyetten çiftlere uygulanabileceği ancak devletlerin bu çiftlere evlenme hakkı verme zorunluluğu olmadığı sonucuna varılmaktadır.²⁵⁴ Bu durum, eleştirilere maruz kalmış ve hukuki

²⁵² AİHM, Rees v. Birleşik Krallık, para. 50; AİHM, Cossey v. Birleşik Krallık, para. 46. Cossey kararında ilgili paragrafta bu durum şöyle yer bulmuştur; "*Bazı Sözleşmeciler Devletlerin, Bayan Cossey'in durumundaki bir kişi ile bir erkek arasındaki evliliği geçerli kabul etmesine karşın, bugüne dek gerçekleşen gelişmelerin geleneksel evlilik kavramının genel olarak terk edildiğini gösterdiği söylenemez. Bu bağlamda, Mahkeme, uyumsuzluk konusu meselede 12. maddeye ilişkin olarak yeni bir yorum benimseme imkanına sahip olmadığını değerlendirmektedir. Ayrıca geleneksel evlilik kavramına bağlılığın, evlilik amacı doğrultusunda bir kişinin cinsiyetini belirlemek için biyolojik kriterlerin kullanılmaya devam edilmesi hususunda yeterli gerekçeyi teşkil ettiğini; bunun ise, Sözleşmeciler Devletlerin ulusal hukuk çerçevesinde evlenme hakkının kullanımı üzerinde düzenleme yapma yetkisi kapsamında yer aldığını tespit etmektedir.*"

²⁵³ AİHM, Schalk ve Kopf v. Avusturya, Başv. No. 8978/80 (24 Haziran 2010), para. 61. "... Mahkeme, 12.madde tarafından garanti altına alınan evlenme hakkını, her halükarda karşıt cinsiyetten kişiler arasında tesis edilecek evlilikle sınırlandırılmasının zorunlu olduğu şeklinde değerlendirmeyecektir. Sonuç olarak 12.maddenin başvuru sahiplerinin yakınmalarına uygulanamayacağı söylenemez. Hal böyle olmakla birlikte eşcinsel evliliklere izin verilip verilmemesi meselesi Sözleşen Devletlerin ulusal hukuklarınca düzenlenecek mevzuata bırakılmıştır."

²⁵⁴ AİHM, Schalk ve Kopf v. Avusturya, Başv. No. 8978/80 (24 Haziran 2010), para. 63. "*Sonuç olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 12.maddesi'nin davalı Hükümet üzerinde başvuru sahipleri gibi bir eşcinsel çiftin evlenmesine izin verme yükümlülüğü yüklemeyeceğini tespit eder.*"

olarak karmaşık bulunmuştur.²⁵⁵ Sözleşme'nin 8. maddesi, Sözleşme'nin 14. maddesi ile birlikte eşcinsel çiftlerin birlikteliğini “*aile yaşamı*” olarak tanımlarken, 12. madde halen evlilik hakkını doğrudan kapsamamaktadır.²⁵⁶

1.2.10 Dini Nikah

AIHS 12. madde evlenme hakkını düzenlemektedir. Bu maddeye göre sözleşmeci her devlet kanuni olarak kabul ettiği evlenme biçimlerini belirlemede geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu noktada her devlet aile hayatına saygı hakkını ihlal etmeden ve evlenme hakkının kullanılmasını engellemeden evlenme biçimlerini belirleyebilir.

AIHM, 2010 yılında Türkiye'nin de taraf olduğu bir kararında dini nikahla nikahlanan başvurunun, medeni nikahın sağladığı birtakım hak ve menfaatlardan yararlanamamasını aile hayatına saygı hakkı ve evlenme hakkı kapsamında incelemiştir.²⁵⁷

Türk vatandaşı olan başvuru Şerife Yiğit, 1976 yılında partneri Ömer Koç ile dini nikah ile evlenmiş ve bu evliliklerinden altı çocuk dünyaya gelmiştir. 2002 yılında partneri Ömer Koç'un vefatı nedeniyle başvuru hem kendisine hem de kızına dul ve yetim aylığının bağlanması için ilgili idareye başvuru yapmıştır. İdare bu başvuruyu reddetmiş ve başvuru konuyu yerel mahkemeye taşımıştır. Yerel mahkeme vefat eden partner ile başvuru arasında dini nikah ile gerçekleşen evliliğin hukuken tanınmaması nedeniyle başvurunun, merhumun haklarına mirasçı olamayacağını karara bağlamıştır. Bu karar temyiz mercii tarafından onanarak kesinleşmiştir.²⁵⁸

Mahkeme, başvuru ve vefat eden partneri arasında her ne kadar kanunun belirlediği biçimde bir nikah olmasa da aile ilişkisi olduğunu kabul etmiş ve

²⁵⁵ Emre Birden, “Eşcinsel Birlikteliklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Tanınması”, *Anayasa Hukuku Dergisi* 4, sy 8 (2015): 185.

²⁵⁶ Karan, 128. Mahkemenin mevcut yaklaşımı, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından da benimsenmiş durumdadır. 2001 yılına ait bir kararda, evliliğin sadece bir kadın ve bir erkek arasında gerçekleştiği durumlarda hukuken tanınabileceği kabul edilmiştir. Bu yaklaşım, uluslararası insan hakları standartlarında evlilik hakkının geniş yorumlanmasına bir örnek teşkil etmektedir.

²⁵⁷ AIHM, Şerife Yiğit v. Türkiye, Başv. No. 3976/05 (02 Kasım 2010).

²⁵⁸ AIHM Şerife Yiğit v. Türkiye, para 9-17.

başvurunun 8. madde yönünden kabul edilebilir olduğunu belirtmiştir.²⁵⁹ Bu durum karara şu şekilde yansımıştır;

“94. 8. madde, “meşru” aile açısından geçerli olduğu gibi “meşru olmayan” bir ailenin “aile yaşamı” açısından da geçerlidir. Aile kavramı sadece aile temelli ilişkilere münhasır değildir ve tarafların evlilik dışında birlikte yaşadıkları diğer fiili “aile” bağlarını da içine almaktadır. Böyle bir ilişkiden doğan çocuk doğumu sebebiyle ve bu andan itibaren aile birliğinin ipso jure parçasıdır. Dolayısıyla çocukla ebeveynleri arasında aile yaşamına karşılık gelen bir bağ mevcuttur.

95. Ayrıca yakın akrabalar arasındaki miras ve gönüllü bağış/temlik meseleleri aile yaşamıyla yakından bağlantılı olduklarını ortaya koymaktadır. Aile yaşamı örneğin, çocukların eğitim alanı gibi sadece sosyal, ahlaki ve kültürel bağları içermez ayrıca nafaka yükümlülüğü ve Sözleşen Devletlerin büyük çoğunluğunun iç hukuklarında benimsemiş oldukları mirasa dair saklı pay müessesinin ortaya koyduğu üzere maddi türden menfaatleri de içerir. Her ne kadar normal koşullarda mülk sahibinin ölümüne kadar miras hakları kullanılamaz ise de aile yaşamının değişime maruz kaldığı ve hatta sona erdiği zamanlarda bu haklara dair meseleler ölümden önce de ortaya çıkabilir. Bir vasiyetname yaparak veya gelecekteki miras temelinde bir hediye vererek, ki uygulamada sıklıkla bu şekilde olmaktadır, mal varlığının paylaştırılması gerçekleştirilebilmektedir. Dolayısıyla bu durum göz ardı edilemeyecek bir aile yaşamı özelliğini ortaya koymaktadır.

96. Ek olarak bir ilişkinin “aile yaşamı” oluşturup oluşturmadığına karar verirken çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu ve çocuk sahibi olup olmadıkları da dahil olmak üzere çok sayıda unsur bağlantılı olabilir.”

Mahkeme, davanın kendi koşulları içerisinde medeni evlilik ile dini evlilik arasında “aile yaşamına saygı hakkı”nı etkileyen bir durumun olup olmadığını belirlemek durumunda kalmıştır. 8. maddenin temel amacının kamu otoritesinin keyfi

²⁵⁹ AİHM Şerife Yiğit v. Türkiye, para. 97-98.

müdahalesini önlemek olduğu bilinmektedir.²⁶⁰ Bunun beraberinde devletin geniş bir takdir hakkına sahip olduğu da unutulmamalıdır. Başvurucunun partneri ile dini bir evlilik içerisinde yaşamayı tercih etmesine ve bir aile kurmaya yönelik iradelerine resmi makamlarca müdahalede bulunulmamıştır. Başvurucu ve partneri idari veya cezai bir yaptırımla karşılaşmamışlardır. Bu nedenle Mahkemede, devletin, başvurucunun aile yaşamına yönelik bir müdahalede bulunduğu dair bir kanaat oluşmamıştır.²⁶¹

Kararda dikkat çeken nokta Mahkemenin her hal ve durumda ailenin korunmasına yönelik bir tavır takınmasıdır. Aile kavramının yorumlanmasında Mahkeme yalnızca medeni evliliklerden doğan birliktelikleri değil dini,²⁶² kültürel ve hatta toplumca birliktelik olarak kabul edilen her türlü birlikteliği aile kavramı içerisinde kabul etmiştir.²⁶³ Bu noktada çiftin birlikte bir yaşam sürmeleri, beraberliklerinin süresi veya çocuk sahibi olup olmamaları “*aile yaşamı*” değerlendirmesinde önem taşımaktadır. Bu değerlendirme sonucunda Mahkeme eğer “*aile yaşamı*”nın varlığı noktasında bir tespit yaparsa aile hayatına saygı hakkını gözeterek bir karar verme yoluna gidecektir.

1.2.11 Ailenin Korunmasında Soybağının Önemi

Çalışmamızın ilk bölümünde yaptığımız açıklamalarda dar anlamda ailenin anne, baba ve çocuklardan meydana geldiğini belirtmiştik. Ailenin varlığı için aile bireyleri arasındaki biyolojik ilişki, hukuki ilişkiye somut bir dayanak oluşturmaktadır.

²⁶⁰ Birtane, 62.

²⁶¹ AİHM Şerife Yiğit v. Türkiye, para. 99-101.

²⁶² AİHM, Kokkinakis v. Yunanistan, No. Başv. No. 14307/88 (25 Mart 1993), para. 31. AİHM Kokkinakis kararında şu ifadelerle dini nikahı “*dinini açıklama*” kavramı içerisinde değerlendirmektedir; “*Din özgürlüğü her ne kadar öncelikle bireysel vicdanı ilgilendiren bir mesele olsa da, o aynı zamanda diğer şeylerin yanı sıra, kişinin 'dinini açıklama' (açığa vurma) özgürlüğünü de ifade etmektedir.*”

²⁶³ AİHM, Marckx v. Belçika, Başv. No. 6833/74 (29 Eylül 1975), para. 31; AİHM, Keegan v. İrlanda, Başv. No. 16969/90 (26 Mayıs 1994), para. 44.

Bu nedenle ailenin korunması meselesinde kadının, erkeğin ve çocuk ile arasında sahih bir soybağının tespiti de hukuk için ciddi bir önem arz etmektedir.

Türk Medeni Kanunu'nda soybağının tespiti için “*babalık karinesi*”²⁶⁴ ve “*iddet müddeti*”²⁶⁵ olmak üzere iki müessese geliştirilmiştir. Bu müesseselerin geliştirilmesindeki temel sebep dar anlamda aileyi oluşturan anne, baba ve çocukların kendi aralarındaki hukuki ilişkilerinin sağlıklı bir şekilde tespitinin yapılmasıdır. Her iki kurum da insan fizyolojisini esas alarak düzenlenmiştir.

AIHM yakın tarihli Türkiye'nin de taraf olduğu bir kararında, kadının boşandıktan sonra beklemesi gereken 300 günlük iddet müddetini AIHS 8. ve 12. maddeler açısından ihlal olarak kabul etmiştir.²⁶⁶ Başvuru şöyledir;

*“1. Mevcut başvuru, başvuranın, gebe olup olmadığını belirlemeye yönelik tıbbi muayeneye tabi tutulmaksızın, boşanmış kadınlar için Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinden muaf tutulması yönündeki talebinin yetkili ulusal makamlar tarafından reddedilmesine ilişkindir. Başvuran, Sözleşme'nin 8, 12 ve 14. maddelerini ileri sürerek, boşanmış kadınların gebe olmadıklarını kanıtlamadıkları sürece, üç yüz günlük bekleme süresine riayet etme yükümlülüğünün, ayrımcılık teşkil ettiğini ve özel hayata saygı ve evlenme haklarını ihlal ettiğini iddia etmektedir.”*²⁶⁷

Başvurucu, iddet müddetinin kaldırılması için yerel mahkemeye başvurmuş, mahkeme de başvurucudan gebe olmadığına dair bir rapor talep etmiştir. Başvurucu söz konusu uygulamanın cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiği gerekçesi ile bu talebe olumsuz yanıt vermiştir. Buna karşın mahkeme de davayı usulden reddetmiştir.²⁶⁸

²⁶⁴ “Türk Medeni Kanunu”, 4721 § (2001). “Madde 285- Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır. Bu süre geçtikten sonra doğan çocuğun kocaya bağlanması, ananın evlilik sırasında gebe kaldığının ispatıyla mümkündür. Kocanın gaipliğine karar verilmesi hâlinde üçyüz günlük süre, ölüm tehlikesi veya son haber tarihinden işlemeye başlar.”

²⁶⁵ “Türk Medeni Kanunu”, 4721 § (2001). “Madde 132- Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır.”

²⁶⁶ AIHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, Başv. No. 27094/20 (27 Haziran 2023).

²⁶⁷ AIHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 1.

²⁶⁸ AIHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 5-8.

Yapılan temyiz başvurusunda yerel mahkemenin kararı usule ve yasaya uygun görülmüş ve onanmıştır.²⁶⁹ Buna karşın başvuru, üç yüz günlük iddet süresinin cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini ve bu bağlamda, mahkemelerin vermiş oldukları kararların, adil yargılanma, özel hayata saygı, evlenme ve etkin başvuru haklarını ihlal ettiğini ileri sürerek Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi de şikayetlerin dayanaktan yoksun olması nedeniyle başvurunun kabul edilemez olduğu kanaatine varmıştır.²⁷⁰

Başvurucu iç hukuk yollarının tüketilmesi neticesinde yukarıda kısaca özetlendiği şekilde hak ihlali nedeniyle AİHM'e başvurmuştur.

Başvurucunun AİHS 8. maddeye ilişkin ihlal iddiası şu şekildedir;²⁷¹

“34. Başvuran, boşanmış kadınlara üç yüz günlük bekleme süresinin dayatılması, söz konusu sürenin kaldırılmasının mahkeme kararına bağlı olması ve bu kararın ilgili kadının hamile olmadığına tespit edilmesine yönelik tıbbi bir muayeneye tabi tutulması ve böylelikle boşanmış gebe kadınlara dayatılan yeniden evlenmenin yasaklanmasının, kadınların özel ve aile hayatına saygı hakkına bir müdahale teşkil ettiğini iddia etmektedir.

35. ... Başvuran, bu hükmün (TMK. m. 132) başkalarının çıkarlarını korumayı hedeflediğini ileri süren yetkili makamları, kadının özel hayatına ve aile hayatına saygı hakkını dikkate almamakla suçlamaktadır ve bu bağlamda, kadınların bu hakkının, kendisine göre soyut olan, doğacak çocuğun nesebini koruma düşüncesi lehine göz ardı edilemeyeceğini iddia etmektedir. Sonuç olarak başvuran, kamu düzeninin korunmasının, somut olayda meşru bir amaç olarak değerlendirilemeyeceği kanaatine varmaktadır.

36. Başvuran, özellikle bekleme süresinin gebe kadınlara mutlak surette dayatıldığını ve gebe olmayan kadınlarla ilgili olarak, bu sürenin ancak ilgili kadının bu yönde bir yargılama başlatması ve bu yargılama çerçevesinde zorunlu olan gebe olmadığını kanıtlamaya yönelik tıbbi bir muayeneye tabi olmaya rıza göstermesi koşuluyla kaldırılabilirliğini gözlemlemektedir.

²⁶⁹ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 9-10.

²⁷⁰ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 11-12.

²⁷¹ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye.

Başvuran, demokratik bir toplumda, boşanmış kadınlara bu türden bir yük yüklemenin gerekli ve orantılı olmadığı kanısındadır.”

Başvurucunun bu iddialarına karşı hükümet tarafı, iddet müddetini beklemenin zorunlu olmadığını ve Aile Mahkemesi önünde görülen çekişmesiz yargı yoluyla kaldırılabilirliğini öne sürmüştür. Burada, başvurucudan istenen gebe olmadığına dair raporun başvuru üzerine katlanılmaz bir yük getireceği iddiası reddedilmektedir.²⁷² Hükümet bu raporun istenmesinin ve iddet müddetini düzenleyen maddenin gerekçesinin evlilik sona erdikten sonra doğan bir çocuğun nesebini kesin olarak belirlemek ve bu bağlamda karışıklığı önlemek olduğunu savunmaktadır.²⁷³

AİHM, 8. maddeye yönelik yaptığı incelemede konuyu yalnızca maddede düzenlenen “özel hayat” yönünden ele almıştır. Mahkemeye göre, “özel hayat” yalnızca kişinin mahrem hayatının değil beraberinde sosyal kimliğini de içerisine almaktadır.²⁷⁴ Başvurucuya yönelik bir müdahale isteminin olmasını özel hayatın en mahrem yönleriyle ilgili olması nedeniyle de AİHM özel hayata bir müdahale olduğu kanaatindedir.²⁷⁵

Hükümet, özel hayata yönelik müdahalenin başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanması amaçlarını taşıdığını savunmaktadır.²⁷⁶ Özellikle kanun koyucunun böyle bir kural koymasının amacının “kan karışımını” engellemek olduğu anlaşılmaktadır.²⁷⁷

AİHM özel hayata ilişkin müdahalenin haklılığı noktasında yaptığı değerlendirmede, babalık karinesini öne sürerek doğması muhtemel bir çocuğun nesebinin belirlenmesinde hali hazırda bir yöntemin bulunduğunu ve gelişen teknik ile

²⁷² Aydoğan, 51; AİHM, Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para, 39.

²⁷³ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 39. Hükümet, bu raporun alınması için kan ve idrar tahlilinin yeterli olması nedeniyle önemli ve dayanılmaz bir tıbbi müdahale teşkil etmediğini iddia etmektedir.

²⁷⁴ AİHM, Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para. 42; AİHM, Dodouch v. Malta, Başv. No. 38816/07 (20 Ekim 2010), para. 48.

²⁷⁵ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 43-44.

²⁷⁶ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 38.

²⁷⁷ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 54.

biyolojik babanın tespiti mümkün olduğunu göz önüne alarak, iddet müddeti uygulamasının fayda sağlamayacağını vurgulamıştır.²⁷⁸

Doğması muhtemel çocuğun nesebinin belirlenmesi ve toplum içerisindeki kan karışımının önlenmesi her ne kadar meşru bir amaç olarak görülse de AİHM “iddet müddeti” uygulamasının gerekli olmadığını belirterek 8. madde yönünden ihlal kararı vermiştir.²⁷⁹

Bu kararda bizim konumuz itibarıyla önemli olan nokta; yerel mahkemenin ailenin ve çocuğun korunmasına yönelik yaptığı yorumun AİHM tarafından nasıl değerlendirdiğidir. Şöyle ki kararda;

“57. ... Mahkeme, Aile Mahkemesinin, boşanmış kadınların, kadınlara özgü biyolojik özellikleri, özellikle de anne rolü ve doğurma özellikleri nedeniyle, yeniden evlenmeden önce gebeliklerini gözler önüne serme konusunda topluma karşı yükümlü olacakları ve doğması muhtemel bir çocuğun ve diğer ilgili kişilerin menfaatlerini korumak için bekleme süresinin dezavantajına katlanmak zorunda kalacakları sonucunun ima edilmesi konusunda duyduğu endişeyi dile getirmelidir. Bu varsayım, -esasen kadının üreme işlevleriyle bağlantılı olan- kadın cinselliğine ilişkin geleneksel bir görüşü yansıtmakta ve kadının birey olarak gelişimi için fiziksel ve psikolojik önemini göz ardı etmektedir.” ifadeleri yer almaktadır.

Mahkeme, yerel mahkemenin ısrarla vurguladığı ailenin korunması ve çocuğun soybağının belirlenmesindeki üstün yararına yönelik görüşlerini yalnızca kadına yönelik geleneksel görüş söylemine indirgemıştır. Bu durumda gözetilen meşru amaçlar bir kenara bırakılmıştır.

Kararda nesebin belirlenmesinde ve kan karışımının önlenmesinde günümüz tekniklerinin ve diğer yasal müesseselerin yeterli olacağı belirtilmiştir. Ancak aile kurumu yalnızca biyolojik veya yalnızca hukuki olarak tanımlanan bir kurum değildir. Dar anlamda aile ana, baba ve çocuklardan oluşmaktadır. Ana ile baba arasında kurulan ilişki hukuki bir ilişki iken; ana, baba ve çocuklar arasında kurulan ilişki, kural olarak, temelini biyolojik kan bağından alan bir hukuki ilişkidir. Bu nedenle soybağının

²⁷⁸ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 55.

²⁷⁹ AİHM Nurcan Bayraktar v. Türkiye, para 58-59.

belirlenmesi amacı güden her kurum çocuğun üstün yararı ve ailenin korunması ilkelerince önemli bir yere sahiptir. Aileyi devletin ve toplumun temeli sayan anlayışa uygun olarak, aile üyelerini bir arada tutan biyolojik, hukuki ve toplumsal bağların da korunması gerekmektedir. Karara konu olan “*iddet müddeti*” kurumu da bu nedenlerle bahsettiğimiz meşru amaca uygun bir uygulamadır. Kanaatimizce bu kuruma yönelik ihlal kararı verilmesinde en önemli faktör iddet müddetinin başlangıç zamanıdır. İddet müddeti olan üç yüz günlük süre, kararının kesinleşmesi sonrasında başlamaktadır. Ancak boşanma davasının yerel mahkeme önüne gelmesi ve kesinleşmesi arasındaki süre çekişmeli bir boşanma davası ise seneler almaktadır. Bu nedenle ayrılığın gerçekleştiği boşanma davasının açılması değil de kararın kesinleştiği tarihin başlangıç tarihi olarak alınması iddet müddeti uygulamasını anlamsız kılmaktadır.

1.2.12 Sınır Dışı İşleminden Kaynaklı Aile Birliğinin Bozulması

AİHM’in “*ailenin korunması*” başlığı altında incelediği bir konu da aile birliğinin devlet eliyle geri dönülemez bir şekilde ortadan kaldırılmasıdır. Özellikle mültecilere ilişkin uygulanan sınır dışı işlemlerinde bu durum sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Mahkeme bu noktada aile birliğinin bozulmasını ve aile fertlerinin birbirleriyle olan fiziki iletişimlerinin ciddi oranda ortadan kaldırılmasını AİHS 8. maddenin ihlali olarak kabul etmektedir.²⁸⁰

9 Nisan 2024 tarihinde verilen bir kararda; yedi yaşından beri Danimarka’da mülteci statüsünde kalıcı oturma ile yaşayan Bosna Hersek asıllı başvuru uyuşturucu ve av tüfeği fişeği bulundurması nedeniyle cezai takibata uğramış ve sonucunda çeşitli sürelerde kesin hapis cezasına çarptırılmıştır. Buna bağlı olarak Danimarka hükümeti başvurucuya yönelik sınır dışı ve süresiz ülkeye giriş yasağı işlemi tesis etmiştir.²⁸¹ Mahkeme sınır dışı işlemini ve ülkeye giriş yasağı uygulamasını hukuka uygun bulmuş ancak bu yasağın süresiz olmasını 8. madde kapsamında ihlal olarak değerlendirmiştir. Bu durum kararda şöyle belirtilmiştir;²⁸²

“25. Mahkeme, başvuranın 8. Madde anlamında özel hayatına saygı hakkına müdahale edildiğini, sınır dışı etme emrinin ve yeniden giriş yasağının “hukuka

²⁸⁰ Harris, O’Boyle, ve Warbrick, 555.

²⁸¹ AİHM Sarac v. Danimarka, Başv. No. 19866/21 (09 Nisan 2024), para. 7.

²⁸² AİHM, Sarac v. Danimarka.

uygun” olduğunu ve düzensizlik ve suçu önleme meşru amacını taşıdığını tespit etmiştir.

37. Yine de başvuranın önceki suçları genel olarak kamu düzenine tehdit oluşturduğunu göstermemiş olması ve sınır dışı edilme riski konusunda herhangi bir önceki uyarı almamış olmasına rağmen ve bu durumda nispeten hafif bir ceza verilmesine rağmen Yüksek Mahkeme, başvuranın sınır dışı edilmesini Danimarka’ya dönüşüne yönelik ömür boyu bir yasağın eklenmesiyle birleştirme kararı aldı, ancak geri dönüş yasağının süresini azaltabilirdi.

38. Yukarıdaki gözlem, başvuranın çok genç yaşta Danimarka’ya geldiğini ve yaklaşık yirmi altı yıl boyunca orada yasal olarak ikamet ettiğini dikkate alarak da değerlendirilmelidir. Dolayısıyla, Danimarka ile olan bağları, Bosna-Hersek ile olan bağlarına karşın çok güçlüydü.

39. Mahkeme bu nedenle, davanın tüm koşulları dikkate alındığında, başvuranın sınır dışı edilmesinin bir ömür boyu geri dönüş yasağı ile birleştirilmesinin orantısız olduğu kanaatindedir.

40. Bu nedenle, Sözleşme’nin 8. Maddesi’nin ihlal edildiği sonucuna varılmıştır.”

Bu kararda ailenin korunması noktasındaki en önemli husus yasal bir şekilde uzun yıllar ülke içerisinde olan bir yabancının kurduğu bağlar ve aile ilişkilerinin değerlendirilmesidir. Şöyle ki; kararda başvurucu ifadesinde annesi ve erkek kardeşiyle Danimarka’da yaşadığını ve yedi yaşından bu yana 26 yıldır mülteci statüsünde olduğunu ifade etmiştir.²⁸³ Mahkemenin 8. maddeye yönelik ihlal kararının altında yatan sebep de bu ifadedeki aile bağlarına vurgu ile açıklanmıştır. Başvurucunun süresiz bir şekilde Danimarka’ya girişinin yasaklanması annesi ve erkek kardeşiyle olan aile birliklerinin ve bağlarının bozulmasına sebebiyet verecektir.

AİHM, bir başka kararında sınır dışı edilme ve ülkeye giriş yasağı konulmasıyla ilgili yine 8. maddeye dayanarak ihlal kararı vermiştir. Maslov v. Avusturya kararında, başvurucu altı yaşında Bulgaristan’dan Avusturya’ya ailesiyle birlikte göç etmiştir. Başvurucu suça sürüklenen çocuk olarak çete kurma, hırsızlık, gasp, yağma, saldırı ve

²⁸³ AİHM Sarac v. Danimarka, para. 9.

uyuşturucu madde kullanımı ile birçok suçtan hüküm giymiştir ve başvuru hapis cezasını çekmiştir.²⁸⁴ Hapis cezasının akabinde başvuru Bulgaristan'a sınır dışı edilmiş ve on yıl süreyle Avusturya'ya girişi yasaklanmıştır.²⁸⁵

Mahkeme, 8. madde yönünden yapacağı uzun süre ikamet edenlere sınır dışı ve ülkeye giriş yasağı konulması uygulamalarını değerlendirirken belirli kriterler geliştirmiştir. Maslov v. Avusturya kararında da bu kriterler sayılmış ve dava konusuna uygun olarak değerlendirilmiştir. Bu kriterler şunlardır;

“71. Mevcut davada, sınır dışı edilecek kişi henüz kendi ailesini kurmamış genç bir yetişkin olduğunda, ilgili kriterler şunlardır:

- Başvuranın işlediği suçun niteliği ve ciddiyeti;*
- Başvuranın sınır dışı edileceği ülkede kalış süresi;*
- Suçun işlenmesinden bu yana geçen süre ve başvuranın bu süre zarfındaki davranışı;*
- Ev sahibi ülke ve varış ülkesi ile sosyal, kültürel ve ailevi bağların sağlamlığı.”*²⁸⁶

Bu kriterlere ek olarak mahkeme, başvuru kişinin işlediği suçların niteliğini ve ciddiyetini değerlendirirken bu suçları çocukken mi yoksa yetişkin olarak mı işlediğini de değerlendirecektir.²⁸⁷ Mahkeme tüm bu kriterler ışığında; başvuru kişinin tüm çocukluğunun ve gençliğinin ev sahibi ülkede geçirilmiş olması ve tüm eğitimlerini bu ülkede almış olması, sınır dışı edilmesine sebep olan tüm bu suçları çocukluk çağında işlemiş olması ve cezanın infazı sonrasında herhangi bir suça karışmamış olması, varış ülkesinin dilini dahi konuşamıyor ve alfabesini okuyamıyor olması, tüm ailesinin, akrabalarının, sosyal ve kültürel bağlarının Avusturya'da olması²⁸⁸ nedenleriyle sınır dışı ve ülkeye giriş yasağı konulması işlemlerinin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal

²⁸⁴ AİHM Maslov v. Avusturya, Başv. No. 1638/03 (23 Haziran 2008), para. 16.

²⁸⁵ AİHM Maslov v. Avusturya, para. 28-29.

²⁸⁶ AİHM Maslov v. Avusturya, para. 40. Tüm bu kriterlerin oluşturulmasında Mahkeme, 25 Kasım 2003 tarih ve 2003/109/EC Konsey Direktifinin 12. maddesinde sayılan “Uzun süreli ikamet eden bir kişinin sınır dışı edilmesine karar vermeden önce, üye Devletlerin dikkate alacağı kriterleri temel almıştır. Direktifin 12. maddesi 3. fıkrası (c) bendindeki “ilgili kişi ve aile üyeleri açısından sonuçları” ifadesi çalışmamız için önem arz etmektedir.”

²⁸⁷ AİHM Maslov v. Avusturya, para. 72.

²⁸⁸ AİHM Maslov v. Avusturya, para. 96-97.

ettiğini tespit etmiştir.²⁸⁹ Mahkeme kararında sayılan kriterler ve bunlara uygun olarak yapılan değerlendirmelerde 8. maddede düzenlenen aile kavramının korunmaya değer oluşu vurgulanmıştır.

AIHM Türk asıllı başvuru Ziya Üner ile Hollanda arasında geçen bir davada ise 8. maddeye yönelik kapsamlı bir değerlendirmede bulunmuştur.²⁹⁰ Bu kararda, her ne kadar ihlal kararı verilmesi dahi, yapılan değerlendirmeler diğer kararlara olan etkisi nedeniyle önem taşımaktadır. Ayrıca bu karara muhalif kalan Rıza Türmen'in karşı oyu da 8. maddenin yorumlanmasında önemli bir yere sahiptir.

Başvuru 1969 yılında Türkiye'de doğmuştur. On iki yaşına kadar bu ülkede yaşamış ve 1981 yılında aile birleşimi ile Hollanda'da olan babasının yanına annesi ve iki erkek kardeşi ile göç etmiştir. 1988 yılına kadar başvuru bir yıllık süreli oturum izni almış, bu süreden sonra ise kalıcı oturum hakkına sahip olmuştur. 1989-1990 yıllarında adi suçlara karışmış ve karşılığında para cezasına çarptırılmıştır.²⁹¹

1991 yılında Hollanda vatandaşı partneri ile beraber olmaya başlamış ve 1992 yılında çocuk sahibi olmuşlardır. Bu süre zarfında yine bir adi suçtan ötürü kamu hizmeti cezasına çarptırılmıştır. Başvuru ile partneri arasındaki ilişkide sıkıntılar meydana gelmeye başlamıştır. Durumu hafifletmek amacıyla, başvuru Kasım 1992'de partnerinin yanından taşınmıştır; ancak hem partneri hem de oğlu ile yakın temasta kalmaya devam etmiştir.²⁹²

1993 yılında başvuru bir kafede silahlı bir kavgaya karışmış ve sonucunda bir kişiyi yaralamış ve bir kişiyi öldürmüştür. Bu suçlarından ötürü 1994 yılında yedi yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.²⁹³ Cezaevi sürecinde başvuru eşi ve çocuğu ile iletişimini hiç koparmamış her hafta düzenli bir şekilde görüşmeye devam etmişlerdir. Hatta bu süre zarfında eşi hamile kalmış ve 1996 yılında bir çocuğu daha olmuştur.²⁹⁴

1998 yılında iyi hali nedeniyle erken tahliye edilmiş ancak kendisi hakkında sınır dışı kararı verilmiş ve ülkeye giriş yasağı konulmuştur. Bu işlemlere karşın her ne kadar yasal başvurularını yapsa da bu başvurular reddedilmiş ve başvuru

²⁸⁹ AIHM Maslov v. Avusturya, para. 100-101.

²⁹⁰ AIHM Üner v. Hollanda, Başv. No. 46410/99 (18 Ocak 2006).

²⁹¹ AIHM Üner v. Hollanda, para. 12-14.

²⁹² AIHM Üner v. Hollanda, para. 15-17.

²⁹³ AIHM Üner v. Hollanda, para. 18.

²⁹⁴ AIHM Üner v. Hollanda, para. 19.

Türkiye'ye sınır dışı edilmiştir.²⁹⁵ Başvurucu yaptığı itiraz başvurularında Türkiye ile hiçbir iletişiminin olmadığını ve bazı temel ifadeleri anlamak harici Türkçe bilmediğini ifade etmiştir.²⁹⁶ Başvurucu, partnerinin ve iki çocuğunun Hollanda vatandaşı olması ve hiç Türkçe bilmemeleri ve Hollanda'da yaşayan ebeveynleri ve erkek kardeşleriyle olan bağlarının zedelenmesi nedenleriyle kendisini takip edip Türkiye'de yaşayamayacaklarını,²⁹⁷ aile birliğinin ve bağlarının ciddi anlamda zedelendiğini ileri sürerek 8. maddeden doğan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği kanaatindedir.

Mahkeme yaptığı değerlendirmelerde Avrupa Konseyi'nin belirlemiş olduğu aşağıdaki kriterleri göz önüne almıştır;²⁹⁸

“36. Sınır dışı edilmeye karşı koruma ile ilgili olarak (a) Uzun dönemli bir göçmenin sınır dışı edilmesi kararı, orantılılık ilkesine uygun olarak ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin sürekli içtihadı ışığında, aşağıdaki kriterleri dikkate almalıdır:

- Göçmenin kişisel davranışı;
- İkamet süresi;
- Hem göçmen hem de ailesi için doğacak sonuçlar;
- Göçmenin ve ailesinin menşe ülke ile mevcut bağları.”²⁹⁹

Son kriterin varlığı bu kararın bizim çalışmamızdaki yeri için ciddi önem arz etmektedir. Somut olayda başvurucu Türkiye vatandaşıdır ve 12 yaşında Hollanda'ya aile birleşimi ile göç etmiştir. İlk sınır dışı edildiği 1998 yılında 29 yaşındadır ve aradan geçen 17 sene boyunca Hollanda'da ikamet etmiş ve kendisine yeni bir aile kurmuştur. Partnerinin ve iki çocuğunun Hollanda vatandaşı olması; sınır dışı işlemi sonrası, ailesinin başvurucuyu takip etmesini zorlaştırmaktadır. Mahkeme burada aile hayatına saygı hakkını kabul etmiş ve başvurucu ve ailesinin yaşayacağı zorlukları

²⁹⁵ AİHM Üner v. Hollanda, para. 23-25.

²⁹⁶ AİHM Üner v. Hollanda, para. 27.

²⁹⁷ AİHM Üner v. Hollanda, para. 20.

²⁹⁸ AİHM, Üner v. Hollanda.

²⁹⁹ AİHM Üner v. Hollanda, para. 38. Avrupa Birliği Bakanlar Komitesinin bir tavsiye kararında bu kriterlere ek olarak şu tavsiyede bulunulmuştur; “...üye devletler, kişinin doğum yeri, ülkeye giriş yaşı, ikamet süresi, aile ilişkileri, menşe ülkesindeki aile bağlarının varlığı ve menşe ülke ile sosyal ve kültürel bağların sağlamlığı gibi kriterleri dikkate almalıdır. Çocukların en iyi çıkarları ve refahı özel olarak göz önünde bulundurulmalıdır.”

ifade etmiştir.³⁰⁰ Ancak 8. maddenin 2. fıkrasındaki “düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi” gerekçelerine³⁰¹ dayanarak Sözleşme’nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.³⁰²

Karara karşı aralarında Rıza Türmen’in de bulunduğu üç hakim muhalefet şerhi düşmüştür. Bu muhalefet şerhinde Hakimler, Mahkeme tarafından belirlenen kriterlerin uygun bir şekilde yorumlanmadığı ve yapılan sınır dışı işleminin ve ülkeye giriş yasağının hukuk genel ilkelerine aykırı olarak “çifte ceza” uygulaması³⁰³ olarak değerlendirilmesinin daha isabetli olacağı yönünde kanaat belirtmişlerdir. Mahkemenin de karar verirken kullandığı³⁰⁴ ve “Boultif Kriterleri”³⁰⁵ şeklinde adlandırdığı kriterler muhalefet şerhinde şöyle değerlendirilmiştir;³⁰⁶

“Kısaca, suçun ciddiyeti dışında, tüm “Boultif kriterleri” bize Sözleşme’nin 8. Maddesinin ihlaline işaret ediyor gibi görünmektedir. Paradoksal olarak, bu davadaki kararlar eklenen kriterler bile aynı yöne işaret etmektedir; kriter “çocukların çıkarları ve refahı” olsun (ki çocukların baba tarafından büyük ebeveynleri bile uzun süre Hollanda’da yaşamıştır) veya “sosyal, kültürel ve

³⁰⁰ AİHM Üner v. Hollanda, para. 64.

³⁰¹ AİHM Üner v. Hollanda, para. 65. “... Ancak, başvuranın işlediği suçların niteliği ve ciddiyeti göz önüne alındığında ve men kararının on yıl ile sınırlı olduğu dikkate alındığında, Mahkeme, davalı Devlet’in bu önlemi uygularken kendi çıkarlarına fazla ağırlık verdiğini tespit edememektedir. ...”

³⁰² AİHM Üner v. Hollanda, para. 67. “Yukarıdaki hususlar ışığında, Mahkeme, başvuranın sınır dışı edilmesi ve Hollanda’dan men edilmesinin, güdülen amaçlara orantılı olduğunu ve bu nedenle demokratik bir toplumda gerekli olduğunu tespit etmiştir. Dolayısıyla, Sözleşme’nin 8. Maddesi’nin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.”

³⁰³ AİHM Üner v. Hollanda, Rıza Türmen ve Diğerleri Muhalefet Şerhi, para. 17.

³⁰⁴ AİHM Üner v. Hollanda, para. 36.

³⁰⁵ AİHM Boultif v. İsviçre, No. Başv. No. 54273/00 (02 Ağustos 2001), para. 48. Kararda “Boultif Kriterleri” şöyle ifade edilmiştir; “Mahkeme, sınır dışı etmenin başlıca engelinin, eşlerin birlikte kalmasının zorlaşacağı ve özellikle birinin ve/veya çocukların diğerinin menşe ülkesinde yaşamasının zor olacağı durumlarla ilgili sınırlı sayıda karar vermiştir. Bu nedenle, söz konusu önlemin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelemek için rehber ilkeler oluşturması gerekmektedir. Böyle bir davada ilgili kriterleri değerlendirirken Mahkeme, başvuranın işlediği suçun niteliği ve ciddiyetini; başvuranın sınır dışı edileceği ülkede kalış süresini; suçun işlenmesinden bu yana geçen süreyi ve bu süre zarfındaki davranışını; ilgili kişilerin milliyetlerini; başvuranın aile durumunu, örneğin evliliğin süresini; çiftin gerçek ve samimi bir aile hayatı sürüp sürmediğini ortaya koyan diğer faktörleri; eşin, aile ilişkisine girdiği sırada suç hakkında bilgi sahibi olup olmadığını; ve evlilikte çocuk olup olmadığını ve varsa yaşlarını dikkate alacaktır. Ayrıca, Mahkeme, başvuranın eşinin başvuranın menşe ülkesinde karşılaşabileceği zorlukların ciddiyetini de dikkate alacaktır, ancak bir kişinin eşine eşlik etmesinin bazı zorluklarla karşılaşabileceği gerçeği, tek başına sınır dışı etmeyi engelleyemez.”

³⁰⁶ AİHM Üner v. Hollanda, Rıza Türmen ve Diğerleri Muhalefet Şerhi, para. 15.

ailevi bağların sağlamlığı” olsun. Bu bağlar açıkça ev sahibi ülke (Hollanda) ile varış ülkesi (Türkiye) ile olduğundan daha güçlüydü; başvuran yaklaşık yirmi yıl önce Türkiye’den ayrılmıştı ve partneri ile çocuklarının Türkiye ile hiçbir bağı yoktu.”

Muhalefet şerhinde yapılan değerlendirmelerde, kriterlerin yeterince detaylıca irdelenmediği nedeniyle 8. madde yönünden ihlal kararı verilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

2. ANAYASAL BİR ZORUNLULUK OLARAK AİLENİN KORUNMASI

Anayasalar devletlerin temel metinleridir. Devletler bu temel metinler etrafında şekillenir. Devletlerin üzerine bina edildiği temeller bu metinlerde özellikle vurgulanır. Devletlerin siyasi, idari ve sosyal yapısına ilişkin genel çıkarımlar yapmak için onların anayasalarını incelemek yapılması gerekenlerin başında gelmektedir. Ülkemiz için de bu durum böyledir.

Aile kavramına verilen önemi tespit etmek istediğimizde bakacağımız ilk metin Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’dır. Bu başlık altında aile kavramının anayasalarımızda nasıl ve ne şekilde kendine yer bulduğunu; bununla beraber bu kavramın Anayasa Mahkemesi tarafından ne şekilde ele alındığını incelemeye çalışacağız.

2.1 Aile Kavramı ile İlgili Anayasal Hükümlerin Değerlendirilmesi

Aile kavramı Avrupa devletlerinin anayasalarına 20. yüzyılın başlarından itibaren girmeye başlamıştır.³⁰⁷ Türk Anayasa Hukuku tarihine bakıldığında ilk

³⁰⁷ Cansel, 16; “Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası”, erişim 26 Ekim 2024, https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html; “İtalya Anayasası”, erişim 26 Ekim 2024, https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione_inglese.pdf; “Polonya Anayasası”, erişim 26 Ekim 2024, <https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.1949 Alman Anayasası madde 6/1’e göre “Evlilik ve aile devletin özel korumasına sahiptir.” 1948 İtalyan Anayasası madde 31’e göre “Devlet ekonomik tedbirler ve diğer yardımlarla ailenin kurulmasını, karşılıklı sorumluklarını yerine getirilmesini, bilhassa geniş aileyle ilgili olarak, teşvik eder. Devlet anayı çocuğu ve gençleri bu amaca hizmet eden kurumları destekleyerek korur.” 1997 Polonya Anayasası madde 18’e göre “Bir erkek ile kadının birleşimi olan evlilik, analık, babalık ve aile Polonya

Anayasamız 1876 Kanun-i Esasi ile 1921 ve 1924 Teşkilat-ı Esasiye Kanunu’nda aileye ilişkin özel bir düzenlemeye yer verilmediği görülmektedir. 1921 Anayasası’nda böyle bir düzenlemeye yer verilmemiş olması bu Anayasa’nın çerçeve niteliğe sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Zaten 1921 Anayasası’nda sadece aileye ilişkin değil diğer temel hak ve hürriyetlere dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Diğer taraftan kazuistik bir niteliğe sahip 1876 ve 1924 Anayasalarında aileye ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemesinin ailenin korunması hakkının sosyal ve ekonomik haklara ilişkin olarak değerlendirilmesinden kaynaklandığı ileri sürülebilir. Gerçekten 1876 ve 1924 Anayasaları incelendiğinde bunların, kişisel ve siyasi hak ve hürriyetlere yer verdiği ancak sosyal ve ekonomik hakları düzenlemediği görülmektedir. Sosyal ve ekonomik hakların İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra anayasal metinlere girdiği göz önünde tutulduğunda bu durumun pek de yadırgatıcı olmadığı söylenebilir. Bu nedenle bu dönemde anayasalar açısından yapılacak bir değerlendirme bulunmamaktadır.³⁰⁸ Bununla birlikte her ne kadar anayasal düzeyde özel bir hükme yer verilmemiş olsa da 1917 Hukuk-ı Aile Kararnamesi ve 1926 tarihli Türk Kanunu Medenisi gibi anayasa altı düzenlemelerle aile hukukuna dair önemli metinlerin yer aldığını ifade etmek gerekir.

Türkiye Cumhuriyeti anayasalarında aile kavramının yer alması ve ailenin devlet tarafından korunacak bir değer olarak kabul görmesi 1961 Anayasası ile

Cumhuriyetinin koruması ve ilgisi altındadır.” İşin ilginç tarafı bu düzenlemeler Alman Anayasasında “Temel Haklar” başlığı, İtalyan Anayasasında “Vatandaşın Hakları ve Görevleri” kısmında ikinci başlıkta olarak “Sosyal ve Ahlaki İlişkiler” başlığı altında düzenlenirken Polonya Anayasasında “Cumhuriyet” başlığı altında yer almaktadır.

³⁰⁸ Çakırbay Çimen, 62.

başlamıştır. Sonrasında ise 1982 Anayasası ile aile kurumuna verilen önemin arttığını, maddelerin 1961 Anayasasına göre çokluğundan ve kapsayıcılığından görmekteyiz.

Çalışmamızın bu kısmında 1961 ve 1982 Anayasalarında aile kavramına ve ailenin korunmasına yönelik hükümleri inceleyeceğiz.

2.1.1 1961 Anayasası'nda Ailenin Korunması

1961 Anayasası'nda aile kavramı toplamda iki madde altında kendine yer bulmuştur. Bunlar 35. madde ve 49. maddedir. Bu maddelere önem sırasına göre yer vereceğiz.

2.1.1.1 Ailenin Korunması

1961 Anayasası'nın "*Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler*" ana başlıklı üçüncü bölümünde bulunan 35. maddesinde "*Ailenin korunması*" başlığı altında düzenlenen aile kurumuna ilişkin hüküm şu şekildedir;

"Aile, Türk toplumunun temelidir.

Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilatı kurar."

Bu hüküm ile ilk kez anayasal anlamda aile, Türk toplumun temeli sayılmıştır ve korunmaya layık bir değer olarak kabul edilmiştir. Bununla beraber aile kurumuna Anayasal bir hüviyet kazandırılmıştır.³⁰⁹ Aile kurumunun her bakımdan korunması için devlete ve diğer tüm kamu tüzel kişilerine pozitif bir yükümlülük yüklemiştir. Ancak maddenin vaz edilmiş şeklinde detaylı düzenleme bilerek yapılmayıp genel bir kural koymakla yetinilmiş ve detaylı düzenlemelerin kanunlarla yapılmasına cevaz verilmiştir.³¹⁰ Bu dönemde yapılan kanunlarda ise aile kavramı belli başlı bir şekilde

³⁰⁹ Cansel, 14; Çakırbay Çimen, 62.

³¹⁰ 1961 Anayasasının 35. maddesinin gerekçesi Temsilciler Meclisi tutanaklarında şöyle kayda geçmiştir; "*Ahlâkî olduğu kadar hukukî cephesi de bulunan bu hükmün Anayasada yer alması, kanun koyucu için büyük bir direktif mahiyeti taşımakta ve onu aileyi her bakımdan korumaya teşvik etmektedir. Bu direktif, yürütme organında, aile ve çocuğun korunmasıyla ilgili hükümleri ciddiye almasını ve neticede bu himayenin fiilen gerçekleşmesini sağlayacaktır. Ana babasının yardımından mahrum olan veya onlar tarafından maddî manevî yoksulluğa terk edilen yahut evlilik dışında doğan çocukların korunması da, modern Devletin vazifeleri arasındadır. Birçok Anayasalarda bu hususta mufassal hükümler mevcuttur. Anayasamız, bu teferruatlı tanzimi lüzumsuz bularak genel prensibi koymakla yetinmiş ve bu direktife uygun olarak teknik himaye hükümlerinin kanunlarla getirilmesini uygun görmüştür.*" "Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi", 30 Mart 1961, 21.

ele alınmamış farklı kanunların içerisinde ihtiyaca binaen kısıtlı bir şekilde düzenlenmiştir.³¹¹

Madde hükmünde ailenin yanında anne ve çocuğun korunmasına ayrıca yer verildiği görülmektedir. Bu husus dikkate değerdir; zira bu hüküm Anayasa koyucunun ailenin yansıra anne ve çocuğa ayrı bir önem verdiğini göstermektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi (AYM) zina ürünü çocukların babalarına sahih olmayan nesep bağı ile bağlanmalarını engelleyen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 310. maddesinin 2. fıkrası hükmüne ilişkin yapılan itiraz yolu başvurusunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: “*Anayasamız, yalnızca çocuğu değil, çocukla birlikte aileyi de korumak suretiyle toplumda aile ile aile dışında yer alan ana ve çocuğun çıkarları arasında adil bir denge kurmak istemektedir*”.³¹² Mahkeme, Anayasa'nın 35. maddesinde ailenin yanında ana ve çocuğu ayrıca yer verilmesinin aile dışında kalan anne ve çocuğun korunması ödevinin devlete yükletilmesi sonucunu doğurduğunu ifade etmiştir.

2.1.1.2 Sağlık Hakkı

Sanayi Devrimi ile başlayan süreçte, sosyal devlet anlayışının gelişmesiyle birlikte ortaya çıkan yeni haklardan biri de sağlık hakkıdır. Bu hak, insan onurunun korunmasına hizmet eden temel bir hak olarak 1961 Anayasası'nda kendisine yer bulmuştur.³¹³ 1961 Anayasası, ailenin korunmasına yönelik olarak sağlık hakkıyla doğrudan bağlantılı bir düzenleme içermemektedir. Ancak, sağlık hakkı ile ilgili 49. maddede yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlıklı konutlara erişiminin sağlanması

³¹¹ Cansel, 18. 28.07.1967 tarihli 931 sayılı İş Kanunu, 27.7.1964 tarihli ve 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, 14.7.1965 tarihli ve 657 sayılı Devlet Memurları Kanunu ve sair mevzuatta çocuğun, annenin, babanın sağlık, çalışma, hastalık, dinlenme halleri ve yapılacak sosyal yardım çeşitleri hakkında dağınık hükümlere rastlanmaktadır.

³¹² AYM, E. 1980/29, K. 1981/22 (Anayasa Mahkemesi 21 Mayıs 1982).

³¹³ Kahan Onur Arslan, “Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, sy 1-2 (2015): 36.

devletin yükümlülüğü olarak belirtilmiştir.³¹⁴ Bu düzenleme ailenin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkının dolaylı yoldan korunması amaçlamaktadır.

1961 Anayasası'nda 49. maddede sağlık hakkı şu şekilde düzenlenmiştir;

“Devlet, herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesini ve tıbbî bakım görmesini sağlamakla ödevlidir.

Devlet, yoksul veya dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri alır.”

Maddenin ikinci fıkrasına göre devlet, sağlık hakkı kapsamında ailelerin sağlıklı bir konuta ulaşması ile ilgili önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır. Bu maddeyle ailenin yalnızca manevi ve değer gören bir varlık olarak korunması değil, fiziki şartlarının korunması ve refahının sağlanması amaçlanmıştır. Böylece aile kurumu kapsamlı bir şekilde anayasal korunma altına alınmıştır.³¹⁵

2.1.2 1982 Anayasası'nda Ailenin Korunması

9 Kasım 1982'de yürürlüğe giren 1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nın 35. maddesinde olduğu gibi, aileyi toplumun asli unsuru ve temeli olarak kabul etmiş ve korunmaya değer bulmuştur. 1982 Anayasası'nda ailenin korunması 41. maddede açıkça düzenlenmiştir. Bununla beraber eşitlik ilkesini düzenleyen 10. madde ve aile hayatına saygı hakkını düzenleyen 20. madde de ailenin korunmasını amaçlayan

³¹⁴ Türker Ertaş, “Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı” (Yüksek Lisans Tezi, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2012), 33.

³¹⁵ 49. maddenin Temsilciler Meclisi tutanaklarına geçen gerekçesi araya başka bir madde girmesi nedeniyle 48. madde gerekçesi olarak yazılmıştır. Buna göre 49. maddenin gerekçesi şu şekildedir; “... zamanımızın refah Devletinde ... ferdin sağlığını gerek doğrudan doğruya, gerek özel teşebbüsle ve mahallî idarelerle işbirliği yaparak temin etmek, Devletin başta gelen görevleri arasında yer almaktadır. Sağlığın baş şartı olan barınma ihtiyacı da bu hakla doğrudan doğruya ilgilidir. Bundan ötürü sosyal Devlet, herkese barınacak bir yer sağlamanın çarelerini arayıp bulmak ve gerçekleştirmek zorundadır. ... İnsan gibi barınmanın asgarî imkânlarına sahip olmayan kimseler için mesken dokunulmazlığı hattâ mülk edinme hakkı kâğıt üstünde duran boş lâflardaki daha fazla bir değere sahip olamaz. İşte bunun içindir ki Devletin sıhhi bakım ve mesken sağlama görevi hem İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ve hem de bâzı Anayasalarda ayrıca belirtilmiştir.” “Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi”, 30 Mart 1961, 25.

düzenlemelerdir. Çalışmamızın akışı içerisinde yukarıda bahsettiğimiz her bir maddeyi detaylıca inceleyeceğiz.

2.1.2.1 Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları

Anayasamızda ailenin korunmasına dair temel düzenleme, “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” başlığını taşıyan üçüncü bölümde bulunan 41. maddededir. “Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları”³¹⁶ kenar başlığı ile düzenlenen bu madde şöyledir;

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.”³¹⁷

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

Bu maddeyle devlete yüklenen aileyi koruma görevinin,³¹⁸ Anayasa’nın 2. maddesinde düzenlenen “sosyal devlet” ilkesine dayandığı bir gerçektir. Daha önce de yaptığımız açıklamalara uygun olarak, sosyal devlet olmanın bir zorunluluğu olarak devlet, sadece ailenin kuruluşu aşamasında hukuki bir çerçeve sağlamakla kalmaz, aynı zamanda ailenin yaşamını devam ettirebilmesi için gereken ihtiyaçları karşılamak için de çaba sarf eder. Anayasa’nın 2. maddesinde açık bir şekilde belirtildiği gibi,³¹⁹ sosyal devlet anlayışını kendisine ilke edinen Türkiye Cumhuriyeti, bireylere özgürlük

³¹⁶ Bu maddenin kenar başlığı “I. Ailenin korunması” iken, 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanunun 4. maddesiyle metne işlendiği şekilde değiştirilmiştir. “1982 Anayasası” (1982).

³¹⁷ 3/10/2001 tarihli ve 4709 sayılı Kanunun 17. maddesiyle bu fıkranın sonuna “ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” ibaresi eklenmiştir. “1982 Anayasası” (1982).

³¹⁸ Anayasa’nın “Ailenin korunması” başlıklı 41. maddesinde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulandıktan sonra, Devletin ailenin huzur ve refahı, özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüş, Devlete aileye yönelik bazı görevler yükleyerek aile kurumuna anayasal güvence sağlanmak istenmiştir. Devlete yüklenen tüm koruma görevlerinin aile içi koşulların düzeltilmesi, iyileştirilmesiyle ilgili olduğu açıktır. Amaç karı, koca ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünü korumaktır. AYM, E. 1999/35, K: 2002/104 (Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 2002).

³¹⁹ Madde 2: Türkiye Cumhuriyeti, ... sosyal bir hukuk Devletidir. “1982 Anayasası” (1982).

tanırken, yaşadıkları zorluklarla başa çıkamayanlara yardım etmek ve ailenin korunmasını sağlamakla görevlendirilmiştir.³²⁰

Tabi burada ailenin ne olduğu ve nasıl tanımlanması gerektiği gibi önemli bir mesele ortaya çıkmaktadır. Anayasa'nın 41. maddesi ailenin korunmasından bahsederken, hangi tür ailelerin bu anayasal korumadan faydalanacağını net bir şekilde belirtmemiştir. Ancak 41. maddenin gerekçesinde³²¹ ve bu gerekçeye dayanarak verilen Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında³²² bu konudaki belirsizlik giderilmiştir. Buna göre Anayasa'nın 41. maddesinde Türk toplumunun temeli olarak kabul edilen aile, başlangıçta anne, baba ve varsa çocuklardan oluşan (Türk Medeni Kanunu'nun dar ve geniş anlamda tanımladığı) aileyi ifade etmektedir.

41. maddenin 2. fıkrasında, *“Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar”* denildiğinden, bir aile ortamında bulunmayan anne ve çocukların da bu sıfatlarından dolayı ayırım gözetilmeksizin korunması yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ancak burada hangi tür tedbirlerin alınacağını ve bu tedbirleri hayata geçirecek teşkilatların ne şekilde kurulacağını açık bir şekilde belirtmemiştir. Kanaatimize göre, anayasa koyucusunun bu ifade biçimini seçmesi bilinçli ve isabetli bir tercihtir. Bu yaklaşımdan hareketle, anayasa koyucusunun alınacak önlemleri veya oluşturulacak teşkilatları ayrıntılı şekilde sıralamaktan kaçındığı, bunun yerine ailenin refahı, huzuru, çocukların korunması ve aile planlaması gibi konularda vatandaşlara geniş talepler sunma hakkı tanıdığı ve

³²⁰ Çakırbay Çimen, 64.

³²¹ *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 2. Baskı (Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2019), 235. 41. maddenin gerekçesinde Anayasal korunmadan faydalanacak aile türü şu şekilde belirtilmiştir; *“Ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir. Çünkü medenî olmadan bir aileden bahsedilemez.”*

³²² Örnek olarak Anayasa Mahkemesi'nin 13.09.1995 tarihli kararı verilebilir. Bu kararda; *“Yasa'ya göre aile, karı, koca ve çocuklardan oluşur. Anayasa'nın 41. maddesi de böyle bir ailenin korunmasını amaçlamaktadır.”* denilerek hangi aile türünün koruma altına alınacağı açıkça belirtilmiştir. AYM E. 1994/86, K. 1995/41 (Anayasa Mahkemesi 13 Eylül 1995).

devlete hem önemli bir sorumluluk hem de geniş bir takdir yetkisi bıraktığı anlaşılmaktadır.³²³

41. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen bir başka mesele ise bir aile birliği içerisinde olmasalar dahi özellikle annenin ve çocukların korunmasının güvence altına alınmasıdır. Sağlıklı bir neslin inşası için çocuğun ve annenin korunması kesin bir önem arz etmektedir. Her ne kadar mevzuatta belirtilen formalitelere uygun olarak gerçekleştirmeyen evlilikler hukuken “*yok hükmünde*” sayılsa da bu birlikteliklerden dünyaya gelen çocuklar, tıpkı devlet tarafından kabul edilen resmi evlilikler içinde dünyaya gelen çocuklar gibi, otomatik olarak Anayasa’nın 41. maddesindeki korumanın kapsamına girmektedir.³²⁴ Buradaki esas gayenin sağlıklı bir toplum meydana getirmek olması önemsenmiştir.³²⁵ Benzer şekilde Anayasa’nın 41. maddesindeki “*ana*” kavramı, geniş bir yorumla ele alınarak, sadece evlilik içinde doğan çocuğun annesi değil, aynı zamanda evlilik dışında doğan çocuğun annesi de bu kavrama dahil edilmektedir.

Modern hukuk sistemi, aileyi yalnızca Medeni Kanun’un belirli maddelerine uygun şekilde kurulan bir yapı olarak görmemekte, aynı zamanda toplumun yapısından veya diğer etkenlerden kaynaklanabilecek sosyal ve ekonomik risklere karşı sosyal haklarla desteklenen bir kurum olarak da değerlendirmektedir.³²⁶

1982 Anayasası’nın 41. maddesini değerlendirdiğimizde, Anayasa’nın tamamı ve buna uygun olarak Anayasa Mahkemesi kararları ve bu kararlar ile oluşturduğu temel ilkelerini göz önünde bulundurarak, Türk toplumunun temelini oluşturan ve koruma altına aldığı ailenin tanımını yapabiliriz. Bu tanıma göre, Anayasa’nın koruma kapsamına aldığı aile; resmi formalitelere uygun bir nikahla evlenen karı kocayı, bu

³²³ Çakırbay Çimen, 68.

³²⁴ Çakırbay Çimen, 67.

³²⁵ Bu konu 41. madde gerekçesinde şöyle ifade edilmiştir; “*Çocuğun korunması, genel olarak ifade edilmekle yetinilmiş ve evlilik içi ve dışı çocuklar arasında ayırım gözetilmemesi esası benimsenmiştir. Bu sonuç, esasen “eşitlik ilkesi”nden de çıkarılabilir. Çeşitli anayasalarda evlilik dışı çocuklar için sevkedilen hükümlere benzer bir düzenleme bu nedenle gereksiz görülmüştür.*” AYM E. 1990/15, K. 1991/15 (Anayasa Mahkemesi 28 Şubat 1991).

³²⁶ Çakırbay Çimen, 68.

meşru evlilik içinde doğmuş olsun ya da olmasın doğan tüm çocukları ve varsa evlatlığı da içermektedir.³²⁷

2.1.2.2 Kanun Önünde Eşitlik

Anayasamızın “kanun önünde eşitlik” kenar başlığı ile düzenlenen 10. maddesi şu şekildedir;

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

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

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

Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz.

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

Eşitlik ilkesi, bu ilkedeki haklardan yararlananlar için temel bir hak olarak kabul edilir, yani eşit işlem görme veya ayırım gözetilmeme hakkını içerir. Hukukun her alanında geçerli olan bu ilke, evliliklerde kadına ve erkeğe eşit muamele yapılmasını da içerir.

Anayasa’nın 10. maddesinin 1. fıkrası, genel eşitlik ilkesini ifade eder ve kadın ile erkeğin farklı cinsiyetlere mensup olmaları sebebiyle eşitlik ilkesinin eşlerden birinin lehine veya aleyhine bozulamayacağını belirtmektedir. Anayasamızda düzenlenen ilkelerden biri olan eşitlik ilkesi, kadının ve erkeğin karşıt cinsiyetlere mensup olmaları nedeniyle birinin diğerine nispeten imtiyazlara sahip olamayacaklarını vurgulayarak ailenin korunmasına katkıda bulunmaktadır.

Anayasa koyucu, 2001 yılında yaptığı değişiklikle, Anayasa’nın 41. maddesinin 1. fıkrasına “ve eşler arasında eşitliğe dayanır” ifadesini dahil ederek, aile içerisinde eşler arasında eşitliğe verdiği önemi kanıtlamıştır.³²⁸ Eklenen bu ifadeyle, Türk

³²⁷ Çakırbay Çimen, 68; *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 235.

³²⁸ *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 237.

toplumunun temeli olarak kabul edilen ailenin aynı zamanda haklar ve sorumluluklar açısından eşit konumda bulunan eşlerden oluştuğuna vurgu yapılmıştır.

Kadın erkek eşitliği, kadının erkekle aynı konuma getirilmesi olarak yorumlanmalıdır. Bu, kadının daha kısıtlı haklara sahip olduğuna dair bir ön kabulle eşit duruma getirilmesi anlamına gelmez; tam tersine, kadın ve erkeğin benzer ancak aynı olmayan ve aynı olması da biyolojik olarak mümkün olmayan özelliklerinin olumlu doğrultuda hukuki olarak eşitlenmesini amaçlar. Farklı hukuksal düzenlemeler -örneğin doğum izni gibi- kadın ve erkeğin benzeşmeyen yönleri için yapılır ve bu, eşitliği sağlamak için değil her iki karşıt cinsin kendine özgü biyolojik özelliklerine hukuki alanda uygun çözümler getirmeyi amaçlar.³²⁹

2.1.2.3 Özel Hayatın Gizliliği

Anayasamızda aile kurumuna ilişkin ele alacağımız son düzenleme 20. maddedir. “*Özel Hayatın Gizliliği*” kenar başlığı ile düzenlenmiş bulunan bu maddenin konumuzu ilgilendiren ilk kısmı şu şekildedir;

“Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.”

Bu madde ile devlete, aileye ve aile bireylerine dışarıdan gelebilecek baskılara ve tehlikelere karşı koruma görevi yüklenmiştir. Çalışmamızın önceki bölümlerinde devletin ailenin korunmasına yönelik aktif bir sorumluluğunun olduğunu belirtmiştik. Bu madde ile devletin; aileye, kadına ve özellikle çocuğa zarar vermesi muhtemel veya onları menfi yönde etkileyecek tedbirler alması imkanı engellenmiştir. Eğer devlet böyle olumsuz tedbirler alacak olursa, bu uygulamalar Anayasa’nın 20. maddesinin 1. fıkrasına istinaden “*aile hayatına müdahale*” olarak kabul edilmiş sayılacaktır.³³⁰

Anayasa’nın 20. maddesinin gerekçesine bakıldığında, özel yaşamın gizliliği ve aile hayatının güvenliği ve dokunulmazlığı bir arada ele alınmıştır. Bu düzenleme, bireyin özel yaşamının, “*kişisel özel yaşam*” ve onu tamamlayan “*aile yaşamı*” olmak üzere iki parçadan oluştuğunu kabul eder. Bu nedenle, bireylerin kişisel özel yaşamı ile aile yaşamları arasında ayırım yapmak mümkün değildir. Bireyler bu sebeple, 20.

³²⁹ Çakırbay Çimen, 72.

³³⁰ Çakırbay Çimen, 73.

madde tarafından sağlanan gizlilik ve dokunulmazlık hakkından eşit şekilde yararlanırlar.³³¹

2.2 Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Aile ve Ailenin Korunması

Anayasa yargısı, yargısal denetim kapsamında değerlendirildiğinde, dar anlamda genellikle yasama organının çıkardığı kanunlar ve diğer işlemlerin anayasaya uygun olup olmadığının yargı organları tarafından incelenmesi olarak tanımlanmaktadır. Geniş anlamda ise anayasa yargısı, anayasanın uygulanmasını güvence altına almayı hedefleyen ya da devletin gerçekleştirdiği işlemlerin anayasal uyumluluğunu denetlemeye yönelik her türlü incelemeyi kapsamaktadır.³³²

Anayasa Mahkemesi kurulduğu günden bu yana hem norm denetimi yoluyla hem de 2010 tarihinde yapılan Anayasa değişikliği ile hayatımıza giren bireysel başvuru vasıtasıyla temel hak ve hürriyetlerin korunmasını amaçlamaktadır.³³³

Anayasa Mahkemesi, norm denetimini soyut norm denetimi ve somut norm denetimi olmak üzere iki usul üzere gerçekleştirmektedir. Soyut norm denetimi, somut bir uyuşmazlığa dayanma gereği olmaksızın, Anayasada yetkili kılınan siyasi organların belirli süreler içinde, belirli hukuki düzenlemelerin anayasaya aykırılık iddialarını incelemesi için özel bir yargı organına başvurusuyla yapılan bir denetimdir. “İptal davası” ya da “dava yolu” şeklinde de ifade edilen bu denetim,³³⁴ somut bir olayla ilişkilendirilmeden, tamamen soyut bir anayasal değerlendirme sürecine dayanmaktadır.³³⁵

Mahkemelerde devam eden bir dava sürecinde, taraflardan birinin ya da mahkemenin, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kanunun veya ilgili bir

³³¹ 20. maddenin Danışma Meclisinin kabul ettiği gerekçesi şu şekildedir; “*Bu madde ile kişinin özel hayatı korunmaktadır. Kişinin özel hayatı ferdî, özel hayat ve ayrı bir kavram ve bir «bütün» teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir.*” *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 2. Baskı (Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2019), 115.

³³² Ceren Yıldız, *Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim*, 1. Baskı (İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018), 67.

³³³ Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, 1. Baskı (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013), 34.

³³⁴ Yılmaz Aliefendioğlu, “Türk Anayasa Yargısında İptal Dâvası ve İtiraz Yolu,” *Anayasa Yargısı*, *Anayasa Yargısı Dergisi* 1 (1984): 105.

³³⁵ Yıldız, 79; AYM, E. 1971/3, K. 1971/17 (Anayasa Mahkemesi 11 Şubat 1971). Anayasa Mahkemesi'nin bir kararında soyut norm denetimi şu şekilde ifade edilmiştir; “*Anayasa,*

hükümünün Anayasa'ya aykırılığını iddia etmesi durumunda devreye giren denetim türü, somut norm denetimi olarak adlandırılır. Bu tür bir denetim, doğrudan bir dava veya somut bir olay çerçevesinde gerçekleştirildiği için bu isimle anılmaktadır.³³⁶ Anayasal uygunluk denetiminin somut norm denetimi yöntemiyle yapılması, hem bireylerin Anayasa'da güvence altına alınan temel haklarının korunmasına katkı sağlamakta hem de anayasa mahkemelerinin toplumsal sorunlardan uzaklaşmasını önlemektedir.

Somut norm denetimi ile soyut norm denetimi arasındaki temel fark, somut norm denetiminin yalnızca mahkeme önünde açılan bir dava kapsamında somut bir olayla bağlantılı olarak işletilebilmesidir. Bu nedenle, hukuki düzenlemelerin yürürlüğe girdikten sonra denetlenmesine olanak tanıyan somut norm denetimi hem merkezi hem de kapsamlı denetim sistemleri için ortak bir model oluşturmaktadır.³³⁷

Anayasada güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerden birinin kamu otoritesi tarafından ihlal edildiği iddiasıyla, olağan hukuki yolların tamamlanmasının ardından başvurulabilen bir başka denetim mekanizması da bireysel başvurudur.³³⁸

Bireysel başvurunun amacı, anayasal koruma altındaki hakların ihlal edilmesi durumunda, bu ihlalin etkilerini gidermek, benzer ihlallerin önüne geçmek ve bireyin kamu otoritelerine karşı haklarını güvence altına almaktır. Bu mekanizma, hukukun farklı alanlarında temel hakların açıklanması, yorumlanması ve uygulanması açısından kamu yetkilileri için bir rehber görevi görür.³³⁹ Ancak bireysel başvuru, istinaf ya da temyiz olarak adlandırılamaz; bunun yerine, temel hak ve özgürlüklerin

Anayasa'ya aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması, başka bir deyimle, ayıklanması için "iptal dâvası" müessesesini kurmuştur. ... Bu müessesenin işleyişi soyut konularda genel nitelikte sonuçlar doğurur. İptal dâvası sonunda iptaline karar verilen hüküm karar gününde; iptalin yürürlüğe girmesi için kararda başka bir gün öngörülmüşse o günde kendiliğinden yürürlükten kalkar."

³³⁶ Aliefendioğlu, 101; Yıldız, 80.

³³⁷ Yıldız, 80.

³³⁸ Zafer Gören, "Anayasa Mahkemesi'ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)", *Anayasa Yargısı Dergisi* 11 (1994): 100-101; Yavuz Sabuncu ve Selin Esen Arnwine, "Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye'de Bireysel Başvuru Yolu", *Anayasa Yargısı Dergisi* 21 (2004): 230.

³³⁹ Gören, 102.

yorumlanmasında bireyi merkeze alan ve hukukun gelişimine katkı sunan bir ikinci başvuru yoludur.³⁴⁰

Bireysel başvuru, yöntem ve sonuç açısından diğer hukuki yollarla karşılaştırıldığında farklı bir nitelik taşımaktadır. Bu başvuru yolu, anayasayla korunan haklarının ihlal edildiğini düşünen bireylere özel bir başvuru imkânı sunar. Ancak bu mekanizmanın işletilebilmesi için, bir temel hakkın kamu gücü tarafından ihlal edilmiş olması ve ihlal edilen hakkın anayasal koruma altında olması şarttır; dolayısıyla bu yöntem her hak için geçerli değildir.³⁴¹ Ayrıca bireysel başvurunun yapılabilmesi için ihlalin güncel, doğrudan ve kişisel bir hakkı etkilemesi gerekmektedir.

Bireysel başvuruya konu olabilecek haklar sınırlı olup bütün hak ve hürriyetlerin bireysel başvuru konusu yapılmasına imkân yoktur. Bu bakımdan Anayasa'nın 148. maddesi gereğince bireysel başvuruya konu olabilecek temel hak ve hürriyetler Anayasa'nın ve AİHS'in kesişim alanında yer almaktadır. Ailenin korunması hem AİHS'in 8. maddesinde hem Anayasa'nın 41. maddesinde özel hayatın gizliliği bağlamında hem de 20. maddesinde düzenleme altına alınmıştır. Bu çerçevede ailenin korunması AİHS ve Anayasa'nın kesişim alanına kalmakta olup bireysel başvurunun konusu edilebilir. Bununla birlikte bir hususa ayrıca değinilmelidir. AİHS 8. maddesinin 1. fıkrasına göre “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*”. Maddenin lafzından ailenin korunmasından, daha açık bir ifadeyle devletin olumlu bir edimde bulunmasından (*create conditions for access*) veya gerçekleştirme yükümlüğünden (*duty to fulfil*) ziyade devletin müdahale etmeme (*refrain from interfering*) veya saygı duyma (*duty to respect*)³⁴² yükümlüğünün olduğu anlaşılmaktadır. Oysaki Anayasa'nın 41. maddesi, Sosyal ve Ekonomik Haklar başlığı altında düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere devlete edimde bulunma yükümlüğü yüklemektedir. Bu bağlamda AİHS'in 8. maddesinin Anayasa'nın 20. maddesine denk düştüğü ifade edilebilir. Zaten Anayasa 20. maddesinin 1. fıkrasında “*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir*” düzenlenmesi göz önüne alındığında neredeyse AİHS 8.

³⁴⁰ Gören, 106; Sabuncu ve Esen Arnwine, 236.

³⁴¹ Sabuncu ve Esen Arnwine, 229.

³⁴² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, “Human Rights and Constitution Making” (United Nations, 2018), 52.

madde ile aynı içeriğe sahip olduğu anlaşılmaktadır. Bununla birlikte AYM, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereğince Anayasa 20. ve 41. maddelerinin bir arada değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme bir kararında şu ifadelere yer vermiştir;

*“64. Aile yaşamına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. ... söz konusu düzenleme Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile yaşamına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır. Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin, Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, özellikle aile yaşamına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında göz önünde bulundurulması gerektiği açıktır.”*³⁴³

Zira Mahkeme'ye göre aile yaşamına saygı hakkına ilişkin olarak devletin yükümlülüğü sadece müdahalede bulunmama ve saygı gösterme biçiminde negatif yükümlülikle sınırlı olmayıp, ayrıca aile hayatına saygı hakkının gerçekleştirilmesi adına gerekli olan pozitif yükümlülükleri de söz konusudur. Bu bakımdan pozitif yükümlülükler çerçevesinde Anayasa'nın 20. ve 41. maddesi birlikte değerlendirilmelidir.

2.2.1 Evlenme Hakkı

1961 ve 1982 Anayasalarında evlenme hakkına dair açık bir düzenleme yoktur. 1961 Anayasasının 35. maddesi ve 1982 Anayasası'nın 41. maddesi ailenin korunmasını hedeflemektedir.³⁴⁴ Anayasa'da evlenme hakkı ile ilgili açık düzenlemeler olmamakla birlikte, bu hakkın türetilebileceği bazı hükümler bulunmaktadır. Örneğin, Anayasa'daki özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı, evlenme hakkını da içerecek şekilde yorumlanabilir. Evlenmek veya evlenmemek kişinin özel yaşamının bir parçasıdır. Anayasa'da evlenme hakkının açıkça tanınmaması, bu hakkın Anayasa'daki bazı hükümlerden türetilmeyeceği anlamına

³⁴³ AYM, Serpil Toros Kararı, Başv. No. 2013/6382 (09 Mart 2016).

³⁴⁴ Karan, 137.

gelmez.³⁴⁵ Nitekim Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruya ilişkin kararında evlenme hakkını şöyle tanımlamaktadır;

*“59. ... evlenme hakkı; kişinin evlenip evlenmeme, evlenecekse evleneceği kişiyi seçme özgürlüğünü içeren bir haktır. Evlenmek isteyen kişi, hiç kimsenin baskı ve zorlaması olmaksızın sürekli yaşam ortaklığı kurmak istediği kişiyi kendi özgür iradesi ile belirleyebilmelidir. Kişi; baskı, tehdit ya da şiddet sonucu evlenmeye zorlanmışsa evlilik kararının özgür irade ile alındığı söylenemez.”*³⁴⁶

Anayasada evlenme hakkı ile ilgili düzenlemeler doğrudan yer almasa da bazı maddeler bu hakkın varlığına işaret edebilir. İlk olarak, Anayasa’nın 20. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını düzenlemektedir. Maddenin gerekçesinde belirtildiği gibi, özel hayat ve aile hayatı birlikte ele alınmış, böylece bireyin özel yaşamı ve aile hayatı bütünlük içinde değerlendirilmiştir.³⁴⁷ Bu nedenle, maddenin evlenme hakkını doğrudan tanımadığı görülse de evlenme hakkının özel yaşamın bir parçası olarak kabul edilmesi ile 20. madde kapsamında değerlendirilebileceği düşünülebilir.

Anayasada evlenme hakkı ile bağlantılı diğer bir hüküm ise 41. maddedir. Bu madde, ailenin korunmasına dair hükümler içerir ve doğrudan evlenme hakkına yer vermese de gerekçesinde “*evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak*” ifadesine yer verilmiştir.³⁴⁸ Bu ifadelerden yola çıkarak, amaçsal bir yorum ile evlenme hakkının 41. maddeden türetilebileceği söylenebilir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesinin önüne gelecek bireysel başvurularda evlenme hakkının normatif dayanağı olarak 41. maddenin kullanılması mümkündür.³⁴⁹ Bu bağlamda, Anayasa’nın 20. ve 41. maddeleri, evlenme ve aile kurma hakkı açısından önemli normatif

³⁴⁵ Karan, 138.

³⁴⁶ AYM, Z.C. Kararı, Başv. No. 2013/3262 (11 Mayıs 2016), para. 59.

³⁴⁷ *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 116. 20. maddenin gerekçesinin aile hayatını vurgulayan kısmı şu şekildedir; “*Özel hayatın korunmasının diğer bir yönü de resmî makamların özel hayata müdahale edememesi; yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesidir. Maddenin birinci fıkrasında “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini istemek hakkına sahiptir”* demek suretiyle bu husus da sağlanmıştır.”

³⁴⁸ *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 235.

³⁴⁹ Karan, 139; AYM, Sabire Güngör Kararı, Başv. No. 2019/32487 (29 Şubat 2024), para. 42; AYM, Hüseyin Kesici Kararı, Başv. No. 2015/11159 (20 Nisan 2016), para. 44; AYM, Ö.Ç. Kararı, Başv. No. 2014/8203 (21 Eylül 2016), para. 51; AYM, D.K. Kararı, Başv. No. 2015/11159 (25 Eylül 2019), para. 9.

dayanaklar olarak değerlendirilebilir. Buna ilişkin verilen bir Anayasa Mahkemesi kararında bu durum şöyle ifade edilmiştir;

“44. Anayasa’da evlenme hakkı ile ilgili açık bir normatif düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte bu hakkın Anayasa’da yer verilen bazı hükümlere içkin olduğunun kabulü mümkündür. Bu bağlamda Anayasa’nın 20. ve 41. maddeleri, evlenme ve aile kurma hakkı açısından önemli birer normatif dayanaktır. Zira evlenmek veya evlenmemek kişinin özel yaşamının ve aile yaşamının bir parçasını oluşturmakta, bu yönüyle söz konusu hak Anayasa’nın 20. maddesinde yer verilen özel ve aile hayatına saygı hakkının bir görünümünü oluşturmaktadır. Söz konusu hakla bağlantılı bir diğer hüküm ise Anayasa’nın 41. maddesi olup belirtilen madde metninde de açıkça evlenme hakkından bahsedilmemekle birlikte, madde gerekçesinde yer alan “Ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir.” ifadesinden yola çıkarak amaçsal bir yorum ile belirtilen hakkın varlığından söz edilmesi mümkündür.”³⁵⁰

Evlenmek veya evlenmemek, kişinin özel yaşamının ve aile yaşamının bir parçasını oluşturur. Bu nedenle, evlenme hakkı, Anayasa’nın 20. maddesinde yer alan özel ve aile hayatına saygı hakkının bir görünümünü teşkil eder.

2.2.2 Aile Kurma Hakkı

Aile kurma hakkı, belirli koşulları taşıyan kimselerin kanunlara uygun bir şekilde evlenebilmeleri açısından hakkın amacına uygun şekilde gerekli koşulların ve kolaylığın sağlanmasının güvence altına alınmasıdır.³⁵¹

Anayasada doğrudan aile kurma hakkına yer veren bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak, 20. maddede düzenlenen aile yaşamına saygı hakkı ve 41. maddede yer alan ailenin korunması bu konuda dikkate alınabilir. Anayasa’nın 20. maddesi, aile kurma hakkını değil, daha önce gerçekleşmiş evliliklerle oluşan aile yaşamına saygıyı korur. Bu nedenle, 20. maddeden tek başına bir aile kurma hakkının

³⁵⁰ AYM, Hüseyin Kesici Kararı, Başv. No. 2015/11159 (20 Nisan 2016), para. 44; aynı yönde bkz. AYM, Ö.Ç. Kararı, Başv. No. 2014/8203 (21 Eylül 2016), para. 51.

³⁵¹ AYM, S.A. Kararı, Başv. No. 2017/40199 (08 Eylül 2020), para. 50; AYM, Sabire Güngör Kararı, Başv. No. 2019/32487 (29 Şubat 2024), para. 42.

türetilmesi ilk bakışta mümkün değildir. Bununla birlikte, aile kurma hakkı, kişinin özel hayatına ve aile yaşamına içkin bir konudur ve bu kavramlara saygı hakkı kapsamında değerlendirilebilir.³⁵²

Anayasa'nın 41. maddesi, ailenin korunmasına dair hükümler içerir ve ilk iki fıkrasında şu ifadeler yer alır: *“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.”* Bu maddede de aile kurma hakkına değil, kurulmuş bir ailenin devlet tarafından korunmasına yer verilmektedir. Ancak, maddenin gerekçesinde *“ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medeni Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir”* ifadesi kullanılmıştır.³⁵³ Bu ifadeden yola çıkarak, aile kurma hakkının türetilmesi mümkün görünmektedir.³⁵⁴

Anayasa Mahkemesi de 20. ve 41. maddelerin aile kurma hakkına pozitif bir dayanak sağlayabileceğini kabul etmiştir. Mahkeme, birçok kararında 41. maddeye atıf yaparak aile kurma hakkının da madde tarafından korumaya alınmasını mümkün kılmıştır. Şöyle ki;

“41. Anayasa Mahkemesi birçok kararında Anayasa'nın 41. maddesinde aile kurumunun özel olarak düzenlendiğini, anayasal güvenceye bağlandığını ifade ederek aile kurma hakkının ayrıca ve özel olarak korumaya alınmasını mümkün kılmıştır. Buna göre aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve

³⁵² Karan, 148.

³⁵³ *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 235.

³⁵⁴ AYM, D.K. Kararı, Başv. No. 2015/11159 (25 Eylül 2019), para. 58; AYM, Hüseyin Kesici Kararı, Başv. No. 2015/11159 (20 Nisan 2016), para. 45; AYM, Ö.Ç. Kararı, Başv. No. 2014/8203 (21 Eylül 2016), para. 52.

*teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Böylece aile kurumuna anayasal koruma sağlanmıştır.”*³⁵⁵

Bu yorumlar, aile kurma hakkının Anayasa’nın bu maddeleri tarafından dolaylı olarak güvence altına alındığını göstermektedir.³⁵⁶

Anayasa’nın 41. maddesi, ailenin korunmasına dair yükümlülükler öngördüğünden, aile kurma hakkının da bu maddeye içkin olduğu söylenebilir. Bu tür bir yorum, evlenme hakkı konusunda olduğu gibi, Anayasa’nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ile paralel yorumlanmasını olanaklı hale getirerek olası bir uyumsuzluğu ortadan kaldırabilir. Aksi durumda, aile kurma hakkı ile ilgili ihlal iddiaları, Anayasa Mahkemesi (AYM) kapsamında bireysel başvuruya konu olmadan doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) önüne gidebilecektir. Anayasa’da aile kurma hakkının mevcut olduğu kabul edildiğinde, Anayasa’nın Sözleşme ile paralel yorumlanmasının önünde bir engel bulunmamaktadır. Bu yaklaşım, bireysel başvuruların AYM tarafından incelenmesini ve olası ihlallerin iç hukukta çözülmesini sağlayarak, AİHM önüne gitme gerekliliğini azaltabilir.³⁵⁷

2.2.3 Boşanma Hakkı

Evlilik ve aile kurma hakkı, daha önce yaptığımız açıklamalara uygun olarak, tarih boyunca önemsenen iki hak olmuştur. Bu iki hak günümüz hukuki metinlerinde de kendilerine yer bulmuştur. Bu iki hak beraberinde bir hakkı daha getirmektedir ki o da boşanma hakkıdır. Boşanma müessesesi hukuki metinlerde kendisine yer bulmuştur lakin bir insan hakkı olarak açıkça tanımlanmamıştır. Boşanma hakkı ile yapılan tüm değerlendirmelerde fiilen bitmiş ancak hukuken devam eden bir evliliğin sona ermesi ve sonrasında yeniden bir evliliğin olacağı yönünde bir iddia ile kendisine dolaylı olarak yer bulmuştur.

Anayasa Mahkemesi, ailenin kurulmasını eşlerin özgür iradesine dayandırmıştır ancak özgür irade sonucunda kurulan evliliğin boşanma yoluyla sona

³⁵⁵ AYM, Sabire Güngör Kararı, Başv. No. 2019/32487 (29 Şubat 2024), para, 41; aynı yönde bkz. AYM, S.A. Kararı, Başv. No. 2017/40199 (08 Eylül 2020), para. 48; AYM, E. 2005/26, K. 2008/105 (Anayasa Mahkemesi 15 Mayıs 2008); AYM, E. 1999/35, K: 2002/104 (Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 2002).

³⁵⁶ AYM, D.K. Kararı, Başv. No. 2015/11159 (25 Eylül 2019), para. 59; AYM E. 2005/26, K. 2008/105 (Anayasa Mahkemesi 15 Mayıs 2008).

³⁵⁷ Karan, 139.

erdirilmesini toplumsal bir olay addederek kamu düzeninden saymıştır. Bu durum AYM'nin norm denetimine ilişkin bir kararında şöyle açıklanmıştır;³⁵⁸

“Anayasa’nın “Ailenin korunması” başlıklı 41. maddesinde ... aile kurumu özel olarak düzenlenmiş, anayasal güvenceye bağlanmış ve korumaya alınmıştır. Ailenin toplumun temeli olması nedeniyle boşanma davaları kamu düzeni ve yararını ilgilendirmektedir. Evlilik birliğinin kurulması gibi boşanma da her şeyden önce hukuksal bir olaydır. Boşanma, toplumu ve toplumun temelini oluşturan ailenin yapısını doğrudan ilgilendirmesi, sosyal düzeni bozucu bir özellik göstermesi nedeniyle aynı zamanda toplumsal bir olaydır.”

AYM tarafından verilen bu kararda boşanmaya ilişkin yapılan değerlendirmede evliliğin taraflara ve çocuklara fayda sağlamayacağı halde boşanma suretiyle bitirilmesi Anayasaya aykırı görülmemiştir. Dolaylı yoldan mahkemenin boşanmayı bir hak olarak gördüğünü söylemek mümkün olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin boşanma hakkını dolaylı yoldan tanıdığını söyleyebileceğimiz bir bireysel başvuru kararında,³⁵⁹ boşanmanın gerçekleşmesinin önündeki engeller, evlilik hakkını ortadan kaldıracağı için bu durumun ihlale neden olduğu karara bağlanmıştır. Bu karara göre;

“53. Başvurucunun temel iddiası, boşanma kararına ilişkin kesinleştirme işlemlerinin yapılmaması nedeniyle yeniden evlenme/aile kurma hakkının ihlal edildiğine ilişkindir. Dolayısıyla başvuruya konu olan sürecin meydana getirdiği ya da getirmesi muhtemel sonuçlar dikkate alınarak başvurunun bir bütün hâlinde özel hayata saygı hakkının kapsamı içinde bulunan evlenme hakkı bağlamında ele alınması gerektiği kanaatine varılmıştır.”

Yine bir başka kararda aynı durum şu ifadelerle kendine yer bulmuştur;³⁶⁰

“61. İlgili mevzuatta sayılan nedenlerin gerçekleşmesi durumunda resmî bir evliliğin sona ereceği açıktır. Bu nedenlerden biri de yetkili ve görevli mahkemece verilen ve neticede kesinleşen boşanma kararıdır. Boşanan eş, evlilik için gerekli olan koşulları taşıdığı müddetçe yeniden evlenme hakkına sahiptir. Ancak boşanma işlemlerinin de hakkın özünü zedelemeyecek şekilde

³⁵⁸ AYM, E. 2005/26, K. 2008/105.

³⁵⁹ AYM, S.A. Kararı, Başv. No. 2017/40199 (08 Eylül 2020).

³⁶⁰ AYM, D.K. Kararı.

uygun bir zaman dilimi aralığında tamamlanması gerektiği değerlendirilmektedir. Boşanma talebinin haklı ve makul nedenlere dayandığı çok açık olmasına rağmen davanın sürüncemede bırakılması durumunda ise, evlenme hakkının özünün zedelenebileceği gözardı edilmemelidir.”

Bu noktada Anayasa Mahkemesi’nin geliştirdiği yorum dolaylı yoldan boşanma hakkının varlığını gösterir niteliktedir.

AYM’nin önüne gelen yakın tarihli bir başvuruda boşanma hakkının önemi çok ciddi bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Boşanmaya ilişkin mahkeme kararı kesinleşen ve akabinde yeniden evlenen başvurucunun, boşanma kararı usuli gerekçelerle bozulmuştur.³⁶¹ Bu durumda başvuru hem yeni hem eski evliliğini hukuken beraber sürdürmesi gereken bir hal içinde bırakılmıştır. Başvurucunun yeni evliliği, çocukları ve aile hayatı ciddi bir şekilde etkilenmiştir.³⁶² Bu noktada AYM, Anayasa’nın 20. maddesinde teminat altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.³⁶³

Bu noktada boşanma hakkının dolaylı bir şekilde değil de doğrudan bir insan hakkı olarak tanınması gerektiği kanaatindeyiz. Verdiğimiz ilk mahkeme kararında belirtildiği üzere ailenin toplumun temeli olması nedeniyle boşanma davalarının kamu düzenini ilgilendirmesi yorumu zorlayıcı bir yorumdur. Nitekim boşanma, halk tabiriyle, yuvanın yıkılması değildir. Boşanma, hali hazırda yıkılmış bir yuvanın enkazının kaldırılıp altında kalan aile üyelerinin sağlıklı bir şekilde yaşamlarına devam edebilmelerine imkan verilmesi için uygun ortamın sağlanmasıdır. Bu nedenle boşanma hakkının hukuken ihdası önem taşımaktadır.

2.2.4 Yabancılarla Evlenme

Anayasa açısından gündeme gelen bir diğer konu, yabancıların evlenme amacıyla Türkiye’ye girişleri veya Türkiye’de bulunan ve evlenmek isteyen

³⁶¹ AYM, Özlem Şimşek Kararı, Başv. No. 2015/11159 (20 Aralık 2023), para. 18.

³⁶² AYM, Özlem Şimşek Kararı, para. 19.

³⁶³ AYM, Özlem Şimşek Kararı, para. 21-22. "Anılan tespitler ışığında, başvurucunun mevcut bir evliliği ve önceki evliliğine ilişkin boşanma davasını eş zamanlı olarak yürütmek durumunda kalmasına yol açan yargılama sürecinin pozitif yükümlülükleri sağlamaktan uzak olduğu açıktır. Açıklanan gerekçelerle aile hayatına saygı hakkının öngördüğü pozitif yükümlülükler yerine getirilmediğinden Anayasa’nın 20. maddesinde güvence altına alınan aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir.”

yabancıların sınır dışı veya iade edilmesidir. Yabancıların temel hak ve hürriyetlerden yararlanmalarına dair temel düzenleme olan Anayasa'nın 16. maddesine göre, “*temel hak ve hürriyetler yabancılar için, milletlerarası hukuka uygun olarak kanunla sınırlanabilir.*” Dolayısıyla, yabancıların evlenme hakkına sınırlama getirilmesi mümkün görünmektedir. Maddenin gerekçesinde ayrıca, “*bir yabancının ülkeye giriş, seyahat ve yerleşme hürriyeti, elbette ki vatandaşlarınkinden farklı olacaktır*” denilerek bu yorum desteklenmiştir.³⁶⁴

Bu çerçevede, bir yabancının Türkiye’de evlenme amacıyla bulunması veya Türkiye’de bulunan yabancının sınır dışı veya iade edilmesi gibi durumlar, yasal bir düzenleme ile desteklenmişse ve bu düzenleme uluslararası hukuka uygunsa, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne (AİHS) aykırılık oluşmayabilir. Özellikle Anayasada evlenme hakkının mevcut olduğu kabul edildiği takdirde, Anayasa’nın AİHS ile paralel yorumlanmasının mümkün olduğu görülmektedir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi’nin yabancıların evlenme hakkıyla ilgili durumlarda, yasal düzenlemelerin uluslararası standartlara uygunluğunu ve yabancıların haklarının korunmasını göz önünde bulundurarak kararlar verdiği ifade edilebilir.

Anayasa Mahkemesi’nin yabancılarla ilgili evlenme hakkıyla ilgili verdiği kararlar, genellikle norm denetimi üzerine yoğunlaşmış ve çoğunlukla eski tarihli kararlardır. Bu kararlar çoğunlukla kamu görevlilerinin yabancılarla evlenmesini yasaklayan kanuni düzenlemelere odaklanmıştır. Bu çerçevede kamu güvenliği ve devlet sırlarının korunması gibi gerekçelerle yapılan bu tür sınırlamaların Anayasaya uygunluğu değerlendirilmiştir.

Örneğin, askerlik, dışişleri, milli güvenlik gibi alanlarda kamu güvenliği açısından önem taşıyan devlet sırlarının korunması gerekliliği, belirli kamu görevlileri için yabancılarla evlenme yasağı getirilmesini haklı kılabilir. Ancak Anayasa Mahkemesi, tüm kamu görevlileri için bu tür genel bir yasağın Anayasaya uygun

³⁶⁴ *Gerekçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası*, 85.

olmadığına karar vermiştir. Kararda kamu hizmetine girme hakkı ve eşitlik ilkesinin ihlal edildiği belirtilmiştir.³⁶⁵

Mahkeme, evlenme hakkına getirilen bu tür genel yasaklamaların Anayasaya aykırı olduğunu belirterek, belirli kişiler veya belirli nedenlerle evlenme hakkına müdahale edilebileceğini ifade etmiştir. Örneğin, güvenlik görevlileri gibi belirli meslek grupları için bu tür sınırlamaların güvenlik gerekçesiyle yapılabileceğini kabul etmiştir.³⁶⁶

Ancak kararda, evlenme ve aile kurma hakkının özüne dokunabilecek geniş kapsamlı yasaklamaların Anayasaya uygun olmadığı vurgulanmıştır. Bu tür düzenlemelerin hakkın temel niteliğine zarar verebileceği ve dolayısıyla Anayasaya aykırı olabileceği belirtilmiştir.³⁶⁷

Anayasa Mahkemesi'nin yine 1961 Anayasası döneminde hakim adaylarının yabancılarla evlenmesini yasaklayan kanun hükmünü iptal ettiği karar, evlenme hakkı çerçevesinde değil, kamu hizmetine girme hakkı kapsamında ele alınmıştır.³⁶⁸ Mahkeme, kamu hizmetine alınacak kişilere getirilecek kısıtlamaların objektif, hizmetin gerekliliklerine uygun ve zorunlu nedenlere dayanması gerektiğini vurgulamıştır. Geçmişte devlet sırlarının korunması amacıyla yapılan bu tür

³⁶⁵ Karan, 141; AYM, E. 1963/205, K: 1963/123 (Anayasa Mahkemesi 22 Mayıs 1963). "... ecnebilerle evli olmamak; memur iken ecnebilerle evlenenler müstaîfı addedilir hükmü Anayasa'ya aykırı olduğundan iptaline oybirliği ile ... karar verilmiştir."

³⁶⁶ AYM, E. 1963/205, K: 1963/123 (Anayasa Mahkemesi 22 Mayıs 1963). "Üyelerden İsmail Hakkı Ülkmen, Şemsettin Akçoğlu ve İbrahim Senil inceleme konusu fıkradaki (Bu kanunun neşrinden evvel ecnebi kadınlarla teahhül etmiş bulunan memurin, Hariciye, Müdafaa-i Milliye ve Bahriye Vekâletlerinde istihdam edilmezler) hükmünün de Anayasa'ya aykırı olduğu ve iptali gerektiği reyinde bulunmuşlardır. Bu hükmünde sözü geçen hizmetlerde memuru önemli devlet sırlarıyla karşı karşıya getiren görevlerin bulunduğu şüphe yoktur. Kamu güvenliğinin ve bu arada devlet sırrının korunması için her türlü sakinlik tedbirinin alınması gerekir. Memurin Kanunu'nun yayımından önce yabancı kadınlarla evlenmiş kimselerin bu çeşit hizmetlerde çalıştırılmamaları da yerinde bir tedbir sayılabilir. Şu hale göre inceleme konusu hükmün koyduğu yasakla beliren nitelik, görevin gerektirdiği bir niteliktir. Bu itibarla çoğunluk, yukarıda açıklanan görüşe katılmamış ve davacının inceleme konusu hükme yönelen Anayasa'ya aykırılık iddiasını kabule değer bulmamıştır."

³⁶⁷ AYM, E. 1963/205, K: 1963/123 (Anayasa Mahkemesi 22 Mayıs 1963). "Yabancılarla evli bulunmama şartı ... bütün memurluklara şâmil, genel ve sınırsız bir kayıttır. Aslında bu şart, evlenmeyi değil, sadece memur olmayı sınırlandırmakla beraber, bu haliyle kamu hizmetinin gerektirdiği bir nitelik olma hüviyetini yitirmekte ve Anayasa'nın kanun karşısında eşitlik ilkesini zedeleyen, kişiliğe bağlı bir ayırım durumuna düşmektedir. O halde hüküm Anayasa'nın 58 inci maddesine ve eşitlik temel ilkesine aykırıdır; iptali gerekir."

³⁶⁸ AYM, E. 1979/19, K. 1979/39 (Anayasa Mahkemesi 09 Ekim 1979).

kısıtlamaların günün koşullarında hakim adaylığı görevi için uygun olmadığını ifade etmiştir.³⁶⁹

Mahkeme, devlet sırlarının korunması gerekçesiyle yapılan kısıtlamaların bu tür görevler için meşru bir neden oluşturamayacağını ve bu tür bir kısıtlamayı haklı çıkaracak bir sebebin olmadığı sonucuna varmıştır.³⁷⁰ Mahkeme ayrıca eşitlik ilkesi açısından da değerlendirme yaparak, söz konusu kısıtlamanın eşitlik ilkesine aykırı olduğunu belirtmiştir.

Bu karar, Anayasa Mahkemesi'nin evlenme hakkıyla ilgili sınırlamaların Anayasaya uygunluğunu denetlerken gösterdiği hassasiyeti ve temel hak ve özgürlüklerin korunmasını esas aldığını göstermektedir. Mahkeme, devletin hakim adayları gibi kamu görevlerine alacağı kişiler için getireceği kısıtlamaların hukuka uygunluğunu ve temel hakları ihlal etmemesi gerektiğini vurgulamıştır.

Anayasa Mahkemesi'nin yabancılarla evlenme konusundaki 1982 Anayasası döneminde verdiği kararlar incelendiğinde,³⁷¹ özellikle kamu görevlilerinin yabancılarla evlenmesini yasaklayan kanun hükmünü denetlediği görülmektedir. Mahkeme, bu tür kısıtlamaların ölçüsüz olduğunu ve devletin pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğini belirtmiştir. Bir örnekte, bilgisayar işletmeni olarak görev yapan bir kişinin evlenme izni başvurusunun sonucunu beklemeden evlenmesi üzerine istifa etmek zorunda bırakılmasını Anayasa'nın 20. ve 41. maddelerine aykırı görmüştür.³⁷² Mahkeme, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 16. maddesi ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddesine³⁷³ atıf yapmasına

³⁶⁹ AYM, E. 1979/19, K: 1979/39. “Günümüzün değer yargıları, bir hâkim adayının yabancı ile evlenmiş olmasını, hâkimlik mesleğinin onurunu yok eden veya ona gölge düşüren ya da hâkime karşı güvensizlik duyulmasını gerektiren ve böylece hâkimlik mesleğinin saygınlığını azaltan ya da yitiren bir durum saymaya olanak vermemektedir. Öte yandan söz konusu niteliği, Devlet sırlarının korunması nedeniyle de açıklamaya olanak yoktur. Yabancı ile evli olanlar Devlet sırlarını koruyamazlar biçiminde bir varsayım da ileri sürülemez.”

³⁷⁰ AYM, E. 1979/19, K: 1979/39 (Anayasa Mahkemesi 09 Ekim 1979). “... hâkim adaylarının yabancılarla evlenmelerini ödevin gereği bir nitelik biçiminde sayılmasını zorunlu kılan haklı bir nedenin bulunmadığı ... ortaya çıkmaktadır.”

³⁷¹ AYM, Ö.Ç. Kararı; AYM, Hüseyin Kesici Kararı; AYM, E. 2013/158, K. 2014/68 (Anayasa Mahkemesi 27 Mart 2014).

³⁷² AYM, E. 2013/158, K. 2014/68.

³⁷³ “Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme” (2003). “10. Madde: 1. Toplumun doğal ve temel birimi olan aileye, özellikle ailenin kurulması için ve aileye bağımlı çocukların bakım ve eğitiminden sorumlu oldukları sürece, en geniş koruma ve yardımın yapılması gerektiğini kabul ederler. Evlenme, buna istekli olan eşlerin hür rızası ile olmalıdır.”

rağmen bu durumu evlenme hakkı değil, mevcut bir evliliğe müdahale olarak değerlendirmiştir ve bu müdahalenin özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele alınması gerektiğine karar vermiştir.

AYM'nin bu tutumu, bireysel başvuru usulünde de benzer bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Örneğin, daha önce evlenmiş olan başvurucuların bu evlilikleri nedeniyle yaptırımlarla karşılaşmaları durumunda Mahkeme mevcut evlilik yaşamlarına yönelik müdahaleleri evlenme hakkı veya aile kurma hakkı kapsamında değil, özel yaşama saygı hakkı kapsamında değerlendirmiştir.

Bu çerçevede, AYM'nin yabancılarla evlenme konusundaki kararları, temel hak ve özgürlüklerin korunması ve Anayasa'nın pozitif yükümlülüklerinin ihlal edilmemesi prensibini esas alarak yapılan denetimleri göstermektedir. Mahkeme, evlenme hakkının ve aile kurma hakkının yanı sıra özel yaşama saygı hakkını da etkin bir şekilde koruma yolunda kararlarını şekillendirmiştir.³⁷⁴

2.2.5 Zorla Evlendirme

Zorla evlendirme konusu bugüne kadar Anayasa Mahkemesi (AYM) önüne yalnızca bir bireysel başvuru yoluyla gelmiştir.³⁷⁵ Evlenme hakkının evlenmeme hakkını da kapsadığı açıktır. Bir kişinin rızası olmaksızın evlenmek zorunda bırakılması, somut duruma göre işkence ve kötü muamele yasağı veya maddi ve manevi varlığın korunması hakkı kapsamında değerlendirilebilir. Bu tür bir durum belirtilen hakların kapsamına girmediğinde evlenme hakkının da koruma sağlaması mümkündür.

Mahkemenin önüne gelen başvuruda, başvuru ailesinin ve kendisinin tehdit edilmesi üzerine, yaşı küçük olduğu için resmi nikah olmaksızın bir erkekle yaşamak zorunda kalmış, bu süre boyunca fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddete maruz kalmıştır. Başvurucunun yaptığı şikayetler sonucunda kovuşturmayaya yer olmadığı kararı verilmiştir. AYM, evlenme hakkına ilişkin uluslararası sözleşmelere atıfta bulunarak,

³⁷⁴ AYM, Hüseyin Kesici Kararı, Başv. No. 2015/11159 (20 Nisan 2016), para. 47, 52; AYM, Ö.Ç. Kararı, Başv. No. 2014/8203 (21 Eylül 2016), para. 54.

³⁷⁵ AYM, Z.C. Kararı.

evlenme hakkının kişinin evlenmeme ve evleneceği kişiyi seçme özgürlüğünü içerdiğini vurgulamıştır.³⁷⁶ Mahkemeye göre;

“60. Zorla evlendirme ve erken evlenme sorunu, sadece insan hakları ihlali bağlamında ele alınması gereken bir konu olmayıp mağdurlarının çoğunlukla çocuk olması nedeniyle aynı zamanda çocuk hakları ile ilgili bir konudur. Bu nedenle yukarıda bahsedilen uluslararası sözleşmelerde, çocukların erken yaşta nişanlanması veya evlenmesinin yasal sayılmaması, evlenmede asgari bir yaş sınırının belirlenmesi gereğine işaret edilmiştir. Devletler bu önlemleri alırken elbette kendi sosyal ve kültürel anlayışlarındaki farklılıkları dikkate alarak uluslararası sözleşmelerin çizdiği sınırlar dahilinde takdir yetkisine sahiptir.”

Mahkeme, kararında zorla evlendirme fiilinin muhatabının çocuklar olduğuna dair genel bir kanaat belirtmiştir. Aynı yönde uluslararası metinlerde de benzeri çıkarımların olduğunu ve bu metinlerde asgari evlenme yaşının on sekiz olarak düzenlenmesine yönelik tavsiyelerin bulunduğunu da ifade etmiştir.³⁷⁷ Ancak bu ifadelerle rağmen on sekiz yaşını doldurmayan çocukların evlenmesinin yasaklanmasına dair tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde bir düzenleme bulunmadığından devletlerin takdir hakkının varlığına dikkat çekmiştir.³⁷⁸

AYM, tüm bu açıklamalarla birlikte evlenme hakkına dair bu tespitlere göre mağdurların karşılaştığı muamelelerin işkence ve kötü muamele yasağının kapsamına girmesi için gereken eşiği aştığına karar vermiş ve bu hakkın usuli boyutunun ihlaline hükmetmiştir.

2.2.6 Dini Nikah

İslam hukukuna göre nikah, tarafların ve şahitlerin katılımıyla yapılan medeni bir akittir ve geçerli olması için resmi bir görevli ya da bir din adamının huzurunda kıyılması şart değildir. Ancak nikah akdinin toplumdaki önemi ve toplumsal hayatta oynadığı rol nedeniyle erken dönemlerden itibaren bu akit gelişigüzel yapılmamış; nikahın hukuki şartlarını bilen ve bu şartların yerine getirilip getirilmediğini kontrol

³⁷⁶ AYM, Z.C. Kararı, Başv. No. 2013/3262 (11 Mayıs 2016), para. 60-61.

³⁷⁷ AYM, Z.C. Kararı, Başv. No. 2013/3262, para. 62.

³⁷⁸ AYM, Z.C. Kararı, Başv. No. 2013/3262, para. 60.

eden bir meslek erbabının huzurunda yapılmasına özen gösterilmiştir. Bu kişiler bazen bir hakim veya naibi bazen yalnızca bu işlerle ilgilenen bir memur bazen de bir din adamı olmuştur. Bu kişilerin nikaha katılması ile hem nikah şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğinin kontrol edilmesi mümkün olmuş hem de nikah akdinin diğer akitler arasındaki özel yeri vurgulanmıştır.³⁷⁹

Cumhuriyet dönemine gelindiğinde ise bu dönem öncesinde kurulan nikahlar geçerli sayılmıştır. Fakat yeni devletin laik yapısı da göz önüne alındığında kurulacak yeni evliliklerde 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin uygulanması kararlaştırılmıştır. Ancak devletlerin yapısı ve kanunlar kısa sürede değişse de sosyal değişimin tam olarak sağlanması ciddi zaman almaktadır. Bu nedenle Cumhuriyet dönemine kadar dini nikah akdi ile evliliklerini kuran ve sürdüren toplumun kısa sürede medeni nikahı kabullenmesi ve gönüllülükle uygulaması beklenemez.

O dönem için yeni bir uygulama olan resmi nikah uygulamasının toplumda yaygınlaştırılması ve artık hukuken korunmayan dini nikahla kurulan evliliklerin önüne geçilmesi için Türk Ceza Kanunu'nda düzenlemeler yapılmıştır. 01.03.1926 tarih ve 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 237. maddesinin 3. fıkrasında “*Kanunen akdi nikahın icra edilmiş olduğunu müsbit vesikaları görmeden bir nikahın dini merasimini icra eden imam ve sair ruhani reisler hakkında dahi ... ceza hüküm olunur.*” şeklinde düzenlenmiştir. Daha sonra değiştirilen 26.09.2004 tarih ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 230. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında bu hükme şu şekilde yer verilmiştir;

“(5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar. (6) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.”

Bu fıkralara karşı 2014 yılında somut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesine gidilmiştir.³⁸⁰ İtiraza ilişkin verilen Anayasa Mahkemesi kararında

³⁷⁹ Mehmet Akif Aydın, “Osmanlı Hukukunda Nikah Akitleri”, *Osmanlı Araştırmaları* 3, sy 3 (1982): 1-2.

³⁸⁰ AYM, E. 2014/36, K. 2015/51.

evlenme akdinin resmi bir belge olmaksızın sadece dinsel törenle yapılmasının suç olarak düzenlenmesiyle, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne getirilen sınırlamaların Anayasa'ya uygun olup olmadığını incelemiştir.

Başvuruya ilişkin Pasinler Sulh Ceza Mahkemesi kararı özetle şu şekildedir;

“... itiraza konu olan kurallarla evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptıрма eylemlerinin suç olarak düzenlenip cezai müeyyideye bağlandığı, oysa evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmamanın özel hayat ile din ve vicdan özgürlüğüne ilişkin hususlar olduğu, dolayısıyla resmî bir evlilik akdi olmaksızın birlikte yaşamamanın dahi suç olmadığı bir hukuki düzende evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmamanın suç olarak düzenlenmesinin, Anayasa'nın 5., 10., 17., 20. ve 24. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.”

İtiraz edilen kuralların vaz olunuş amacı, evlilik bağı ile kurulan aile düzenini korumak olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme ile yalnızca resmi nikâhlı evliliklerin korunması hedeflenmekte ve hukuki himaye sağlamayan dinsel evlilik törenleri cezalandırılmaktadır. Böylece resmi olmayan dinsel törenlerin, evlilik kurumunun hukuki sonuçları bakımından geçerli kabul edilmemesi ve kişilerin evlilikten kaynaklanan haklardan mahrum kalmamaları amaçlanmıştır.³⁸¹ Madde gerekçesinde belirtilen durum kararda şöyle vurgulanmıştır;

“İtiraz konusu kurallara ilişkin suçlarla korunmak istenen hukuki menfaat dikkate alındığında, anılan sınırlamanın amacının, evlilikle kurulan aile düzenini korumak olduğu anlaşılmaktadır. Gerçekten de söz konusu suçlarla, resmî niteliği bulunmayan dolayısıyla da hukuki himaye sağlamayan evlenmenin dinsel törenini yapmak ve yaptırmak yasaklanarak, evlilik kurumunun bahsettiği haklardan eşlerin mahrum kalmamalarının sağlanmaya çalışıldığı görülmektedir.”

Anayasa Mahkemesi, kararında evlenmenin dinsel törenini yaptıran kişilere cezai yaptırım uygulanmasının, bireylerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkını ve din ve vicdan özgürlüğünü sınırladığı belirtilmiştir. Kişilerin evlilik bağını nasıl kuracaklarına dair seçimlerinin özel ve aile hayatı hakkı

³⁸¹ Türk Ceza Kanunu (5237) - Madde Gerekçesi.

kapsamında olduğu kabul edilmektedir.³⁸² Ayrıca din ve vicdan özgürlüğü açısından da evlenmenin dinsel bir ritüel veya törenle gerçekleştirilmesi uluslararası normlar ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları doğrultusunda din özgürlüğünün bir parçasıdır.³⁸³

Anayasa'nın 13. maddesine göre, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması yalnızca kanunla ve demokratik toplum düzeninin gerekliliklerine uygun olarak yapılabilir. Aynı zamanda getirilen sınırlamanın, hakkın özüne dokunmaması, ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bu ilke, sınırlamanın zorunlu olduğu durumlarda kullanılmasını ve amaca ulaşmak için en hafif araçların tercih edilmesini öngörür.³⁸⁴

Mahkeme, özel hayat ve din özgürlüğüne yönelik müdahalenin demokratik toplum düzeni açısından zorunlu olması gerektiğini belirterek Türk Medeni Kanunu'nun ilgili hükümlerinin bireylerin evlilikten kaynaklanan haklarını koruyacak yeterli yasal düzenlemeler içerdiğini ifade etmiştir. Resmi nikâh olmadan dinsel bir törenle evlenmenin, bireylere resmi evlilik haklarını kazandırmadığı gibi hukuki bir sonuç doğurmadığı vurgulanmıştır. Bu bağlamda evlilik bağı için resmi nikâhın

³⁸² AYM, E. 2014/36, K: 2015/51 (Anayasa Mahkemesi 27 Mayıs 2015). "... kişiler arasında evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan "dini veya inancı dışı vurma özgürlüğü"; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli davranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır."

³⁸³ AİHM, Kokkinakis v. Yunanistan, Başv. No. 14307/88 (25 Mart 1993), para. 31.

³⁸⁴ AYM, E. 2014/36, K: 2015/51. "... itiraz konusu kurallar bağlamında özel hayatın korunması hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne daha hafif bir sınırlama aracıyla müdahalede bulunularak, sınırlama amacı olan "aile düzenini korumak" mümkünken bundan daha ağır bir müdahale aracı kullanılması, ölçülülük ilkesine uygun düşmez. Hukuk düzenince resmî evlilik dışındaki hiçbir evlilik türüne hukuki sonuç bağlanmamak suretiyle, bir başka ifadeyle, "hukuki müeyyide aracı" kullanılarak itiraz konusu kurallarla amaçlanan aile düzeninin korunmasına yönelik önlem alınmış bulunmaktadır. Dolayısıyla hukuk düzenince bu önlem alınmışken "hukuki müeyyide" aracından daha ağır bir müeyyide öngören "suç ve ceza aracı"na başvurulması, itiraz konusu kurallarla yapılan sınırlamanın ölçsüzlüğüne gösteren diğer bir unsur olarak ortaya çıkmaktadır."

zorunlu olmasının, dinsel törenin hukuki geçerliliğini etkileyen bir düzenleme olarak yeterli bir koruma sağladığı kanaatine varmıştır.

Dolayısıyla Mahkeme, dinsel törenle evlenmenin suç olarak düzenlenmesine gerek bulunmadığını ve bu tür bir cezai yaptırımın orantısız olduğunu değerlendirmiştir. Aile kurumunun korunması amacıyla daha hafif sınırlama araçları bulunabileceği, dinsel evlenme töreninin hukuki geçerliliğini tanımayan mevcut düzenlemenin yeterli olduğu kanaatine varılmıştır.

Bu karar, dinsel törenle yapılan evliliklerin cezalandırılmasının, kişilerin özel hayat ve din özgürlüğü hakkına orantısız bir müdahale olarak değerlendirilmesine dayanmaktadır. Anayasa Mahkemesi, din ve vicdan özgürlüğü ile özel hayatın korunması kapsamında dinsel törenle evlenmenin cezalandırılmaması gerektiğine karar vererek, anayasal güvencelere ve ölçülülük ilkesine vurgu yapmıştır. Mahkeme, dinsel törenlerin hukuki geçerlilik kazanmasını sağlayacak bir düzenlemeye yer verilmediğini, bu nedenle daha hafif bir sınırlama aracı ile aile düzeninin korunabileceğini belirtmiştir.

SONUÇ

Çalışmamızın ana konusu olan ailenin devlet tarafından korunması bağlamında, aile hayatına saygı hakkının ve aile kurma hakkının önemine vurgu yapılmıştır.

Aile kurma hakkı ve aile hayatına saygı hakkı, bireylerin toplum içerisinde beraberce yaşamanın temini, manevi değerlerini korumaları ve sağlıklı bir aile hayatı sürdürebilmeleri için gereklidir. Bu haklar, bireylerin ailenin mevcudiyetini sağlayarak ve onu koruma altına alarak ailenin bütünlüğünün sağlanmasına hizmet eder.

Her ne kadar insan toplumsal bir varlık olsa da kişisel ve ailevi hayatlarının gizliliğine duydukları ihtiyaç tartışılmazdır. Bu bağlamda, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı, kamuya açık alandan daha dar bir alanı kapsar ve bireyler bu alan üzerinde tam tasarruf hakkına sahiptir.

AİHS'in 8. maddesi, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına alır. Bu madde kapsamında, özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşme hakları korunmaktadır. Ancak bu haklar sınırsız değildir ve belirli koşullar altında müdahaleye açıktır. AİHS'in 8. maddesinin 2. fıkrası, müdahalenin yasaya uygunluk, meşru amaçlara uygunluk ve demokratik toplumda gereklilik şartlarına bağlı olarak meşru görülebileceğini belirtir. AİHM, bu kriterleri değerlendirirken devletlere belirli bir takdir yetkisi tanımakta, ancak bu yetki sınırsız olmamakta ve toplumsal menfaat ile bireysel menfaat arasında bir denge kurulması gerekmektedir.

Saygı duyulacak bir aile hayatının var olabilmesi için en çok tercih edilen yöntem evliliğdir. AİHS'in 12. maddesi ise evlenme ve aile kurma hakkını düzenlemektedir. AİHM'e göre bu madde yalnızca evlilik içerisinde geçerlidir. Getirilen güvence yalnızca ebeveynler ve çocuklarla sınırlıdır. AİHS'in 8. maddesine göre daha sınırlı bir maddedir.

Çalışma boyunca incelenen AİHM kararları, AİHM'nin her somut olayı kendi özelliklerine göre değerlendirdiğini ve kalıplaşmış yargılara girmekten kaçındığını göstermektedir. AİHM, özel hayat ve aile hayatı kavramlarına net bir tanım yapmaktan

kaçınarak, günün ihtiyaçlarına cevap verecek şekilde 8. maddeyi uygulamaya aktarmayı amaçlamaktadır.

AİHS'ye taraf devletlerin, Sözleşme'nin kabul edildiği tarihten itibaren özel hayata ve aile hayatına saygı hakkına müdahalede bulunmama yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak, negatif yükümlülüklerin yetersiz kaldığı durumlarda, devletlere pozitif yükümlülükler de getirilmiştir. Pozitif yükümlülükler kapsamında, devletlerin aktif şekilde faaliyet göstererek hem kendi müdahalelerine hem de üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı özel hayat ve aile hayatına saygı hakkını korumaları beklenmektedir. Aksi durumlarda AİHM, somut olayda AİHS'in 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermektedir.

Aile kurma hakkı ve aile hayatına saygı hakkı noktasında yürürlükteki Anayasamız ve Anayasa Mahkemesi de benzer içtihat ve yaklaşımlar geliştirmiştir. İncelediğimiz Anayasa Mahkemesi kararlarında görüldüğü üzere AİHM içtihatı geriden de olsa takip edilmiştir. Bu noktada aile gibi toplumun dinamikleri arasındaki temel bir unsuru etkileyecek içtihatları geliştirmede dikkatli olunmalıdır. Çünkü her ne kadar Avrupa merkezli içtihatları takip etsek de bunların Türk toplumuna uygunluğu noktasında daha seçici olunmalıdır.

Sonuç olarak, aile kurma hakkı ve aile hayatına saygı hakkının korunması, bireylerin ve ailelerin sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri için elzemdir. AİHS ve AİHM içtihatları, Anayasamız ve Anayasa Mahkemesi bu hakkın korunması için önemli bir çerçeve sunmakta olup, devletlerin bu çerçevede hareket etmeleri gerekmektedir. Ailenin korunması bağlamında, aile kurma hakkı ve aile hayatına saygı hakkının önemi, çalışmamızın temel bulgularından biri olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kapsamda, bireysel haklar ve kamusal yarar arasındaki dengeyi gözeten bir yaklaşımın benimsenmesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

KARARLAR

- AİHK, Hamer v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 7114/75 (13 Ekim 1977).
- AİHK, Khan v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 11579/85 (07 Temmuz 1986).
- AİHM, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 9474/81 (28 Mayıs 1985).
- AİHM, Aliev v. Ukrayna, No. Başv. No. 41220/98 (29 Temmuz 2003).
- AİHM, Boultif v. İsviçre, No. Başv. No. 54273/00 (02 Ağustos 2001).
- AİHM, Christine Goodwin v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 28957/95 (11 Temmuz 2002).
- AİHM, Cossey v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 10843/84 (09 Mayıs 1989).
- AİHM, Dickson v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 44362/04 (04 Aralık 2007).
- AİHM, Dodouch v. Malta, No. Başv. No. 38816/07 (20 Ekim 2010).
- AİHM, Frasik v. Polonya, No. Başv. No. 22933/02 (05 Nisan 2010).
- AİHM, Keegan v. İrlanda, No. Başv. No. 16969/90 (26 Mayıs 1994).
- AİHM, Kokkinakis v. Yunanistan, No. Başv. No. 14307/88 (25 Mart 1993).
- AİHM, Marckx v. Belçika, No. Başv. No. 6833/74 (29 Eylül 1975).
- AİHM, Maslov v. Avusturya, No. Başv. No. 1638/03 (23 Haziran 2008).
- AİHM, Nurcan Bayraktar v. Türkiye, No. Başv. No. 27094/20 (27 Haziran 2023).
- AİHM, O'Donoghue ve Diğerleri v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 34848/07 (14 Mart 2011).
- AİHM, Rees v. Birleşik Krallık, No. Başv. No. 9532/81 (12 Aralık 1984).
- AİHM, Sarac v. Danimarka, No. Başv. No. 19866/21 (09 Nisan 2024).
- AİHM, Schalk ve Kopf v. Avusturya, No. Başv. No. 8978/80 (24 Haziran 2010).
- AİHM, S.H. ve Diğerleri v. Avusturya, No. Başv. No. 57813/00 (03 Kasım 2011).
- AİHM, Şerife Yiğit v. Türkiye, No. Başv. No. 3976/05 (02 Kasım 2010).
- AİHM, Üner v. Hollanda, No. Başv. No. 46410/99 (18 Ocak 2006).
- AİHM, X ve Y v. Hollanda, No. Başv. No. 8978/80 (26 Mart 1985).
- AYM, D.K. Kararı, No. Başv. No. 2015/11159 (25 Eylül 2019).
- AYM, E. 1963/205, K. 1963/123 (Anayasa Mahkemesi 22 Mayıs 1963).

AYM, E. 1971/3, K. 1971/17 (Anayasa Mahkemesi 11 Şubat 1971).
AYM, E. 1979/19, K. 1979/39 (Anayasa Mahkemesi 09 Ekim 1979).
AYM, E. 1980/29, K. 1981/22 (Anayasa Mahkemesi 21 Mayıs 1982).
AYM, E. 1990/15, K. 1991/15 (Anayasa Mahkemesi 28 Şubat 1991).
AYM, E. 1994/86, K. 1995/41 (Anayasa Mahkemesi 13 Eylül 1995).
AYM, E. 1999/35, K. 2002/104 (Anayasa Mahkemesi 12 Kasım 2002).
AYM, E. 2005/26, K. 2008/105 (Anayasa Mahkemesi 15 Mayıs 2008).
AYM, E. 2009/95, K. 2011/49 (Anayasa Mahkemesi 10 Mart 2011).
AYM, E. 2013/158, K. 2014/68 (Anayasa Mahkemesi 27 Mart 2014).
AYM, E. 2014/36, K. 2015/51 (Anayasa Mahkemesi 27 Mayıs 2015).
AYM, Hüseyin Kesici Kararı, No. Başv. No. 2015/11159 (20 Nisan 2016).
AYM, Ö.Ç. Kararı, No. Başv. No. 2014/8203 (21 Eylül 2016).
AYM, Özlem Şimşek Kararı, No. Başv. No. 2015/11159 (20 Aralık 2023).
AYM, S.A. Kararı, No. Başv. No. 2017/40199 (08 Eylül 2020).
AYM, Sabire Güngör Kararı, No. Başv. No. 2019/32487 (29 Şubat 2024).
AYM, Serpil Toros Kararı, No. Başv. No. 2013/6382 (09 Mart 2016).
AYM, Z.C. Kararı, No. Başv. No. 2013/3262 (11 Mayıs 2016).

KAYNAKLAR

- “Aile”. İçinde *Güncel Türkçe Sözlük*. Türk Dil Kurumu. Erişim 14 Kasım 2024.
<https://sozluk.gov.tr>.
- Akcan, Ayten. “Bozkır Kavimlerinin Devlet Oluşumunda ‘Aile ve Soy’”. *Sosyal Bilimler ve Eğitim Dergisi* 3, sy 2 (2020): 432-49.
- Akıntürk, Turgut, ve Derya Ateş Kahraman. *Aile Hukuku*. 15. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2013.
- Aliefendioğlu, Yılmaz. “Türk Anayasa Yargısında İptal Dâvası ve İtiraz Yolu,” Anayasa Yargısı”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 1 (1984): 101-37.
- Almanya Federal Cumhuriyeti Anayasası. Erişim 26 Ekim 2024. https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_gg/englisch_gg.html.
- Arslan, Kahan Onur. “Bir Temel Hak Olarak Sağlık Hakkı”. *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 19, sy 1-2 (2015): 35-59.
- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (1953).

Aydın, Mehmet Akif. “Aile”. İçinde *TDV İslâm Ansiklopedisi*, 2:196-200. Ankara, 1989.
<https://islamansiklopedisi.org.tr/aile>.

Aydın, Mehmet Akif. “Osmanlı Hukukunda Nikah Akitleri”. *Osmanlı Araştırmaları* 3, sy 3 (1982): 1-12.

Aydoğan, Safiye. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Madde Çerçevesinde Aile Hayatına Saygı Hakkı Kapsamı”. Yüksek Lisans Tezi, Beykent Üniversitesi, 2018.

Balcı, Yusuf. “S.S.C.B’de Aile”. İçinde *Aile Politikaları Karşılaştırmalı Ülkeler Panoraması*, 1-32. Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991.

Bilgili, Ahmet. “Avrupa Topluluğu ile Bütünleşme Sürecinde Türk Aile Yapısı”. Doktora Tezi, Mimar Sinan Üniversitesi, 1993.

Birden, Emre. “Eşcinsel Birlikteliklerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Tanınması”. *Anayasa Hukuku Dergisi* 4, sy 8 (2015).

Birtane, Şermin. “Özel Hayata Saygı Hakkı (AİHS 8. Madde) Bağlamında Çalışma Hakkı ve Mesleki Hayat İlişkisi”. *Anayasa Yargısı* 38, sy 2 (2021): 57-97.

Can, Yücel, ve Funda Aslan. “Geçmişten Günümüze Türk Aile Yapısı”. *Sosyal Bilimler Dergisi* 4, sy 11 (2017): 87-101.

Cansel, Erol. “Sosyal Devlet ve Aile”. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 26, sy 3 (1969): 11-21.

Çakırbay Çimen, Hatice. “Sosyal Devlet İlkesi Açısından Ailenin Korunması”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2009.

Çakmak, Ufuk Ramazan. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”. *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 25, sy 2 (2017): 163-84.

Delice, Aslan. “Hukukun Antropolojik Kaynakları: İlkel Toplumlarda Toplumsal Çatışma ve Çatışmanın Çözülmesinde İlkel Hukuk”. Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, 2004.

Demirkan, Semra. “Türk Ailesinin Korunması ve Güçlendirilmesinde Sivil Toplum Kuruluşları ile İşbirliğinin Önemi”. *Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi*, sy 9 (2006): 91-96.

Dinçkol, Bihterin. “Devlet - Aile”. *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları* 9, sy 1-3 (1995): 113-27.

Doğan, İsmail. *Türk Aile Sosyolojisi: Tarih-Gelenek-Modern Zamanlar*. 1. Baskı. Ankara: Pegem Akademi Yayıncılık, 2016.

Doğru, Osman, ve Atilla Nalbant. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*. 1. Baskı. C. 2. İstanbul: Legal Yayınları, 2013.

Donuk, Abdülkadir. “Çeşitli Topluluklarda ve Eski Türklerde Aile”. *Tarih Dergisi*, sy 33 (1982): 147-68.

Dural, Mustafa, Tufan Ögüz, ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku 3: Aile Hukuku*. 10. Bası. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2015.

e Office of the United Nations High ve Commissioner for Human Rights. “Human Rights and Constitution Making”. United Nations, 2018.

“Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme’nin Onaylanması Hakkında Karar, Resmî Gazete 25196 (11 Ağustos 2003), Karar No. 2003/5923”.

Engels, Friedrich. *Ailenin, Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni*. 1. Baskı. Sol Yayınları, 1979.

Erşahin, Seyfettin. “Sovyetlerin Orta Asya Türk Aile Yapısını Değiştirme Çabaları Üzerine Değerlendirmeler”. *Diyanet İlmi Dergi* 34, sy 3 (1998): 27-52.

Ertaş, Türker. “Anayasa Hukukunda Sağlık Hakkı”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2012.

Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri. “Türk Aile Sosyolojisi”. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* 11, sy 3-4 (1945): 252-82.

Galvin, Kathleen M., Carma L. Bylund, ve Dawn O. Braithwaite. *Family Communication: Cohesion and Change*. 9. Baskı. Boston: Pearson, 2015.

Gerekeçeli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. 2. Baskı. Ankara: Anayasa Mahkemesi, 2019.

Gökçe, Birsen. “Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme”. *Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi* 8, sy 1-2 (1976): 45-67.

Gören, Zafer. “Anayasa Mahkemesi’ne Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti)”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 11 (1994): 97-134.

Göze, Ayferi. *Liberal Marxiste Faşist Nasyonal Sosyalist ve Sosyal Devlet*. 9. Baskı. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2021.

Gözübüyük, Şeref, ve Feyyaz Gölcüklü. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. 8. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2009.

Gözütok, Lutfiye. “Avrupa Hukuku ve İslam Hukuku’nda Aile Kavramı”. Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, 1999.

Harris, David, Michael O’Boyle, ve Colin Warbrick. *Law of The European Convention on Human Rights*. 2. Baskı. New York: Oxford University Press, 2009.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi (1948). <https://ihuam.ankara.edu.tr/insan-haklari->

evrensel-beyannamesi/.

İtalya Anayasası. Erişim 26 Ekim 2024.

https://www.quirinale.it/allegati_statici/costituzione/costituzione_inglese.pdf.

“Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi’nin Onaylanması Hakkında Karar, Resmî Gazete 18898 (14 Ekim 1985), Karar No. 1985/9722”. t.y.

Karaca, Büşra Gül. “Türk Hukukunda Aile Kavramı ve Ailenin Korunması”. Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 2017.

Karagözler, Meriç. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Aile Hayatına Saygı Hakkı”. Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi, 2013.

Karaman, Ebru. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*. 1. Baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2013.

Karaman, Hayrettin, Mustafa Çağrı, İbrahim Kafi Dönmez, ve Sadrettin Gümüş. *Kuran Yolu Türkçe Meal ve Tefsiri*. 9. Baskı. 5 c. Ankara: Diyanet İşleri Başkanlığı, 2023.

Karan, Ulaş. “Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı”. *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 13, sy 163 (01 Mart 2018): 119-60.

Kuran, Ercüment. “Türk Ailesinin Mahiyeti ve Tarihi Gelişmesi”. *İçinde Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı., 361-66. Bilim Serisi 5/1. Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991.

MacIver, Robert Morrison, ve Charles Hunt Page. *Society: An Introductory Analysis*. 6. Baskı. Londra: Macmillan and Company Limited, 1959.

Mandaloğlu, Mehmet. “Eski Türklerde Aile ve Evlilik Anlayışı”. *Genel Türk Tarihi Araştırmaları Dergisi* 4, sy 8 (2022): 481-98.

Mandaloğlu, Mehmet. “İslamiyetten Önce Türklerde Aile Hukuku”. *Selçuk Üniversitesi Türkiyat Araştırmaları Dergisi*, sy 33 (2013): 133-59.

Marx, Karl, ve Friedrich Engels. *Komünist Manifesto*. Çeviren Nail Satlıhan. 2. Baskı. İstanbul: Yordam Kitap, 2014.

“Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin İlişik Beyanlar ve Çekince ile Onaylanmasına Dair Karar, Resmî Gazete 25175 (21 Temmuz 2003), Karar No. 2003/5851”.

Mortaş, Süleyman. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması”. Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2014.

O’donnell, Kath. “Protection of Family Life: Positive Approaches and The ECHR”. *Journal of Social Welfare and Family Law* 17, sy 3 (1995): 261-80.

- Ozankaya, Özer. *Toplumbilime Giriş*. 4. Baskı. Ankara: S Yayınları, 1981.
- Öztan, Bilge. *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*. 39. Baskı. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.
- Polonya Anayasası. Erişim 26 Ekim 2024.
<https://www.sejm.gov.pl/prawo/konst/angielski/kon1.htm>.
- “Principles and Recommendations for The 1970 Population Censuses”. New York: Birleşmiş Milletler, 1969.
- Sabuncu, Yavuz, ve Selin Esen Arnwine. “Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Türkiye’de Bireysel Başvuru Yolu”. *Anayasa Yargısı Dergisi* 21 (2004): 229-46.
- Sümbüllü, Aışegül. “Peygamberimiz (S.A.S.) Zamanında Bir Ailenin Kuruluşu ve Kadının Ailedeki Yeri”. Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi, 1994.
- Şahinkaya, Rezan. “Orta Anadolu Köylerinde Aile Strüktürü”. İçinde *Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı., 169-96. Bilim Serisi 5/1. Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991.
- “Temsilciler Meclisi Tutanak Dergisi”, 30 Mart 1961.
- Tezcan, Mahmut. *Türk Ailesi Antropolojisi*. 1. Baskı. İmge Kitabevi, 2000.
- Uçar, Erdem. “Orhun Yazıtlarındaki Er- Bar- İkilmesi Üzerine”. *Journal of Old Turkic Studies* 3, sy 2 (2019): 471-501.
- Ulutak, Nazmi, ve Deniz Güler. “Aile Kavramının Tarihsel Gelişimi ve Türk Toplum Yaşantısında Aile”. *Kurgu Dergisi* 11, sy 1 (1993): 50-75.
- Ülken, Hilmi Ziya. “Aile”. İçinde *Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı., 27-32. Bilim Serisi 5/1. Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991.
- Ünal, Mehmet. “1917 Tarihli Hukuk-i Aile Karamnamesi”. İçinde *Aile Yazıları I: Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç*, 1. Baskı., 367-90. Bilim Serisi 5/1. Ankara: T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 1991.
- Yavuz, Serdar. “Türkiye Türkçesi Ağızlarında Akrabalık Adları”. *Fırat Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi* 23, sy 2 (2013): 71-91.
- Yıldız, Ceren. *Anayasaya Uygunluk Bakımından Önleyici Denetim*. 1. Baskı. İstanbul: Oniki Levha Yayıncılık, 2018.
- Yılmaz, Süleyman, ve Abdulkerim Yıldırım. *Medeni Hukuk – I (Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku)*. 4. Baskı. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2023.