T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI

ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE VE TÜRK HUKUKUNDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

Ayşe YAMAN KAPLAN
1130233003

YÜKSEK LİSANS TEZİ

DANIŞMAN
Prof. Dr. Yüksel METİN

ISPARTA - 2014

T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Tez Savunması 1

Tarih 23/6/2014

Enstitü Yönetim Kurulunun 13/6/2014 tarih ve 1474 sayılı kararıyla oluşturulan jürimiz Kamu Hukuku Anabilim Dalı Bilim Dalı YÜKSEK LİSANS öğrencisi Ayşe YAMAN KAPLAN'nın "Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Evlenme ve Aile Kurma Hakkı" başlıklı tezini incelemek ve değerlendirmek üzere 23/6/2014 tarihinde saat 14.00'da toplanmış ve adayı tez savunmasına almıştır.

Lisansüstü Yönetmeliği Madde 25 uyarınca adaya 30 dakika süreyle teziyle ilgili Ek'te sunulan sorular yöneltilmiştir. Yapılan değerlendirmeler sonunda adayın tezinin aşağıda belirtilen sebeplerle,

☒ **Tezin kabul edilmesine**
(Öğrenci, varsa jüri tarafından gerekli görülen düzeltmeleri yaparak, tezinin onaylı son şeklini bir (1) ay içinde Enstitü'ye teslim etmelidir.)

☐ **Tezde düzeltme verilmesine**
(Öğrenci, tezde gerekli görülen düzeltmeleri yaptıktan sonra üç (3) ay içinde savunmasını yineleyecektir.)

☐ **Tezin reddedilmesine**
(Öğrenci, yeni tez konusu belirlemelidir.)

***Tez adı değişikliği ~~yapıldı~~/yapılmadı.**

oy birliği/~~oy çokluğu~~ ile karar verilmiştir.

Gereği için arz olunur.

Jüri	Adı Soyadı	İmza
Danışman	:Prof. Dr. Yüksel METİN	
Üye	:Doç. Dr. Yakup ALTAN	
Üye	:Doç. Dr. Haluk SONGUR	

Ek : Herbir jüriye ait tez değerlendirme jüri raporları

Enstitü Yönetim Kurulu Kararı	Tarih:	Karar No:
Bu form danışman tarafından düzenlenerek 3 gün içerisinde ilgili Anabilim Dalı aracılığı ile Enstitüye teslim edilir.		

T.C.

SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

YEMİN METNİ

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum "Uluslararası Sözleşmelerde ve Türk Hukukunda Evlenme ve Aile Kurma Hakkı" adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadar ki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya'da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

İmza
Ayşe YAMAN KAPLAN
23/06/2014

ÖZET

Bu çalışmanın konusunu, uluslararası sözleşmelerde ve Türk Hukukunda evlenme ve aile kurma hakkı oluşturmaktadır. Bu hak, toplumsal değişimlerden etkilenmeye oldukça müsaittir. Bu etkileşimin hukuk zeminindeki boyutlarının ortaya konulabilmesi için, öncelikle evlenme ve aile kurma hakkının uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukukta nasıl düzenlendiği incelenmiştir. Çalışma kapsamında, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine detaylı bir şekilde yer verilmiştir. Sözleşmenin 12. maddesinde yer alan hakkın kapsamı ve uygulanmasının tespitinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları irdelenmiştir. Çalışmanın son bölümünde, Türk Hukukunda evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin düzenlemelere yer verilerek, bu düzenlemelerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları karşısındaki konumu değerlendirilmiştir.

Tezde, evlenme ve aile kurma hakkının her geçen gün öneminin arttığı, uygulamada yargı organlarının önüne daha sık gelmeye başladığı, özellikle Avrupa ülkelerinde olmak üzere evlenme ve aile hayatıyla ilgili gelişmelerin, hukuksal alanda yeni düzenlemeler yapılmasına ve yargısal içtihatlarda değişikliğe gidilmesine yol açtığı sonucuna ulaşılmıştır.

Anahtar Kelimeler: *Evlenme hakkı, Aile Kurma Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Türk Hukukunda Evlenme ve Aile Kurma Hakkı*.

ABSTRACT

The right to marry and found a family in international instruments and Turkish Law, comprises the subject of this study. This right is quite convenient to be affected by social changes. It is firstly scrutinised that how the right to marry and found a family drew up in the international instruments and comparative law to assert the aspects of this interaction in the area of law. Within the scope of this study, it is worked through the European Convention on Human Rights. To confirm the scope and exercising of the right under article 12 of the Convention, desicions of European Court of Human Rights has been examined. In the last part of the study, it is included that the legal arrangements about the right to marry and found a family in Turkish Law. Then it was assessed that whether these arrengements are compatible with the article 12 of the Convention and the desicions of the Court.

In this study, it is concluded that; the importance of the right to marry and found a family has been increasing and this right became more actionable. It is also concluded that developments concerning marriage and family life caused making new legal regulations and changes in case laws especially in European Countries.

Key Words: *Right to Marry, Right to Found a Family, European Convention on Human Rights, The Right to Marry and Found a Family in Turkish Law*.

İÇİNDEKİLER

YEMİN METNİ ..... **İİİ**
ÖZET ..... **İV**
ABSTRACT ..... **V**
İÇİNDEKİLER ..... **Vİ**
KISALTMALAR ..... **X**
ÖNSÖZ ..... **Xİ**
GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

I. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI KAVRAMLARI 4
A. Evlenme ve Evlenme Hakkı Kavramları 4
B. Aile ve Aile Kurma Hakkı Kavramları 7
II. ULUSLARARASI BELGELERDE EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI 8
A. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi 8
B. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri 10
1) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme 10
2) Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi 11
3) Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Önlenmesi Sözleşmesi 14
4) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi 14
5) Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi 15
C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 17
D. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 18
1) Genel Olarak 18
a. Temel Haklar Konvansiyonundaki Tartışmalar 20
b. Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kaynağı ve Önemi 22
c. Uygulama Alanı 24
d. Diğer Temel Haklarla Olan Sınırı 24
2) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Koruma Alanı 25
a. Evlenme Hakkı 25
b. Aile Kurma Hakkı 27
c. Temel Hakkın Sahipleri 27
3) Evlenme ve Aile Kurma Hakkına Yönelik Müdahaleler 27
4) Müdahalenin Hukuka Uygunluğu 28
a. Müdahalenin Dayanağı ve Yasallığı 28
b. Ölçülülük İlkesi 28
c. Evlenme ve Aile Kurma Hakkına İlişkin İçtihatlar 29

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI 29
A. Federal Almanya 29
B. İsviçre 36
1) Aile Kurma Hakkı (İsviçre Federal Anayasası m. 14) 37
2) Evlenme Özgürlüğü (İsviçre Federal Anayasası m. 14) 40
C. Diğer Bazı Ülkeler 43
IV. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKIYLA İLGİLİ OLARAK DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ 46

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

I. GENEL OLARAK 49
II. EVLENME HAKKI 51
A. Koruma Alanı 51
1) Genel Olarak 51
2) Cezaevindeki Kişilerin Evlenme Hakkı 52
a. X / Federal Almanya Cumhuriyeti 53
b. Hamer / Birleşik Krallık 53
c. Jaremowicz / Polonya 60
d. Frasik / Polonya 68
e. Cezaevindeki Kişilerin Evlenme Hakkına İlişkin AİHM Kararlarından Çıkan Sonuçlar 72
3) Boşanma ve Yeniden Evlenme Hakkı 73
a. Boşanma Hakkı 73
b. Yeniden Evlenme Hakkı 75
4) Transseksüellik 83
a. Bekâr Transseksüellerin Evlenme Hakkı 83
b. Evli İken Cinsiyet Değiştiren Kişinin Mevcut Evliliğinin Durumu 92
5) Eşcinsellik 95
6) Yakın Hısımlık 97
7) Geleneklere Göre Yapılan Evlilik 99
8) Yabancılar ve Evlenme Hakkı 100
9) Çocuğun Nesebini Sahih Hale Getirmek İçin Anneyi Evlenmeye Zorlama 103
III. AİLE KURMA HAKKI 103
A. Koruma Alanı 103
1) Genel Olarak 103
2) Evlat Edinme 104
3) Cezaevindeki Evli Kişilerin Aile Kurma Hakkı 107
4) Yapay Döllenme 109

IV. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKININ DİĞER HAKLARLA İLİŞKİSİ 110
A. 12. Maddenin 8. Madde İle İlişkisi 110
1) Özel Hayata Saygı Hakkı İle İlişki 111
2) Aile Hayatına Saygı Hakkı İle İlişki 112
B. 12. Maddenin 7 No.lu Ek Protokolün 5. Maddesi İle İlişkisi 114
C. 12. Maddenin 14. Madde İle İlişkisi 114
V. 12. MADDEDE YER ALAN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI 116
A. Genel Olarak 116
B. Evlenme Hakkına Yönelik Sınırlamalar 117
C. Aile Kurma Hakkına Yönelik Sınırlamalar 117
D. Sınırlamanın Meşruluğu 118
VI. 12. MADDEDE YER ALAN HAKLARIN DEVLETE YÜKLEDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLER .. 120

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

I. TÜRK ANAYASA METİNLERİNDE EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI 123
A. 1961 Anayasası 123
B. 1982 Anayasası 124
1) Evlenme Hakkı 125
2) Aile Kurma Hakkı 127
3) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Devlete Yüklediği Yükümlülükler 128
4) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Sınırlandırılması 129
5) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Korunması 132
II. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER 135
A. Evlenmenin Şartları ve Bu Şartların AİHS m.12 ve AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi 135
1) Evlenmenin Maddi Şartları 136
a. Evlenme Yaşı Bakımından 136
b. Ayırt Etme Gücü Bakımından 138
c. Yasal Temsilcinin İzni Bakımından 138
d. Kan Hısımlığı Bakımından 139
e. Kayın Hısımlığı Bakımından 140
f. Evlatlık İlişkisi Bakımından 141
g. Akıl Hastalığı Bakımından 141
h. Mevcut Evlilik Bakımından 142
i. Bekleme Süresi Bakımından 143
j. Bulaşıcı Hastalıklar Bakımından 144
2) Evlenmenin Şekli Şartları 145
a. Başvuru 145

b. Evlenme Töreni 146
B. Evlat Edinmenin Şartları ve Bu Şartların AİHS m. 12 ve AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi 147
1) Küçüklerin Evlat Edinilmesi 147
2) Erginlerin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi 148
III. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR 149
A. Cezaevindeki Kişiler 149
B. Transseksüeller 151
C. Eşcinseller 153
D. Dini Evlilik 154
E. Bazı Meslek Mensuplarına Getirilen Sınırlamalar 156
F. Yapay Döllenme 158
SONUÇ 159
KAYNAKÇA 164
ÖZ GEÇMİŞ 172

KISALTMALAR

AB	Avrupa Birliği
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ATAD	Avrupa Toplulukları Adalet Divanı
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	Anayasa
AYM	Anayasa Mahkemesi
BM	Birleşmiş Milletler
CGTİK	Ceza Ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun
Çev.	Çeviren
Edt.	Editör
E.T.	Erişim Tarihi
EMK	Eski Medeni Kanun
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
İHEB	İnsan Hakları Evrensel Bildirisi
İHK	İnsan Hakları Komitesi
KSHS	Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi
m.	Madde
RG	Resmi Gazete
s.	Sayfa
TBB	Türkiye Barolar Birliği
TMK	Türk Medeni Kanunu
Vol.	Volume

ÖNSÖZ

Evlenme ve aile kurma hakkı üzerine hazırlanan bu çalışma, konuyla ilgili Türkçe kaynakların ve mahkeme kararlarının azlığı nedeniyle, çoğunlukla yabancı kaynaklardan ve AİHM kararlarından yararlanılarak zorlu bir süreçte hazırlanmıştır.

Tezin konusunun belirlenmesinden teslimine kadar geçen süre boyunca, bilgi ve tecrübesiyle bana sürekli ışık tutarak yolumu aydınlatan, tezde yararlandığım Almanca kaynakların çevirisini yaparak destek olan değerli danışman hocam Yüksel METİN' e burada teşekkürlerimi sunmayı bir borç bilirim.

Bu çalışmanın hazırlandığı yoğun dönemde bana sürekli destek ve yardımcı olan sevgili eşim Mehmet'e ve ayrıca yorulduğum her dönemeçte yanı başımda bulduğum canım aileme ve arkadaşlarıma teşekkür ederim.

Ayşe YAMAN KAPLAN

Isparta 2014

GİRİŞ

Bu çalışma, uluslararası belgelerde ve Türk Hukukunda evlenme ve aile kurma hakkı üzerine yapılmıştır. Evlenme ve aile kurma hakkı, yabancı literatürde yeterli olmasa da birçok bilimsel çalışmaya konu olmakla birlikte, bununla ilgili olarak Türk Hukuk literatüründe ise yok denecek kadar az çalışma bulunmaktadır. Bu çalışmada hem literatürdeki bu eksikliği bir ölçüde giderme, hem de toplumsal değişme ve gelişmeler karşısında evlenme ve aile kurma hakkının nasıl etkilendiğini ortaya koyma amacı güdülmüştür.

Evlenme ve aile kurma hakkı, pek çok uluslararası belgede yer almaktadır. Bu belgelerden ilki İnsan Hakları Evrensel Bildirisidir. Bildiri, kendinden sonra kabul edilen diğer pek çok uluslararası belgeye kaynaklık etmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan sözleşmelerin çoğunda ise, gerek doğrudan, gerekse kadınların, çocukların ya da engellilerin korunmasına dair hükümler çerçevesinde dolaylı olarak, evlenme ve aile kurma hakkı yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, hem kapsamındaki hakların korumasından yararlanan kişi sayısı bakımından, hem de bir yargı organı ile hakları koruyor olmasından dolayı uluslararası belgeler içinde en önemlisidir. Sözleşmenin 12. maddesinde başlı başına bir hak olarak evlenme ve aile kurma hakkı düzenlenmiştir.

Evlenme ve aile kurma hakkı, pek çok uluslararası belgenin yanı sıra, çoğu anayasa metninde de temel hak olarak güvence altına alınmıştır. Geçmişten günümüze temel hak listelerinin giderek genişlediği düşünüldüğünde, uluslararası belgelerin ve anayasaların yaklaşımı olumlu karşılanmaktadır. Bazı anayasa metinlerinde ise açıkça bu hakka yer verilmediği gözlemlenmektedir. Federal Alman Anayasası ve Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında olduğu gibi, bazı anayasa metinleri, kurum olarak ailenin korunmasını öngörmüş ancak ayrıca bir evlenme ve aile kuma hakkına yer vermemişlerdir.

Çalışmanın birinci bölümünde, uluslararası belgelerde ve anayasa metinlerinde evlenme ve aile kurma hakkının nasıl düzenlendiği incelenecektir. Uluslararası belgelerin, anılan hak bakımından öngördüğü koruma sistemleri üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine ayrılacak ve özellikle evlenme ve aile kurma hakkının koruma alanı üzerinde durulacaktır. Zira bu bölümde değinilmesi gereken birtakım problemler bulunmaktadır. Bir kere, toplumsal değişimlerin yansımasından etkilenen hakların başında evlenme ve aile kurma hakkı gelmektedir. Gerçekten değişimin etkilerini, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen davalarda da gözlemlemek mümkündür. Mahkemenin, Sözleşmenin 12. maddesinin metninden hareketle, evliliği bir kadın ve bir erkek arasındaki geleneksel evlilik olarak kabul ettiği bir gerçektir. Bununla birlikte bu durum, örneğin eşcinsel kişilerin evlenme haklarının ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme önüne gelmelerine engel oluşturmamaktadır. Ya da, evlilik için cinsiyet tespitinde biyolojik cinsiyet kriterini esas alma eğiliminde olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, transseksüel bir kimsenin evlenme hakkının ihlali iddiasını değerlendirirken, tıp alandaki gelişmeleri göz ardı etmesi kabul edilebilir mi? Yine, cezaevinde bulunan kişilerin, evlenmek ya da aile kurmak istediklerinde, sırf kendi fiillerinden ötürü orada oldukları için evlenememeye ya da aile kuramamaya katlanmaları makul görülebilir mi? Anılan durumların bir kısmı eskiden beri Mahkemenin önüne gelmektedir. Bir kısmı ise yakın zamanda gelmeye başlamıştır. İşte, toplumsal değişimin yakından gözlenebileceği konuyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları çalışmanın ikinci bölümünde detaylı bir şekilde incelenecek ve Mahkemenin bu gibi durumlarda nasıl bir sonuca ulaştığı ortaya konulacaktır.

Evlenme ve aile kurma hakkı, Türk Hukuku bakımından da oldukça önemlidir. Öncelikle bu hakkın hukukumuzda düzenlenip düzenlenmediğinin ve düzenlendiyse ne şekilde düzenlendiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. 1982 Anayasası, evlenme ve aile kurma hakkına dair doğrudan bir düzenleme içermemektedir. Bununla birlikte, Anayasanın başka maddelerine bu hakkın içkin olduğunu tespit etmek, hukukumuza yakın tarihte dâhil olan Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru yolunun, bu hak bakımından da işletilebilmesi bakımından büyük önem taşımaktadır. İşte böyle bir tespitin yapılıp yapılamayacağına dair değerlendirmeler, çalışmanın üçüncü bölümünde ele alınacaktır.

Türk Hukukunda evlenme ve aile kurmaya dair düzenlemelerin önemli bir kısmı Türk Medeni Kanununda yer almaktadır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin de kararlarında sık sık değindiği gibi, evlenme ve aile kurma hakkına dair sınırlamalar,

ulusal hukuklarda genellikle birer şart olarak yer almaktadır. Türk Medeni Kanunu da, evlenme ve aile kurmaya ilişkin bir takım şartlar öngörmektedir. Türk Hukukunda yer alan bu şartların neler olduğu ve Mahkeme içtihatları doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir. Örneğin, Türk Hukukunda evliliğin sona ermesinin ardından kadın için bir bekleme süresi öngörülmüş ve hangi hallerde bu sürenin kaldırılabileceği sayılmıştır. Bu sürenin sona ereceği haller arasında doğum, gebeliğin olmadığının anlaşılması ve kadının ayrıldığı eşi ile evlenmek istemesi tahdidi olarak sayılmıştır. Bununla birlikte, evliliği sona eren kadının gebe olduğu anlaşıldığında ve henüz doğumdan önce kadın, durumunu bilen ve kabul eden biri ile evlilik yapmak istediğinde bunun nasıl olacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum Sözleşmeye aykırılık oluşturur mu? Bu ve buna benzer tespitlere ilişkin değerlendirmeler, yine çalışmanın üçüncü bölümünde yer alacaktır.

Türk Hukukuna göre cezaevindeki kişilerin evlenme ve aile kurma hakkı, transseksüellerin evlenme hakkı ve aile kurma hakkı kapsamında yapay döllenme gibi konulara ilişkin düzenlemelerin Sözleşmeye ve Mahkeme içtihatlarına uygunluğu da son olarak üçüncü bölüm kapsamında değerlendirilecektir.

BİRİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

I. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI KAVRAMLARI

A. Evlenme ve Evlenme Hakkı Kavramları

Evlenme kavramının ortaya çıkışı, insanlık tarihinin en eski dönemlerine rastlamaktadır. Bu denli eski bir kavram olan evlenme, sözlükte[1], *bireylerin bir ev ya da aile birimi kurmalarının toplumca benimsenmiş ve yaptırıma bağlanmış biçimini oluşturan toplumsal kurum* şeklinde tanımlanmıştır.

Kökleri oldukça derin ve toplumsal hayatın vazgeçilmez bir unsuru olan evlenme Türk Medeni Kanununda tanımlanmamıştır. Bununla birlikte hukuk doktrini ve mahkeme kararlarında pek çok tanımı yapılmıştır. Doktrinde yapılan bir tanıma[2] göre, evlenme, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı oluşturmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makul ve geçerli bir şekilde birleşmesidir. Bir başka tanımda[3] ise eşlerin, evlenmekle hayatın acı ve tatlı tüm olaylarını içine alan sürekli bir hayat ortaklığı kurdukları vurgulanmıştır.[4] 1965 tarihli bir Yargıtay İçtihadı Bileştirme Kararında,[5] evlenme bakımından en önemli olanın, tarafların birbirlerine uygun irade beyanları olduğu belirtilmiştir.

1866 yılında bir İngiliz Mahkemesince yapılan ve İngiliz Aile Hukuku bakımından yıllarca büyük önem taşımış olan tanıma[6] göre, evlilik, bir erkek ve bir

---

[1] Büyük Türkçe Sözlük, Toplumbilim terimleri 1975, www.tdk.gov.tr, E.T.: 23.05.2014.

[2] H. Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku, C.II Aile Hukuku*, 5. Bası, İstanbul 1965, s. 45.

[3] Turgut Akıntürk – Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku – Aile Hukuku*, Cilt II, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 59.

[4] Evlenme ile ilgili diğer tanımlar için bkz. Mustafa Dural – Tufan Öğüz – Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, Filiz Kitabevi, İstanbul 2013, s.11; Zafer Zeytin – Ömer Ergün, *Türk Medeni Hukuku*, Seçkin Yayınları, Ankara 2013, s. 153.

[5] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E. 1965/3, K. 1965/3, Yayımlandığı yer: 15.07.1965 tarih ve 12049 sayılı RG.

[6] Tanım, İngiliz Boşanma ve Velayet Mahkemesinde 20.03.1866 tarihinde Hyde / Hyde davasına bakan yargıç Lord Penzance tarafından yapılmıştır. (LR 1 P&D 130). Bu tanımın evliliği tanımlamak yerine onu koruduğuna ilişkin eleştiriler için bkz. Rebecca Probert, "Hyde / Hyde: Defining or Defending Marriage?", *Child and Family Law Quarterly*, Cilt 19, Sayı 3, 2007, s. 322. Yine bu tanımın değişen

kadının, diğer herkesi dışarıda bırakacak şekilde hayat boyu sürdürdükleri gönüllü bir birlikteliktir.

Evlenme, bir kurum olarak medeni hukuk alanına dâhil olduğu gibi, bir hak olarak da insan hakları hukuku ve anayasa hukuku alanlarına dâhil olmaktadır. Evlenme hakkı ile ilgili olarak 1982 Anayasasında[7] doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte Anayasanın Kişi Hakları ve Ödevleri bölümünde yer alan 20. maddesindeki özel hayata ve aile hayatına saygı hakkından ve Anayasanın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümündeki ailenin korunmasıyla ilgili 41. maddeden yorum yoluyla evlenme hakkını türetmek mümkün görünmektedir.[8] Evlenme hakkının düzenlenme yeri ve şekli ülkeden ülkeye değişmektedir.[9] Gerçekten kimi ülkelerde, bireysel bir temel hak, kimi ülkelerde ise evliliğin ve ailenin korunması şeklinde düzenlendiği görülmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, evlenme hakkını düzenlemiş ancak herhangi bir tanıma yer vermemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise, önüne gelen bir davada evlenmeyle ilgili şöyle bir tanım yapmıştır: "*evlenme hakkının özü, kadın ve erkek arasında hukuken bağlayıcı bir birliktelik oluşturulmasıdır*."[10] Yine Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlenmenin bir kadın ve bir erkek arasında olacağını pek çok kararında dile getirmiştir.[11] Mahkeme, evlenme kavramından bir kadın ve bir erkek arasındaki geleneksel anlamda evliliği anlamakta ve evliliği ailenin temeli olarak görmektedir.

Görüldüğü üzere, evlenme kavramı açıklanırken kullanılan çoğu ifadede, evliliğin farklı cinsiyette kişiler arasında yapılacağı belirtilmiştir. Bununla birlikte, günümüz dünyasında toplumsal değişmelerin etkisiyle evlilik kurumunda da bir takım

---

evlilik anlayışı karşısında yanıltıcı olduğuna ilişkin bkz. Sebastian Poulter, "Definition of Marriage in English Law", *The Modern Law Review*, Vol.42, July 1979, s. 409-429.

[7] Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, Kanun No:2709, R.G.: 9/11/1982, 17863 mükerrer sayı.

[8] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", Sibel İnceoğlu (Edt.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 433.

[9] Bu konu ilgili olarak bkz. Karşılaştırmalı Hukukta Evlenme ve Aile Kurma Hakkı s. 29.

[10] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf: 71.

[11] Bkz. *F / İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, Paragraf: 32; *Frasik / Polonya*, Başvuru No: 22933/02, 05.01.2010, Paragraf:88; *VK / Hırvatistan*, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012, Paragraf:98.

değişiklikler ortaya çıkmaya başlamıştır. Anılan bu değişiklikler, eşcinsel olan kişilerin birbirleri ile yaşama taleplerinin artmasıyla ilgilidir. Birlikte yaşamak isteyen eşcinseller, evlilik kurumunun eşlere tanıdığı bir takım hak ve ödevlerin kendileri için de tanınmasını talep etmişlerdir. Bu talepleri dikkate alan bazı devletler, bu birlikteliklere belli oranlarda hukuki etki tanımıştır.[12]

Günümüzde eşcinsel birlikteliklere genel olarak üç farklı şekilde hukuki etki tanınmıştır.[13] Bunlar medeni birliktelik, kayıtlı birliktelik ve evliliktir. Bu sıralama tanınan hukuki etkinin artan yoğunluğuna göre yapılmıştır.

Medeni birliktelik, eşcinsellere tanınan hukuki statüler içinde evliliğe bağlanan etkilerin en azına sahip olan statüdür. Medeni birliktelik, belirli bir süre birlikte yaşayan eşcinsel çiftlerin, kayıt yaptırmaya gerek olmaksızın, kendiliğinden birtakım haklar kazandıkları ve yükümlülükler altına girdikleri kurumdur.[14] Medeni birliktelik için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır.[15] Medeni birlikteliği evlilikten ayıran noktalar arasında, şekil şartına bağlı olmaması, evliliğin doğurduğu hüküm ve sonuçları doğurmaması ve boşanma prosedürlerine gerek olmaksızın, fiili olarak birlikte yaşama son verildiğinde sona ermesi bulunmaktadır.[16]

Kayıtlı birliktelik[17], eşcinsel kişilerin, evlilik dışında ortak yaşamlarını düzenlemek amacıyla, resmi bir sicile kayıt edilmesiyle kurulan ve kanunun bu kayda bağladığı hak ve yükümlülükleri doğuran bir hukuki ilişkidir.[18] Bu tanıma göre, kayıtlı birliktelik için şekil şartı öngörülmüştür ve o da sicile kayıttır. Kayıtlı birlikteliğin kuruluşundaki kayıt, evliliğin resmi makamlar huzurunda yapılmasından farklıdır. Ayrıca kayıtlı birlikteliğin doğurduğu hüküm ve sonuçlar evlilikle benzer olsa da aynı

---

[12] Kazım Sedat Sirmen, "Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi", *AÜHFD*, C. 58, S.4, 2009, s. 826.

[13] Sirmen, s. 827; Candan Yasan, *Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s. 15.

[14] Nergiz Karadağ, *Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları*, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2008, s. 61.

[15] Yasan, s. 16.

[16] Yasan, s. 17.

[17] Kayıtlı birliktelik statüsünü kabul eden ilk ülke 1989 yılında Danimarka olmuştur. Danimarka'nın ardından kabul eden ülkeler sırasıyla Norveç, İsveç, İzlanda, Hollanda, Belçika, Fransa, İspanya (bazı bölgeleri), Almanya, İsviçre, Finlandiya, Çek Cumhuriyeti, Lüksemburg, Slovenya, Macaristan, Avusturya, İrlanda'dır. Bu konuyla ilgili bkz. Yasan s. 20.

[18] Yasan, s. 23.

değildir ve birlikteliğin sona ermesi boşanmadan farklı usullere tabi tutulmuştur.[19] Kayıtlı birlikteliğin ve medeni birlikteliğin doğurduğu hüküm ve sonuçlar ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir.

Bahsedilen hukuki statülerin sonuncusu eşcinsellerin evliliğidir[20]. Eşcinsellerin evlenmesi, bu çiftlerin, haklar, yükümlülükler ve hukuken tanınma bakımından farklı cinsiyetteki çiftlerle aynı hukuki sonuçlara sahip olarak nikahlanabilmeleridir.[21] Eşcinsellerin birlikteliklerine bir kez evlilik statüsü tanındığında, bu birliktelikler, normal evliliklerin bağlı olduğu kurallara tabi olurlar ve genel olarak aynı hüküm ve sonuçları doğururlar.

B. Aile ve Aile Kurma Hakkı Kavramları

Aile, insanın içinde yaşama ihtiyacı duyduğu ilk topluluktur ve toplumun temelidir.[22] Evlenme kavramı ile yakından ilişkili olan aile kavramını Türk Dil Kurumu şu şekilde tanımlamıştır; "*aile, evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birliktir*."[23]

Evlenme kavramında olduğu gibi aile kavramı da Anayasa ve Türk Medeni Kanununda tanımlanmamıştır. Anayasanın 41. maddesinde sadece ailenin toplumun temeli olduğu belirtilmiştir. Anayasa, aile kavramını tanımlamadığı gibi, açıkça aile kurma hakkından da söz etmez. Bununla birlikte, 41. maddeden yorum yoluyla aile kurma hakkı türetilebilir.[24] Türk Hukuk doktrininde yapılan bir tanımda[25], aile, sosyal bir olgu olarak kabul edilmekte ve ailenin farklı cinsiyetten iki kişinin veya onlarla beraber bir soy bağı ilişkisine bağlı olarak birlikte yaşayan kişilerin oluşturduğu topluluk olduğu belirtilmektedir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonunun 19

---

[19] Yasan, s. 24.

[20] Eşcinsel evliliğe izin veren ülkeler; Hollanda, Belçika, İspanya, ABD'de Massachusetts ve New York, Kanada, Güney Afrika, Norveç, İsveç, Meksika, Portekiz, İzlanda, Arjantin. Bu konuyla ilgili bkz. Karadağ s. 59-60; Yasan s. 44-46.

[21] Karadağ, s.59.

[22] Dural – Öğüz – Gümüş, s.1; Akıntürk – Ateş Karaman, s. 3.

[23] Türkçe Sözlük, TDK, 10. Bası, Ankara 2005.

[24] Karan, s. 434.

[25] Zeytin – Ergün, s. 143.

no.lu genel yorumunda[26] ise, aile kavramının bazı yönleriyle devletten devlete değişebilmesi, hatta aynı devlet içinde bölgeden bölgeye bile farklılık gösterebilmesi nedeniyle, kavramın standart bir tanımının verilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ve Mahkeme, aileyi karı, koca ve çocukların oluşturduğu bir topluluk olarak kabul etmektedir. Çocuklar evlilik içi veya evlilik dışı olabileceği gibi evlat edinilmiş çocuklar da olabilir.[27]

II. ULUSLARARASI BELGELERDE EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

A. İnsan Hakları Evrensel Bildirisi

İnsan Hakları Evrensel Bildirisi[28], İkinci Dünya Savaşını takiben, Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca 10 Aralık 1948 tarihinde kabul ve ilan edilmiştir. Bu nedenle, teknik hukuk anlamında "tavsiye" niteliğindedir, dolayısıyla da "bağlayıcı" bir etkisi yoktur.[29] Bu belge, imzalayan devletlerin bir çeşit niyet ifadesi olarak düşünülebilir.[30]

İlan edildiği dönemde, emsallerine nazaran oldukça geniş haklar listesi içeren bildiri, modern insan hakları hukukunun kurucu belgesi ve temel kaynağı olarak kabul edilmektedir.[31] Bu bakımdan bildiri, kendinden sonraki pek çok uluslararası belgeye ve anayasaya da kaynaklık etmiş ya da esin kaynağı olmuştur.

Bildiride evlenme ve aile kurma hakkı 16. maddede düzenlenmiştir. Bildirinin kendinden sonraki belgelere kaynaklık etmesi, 16. madde bakımından da kendini göstermiştir. Öyle ki, bu çalışmanın odak noktası olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi de büyük ölçüde Bildirinin 16. maddesine dayanmaktadır.

---

[26] Lema Uyar, *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2006, s. 45.

[27] Clare Ovey – Robin C.A. White, *European Convention on Human Rights*, B.3, Oxford University Press, 2002, s. 222.

[28] Bildiri, 10.12.1948 tarihli, 217 A (III) sayılı, 'Uluslar arası İnsan Hakları Manzumesi' (A) alt başlığıyla BM Genel Kurulu Kararı ile kabul ve ilan edilmiştir.

[29] Rona Aybay, *Açıklamalı İnsan Hakları Evrensel Bildirisi*, TBB Yayınları:113, Ankara 2006, s. 16.

[30] Mustafa Erdoğan, *İnsan Hakları Teorisi ve Hukuku*, 2.Bası, Orion Kitabevi, Ankara 2011, s. 132.

[31] Mehmet Semih Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt 1, 8. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 59.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında[32] buna açıkça değinmiştir: *"…Sözleşmenin 12. maddesinin yorumu, Sözleşmenin hazırlık çalışmalarının açığa çıkardığı maddenin amacına ve gayesine de uygundur. Sözleşmenin 12. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 16. maddesine dayanmaktadır…*"

Bahse konu 16. madde şu şekildedir[33];

"*1. Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk ve din bakımlarından hiçbir kısıtlamaya uğramaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir. Erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptir.*

2. Evlenme akdi ancak evleneceklerin serbest ve tam rızasıyla yapılır.

3. Aile, toplumun doğal ve temel birimidir; toplum ve devlet tarafından korunma hakkı vardır."

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 16. maddesi, evlenme çağına gelen, yani yasayla tespit edilmiş asgari yaşa ulaşmış erkek ve kadınların evlenme hakkını, aile kurma, dolayısıyla çocuk sahibi olma hakkını korumaktadır. Kuşkusuz devletler evlenme hakkına, yakın hısımlık nedeniyle evlenme yasağı, birden fazla evlenme yasağı veya yeterli zihinsel yeteneğe sahip olmayanlar için evlenme yasağı gibi, bazı sınırlamalar getirebilir. Ayrıca Evrensel Bildiri, evlenmede, evlilikte ve evliliğin bozulmasında eşler arasında eşitliğin sağlanmasını istemektedir. Bu nedenle devletler var olan eşitsizlikleri tam olarak ortadan kaldırmakla, eşitliğin sağlanması için gereken tedbirleri almakla yükümlüdürler. Devletler, evliliğin sona ermesinde cinsiyete dayalı, özellikle kadınlara yönelik ayrımcılığa izin vermemekle ödevlidir.

Evlenme akdinin tarafların özgür ve tam iradelerine dayalı olarak yapılması gerekir. Bunun bir sonucu olarak evlenmeye yönelik her türlü zorlamanın, ister devletten, ister evlenecek kişilerin ebeveyninden isterse de aileden gelsin, önlenmesi, buna rağmen yine de bir baskı ve zorlama olmuşsa, yapılan evliliğin taraflarca iptalinin

---

[32] *Johnston ve diğerleri / İrlanda*, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, (Çev. Osman Doğru), Paragraf: 52, www.aihm.anadolu.edu.tr, E.T.:04.11.2013.

[33] Bildirinin resmi Türkçe çevirisi için bkz. 27.05.1949 tarihli 7217 sayılı Resmi Gazete. Resmi Gazete'de yer alan çeviride 16. maddenin 1. fıkrasındaki son cümle bulunmamaktadır. Bildirinin Resmi Gazete'de yayımlanması ile ilgili yorumlar için bkz. Aybay, s. 8; Gemalmaz, s. 60.

istenebilmesi gerekir. Özellikle kız çocuklarının aileleri tarafından zorla evlendirilmeye karşı korunması gerekir.

İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 16. maddesinin 3. fıkrası, aileyi, toplumun doğal ve temel bir unsuru olarak kabul etmekte ve korumaktadır. Aile kavramı, her ne kadar dünyanın çeşitli bölgelerinde farklı şekillerde anlaşılsa da, her halükarda devlet, kendi hukuk düzeninde aileyi koruyacak hükümlere yer vermek zorundadır.

B. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Sözleşmeleri

1) Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme

16 Aralık 1966'da Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen, 3 Ocak 1976 itibariyle yürürlüğe giren ve çok taraflı bir antlaşma olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara ilişkin Uluslararası Sözleşmenin 10. maddesi, ailenin, anneliğin, çocukların ve gençlerin korunmasına ilişkin hükümler içermektedir. Sözleşmenin 10. maddesine göre, Taraf Devletler aşağıdaki hususları kabul ederler:

> *"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.*
>
> *2. Annelere, doğumdan önce ve sonra makul bir süreyle özel bir koruma sağlanmalıdır. Bu dönem içinde, çalışan anneler ücretli izinden ya da yeterli sosyal güvenlik tedbirlerini kapsayan izinden yararlanmalıdırlar.*
>
> *3. Bütün çocuklar ve gençler yararına, ebeveynlikten ya da başka koşullardan dolayı hiçbir ayrım gözetilmeksizin, özel koruma ve yardım tedbirleri alınmalıdır. Çocuklar ve gençler ekonomik ve sosyal sömürüden korunmalıdır. Onların ahlaki değerlerine ya da sağlıklarına zararlı olabilecek, hayatlarını tehlikeye sokabilecek ya da normal gelişmelerini engelleyebilecek işlerde çalıştırılmaları yasalarla cezalandırılmalıdır. Devletler, ayrıca, yaş sınırları koyarak, çocukların bu yaş sınırları altında ücretli olarak çalıştırılmasını yasalarla yasaklamalı ve cezalandırmalıdırlar."*

Görüldüğü üzere, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesinin 10. Maddesi, önceliği evlenme ve aile kurma hakkına değil, ailenin, anneliğin ve çocukların korunmasına vermiştir. Evlenmeyle ilgili olarak sadece evlenmenin, buna istekli olan eşlerin hür rızası ile olması gerektiğini ifade etmiştir.

2) Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından, 16 Aralık 1966 tarihinde kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (KSHS), 35. onay belgesinin Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliğine verilmesinden 3 ay sonrasına tekabül eden 23 Mart 1976 tarihinde çok taraflı bir anlaşma olarak yürürlüğe girmiştir.[34] Türkiye, Sözleşmeyi Ağustos 2000'de imzalamış ve Bakanlar Kurulu 2003/5851 sayılı kararıyla Temmuz 2003'de onaylamıştır.

Sözleşme, taraf devletlere, haklara saygı gösterme, hakları güvence altına alma[35], ulusal mevzuat ve uygulamayı Sözleşme ile bağdaşır hale getirme[36] ve hakları ihlal edilen kişilere etkili ve işleyen nitelikte hukuk yollarını temin etme[37] genel yükümlülüğü[38] yüklemektedir.

Sözleşme'de yer alan haklar listesine bakıldığında, büyük ölçüde İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hakların tekrarlandığı görülmektedir. İnsan Hakları Evrensel Bildirisinde yer alan hakların, bu Sözleşme kapsamında da tekrarlanması, hakların hukuken bağlayıcılık kazanmasını sağlamıştır.[39] Yukarıda değinildiği üzere, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin kendinden sonraki belgelere kaynaklık etmesi, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi bakımından da kendini göstermiştir.

Evlenme ve aile kurma hakkı, Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde 23. maddede düzenlenmiştir. Bu madde, büyük ölçüde İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin

---

[34] Mesut Gülmez, *Birleşmiş Milletler Sistemi'nde İnsan Haklarının Korunması*, TBB Yayınları No:60, Ankara 2004, s.199; Gemalmaz, s. 229.

[35] KSHS, m. 2/1.

[36] KSHS, m. 2/2.

[37] KSHS, m. 2/3.

[38] Sözleşmenin taraf devletlere getirdiği genel yükümlülükler hakkında daha fazla bilgi için bkz. Gemalmaz, s. 234-237.

[39] Gemalmaz, s. 242.

16. maddesi ile benzerdir. Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 23. maddesi şu şekildedir:

"*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 Sözleşme'ye Taraf Devletler, eşlerin evlilik konusunda, evliliğin devam ettiği sürece ve boşanmada eşit hak ve yükümlülüklere sahip olmaları için gerekli önlemleri alır. Boşanma halinde çocukların korunması için gerekli hükümler konur."[40]

Görüldüğü üzere, 23. madde evlenme ve aile kurma hakkını düzenlemiş ancak bu haklara ya da kavramlara ilişkin herhangi bir tanıma yer vermemiştir.

Sözleşmenin 28. maddesi ile Sözleşmede yer alan hakların uygulanmasını takip etmek ve değerlendirmek ve gösterilen hak ve özgürlüklere taraf devletlerin uymalarını sağlamak ve bunu denetlemek üzere bir İnsan Hakları Komitesi kurulmuştur. Komite, Sözleşme maddeleri ile ilgili ya da taraf devletlerin kendisine sunduğu raporlar üzerine genel yorumlar hazırlayıp iletmekle görevlidir. İşte bu görev çerçevesinde Komite, 1990 yılında Sözleşmenin 23. maddesi ile ilgili bir genel yorum[41] yapmıştır. Bu yorumda Komite, aile kurma hakkı ile ilgili olarak, aile kavramı devletten devlete ve hatta bir devlet içinde bölgeden bölgeye değişebildiğinden standart bir tanım vermenin mümkün olmadığını belirtmiştir. Bununla birlikte, mevzuat kapsamında ve fiilen aile olarak kabul edilen insan gruplarının 23. maddenin korumasından yararlanmalıdır. Komite bu yorum aracılığı ile devletlerden, kendi toplumlarında ve hukuk sistemlerinde yer alan aile kavramı ve içeriği ile ilgili bilgi istemiştir. Devletlerin, çekirdek ve geniş aile kavramlarını nasıl anladığını bilmek isteyen Komite, farklı aile türlerinin ne ölçüde

---

[40] Bu Sözleşme ve diğer Sözleşmelerin Türkçe metinleri için bkz. Erdal Abdulhakimoğulları (Edt.), *Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı*, 2. Bası, Adalet Yayınları, Ankara 2013, s. 613-614. .KSHS'nin bir diğer çevirisi için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri, II.Cilt Uluslararası Sistemler*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 119. Resmi Türkçe çeviri için bkz. RG, 21.07.2003, sayı:25175.

[41] Uyar, s. 45-47, İHK, 24/07/1990 tarih ve (39. oturum) 19 sayılı genel yorum.

tanındığı ile ilgili rapor talep etmiştir. Komite'ye göre, 23. maddenin gerektirdiği koruma tedbirleri, yasama faaliyetlerini, idari tedbirleri ve benzer tedbirleri de içine aldığından, devletlerin bu tedbirlerin etkinliğini rapor etmeleri gerekmektedir. Aile kurma hakkı, çocuk sahibi olmayı ve birlikte yaşamayı gerektirir. Devletlerin yapacakları aile planlaması Sözleşmeye aykırı ve ayrımcı olmamalıdır. Aile bireyleri, politik, ekonomik veya benzer nedenlerle ayrı yaşıyorlarsa, devlet, onların yeniden bir araya gelebilmeleri için gerekli tedbirleri almalıdır.

Evlenme kavramı ile ilgili olarak ise, genel yorumda, Sözleşmede erkek ve kadınlar için belirli bir evlenme yaşı öngörülmediği, bununla birlikte evlenme yaşının, hukukun öngördüğü şartlar altında kişilerin özgür ve tam bir rıza vermelerini mümkün kılacak bir yaş olması gerektiği belirtilmiştir. 23. maddenin Sözleşmenin diğer tüm haklarıyla uyum içinde anlaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda, bir devlette hem dini hem de resmi evliliklere olanak sağlanması gerekse de, ulusal hukuk kapsamında bir dini evliliğin aynı zamanda medeni hukuka uygun bir şekilde onaylanması ya da kaydedilmesi, Sözleşmeye aykırı değildir.

23. maddenin 4. paragrafında eşler arası eşitlik düzenlenmiştir. Bununla ilgili olarak Komite, evlilik nedeniyle uyrukluk kazanma ve kaybetme hallerinde cinsiyet ayrımcılığının yapılmaması gerektiğini belirtmiştir. Yine, eşlerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmeleri veya yeni bir soyadı seçebilmelerinde eşit haklara sahip olmaları beklenmektedir. Eşler, oturulacak evin seçiminde, ev işlerinin idaresinde, çocukların eğitiminde, malların yönetiminde ve evlilik ilişkisinden doğan benzer konularda, evlilik birliğinin bozulması ve ayrılık gibi tüm ilişkiler bakımından eşit olmalıdırlar. Bu nedenle, son olarak Komite, ayrılma veya boşanma durumlarında, çocuğun bakımı, nafaka, ziyaret hakkı veya velayet hakkının kazanılması veya kaybedilmesi hususlarında ayrımcı uygulamaların, çocuğun yüksek yararı bakımından yasaklanması gerektiğini vurgulamıştır.

Komite'nin Genel Yorum'daki yaklaşımından da anlaşıldığı üzere, esas düzenleme yetkisi taraf devletlerdedir. Bununla birlikte, Genel Yorum ile hakların kapsamı netleştirilmeye çalışılmış, devletlerin Sözleşmeyi ihlal etmelerine engel olunmaya çalışılmıştır.

3) Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Önlenmesi Sözleşmesi

4 Ocak 1969 tarihinde yürürlüğe giren, Türkiye'nin 2002 yılında katıldığı Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Tüm Biçimlerinin Önlenmesi Sözleşmesi, ırk ayrımcılığının önlenmesine ilişkin en önemli küresel düzenlemedir. Sözleşmenin 1. maddesi ırk ayrımcılığının bir tanımına yer vermiştir. Buna göre, siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel ya da toplum yaşamının başka bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin eşitlik temelinde tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanmayı önlemek ya da zedelemek amaç ya da sonuçlarıyla ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı herhangi bir ayrım, dışlama, kısıtlama ya da ayrıcalık tanıma ırk ayrımcılığıdır.

Sözleşmeye taraf devletler, her türlü ırk ayrımcılığını yasaklamayı ve tasfiye etmeyi ve herkesin ırk, renk veya ulusal veya etnik köken ayrımcılığına maruz kalmadan, özellikle Sözleşmenin 5. maddesinde sayılan hakları kullanırken hukuk önünde eşitlik hakkını güvence altına almayı taahhüt eder. Sözleşmenin 5. maddesinde sayılan haklardan biri de, evlenme ve eşini seçme hakkıdır. Dolayısıyla taraf devletler, evlenme ve eşini seçme hakkını güvence altına almakla yükümlüdür. Bu yükümlülük ayrımcılığa maruz kalmaksızın herkesin bu haktan eşit olarak yararlanmasını içerir.

4) Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Uluslararası Sözleşmesi

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Kaldırılması Sözleşmesi, kadınlara yönelik ayrımcılığı ortadan kaldırmayı amaçlayan özel konulu bir sözleşmedir. Sözleşmenin 1. maddesinde kadına yönelik ayrımcılık tanımlanmıştır. Buna göre, erkeklerle kadınların eşitliği temelinde ve medeni durumlarına bakılmaksızın siyasal, ekonomik, toplumsal, kültürel ya da bir başka alanda kadınların insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, bu hak ve özgürlüklerin kullanımını ve bunlardan yararlanmayı zedelemek ve kaldırmak amacıyla, cinsiyet temel alınarak yapılan herhangi bir ayrım, dışlama ya da kısıtlama kadına yönelik ayrımcılıktır.

Sözleşme, taraf devletlere çeşitli yükümlülükler yüklemiştir. Konumuzla ilgili olarak Sözleşmenin 16. maddesi şu yükümlülükleri öngörmektedir:

"1. Taraf Devletler kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacaklar ve özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara aşağıdaki hakları sağlayacaklardır:

a. Evlenmede erkeklerle eşit hak;

b. Özgür olarak eş seçme ve serbest ve tam rıza ile evlenme hakkı;

c. Evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında ayrı hak ve sorumluluklar;

d. Medeni durumlarına bakılmaksızın, çocuklarla ilgili konularda ana ve babanın eşit hak ve sorumlulukları tanınacak, ancak her durumda çocukların çıkarları en ön planda gözetilecektir;

e. Çocuk sayısına ve çocukların ne zaman dünyaya geleceklerine serbestçe ve sorumlulukla karar vermede ve bu hakları kullanabilmeleri için bilgi, eğitim ve diğer vasıtalardan yararlanmada eşit haklar;

f. Her durumda çocukların çıkarı en üst düzeyde tutularak ulusal yasalarda mevcut veli, vasi, kayyum olma ve evlat edinme veya benzeri müesseselerde eşit hak ve sorumluluklar;

g. Aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş (kadın-erkek) için, eşit kişisel haklar;

h. Ücret karşılığı olmaksızın veya bir bedel mukabilinde malın mülkiyeti, kazanımı, işletmesi, idaresi, yararlanılması ve elden çıkarılmasında her iki eşe de eşit haklar.

2. Çocuğun erken yaşta nişanlanması veya evlenmesi hiçbir şekilde yasal sayılmayacak ve evlenme asgari yaşının belirlenmesi ve evlenmelerin resmi sicile kaydının mecburi olması için, yasama dâhil gerekli tüm önlemler alınacaktır."

5) Birleşmiş Milletler Engelli Hakları Sözleşmesi

2006 yılında yürürlüğe giren BM Engelli Hakları Sözleşmesi, kendi seçimlerini yapma özgürlükleri ve bağımsızlıklarını da kapsayacak şekilde, engelli kişilerin insanlık onuru ve bireysel özerkliklerine saygı gösterilmesi; ayrımcılık yapılmaması; engellilerin topluma tam ve etkin katılımlarının sağlanması; farklılıklara saygı gösterilmesi ve

engellilerin insan çeşitliliğinin ve insanlığın bir parçası olarak kabul edilmesi; fırsat eşitliği; erişilebilirlik; kadın-erkek eşitliği ve engelli çocukların gelişim kapasitesine ve kendi kimliklerini koruyabilme haklarına saygı duyulması genel ilkeleri çerçevesinde engellilerin temel hak ve özgürlüklerini düzenler.

Sözleşmenin amacı, engellilerin tüm insan hak ve temel özgürlüklerinden tam ve eşit şekilde yararlanmasını teşvik ve temin etmek ve insanlık onurlarına saygıyı güçlendirmektir.

Sözleşmenin 1. maddesine göre, engelli kavramı, diğer bireylerle eşit koşullar altında topluma tam ve etkin bir şekilde katılımlarının önünde engel teşkil eden uzun süreli fiziksel, zihinsel, düşünsel ya da algısal bozukluğu bulunan kişileri içermektedir.

Sözleşmenin 4. maddesine göre, Taraf Devletler, engelliliğe dayalı herhangi bir ayrımcılığa izin vermeksizin tüm engellilerin insan hak ve temel özgürlüklerinin eksiksiz olarak yaşama geçirilmesini sağlamak ve engellilerin hak ve özgürlüklerini güçlendirmekle yükümlüdür.

Sözleşmenin 23. maddesine göre Taraf Devletler, evlilik, aile, ebeveynlik ve özel ilişkilere dair meselelerde engellilerin diğer bireylerle eşit olduğunu gözeterek, engellilere karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygun tedbirleri etkin bir şekilde almakla yükümlüdür. Bu çerçevede şu hususlar Taraf Devletlerce sağlanmalıdır:

> *"a. Evlilik çağına gelmiş engellilerin evlenme ve aile kurma hakkının tanınması ve bu hakkın evlenmek isteyen eşlerin serbest iradeleri ve rızaları doğrultusunda kullanılması;*
>
> *b. Engellilerin çocuklarının sayısına ve yaş aralığına, serbestçe ve sorumluluğunu taşıyarak karar verme hakkının tanınması ve yaşlarına uygun bilgiye, üreme ve aile planlaması eğitimine erişim hakkının tanınması ile bu haklarını kullanmaları için gereken araçların oluşturulması;*
>
> *c. Çocuklar dahil olmak üzere engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında doğurganlıklarından mahrum bırakılmaması."*

C. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Esas adı "İnsan Haklarının ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesi[42]" olan, ancak yaygın kullanımla "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi" olarak bilinen Sözleşme, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin Dışişleri Bakanları tarafından 04.11.1950'de imzalanmış ve 03.09.1953'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, Sözleşmeyi imzaya açıldığı gün imzalamış, ancak 1954[43] yılında onaylamıştır. Avrupa Konseyi üyesi 47 ülkenin tamamı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini onaylamıştır. Sözleşmeye ek 14 Protokol bulunmaktadır.

Sözleşme, güvence altına aldığı hakları, uluslararası bir yargısal denetim sistemiyle korumakta ve bireylere sağlanan güvenceyi yaptırıma bağlamakta olduğundan büyük önem taşımaktadır. Zira bu yolla Sözleşme, bireyi uluslararası hukukta hak sahibi yapmıştır.[44]

Sözleşme, içerdiği hakları korumak bakımından yargısal denetim sistemi öngörmüştür. Bu denetim sisteminin tek organı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM)'dir.[45] Mahkeme, Genel Kurul, Komiteler, Bölümler, Daireler ve Büyük Daire şeklinde çalışmaktadır. Mahkeme, devlet başvurusu ve bireysel başvuru yoluyla önüne gelen davaları karara bağlamaktadır. Yaptığı yargılamalar sonunda Mahkemenin verdiği kararlar kesindir ancak kararların bağlayıcılığı nispidir, yani sadece dava konusu ve dava taraflarıyla sınırlıdır. Mahkeme kararlarının ülkeler tarafından yerine getirilip getirilmediğinin denetimini Bakanlar Komitesi yapmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisinden büyük ölçüde esinmiş olup, klasik hakları yani kişisel ve siyasal hakları güvence altına almıştır. Sözleşmede yer alan haklar şu şekildedir: Yaşam hakkı (m.2), İşkence, insanlık dışı ve onur kırıcı davranışta bulunma ve ceza verme yasağı (m.3), kölelik, kulluk, zorla

---

[42] "*Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*"

[43] 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı "İnsan Haklarını ve Ana Hürriyetleri Koruma Sözleşmesi ve Buna Ek Protokolün Tasdiki Hakkında Kanun", 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı RG.

[44] A. Şeref Gözübüyük – Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi*, 9. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 11.

[45] 11 No.lu Protokol denetim organını teke (AİHM) düşürmeden evvel, Komisyon ve Divan olmak üzere ikili yapı mevcuttu. Bununla ilgili olarak bkz. Gözübüyük – Gölcüklü, s. 24-25; Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, cilt II*, s. 25-33.

çalıştırma ve angarya yasağı (m.4), kişi özgürlüğü ve güvenliği (m.5), adil yargılanma (m.6), suç ve cezaların kanuniliği (m.7), özel hayata ve aile hayatına, konut ve haberleşme özgürlüğüne saygı (m.8), düşünce, vicdan ve din özgürlüğü (m.9), düşünceyi açıklama özgürlüğü (m.10), toplantı ve örgütlenme özgürlüğü (m.11), evlenme ve aile kurma hakkı (m.12), hak arama özgürlüğü (m.13).

Bu çalışmanın konusu olan evlenme ve aile kurma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde 12. maddede düzenlenmiştir.

"*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal kanunlar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir*."[46]

12. madde ile ilgili değerlendirmeler, bu çalışmanın ikinci bölümünde detaylı bir şekilde incelenecektir.

D. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı

1) Genel Olarak

Bugün Avrupa Birliği sadece ekonomik bir birlik değil, aynı zamanda bir değerler birliğidir. Özü itibariyle bir değerler topluluğu olan Avrupa Birliğinin temel değerleri; özgürlük, demokrasi, insan hakları ve temel özgürlüklere saygı ve hukukun üstünlüğüdür. Avrupa Birliğinin bir değerler topluluğu olduğu özellikle temel haklar alanında kendisini açıkça göstermektedir. Nitekim Avrupa Birliği uzun bir süreden beri yalnızca hukuk topluluğu olarak değil, aynı zamanda temel hak topluluğu olarak da kabul edilmektedir.[47]

Avrupa Birliği'nde temel hakların korunması, 1969 yılında Stuttgart İdare Mahkemesinin başvurusu üzerine ATAD'ın vermiş olduğu *Stauder* kararıyla[48] başlamış ve bu koruma 2000'li yıllara kadar üye devletlerdeki ortak anayasal ilkeler ve özellikle de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi temelinde geliştirilerek sürdürülmüştür. Ancak

---

[46] Gözübüyük – Gölcüklü, s.343. Sözleşme'nin RG'de yayımlanan çevirisi için bkz. 19.03.1954 tarih ve 8662 sayılı RG.

[47] Eckhard Pache - Franziska Rösch,, "Die Grundrechte der EU nach Lissabon", *Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht*, Heft 10, Oktober 2009, s. 394; Jörg Philipp Terhechte, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010, s. 7.

[48] EuGH, 12.11.1969, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419.

böyle bir temel hak koruma sisteminin daha fazla sürdürülemeyeceği anlaşılınca, temel hakları daha anlaşılır bir şekilde formüle etme, temel haklara daha seçkin bir yer verme, Avrupa Birliğinin meşruiyetini güçlendirme, temel hakları Birlik vatandaşları için "görünür kılma" ve temel hak korumasının düzeyini yükseltmek amacıyla 7 Aralık 2000 tarihinde Nice zirvesinde Avrupa Parlamentosu, Konsey ve Komisyon'un ortak kararıyla Temel Haklar Şartı ilan edilmiştir. Böylelikle AB tarihinde ilk defa hem siyasi, ekonomik ve sosyal haklar hem de kişisel ve yargısal haklar tek bir belgede toplanmıştır. Temel Haklar Şartının amacı, AB kurumlarının insan haklarına saygı duymasını sağlamak, temel hakları güvence altına almak suretiyle etkin bir şekilde korumaktır. Başlangıçta hukuki bağlayıcılığa sahip olmayan Temel Haklar Şartı, 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Lizbon Antlaşması ile hukuki bağlayıcılığa kavuşmuş ve AB antlaşmalarıyla aynı hukuki değere sahip olmuştur. Böylelikle AB; temel hakları kapsamlı ve sistematik şekilde düzenleyen, Birliğin kabul edilebilirliğini ve meşruluğunu güçlendiren, birincil hukuk düzeyinde yer alan ve hukuken bağlayıcı bir temel haklar kataloguna sahip olmuştur. Temel Haklar Şartının hem hukuken bağlayıcı hale gelmesi hem de Antlaşmalar ile aynı hukuki değere sahip olması, Avrupa Birliği alanında temel hakların güvence altına alınmasını ve korunmasını dikkate değer şekilde güçlendirmiştir. Temel Haklar Şartı ile birlikte ilk defa Avrupa Birliğinin bütün organlarını ve kurumlarını bağlayan bir metin ortaya çıkmıştır. Bundan sonra Avrupa Birliği'nin bütün işlemlerinin Şarta uygunluğu denetlenebilecektir.[49]

Temel Haklar Şartında toplam 54 madde yer almakta ve bir başlangıç ve yedi bölümden oluşmaktadır. Birinci bölüm "insan onuru" (m. 1-5), ikinci bölüm "özgürlükler" (m. 6-19), üçüncü bölüm "eşitlik" (m. 20-26), dördüncü bölüm "dayanışma" (m. 27-38), beşinci bölüm "vatandaşlık hakları" (m. 39-46), altıncı bölüm "yargısal haklar" (m. 47-50) ve son olarak yedinci bölüm "genel hükümler" (m. 51-54) başlığını taşımaktadır.

Evlenme ve aile kurma hakkı, Şartın "özgürlükler" başlığını taşıyan ikinci bölümünün 9. maddesinde yer almaktadır:

[49] Yüksel Metin - Ümmühan Kaygısız, "Avrupa Birliği'nde Temel Hakların Korunması ve Lizbon Antlaşması'nın Getirdiği Yenilikler", *S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.I, S.1, Yıl 2011, s. 155.

"Evlenme ve aile kurma hakkı, bu hakların kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar tarafından teminat altına alınır."

Temel Haklar Şartının 9. maddesi, evlenme ve aile kurma özgürlüğünü güvence altına almaktadır. 9. maddede düzenlenen haklar birçok üye devletin anayasalarında da yer almaktadır. Ancak, üye devletlerin anayasalarında yer alan güvenceler Temel Haklar Şartı'ndan daha dar kapsamlıdır.[50]

a. Temel Haklar Konvansiyonundaki Tartışmalar

Evliliğin ve ailenin korunması, baştan itibaren Temel Haklar Şartını hazırlayan Konvansiyonun gündeminde yer almıştır. Gerçi, Temel Haklar Konvansiyonu Başkanlık Divanı tarafından hazırlanan temel haklar listesinde ilk başta yalnızca aile kurma hakkı ve bunun yanı sıra 1989 tarihli Temel Haklar ve Temel Özgürlüklere Dair Avrupa Birliği Parlamentosu Bildirisinin 7. maddesi doğrultusunda ailenin hukuki, ekonomik ve sosyal açıdan korunmasının sağlanması yer almaktaydı. Ancak, yapılan birkaç toplantıdan sonra Temel Haklar Konvansiyonunda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesindeki düzenlemenin esas alınması yönünde bir eğilim ortaya çıkmış ve yapılacak düzenleme evlenme hakkını da içine alacak şekilde genişletilmiştir. Temel Haklar Konvansiyonunda Almanya adına yer alan temsilci Meyer tarafından sunulan evlilik ve ailenin korunmasına dair öneri, Konvansiyonda kabul görmüştür. Meyer'in önerisinde, Alman Anayasasındaki düzenleme örnek alınarak kurumsal bir güvence, evliliğe dayanmayan birlikte yaşam için ayrımcılık yasağı ve bakım sorumluluğu yer almaktaydı.[51]

İlk madde önerisi, Temel Haklar Konvansiyonu Başkanlığı tarafından konvansiyon bünyesindeki 5 numaralı komisyona sunulmuştur. Sunulan bu madde önerisinin ilk fıkrasında aile kurma hakkına yer verilmiş, 2. fıkrasında ailenin hukuki, ekonomik ve sosyal olarak korunması ve 3. fıkrasında çocuğun korunmasına yer verilmiştir. Başkanlık önerisi, konvansiyonun 2-3 Mart 2000 tarihinde gerçekleştirilen 4. oturumunda birçok açıdan eleştirilmiştir. Hatta bazı delegeler, 9. madde önerisinin

---

[50] Norbert Bernsdorff, Art. 9, Rn. 1, in: Jürgen Meyer (Hrsg.), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2011.

[51] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 6.

Avrupa Birliğinin aile hukukuna ilişkin konularda düzenleme yapma yetkisinin olmaması nedeniyle bütünüyle reddedilmesini önermiş ise de bu öneri, çoğunluğun desteğini alamamıştır. Taslak metin, ulusal hukuk düzenlerine bir atıf içermemesi ve aile kavramını tanımlama konusunda üye devletlere takdir hakkı bırakılmaması gibi çok temel konularda eleştirilmiştir. Ayrıca, evlilik, başkanlık önerisinde koruma altına alınmamıştır. Komisyondaki tartışmalar sırasında birçok konvansiyon üyesi, 9. maddenin 2. ve 3. fıkralarındaki güvencelerin birbirinden ayrılarak ayrı bir temel hak olarak düzenlenmesini istemişlerdir.[52]

İkinci taslak metin çerçevesinde Temel Haklar Konvansiyonu Başkanlığı, değişiklik önerilerinin bir kısmını dikkate almıştır. Buna göre, aile kurma özgürlüğüne evlenme özgürlüğü de eklenmiş ve üye devletlerin kanunlarına atıf yapılmış, böylece madde önerisi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine benzer bir metne dönüşmüştür. Çocukların korunmasına dair düzenleme madde önerisinden çıkarılmış, bunun yerine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesindeki bazı güvenceler metne alınmıştır. Temel Haklar Konvansiyonunun 20-21 Mart 2000 tarihlerinde gerçekleştirilen 5. oturumunda, Konvansiyon üyeleri, 13. maddenin 2. fıkrası üzerinde, evlenme ve aile kavramlarının açıklanmasının lehinde ve aleyhinde oldukça ideolojik tartışmalar yapmışlardır. Ağırlıklı olarak üzerinde tartışılan konu, evlenme ve aile kurmaya ilişkin temel hakkın içeriğinde hangi hususların yer alacağı idi. Örneğin, madde metninin karşıt cinslerin evliliğinin yanı sıra eşcinsellerin birlikte yaşamalarını veya evlilik dışı birlikte yaşamı kapsayıp kapsamayacağı ve aile kurumunun evliliğe dayandırılmasının zorunlu olup olmadığı tartışılmıştır. Bu tartışmalar sonucunda Konvansiyon üyelerinin çoğunluğu şu hususta uzlaşmaya varmışlardır: temel hakların içeriği düzenlenirken, temel hakkın içeriği mümkün olduğunca ucu açık şekilde formüle edilmeli ve tartışmalı hususlara açıkça cevap vermeden üye devletlerin ulusal hukuklarına atıf yapılmakla yetinilmelidir. Konvansiyon üyelerinden Fayot, evlenme ve aile kurma özgürlüğünün birbirinden farklılığını vurgulamak amacıyla madde metni düzenlenirken evlenme özgürlüğü ve aile kurma özgürlüğünün iki ayrı fıkrada düzenlenmesini önermiştir.[53]

---

[52] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 7.

[53] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 8.

b. Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kaynağı ve Önemi

Temel Haklar Şartının 9. maddesinde düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesindeki düzenlemeye dayanarak hazırlanmıştır. 9. madde hükmü, Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin 3. fıkrası uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesindeki güvencenin gerisine düşmeyecek şekilde uygulanır.

Temel Haklar Şartının 9. maddesindeki evlenme ve aile kurma hakkının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine dayandığı Konvansiyon Başkanlığının açıklamasında açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte toplumsal gelişmeler dikkate alınarak maddenin formülasyonu değiştirilmiştir. Böylelikle evlilik olmasa bile bir ailenin kurulabileceğine ilişkin üye devletlerdeki hukuki düzenlemeler de tanınmış olmaktadır. Şartın 9. maddesi, eşcinsellerin birlikte yaşamını ne yasaklamakta ne de ona evlilik statüsü tanımaktadır.[54]

Temel Haklar Şartının 9. maddesi, evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına almak suretiyle insan haklarının uluslararası korunmasına uyum sağlamıştır. Bu nedenle 9. maddenin yorumunda uluslararası sözleşmelerdeki hükümlerin dikkate alınması gerekir. Temel Haklar Şartı'nın 9. maddesi, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 23. maddesindeki güvenceleri içermektedir.

Söz konusu sözleşmenin 23. maddesinin 1. fıkrasına göre: "Aile toplumun doğal ve esaslı bir birimidir ve aile, toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına sahiptir." Aile kavramı, üye devletlerdeki farklı anlayışlardan dolayı geniş yorumlanmalıdır. Sözleşmenin 23. maddesinin 2. fıkrası, sözleşmeye taraf devletleri, kadın ve erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını tanımakla yükümlü kılmaktadır. Sözleşmenin 23. maddesinin 2. fıkrasındaki "evlilik çağına gelen" ifadesinden ne anlaşılması gerektiği üye devletlerin ulusal, kültürel ve dini gelenekleri dikkate alınarak cevaplandırılmalıdır. Sözleşmenin 23. maddesinin 3. fıkrası evlenecek eşlerin "tam ve serbest iradeleri ile kurulmayan evlilik geçerli sayılmaz" demek suretiyle bireysel evlenme özgürlüğünün korunmasını güçlendirmektedir. Nihayet sözleşmenin 23. maddesinin son fıkrası evlilik

[54] Peter J. Tettinger, "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union", *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 14, 2001, s. 1012.

konusunda kadın ve erkeklerin eşitliği ilkesinin öngörmekte, evlilikte cinsiyet ayrımcılığını yasaklamaktadır.

Temel Haklar Şartının 9. maddesinde yer alan güvencelerin bir insan hakkı niteliğinde olma özelliği ayrıca Birleşmiş Milletler Siyasal ve Kişisel Haklar Sözleşmesinin 10. maddesi ile de desteklenmektedir. Söz konusu Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre: "taraf devletler aileyi toplumun doğal ve temel bir birimi olarak tanımak ve aileye geniş koruma ve yardım sağlamakla yükümlüdürler". Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 23. maddesinin 3. fıkrasında olduğu gibi Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Sözleşmenin 10. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesi de taraf devletlerden evlenme özgürlüğünü yasal düzenlemelerle güvence altına almalarını talep etmektedir.

Genel kabul gören görüşe göre, 9. madde, iki ayrı temel hakkı içermektedir. Ancak Temel Haklar Konvansiyon Başkanlığınca hazırlanan açıklamalarda tekil olarak sadece haktan söz edilmektedir. Bu, şu anlama gelir ki, maddede yer alan evlenme ve aile kurma hakkı bir bütünün iki farklı parçası olup neticede tek bir hak olarak görülebilir. 9. maddenin içeriğine bakıldığında, yalnızca evlenme ve aile kurma hakkının yer aldığı görülmektedir. Bu madde temel hak sahiplerinin bireysel özgürlüklerini koruduğundan bir savunma hakkı niteliğindedir. 9. madde, üye devletlerin hukukuna atıfta bulunmuş olmasına rağmen, Şartın 52. maddesinin 5. fıkrası anlamında yalnızca bir ilke değil, aynı zamanda dava edilebilir bir hak niteliğindedir. 9. maddenin sağladığı güvence büyük ölçüde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesindekinden daha ileri düzeydedir. Kuşkusuz 9. madde öncelikle bir savunma hakkı işlevine sahiptir.[55]

Diğer hak ve özgürlükler ile karşılaştırıldığında 9. maddede düzenlenen temel hakkın üç özelliğe sahip olduğu görünmektedir: (1) Kuşkusuz evlenme ve aile kurma hakkı, Avrupa Birliğinin yetki ve faaliyet alanı dışında kalır. Avrupa Birliği Antlaşması, üye devletlerde oldukça farklı olan maddi aile hukukunun uyumlu hale getirilmesine yönelik spesifik bir hukuki temel içermektedir. Bugüne kadar çatışan hukuk kurallarının ortadan kaldırılması ve ayrımcılık yasağının uygulanması ön planda olmuştur. (2)

[55] Hans D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Verlag C. H. Beck, München 2010, Art. 9, Rn. 2.

Ayrıca, diğer temel haklardan farklı olarak evlenme ve aile kurma hakkında ulusal yasa koyuculara oldukça geniş bir düzenleme yetkisi tanınmıştır, çünkü bu hakkın düzenlenmesinde üye devletlerin yasalarına atıf yapılmıştır. Evlenme ve aile kurma hakkı çerçevesinde üye devletlerin saklı bir düzenleme yetkisinin olduğunu söylenebilir. (3) Nihayet, Temel Haklar Şartının 9. maddesinde yer alan evlenme ve aile kurma hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesindeki düzenlemeye büyük ölçüde paraleldir, bununla birlikte Temel Haklar Şartındaki düzenlemenin kapsamı daha geniştir.[56]

Her ne kadar, evlenme ve aile kurma hakkının kapsamı ve sınırlarının belirlenmesinde üye devletlerin yasaları belirleyici olsa da, bundan 9. maddenin normatif bir içeriğe sahip olmadığı sonucu çıkmaz. 9. madde, içeriği bütünüyle başka bir kaynak aracılığıyla belirlenen yalnızca normatif kılıfa bürünmüş bir madde değildir. 9. madde ile daha çok normun özü güvence altına alınmıştır. Böylelikle insan haklarının uluslararası alanda korunması ile ilgili üye devletlerin yükümlülüklerinin çerçevesi çizilmiş ve ulusal hukuk yoluyla içeriğinin boşaltılmasının önüne geçilmiştir. 9. maddede üye devletlerin yasalarına atıf yapılması, genel bir yasa kaydı olmayıp aksine yalnızca maddede güvence altına alınan hakların kullanılmasının sınırlandırılmasına ilişkindir.[57]

c. Uygulama Alanı

Şartın 51. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesine göre, 9. madde, Avrupa Birliği ve kurumlarını yükümlülük altına sokmaktadır. Ayrıca üye devletler ve onların kurumları, Avrupa Birliği hukukunu uygularken 9. madde hükmüyle bağlıdırlar. 9. madde özel kişileri yükümlülük altına sokmamaktadır. Ancak 9. madde hükmünün, özel hukuk hükümleri uygulanırken temel haklara uygun yorum çerçevesinde dikkate alınması gerekir.[58]

d. Diğer Temel Haklarla Olan Sınırı

9. madde, evlenme ve aile kurma özgürlüğünü korurken evlilik içindeki eylem ve işlemler öncelikle 7. maddedeki özel hayata saygı hakkı yoluyla ve aile içindeki

[56] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 12.

[57] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 13.

[58] Jarass, Art. 9, Rn. 3.

eylem ve işlemler 7. maddedeki aile hayatına saygı hakkı yoluyla korunur. 9. madde, 7. madde karşısında –lex specialis- yani özel hüküm olarak uygulanır. Keza, 33. maddenin 1. fıkrasındaki ailenin korunmasına ilişkin hükmün karşısında da yine 9. madde özel hüküm niteliğindedir. 9. madde şartın 33. maddesinin 2. fıkrasındaki annenin ve ebeveynin korunmasına ilişkin düzenlemeyle herhangi bir şekilde kesişmez.[59]

2) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Koruma Alanı

a. Evlenme Hakkı

9. madde anlamında evlenmeden daha çok, kadın ve erkeğin birlikte yaşaması anlaşılır. Kuşkusuz Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi karşısında Şartın 9. maddesinin bu konuda daha geniş kapsamlı bir düzenleme getirdiği görülmektedir. Gerçekten Şartın 9. maddesi, maddenin lafzından ve Şartın açıklamasından da anlaşılacağı üzere üye devletlere temel hakkın kapsamını, eşcinsel birlikte yaşamı da kapsayacak şekilde genişletme imkânı tanımaktadır. Bununla birlikte Temel Haklar Şartı, üye devletleri eşcinsel birlikte yaşamı tıpkı bir evlilik gibi kabul etmeye zorlamamaktadır. Üye devletler kendi iç hukuklarında evlenme hakkının koruma alanını karşıt cinslerin birlikte yaşamı ile sınırlı tutabilirler. Eğer üye devletler evlenme hakkının kapsamını bu şekilde sınırlı tutarlarsa homoseksüel bir birlikteliğin sürdürülmesi 7. maddedeki özel hayata saygı hakkı yoluyla korunur. Cinsiyet değişikliğinden sonra bir transseksüel, karşıt cinsten biriyle evlenmek isterse 9. maddenin sağladığı korumadan yararlanır. 9. maddenin koruma alanı yalnızca evlenme ve evlenmemeyi kapsar. Var olan bir evliliğin sona erdirilmesi yani boşanma, 9. maddenin koruma kapsamında değildir. Belirttiğimiz bu son husus Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi bakımından da geçerlidir.[60]

9. madde, her şeyden önce evlenme özgürlüğü hakkını güvence altına almaktadır. Evlenme akdinin tarafların tam ve serbest iradelerine dayanması, üye devletlerce ortadan kaldırılamayacak temel bir prensiptir. Bu anlamda bireysel evlenme özgürlüğü evlenmeye karar verme özgürlüğünü, partnerini seçme özgürlüğünü, evlenmenin zamanını belirleme özgürlüğünü kapsar. Evlenme özgürlüğünün negatif

---

[59] Jarass, Art. 9, Rn. 4.

[60] Jarass, Art. 9, Rn. 5-6.

yönü de vardır. Negatif evlenme özgürlüğünün bir sonucu olarak hiç kimse evlenmeye zorlanamaz. 9. maddede güvence altına alınan evlenme özgürlüğü, evlenmede cinsiyet ayrımcılığı öngören ulusal düzenlemelerle bağdaşmaz. 9. maddedeki hükmün bir insan hakkı olması dikkate alındığında aynı durum ırk, uyrukluk veya dine dayalı ayrımcılık için de geçerlidir. 9. madde yeniden evlenme hakkını ve boşanma hakkını kapsamaz, çünkü eski evlilik ortadan kalkmadan bu düşünülemez. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi bu soruna bir cevap içermemektedir. Temel Haklar Şartının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinden farklı olarak, bu konuya açıklık getirmesi gerektiği söylense de, sonuçta norm metninde bu soruya ilişkin açıklık getirecek bir ifadeye yer verilmemiştir.[61]

Temel Haklar Şartının 9. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden farklı olarak, eşcinsel birlikteliğin evlilik olarak tanınmasını kabul etmektedir. Her ne kadar 9. madde hükmünden eşcinsel birliktelikler için evlilik statüsünün tanınmasını isteme hakkı çıkarılamasa da, üye devletlerin hukuklarında böyle bir statü tanınmasına da engel değildir. Eşcinsel birlikteliğe dayanan evliliklere, geleneksel evliliklerle aynı ölçüde muamele edilmesi suretiyle 9. maddenin koruma alanı genişletilmiş olmaktadır. Aynı cinsiyete mensup iki kişi arasındaki evlilik fenomeni, cinsel yönelim dikkate alınmaksızın ele alınamayacağı için 9. madde ile 21. maddenin 1. fıkrasındaki ayrımcılık yasağı arasında doğrudan bir ilişki vardır.

Evlenme hakkı bazı sınırlama ve kısıtlamalara tabidir. 9. madde koruma alanı bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ile örtüştüğü ölçüde, Temel Haklar Şartının 52. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesinde yer alan sınırlamalar geçerli olacaktır. Bu kesişme alanı dışında 52. maddenin 1. fıkrasındaki sınırlamaya ilişkin genel hükme göre temel haklara müdahalenin koşulları ve sınırları belirleyici olacaktır. Bir üye devlet, 9. maddenin koruma alanını (evlenme hakkını), eşcinsel evliliği de kapsayacak şekilde genişletmek istediğinde, bu konuda bir takım sınırlamalar getirebilir. Böyle bir durumda çifte sınırlama vardır: böyle bir hakkın tanınması halinde, bu hakkın kullanılmasına ilişkin sınırlamaların tespitinde yasa koyucuya bütünüyle serbestlik tanınmış değildir. Ulusal hukukta öngörülen sınırlamalar Şartın 52. maddesinin 1. fıkrasındaki ölçütlere uygun olmak zorundadır. Eşcinsellerin evlenme

[61] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 15.

hakkını kullanmasını tanıyıp tanımama ulusal yasa koyucuya verilmiştir. Ancak üye devletler bunu yaparken Şartın 52. maddesinin 1. fıkrasındaki ölçülülük ilkesine ve diğer koşullara uymak zorundadırlar.[62]

b. Aile Kurma Hakkı

Aile, ebeveyn ve çocuklardan oluşur. 7. maddede olduğu gibi ebeveyn arasında hukuken geçerli bir evliliğin bulunup bulunmamasının bir önemi yoktur. Aile kurma hakkı, çocuk sahibi olmayı, bir çocuğu evlat edinmeyi ya da koruyucu aile olmayı da içerir. Bununla birlikte, aile içerisindeki davranışlar, 7. madde kapsamına girdiği ölçüde 9. madde kapsamına girmez.[63]

c. Temel Hakkın Sahipleri

Temel hakkın sahipleri insanlar yani tüm gerçek kişilerdir. Evlenme ve aile kurma hakkı, bir insan hakkı niteliğinde olduğundan hak sahibi olma bakımından vatandaşlığın bir önemi yoktur. Dolayısıyla yabancılar ve vatansızlar da bu haktan yararlanır.[64] Ancak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde olduğu gibi, evlenme için asgari bir yaş şartı aranabilir. Böyle bir koşul, evlenmenin temel hak sahibinin serbest ve tam iradesine dayanması gerektiğinden getirilmiştir. Bu durum aile kurma hakkı için de geçerlidir. Transseksüeller 9. maddeye dayanabilirler. Evlenme ve aile kurma hakkı, niteliği gereği tüzel kişilere uygulanamaz.[65]

3) Evlenme ve Aile Kurma Hakkına Yönelik Müdahaleler

Evlenme ve aile kurma hakkının yükümlüleri, evlenme veya aile kurmayı yasaklarsa ya da bu hakların kullanılmasını önemli ölçüde kısıtlarsa evlenme ve aile kurma hakkına yönelik bir müdahale var demektir. Evlenme özgürlüğüne örneğin evlenme yasakları veya evlenme engelleriyle müdahale edilebilir. Keza aile kurma özgürlüğüne, doğum kontrolüne ilişkin düzenlemeler ya da zorla kısırlaştırma yoluyla müdahale edilebilir. Dolaylı müdahaleden söz edebilmek için bunun belirli bir ağırlığa

---

[62] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 17.

[63] Jarass, Art. 9, Rn. 7.

[64] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 23.

[65] Jarass, Art. 9, Rn. 8.

ulaşması gerekir.[66] 9. maddedeki hakların uygulama alanının çok sınırlı olduğu dikkate alındığında Avrupa Birliğinin bu haklara müdahalesi de sınırlı olacaktır.

4) Müdahalenin Hukuka Uygunluğu

a. Müdahalenin Dayanağı ve Yasallığı

Evlenme ve aile kurma hakkı 9. maddede düzenlenirken, "bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar tarafından teminat arlına alınır" hükmüne yer verilmiştir. Benzer bir düzenleme Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde de yer almaktadır. Bu durum somutlaştırma ve düzenleme kaydı olarak anlaşılmaktadır. Buna göre evlenme ve aile kurma hakkının kapsamı ve sınırları büyük ölçüde üye devletlerin yasalarıyla belirlenecektir. Bununla birlikte getirilen sınırlamalar Şartın 52. maddesinin 1. fıkrasına uygun olmak zorundadır. Evlenme ve aile kurma hakkına getirilecek sınırlamaların mutlaka yasal bir dayanağı olmalıdır.[67]

b. Ölçülülük İlkesi

Evlenme ve aile kurma hakkı düzenlenirken ve sınırlandırılırken ölçülülük ilkesine uyulmalıdır. Ölçülülük ilkesine uyulması gerektiği Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi çerçevesinde de kabul edilmektedir. Ölçülülük ilkesi uyarınca evlenme ve aile kurma hakkı sınırlandırılırken sınırlamada kullanılan araç, ulaşılmak istenen amaç bakımından elverişli ve gerekli olmalıdır. Ayrıca, ulaşılmak istenen amaç ile temel hak sahiplerine getirilen yükümlülükler arasında ölçüsüz bir orantı olmaması gerekir.[68]

9. maddenin üye devletlerin hukukuna atıf yapması nedeniyle hangi birlikteliklerin evlilik olarak kabul edileceği, evlenme ve aile kurma hakkının koruma alanının nereye kadar uzandığı ve benzeri konularda üye devletlere bir serbestlik tanınmıştır. Üye devletler, bu konularda düzenleme yaparken ölçülülük ilkesine ve

[66] Jarass, Art. 9, Rn. 9.

[67] Jarass, Art. 9, Rn. 10.

[68] Jarass, Art. 9, Rn. 11.

Şartın 21. maddesinin 1. fıkrasındaki ayrımcılık yasağını dikkate almak zorundadırlar. Üye devletlerin yalnızca evli kişilere evlat edinme hakkını tanıması meşrudur.[69]

c. Evlenme ve Aile Kurma Hakkına İlişkin İçtihatlar

Avrupa Birliği Adalet Divanı bugüne kadar evlenme ve aile kurma özgürlüğü konusunda karar vermiş değildir. Bununla birlikte Adalet Divanı, aile hayatına saygıyla bağlantılı olarak kararlarında evlenme ve aileye ilişkin bazı görüşlerine de yer vermiştir. Örneğin, 1998 tarihli Grant kararında Adalet Divanı, evlilik kavramının Avrupa Birliği Hukuku açısından ne anlam ifade ettiğini yorumlamıştır. Avrupa Birliği Adalet Divanı Genel Savcısı Mischo'ya göre, "9. maddede yer alan aile kurma hakkında aynı cinsiyete mensup kişilerin birlikte yaşamına evlilik statüsünün verilmesine Temel Haklar Şartı tarafından ne yasak getirilmiştir ne de bu maddede öngörülmüştür" şeklinde yorumlanmalıdır. Dolayısıyla aile kavramının kapsamı büyük ölçüde üye devletlerin hukuk düzenlerine bakılarak belirlenmelidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, Temel Haklar Şartının 9. maddesine paralel bir düzenleme içerdiğinden Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin kararları, 9. maddenin yorumunda ve uygulanmasında yol gösterici nitelikte olacaktır.[70]

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

A. Federal Almanya

Federal Alman Anayasasının 6. maddesi[71], evlilik, aile ve evlilik dışı çocukları düzenlemektedir. Söz konusu maddenin birinci fıkrasında "Evlilik ve aile, devlet

---

[69] Jarass, Art. 9, Rn. 12.

[70] Jarass, Art. 9, Rn. 151.

[71] *"Madde 6. Evlilik, aile ve evlilik dışı çocuklar*

(1) Evlilik ve aile, devlet düzeninin özel koruması altındadır.

(2) Çocukların bakım ve eğitimi, ana ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Devlet toplumu, onların bu görevi yerine getirmelerini gözetir.

(3) Velilerin iradesine aykırı olarak çocukları ailelerinden ayırmak, ancak bir yasaya dayanarak ve velilerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya başka nedenlerle çocukların bakımsız kalmaları durumunda olanaklıdır.

(4) Her anne, toplumun koruma ve himayesini isteme hakkına sahiptir.

düzeninin özel koruması altındadır" hükmüne yer verilmek suretiyle evlilik ve aile güvence altına alınmış ve devlet tarafından korunması öngörülmüştür. Maddenin ikinci fıkrasına göre, çocukların bakım ve eğitimi, ana ve babanın doğal hakkı ve en önde gelen yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün anne-baba tarafından yerine getirilip getirilmediği devlet tarafından gözetilir. Üçüncü fıkra, çocukların ailesiyle birlikte yaşama hakkına sahip olduğunu, velilerin iradesine aykırı olarak çocukların ailelerinden ayırmanın ancak bir yasaya dayanarak ve velilerin yükümlülüklerini yerine getirmemeleri veya başka nedenlerle çocukların bakımsız kalmaları durumunda mümkün olduğunu öngörmektedir. Dördüncü fıkra, ebeveynler içinde anneyi öne çıkarmakta ve hamilelik, doğum ve emzirme gibi hallerde annenin devletin koruma ve himayesini isteme hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Beşinci fıkrada ise, evlilik dışı çocuklara, gerek bedeni ve manevi gelişimleri gerekse toplum içindeki konumları bakımından evlilik içi çocuklarla eşit koşulların sağlanması gerektiği ifade edilmektedir.

Federal Alman Anayasasının 6. maddesi, temel hakların farklı işlevlerini içinde barındıran bir maddedir. Maddenin birinci fıkrası ile ikinci fıkrasının birinci cümlesi savunma hakkı niteliğinde olup evlenme özgürlüğünü ve aile hayatını devletten gelebilecek müdahalelere karşı güvence altına almaktadır. İkinci fıkranın ikinci cümlesi, nitelikli bir yasa kaydına yer vermekte, üçüncü fıkra ise, sınırlamanın sınırını çizmektedir. Birinci, dördüncü ve beşinci fıkralar, ayrımcılık yasağı olarak objektif-hukuki bir işleve sahiptir. Birinci ve dördüncü fıkra, evliliğin, ailenin ve annenin korunmasını teminat altına alması nedeniyle koruyucu hak niteliğindedir. Bu hükümler, temel haklara uygun yorum yapılmasını gerektirdiği gibi, yasa koyucunun koruma yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğini de söylemekte ve böylelikle yasa koyucuya ödevler yüklemektedir. Maddenin beşinci fıkrası da yasa koyucuyu ödevli kılmakla birlikte, Federal Alman Anayasa Mahkemesi bu hükmü eşit muamele görme hakkı kapsamında doğrudan uygulanabilir bir hüküm olarak kabul etmektedir. Nihayet maddenin birinci fıkrası kurumsal bir güvence içermekte ve böylece evlilik ve aile konularında yasa koyucunun düzenleme yapma yetkisini sınırlandırmaktadır.[72] Bu

---

(5) Evlilik dışı çocuklara, yasa yoluyla bedeni ve manevi gelişmeleri ve toplum içindeki konumları bakımından, evlilik içi çocuklarla eşit koşullar sağlanır."

[72] Bodo Pieroth - Bernhard Schlink, *Grundrechte: Staatsrecht II*, 27. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2011, s. 167.

kurumsal güvence sayesinde aile hukukunun özünü oluşturan kurumların ve ilkelerin ortadan kaldırılması veya başkalaştırılması önlenmekte ve evlenme ve aile kurma hakkı devletten gelebilecek müdahalelere karşı korunmaktadır.[73] Bu kurumsal güvence hem insanlara yaşam biçimi olarak evliliği sunmakta hem de evliliği korumaktadır.[74] Kurumsal güvence, tarafların evlilik akdi yapmadan birlikte aynı evi paylaşmaları ve aile olarak yaşamalarının olgu olarak tanınması ve tescili yoluna gidilerek bazı hukuki sonuçların bağlanması anlamına gelen kayıtlı birlikte yaşama karşı değildir.[75]

Görüldüğü üzere anayasal bir norm olarak Federal Anayasanın 6. maddesi, evlilik ve aile, ebeveyn ve çocuklarla ilişkili konularda devlet açısından bağlayıcı kriterler içermektedir. Evlilik ve aile hayatı ile ebeveyn ve çocuklar arasındaki ilişkilerin öteden beri devlet tarafından hukuk yoluyla düzenlendiği göz önüne alındığında kuşkusuz konuyla ilgili anayasal düzenlemenin önemli olduğu tartışmasızdır. Evlilik ve aile hayatı devletin ortaya çıkmasından önce de var olan kurumlar olmasına rağmen, devletle birlikte anayasal düzenlemelere konu olmuş ve bu kurumlar devlete karşı güvence altına alınmıştır.[76]

Federal Alman Anayasa Mahkemesi evlilik ve aileyi koruyan Federal Alman Anayasasının 6. maddesinin birinci fıkrasını yorumlarken evlilik ve aileyi özel yaşamın bir parçası olarak görmekte ve devlete karşı korumaktadır. Her ne kadar Federal Alman Anayasasının 6. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden farklı olarak, açıkça evlenme ve aile kurma hakkından söz etmese de, maddenin birinci fıkrasının öncelikle bir savunma ve özgürlük hakkı niteliğinde olduğu kabul edilmektedir. Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, m. 6/1, bir temel hakkı içerdiği gibi, aynı zamanda temel bir ilkedir.[77]

Federal Alman Anayasasının 6. maddesinin 1. fıkrasında geçen evlilik, hem sosyal hem de hukuki bir kurumdur. Sosyal bir kurum olarak evlilik, bir erkeğin ve bir

---

[73] Hans D. Jarass - Bodo Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 12. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2012, s. 241.

[74] BVerfGE 105, 313 (344).

[75] BVerfGE 105, 313 (346).

[76] Pieroth - Schlink, s. 167.

[77] Jarass - Pieroth, s. 241.

kadının kural olarak bir ömür boyu birlikte yaşamak amacıyla karşılıklı olarak verdikleri sözle birbirlerine bağlanmalarından oluşan bir topluluktur. Evlilik kavramı bütün yasal formaliteler göz ardı edilerek ele alındığında evliliğe dayanmayan veya evlilik benzeri birlikte yaşam da dâhil olmak üzere sürekli nitelikteki her tür birlikteliği kapsar.[78] Federal Alman Anayasa Mahkemesinin bir kararında da belirtildiği gibi, Federal Anayasada evlilik tanımlanmış değildir, bu nedenle evliliği insanların birlikte yaşamasının özel bir şekli olarak kabul etmek gerekir. Ancak her türlü birlikte yaşam, genel kabul gören görüşe, anayasa koyucunun iradesine ve Federal Anayasa Mahkemesinin yaklaşımına göre evlilik kavramı içine girmez. Nitekim Federal Anayasa Mahkemesine göre, anayasal korumanın gerçekleşebilmesi için hangi tür birlikte yaşamın evlilik olarak anayasal korumadan yararlanacağına dair yasal bir düzenlemeye ihtiyaç vardır. Evlenmenin şekli ve içeriği ile ilgili yapılacak bir düzenlemede yasa koyucunun geniş bir takdir yetkisi vardır. Kuşkusuz yasa koyucunun düzenleme yetkisi sınırsız olmayıp, düzenlemenin temel haklar ve diğer anayasal normlardan çıkan temel ilkelere uygun olması gerekir.[79] Evlilik aynı zamanda hukuki bir kurumdur. Federal Alman Anayasası, bütün çağdaş ülkelerde olduğu gibi, hukukun öngördüğü şekilde gerçekleştirilen medeni evlilik esasını benimsemiştir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesine göre, m. 6/1 anlamında evlilik, bir erkeğin ve bir kadının devletin veya başkalarının etkisi ve baskısı olmaksızın kendi hür iradeleriyle oluşturdukları sürekli nitelikteki hayat ortaklığıdır.[80] Üreme yeteneği veya doğurganlık, evlilik için bir koşul değildir.[81] Söz konusu hükmün koruma alanı, yurtiçindeki evlilik ve ailelerle sınırlı değildir. Evliliğin ya da ailenin hangi hukuk düzeninde gerçekleştiğinin, keza hangi hukuk düzeninin uygulanacağının bir önemi yoktur. Aynı şekilde yurtdışında gerçekleşen ancak Alman hukukunun aradığı şekil kurallarını tam olarak karşılamayan bir evlilik de anayasal korumadan yararlanır. Ancak bu durum, evlilik ve aile ile ilgili her konunun m. 6/1'in koruması altına girdiği anlamına gelmez. Federal Anayasanın 6. maddesinin 1. fıkrasının sağladığı koruma

[78] Pieroth - Schlink, s. 167.

[79] BVerfGE 105, 313 (345).

[80] BVerfGE 115, 1 (19); 62, 323 (330); 105, 313 (345).

[81] BVerfGE 49, 286 (300).

yalnızca evlenme ve aile kurma özgürlüğünü ve evli olarak aile hayatı sürdürme hakkını kapsar.[82]

Buna karşılık evliliğe dayanmayan veya evlilik benzeri birlikte yaşam, m. 6/1'in koruma alanına girmez. Benzer durum kayıtlı birlikte yaşam gibi eşcinsel birliktelikler için de geçerlidir. Bununla birlikte son yıllarda evli olmayanlar, evlilik benzeri ve eşcinsel birlikte yaşam sürdürenler, statülerinin evlilik gibi tanınmasını talep etmektedirler. Kuşkusuz resmi olarak tanıma kısmen toplumsal tanımaya da dönüşmüştür. Anayasal değişim sayesinde bu birlikteliklerin m. 6/1 kapsamına girdiği kabul edilmektedir. Ancak sosyal değişim, hukuk formu yerine geçemez. Evliliğe dayanmayan, evlilik benzeri ve eşcinsel birlikte yaşam, m. 6/1'in koruma kapsamına girmemekle birlikte, en azından Federal Anayasa m. 2/1'de yer alan kişiliğini serbestçe geliştirme hakkının korumasından yararlanır. Alman Hukukunda, eşcinsellerin resmi olarak birlikte yaşamaları, evlilik olarak değil, tescil edilmiş hayat ortaklığı şeklinde düzenlenmiştir.[83] Federal Almanya'da eşcinsel birlikte yaşam basit yasa düzeyinde tanınmış ve bu tür birlikte yaşam, Lebenspartnerschaftsgesetz (Hayat Ortaklığı Kanunu) adlı kanunla güvence altına alınmıştır. Böyle bir kanunun çıkarılmış olması Federal Anayasa m. 6/1 ile çatışma oluşturmaz. Zira bu kanun yalnızca evli olmadıkları halde birlikte yaşam sürdüren kişilere uygulanmaktadır.[84]

Evlenme hakkı, kişinin kendi seçtiği bir partneriyle evlenmesinden boşanıncaya kadar evlilik hayatı sürdürmesini kapsar. Evlenen kişiler, evlilik sözleşmesi yapma konusunda serbesttirler. Evlilik sözleşmesiyle eşler ortak bir soyadı kullanıp kullanmayacaklarına, kullanacaklarsa hangi soyadı kullanacaklarına, aile konutunun seçimine, eşler arasındaki görev dağılımına karar verebilirler. Boşanma, evlenme hakkının koruma alanı içinde yer alır. Zira eşlerin yeniden evlenme özgürlüğü vardır. Kuşkusuz evliliğin korunması, boşanmanın hukuki sonuçları bakımından da etkisini

---

[82] BVerfGE 31, 58 (67).

[83] Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hatice Selin Pürselim, "Milletlerarası Özel Hukuk'ta Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kurumu: Almanya'da Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığının Kurulması ve İptali", *İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı*, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 155-167.

[84] Pieroth - Schlink, s. 169.

sürdürür. Nihayet evlenme hakkı, negatif evlenme özgürlüğünü de içerir. Bir başka deyişle, kişilerin evlenmeme yönündeki iradesi ve kararı da koruma kapsamındadır.[85]

Aile kavramı, anne-baba ile çocuklar arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik anlamına gelir. Bu ilişkide anne ve baba birbirleriyle evli olabileceği gibi, olmayabilir de. Keza çocukların anne babanın ortak çocukları olması veya olmaması, reşit olması ya da olmaması, tek veya daha fazla çocuk olması, çocuğun evlatlık veya üvey evlat olması önemli değildir. Ayrıca evlat edinme veya koruyucu aile olma işleminde şekil eksikliği halinde, sosyal uyum sağlanmışsa ve resmi olarak tanınması yönünde bir arayış varsa, bu eksiklik aile ilişkisinin kurulmasına engel değildir. Babanın anneyle evli olmaması halinde, eğer baba çocuğu tanımamışsa veya mahkemece babalığa hükmedilmemişse ya da hukuki olmasa bile biyolojik baba olarak belirli bir süre fiilen çocuğun sorumluluğunu üstlenmemişse, çocuk ile baba arasında doğal bir bağın bulunması, ailenin kurulması bakımından yeterli değildir. Anayasa hukuku bakımından aile kavramı, medeni hukuktaki geleneksel aile kavramından daha geniştir. Ancak çocuk olmaksızın bir çiftin ilişkisi aile olarak görülemez.[86]

Aile hayatının varlığı için aile mensuplarının bir arada yaşaması zorunlu değildir. Ancak bir evde birlikte yaşama söz konusu ise, bu halde birbiriyle bağlantılı herkes aile kavramı içine girer. Aile kavramı, çekirdek aile sınırlı tutulamaz. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yaklaşımının dikkate alınması gerekir. Büyükbaba ve büyükanne ile torunlar, kardeşler ve amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenler arasındaki ilişki de aile kavramına girer. Genel olarak aile aynı evde yaşamak koşuluyla birinci ve ikinci derece hısımları kapsar.[87] Bununla birlikte evlilik ve ailenin korunmasından yalnızca evli çiftle birlikte aynı evde yaşayanlar yararlanabilir.[88]

Aile kurma hakkının koruma alanı, ailenin kurulmasından başlayarak aile hayatının her alanına kadar uzanır. Anne-babanın çocuk sahibi olup olmayacaklarına, ne zaman çocuk sahibi olacaklarına ve kaç tane çocuk sahibi olacaklarına dair kararları aile kurma hakkı kapsamında korunur.

---

[85] Pieroth - Schlink, s. 169.

[86] Jarass - Pieroth, s. 243.

[87] Jarass - Pieroth, s. 243.

[88] Pieroth - Schlink, s. 170.

Evlenme ve aile kurma hakkının süjesi yalnızca gerçek kişilerdir. Yabancılar ve vatansızlar da bu haklara sahiptir.[89] Evlenme hakkında eşlerden her biri, aile kurma hakkında ise yaşı ne olursa olsun aile üyelerinden her biri hakkın süjesidir. Eşlerin ve aile üyelerinin temel hak sahipliği için somut olayda kamu gücünün müdahalesinin eşlerden veya aile üyelerinden kime yönelik olduğunun bir önemi yoktur.[90]

Evliliği ve aileyi rahatsız eden, zedeleyen ve zarar veren devletin her türlü eylem ve işlemi evlenme ve aile kurma hakkına yönelik bir müdahaledir. Zarar, manevi-kişisel nitelikte olabileceği gibi, maddi-ekonomik nitelikte de olabilir. Örneğin, evli kişilerin mesleğini icra etmesi güçleştirilmişse, bu bir müdahaledir. Benzer şekilde cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınabilmesi için evli olmama şartının aranması, evliliği sona erdirmeye zorladığı için bir müdahaledir. Buna karşılık, evlilik ve aile ile ilgisi olmayan anayasaya uygun bir düzenlemenin belirli bir durumda önceden amaçlanmayan yan etkiler doğurması halinde bir müdahalenin varlığından söz edilemez.[91]

Federal Almanya'da evli olan ve/veya çocuğu olan yabancıların sınır dışı edilmesi ve yabancının eşinin veya çocuklarının Almanya'ya gelerek ailenin birleşmesine izin verilmemesi, evliliğin ya da aile hayatının Almanya'da sürdürülmesi mümkün olmadığı için bir müdahale olarak görülemez. Çünkü yabancıların Almanya'da ikamet etmesi temel hak yoluyla güvence altına alınmış değildir. Yabancılar ve yabancıyla evli almanlar, evliliklerini ve aile hayatlarını sürekli olarak Almanya'da sürdüremeyebileceklerini hesaba katmak zorundadırlar. Ancak sınır dışı etme veya reşit eşlerin ya da aile üyelerinin birleşmesine izin vermeme, özel koşullar nedeniyle eğer eşi veya aile üyesinin sınır dışı edilen yabancıyla birlikte gitmesi mümkün değilse veya mantıklı değilse, hem sınır dışı edilen kişinin kendisi hem de eşi veya aile üyelerinin evlenme ve aile kurma hakkına yönelik bir müdahale teşkil eder.[92]

Evlenme ve aile kurma hakkının ihlalinden söz edilebilmesi için bu haklara yönelik müdahalenin meşru olmaması, yani hukuka aykırı olması gerekir. Evlenme ve aile kurma hakkı, Federal Anayasa m. 6/1'de özel sınırlama sebebine yer verilmeksizin

---

[89] BVerfGE 31, 58 (67); 76, 1 (41).

[90] BVerfGE 76, 1 (45).

[91] Jarass - Pieroth, s. 244.

[92] Pieroth - Schlink, s. 172.

güvence altına alınmıştır. Bunun sonucu olarak devlet, sınırlama sebebi içermeyen evlenme ve aile kurma hakkının koruma alanına müdahale edemez. Devlet sadece tanımlayıcı düzenlemeler yoluyla evlilik ve aile konusunu düzenleyebilir. Bu durumda evlilik ve aile ile ilgili düzenlemelerin ve tedbirlerin anayasaya uygunluğu yalnızca çatışan anayasal değerlerin uyumlulaştırılması yoluyla sağlanabilir.[93]

B. İsviçre

1999 tarihli İsviçre Federal Anayasasının 14. maddesi, evlenme ve aile kurma hakkını çok kısa ve öz bir şekilde düzenlemiştir: "Evlenme ve aile kurma hakkı güvence altına alınmıştır."

Görüldüğü üzere 14. madde, birbiriyle yakından ilişkili iki hakkı düzenlemektedir. 14. madde, aile kurma hakkını güvence altına almak suretiyle aile bağlarının kurulmasının yolunu açmaktadır. 14. maddede ayrıca evlenme hakkı ve özgürlüğü de düzenlenmiş ve böylelikle bir ailenin kurulması için gereken koşullar oluşturulmuştur. Maddede yer alan evlenme özgürlüğü kuşkusuz bir evliliğin gerçek anlamda yaşanabilmesini güvence altına almaz.[94]

İsviçre Federal Anayasasının 14. maddesindeki düzenleme, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi m. 16, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 23/2 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 9'da yer alan düzenlemelere paraleldir.

Bir ailenin kurulmasından sonra İsviçre Federal Anayasasının 13. maddesinin 1. fıkrasında yer alan aile hayatına saygı hakkının sağladığı güvence de devreye girer. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 8, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 17 ve Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı m. 7, benzer şekilde aile hayatına saygı hakkını güvence altına almıştır.

Bu hükümler dışında Federal Anayasanın 116. maddesinin 1. fıkrası, federal devleti, aile ile ilgili ödevlerin yerine getirilmesinde ailenin ihtiyaçlarını dikkate almakla yükümlü kılmaktadır. Söz konusu maddenin 2. fıkrası ise, açıkça federal

---

[93] Pieroth - Schlink, s. 172; Jarass - Pieroth, s. 247.

[94] Jörg Paul Müller - Markus Schefer, *Grundrechte in der Schweiz*, 4. Auflage, Stämpfli Verlag, Bern 2008, s. 218.

devlete ailenin korunmasına yönelik tedbirleri destekleme yetkisi tanımaktadır. Bu hükümler federal devlet bakımından Federal Anayasa m. 13/1 ve 14'ün programlar hükümler niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.[95]

1) Aile Kurma Hakkı (İsviçre Federal Anayasası m. 14)

İsviçre Hukukunda aile kurma hakkı büyük ölçüde 1874 Anayasası dönemindeki hukuki gelişmelerden ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden etkilenerek oluşmuştur. 1874 Anayasası, açıkça aile kurma hakkından söz etmemekteydi. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi anne-babanın çocuk yapma isteğini yazılı olmayan kişi özgürlüğü hakkı çerçevesinde kişiliğin geliştirilmesinin temel unsurlarından biri olarak kabul etmiştir. Bu bağlamda Mahkeme örneğin çocuk sahibi olmanın sınırlandırılmasını ve yapay döllenme tekniklerinden yararlanmaya yönelik kısıtlamaları, kişi özgürlüğü hakkı kapsamında ele almıştır.[96]

1874 Anayasası döneminde aile kurma hakkının bu şekilde tanınması, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12 veya Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi m. 23/2 gibi uluslararası belgelerdeki güvencelerden büyük ölçüde bağımsız olarak gerçekleşmiştir. Bu demek oluyor ki, 1999 tarihli İsviçre Federal Anayasasının 14. maddesi, 1874 Anayasasının yazılı olmayan temel hakkı kişi özgürlüğüne dayanmaktadır. Ancak 14. madde yalnızca 1874 Anayasası dönemindeki Federal Mahkemenin uygulamasıyla şekillenmiş değildir, aksine Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesindeki evlenme ve aile kurma hakkı da etkili olmuştur. Bu nedenle 14. madde uygulanırken bu iki gelişim çizgisinin dikkate alınması gerekir.[97]

İsviçre Federal Anayasasının 14. maddesinde yer alan aile kurma hakkı, aile kurmayı güvence altına almaktadır. Söz konusu hüküm, ilgili kişilerin gerçek anlamda yeni aile bağları yaratma ve bunun hukuken tanınmasını isteme özgürlüğünü teminat altına almaktadır. Biyolojik babanın çocuğunu hukuki anlamda tanıyabilmesi için

---

[95] Müller - Schefer, s. 218.

[96] BGE 115 Ia 234 E5a S. 247; 119 Ia 460 E5a S. 475.

[97] Müller - Schefer, s. 219-220.

annenin üçüncü bir kişiyle evli olmaması ya da çocuğun hukuki babasıyla bağının geçersiz kılınması gerekir.[98]

Aile kurma hakkı, başkaları tarafından rahatsız edilmeden aile içinde birlikte yaşamayı güvence altına almaz. Aile hayatına saygı hakkı öncelikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesiyle bağlantılı olarak Federal Anayasanın 13. maddesinin 1. fıkrası tarafından korunur. Ayrıca Federal Anayasanın 14. maddesi anlamında aile kurma hakkının Federal Anayasanın 13. maddesinin 1. fıkrasındaki aile hayatına saygı hakkı karşısında sınırlarının ne olduğu belirsizdir. Bu nedenle aile hayatına yönelik devlet müdahalelerine karşı yapılacak şikâyetlerde hem 13. maddeye hem de 14. maddeye dayanılması tavsiye edilmektedir.[99] İsviçre Federal Mahkemesi, evli çiftleri özel olarak olumsuz etkileyen hukuki düzenlemelerin 14. maddede düzenlenen evlenme ve aile kurma hakkına aykırılık oluşturacağını kabul etmektedir.[100]

14. maddeye göre, uyruğu ne olursa olsun gerçek kişiler aile kurma hakkına sahiptir. Bireyler ve evli olmayan çiftler, bu hakkın taşıyıcısıdırlar. Buna karşılık tüzel kişiler niteliği gereği bu hakka sahip değildirler.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi çerçevesinde bu hak, esasen evli insanlara tanınmıştır. Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yeni tarihli kararlarında bir ailenin kurulmasının bir evliliğin varlığına bağlı olmadığını vurgulamaktadır.[101] Mahkeme bu kararlarında Sözleşmenin hazırlandığı 1950 yılından günümüze kadar çok önemli toplumsal değişimlerin yaşandığına işaret etmiştir. Nitekim bu değişim etkisini Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 9. maddesinde göstermiştir. Temel Haklar Şartı, evlenme özgürlüğü ile aile kurma hakkını birbirinden açıkça ayırmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Temel Haklar Şartının 9. maddesinden hareketle, aile kurma hakkının kadın ve erkek arasındaki geleneksel evlilik formunun dışında da Sözleşmenin 12. maddesi çerçevesinde korunmasını kabul

---

[98] Müller - Schefer, s. 220.

[99] Ulrich Häfelin - Walter Haller - Helen Keller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 7. Auflage, Schulthess Verlag, Zürich 2008, s. 122.

[100] BGE 110 Ia 7, 25, (Hegetschweiler).

[101] *Christine Goodwin / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002, Paragraf: 98; *I. / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002, Paragraf: 78.

etmiştir.[102] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine özgü bu gelişmenin İsviçre Federal Anayasasının 14. maddesinin somutlaştırılmasında da dikkate alınması gerektiği kabul edilmektedir. Aile kurma hakkı, kişiliğin geliştirilmesinin temel bir unsurunun güvence altına alınmasını sağlamak üzere evli çiftlerle sınırlı olarak anlaşılmamalıdır. Zira insanların en güçlü isteklerinden biri olan çocuk sahibi olma arzusu, evlilikten bağımsızdır. Buna uygun olarak Federal Mahkeme, 1874 Anayasası döneminde aile kurma hakkının bir görünümü olan suni döllenme tekniklerinden yararlanma hakkının açıkça evli olmayan çiftleri de kapsadığını kabul etmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamındaki yeni gelişmeler ve Federal Mahkemenin uygulamasından hareketle Federal Anayasanın 14. maddesindeki aile kurma hakkının evli çiftlerin yanı sıra evli olmayan çiftleri de koruduğu kabul edilmelidir.[103]

İsviçre Federal Anayasasının 14. maddesinde güvence altına alınan aile kurma hakkının sağladığı koruma, hükümlüleri de kapsar. Kuşkusuz hükümlüler doğal yollarla çocuk sahibi olma konusunda özel sınırlamalara tabi tutulabilirler. Ancak bu sınırlamalar cezaevi düzeninin korunması için gerçekten gerekli ise meşru görülebilir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu konuda oldukça dikkatli ve çekingen bir tutum takınmaktadır. Örneğin bir kararında Ukrayna cezaevlerindeki cinsel ilişki yasağını meşru bir sınırlama olarak görmüştür.[104] Bu konuda yetkililerin cezaevinde imkânlar çerçevesinde cinsel ilişki kurulmasını sağlayacak koşulları oluşturması gerekir. Federal Anayasa m. 14, hükümlülerin de suni döllenme tekniklerinden yararlanmasını kapsar. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 15 yıl hapis cezasına çarptırılan evli bir hükümlünün suni döllenme tekniklerinden yararlanmasına hiçbir şekilde izin verilmemesini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesinin ihlali olarak değerlendirmiştir.[105]

Aile kurma hakkının özünde çiftlerin çocuk sahibi olma ve çocuklarıyla kurduğu ilişkinin hukuken tanınması yer alır. Dolayısıyla çocuk yapmama koşuluyla evliliğe izin

---

[102] Örnek olarak bkz. *I. / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002, Paragraf:80.

[103] Müller - Schefer, s. 222.

[104] *Aliev / Ukrayna*, Başvuru No: 41220/98, 29.04.2003, Paragraf: 188.

[105] *Dickson / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No:44362/04, 04.12.2007, Paragraf: 85.

verilmesi meşru sayılmaz. Anayasanın sağladığı güvence, suni döllenmeyi, evlat edinmeyi, üvey evlat veya koruyucu aile ilişkisini de kapsar.[106]

İsviçre Federal Anayasasının 119. maddesinde suni döllenmenin bazı şekilleri yasaklanmıştır. Anayasanın öngördüğü bu yasak, 14. maddeyi sınırlamaktadır. Bu düzenleme nedeniyle klonlama, embriyo bağışı veya taşıyıcı annelik mümkün değildir. Ayrıca suni döllenmenin uygulanması ancak m. 119'da öngörülen koşullar altında mümkündür.

Devletin gebeliği sona erdirme yönünde zorlamaya başvurması, 14. madde ile bağdaşmaz. Benzer şekilde bir insanın kısırlaşmaya zorlanması da meşru değildir. Aile planlaması konusunda devletin çocuk sayısını bağlayıcı şekilde sınırlandırma programı uygulaması ve gerektiğinde zorla uygulatması, aile kurma hakkının özüne aykırılık oluşturur.[107]

Aile kurma hakkı devlete bir ailenin kurulması için gerekli olan yasal düzenlemeleri yapma yükümlülüğü yükler. Burada evlenme özgürlüğünde olduğu gibi, kurumsal bir güvence söz konusu değildir. Çünkü aile, evlilikte olduğu gibi, ancak hukukun tanımasıyla var olan hukuksal bir kurum değildir. Devletin yapacağı yasal düzenlemeler içinde özellikle babalığın güvenilir şekilde tespitine yönelik hükümler yer almalıdır. Bu bağlamda çocuğa biyolojik babasına karşı babalık davası açma hakkı tanınmalı, çocuğun babası olduğunu iddia eden kişiye babalık karinesini çürütme imkânı tanınmalıdır.[108]

2) Evlenme Özgürlüğü (İsviçre Federal Anayasası m. 14)

Evlenme hakkı, 1874 Anayasasının 54. maddesinde daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiş iken, 1999 Anayasası, "evlenme hakkı güvence altına alınmıştır" hükmüyle evlenme hakkını kısa ve öz şekilde düzenlemiştir.

Federal Anayasanın 14. maddesi evlenme hakkını, yani yetişkin bir bireyin evlenip evlenmemeye veya kiminle evlenmek istediğine kendi hür iradesiyle karar verme özgürlüğünü güvence altına alır. Bir evliliği gerçek anlamda yaşama hakkı,

---

[106] Müller - Schefer, s. 223.

[107] Müller - Schefer, s. 224.

[108] Müller - Schefer, s. 225.

evlenme özgürlüğü altında koruma görmez, aksine bu durum Federal Anayasanın 13. maddesinde düzenlenen aile hayatına saygı hakkı kapsamına girer.

Devletin bireyleri evlenmeye zorlaması kesin olarak evlenme özgürlüğüyle bağdaşmaz. Keza devlet, evlilik kurumunu ortadan kaldıramaz. Devlet, başta aile üyeleri olmak üzere üçüncü kişilerden gelebilecek zorlamalara ve baskılara karşı gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür.

Evlenme hakkı öncelikle evlenme yasağına karşı koruma sağlar. Bir İsviçre mahkemesinin birçok kez boşanan bir erkek hakkında yeniden evlenmek için üç yıllık cezai bekleme süresi öngörmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından evlenme özgürlüğüne yönelik ölçüsüz bir sınırlama olarak görülmüştür.[109] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kayın hısımları arasındaki evlenme yasağını, evlenme özgürlüğüne yönelik meşru olmayan bir sınırlama olarak görmektedir.[110] Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi, benzer bir evlenme yasağını hukuka uygun bulmuştur.[111] Ancak söz konusu evlenme yasağı, Medeni Kanunun 95. maddesinde yapılan değişiklikle kaldırılmıştır.

İkinci olarak evlenme hakkı, evlenip evlenmeme ve kiminle evlenmek istediği veya istemediği konusunda bireylerin kendi serbest iradeleriyle karar vermesini güvence altına alır. Nitekim Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 23. maddesinin 3. fıkrası açıkça bir evliliğin ancak evlenecek kişilerin tam ve serbest iradeleriyle kurulabileceğinden söz etmektedir. Kişilerin tam ve serbest iradeleriyle evlenmeye karar vermeleri, evlilik için asgari yaş şartının getirilmesi konusunda devleti yükümlülük altına sokar. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 5 Ekim 2005 tarih ve 1468 sayılı kararında, taraflardan en azından birinin 18 yaşın altında olduğu iki kişinin yaptığı evliliği çocuk evliliği olarak tanımlamaktadır.[112]

Üçüncü olarak evlenme hakkı, evliliğin zorla sona erdirilmesine karşı koruma sağlar. Evlenme hakkını güvence altına alan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12.

---

[109] *F / İsviçre* (Büyük Daire), Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, Paragraf: 33-40. AİHM'in bu kararından sonra İsviçre Medeni Kanunu'nun 150. maddesindeki cezai bekleme süresi kaldırılmıştır.

[110] *B. & L. / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36536/02, 13.09.2005, Paragraf: 34-41.

[111] BGE 128 III 113 E3a S. 116.

[112] Parlamentarische Versammlung, Resolution 1468 (2005) vom 5. Oktober 2005, Ziff. 7.

maddesinin açık olan lafzına rağmen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 12. madde hükmünden boşanma hakkının türetilemeyeceğine dair yerleşik bir içtihadı bulunmaktadır.[113] Federal İsviçre Anayasasının 14. maddesinin lafzı böyle bir dar yorum yapılmasını gerektirmemektedir. Ayrıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 No.lu Protokolün 5. maddesi, evliliğin sona ermesi ihtimalinden söz etmektedir. Her halükarda genel bir boşanma yasağı, 14. maddeye aykırılık oluşturur.[114]

Birlikte Yaşamın Korunan Şekilleri

Uzun süre geçerli olan anlayışa göre, evlenme özgürlüğü, hukuk düzeninin öngördüğü usul ve şekilde gerçekleşen erkek ve kadının birlikte yaşamasını korur. Ancak, son yıllarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlenme özgürlüğünün yalnızca biyolojik faktörlerle ilişkili olmadığını kabul etmeye başlamıştır. Son yıllarda yaşanan toplumsal değişimler ile tıp ve bilim alanında ortaya çıkan gelişmeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini hakkın koruma alanını transseksüel çiftleri de kapsayacak şekilde genişletmeye itmiştir. Bu durum İsviçre Anayasasının 14. maddesi çerçevesinde de geçerlidir.[115] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin uygulamasını referans alan Avrupa Birliği Adalet Divanı, transseksüellerin evlenmelerine ve emeklilik taleplerine izin vermeyen bir kanunu kabul edilemez bulmuştur.[116]

Günümüzde hâkim olan anlayışa göre, aynı cinsiyete sahip kişilerin sürdürdüğü birlikte yaşam, evlenme özgürlüğü kapsamına girmez.[117] Aynı cinsiyete mensup kişilerin yurtdışında yaptıkları evliliğin İsviçre makamlarınca tanınmaması evlenme özgürlüğüne aykırılık oluşturmaz.[118] Ancak eşcinsel ilişkilere yönelik bazı müdahaleler, kişiliğin korunması ve özel hayata saygı hakkını ihlal edebilir. Birlikte Yaşam Kanunu ile birlikte bu tür birliktelikler bazı önemli noktalarda evliliğe yaklaşan hukuki bir statüye kavuşturulmuştur. Birlikte Yaşam Kanunun 1 Ocak 2007 tarihinde yürürlüğe

---

[113] *Johnston / İrlanda* (Büyük Daire), Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, Paragraf: 51-54; *F. /İsviçre* (Büyük Daire), Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, Paragraf: 38.

[114] Müller - Schefer, s. 227.

[115] Müller - Schefer, s. 227.

[116] K.B. / Secretary of State for Health, Rs. C-117/01 (2004), Ziff. 33.

[117] Buna karşılık aksi yönde mahkeme kararları da vardır. Massachusetts ve California Eyalet Yüksek Mahkemelerine göre, evliliği farklı cinsiyete sahip kişilerin birlikteliği ile sınırlandırmak, insan onuruyla ve hukuki eşitlikle bağdaşmaz. Bkz. Müller - Schefer, s. 228.

[118] Häfelin - Haller/Keller, s. 122.

girmesinden itibaren bu tür evlilikler kayıtlı birlikte yaşam olarak tanınmaktadır.[119] Eşcinsel birlikte yaşamın korunması bakımından Federal Anayasanın 8. maddesinin 2. fıkrasındaki ayrımcılık yasağı önem taşımaktadır. Söz konusu hükme göre hiç kimse yaşam tarzı nedeniyle ayrımcılığa maruz bırakılamaz.

Günümüzde İsviçre Federal Anayasa Hukukunda nikâhsız birlikte yaşam evlenme özgürlüğü kapsamında görülmemektedir. Böyle bir ilişki anayasa hukukunda kişi özgürlüğü ve özel hayata saygı hakkı çerçevesinde korunur.[120]

Kurumsal Güvence

İsviçre Federal Mahkemesinin görüşüne göre, Federal Anayasanın 14. maddesi evliliği aynı zamanda kurumsal olarak da güvence altına almaktadır. Bir evliliğin kurulması ve sürdürülmesi, yasal düzenlemelerin yapılmasını gerektirir. Yasal düzenlemelerle evlilik birliğinin kurulmasının şekli ve hukuki içeriğinin belirlenmesi gerekir. Evliliğin kurulmasından evlilikte eşlerin hakları ve sorumluluklarına ve evliliğin sona erdirilmesine kadar evlilikle ilgili hususları düzenlemek yasa koyucunun anayasal bir yükümlülüğüdür. Evlilik kurumu, toplumsal değişim ve dönüşümden etkilenir. Bu nedenle yasa koyucu evlilik kurumunu düzenlerken değer yargılarını, toplumsal gerçeklikleri, keza azınlıkların temel ihtiyaçlarını hesaba katmalıdır. Kurumsal güvence, yasa koyucunun evliliği mutlaka geleneksel anlayışa uygun şekilde düzenlemesini zorunlu kılmaz. Bir başka deyişle yasa koyucu, evlilik kurumunu, geleneksel anlayışın dışına taşan bir hayat ortaklığı şeklinde genişletebilir. Hatta yasa ile eşcinsel çiftlerin evlenmesine izin verilmesi bile mümkündür.[121]

C. Diğer Bazı Ülkeler

Avrupa Birliği üyesi bazı devletlerin anayasalarında evlilik ve aile kurumunu güvence altına almaya yönelik düzenlemeler bulunmaktadır. Bu devletlerden bazıları evlilik ve aileyi açıkça kendi varlığının bir garantisi olarak korumaktadır (Yunanistan AY m. 21/1, İrlanda AY m. 41/1-3, İtalya AY m. 29 ve 31, Portekiz AY m. 36 ve 67). Diğer bazı ülkeler ise, evlenme ve ailenin bireysel yönünü arka plana atarak, kurumsal

[119] Häfelin - Haller/Keller, s. 122.

[120] Häfelin - Haller/Keller, s. 122; Müller - Schefer, s. 229.

[121] Müller - Schefer, s. 229-230.

güvence olma özelliğini kişi özgürlüğü karşısında ön plana çıkarmıştır (Federal Alman AY m. 6/1; Lüksemburg AY m. 11). Avrupa Birliği üyesi ülkeler arasında yalnızca Portekiz ve İspanya Anayasaları açıkça evlenme ve aile kurma hakkına yer vermiştir. Bu anayasalar, evlenme özgürlüğü ile ilgili olarak ayrıca cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını da öngörmüşlerdir.[122]

Belçika, Lüksemburg ve Romanya Anayasaları, evlenme hakkını düzenlerken medeni nikâhın dini evlilik töreninden önce yapılmasını öngörmüştür. Böyle bir düzenleme ile evlenme özgürlüğüne sınırlama getirilmiş olmaktadır. Böylelikle medeni nikâh yapmaksızın kendi dini inancına göre evlilik merasimini yapmak isteyenlere yönelik bir sınırlama getirilmiş olmaktadır.

Bazı ülkelerin anayasalarında ise ailenin temel hak korumasından yararlanabilmesi için bir evliliğe dayanması şartı aranmıştır. (İrlanda AY m. 41/3, İtalya AY m. 29/1). Diğer tüm anayasalar böyle açık ve kesin bir düzenlemeye yer vermekten kaçınmışlardır.

Avrupa Birliğine üye yeni devletlerin birçoğunun anayasasında evliliğin ve ailenin korunması güvence altına alınmıştır. Örneğin Bulgaristan Anayasasına göre, aile, annelik ve çocuklar, devletin ve tolumun koruması altındadır (m. 14). Litvanya Anayasası, daha ayrıntılı bir düzenlemeye gitmiştir. Anayasanın 38. maddesine göre, aile, devletin ve toplumun temelidir. Devlet, aileyi, anneliği, babalığı ve çocukluğu korur ve gözetir. Evlilik, kadın ve erkeğin serbest iradeleriyle kurulur. Devlet, evlenme, doğum ve ölüm olaylarını sicile kaydeder. Devlet, kilisede yapılan ve kayıt altına alınan bir evliliği tanır. Eşler, aile içinde eşit haklara sahiptir. Çocuklarını erdemli bir insan ve sadık bir yurttaş olacak şekilde yetiştirmek ve reşit oluncaya kadar bakımını üstlenmek anne-babanın hakkı ve ödevidir. Anne-babasına saygı göstermek, yaşlandıklarında onlara bakmak ve onların mirasını korumak çocukların ödevidir. Romanya Anayasasına göre, aile, eşler arasında serbestçe akdedilen evlilik üzerine kurulur. Evlilik içinde eşlerin eşitliği ve ebeveynin çocuklarını yetiştirme ve eğitme hakkı ve ödevi güvence altına alınmıştır. Evlenmenin koşulları, sona ermesi ve geçersizliği ile hususlar kanunla

[122] Bernsdorff, in: Meyer, Art. 9, Rn. 2.

düzenlenir. Dini nikâh ancak resmi nikâhtan sonra yapılabilir. Evlilik dışı doğan çocuklar ile evlilik içi doğan çocuklar kanun önünde eşittir (m. 44).

Portekiz Anayasasının 36. maddesi, aile, evlilik ve babalığın tayini ile ilgili hususları düzenlemektedir. Maddeye göre, "Herkes tam eşit şartlarda bir aile kurma evlenme hakkına sahiptir. Kanun, oluşma şekline bakılmaksızın, evliliğin, ölümle veya boşanma ile sona ermesinin şartlarını ve sonuçlarını düzenler. Eşler, medeni ve siyasi açıdan çocuklarının bakım ve eğitimiyle ilgili olarak eşit hak ve ödevlere sahiptir. Sırf bu sebepten, evlilik dışı doğan çocuklar hiçbir ayrıma tabi tutulamaz ve ne kanun ne de resmi daireler veya servisler bunların soylarıyla ilgili ayrımcı şartlara yer veremez. Ebeveynlerin çocuklarına bakma ve eğitme hak ve ödevi vardır. Her zaman bir adli makamın kararıyla ve çocuklara karşı temel ödevlerini yerine getirmeme durumları hariç, çocuklar ebeveynlerinden ayrılamaz. Evlat edinme, gerekli şartların tamamlanmasını belirli biçimlere bağlayan kanunla düzenlenir ve korunur." Portekiz Anayasasının 67. maddesine göre, "Toplumda temel bir öğe olarak aile, toplum ve Devlet tarafından korunma hakkına ve aile üyelerinin kişisel tatmin sağlayabilmeleri için gerekli tüm koşulların etkin uygulanması hakkına sahiptir."

İspanya Anayasasının 32. maddesine göre, "Erkek ve kadın tam kanuni eşitlikle evlenme hakkına sahiptir. Kanun evlilik şekillerini, girilmesi gereken yaşı ve bunun için gerekli ehliyeti, eşlerin hak ve ödevlerini, ayrılma ve sona erme sebeplerini ve bunların sonuçlarını düzenler." İspanya Anayasasının 39. maddesi ise, ailenin ve çocukların korunmasını düzenlemektedir. Maddeye göre, "Kamu makamları, ailenin sosyal, ekonomik ve hukuki korumasını sağlar. Aynı şekilde, kamu makamları, soyuna ve annelerin evlilik durumuna bakılmaksızın, kanun önünde eşit olan çocukların tam korumasını sağlar. Kanun, babalık tetkikini sağlar. Ebeveynler, evlilikten veya evlilik dışı olsun, çocuklarına, reşit oluncaya kadar ve kanunun geçerli olduğu diğer durumlarda her tür yardımı yapar. Çocuklar, haklarını güvence altına alan uluslararası anlaşmaların sağladığı korumadan da yararlanır."

Yunanistan Anayasasının 21. maddesinin 1. fıkrasına göre, milletin varlığı ve gelişiminin temeli olarak aile, keza evlilik, annelik ve çocukluk devletin koruması altındadır.[123]

İtalyan Anayasasının 29. maddesine göre, Cumhuriyet, evliliğe dayalı doğal bir kurum olarak ailenin haklarını tanır. Evlilik, aile birliğini garanti altına almak için, kanunla belirlenen sınırlar içinde, eşlerin manevi ve hukuki eşitliğine dayanır. İtalyan Anayasasının 31. maddesine göre, "Cumhuriyet, özellikle geniş aileler dikkate alınarak, ekonomik önlemler ve diğer hükümlerle ailenin oluşumuna ve görevlerini yerine getirmesine yardımcı olur. Kanun, gerekli kurumları teşvik ederek, anaları, çocukları ve gençleri korur."

İrlanda Anayasasına göre, Devlet, aileyi, doğal ilk ve temel toplum birimi ve tüm müspet hukukun öncesinde ve üstünde, değiştirilemez ve daimi haklara sahip bir ahlaki kurum olarak tanır. Devlet, ailenin temelini oluşturan evlilik kurumunu ihtimamla gözetmek ve saldırılara karşı korumak için kendisini taahhüt altına sokar (m. 41).

Polonya Anayasasına göre, kadın ve erkek arasındaki birlik olarak evlilik, aile, annelik ve ebeveyn hakları, Polonya Cumhuriyetinin koruması ve gözetimi altındadır (m. 18).

IV. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKIYLA İLGİLİ OLARAK DEVLETİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Devletlerin insan haklarıyla ilgili olarak başlıca üç ödevinin bulunduğu söylenebilir. Bunlar; saygı göstermek, korumak ve gereğini yerine getirmek biçiminde formüle edilmektedir.[124] "Karışmama" biçiminde özetlenebilecek "saygı gösterme" yükümlülüğü, kimi yazarlar tarafından klâsik insan hakları sınıflandırmasında negatif statü haklarını oluşturan kişisel ve siyasal hakların ayırıcı özelliği olarak belirtilmişse

[123] Ayrıntılı bilgi için bkz. Turgay Cin, "Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, Cilt: 11, Sayı: 2, Yıl: 2009, s. 43-80.

[124] Jean-François Akandji-Kombe, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler*, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika 2008, s. 5; Doktrinde devletin insan haklarıyla ilgili başlıca dört ödevinin bulunduğunu söyleyen yazarlar vardır. Örneğin Mustafa Erdoğan, devletin dört temel ödevini, tanıma, dokunmama (karışmama), koruma ve temin/tedarik şeklinde saymaktadır. Bkz. Erdoğan, s. 88.

de, bunun aslında tüm insan hakları için geçerli bir edim türü olduğu rahatlıkla söylenebilir.[125] Saygı gösterme yükümü, kişinin yararlanmakta olduğu, ya da salt kişisel çabasıyla, başkaca bir olanağa gereksinim duymaksızın yararlanabileceği bir hakkını kullanmasına devlet tarafından müdahale edilememesi anlamına gelmektedir. Mustafa Erdoğan'ın da belirttiği gibi, devlet, sivil, kamusal ve siyasal alanda insan hakları kullanımlarına prensip olarak karışmamalıdır. Bireyler, devlet müdahalesinden korunmuş bir şekilde kendi dünya görüşleri ve yaşam tarzı tercihlerine göre kendi yaşamlarını tanzim edebilmelidir.[126]

Devletin koruma yükümü, her türlü devlet-dışı tehdit ve ihlâlin devlet tarafından önlenmesi gerektiğine işaret eder. Bir başka deyişle, koruma yükümlülüğü, devletin hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalesine karşı korumasını ve failleri cezalandırmasını gerektirir. İnsan haklarının korunması sadece devletin kendisinin bu haklara tecavüz etmemesi ile sağlanamaz. Devlet aynı zamanda insan haklarına yönelik başka kişi ve gruplardan gelecek saldırıları da önlemek, bu tür saldırılara karşı caydırıcı tedbirler almak ve failleri yakalayıp yaptırım uygulamakla yükümlüdür.

"Uygulama yükümlülüğü" de denilen gereğini yerine getirme yükümlülüğü ise, hakkın tam olarak gerçekleştirilmesi ve etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirlerin alınmasını gerektirir.[127]

Devletin insan haklarıyla ilgili bu üç temel ödevi, evlenme ve aile kurma hakkı bakımından da geçerlidir. Devlet, saygı gösterme yükümlülüğü çerçevesinde en başta organları yoluyla evlenme özgürlüğüne yönelik meşru olmayan müdahalelerden kaçınmalıdır. Örneğin, farklı etnik kökene veya dine mensup kişilerin evlenmesine yasaklama getirmemelidir. Keza devlet, evlenme çağına gelen kişilerin evlenmesini zorunlu hale getiremez.

Evlenme ve aile kurma hakkı ile ilgili olarak devletin saygı gösterme yükümlülüğünün yanı sıra koruma yükümlülüğü de bulunmaktadır. Koruma yükümlülüğü daha çok devlet dışında yer alan kişi veya gruplardan kaynaklanan

---

[125] Ida Elisabeth Koch, "The Justiciability of Indivisible Rights", *Nordic Journal of International Law*, Vol. 72, Number 1, 2003, s. 12.

[126] Erdoğan, s. 90.

[127] Akandji-Kombe, s. 5.

evlenme özgürlüğüne yönelik ihlallere karşı gerekli tedbirleri almayı kapsar. Bu bağlamda devlet, evlenme hakkının kullanılmasını sağlamak üzere gerekli yasal düzenlemeleri yapması gerekir. Keza zorla evlendirmeye karşı koruyucu önlemler alması gerekir. Örneğin, evlenme akdinin tarafların tam ve serbest iradeleriyle gerçekleşmesini sağlamak üzere evlenmenin evlendirme memuru önünde yapılması ve evlenecek kişilerin evlenme iradelerini açıkça ifade etmeleri şartı getirilebilir. Yine çocuk evliliğinin yasayla yasaklanması ve çocuk evliliğinin önlenmesi için gereken tedbirlerin alınması gerekir.

Gereğini yerine getirme yükümlülüğü kapsamında devlet, evlenme özgürlüğünün tam anlamıyla gerçekleşmesini sağlamak üzere kurumsal ve maddi koşulları oluşturması gerekir. Örneğin, evlenmek isteyen kişilerin işlemlerini yapmak üzere evlendirme memurlarının yetkili ve görevli kılınması gibi.

İKİNCİ BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

I. GENEL OLARAK

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, evlenme ve aile kurma özgürlüğünü güvence altına alır. Söz konusu maddeye göre, "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinin temelinde yatan düşünce, reşit bir bireyin evlenip evlenmeyeceğine ya da kiminle evleneceğine ve bir aile kurup kurmayacağına kendisinin karar vermesidir.[128] Yine 12. madde kapsamında, kişiler ne zaman evleneceklerine ve kaç çocuk sahibi olmak istediklerine kendileri karar verirler.

12. maddenin formülasyonuna bakıldığında, başta Federal Alman Anayasası olmak üzere bazı Avrupa ülkelerinin anayasalarında olduğu gibi, daha çok evlilik ve aile kurumunu korumayı amaçlayan kurumsal bir güvencenin değil, aksine evlenme ve aile kurma hakkını güvence altına alan bireysel bir temel hak niteliğinde olduğu görülmektedir.[129]

Sözleşmenin 12. maddesinde yer alan hüküm esas itibariyle İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 16. maddesinden alınmıştır. 12. madde hükmü, Kişisel ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 23. maddesinin 2. fıkrasına büyük ölçüde paraleldir. Temel Haklar Şartının 9. maddesi de benzer bir düzenleme içermektedir.[130] Bununla birlikte, 12. maddede yer alan hakkın, diğer uluslararası belgelerde yer alan benzer hükümlere nazaran daha dar kapsamlı olduğunu söylemek mümkündür. Zira

---

[128] Anne Peters - Tilmann Altwicker, *Europäische Menschenrechtskonvention*, Verlag C. H. Beck, München 2012, s. 210.

[129] Christoph Grabenwarter - Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München 2012, s. 273.

[130] Jens Meyer-Ladewig, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Auflage, Baden-Baden 2011, Art. 12, Rn. 1.

diğer belgelerdeki hükümler, evleneceklerin tam ve özgür iradelerine, eşlerin evlenirken, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumlarında hak ve sorumluluklarının eşit olacağına ve evliliğin sona ermesi halinde çocukların korunmasına ilişkin, 12. madde kapsamında olmayan düzenlemeler de içermektedirler.[131]

Bilindiği üzere Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 12. maddede evlenme ve aile kurma hakkını, 8. maddede ise özel hayata ve aile hayatına saygı hakkını güvence altına almıştır. Ayrıca 7 Nolu Ek Protokolün 5. maddesinde eşler arasında eşitlik ilkesi düzenlenmiştir. 12. madde, evlenme hakkını ve birlikte yaşamın biçiminden bağımsız olarak aile kurma hakkını korumaktadır. 8. madde ise, özellikle aile yaşamının bir parçasını oluşturan kişilerin özel hayatını korumaktadır.

Sistematik açıdan bakıldığında Sözleşmenin 12. maddesi ile aile hayatına saygı hakkına yer veren 8. madde arasında sıkı bir ilişkinin bulunduğu görülür. 8. madde karşısında 12. maddenin koruma alana oldukça sınırlıdır. 12. madde, evlilik yoluyla aile kurmayı mümkün kılar, buna karşılık 8. maddenin uygulanabilmesi için bir ailenin varlığı şarttır. Ancak 8. madde, resmi evlilik öncesi dönemde evliliğe dayanmayan aile ilişkisini koruduğu gibi, evlilik sonrasında da 12. maddenin yanında uygulanabilir niteliktedir.[132] 12. maddenin gerek sınırlı bir şekilde düzenlenmiş olması ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatlarında yorum yoluyla maddenin kapsamını genişletmeye yanaşmayan tutumu nedeniyle, 12. maddenin uygulama alanı oldukça dardır.[133]

12. madde kapsamında, kaleme alınış şekli nedeniyle tek bir hak düzenlenmiş gibi görülse de, esasen evlenme hakkı ve aile kurma hakkı olmak üzere iki farklı hakka yer verilmiştir. [134] Aynı maddede düzenlenen bu iki hak -evlenme hakkı ve aile kurma hakkı- arasında çok sıkı bir ilişki bulunmaktadır. Evlenme hakkını kullanabilmek için aile kurabilecek olmak şart değildir. Bununla birlikte, 12. madde anlamındaki aile

---

[131] J.E.S. Fawcett, *The Application of The European Convention on Human Rights*, Oxford 1969, s.225.

[132] Peters - Altwicker, s. 210.

[133] Harris - O'Boyle – Warbrick, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, Avrupa Konseyi 2013, s.567; Karan, s.425.

[134] Fawcett, s.225; Ovey – White, s.226.

kurma hakkından yararlanabilmek için, ulusal hukukun kabul ettiği şekilde evlenmek şarttır.

Fawcett'e göre, aile kurma hakkı iki yönüyle evlenme hakkından ayrılmaktadır. İlk olarak, henüz Avrupa için gündeme gelmese de, nüfus artışının kontrolü ile meşgul bir dünyada, çocuk sahibi olmak isteyen evli çiftler desteklenmeye ve korunmaya ihtiyaç duyabilir. İkinci olarak, 12. madde kapsamında aile kurma hakkından sadece evli çiftler yararlanabilirler.[135]

II. EVLENME HAKKI

A. Koruma Alanı

1) Genel Olarak

Sözleşmenin 12. maddesi, içerdiği hakların kapsamı konusunda herhangi bir açıklık getirmemiştir. Bu sebeple, evlenme hakkının koruma alanının belirlenmesinde, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin konuyla ilgili içtihatları büyük önem taşımaktadır. Koruma alanı bakımından, hemen aşağıda yer alan başlıklar kapsamına girmeyen konular, burada ele alınacaktır.

Öncelikle, 12. maddenin koruma alanına hangi evliliklerin gireceğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira hâlihazırda, medeni evlilik, dini evlilik, geleneklere göre yapılan evlilikler gibi pek çok evlilik şekli bulunmaktadır. 12. maddenin koruma alanına giren evlilik şekli, devletin hukuken tanıdığı ve sonuç bağladığı evliliklerdir. Tek başına yapılan dini evliliklerin hukuken tanınmadığı ülkemizle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen bir davada[136] başvuran, yirmi altı yıl boyunca dini nikâhlı yaşadığı eşinin ölümünün ardından, resmi nikâhlı bir dulun sahip olduğu haklara sahip olması gerektiğini iddia etmiştir. Mahkemeye göre, devlet, hukuken tanınmayan bir evliliğe, resmi evliliğin tüm sonuçlarını tanımakla yükümlü değildir.

Öte yandan Sözleşmenin, tek eşli evliliği düzenlediği çıkarımına ulaşmak mümkündür. Zira 12. madde metninde "bir kadın" ve "bir erkek" in evlenme ve aile

---

[135] Fawcett, s. 226.

[136] *Şerife Yiğit / Türkiye* (Büyük Daire), Başvuru No:3976/05, 2.11.2010.

kurma hakkından söz edilmiştir. Gerçekten, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de kararlarında bu doğrultuda tespitler yapmıştır.[137]

Evlenmeme hakkı, evlenme hakkının doğasına içkin bir haktır. Kişiler, evlenme hakkı bağlamında, evlenip evlenmeme veya ne zaman evleneceklerine karar verme konusunda serbesttirler. Bununla birlikte, evlenme hakkı, kural olarak evliliğin coğrafi mekânını seçme hakkını içermemektedir.[138]

Mahkeme, genel olarak evlenme hakkını geniş yorumlama taraftarı olmadığından dolayı, evlenme ile doğrudan ilgili bir husus olmadıkça, 12. madde kapsamına dâhil etmemektedir. Zira işe iade davası makul sürede sonuçlanmadığı için finansal ve kişisel problemler yaşadığını iddia eden başvuran, bu nedenle evlenemediğini ve 12. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüş, fakat mahkeme 12. madde kapsamında ayrıca incelenmesi gereken bir konu olmadığına karar vermiştir.[139]

2) Cezaevindeki Kişilerin Evlenme Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen 12. maddeyle ilgili başvuruların önemli bir kısmını, cezaevinde bulunan tutuklu veya hükümlülerin cezaevinde evlenmelerine izin verilmemesi sebebiyle yapılan başvurular oluşturmaktadır. 12. madde evlenme hakkıyla ilgili olarak genel hükümler içermekte, cezaevinde tutuklu ya da hükümlü bulunan kişiler için herhangi bir özel düzenleme ihtiva etmemektedir. Bu hakkın cezaevindeki kişiler tarafından kullanılması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu konuyla ilgili verdiği kararlar çerçevesinde belirlenmektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu konuyla ilgili ilk kararlarında cezaevindeki kişilerin evlenme haklarını kullanamamasının ihlal teşkil etmediğine hükmederken, gelişen insan hakları anlayışına uygun olarak son dönemlerdeki kararlarında cezaevindeki kişilerin evlenme haklarını kullanmalarının sırf cezaevinde oldukları gerekçesiyle engellenmesinin 12. maddenin ihlali olduğuna hükmetmeye başlamıştır.

---

[137] *Johnston ve diğerleri / İrlanda,* Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986; *F / İsviçre,* Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987.

[138] *Savoia ve Bounegru / İtalya* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No:8407/05, 11.07.2006.

[139] *Buchholz / Almanya*, Başvuru No: 7759/77, 06.05.1981.

Cezaevindeki kişilerin evlenme hakkını kullanmalarıyla ilgili temel ilkeler, Mahkemenin bu konuyla ilgili verdiği kararlardan yola çıkarak saptanacaktır. Bu konu ile ilgili ikisi Komisyon ve ikisi Mahkeme kararı olmak üzere dört temel karar incelenecektir.

a. X / Federal Almanya Cumhuriyeti[140]

Bu karar, bu konu ile ilgili en eski kararlardandır ve esasen tutuklu bulunan bir kişinin, evlenme hakkının ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır. Hırsızlık suçundan tutuklanan başvuranın cezaevinde evlenme talebi Alman yetkililerce reddedilmiştir. Dava konusu olay önüne geldiğinde Mahkeme, cezaevinde evlenmeye izin verilmemesinin, 12. maddenin ihlalini oluşturmadığına hükmetmiştir.

b. Hamer / Birleşik Krallık[141]

Dava konusu olayda Birleşik Krallık vatandaşı olan başvuran 1947 doğumludur. Bayan J ile ilişkisi başladıktan sonra başvuran, 1974 yılının Nisan ayında bazı suçlardan dolayı tutuklanmış ve toplamda 5 yıl süre ile hapis cezasına çarptırılmıştır.

Tutuklandıktan sonra başvuran ilk olarak cezaevi müdürüne evlenmesine izin verilmesi için başvurmuş ve bu başvurusu reddedilmiştir. Daha sonra başvuran İçişleri Bakanlığına yazdığı dilekçede, 'tutuklanmadan evvel 6 ay içinde evlenmeyi planladıkları için Bayan J ile kendilerini nişanlı olarak kabul ettiklerini, bu tutukluluk halinden dolayı nişanlısının psikolojik durumunun kötü olduğunu ve yapılacak bir evliliğin hem gelecek planlaması hem de psikolojik olarak her ikisine de iyi geleceğini' belirtmiştir. İçişleri Bakanlığı bu dilekçeye verdiği cevapta 'mevcut hukuki düzenlemelere göre, bir çocuğun nesebinin sahih hale gelmesini sağlamak amacıyla yapılacak evlilikler hariç olmak üzere, başvuranın evlenmek için geçici olarak serbest bırakılmasının mümkün olmadığını' belirtmiştir.

Başvuran, daha sonraki tarihlerde evlenme talebini içeren dilekçeleri göndermeye devam etmiş, aynı zamanda da konuyu bir parlamento üyesi olan Bay Concannon'a iletmiştir. Concannon'a konuyla ilgili bilgi veren Müsteşar, 'bu konuyla

---

[140] *X / Federal Almanya Cumhuriyeti* (Komisyon), Başvuru No:892/60, 1961, Yearbook IV, s. 240-246.

[141] *Hamer / Birleşik Krallık* (Komisyon), Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979.

ilgili mahkûmlardan çok talep geldiğini, bu taleplerin objektif olarak değerlendirilmesi yapılırken evliliğin bir çocuğun nesebini sahih hale getirme amacı güden bir evlilik olup olmadığı kriterini kullandıklarını ve bu kriterin Suçluların Rehabilitasyonu Danışma Konseyi'nin önerisiyle kabul edildiğini ve İçişleri Bakanlığının da bundan başka bir düzenleme önermediğini' belirtmiştir.

Bu arada Bayan J, Ekim 1975 tarihine kadar zaman zaman başvuranı cezaevinde ziyarete gelmiş, son ziyaretinden yaklaşık 6 ay kadar sonra da başka biriyle evlenmiştir.

Başvurunun ele alındığı tarihte İngiliz Hukukunda mahkûmların evlenme hakkını düzenleyen ya da kaldıran bir hüküm bulunmamaktadır. Mahkûmlar ehliyet, akraba evliliği, evlilik töreninin zamanı, yeri ve şekli gibi konularda yürürlükteki genel hükümlere tabi olmaktadırlar. Bir kişinin hapis cezası çekmekte olduğu gerçeği, onun evlenme ehliyetini etkilememektedir. Temsilci aracılığı ile evlenmeye izin verilmemektedir. 1949 tarihli Evlilik Yasası, evlilik töreninin yapılabileceği yerleri iki istisna dışında tahdidi olarak belirtmiştir ve bu yerler arasında cezaevi bulunmamaktadır. Başvuranın durumu da anılan iki istisna içine girmemektedir. Bu durumda bir mahkûm, sadece cezaevi dışında ve yasada öngörülen yerlerde evliliğini resmileştirebilirse evlenebilir.

İlgili Birleşik Krallık hükümleri kapsamında, cezaevi yetkilileri, bir mahkûmun cezaevinden bir refakatçi ile ya da refakat olmaksızın geçici olarak ayrılmasına izin verme konusunda takdiri yetkilere sahiptirler. Evlilik amacıyla bir mahkûma belirli bir süre cezaevi dışına çıkma izni verilmesi, sadece evliliğin bir çocuğun nesebini sahih hale getirmek için yapıldığı durumlarda mümkün olabilir. Söz konusu hüküm 1977 yılının Ağustos ayında değişmiş ve böylece belirli süre hapis cezasına çarptırılmış ve serbest bırakılmalarına 12 ay kalan mahkûmların evlenmek için geçici olarak serbest bırakılmalarına izin verilmiştir.

Başvuran, tutuklanmadan önce nişanlısı ile yakın zaman içinde evlenmeyi planladıklarını, cezaevinde iken evlenebilmek için geçici olarak serbest bırakılmayı talep ettiğini ancak bunun sadece bir çocuğun nesebini sahih hale getirme amacı güden evlilikler bakımından mümkün olduğu gerekçesiyle reddedildiğini, hükümetin evliliğin cezaevinde yapılmasını mümkün kılan mevzuatları kabul etme bakımından önünde

herhangi bir engel bulunmadığını iddia etmiştir. Bunlar başvuranın olaylar bakımından iddialarıdır.

Başvuranın avukatı, meselenin, başvuranın haklarına şuan değil fakat geçmişte müdahale yapılıp yapılmadığı olduğundan hareketle, davanın yerel evlilik hukuku ile değil, idarenin takdir yetkisinin Sözleşmenin 12. maddesine aykırılığı ile ilgili olduğunu ileri sürmüştür. Ayrıca, bir hükümet için uygulamanın iç hukukla uyumlu olduğunu göstermenin yeterli olmadığını, iç hukukun ve uygulamanın Sözleşmenin gerekleri ile uyumlu olması ve Mahkeme ile Komisyonun denetimine tabi olması gerektiğini iddia etmiştir. Bunun yanı sıra avukata göre, 12. madde ile güvence altına alınmış haklara aynı madde içinde bir sınırlama getirilmemiştir. Sınırlama, bir hakkı düzenleyen ve sınırlarını çizen bir düzenlemedir, onun kullanılmasını tamamen engelleyen şey değildir. Başvuran Mart 1975 tarihinde evlenme talebine dair dilekçesini verdikten sonra onun evlenme hakkı hatırı sayılır bir süreliğine durdurulmuş, tüketilmiş ve açıkça hakkın özü zarar görmüştür. Bu iddialar, başvuranın avukatının hukuk bakımından olan iddialarıdır.

Hükümet, başvuranın hem tutukluluk öncesinde hem de serbest kaldıktan sonra evlenmek için özgür olduğunu belirtmiştir. Hükümete göre, hapis cezasının özü özgürlükten yoksunluktur ve özgürlük olmadığında da evlenmek mümkün değildir. Bu nedenle özgürlükten yoksun olduğu süre boyunca kişinin evlenmesine izin verilmemesinin 12. maddenin ihlaline neden olmadığını savunmuştur.

Hükümet, resmi evliliğin yapılması için kanunda sayılan yerlerin aleniyeti sağlamak için belirlendiğini, evliliğin medeni hal değişikliğine neden olduğundan aleni yapılması gerektiğini ve mahkûmu aleniyet sağlanan bir yere götürmenin önemli güvenlik tedbirleri ve maliyetler içerebileceğini iddia etmiştir. Hükümet ayrıca, cezaevinde aleniyeti sağlamak mümkün olmadığından burada mahkûmların gizlice evlenmelerine izin vererek onları ayrıcalıklı bir konuma koymanın yanlış olacağını iddialarına eklemiştir.

Hükümet, başvuran evlense dahi karısıyla birlikte yaşayamayacak ve cinsel ilişkiye giremeyecek olmasından hareketle, evlenme amacıyla geçici olarak serbest bırakmaya izin vermemenin 12. maddeyi ihlal etmediğini iddia etmiştir. Hükümet savunmasında X / Federal Almanya kararında Komisyonun cezaevindeki kişinin

evlenmesinin mümkün olmamasını 12. maddeye aykırı bulmadığını hatırlatarak, Komisyonun aynı doğrultuda karar vermesini talep etmiştir.

Bu dava Komisyon'un önüne X / Federal Almanya Cumhuriyeti[142] davasından sonra bu konuda gelen ikinci davadır. Bu sebeple Komisyon ilk olarak, davalı hükümetin atıfta bulunduğu, bir mahkûmun evlenme talebinin reddinin 12. maddeyi ihlal etmediğine hükmedilen X / Federal Almanya Cumhuriyeti kararıyla benzer yaklaşımın mevcut davada uygulanamayacağını tespit etmiştir. Komisyon o dava bakımından Alman Hukukunda evlenme hakkı ile ve mahkûmların haklarının hangi ölçüde sınırlanabileceğine ilişkin somut kuralların varlığını vurgulamıştır.

Davalı hükümetin atıfta bulunduğu diğer kararlar X / Birleşik Krallık[143] ve X / İsviçre[144] kararlarıdır. Bu kararlarda Komisyon, cezaevinde cinsel ilişkiye izin verilmemesinin, 12. maddede düzenlenen 'aile kurma hakkını' ihlal etmediğine hükmetmiştir. Hükümet, Komisyonun aynı yaklaşımı sergilemesini istemektedir ancak Komisyona göre; "*esasen evlenme hakkı yasal bir ilişki kurma, bir statü elde etme hakkıdır. Bunun mahkûmlarca kullanılması, cezaevi güvenliği için genel bir tehdit içermemektedir. Bir evlilik töreni cezaevi yetkilileri gözetiminde gerçekleştirilebilir."*[145] Bu sebeple anılan içtihatlar, bu dava bakımından kullanılabilir bulunmamıştır. Bu yaklaşımından anlaşıldığı üzere Komisyon, cezaevindeki mahkûmların evlenmelerinin engellenmesini değerlendirirken eski kararlarına bağlı kalmamayı seçmiştir.

Komisyona göre, 12. madde temel evlenme hakkını güvence altına almaktadır. Madde metninde ulusal yasalara atıfta bulunulmuş olması, ulusal hukuklara evlenme hakkı bakımından sınırsız bir alan tanındığı anlamına gelmemektedir. Öyle olduğu kabul edildiğinde 12. madde gereksiz olacaktır. Ulusal hukukun rolü, hakkın kullanılmasını düzenlemektir.

Komisyon, eğitim hakkını düzenleme tedbirlerinin hakkın özüne zarar vermemesi gerektiğine hükmeden Mahkeme kararına dayanarak, bunun evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara da uygulanabileceğine karar

---

[142] *X / Federal Almanya Cumhuriyeti* (Komisyon), Başvuru No:892/60, 1961, Yearbook IV, s. 240-246.

[143] *X / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 6564/74, 21.05.1975.

[144] *X ve Y / İsviçre*, Başvuru No: 8166/78, 03.10.1978.

[145] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, paragraf:58.

vermiştir. Görüldüğü üzere Komisyon birtakım sözleşme hakları için hükmedilen *hakkın özüne zarar vermeme* kriterini, cezaevindeki mahkûmların evlenmelerine izin verilmemesi bakımından ilk kez bu davada değerlendirmiştir. Bu noktadan hareketle Komisyona göre; "*bu yasalar, evliliğin resmileştirilmesi amacıyla bildirim, aleniyet ve formaliteler gibi konularda biçimsel kurallar koyabilirler. Yine bu yasalar, kamu yararını gözeterek ehliyet, rıza, yakın akrabalara ilişkin evlenme yasağı ya da çok eşliliğin önlenmesi gibi maddi hukuka ilişkin kurallar da koyabilirler. Ancak, ulusal hukuk gereken ehliyete sahip bir kişi ya da grubu evlenme hakkından mahrum edemez, hakkın kullanımını önemli ölçüde engelleyemez*."[146]

Komisyon, bu dava bakımından farklı faktörlerin bir araya gelmesi sonucu başvuranın evlenmesinin engellendiğini tespit etmiştir. Komisyona göre bu faktörlerin ilki ulusal hukukun başvurana cezaevinde evlenmesi için izin vermemesi, ikinci ise İçişleri Bakanlığının kanunla belirtilen yerde evlenmesini sağlayacak şekilde başvuranı geçici olarak serbest bırakmaya izin vermemesidir.

Komisyon bu kararında cezaevinde bulunan bir kişinin, sırf cezaevinde olduğu için bazı haklarını kullanmaktan mahrum kalmasını kabul edilebilir bulmayacağını şu ifadelerle belirtmiştir: "*Bu durum, başvuranın kendi tercihi değildir. Başvuranın durumu hiçbir şekilde, kendi özgür iradesi ile evlenme hakkından vazgeçen ya da kendini bu hakkı kullanamayacak bir duruma sokan bir rahip ya da başka bir kişinin durumu ile karşılaştırılamaz. Başvuranın evlenememesinin sadece onun cezaevinde olmasının ya da buna neden olan fiillerinin kaçınılmaz bir sonucu olduğu, hükümetin bunlardan dolayı hiç sorumlu olmadığı söylenemez. Kişisel özgürlük, evlenme hakkının kullanılmasının gerekli bir ön koşulu değildir. Mahkûmların cezaevinde ya da bir görevli eşliğinde geçici olarak serbest bırakılma durumlarında evlenmelerine izin verme konusunda Devletlerin mevcut uygulamaları, hiçbir özel külfetli ya da karmaşık düzenlemelerin gerekmediğini göstermektedir. Özellikle cezaevinde bu hakkın kullanılması, Komisyonun daha önce belirttiği gibi, mahkûmun cezaevi yetkililerinin kontrol ve denetimlerinden kaçmasını içermemektedir*."[147] Komisyonun kişisel özgürlüğün evlenme hakkını kullanmak için gerekli bir ön koşul olmadığını belirtmesi

---

[146] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:62.

[147] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:67.

kanımızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin kurduğu denetim sistemi açısından çok önemli bir dönüm noktasıdır.

Komisyon, kararın devamında Sözleşmenin 12. maddesinde yer alan hakkın kullanılabilmesinin sağlanması bakımından cezaevi yetkililerinin ve dolayısı ile devletin bir takım olumlu edimlerde bulunması görevinden bahsetmiştir. Komisyon bu görevleri anarken diğer sözleşme haklarından hareket etmiştir: "*Bir mahkûmun evlenmesinden önce elbette cezaevi yetkilileri tarafından bazı idari işlemlerin yapılması gerekecektir. Bu, diğer sözleşme haklarına da (örneğin mahkemeye erişim hakkı) uygulanır. Bu hakları etkin hale getirmek için cezaevi yetkililerinin bazı olumlu edimlerde bulunmaları gerekmektedir. Yetkililer mektupları iletmezse bir mahkûm, yasal danışmanı ile ya da başka bir kişi ile iletişim kuramaz. Bir mahkûm, aile üyelerinin gelmesi için düzenlemeler yapılmadıkça onlardan birinin ziyaretini kabul edemez. Bir mahkûm, geçici olarak serbest bırakılmadığı sürece ailesinden birinin cenazesine katılamaz. Hem Komisyonun hem de Mahkemenin içtihatları göstermektedir ki; bir mahkûm, benzer durumlarda gerekli izinler bakımından reddedildiğinde söz konusu hakkı kullanamamasının nedeni sadece kendi davranışları ya da cezaevinde olması gerçeği olarak görülemez. Daha ziyade, gerekli iznin reddi, ilgili sözleşme hakkına sözleşme kapsamında haklı olan ya da olmayan yetkili makamlar tarafından yapılan bir müdahale olarak görülür. Golder davasında ve örneğin bir aile üyesinin cenazesine katılma izninin reddini içeren davalarda Komisyon ve Mahkemenin yaklaşımı bu olmuştur.*"[148]

Mevcut davada evlenme hakkına, evlenmeyi geciktirmek yoluyla bir müdahale yapıldığı kanaatine varan Komisyon, bu müdahalenin hakkı ihlal edip etmediğini değerlendirirken şu tespitlerde bulunmuştur: "*başvuranın cezaevindeyken evlenmesi durumunda, cinsel ilişkiye giremeyecek olması ya da karısı ile birlikte yaşayamayacak olması nedeniyle evlenmesine izin verilmemesi evlenme hakkına yapılan müdahaleyi haklı kılmaz. Komisyona göre, evlenme hakkının özü, bir kadın ve bir erkek arasındaki bağın resmi bir ilişkiye dönüştürülmesidir. Birlikte yaşayamayacakları bir durum söz konusu iken evlilik kurumuna girip girmemeye karar vermek ilgili kişilerin kararına*

[148] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:68.

kalmıştır."[149] Komisyon, yukarıda bahsedildiği gibi kararında öncelikle evliliğin *yasal bir ilişki kurma, bir statü elde etme hakkı* olduğunu belirtmiş ve bu tespitini burada evliliği cinsel ilişkiden ve birlikte yaşama durumundan soyutlayarak kanıtlamış, hem de kendi içinde gayet tutarlı bir tutum sergilemiştir.

Hakkın özüne zarar verilmesiyle ilgili olarak Komisyon şu tespitlerde bulunmuştur: "*Komisyona göre, devlet tarafından bu hakkın kullanılmasını uzun bir süre geciktiren dayatma, genel olarak hakkın özüne zarar verme olarak kabul edilmelidir. Mahkûmiyetin kendisinden kaynaklanan hiçbir genel kamu yararı hususu, bir mahkûmun durumuna bu tür bir müdahaleyi haklı kılmaz. Komisyonun daha önce de belirttiği gibi, mahkûmların evlenmesine izin verilmesinde hiçbir zorluk yoktur. Buna ek olarak, Komisyon huzurunda mahkûmların evlenmesine izin vermede kamu yararına zarar verecek herhangi bir durum bulunduğunu iddia etmek için hiçbir kanıt bulunmamaktadır. Aksine, evliliğin dengeleyici ve iyileştirici bir etkisi olabilir.*"[150]

Yaptığı değerlendirme sonucunda, başvuranın evlenme hakkını kullanması ulusal hukuk ve idari eylemlerin birleşmiş etkileri nedeniyle büyük ölçüde geciktirildiği sonucuna varan Komisyon, bunun evlenme hakkının özüne zarar verdiğini tespit etmiştir. Bu nedenle Komisyon, başvuranın Sözleşmenin 12. maddesi ile güvence altına alınmış olan evlenme hakkının ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.

Bu dava, mahkûmların cezaevinde evlenmelerine izin verilmemesi şikâyetiyle Komisyonun önüne gelen ikinci davadır. Henüz ikinci dava olmasına rağmen Komisyon, bu davada, konuyla ilgili olarak bir dönüm noktası oluşturmuştur. Komisyon'un bu dava nezdinde belirttiği çok önemli ilkeler bulunmaktadır ve bu ilkeler daha sonra konuyla ilgili Komisyon ve Mahkeme kararlarında[151] kullanılmıştır. Bu ilkelerin ilki, kişisel özgürlüğün evlenme hakkının kullanılmasında aranan bir ön koşul olmadığıdır.[152] Kanımızca Komisyon bu ilkeyi belirterek, 12. maddede yer almayan ve ulusal hukuk tarafından da açıkça düzenlenmeyen fiili bir yasakla evlenme hakkının

---

[149] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:71.

[150] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:72.

[151] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010; *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010.

[152] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:67.

kullanılmasının sınırlandırılmasına hatta durdurulmasına engel olmak istemiştir. Bu davada Komisyon tarafından belirtilen diğer bir önemli ilke, evlenme hakkının bir statü elde etme hakkı[153] olduğundan hareketle, evlenmek isteyen kişilerin bir arada yaşayamayacak ya da cinsel ilişkide bulunamayacak olmalarına dayanarak evlenme hakkının sınırlandırılmasının kabul edilemeyeceğidir. Böyle bir durum söz konusu olduğunda, evlenip evlenmeyeceklerine kişilerin kendileri karar vermelidir.[154]

c. Jaremowicz / Polonya[155]

Dava konusu olayda, 1973 doğumlu ve işlediği bazı suçlardan dolayı cezaevinde bulunan bir mahkûm olan başvuran, cezasını çekmekte iken kendisi gibi cezaevinde olan Bayan M ile görüşmeye başlamış ve daha sonra da M'nin serbest bırakılmasının ardından onun kendisini cezaevinde ziyaret edebilmesi için cezaevi müdüründen izin talep etmiştir. Bu talep, Bayan M'nin başvuranın aile üyelerinden biri olmadığı ve Ceza İnfaz Kanunu'nun 102/2 maddesi kapsamında 'yakın kişi' olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir.

Başvuran ve Bayan M, Haziran 2003 de, cezaevinde evlenmek için Bölge Mahkemesi Cezaevi Bölümünden izin istemişler fakat bu talepleri reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuran Ombudsmana şikâyette bulunmuştur. Ombudsmanın konuyla ilgili bilgi istediği dilekçesine cevaben cezaevi müdürü, ilişkinin cezaevinde başladığını, yüzeysel olduğunu ve başvuranın rehabilitasyonu açısından önemli olmadığı gerekçesiyle evlenmelerine izin verilmediğini belirtmiştir. Başvuranın daha sonra Adalet Bakanlığına yaptığı başvuru da reddedilmiştir.

Polonya hukukuna göre mahkûmların aileleri ve yakın kişilerle iletişim kurma ve yetkili makamlara talep ve şikâyette bulunma hakları mevcuttur.

Polonya Aile Hukukuna göre nikâh memuru sadece evliliği geçersiz hale getirecek yaş, ehliyetsizlik, akrabalık gibi yasal bir engel var ise nikâh kıymayı reddedebilir. Ayrıca aile hukukunda temsilci aracılığı ile evliliğin yapılabilmesi mümkündür ve buna çekişmesiz bir yargılama ile aile mahkemesince karar verilir. Bu

---

[153] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:58.

[154] *Hamer / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf:71.

[155] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010.

kararın verilebilmesinin iki şartı vardır; ilki normal evlilik usulünün yerine getirilmesini engelleyen önemli nedenlerin varlığı, ikincisi de vekaletnamedeki imzaların noter huzurunda atılmış olması. Hüküm bulunmasına rağmen temsilci aracılığı ile evlilik uygulamada çok yaygın değildir.

Öte yandan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin, üye devletlere bildirdiği hapis cezalarının uygulanması ile ilgili tavsiye niteliğindeki 2006 tarihli Avrupa Cezaevi Kurallarına göre, cezaevindeki kişilerin iletişim yollarıyla aileleri ve diğer kişilerle iletişim kurmalarına ve ziyaretçi kabul edebilmelerine izin verilmelidir. İletişime veya ziyaretlere sınırlama getirilebilir ancak bu sınırlamalar yine de asgari bir bağlantıya izin vermelidir. Mahkûmların talep ve şikâyetlerini yetkili makamlara bildirmelerine imkân tanınmalı ve reddedilen talepler bakımından bağımsız bir makama başvurunun yolu kapatılmamalıdır.

Kabul edilebilirlik incelemesi aşamasında başvuran, cezaevi yetkililerinin, kendisinin cezaevinde evlenmesine izin vermeyi reddettikleri gerekçesiyle Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Hükümet, başvuranın Kasım 2003 tarihinde cezaevinde M ile evlenme iznini alabildiği için mağdur statüsünü kaybettiğinden hareketle, Sözleşme'nin kişi bakımından uygulamaya dair hükümlerine aykırı olduğu gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğunu iddia etmiştir. Bu iddiaya karşılık olarak başvuran, evlenmesindeki gecikmenin hakkını ihlal ettiğini, şu an evli olmasının bu ihlali kaldırmak için geriye dönük etki oluşturmayacağını savunmuştur. Mahkeme inceleme neticesinde bu itirazın davanın esası ile birlikte incelenmesi gerektiğini belirtmiş ve davanın esasında da Hükümetin kişi yönünden yetkisizlik konusunda yaptığı itirazı kabul etmemiştir.

Hükümetin bu davanın kabul edilemezliği bakımından yaptığı ikinci ön itiraza göre, başvuran iç hukuk yollarını tüketmemiştir. Hükümet, bunun iki yönlü olduğunu, başvuranın hem itiraz edebileceği mercilerin tükenmediğini hem de temsilci aracılığı ile evlenebilecekken bunu talep etmediğini iddia etmiştir. Başvuran buna cevaben, bu yolların yeterli ve etkin olmadığını savunmuştur. Mahkeme, teoride başvuranca erişilebilir olan bu hukuki çözümün Sözleşmenin 35/1 maddesi çerçevesinde yeterli olacağına ikna olmamıştır. Mahkemeye göre, temsilci aracılığı ile evlilik prosedürünün hem başvuran hem de Bayan M için cezaevi yetkililerince başlatılması gerekecektir

ancak yetkililerin bunun için istekli olup olmayacakları tartışmalıdır. Ayrıca Hükümet, temsilci aracılığı ile evlilik usulünün cezaevindeki kişiler tarafından etkin bir şekilde kullanıldığına dair örnek sunmada başarısız olmuştur. Sonuç olarak Mahkeme, davanın kabul edilebilir olduğuna karar vererek işin esasını incelemeye geçmiştir.

Davanın esası bakımından başvuran, cezaevinde evlenme talebinin reddedilmesinin Sözleşmenin 12. maddesini açıkça ihlal ettiğini, ret gerekçelerinin kabul edilemez olduğunu ve evlenme kararlarıyla ilgili yetkililerin ilişkilerinin yasa dışı ve sosyal rehabilitasyon açısından değersiz ve yüzeysel olduğu gibi haksız ve aşağılayıcı yorumlar yaptıklarını iddia etmiştir.

Hükümet, Mahkemenin cezaevindeki kişilerin evlenmeleriyle ilgili yerleşmiş bir içtihadı olmadığını vurgulamıştır. Hükümete göre, neticede başvuran M ile evlenmiştir. Evlenmeseydi bile temsilci aracılığı ile ya da serbest kaldığında evlenebilirdi. Bu nedenlere dayanarak Hükümet başvuranın evlenme hakkının ihlal edilmediğini iddia etmiştir.

Davaya katılan Helsinki İnsan Hakları Vakfı, Mahkemenin bu konudaki içtihatlarının geliştiğini vurgulamış ve X / Federal Almanya kararında mahkûmların evlenme hakkına sahip olduklarının kabul edilmediğini ancak Hamer / Birleşik Krallık davasında ise mahkûmların evlenmelerinin engellenmesinin hakkın ihlali olduğuna hükmedildiğini vurgulamıştır. Vakfa göre cezaevi güvenlik önlemleri ile mahkûmların evlenme hakları arasında adil dengenin sağlanması gerekir. Polonya Hukuku kapsamında nikâh memurlarının yapılacak evliliğin gerçek mi yoksa kâğıt üzerinde bir evlilik mi olacağını araştırma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Dışarıdaki bekâr kişilerin hukuki durumları ile cezaevindeki kişilerin hukuki durumları arasında evlenme ehliyeti bakımından hiçbir fark bulunmamaktadır. Bu sebeple mahkûmlar tarafından yapılacak evliliklerde gerçeklik olgusunu araştırmak ayrımcılık anlamına gelmektedir. Vakfın iddiasına göre Polonya mevzuatı yetkililere mahkûmların evlenme talebiyle ilgili karar verme konusunda sınırsız bir takdir yetkisi tanımıştır ve bu durum mevcut davada da kanıtlanmıştır. Zira başvuranın cezaevinde evlenme talebinin reddi, ‘cezaevi müdürünü bir mahkûmun cezaevinde evlenmesine izin verme yükümlülüğü altına sokan herhangi bir hüküm olmadığı’ gerekçesiyle onanmıştır. Tüm bunlardan hareketle Vakıf, cezaevinde evlenme hakkının etkin şekilde korunabilmesi için, cezaevi yetkililerinin bu

konuda verdiği kararlara karşı mahkemeye itiraz etme imkanı, izin talebinin değerlendirilmesinde belirli süre şartı ve muhtemel bir ret kararı için gerçek, nötr ve meşru gerekçelerin listelenerek yayınlanması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme dava ile ilgili değerlendirmesini yaparken ilk olarak, daha önceki kararlarında da yer alan temel ilkelerden hareket etmiştir. Mahkeme, evlenme hakkının hem esas hem de usul bakımından akit devletlerin ulusal yasalarına tabi olduğunu belirttikten sonra hakka getirilecek sınırlamaların hakkın özüne zarar verecek ölçüde hakkı sınırlandırmaması gerektiğini vurgulamıştır.

Madde metninde atıf yapılan ulusal hukukların, evlenme hakkı bakımından evlilik töreni ve aleniyeti gibi konulardaki biçimsel kuralların yanı sıra ehliyet, rıza, birden fazla evliliğin önlenmesi gibi hususlarda maddi kurallar da içerebileceği Sözleşme organlarınca kabul edilmiştir. Ancak bu yasalar, seçtikleri eş adayı ile evlenme hakkına sahip bir kişiyi ya da bir grup insanı evlenme hakkından mahrum edemezler.

Mahkeme bu noktada Sözleşmenin 8. maddesi ile 12. maddesini karşılaştırmış ve şu tespitlerde bulunmuştur; "*Aile hayatına ve özel hayata saygı hakkını öngören ve evlenme ve aile kurma hakkıyla yakından ilişkili olan Sözleşmenin 8.maddesinin aksine, 12. madde, Devlet tarafından yapılacak 8. maddenin 2. fıkrası kapsamındaki "hukuka uygun" ve "demokratik toplumun gerekleri için yapılan", örneğin "sağlığın veya ahlakın korunması" ya da "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" gibi amaçları olan bir müdahaleye izin verilebilir bir zemin içermemektedir. Bu nedenle, bir davayı 12. madde kapsamında incelerken Mahkeme, 8. madde kapsamında kullanılan "acil sosyal ihtiyaç" ya da "gereklilik" gibi kriterleri uygulamayacaktır, fakat devletin takdir yetkisine saygı duyulup duyulmadığı ve söz konusu müdahalelerin keyfi ya da orantısız olup olmadığını karara bağlayacaktır."*[156] Mahkeme burada, 8. maddedeki özel sınırlama sebeplerinin 12. maddede bulunmadığını fakat 12. maddeye yapılan müdahalelerin değerlendirilmesinde takdir yetkisine saygı duyulup duyulmadığı ve müdahalenin keyfi ya da orantısız olup olmadığı kriterlerinden yararlanacağını ifade etmiştir.

[156] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:50.

Mahkeme, mahkûmların kullanabileceği haklara dair tespitler içeren bir kararına[157] değinmiş ve bir mahkûmun özgürlükten yoksunluk durumuna aykırı olmayan temel hak ve özgürlüklerinden yararlanmaya devam edeceğini ve yetkililerce bu haklara getirilecek her ek sınırlamanın haklı gerekçelere dayandırılması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca Mahkeme, yukarıda bahsedilen Hamer kararında da hükmedildiği üzere mahkûmların evlenme hakkını da kullanabileceklerini vurgulamıştır.

Mahkeme mevcut davada, başvuranın evlenme talebinin yetkililerce cezaevi güvenliği ya da nizamsızlığın önlenmesi nedeniyle değil, başvuranın M ile olan ilişkisinin nitelik ve kalitesi nedeniyle reddedildiğini belirtmiştir. Bir kere başvuran ile M, cezaevinde kalmalarından evvel birbirlerini tanıdıklarını kanıtlayamadıkları için yetkililer bu ilişkiyi "yasadışı" kabul etmişlerdir. Ayrıca Mahkeme, çiftin ilişkisinin yetkililer tarafından "değersiz" ve "yüzeysel" olarak kabul edildiğini eklemiştir. Mahkemeye göre yetkililerin bu tavrı açıkça onların sübjektif görüşlerini yansıtmaktadır ve yetkililerin bu değerlendirmeleri yaparken Polonya Aile Hukukuna dair hükümleri hiçe saydıkları ortadadır. Polonya Hukukuna göre tarafların evlenme talebi ile ilgili inceleme, medeni durum bakımından yasal bir engel olup olmadığı ile sınırlıdır. Mahkeme bu konuyla ilgili değerlendirmesini şu ifadelerle yapmıştır: "*Mahkeme, cezaevi yetkililerinin, özellikle cezaevi güvenliği ve düzen bozukluğunun önlenmesi taleplerini dikkate alarak, başvuranın evleneceği yerin koşullarının uygun olup olmadığının belirlenmesi bağlamında izin alınmasının haklı olduğunu kabul etmektedir. Ancak, yetkililerin –mevcut davada yaptıkları gibi- başvuranın duygularının derinliğini değerlendirmeleri, onların ilişkisinin kalitesi üzerine tartışmaları ve dolaylı ya da açık bir şekilde belirli bir kişi ile evlenme kararını, sadece müstakbel karısını bulduğu ve seçtiği koşullara bakarak eleştirmeleri için herhangi bir haklı neden görünmemektedir.*

Cezaevleri müstakbel karı-kocaların bir araya gelmesi için normal bir yer değildir, fakat bir kadın ve bir erkek arasındaki bağın her ikisi de tutuklandığında geliştiği gerçeği, onların ilişkilerini otomatik olarak "yasadışı", "yüzeysel" ve "rehabilite değeri olmayan veya saygıyı hak etmeyen" bir hale getirmez."[158] Görüldüğü gibi Mahkeme, cezaevinde bir mahkûmun evlenmesine izin verme konusunda takdir

---

[157] *Hirst / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No: 74025/01, 06.10.2005.

[158] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:58.

yetkisine sahip olan yetkililerin, bu yetkilerini kullanırken sübjektif bir tavırla tarafların ilişkilerini nitelemelerinin ve bunlardan hareketle olumsuz karar vermelerinin kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Kararın devamında Mahkeme, evlenme hakkının vazgeçilmez bir unsuru olan eş seçimi ile ilgili olarak şunları belirtmiştir; "*Hem özgürken hem de cezaevindeyken bir kişinin bir eş seçimi ve onunla evlenme kararı kesinlikle özel ve kişisel bir konudur ve böyle bir seçimin ve kararın evrensel ve genel kabul gören herhangi bir şekli yoktur. Güvenliği etkisiz hale getirme hariç ve evlenme hakkının "ulusal yasalara uygun olarak" uygulanmasını sağlamak amacıyla –yukarıda söylendiği gibi, ulusal yasalar sözleşmeyle uyumlu olmalıdır- yetkililerin 12. madde kapsamında, özellikle ilişkinin kendileri için kabul edilemez olmasına ya da geçerli olan sosyal kurallardan sapılmasına dayanarak, mahkûmların kendi seçtikleri kişi ile evlenme kararlarına müdahale etmelerine izin verilmemektedir."*[159]

Mahkemeye göre, başvuranın evlenme hakkını kullanamamasının tek nedeni, yetkililerin başvuranın M ile evlenme kararını tartışarak cezaevinde nikâh yapılması talebini reddetmeleridir. Mahkeme bu durumun, 12. madde ile güvence altına alınmış olan evlenme hakkının kullanılması üzerindeki etkili bir yasal engelle aynı sonuçlara neden olduğunu tespit etmiştir ve Mahkemeye göre bu takdir yetkisinin aşıldığının göstergesidir.

Mahkeme, Hükümetin ileri sürdüğü başvuranın evlenme iznini sonuçta alabildiği için artık 12. maddedeki hakkını kullanmak bakımından mağdur sayılamayacağı yönündeki iddialarıyla ilgili olarak şunları belirtmiştir: "… *evlenme çağına gelmiş ya da ulusal hukukta evlenmek için geçerli şartları yerine getirmiş olan insanlara evlenmelerinden önce dayatılan –bu davada olduğu gibi sivil bir yaptırım ya da böyle bir reddin uygulamadaki sonucu olan- bir gecikme, Sözleşmenin 12. maddesi kapsamında haklı olarak kabul edilemez. Sonuç olarak, Mahkeme, Hükümetin kişi bakımından yetkisizlik gerekçesiyle yaptığı kabul edilemezlik itirazını reddetmiştir."*[160]

---

[159] *Jaremowicz / Polonya,* Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:59.

[160] *Jaremowicz / Polonya,* Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:61.

Davaya katılan Helsinki İnsan Hakları Vakfının, bir mahkûmun evlenme talebinin kabulü veya reddi konusunda Polonya Hukukunun yetkililere sınırsız bir takdir yetkisi verdiği şeklindeki iddiasını değerlendiren Mahkeme, Polonya Hukukunun yetkililere bu konuda tam bir takdir yetkisini verdiğini ve ulusal hukukta mahkûmların cezaevinde evlenmelerini düzenleyen özel bir hüküm bulunmadığını kabul etmiş ve devamında şunları belirtmiştir: "*…12. madde devletlere mahkûmların evliliği ile ilgili özel kuralların öngörülmesi ya da ayrı bir yasanın yapılması konusunda yükümlülük getirmemektedir; bu nedenle, yukarıda belirtildiği gibi, mahkûm olmak evlenmek için yasal bir engel değildir. Özgür bekâr kişilerle mahkûm olan bekâr kişiler arasında evliliğe uygunluk bakımından yasal durumlarında herhangi bir fark olduğu söylenemez."*[161] Mahkeme bu tespitiyle, Sözleşmenin 12. maddesinin taraf devletlere, mahkûmların evlenme haklarıyla ilgili olarak özel hükümleri kabul etme yükümlülüğünü getirmediğini belirtmiştir. Yani bu konuda taraf devletlere açıkça pozitif bir yükümlülük verilmemiştir.

Mahkeme bu dava bakımından en önemli unsurun yetkililere tanınan takdir yetkisinin kapsamı olmadığını ama onların karar verme yetkisindeki keyfiyet olduğunu vurgulamıştır. Buradan hareketle Mahkeme, "*Teorideki mevcut takdir yetkisi çok geniş olabilir, fakat belirleyici unsur onun uygulamada nasıl kullanıldığıdır. Başvuranın davasında Sözleşme ihlali, cezaevinde evlenme ile ilgili ayrıntılı kuralların yokluğundan ziyade, yetkililerin Sözleşme ile uyumlu bir şekilde kişisel menfaatler ile çeşitli kamusal menfaatler arasındaki adil dengeyi sağlayamamalarından kaynaklanmıştır. Sonuç olarak, uygulanan tedbir başvuranın evlenme hakkının özüne zarar vermiştir*."[162]

Görüldüğü üzere Mahkeme, yetkinin teorideki genişliği ile ilgilenmemiş, esas etkisini uygulandığında göstereceğinden hareketle uygulanmasının sonuçlarını değerlendirmiştir. Ancak kanımızca, Mahkemenin teorideki mevcut takdir yetkisinin genişliği ile ilgilenmemesi daha doğrusu bunu belirleyici unsur olarak görmemesi, 12. maddede güvence altına alınan hakkın amaçları bakımından çok yerinde görünmemektedir. Mahkeme takdir yetkisinin genişliğini değil de bunun uygulamada nasıl kullanıldığını belirleyici unsur olarak kabul ederek, Polonya Hukukunda sadece bu

---

[161] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:63.

[162] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:64.

dava bakımından sorunu çözmüş görünmektedir. Mahkemenin verdiği karar şöyle yorumlanabilir; o an takdir yetkisini kullanan yetkililer kendi görüşlerine ağırlık vererek sübjektif davrandıkları için bu ihlal gerçekleşmiştir, takdir yetkisini keyfi kullanmasalardı ihlal gerçekleşmeyecekti. Hâlbuki takdir yetkisi son derece geniş şekliyle kullanılmaya devam edilebilir. Burada Mahkemeden, kişilerin hukuki belirlilik içinde yaşayabilmeleri için takdir yetkisinin sınırlarının çizilmesi gerektiği şeklinde bir yorum yapması beklenebilirdi.

Sonuç olarak Mahkeme, 12. maddenin ihlal edildiğine oybirliği ile karar vermiştir.

Başvuran, 12. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiğini ileri sürdüğü için Mahkeme dava konusu olayda, 14. maddenin ihlal edilip edilmediğini incelemiştir. Başvurana göre, cezaevinde evlenme talebinin reddedilmesinin sebebinin kendisinin ve nişanlısının o süreçte cezaevinde bulunması olduğundan, bir mahkûm olarak içinde bulunduğu durumdan dolayı ayrımcı muameleye tabi tutulmuştur. Başvuran bu iddiasının, yetkililerin kendilerinin ilişkisi hakkında yaptıkları "yasadışı" ve "değersiz" gibi nitelemelerle kanıtlandığını düşünmektedir. Mahkeme bu iddiayı kabul edilebilir bulmuştur.

İddiasının esas bakımından incelenmesinde başvuran, cezaevinde olmayan bir kişinin evlenme talebinde bulunması halinde, tarafların tanışma şeklinin onaylanması gerekmezken, kendisi evlenmek istediğinde ilişkisinin hukuka uygun ve değerli olup olmadığını açıklamak zorunda kaldığını belirtmiştir. Hükümet başvuranın iddialarını kabul etmemiştir. Hükümete göre kısıtlamalar makuldür ve yetkililerin kararları, keyfilik riskini bertaraf etmek için Ceza İnfaz Mahkemesi tarafından denetlenmektedir. Bu koşullarda ayrımcılık yapılması mümkün değildir.

Mahkeme bu iddialar bakımından yaptığı değerlendirmede, bu hususların 12. madde kapsamında incelendiğini ve 14. madde bağlamında ayrıca ele alınması gerekmediğine oybirliği ile hükmetmiştir.

d. Frasik / Polonya[163]

Dava konusu olayda 1975 doğumlu olan başvuran, Bayan I.K. ile 4 yıl süren bir ilişkinin ardından ayrılmıştır. Ayrıldıktan birkaç ay sonra başvuran, I.K.'ya tecavüz edip onu tehdit ettiği şüphesiyle önce gözaltına alınmış ve ardından da tutuklanmıştır. Başvuran, I.K.'nın kendisini ziyarete geldiğini, ondan özür dilediğini ve onun da kendisini affettiğini belirterek salıverilmesini birkaç kez talep etmiştir. Ancak yerel mahkeme, yargılamanın usulüne uygun şekilde yürütülmesini sağlamak, özellikle aleyhine verilecek ifadeleri engellemesini, mağduru tehdit edip ona karşı kuvvet kullanmasını önlemek için ve işlediği iddia edilen suçlardan birinin ağır bir cezayı gerektirdiği gerekçesine dayanarak tutukluluğun zorunlu olduğuna karar vermiştir. Bu arada Bayan I.K. da başvuranınkilerle benzer içerikteki taleplerini ve onun aleyhine tanıklık yapmaktan muaf tutulmayı talep ettiğini yetkililere bildirmiştir. Ancak bu talepleri reddedilmiş, bu arada soruşturma aşaması sona ermiş ve yargılama safhası başlamıştır.

Yargılama safhasında da başvuranın tutukluluğu devam etmiş, başvuranın tutukluluk halinin devamına ilişkin kararlara karşı yaptığı itirazlar başvuranın mağdur I.K. üzerinde baskı kurabileceği gerekçesiyle reddedilmiştir. Duruşmalar devam ederken I.K., Polonya Ceza Muhakemesi Kanununun 185. maddesi kapsamında başvuranla 'yakın kişisel ilişki' içinde olduğunu belirterek tanıklıktan muaf tutulmayı ve başvuranın serbest bırakılmasını talep etmiş ve onunla evlenmek istediğini bildirmiştir. Yerel mahkeme bu talebi değerlendirmiş ve talebin başvurana karşı duyulan sevgiden ziyade ondan korkmasından kaynaklandığı ve ilişkilerinin evlilik olarak kabul edilmesi için gerekli olan psikolojik, fiziksel ve finansal bağdan yoksun olduğu bu nedenle 'yakın kişisel ilişki' kapsamına girmediği gerekçesine dayanarak reddetmiştir. Ancak I.K. ifade vermeyi yine de reddetmiş ve yargılamayı engellediği gerekçesiyle aleyhine para cezasına hükmedilmiştir.

Yaptığı yargılama neticesinde yerel mahkeme, başvuranı suçlu bulmuş ve onu 5 yıl hapis cezasına çarptırmıştır. Başvuran bu kararı temyiz etmiş ve temyiz incelemesi

---

[163] *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010.

yapan Bölge Mahkemesi mahkûmiyeti onamış ancak mağdurun başvurana karşı olan tutum değişikliğini göz önünde bulundurarak hapis cezasını 3 yıla indirmiştir.

Tüm bu yargılama işlemlerinin devam ettiği süreçte başvuran pek çok kez I.K. ile cezaevinde evlenmek istediğini bildirmiştir. Başvuran, ilişkilerinin cezaevine girmeden çok evvel başladığını, iki kez evlenme kararı aldıklarını ancak ilkini I.K.nın düşük yapması sebebiyle ikincisini ise başvuranın tutuklanması nedeniyle ertelemek zorunda kaldıklarını belirtmiştir. Başvuranın bu yöndeki taleplerinden birini değerlendiren yerel mahkeme ret cevabını şu şekilde ifade etmiştir: "… *Bir cezaevi veya tutuk evi, kişinin hayatında düğün gibi çok önemli törenleri kutlamak için uygun bir yer değildir. Yerel mahkemenin görüşüne göre, hiçbir koşul tutukevinde evlilik akdetmeyi haklı göstermez. Eğer gerçekten, -ki mahkemeye göre şüphelidir- sanık ve zarar gören taraf kendileri ve aileleri için çok önemli olan bu kararlarında ciddi iseler, bu töreni başka bir zaman ve cezaevinden başka bir yerde planlayabilirler. Eğer, sanık ve zarar gören taraf birbirlerini 4 yıldır tanıyorlarsa ve henüz birlikteliklerini resmileştirememişlerse davanın koşulları içersinde tarafların evlilik kurumuna girmek için verdikleri bu ani karar, niyetleri üzerine şüphe düşürmektedir. ... Bu nedenle, mahkeme, bu belirli anda yapılmış olan evlenme talebinin, mahkemeyi sanık ve zarar gören arasında yakın bir ilişki olduğuna ikna etmek için yapılan başka bir girişim olduğuna karar vermiştir, -ki mahkemeye göre gerçekte durum böyle değildir ve dava uğruna icat edilmiştir*."[164] I.K. da başvuranınkilerle benzer talepleri dile getirmiştir, ancak olumlu bir sonuç alamamışlardır.

Başvuran, Bölge Mahkemesinin verdiği kararı temyiz etmiş ve dava Yüksek Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Yüksek Mahkeme verdiği kararda, başvuranın cezaevinde evlenme talebinin reddedilmesinin Sözleşmenin 12. maddesini ihlal ettiğini belirtmiştir. Yerel Mahkemenin evlenme talebiyle ilgili argümanlarını ikna edici bulmayan Yüksek Mahkeme şunları belirtmiştir: "…*Mahkemenin duruşmada zarar gören tarafın konumunu kabul etmeyi reddetmesinden sonra evlenmek için izin talebinin ortaya çıkması gayet doğaldır çünkü zaten öncesinde zarar gören taraf ve sanık kendilerini birbirlerine karşı yakın kişiler olarak kabul etmekteydiler. Aynı zamanda, eğer sanık tutuklu değil de serbest olsa idi evlenmesi için hiçbir engel olmayacağı*

[164] *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010, Paragraf:38.

ortadadır. Başvuranın sadece tutuklu bulunması onun ve zarar gören tarafın bağımsız evlenme kararlarını imkânsız hale getirmektedir. Evlenmeleri muhtemel bir çift, evlilikle ilgili duygularının derinliğini ilgili makama göstermek ve kanıtlamak zorunda değildir. Mahkemenin kararı, özellikle bunun için verilen nedenler ışığında, sonuçta yanlıştır ve apaçık bir ihlali ortaya çıkarmıştır çünkü bu durum, Polonya'da da bağlayıcı olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ortaya koyduğu standartları ihlal etmektedir"[165] Ancak Yüksek Mahkemeye göre yerel mahkemenin yaptığı bu hukuk ihlalinin, başvuranın mahkûmiyeti üzerinde etkisi bulunmadığı için karar bozulmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvurunun kabul edilebilirliğini incelerken Hükümet iç hukuk yollarının tüketilmediği ve kişi bakımından yetkisizlik olmak üzere iki ön itiraz yapmıştır. Hükümet, kişi bakımından yetkisizlik iddiası kapsamında Polonya Yüksek Mahkemesinin başvuranın evlenme hakkının ihlal edildiğini kabul ettiğini belirterek, bununla başvuranın mağdur statüsünü kaybettiğini savunmuştur. Buna cevaben başvuran, Yüksek Mahkemenin anılan kararının kendi durumunda bir değişiklik oluşturmadığını ve zararını gidermediğini belirtmiştir. Mahkeme bu ön itirazı şu ifadelerle reddetmiştir: "*Mevcut davada, Yüksek Mahkemenin başvuranın evlenme hakkının ihlal edildiği yönündeki kararının, başvuranın evlenme hakkını kullanabilmesi için herhangi bir yasal sonuca yol açmadığı açıktır. Hatta bu, başvuranın lehine bir karar değildir, sadece başvuranın evlenme izni almak için tekrarladığı fakat başarısız olduğu girişimlerin üzerinden 2 yıldan fazla zaman geçtikten sonra yapılmış gecikmiş bir olay sonrası beyanıdır. Bu, Sözleşmenin 12. maddesinin ihlali iddiası için tazminin herhangi bir biçimini oluşturmamıştır, oluşturamaz da."*[166] Görüldüğü üzere Mahkeme, kabul edilebilirlik incelemesinde yerel mahkemenin ihlali sadece kabul etmesinin kişiyi Sözleşme anlamında mağdur olmaktan çıkarmayacağına hükmetmiştir.

Hükümetin ikinci ön itirazı, başvuranın temsilci aracılığı ile evlenme usulüne başvurmadığı gerekçesiyle iç hukuk yollarının tüketilmemiş olmasıdır. Başvuran bu iddiaya karşılık olarak, bunun etkili bir yol olmadığını savunmuştur. Mahkeme bu itirazla ilgili değerlendirmesinde, bir hukuk yolunun varlığını kabul edebilmek için sadece teorik olarak değil uygulamada da yeterince uygulanabilir ve kesin olması

---

[165] *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010, Paragraf:42.

[166] *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010, Paragraf:72.

gerektiğinden hareketle, teoride var olan bu yolun uygulamada başvurana başarıyla uygulanacağına ikna olmadığını belirtmiştir. Çünkü Mahkemeye göre, başvuranın evlenmek için yaptığı talepler defalarca reddedilmiş ve gerekçe olarak da I.K.'nın başvuranla evlenerek tanıklık muafiyetinden yararlanmak istemesi gösterilmiş olduğundan, temsilci aracılığı ile evlilik talebi de yine aynı gerekçelerle reddedilecekti. Bu sebeple Mahkeme, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine dair itirazını reddetmiştir.

Esas yönünden incelemeye geçildiğinde ilk olarak tarafların iddiaları dinlenmiştir. Başvuran, cezaevinde evlenme talebinin reddedilmesinin 12. maddenin ihlali olduğunu iddia etmiştir. Hükümet, bu iddialara karşılık tarafların tanıklıktan muaf olmak için evlenmek istediklerini, başvuranın cezası onandıktan sonra bu taleplerini tekrarlamadıklarını belirtmiştir. Davaya katılan Helsinki İnsan Hakları Vakfı, Jaremowicz / Polonya davasında ileri sürdüğü iddiaları bu dava da aynen tekrarlamıştır.

Mahkeme esas yönünden yaptığı incelemede ilk olarak, başvuranın şikayetinin doğrudan Polonya Hukukunun evliliği düzenleyen hükümlerine, o hükümlerin kalitesi ya da başvurana uygulanmasına yönelik olmadığını ama evlenme hakkına keyfi ve haksız müdahale teşkil eden ret kararına yönelik olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre başvuranın cezaevinde evlenme talebinin reddedilmesinin esas sebebi, yerel mahkemenin evliliğin başvurana karşı delil toplanması için olumsuz sonuç doğurabileceği şeklindeki kanaatidir. Bu yolla yargılama esnasında başvuranın evlenme hakkına bir engel konulduğunu tespit eden Mahkeme "*Polonya Hukukunda bu engelin hiçbir yasal dayanağı yoktur ve ceza davalarındaki sanık – mağdur ilişkisi evlilik akdi yapmak için hukuki ya da fiili bir engel değildir"*[167] diyerek birbirleriyle evlenmek isteyen kişilerden birinin sanık diğerinin mağdur durumunda bulunmasının bir evlenme engeli teşkil etmeyeceğini ilk kez belirtmiştir. Kanımızca bu, cezaevindeki kişilerin evlenme hakları bakımından emsal teşkil edecek bir karardır.

Mahkeme, Hükümetin başvuranın serbest kaldıktan sonra yani cezaevinde evlenme talebinde bulunduktan yaklaşık 1 yıl 5 ay sonra evlenebileceği iddiasını değerlendirirken şunları belirtmiştir: *"... Hükümet, aslında gelecekte başvuranın I.K. ile*

[167] *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010, Paragraf 96.

evlenme imkânının olmasının – ki bu onun durumu için bir yıldan fazla bir süre demektir – yerel mahkemenin ret kararının sonuçlarını hafifleteceğini varsaymış gibi görünmektedir. Ancak, yaş ve ulusal hukukta evlilik için aranan diğer şartları yerine getirmiş kişilere evlenmeden önce dayatılan bir erteleme fiili bir yaptırım ya da mevcut davada olduğu gibi böyle bir reddin uygulamada doğurduğu sonuç Sözleşmenin 12. maddesi çerçevesinde meşru kabul edilemez."[168]

Mahkeme, kararın bundan sonraki kısmında yetkililere tanınan takdir yetkisinin genişliği ve karar vermedeki keyfi davranışları değerlendirmiş ve şu tespitlerde bulunarak Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir: *"...Başvuranın davasındaki Sözleşme ihlali cezaevinde evlenmekle ilgili ayrıntılı bir düzenlemenin yokluğundan ziyade, ulusal yargıçlar tarafından takdir hakkının kullanılmasına sınırlama getirilmemesinden ve ölçülülük bakımından Sözleşme ile uyumlu bir şekilde çeşitli kamusal ve bireysel çıkarlar arasında adil bir denge kurma başarısızlığından kaynaklanmıştır. Davaya bakan yerel mahkeme –meşru bir amaç olan- yargılamanın sağlıklı olarak yürütülmesini sağlamak amacıyla hareket etmiş olsa bile, başvuranın Sözleşmeden kaynaklanan bir temel hakkına saygı ile yargılamanın sağlıklı bir şekilde yürütülmesi arasında makul bir denge sağlanması gerekliliğini göz ardı etmiştir*."[169]

e. Cezaevindeki Kişilerin Evlenme Hakkına İlişkin AİHM Kararlarından Çıkan Sonuçlar

Cezaevindeki kişiler bakımından özel bir düzenleme içermeyen Sözleşmenin 12. maddesinin bu kişilere uygulanması bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konuyla ilgili kararlarında temel ilke niteliğinde kabul edilebilecek tespitlerde bulunmuştur.

Bu ilkelerden ilki Hamer kararında belirtilmiştir. Buna göre, evlenme hakkı yasal bir ilişki kurma, bir statü elde etme hakkıdır. Bu sebeple birinin ya da her ikisinin cezaevinde olması sebebiyle birlikte yaşayamayacakları ya da cinsel ilişkiye giremeyecek olmaları sebebiyle evlenmelerine izin verilmemesi evlenme hakkına yapılan haksız bir müdahaledir. Burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlenme

---

[168] *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010, Paragraf: 97.

[169] *Frasik / Polonya*, Başvuru No:22933/02, 05.01.2010, Paragraf:100.

hakkını birlikte yaşama ve cinsel ilişki kavramlarından soyutlamış ve bu hakkın statü elde etme hakkı olduğu tespitini pekiştirmiştir.

Bu karardan çıkarılan ikinci ilke kişisel özgürlüğün evlenme hakkını kullanmak için bir ön koşul olmadığıdır. Gerçekten de Sözleşmenin evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesinden böyle bir ön koşulu çıkarmak mümkün görünmemektedir. Kanımızca bu ilke cezaevindeki kişilerin evlenme haklarının kabulü bakımından önemli bir dönüm noktası teşkil etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Jaremowicz / Polonya davasında altını çizdiği önemli hususlardan biri de, özgür kişilerin eş seçimine karışılamayacağı gibi, cezaevindeki kişilerin de evlenecekleri kişiyi seçme kararına karışılamayacağıdır. Bu şekilde bir karışma, takdir yetkisinin aşıldığını gösterir ve evlenme hakkına müdahale anlamına gelir. Kişilerin evlenmek için seçtikleri insanın niteliğini ya da evlenmek isteyen kişiler arasındaki ilişkinin niteliğinin tartışılması ve bunun neticesinde evlenme hakkının kullanılmasının engellenmesi kanımızca evlenme hakkının özüne dokunan bir müdahale niteliğindedir.

Frasik / Polonya kararında yine bir dönüm noktası sayılabilecek bir ilkeye yer verilmiştir. Buna göre evlenmek isteyen kişilerden biri ceza davasında sanık, diğeri mağdur konumunda olsa bile bu durum, bu kişilerin evlenmelerine engel oluşturmaz. Yani, aralarında sanık – mağdur ilişkisi bulunan kişiler evlenmek istediklerinde, bu durum onların evlenmeleri için hukuki ya da fiili bir engel olmamalıdır.

Cezaevindeki kişilerin evlenme hakları bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından yola çıkılarak oluşturulan bu temel ilkeler listesi şüphesiz ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne konuyla ilgili davalar gelmeye devam ettiği müddetçe çoğalacaktır.

3) Boşanma ve Yeniden Evlenme Hakkı

a. Boşanma Hakkı

Sözleşmenin 12. maddesi boşanma hakkını açıkça düzenlemediği gibi, Sözleşmenin diğer maddeleri de bu haktan bahsetmemektedir. Açıkça düzenlemediği halde boşanma hakkının 12. madde kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği

tartışmalıdır. Konuyla ilgili kararlarında Mahkeme, 12. madde hükmünden boşanma hakkının türetilemeyeceği sonucuna ulaşmaktadır.[170]

Bu konunun ele alındığı ilk dava Johnston ve diğerleri / İrlanda[171] davasıdır. Bu davada İrlanda vatandaşı olan başvuran, 1952 yılında Bayan M ile evlenmiş ve bu evlilikten üç çocuğu olmuştur. 1965 yılında bu evliliği yürütemeyeceklerini anlayan çift, 1937 tarihli İrlanda Anayasasının 41. maddesi boşanmaya izin vermediği için ayrı yaşamaya başlamıştır. 1971 yılında birinci başvuran, ikinci başvuranla birlikte yaşamaya başlamış ve 1978 yılında bu birlikteliklerinden bu davada üçüncü başvuran konumunda bulunan bir kız çocukları olmuştur. 1986 yılında boşanma yasağını kaldıran bir değişiklik önerilmiş ancak referandumla reddedilmiştir.

Üç başvuran 1982 yılında davayı Komisyonun önüne getirmişler ve Komisyon başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Komisyonun ardından dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelmiş ve Mahkeme huzurunda birinci ve ikinci başvuranlar, birinci başvuranın mevcut evliliğini sonlandıramaması nedeniyle ikinci başvuranla evlenemediği için Sözleşmenin 8. ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

12. maddenin ihlal edilip edilmediğini değerlendirirken Mahkeme, "evlenme hakkı" nın anlamının açık olduğunu ve bu kavramın evlilik ilişkisi kurmayı kapsadığını, ancak evliliğin sona ermesini kapsamadığını belirtmiştir. Mahkeme devamla *"... boşanma yasağı, başvuranların gördükleri gibi, evlenme hakkına bir kısıtlama şeklinde algılansa bile, Mahkeme böyle bir kısıtlamanın tek eşlilik prensibini benimsemiş bir toplumda, Sözleşmenin 12. maddesi ile güvence altına alınmış hakkın özünü zedelediğini düşünmemekte*"[172] olduğunu belirtmiştir. Bu noktada Mahkeme ayrıca Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına da değinmiş ve 12. maddenin kaynağını İnsan Hakları Evrensel Bildirisinin 16. maddesinden aldığını belirterek, 16. maddenin son cümlesinde geçen "erkekler ve kadınlar evlenirken, evlilik sırasında ve evlilik sona ererken eşit haklara sahiptirler" ifadesinin 12. maddeye alınmadığını çünkü 12.

---

[170] *Johnston ve diğerleri / İrlanda*, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986; *Aresti Charolambous / Kıbrıs*, Başvuru No: 43151/04, 19.07.2007; *Wildgruber / Almanya*, Başvuru No: 42402/05 – 42423/05, 29.01.2008; *V.K. / Hırvatistan*, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012.

[171] *Johnston ve diğerleri / İrlanda*, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986. (Çev: Osman Doğru) http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=122, E.T:04.11.2013.

[172] *Johnston ve diğerleri / İrlanda,* (Çev:Osman Doğru), Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, Paragraf:52.

maddenin sadece evlenme hakkını güvence altına aldığını ifade etmiştir. Mahkeme, başvuranların Sözleşmenin toplumsal gelişmelere uygun yorumlanması talebine yönelik olarak şunları ifade etmiştir: "*Sözleşmenin ve Protokollerinin, günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiği doğrudur. Ancak Mahkeme, evrimci yorum aracılığıyla, başlangıçta bu belgelerde yer almayan bir hakkı, sonradan bu belgelerden türetemez. Özellikle kasten atlandığı yerde bunu hiç yapamaz*."[173] Böylece Mahkeme, 12. maddeden bir boşanma hakkı türetilemeyeceği sonucuna varmış ve 12. maddenin tek başına ya da 14. madde ile bağlantılı olarak bu davaya uygulanamayacağına hükmetmiştir.

Mahkeme bu kararıyla, 12. maddede yer alan evlenme hakkının kapsamını belirlemek bakımından bir dönüm noktası oluşturmuştur. Görüldüğü üzere Sözleşmede açıkça düzenlenmeyen bir hak söz konusu olduğunda –ki burada bu hak boşanma hakkıdır- Mahkeme Sözleşmenin hazırlık çalışmalarına gönderme yaparak, hazırlık aşamasında bilinçli bir şekilde hariç tutulan bir hakkın, yorum yoluyla herhangi bir maddeden türetmenin mümkün olmadığını, bu karar aracılığı ile ortaya koymuştur.

Bu karara katılmayan bir yargıç karşı oy yazısında başvuranların içinde bulundukları durumda evliliğin sona erme olasılığının olmamasının ve bir eşin karısı veya kocası hayatta iken medeni bir törenle tekrar evlenemeyeceği için başlı başına Sözleşmenin 12. maddesinin ihlalini teşkil edeceğini belirtmiştir.

b. Yeniden Evlenme Hakkı

Mahkeme, kararlarında her ne kadar 12. madde metninden boşanma hakkının türetilemeyeceğine hükmetse de, eğer ilgili iç hukuk boşanmayı öngörmüşse ve kişi buna uygun olarak boşanmışsa, bu durumda boşanmış kişilerin yeniden evlenme hakkını kanımızca da isabetli bir şekilde 12. madde kapsamında değerlendirmektedir.[174]

---

[173] *Johnston ve diğerleri / İrlanda,* (Çev:Osman Doğru), Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, Paragraf:53.

[174] *F / İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987; *Aresti Charolambous / Kıbrıs*, Başvuru No: 43151/04, 19.07.2007; *Wildgruber / Almanya*, Başvuru No: 42402/05 – 42423/05, 29.01.2008; *V.K. / Hırvatistan*, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012.

F / İsviçre davası[175], yeniden evlenme hakkının Sözleşmenin 12. maddesi kapsamında yer alan bir hak olduğunun tespit edildiği ilk dava olması bakımından önemlidir. Bu davada İsviçre vatandaşı ve 1943 doğumlu olan başvuran Bay F, 1963 yılından bu yana dört kez evlenmiştir. Başvuranın ilk olarak 1981 yılında İsviçre Medeni Kanununun 150. maddesi[176] uyarınca ikinci boşanma davasının ardından bir yıl süre ile evlenmesi yasaklanmıştır. Şubat 1983 yılında bir evlilik daha yapan F, evliyken başka bir bayanla yaşamaya başladığı için Ekim 1983'te eşinden boşanmış ve bu kararla birlikte kendisinin 3 yıl süre ile yeniden evlenmesi yasaklanmıştır. Bu karar Aralık 1983'te kesinleşmiştir. Dava konusu olay, işte bu üçüncü boşanma sonrasında başvurana dayatılan geçici evlenme yasağıdır. Mart 1986'da başvuran, birlikte yaşadığı, daha önce bir evlilik yapan ve boşanma davasının ardından bekleme süresini mahkeme kararıyla Mayıs 1986 tarihinde kaldıran bayan ile bir an önce evlenmek istediğini beyan etmiştir. Ancak 3 yıllık yeniden evlenme yasağı süresi dolmadığı için başvuranın bu talebi reddedilmiş ve başvuran ancak yasak süresi sona erdikten sonra, Ocak 1987'de evlenebilmiş ve Şubat 1987'de bu evlilikten bir çocukları olmuştur.

Başvuran, yeniden evlenmesini engelleyen kararın kaldırılması için önce Vaud Kantonu Temyiz Mahkemesine başvurmuş ancak bu mahkeme ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Daha sonra Federal Mahkemeye başvuran F'nin talebi kabul edilemez bulunmuştur. Bunun üzerine başvuran 12. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla davasını Aralık 1984'de Komisyonun önüne getirmiş ve Komisyon Aralık 1985 tarihinde 12. madde bakımından başvuruyu kabul edilebilir bulduğunu açıklamıştır.

12. maddeyle ilgili değerlendirmesine geçen Mahkeme ilk olarak bireysel başvuru davalarında incelemeyi mümkün olduğunca önündeki somut olayla sınırlı tutmak gerektiği şeklindeki içtihadını hatırlatmıştır. Mahkemeye göre esas görev iç hukukun Sözleşmeye uygunluğunu değil fakat başvurana uygulanmış hukukun etkisini incelemektir. Mahkeme, bekleme süresinin artık diğer sözleşmeci devletlerin hukukunda bulunmadığını belirtmiş, Sözleşmenin günümüz koşulları ışığında

---

[175] *F / İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987.

[176] 1912 yılında yürürlüğe giren Kanunun 150. maddesine göre, boşanmaya karar veren mahkeme, kusurlu olan tarafın 1 yıldan az ve 2 yıldan çok olmamak üzere yeniden evlenme hakkına sahip olamayacağı bir süre tayin edebilir; boşanma zinadan kaynaklanmışsa bu süre üç yıla çıkarılabilir. Bu hükmün uygulanması mahkemelerin kararlarıyla daha da esnetilmiştir. Bu sebeple bir yasa değişikliğine gidilebilmesi için parlamentoda birtakım çalışmalar yapılmış o süre zarfında sonuç alınamamıştır.

yorumlanması gerektiğini hatırlatmış ve şöyle devam etmiştir: "*…Sözleşmenin 12. maddesi evlenme ile yeniden evlenme arasında bir ayrım yapmamaktadır… Ancak, tedrici bir gelişimin sonucunda, bir ülkenin izole bir durumda kalmış olan bir konudaki mevzuatı, bu konuda, özellikle her toplumun kendi kültürel ve tarihsel gelenekleri ve toplumun aile hakkındaki köklü fikirleriyle yakından bağlı olduğu evlilik alanında, zorunlu olarak Sözleşmeye aykırı düştüğü anlamına gelmez.*"[177]

Mahkeme, evliliklerin istikrarlı olmasının kamu yararı için de meşru bir amaç olduğunu kabul etmiş ancak bu amaç için uygulanan amacın uygun olup olmadığından emin olmadığını belirtmiştir. Çünkü esasen İsviçre Medeni Kanununun 150. maddesinin yürürlükten kaldırılması gerektiği İsviçre Parlamentosunda da tartışılan bir konudur. Mahkeme, yeniden evliliğin geçici olarak yasaklanmasının başkalarının –yani boşanmış kişinin müstakbel eşinin- haklarını korumak için getirildiği iddiasını kabul etmemiştir. Devamında Mahkeme şunları ifade etmiştir: "*…22 Mayıs 1986 tarihinde, F'nin birlikte yaşadığı bayan, daha bir ay önce kesinleşen kendi boşanma kararını takip eden bekleme süresinin azaltılmasını sağlamıştır. F'nin üzerindeki yasak, sonrasında evlilik için gerekli formalitelerin yürütülmesinin mümkün olduğu 21 Aralık 1986 da sona ermiştir. Buna uygun olarak evlilik 23 Ocak 1987 tarihinde gerçekleşmiştir. Aradan geçen süre boyunca –yedi ya da sekiz ay- başvuranın müstakbel eşi, F'ye uygulanan önlemden kişisel ve doğrudan haksız şekilde etkilendiğini düşünebilirdi. Bayanın reşit olduğu ve temyiz gücü bulunduğu göz önüne alındığında, hakları söz konusu önlem tarafından hiçbir şekilde korunmamıştır.*

Doğmamış bir çocuk dahi bu yasaktan olumsuz şekilde etkilenebilir. Kuşkusuz "gayri meşru çocuk" kavramı artık İsviçre hukukunda bulunmamaktadır, evlilik dışı doğan çocuklar şimdi evlilik içinde doğan çocuklarla hemen hemen aynı haklara sahiptirler. Yine de bazı önyargılar ortaya çıkabilir ve evlilik dışı doğan çocuk bu nedenle sosyal engelli olabilir. Bu davada başvuranın çocuğu ebeveynlerinin evlenmesinden bir ay sonra doğmuş iken, ebeveynlerinden birinin ölümü ya da yasal formalitelerin tamamlanmasındaki bir gecikme çocuğun evlilik dışı doğmasına neden olabilirdi."[178]

---

[177] *F /İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, Paragraf:33.

[178] *F /İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, Paragraf:36.

Sonuç olarak Mahkeme, evlenme hakkının özünü etkileyen söz konusu tartışmalı önlemin, arzulanan meşru amaçla orantısız olduğuna kanaat getirerek 12. maddenin ihlal edildiğine sekize karşı dokuz oyla karar vermiştir. Karara muhalefet eden sekiz yargıç ortak yazdıkları muhalefet şerhinde mevcut davada herhangi bir hak ihlali olmadığını savunmuşlardır. Muhalif yargıçlara göre bu yasak hakkın özünü etkilememiştir zira geçicidir, meşru sebeplere dayanmaktadır ve durumun ağırlığı ile orantılı kabul edilebilir.

Yeniden evlenme hakkı konusunda değinilmesi gereken önemli diğer bir konu, makul sürede sonuçlandırılmayan boşanma davasının kişilerin yeniden evlenme hakkını ihlal edip etmediğidir.

Bu konuyla ilgili olarak Mahkemenin önüne gelen davalardan ilkinde[179] 1972 doğumlu olan ve Lefkoşa'da yaşayan başvuran, 1997 yılında bir Romen vatandaşı ile evlenmiş ve Eylül 1998 tarihinde boşanma davası açmıştır. Bu tarihten itibaren dava, taraflardan ve mahkemeden kaynaklanan çeşitli nedenlerle uzamıştır. Ancak bu süreçte Romen vatandaşı olan başvuranın eşi hakkında Göçmenlik Bürosu tarafından sınır dışı edilme emri verilmiş, bu sebeple davalı eş Mart 2001'de sınır dışı edilmiştir. Sınır dışı edilmenin hemen ardından Mart 2001 tarihinde ilk derece mahkemesi boşanma kararını yayınlamıştır. Yerel mahkemenin bu kararı üzerine sınır dışı edilen eş kararı temyiz etmiştir. Temyiz süreci çeşitli nedenlerden dolayı uzamış ve Yüksek Mahkeme ilk derece mahkemesinin kararını temyiz edenin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle bozan kararını Aralık 2003'de vermiş ve davanın ilk derece mahkemesi tarafından yeniden görülmesine hükmetmiştir. Başvuran ilk derece mahkemesinde davanın yeniden görülmesi için kararın hemen ardından Aralık 2003'de başvurmuştur. Birtakım ertelemelerin ardından ilk derece mahkemesi yeniden yargılama sonucunda Mayıs 2004 tarihinde boşanmaya karar vermiştir. Görüldüğü üzere olayda boşanma kararı boşanma talebinin yetkili mercie ulaşmasından itibaren altı yıl sonra nihayetlendirilmiştir.

Başvuran, uzun süren boşanma davası boyunca davalı ile evli olarak kabul edildiğini ileri sürerek bu süre boyunca sevgilisi ile evlenmesinin ve aile kurmasının

[179] *Aresti Charolambous / Kıbrıs*, Başvuru No: 43151/04, 19.07.2007.

mümkün olmadığını, bu belirsizlik nedeniyle de ilişkisinin sona erdiğini beyan etmiştir. Hükümet, Sözleşmenin 12. maddesinin boşanma hakkını içermediğini belirterek başvuranın bu süre içinde başka bir kadınla ilişkisi olduğunu kanıtlayamadığını iddia etmiştir.

Sunulan iddiaları değerlendiren Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ilk olarak, F / İsviçre davasındaki önemli tespitinden hareketle, ulusal hukukun boşanmaya izin vermesi halinde 12. maddenin boşanmış insanların -makul olmayan kısıtlamalara tabi olmaksızın- yeniden evlenme hakkını güvence altına aldığını belirtmiştir. Bu tespitinin ardından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, şu ifadelere yer vermiştir: *"...Mahkeme, boşanma davasının makul süre içinde sonuçlandırılamamasının bazı özel durumlarda (F / İsviçre davası) 12. madde kapsamında olduğuna karar verdiğini göz ardı etmemektedir. Ancak, mevcut davada tüm koşullar ve yargılamanın toplam uzunluğu göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme başvuranın hakkının özünün zarar görmediğini tespit etmiştir*."[180] Mahkeme şikâyeti dayanaktan yoksun bulmuş ve Sözleşmenin 35. maddesinin 3. ve 4. fıkraları gereği şikayetin12. madde bağlamında kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir.

Mahkemenin konuyla ilgili benzer tutum sergilediği bir dava olan Wildgruber / Almanya[181] davasında 1935 doğumlu başvuran, henüz ilk eşinden boşanmadan başka bir kadınla ilişki yaşamaya başlamış ve bu ilişkiden bir kızı dünyaya gelmiştir. 1998 yılında başvuran ilk eşinden boşanmak için dava açmış ancak Bölge Mahkemesi başvuranın ilk eşinden olan çocukların velayeti ile ilgili tali davaları boşanma davasından ayırmadığı için başvuran boşanma davasının uzun sürmesinden şikayetçi olmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yaptığı incelemede yerel mahkemenin dilekçenin verildiği tarihten itibaren 3 yıl 9 ay sonra boşanmaya karar verdiğini belirtmiş ve başvurunun 12. madde kapsamında kabul edilemez olduğunu şöyle ifade etmiştir: *"...Mahkeme, başvuranın yaşına* (o tarihte başvuran 66 yaşında idi) *ve evlenmek istediği kadından bir kızı olmasına rağmen başvuranın evlenme hakkının özünün zarar görmediğini tespit etmiştir. 12. maddenin herhangi bir ihlali söz konusu*

[180] *Aresti Charolambous / Kıbrıs*, Başvuru No: 43151/04, 19.07.2007, Paragraf:56.

[181] *Wildgruber / Almanya*, Başvuru No: 42402/05 – 42423/05, 29.01.2008.

değildir. Bu nedenle başvurunun bu kısmı açıkça dayanaktan yoksundur ve Sözleşmenin 35. maddesinin 3.ve 4. fıkraları uyarınca reddedilmesi gerekir."[182]

Bu konuyla ilgili Mahkemenin önüne gelen bir diğer dava V.K. / Hırvatistan[183] davasıdır. Bu davada 2002 yılında Bayan M ile evlenen başvuran, bu evlilikten K isimli bir çocuklarının olmasının ardından Nisan 2004'de boşanma davası açmıştır. Aralık 2004 tarihindeki duruşmada taraflar evliliğin bitmiş olduğunu beyan etmişlerdir. Ancak mahkeme iştirak nafakası ile ilgili belirsizlik nedeniyle boşanmaya karar vermemiştir. Başvuran Ağustos 2005 tarihinde K'nın babası olmadığı gerekçesiyle nesebin reddi davası açmıştır. Bu davalar birleştirilmiş ancak davanın boşanma ile ilgili kısmı nafaka ile ilgili belirsizlikler nedeniyle Ocak 2010 tarihine kadar, nesebin reddi ile ilgili kısmı ise DNA testi ödemeleri ve örnek alım süreci nedeniyle Aralık 2009 yılına kadar karara bağlanamamıştır. Bu davalar devam ederken başvuran, başka bir bayanla ilişkisi olduğunu, evlenmeyi planladıklarını ancak uzun süren boşanma davası nedeniyle evlenemediklerini iddia ederek davanın açıldığı tarihten kararın verildiği tarihe kadar iki kez sürecin hızlandırılmasını, beş kez de boşanmaya dair bir kararın verilmesini talep etmiştir. Aralık 2009 tarihinde başvuran DNA testi ödemesini yapamayacağı gerekçesi ile nesebin reddi davasından vazgeçtiğini bildirmiş ve daha sonra Ocak 2010 tarihinde taraflar nafaka konusunda anlaşmaya varmışlar, bunun üzerine mahkeme boşanma kararını vermiştir. Eylül 2010'da başvuran Bayan J.V. ile evlenmiştir.

Başından geçen bu olayla ilgili olarak başvuran, diğerlerinin yanı sıra, uzun süren boşanma davasının kendisinin yeniden evlenme hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek 12. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvuran Eylül 2005 tarihinden bu yana J.V. isimli bir bayanla birlikte olduğunu, dinine bağlı bir Hıristiyan olduğu için bir an önce evlenmek istediğini, ancak uzun süren boşanma davası nedeniyle bunun engellendiğini iddia etmiştir. Bu iddialara karşılık olarak Hükümet ise, başvuranın tekrar evlenme hususundaki ciddiyetini kanıtlayamadığını ve yerel mahkemelerin çocuğun menfaatlerini güvence altına almaksızın boşanmaya ilişkin bir karar veremeyeceklerini ileri sürmüştür.

---

[182] *Wildgruber / Almanya*, Başvuru No: 42402/05 – 42423/05, 29.01.2008.

[183] *V.K. / Hırvatistan*, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012.

Tarafların iddialarını dinleyen Mahkeme davayla ilgili değerlendirmesine geçmeden önce temel ilkelere değinmiş, 12. madde metninde yer alan ulusal hukuk göndermesinin taraf devletlere hakkı kısıtlamak, daraltmak ya da hakkın özüne zarar verme yetkisi vermediğini hatırlatmış ardından da şu ifadelere yer vermiştir: "*Mahkeme Sözleşmenin 12. maddesinden boşanma hakkı türetilemeyeceğini (Johnston ve diğerleri / İrlanda), eğer ulusal mevzuat boşanmaya izin veriyorsa 12. madde boşanmış kişilerin yeniden evlenme haklarını makul olmayan kısıtlamalara karşı koruduğunu (F / İsviçre) yineler. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal makamların bazı durumlarda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi kapsamındaki bir konuda makul sürede boşanma işlemlerini yapmada başarısız olduğunu kabul etmiştir (Aresti Charalambous / Kıbrıs)*."[184] Görüldüğü üzere Mahkeme, 12. maddeden boşanma hakkı türetilemeyeceğini ve fakat ulusal hukuk boşanmaya izin vermişse usulünce boşanmış kişilerin yeniden evlenme haklarının 12. madde kapsamında değerlendirileceğini temel ilke bazında kabul etmiştir.

Temel ilkeleri mevcut davaya uygulamak bakımından Mahkeme ilk olarak, Hırvat Hukuk sisteminde boşanmanın evliliğin sona erme sebeplerinden biri olarak düzenlendiğini ve tek eşliliğin esas alındığını, ayrıca boşanma davalarının ivedi davalardan olması için gerekli maddi ve usul kurallarının bulunduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, ulusal hukuktaki bütün yargılama işlemleri boyunca başvuranın bir çok kez boşanma kararı verilmesi yönündeki talebinin gerekçesini boşanmanın hemen ardından J.V. ile evlenerek kanıtladığı düşüncesindedir. Bire karşı altı oyla Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan Mahkeme kararında şu ifadelere yer vermiştir: "*Mahkeme, ulusal makamların etkin bir şekilde boşanma davasını sonuçlandırmak, tarafların boşanma konusundaki anlaşmaları, iç hukukta bu davaların ivedi görülmesi gerektiği ya da kısmi bir karar vermeye imkân veren durumlar gibi bu davalardaki belirli koşulları dikkate almak konusundaki başarısızlığına dikkat çekmektedir. Sonuç olarak, bu özel durumlarda başvuran evlenme hakkını makul olmayan biçimde kısıtlayan uzun süreli bir belirsizlik durumunda kalmıştır*."[185]

---

[184] *V.K. / Hırvatistan*, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012, Paragraf:99.

[185] *V.K. / Hırvatistan*, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012, Paragraf:106.

12. maddenin ihlali konusunda çoğunluğun görüşüne katılmayan bir yargıç, karşı oy yazısında Mahkemenin ilk kez uzun süren boşanma davası nedeniyle 12. madde ile korunan evlenme hakkının ihlal edildiğini tespit ettiğini belirterek bu görüşe katılmadığını vurgulamıştır. Yargıç, boşanma davasının bu denli uzun sürmesinin kabul edilebilir olmadığını ancak bunun Sözleşmenin 6. maddesinin ihlal edildiği tespitinde ele alındığını belirterek bunun aynı zamanda 12. maddenin de ihlalini oluşturmayacağı kanaatinde olduğunu beyan etmiştir. Mahkemenin daha önceki Aresti / Kıbrıs kararına atıfta bulunan yargıç, o davada evlenme hakkının özüne zarar verilmediğine karar verildiğini ve bu davayı o davadan farklı kılan bir unsurun bulunmadığını savunmuştur. Karşı oy yazısında yargıç son olarak, başvuranın istediği tarihten geç bir tarihte de olsa evlenebildiğini ve bu nedenle de Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edilmediği kanaatinde olduğunu belirtmiştir.

Boşanma davasının uzun sürmesinden dolayı evlenme hakkının ihlali iddiasıyla önüne gelen üç davadan ilk ikisinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlenme hakkının özünün zarar görmediğine hükmetmiştir. Kanımızca bu kararlar yerinde değildir. Aresti Charolambous / Kıbrıs davasına konu olayda, boşanma davasının ne zaman sonuçlanacağının belirsiz olması nedeniyle başvuranın evlenmek istediği kişi ile ilişkisi sona ermiş ve boşanma davası 6 yıl sonra karara bağlanmıştır. 6 yıllık bir süre evlenme hakkının kullanılmasının ötelenmesi için makul kabul edilemeyecek kadar uzun bir süredir. Kaldı ki başvuranın evlenmek istediği kişiyle ilişkisinin sırf bu nedenle sona ermesi bile başlı başına hakkın özüne zarar vermiştir, çünkü boşanma davası olmasaydı başvuran o kişi ile belki de çoktan evlenmiş olacaktı. Wildgruber / Almanya davasında boşanma davası 3 yıl 9 ay olmakla nispeten kısa sürmüştür. Ancak bu davada da başvuranın yaşı ve özellikle de evlenmek istediği bayandan bir kızı olması sebebiyle boşanma davasının uzun sürmesi kanımızca yine 12. madde ile güvence altına alınan hakkın özüne zarar vermiştir. Mahkeme, konu ile ilgili önüne gelen üçüncü davada, ilk iki davada sergilediği tutumundan vazgeçmiş görünmektedir. Bu tutum değişikliğinin yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Zira günümüz hukuk düzenlerinde kişinin kendisinden kaynaklanmayan pek çok sebepten dolayı davalar uzayabilmektedir. Kişileri, sırf öncesinde evlendikleri ve ulusal hukukun izin verdiği şekilde evliliklerini sonlandırmaya çalıştıklarından dolayı uzun süren boşanma davasının sonuçlarına katlanmaya mahkûm etmek doğru değildir.

4) Transseksüellik

Evlenme hakkıyla ilgili olarak, Mahkemenin karşısına sıkça gelen bir konu da cinsiyet değiştiren kişilerin, sahip oldukları yeni cinsiyetleri ile evlenme hakkına sahip olup olmadıklarıdır. Bu konu, evliliğin, bir erkek ve bir kadın arasındaki birliktelikle sınırlı olup olmadığıyla da yakından ilgilidir.[186] Mahkemenin transseksüel kişiler aleyhine olan ilk yaklaşımının, zaman içinde değiştiği gözlemlenmektedir. Transseksüellerin evlenme haklarıyla ilgili olarak Mahkeme önüne gelen davaları, bekâr transseksüeller ve evli iken cinsiyet değiştiren kişilerin durumu şeklinde ayrı ayrı ele almak yerinde olacaktır.

a. Bekâr Transseksüellerin Evlenme Hakkı

Rees / Birleşik Krallık[187] davasında 1942 yılında kadın cinsiyetinin bütün fiziksel ve biyolojik özelliklerine sahip olarak doğan Birleşik Krallık vatandaşı başvuran, nüfusa bir kız çocuğu olarak kaydedilmiştir. Ancak başvuran, zamanla erkeksi tavırlar göstermeye başlamış, 1970'de transseksüelliğin tıbben kabul edildiğini öğrenince hormon tedavisi görmüş ve 1974'de cinsiyet değiştirme ameliyatı olmuştur. Tedavinin ve ameliyatın giderleri Milli Sağlık Hizmetlerince karşılanmıştır. Başvuran 1977 yılında, adını erkek adıyla değiştirmiş ve bir erkek olarak yaşamaya başlamıştır.

Başvuranın avukatı 1980 yılında 'kütük yazımında bir hata' olduğunu ileri sürmüş ve bunu desteklemek için de bir sağlık raporu sunmuştur. Bu raporda cinsiyet tespitinde kromozom cinsiyeti, gonadal (yumurtalık veya erbezi) cinsiyeti, görünüm cinsiyeti (dış genital ve beden biçimi) ve psikolojik cinsiyet olmak üzere dört kriter bulunduğu belirtilmiş ve bunlardan sonuncusunun en önemlisi olduğu vurgulanarak, başvuranın psikolojik cinsiyetinin erkek olduğu için erkek olarak kabul edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Ancak Nüfus Genel Müdürlüğü psikolojik kriterin belirleyici olmadığı ve diğer kriterler bakımından da başvuranın erkek olduğuna dair bir rapor bulunmadığı gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir.

---

186 Harris – O'Boyle – Warbrick**,** s. 570.

187 *Rees / Birleşik Krallık*, Başvuru No:9532/82, 17.10.1986. (Çev: Osman Doğru) http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=116, E.T: 04.11.2013.

Başvuran hayatını bir erkek olarak sürdürmüş ve toplumda da bu şekilde kabul edilmiştir. Doğum belgesi dışında tüm resmi belgelerde yeni adı ve adının önünde de 'bay' öneki yer almıştır. Davanın ele alındığı tarihte 1953 tarihli Doğum ve Ölüm Kütüğü Yasası, doğum kütüğüne kaydedilecek kişinin cinsiyetinin tespiti bakımından herhangi bir kriter içermemektedir. Ancak Genel Müdürlük uygulamada biyolojik kriteri (kromozom, gonadal ve görünüm kriterini) esas almaktadır. Doğum kütüğüne kaydedildikten sonra herhangi bir zamanda, kişinin psikolojik cinsiyetinin biyolojik cinsiyetinden farklı olduğu anlaşılırsa, bu durum ilk kayıtta hata olduğu anlamına gelmemektedir. İngiliz hukukunda, evliliğin bir kadın ve bir erkek arasında yapılabileceği, tarafların erkek ve kadın olmaması halinde yapılan evliliğin baştan itibaren hükümsüz olacağı öngörülmektedir.

Başvuran, 1979 yılında Komisyon huzurunda iç hukukun kendisine, gerçek durumuna uyan hukuki bir statü vermediğinden dolayı Sözleşmenin 3, 8 ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. 1984'de Komisyon, 8. maddenin ihlal edildiğini, 12. maddenin ise ihlal edilmediğini bildirmiştir. Mahkeme önünde yapılan yargılamada başvuran, Birleşik Krallık Hukukuna göre, bir kadınla evlenemediğinden dolayı Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Bu iddiayı değerlendiren Mahkeme oybirliği ile 12. maddenin ihlal edilmediğini şu ifadelerle belirtmiştir: "*Mahkemeye göre, evlenme hakkını güvence altına alan Sözleşmenin 12. maddesi, karşıt biyolojik cinsiyette bulunan kişiler arasındaki geleneksel evliliğe atıfta bulunmaktadır. Bu durum, Sözleşmenin 12. maddesinin, esas itibariyle ailenin temeli olarak evliliğin korunması ile ilgili olduğunu açıklayan maddenin ifade tarzından anlaşılmaktadır.*"[188] Bu davada Mahkeme, evliliğin, karşıt biyolojik cinsiyetteki kişiler arasında yapılan geleneksel evlilik olduğu görüşünü savunmuştur.

Bu konuyla ilgili olarak Rees / Birleşik Krallık davasıyla oldukça benzer bir dava olan Cossey / Birleşik Krallık[189] davasında, 1954 doğumlu Birleşik Krallık vatandaşı başvuran doğum kütüğüne bir erkek olarak kaydedilmiş ancak zamanla kendini bir kadın gibi hissettiğini fark etmiştir. 1972 yılından itibaren bayan ismi kullanmaya başlayan ve toplumda bayan rolü takınan başvuran, 1974'de cinsiyet

---

[188] *Rees / Birleşik Krallık*, Başvuru No:9532/82, 17.10.1986, Paragraf:49.

[189] *Cossey / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990.

değiştirme ameliyatı geçirmiştir. Başvuran hakkında düzenlenen Şubat 1984 tarihli bir rapor başvuranın hoş bir kadın olduğunu belirterek, onun hem fiziksel hem de psikolojik olarak tam bir kadın olarak yaşadığını tespit etmiştir. Ayrıca başvuran 1979 – 1986 yılları arasında gazete, dergi ve reklamlarda boy gösteren başarılı bir model olmuştur.

1983 yılında başvuran bir erkekle evlenmek istediğini beyan etmiş bunun üzerine sicil müdürü fiziksel durumuna rağmen hala bir erkek olarak kabul edildiği için böyle bir evliliğin İngiliz Hukuku kapsamında geçersiz olacağını başvurana bildirmiştir. Başvuran Komisyona başvurduktan sonra 1985 yılında nişanlısıyla ayrılmışlardır. 1989 yılında başvuran başka bir erkekle evlenmek istediğini bildirmiş ancak kısa süre sonra yine ilişkisi sona ermiştir.

Davanın bundan sonraki kısmı büyük ölçüde Rees davasına benzemektedir. Başvuran, değişen durumunun Birleşik Krallık Hukuku tarafından tam olarak tanınmadığı için bir erkekle geçerli bir evlilik ilişkisi kuramadığından şikâyetle Sözleşmenin 8. ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon 1989 yılında düzenlediği raporunda 12. maddenin ihlal edildiğini fakat 8. maddenin ihlal edilmediği yönündeki kararını açıklamıştır. Daha sonra dava, süresi içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelmiştir.

Mahkeme öncelikle, 12. maddenin ihlal edilip edilmediği hususunda bu davanın Rees davasından farklı olup olmadığını incelemiştir, çünkü Komisyon raporunda başvuru tarihinde başvuranla evlenmek isteyen biri olduğu halde, Rees davasındaki başvuranın böyle bir ilişkisi bulunmadığından hareketle mevcut dava bakımından 12. maddenin ihlal edildiği yönünde rapor sunmuştur. Mahkeme, bu farklılığın önemsenmeye değer olmayacağını şu ifadelerle belirtmiştir: "*Her halükarda 8. madde ile ilgili olarak, evliliğe istekli bir partnerin varlığı ya da yokluğunun, evlilik ile tamamen bağlantısız amaçlar için aranan veya gerekli olan doğum belgesinin içeriği ile hiçbir alakası yoktur. Yine, 12. madde ile ilgili olarak, bir kişinin evlenme hakkına sahip olması bireysel bir durumda böyle bir partnerin olmasına ya da evlenme isteğine bağlı değildir fakat erkek veya kadının hukuk kapsamında aranan şartları karşılamasına bağlıdır.*"[190] Görüldüğü üzere Mahkeme, kanımızca da çok yerinde bir

[190] *Cossey / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990, Paragraf:32.

şekilde, evlenme hakkına sahiplik bakımından, hâlihazırda bir eş adayı olmasının gerekli olmadığını, bu hakkın eş adayının varlığından bağımsız bir hak olduğunu tespit etmiştir.

Mahkeme bu değerlendirmesinin ardından mevcut davanın Rees davasından farklı olmadığı sonucuna ulaşmış ve mevcut dava bakımından Rees içtihadından vazgeçip geçmeyeceği konusunda şu hususlara değinmiştir: "…*Mahkeme genellikle hukuki kesinlik ve sözleşmesel içtihatların düzenli gelişiminde faydası olduğu için kendi içtihatlarını uygular ya da takip eder. Bununla birlikte, bu durum, ikna edici nedenler olduğunda Mahkemenin önceki içtihatlarından vazgeçmesini engellememektedir. Örneğin böyle bir hareket, Sözleşmenin yorumunun toplumsal değişikliklerin yansıtılmasını ve günümüz koşullarının çizgisinde kalmasını sağlamak için gerekli olabilir*."[191]

Başvuran 12. maddenin bir kadın ve erkek arasındaki evliliğe işaret ettiğini kabul etmiş ve kendisinin biyolojik olarak bir kadının özelliklerini taşımadığına itiraz etmemiştir. Bununla birlikte İngiliz Hukukunda cinsiyetin belirlenmesinde biyolojik kriterin kullanılmasına ve Mahkemenin Rees kararıyla bu tutumu onaylamasının 12. maddeye aykırı olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, "*bir erkekle evlenememesi ile ilgili olarak, İngiliz Hukuku tarafından kabul edilen kriter, bu bağlamda 12. madde ile güvence altına alınan evlenme kavramına uygundur*"[192] diyerek bu iddiayı reddetmiştir. Mahkemeye göre, Sözleşmeci Devletlerin bazılarında mevcut davadaki başvuranın durumundaki bir kişi ile bir erkek arasındaki evlilik kabul edilmekle beraber, devletlerin çoğunluğunda geleneksel evlilik kavramı terk edilmediğinden 12. maddenin yorumuna yeni bir yaklaşım getirmek gerekmemektedir.

Ayrıca Mahkeme, evlilik amacıyla cinsiyetin belirlenmesi için biyolojik kriterin kullanılıp kullanılmayacağı hususunun Sözleşmeci Devletlerin yetki alanına girdiğine hükmetmiştir.

Mahkeme, 4'e karşı 14 oyla Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Karara karşı oy kullanan Yargıç Marten, biyolojik cinsiyet kriterini

---

[191] *Cossey / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990, Paragraf:35.

[192] *Cossey / Birleşik Krallık*. Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990, Paragraf:45.

korumak için, başarılı bir cinsiyet değiştirme ameliyatını görmezden gelmenin keyfi ve mantıksız bir davranış olduğunu belirtmiş ve bu iddiasını şu ifadelerle desteklemiştir: "*…evlilik cinsel birliktelikten çok daha fazlasıdır ve bu nedenle cinsel ilişki yeterliliği evlilik için gerekli değildir. Çocuk sahibi olamayan veya cinsel ilişkiye giremeyen kişiler de evlenmeyi isteyebilir ve evlenmelidir de. Evlilik cinsel ilişkinin meşrulaştırılmasından ve çocuk sahibi olmayı hedeflemekten çok daha fazlasıdır: evlilik eşler ve üçüncü kişiler arasında sabit bir hukuki ilişki oluşturan yasal bir kurumdur; evlilik, evli insanların "birbirlerine karşı besledikleri güçlü insani duygulara ve sürekliliğe dayalı bir taahhüt olduğunu tüm dünyaya ilan eden" toplumsal bir bağdır ve dahası evlilik zihinsel, ruhsal ve duygusal bağların birlikte olduğu bir tür ilişkidir*."[193] Karşı oy kullanan bir grup yargıç[194] ise evlilik için cinsiyet tespitinde kullanılan biyolojik cinsiyet kriterini eleştirmişler ve şu şekilde açıklama yapmışlardır: "*Bir transseksüelin üreme yeteneğinin olmaması belirleyici olmamalıdır ancak ne yazık ki belirleyicidir. Çocuk sahibi olamayan pek çok kadın ve erkek vardır ve buna rağmen onlar tartışmasız bir şekilde evlenme hakkına sahiptirler. Üreme yeteneği, evlenme hakkının bir ön koşulu değildir, olmamalıdır*." Gerçekten, transseksüellerin evlenmelerinin, çocuk sahibi olamayacakları gerekçesiyle reddedilebileceği kabul edildiğinde, evlenmek için tüm şartları taşıyan pek çok heteroseksüel çiftin de sırf çocuk sahibi olamayacakları için evlenmelerini engellemek gerekecektir. Bu durum ise evlenme hakkının özüne zarar verecektir.

Bu konu ile ilgili bir diğer dava, Komisyonda ayrı ayrı ele alındıktan sonra Büyük Dairede yapılan incelemede birleştirilen Sheffield ve Horsham / Birleşik Krallık[195] davasıdır. Komisyon her iki davada da 12. madde kapsamında ayrı bir inceleme yapmaya gerek görmemiştir. Dava süresi içinde Büyük Dairenin önüne gelmiştir.

---

[193] *Cossey / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990, Yargıç Marten'nin karşı oy yazısı, Paragraf: 4.5.2.

[194] *Cossey / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990, Yargıçlar Palm, Foighel ve Pekkanen'in karşı oy yazısı, s. 41.

[195] *Sheffield ve Horsham / Birleşik Krallık*(Büyük Daire), Başvuru No: 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30.07.1998.

1946 doğumlu başvuran Sheffield 1986 yılında geçirdiği cinsiyet değişikliği operasyonuna kadar erkek cinsiyetine sahip iken, cinsiyet değişikliği operasyonundan sonra isminin değiştirilmesini talep etmiştir. Bunun üzerine pasaport ve ehliyetinde isim değişikliğine gidilmiş ancak nüfus kaydında bir değişiklik yapılmamış olup ilk ismi ve cinsiyeti eskiden olduğu gibi aynen kalmaya devam etmiştir. Başvuran hukuki yaşamında da erkek olarak muamele görmüştür. Mahkemelerde ve sigorta işlemlerinde asıl, ilk ismi ve cinsiyetini kullanmak zorunda kalmıştır. Başvuran, cinsiyet değişikliği operasyonunun bir koşulu olarak bu operasyondan önce kamu makamları tarafından eşinden ayrılması gerektiği konusunda bilgilendirilmiştir. Boşanmadan sonra kadın, başvuranın kızını ziyaret etme hakkından yoksun bırakılması için başvuruda bulunmuştur. Bu talep kabul edilmiştir. Kararı veren yargıca göre, transseksüel kişilerin çocuklarla kişisel ilişki kurması çocuk için olumsuz etkiler doğuracaktır. Başvuran, kızını bu karardan itibaren artık görmemiştir.

1946 doğumlu Başvuran Horsham ise, 1992 yılında Amsterdam'da gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği operasyonuna kadar erkek cinsiyetine sahipti. Başvuran 1993 yılında Hollanda vatandaşlığını kazanmıştır. 1992 yılının Eylül ayında Amsterdam'daki İngiliz konsolosluğu tarafından yeni ismi ve cinsiyetini içeren bir pasaport başvurana verilmiştir. Hollanda'daki nüfus kayıtlarında gerekli değişiklikler yapılmış ve yeni bir kimlik belgesi verilmiştir. Ancak, İngiltere'de nüfus kaydındaki değişiklik talebi, yürürlükteki hukuk kuralları gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. İngiliz makamlarının cinsiyet değişikliğini hukuken tanımaktan kaçınması nedeniyle başvuran, eskiden olduğu gibi Hollanda'da yaşamını sürdürmeye devam etmiştir. Başvuran Hollanda'da nişanlı olduğu bir erkekle birlikte yaşamaktadır.

Başvuranlar cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmaması nedeniyle Sözleşmenin 8. maddesindeki özel hayat ve aile hayatının ve ayrıca Sözleşmenin 12. maddesindeki evlenme hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. 12. madde için gerekçe olarak da nüfus kaydındaki bilgilerin değiştirilmemesi nedeniyle kayıtlarda hala erkek olarak gözükmekte olduklarını ve bunun sonucu olarak da bir erkekle evlenemediklerini beyan etmişlerdir.

Mahkemeye göre, Sözleşmenin 12. maddesi tarafından güvence altına alınan evlenme hakkı, farklı biyolojik cinsiyetlere sahip kişiler arasındaki geleneksel evlilikle

ilişkilidir. Bu hüküm, evlenmenin ailenin temelini oluşturduğu düşüncesinden hareket etmekte ve evlenme hakkının kullanılmasını taraf devletlerin ulusal hükümlerine tabi kılmaktadır. Ancak ulusal düzenlemeler evlenme hakkının özüne dokunacak şekilde sınırlamalar getiremez. Farklı biyolojik cinsiyete sahip iki kişinin evlenmesiyle ilgili hukuki engel, evlenme hakkının özüne dokunmadığından 12. madde ihlal edilmemiştir. Görüldüğü üzere, Mahkeme, bu kararında da hala ilk kararlarındaki tutumunu devam ettirmektedir.

Bu konuyla ilgili dönüm noktası oluşturan Goodwin / Birleşik Krallık[196] davasında başvuran, 1990 yılında gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği operasyonuna kadar erkek olarak yaşamını sürdürmüştür. Tıbbi cinsiyet değişikliği operasyonu, Sağlık Bakanlığına bağlı bir kamu hastanesinde gerçekleştirilmiş ve devlet tarafından finanse edilmiştir. Başvuran, cinsiyet değişikliği operasyonundan sonra yaşamını bir kadın olarak sürdürmesine rağmen İngiliz hukukunda erkek olarak kabul edilmeye devam etmiştir. Bu nedenle başvuranın bir erkekle evlenmesi mümkün olmamıştır. İngiliz Hukukunda nüfus kayıtlarında yazılı olan cinsiyetin daha sonra değiştirilmesine dair bir hüküm dava tarihinde yoktur.

Başvuran, hukuken hâlâ erkek olarak kabul edildiği için birlikte yaşadığı ve cinsel ilişki içinde olduğu erkek arkadaşı ile evlenemediğini, evlilik için cinsiyetin tespit edilmesinde sadece biyolojik kriterin kullanıldığı için evliliğine izin verilmemesinin 12. maddede düzenlenen evlenme hakkına aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, Mahkemenin daha eski tarihli olan Rees, Cossey ve Sheffield ve Horsham kararlarına atıf yaparak, Sözleşmenin 12. maddesinin taraf devletlere, transseksüellerin önceki cinsiyetine sahip kişiler ile evlenmelerine izin verme konusunda bir yükümlülük getirmediğini iddia etmiştir.

Mahkeme, 12. maddeyle ilgili değerlendirmesinde, 12. maddenin evlenme hakkı ve aile kurma hakkı olmak üzere iki kısımdan oluştuğunu ve aile kurma hakkının evlenme hakkının bir şartı olmadığını şöyle belirtmiştir: "… *herhangi bir çiftin çocuk*

[196] *Goodwin / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002.

sahibi olamaması veya ebeveynlik yapamaması durumu tek başına bu hükmün ilk kısmındaki evlenme hakkından yararlanmaya engel olarak kabul edilemez."[197]

12. maddenin bir kadın ve bir erkeğin evlenme hakkını düzenlediğini kabul eden Mahkeme, evlilik amacıyla cinsiyetin belirlenmesinde biyolojik kriterin kullanılmasının zorunlu olmadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme bu kanaatini şu tespitlerle desteklemiştir: "*Sözleşmenin kabul edilmesinden bu yana, transseksüellik alanında tıp ve bilimin getirdiği büyük değişiklikler ile evlilik kurumunda büyük toplumsal gelişmeler olmuştur… Ameliyat geçiren bir transseksüelin cinsiyet değişiminin hukuken tanınmasının reddedilmesinde artık biyolojik faktörler belirleyici olmayacaktır*."[198] Mahkemenin konuyla ilgili daha eski tarihli kararlarındaki tutumu dikkate alındığında, bu davadaki tutumunun bir dönüm noktası oluşturduğu söylenebilir. Zira Rees, Cossey ve Sheffield ve Horsham kararlarında Mahkeme biyolojik kriterin uygulanmasının aykırılık oluşturmadığına ısrarla hükmetmiştir. Mahkeme ayrıca diğer kararlardan farklı olarak evlilik kurumundaki değişiklikleri vurgulamak bakımından, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının 9. maddesinde bilinçli bir şekilde, kadın ve erkek kavramlarının kullanılmadığını belirtmiştir.

Ulusal hukukta doğum anında kişinin kaydedilen cinsiyetinin, bu dava bakımından hakkın özüne zarar veren bir sınırlama olup olmadığını inceleyen Mahkeme, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren transseksüellerin yeni cinsiyeti ile aynı cinsiyette bir kişi ile evlenmesine hukuken bir engel olmadığı için evlenme hakkının ihlal edilmediği iddiasını gerçek dışı bulmuştur. Mahkeme, başvuranın bir kadın olarak yaşadığını, bir erkekle birlikte olduğunu ve yalnızca bir erkekle evlenmek istediğini hatırlatarak, değişen cinsel kimliğinin hukuken tanınmaması nedeniyle evlenemediğini belirtmiştir. Bundan dolayı Mahkeme evlenme hakkının özüne zarar verildiğini tespit etmiştir. Transseksüellerle ilgili bazı hususların devletlerin takdir yetkisi dâhilinde olduğunu kabul eden Mahkeme, transseksüellerin evlenme hakkına yönelik olarak genel ve olumsuz bir yaklaşım sergilemek için meşru bir amaç görmediği için oybirliği ile 12. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Zira bu alanda devletlerin takdir yetkisi, her

---

[197] *Goodwin / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002, Paragraf:98.

[198] *Goodwin / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002, Paragraf:100.

durumda, kişilerin evlenme hakkını kullanmalarına engel olacak şekilde kullanılmamalıdır.[199]

Mahkemenin aynı konu ile ilgili olarak Goodwin davası ile aynı gün ele aldığı ve yeni yaklaşımını sürdürdüğü I / Birleşik Krallık[200] davasında, 1955 yılında erkek olarak doğan başvuran, cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında kadın olmuş bir transseksüeldir. Başvuran, cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmaması nedeniyle kendisinin bir erkekle evlenmesinin engellendiğini ve bu nedenle de Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Davalı devletin, dava konusu olayın ve şartların aynı olması sebebiyle Mahkeme Goodwin kararındaki yukarıda ele alınan değerlendirmeleri bu dava bakımından da yapmış ve sonuç olarak yine oybirliği ile 12. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

L / Litvanya[201] davasında ise, bayan olarak 1978 yılında dünyaya geldiği nüfus siciline kaydedilen başvuran, fiziksel cinsiyeti ile ruhsal durumu uyuşmadığı için 1998 yılında bir üniversite hastanesinde hormon tedavisi almaya başlamış ve aynı yıl Sağlık Bakanlığına durumunu bildirerek hukuki ve tıbbi bakımdan cinsiyet değiştirme olasılığı hakkında bilgi istemiş ve Bakanlıkta bu konuyla ilgili bir çalışma grubunun oluşturulduğunu bildirmiştir. 1999 yılında hukuki belirsizlik olduğu gerekçesiyle başvuranın hekimi hormon tedavisine devam etmek istememiş bunun üzerine başvuran gayri resmi olarak devam etmiştir. Başvuran 2000 yılında göğüslerini aldırmış ve diğer cinsiyet değiştirme ameliyatları için hukuki düzenlemeyi beklemiştir. Bu süreçte başvuran nüfus cüzdanı ve pasaportundaki ismini değiştirebilmiş fakat kimlik numarasını değiştirememiştir.

Başvuran, durumunu kapsayacak bir düzenleme bulunmadığı için yaşadığı belirsizliğin Sözleşmenin diğerlerinin yanı sıra 8. ve 12. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir. 8. madde bakımından ihlal kararı veren Mahkeme, 12. madde bakımından aynı sonuca ulaşmamıştır. Mahkemeye göre, başvuranın 12. madde ile ilgili şikâyeti zamansızdır. Çünkü başvuran cinsiyeti tam olarak değiştirebildiğinde bir erkek olarak kabul edilecek ve bir bayanla evlenmesine engel kalmayacaktır. Buna dayanarak

---

[199] Steve Foster, *Human Rights and Civil Liberties*, Longman, 2003, s. 111.

[200] *I / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002.

[201] *L / Litvanya*, Başvuru No: 27527/03, 11.09.2007.

Mahkeme, konunun 8. madde kapsamına girdiğini ve yasadaki boşluktan kaynaklandığını tespit ederek, 12. madde kapsamında ayrı bir incelemeye gerek görmemiştir.

b. Evli İken Cinsiyet Değiştiren Kişinin Mevcut Evliliğinin Durumu

Cinsiyet değişikliği sonrasında kişinin, yeni kimliğinin yasal statü kazandığı durumlarda, aynı cinsiyete sahip kişiler arasında bir evlilik ortaya çıkmış olacaktır. Bu durumda, mevcut evliliğin devam edip etmeyeceği sorusu gündeme gelmiştir.[202]

Parry / Birleşik Krallık[203] davası, yine transseksüellerle ilgili olmakla beraber, diğerlerinden ayrıldığı nokta, evli olan başvuranın, cinsiyet değiştirdikten sonra mevcut evliliğin durumu ile ilgilidir. 1960 yılında evlenen başvuranların üç çocukları bulunmaktadır. Erkek olarak doğan birinci başvuran, 1998 yılı itibariyle, erken yaşlardan itibaren içinde taşıdığı bayan olma arzusuyla cerrahi müdahaleleri tamamlamış, ismini değiştirmiş ve tüm özel ve kamusal ilişkilerinde bayan olduğunu iddia etmeye başlamıştır. 2004 yılında Cinsiyetin Tanınması Yasasının kabul edilmesiyle, başvuran bir cinsiyet tanıma belgesi almak için başvuruda bulunmuştur. Evli olduğu gerekçesiyle başvurana geçici bir cinsiyet tanıma belgesi verilmiş ve ancak evliliğinin sona ermesi halinde tam bir belgeye sahip olacağı söylenmiştir. Bu süreçte ikinci başvuran birinci başvuranı sürekli olarak desteklemiştir ve başvuranlar evliliklerini sona erdirmek istemediklerini belirtmişlerdir. Başvuranlar, 2004 tarihli Cinsiyetin Tanınması Yasası tarafından evliliklerini sonlandırmaya zorlandıklarını ve bunun 12. maddenin ihlali olduğunu iddia etmişlerdir.

Mahkeme, hem bu dava bakımından hem de aynı tarihte aynı ülke ile ilgili olan R ve F / Birleşik Krallık[204] davası bakımından yaptığı değerlendirmede, ulusal hukukun sadece doğum anında ya da cinsiyet tanıma prosedürü ile belirlenen karşıt cinsiyetteki kişiler arasındaki evliliğe izin verdiğini, eşcinsel evliliklere izin verilmediğini tespit etmiş ve Sözleşmenin 12. maddesinin de benzer şekilde düzenlendiğini belirtmiştir. Evlilik açısından cinsiyet değişikliğinin etkilerinin düzenlenmesinin devletlerin takdir

---

[202] Karan, s. 427-428.

[203] *Parry / Birleşik Krallık* (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006.

[204] *R ve F / Birleşik Krallık* (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 35748/05, 28.11.2006.

yetkisi içinde kaldığı sonucuna varan Mahkemeye göre, çok az sayıdaki evlilik bakımından, taraflardan birinin cinsiyetinin değişmesine rağmen, her iki taraf da evliliğe devam etmek istediklerinde bunu dikkate almak gerekmemelidir. Bu tespitin başvuranlar bakımından teselli edici olmadığını kabul eden Mahkeme, başvuranlara medeni birliktelik kurumunu işaret etmiştir.

Evlilikleri devam ederken cinsiyet değiştiren kişilerin mevcut evliliklerinin akıbetinin belirlenmesinde devletlerin takdir yetkisi olduğu belirtilmiştir. Başvuruların gerek 12. madde yönünden gerekse diğer yönlerden dayanaktan yoksun olduğunu tespit eden Mahkeme, başvuruları kabul edilemez bulmuştur.

Mayıs 2014 tarihi itibari ile büyük daire önünde beklemekte olan ve dördüncü daire tarafından incelenen H / Finlandiya[205] davasında, 1963 doğumlu bir erkek olan başvuran, 1996 yılında bir bayanla evlenmiş ve bu evlilikten 2002 yılında bir çocuk sahibi olmuştur. Uzun zamandır kendini bayan gibi hissediyor olmanın verdiği rahatsızlıkla baş etmeye çalışan başvurana 2006 yılında transseksüel tanısı konmuş ve 2009 yılında da cinsiyet değişikliği ameliyatı gerçekleştirilmiştir. Pek çok resmi belgesini değiştirebilen başvurana, artık bayan olduğunu gösteren yeni bir kimlik numarası verilmemiştir. Cinsiyet Değişikliğinin Onaylanmasına Dair Kanuna göre kişinin edindiği cinsiyetinin tanınabilmesinin şartlarından biri de evli olmamak ya da medeni birliktelik yaşıyor olmaktır. Aynı kanuna göre cinsiyet değiştiren kişi evli ise, eşinin kayıt ofisine gelerek evliliğin medeni birlikteliğe dönüşmesine rıza göstermesi gerekli olup bu beyanın sonucunda evlilik kanun gereği medeni birlikteliğe dönüşmektedir. Dava konusu olayda başvuran ve eşi, çocuklarının haklarının etkilenmemesi bakımından evliliklerinin medeni birlikteliğe dönüşmesini istemedikleri için başvuranın cinsiyetinin tanınması mümkün olmamıştır. Başvuran Sözleşmenin 8. ve 12. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme, yaptığı değerlendirmede dava konusu sorunun, başvuranın cinsiyet değiştirmesinin eşi ile arasındaki mevcut evliliği etkileyen ve zaten Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında incelenen sonuçlarıyla ilgili olduğunu belirtmiş ve 12. madde kapsamında ayrıca incelemeyi gereksiz bulmuştur.

---

[205] *H / Finlandiya*, Başvuru No: 37359/09, 13.11.2012.

8. madde kapsamındaki incelemesinde Mahkeme, başvurana yeni bir bayan kimlik numarası verilmemesinin özel hayata saygı hakkına bir müdahale olduğunu belirtmiş ve bu müdahalenin yasalara uygun olup olmadığının ve meşru bir amacının olup olmadığının incelenmesi gerektiğine karar vermiştir. Bu inceleme kapsamında da bu müdahalenin Cinsiyetin Tanınması Kanunundan kaynaklandığını bu nedenle hukuka uygun olduğunu tespit eden Mahkeme, müdahalenin aynı zamanda başkalarının hak ve özgürlükleri ile sağlık ve ahlaklarının korunmasını amaçladığı için meşru olduğuna karar vermiştir. Olayın dava konusu olan kısmının esasen önlemlerin orantılılığı olduğunu belirten Mahkeme, başvurana yeni bir kimlik numarası verilerek onun özel hayatına saygı hakkı ve Devletin geleneksel evlilik kurumunu bozulmadan korumaktaki menfaatlerini dikkate almıştır. Mahkeme, 12. maddenin taraf devletlere eşcinsel evlilikleri tanıma yükümlülüğü getirmediğini hatırlatmış ve kapsamı daha geniş olan 8. maddeden de bu zorunluluğun türetilemeyeceğini belirtmiştir. Mahkemeye göre, cinsiyet değişikliliğinin evlilik bağlamında etkilerini düzenleme konusu Sözleşmeci devletlerin takdir yetkisi kapsamındadır. Finlandiya'da davanın görüldüğü tarih itibariyle eşcinsel evliliklere ilişkin bir düzenleme yoktur ancak eşcinsel çiftlerin hakları medeni birliktelik olarak kaydedilerek korunmaktadır. Bu sebeple Mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur: "*Başvuranın, gerçeği göstermeyen kimlik numarasının rahatsızlık yarattığı günlük durumlarla karşı karşıya olduğu doğru olsa da, Mahkeme, başvuranın bu durumunu değiştirmek için gerçek bir imkânı olduğunu dikkate almaktadır: eşinin rızası ile evliliği kanun gereği medeni birlikteliğe dönüşebilir. Eğer böyle bir rıza verilmezse, başvuran boşanma imkânına sahiptir. Mahkemeye göre, eşin haklarının tehlikede olacağı böyle bir değişime rıza göstermesi gerekmesi orantısız değildir. Başvuranın evliliğinin medeni birlikteliğe dönüşmesi şeklinde olan, eşcinsel çiftlere yasal koruma sağlayan ve evlilikle neredeyse aynı olan ikinci seçenek de orantısız değildir*."[206]

Mahkeme dava konusu olayı son olarak çocuğun hakları bakımından değerlendirmiş ve evliliğin medeni birlikteliğe dönüşmesinden çocuğun olumsuz etkileneceğine dair herhangi bir bulguya rastlamadığını belirtmiştir. Tüm bu sebeplerle Mahkeme Finlandiya hukuk sisteminin orantısız olmadığını ve davada çatışan

[206] *H / Finlandiya*, Başvuru No: 37359/09, 13.11.2012, Paragraf: 50.

menfaatler arasında adil bir denge kurulduğunu belirtmiş, yapıldığı kabul edilen müdahalenin meşru olduğuna ve 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, Mahkeme, bir transseksüelin, aynı cinsiyetten kişilerin evlenmelerine izin verilmediği ancak kayıtlı birlikteliğe izin verildiği ülkelerde, nüfus kaydının değiştirilerek yeni cinsiyetin tanınması için mevcut evliliğin kayıtlı birlikteliğe çevrilmesi zorunluluğunun getirilmesini 12. maddeye aykırı bulmamıştır.[207]

5) Eşcinsellik

Evlenme hakkı kapsamında incelenmesi gereken bir başka konu, eşcinsel kişilerin evlenme talepleridir. 12. madde metninde hak sahipleri olarak "erkek" ve "kadın"ların işaret edilmiş olması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin geleneksel anlamdaki evliliğe yaptığı vurgu birlikte düşünüldüğünde 12. madde kapsamına eşcinsel evlilikleri dâhil etmek zor görünmektedir.

Schalk ve Kopf / Avusturya[208] davasında 1962 ve 1960 doğumlu ve erkek olan başvuranlar, eşcinsel bir çift olarak yaşamaktadırlar. 2002 yılında evlenmek istediklerini belirterek Belediye'ye başvurmuşlar ancak Belediye, Medeni Kanuna atıf yaparak aynı cinsiyetten kişiler arasındaki evliliğin geçersiz olacağı, iki tarafın da erkek olması sebebiyle evlenme ehliyetine sahip olmadıkları gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir. Bu ret kararına karşılık başvuranlar önce Valiliğe başvurmuş, Valiliğin ret kararının üzerine de Anayasa Mahkemesine başvurmuşlardır. Ancak Anayasa Mahkemesi de başvuruyu reddetmiştir.

Avusturya hukuku kapsamında Medeni Kanun evliliği, karşıt cinsiyetten iki kişi arasındaki kurum olarak düzenlemiştir. 2010 yılında yürürlüğe giren Kayıtlı Birliktelik Yasası ile eşcinsel çiftlere hukuken tanınacakları bir mekanizma sağlanmıştır. Kayıtlı birlikteliğe dair kurallar evlilikle ilgili kurallara büyük ölçüde benzemektedir.

Başvuranlar evlenme taleplerinin ilgili kurumlar tarafından reddedilmesi nedeniyle Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuranlara göre, artık evliliklerde üreme ve çocukların büyütülmesi belirleyici değildir ve evlilik

---

[207] Karan, s. 428.

[208] *Schalk ve Kopf / Avusturya*, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010. (Çev: Serkan CENGİZ)

kurumu önemli değişiklik geçirmiştir. Bu nedenle de 12. maddenin uygulanmasını "bir kadın ve bir erkek" şeklinde anlamak zorunlu olmamalıdır. Hükümet bu iddiaları kabul etmemiştir. Hükümete göre, Sözleşme'nin kabulünden bu yana önemli sosyal değişimler olmuş olabilir ancak eşcinsel evliliklerin tanınması hususunda Avrupa'da bir konsensüs bulunmamaktadır.

Mahkeme, incelemesine temel ilkelere değinerek başlamış ve eşcinsel iki kişinin evlenme hakkına sahip olup olamayacaklarının incelendiği bir davayı ilk kez ele alma fırsatı bulduğunu belirtmiştir. Bu nedenle bu konuyla ilgili olarak içtihadı bulunmasa da Mahkeme, transseksüeller ile ilgili içtihatlarından bir takım prensipler çıkarılabileceği kanaatine varmıştır. Kararın devamında Mahkeme transseksüellerin evlenmeleri ile ilgili içtihatlarına değinmiştir. Anılan içtihatlar yukarıda anlatıldığından burada tekrar yer verilmemiştir.

Mahkeme, 12. maddenin evlenme hakkını sadece kadın ve erkeklere tanıdığını belirtmiş ve 12. maddenin bu ifadelere bilinçli bir şekilde yer verdiğini vurgulamıştır. Mahkeme, Goodwin kararında bir çiftin çocuk sahibi olamamasının evlenme hakkını ortadan kaldırmayacağına hükmettiğini kabuk etmekle beraber Mahkemeye göre bu hüküm, eşcinsel evlilikler bakımından herhangi bir sonuç doğurmamaktadır. Mahkeme transseksüellerin edindikleri cinsiyetin karşıt cinsiyetinde bir kişi ile evlenmesi konusunda konsensüs olduğu ve cinsiyet tespitinde biyolojik kriterden başka kriter kullanılsa idi bu konunun doğrudan farklı cinsiyete mensup kişiler arasındaki evlilik kapsamına gireceği gerekçesiyle Goodwin davasının bu davadan ayrılması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, Temel Haklar Şartının 9. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesini karşılaştırmış ve Şart metninde "kadın ve erkek" kavramlarının bilinçli olarak yer almadığını, eşcinsel evliliklerin bu kapsamda kabul edildiği iddia edilebilirse de devletlere bu konuda bir yükümlülük getirdiğinin söylenemeyeceğini belirtmiştir. Metninde açıkça "kadın ve erkek" ifadelerini kullanmayarak Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden daha ileri bir düzenleme yaptığını iddia eden Şart kapsamında bile eşcinsel evliliklerin tanınması konusunda devletlere bir zorunluluk getirilmemekte, bu konunun devletlerin takdirine bırakıldığı belirtilmiştir. Buradan hareketle Mahkeme, eşcinsel evliliklere izin verilip verilmeyeceği konusunda

karar verme hususunun taraf devletlerin takdir yetkisi dâhiline girdiğini belirtmiş ve bunu şu şekilde vurgulamıştır: "*Bu bağlamda Mahkeme, evliliğin bir toplumdan diğerine hatırı sayılır şekilde değişebilen derin sosyal ve kültürel çağrışımlara sahip olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirme ve bunlara cevap verme açısından en iyi şekilde konumlanmış olan ulusal makamların kararları yerine kendi kararını vermek hususunda acele edemez*"[209]

12. maddeyle ilgili değerlendirmesinin sonucunda Mahkeme, 12. maddenin davalı hükümete eşcinsel evliliklere izin verme yükümlülüğü getirmediğine ve bu nedenle de Sözleşmenin 12. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Görüldüğü üzere, Mahkeme öncelikle, eşcinsellerin evlenme talebi bakımından 12. maddenin uygulanıp uygulanmayacağını tartışmıştır. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ile karşılaştırmalı bir değerlendirme yapan Mahkeme, 12. maddenin sadece kadın ve erkeklerin evliliği ile sınırlandırılamayacağını ilk kez belirterek, 12. maddenin bu dava bakımından uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.[210] Bu tespitin ardından Mahkeme, konsensüs doktrinine değinmiş ve dava tarihi itibari ile kırk yedi üye devletten yalnızca altısında eşcinsel evlilikler tanındığı için konsensüs oluşmadığını, bu nedenle de bu konunun devletlerin takdir yetkisine kaldığını belirtmiştir.[211] Mahkemenin bu yaklaşımından hareketle, eşcinsel evlilikleri tanıyan Avrupa devletlerinin sayısının artmasını müteakiben, konsensüs doktrini ile, bu tarz evliliklerin ulusal hukuklarda yasaklanmasının devletlerin takdirinde kalacağına karar vermesinin mümkün olmayacağı söylenebilir.

6) Yakın Hısımlık

Evlenme hakkı ile ilgili olarak, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, B ve L / İngiltere[212] davasında kayın hısımı olan kişilerin birbirleri ile evlenmelerine getirilen

---

[209] *Schalk ve Kopf / Avusturya*, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010, Paragraf: 62.

[210] Osman Doğru – Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, Cilt II, 1. Bası, Avrupa Konseyi, 2013, s. 540-541.

[211] Holning Lau, "Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus deference", Eva Brems (Edt.), *Diversity and European Human Rights Rewriting Judgements of the ECHR*, Cambridge, 2013, s. 245.

[212] *B ve L / İngiltere*, Başvuru No: 36536/02, 13.09.2005.

yasağın, Sözleşmenin 12. maddesi kapsamında bir ihlal oluşturup oluşturmadığını incelemiştir.[213]

Bu davada birinci başvuran, A ile bir evlilik yapmış, bu evlilikten C doğmuş ve anılan evlilik 1987 yılında sona ermiştir. Daha sonra ikinci başvuran ile birinci başvuranın oğlu C evlenmişler ve bu evliliklerinden W dünyaya gelmiştir. Bu evlilikle birlikte, birinci ve ikinci başvuranlar arasında kayınpeder-gelin ilişkisi kurulmuştur ve birinci başvuran W'nin büyükbabasıdır. 1995 yılında C, ikinci başvuranla birlikte yaşadıkları evi terk etmiştir. 1996 yılından itibaren birinci ve ikinci başvuranlar (kayınpeder ile gelin) birlikte yaşamaya başlamışlar ve 1997 yılında ikinci başvuran ile C boşanmışlardır. 2002 yılında birinci başvuran, yetkili evlendirme dairesinden ikinci başvuranla evlenip evlenemeyeceği hususunda bilgi istemiştir. Daire, 1949 tarihli Evlilik Kanununun açık hükmü gereğince ancak A ve C'nin ölümünün ardından evlenebilecekleri konusunda birinci başvuranı bilgilendirmiştir. Birinci başvuran, bu karara karşı itiraz yoluna başvursa da reddedilmiştir. Bunun üzerine başvuranlar, kayınpeder ve gelin olarak birbirleriyle evlenmelerinin engellenmesinin Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlalini oluşturduğu iddiasıyla Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuşlar ve Mahkeme başvuruyu kabul edilebilir bularak davanın esasına girmiştir.

Mahkeme, başvuranların kalıcı ve uzun süreli bir ilişki içersinde birlikte yaşadıklarını ancak kayın hısımları (kayınpeder – gelin) arasındaki evlenme yasağı sebebiyle ilişkilerinin hukuki ve sosyal olarak kabul görmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, bu tarz evlilikler üzerindeki yasağın, kişilerin evlilik dışı bu tarz ilişki kurmalarını engelleyemediğini vurgulamıştır. Mahkeme bu vurgusu ile fiilen gerçekleşen durumdan hareket etmiş ve hukuksal sınırlamanın amacının da artık ortadan kalktığı sonucuna ulaşmış görünmektedir.[214] Eski eşlerin ölümü halinde evliliğin gerçekleşebileceği hususu varsayıma dayanmaktadır çünkü genellikle çocuklar anne-babalarından daha uzun yaşamaktadırlar. Mahkeme, başvuranların, bu evlilik yasağına bir istisna oluşturacak şekilde karar alabilmelerini sağlayan Parlamento'ya başvurma

---

[213] Yüksel Metin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı", *Terazi Hukuk Dergisi (THD)*, Ekim 2006, Yıl 1, Sayı 2, s. 106-108.

[214] Fatma Tülay Karakaş, "Evlenme Engeli Olarak Düz Çizgi Kayın Hısımlığı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12.maddesi", *Terazi Hukuk Dergisi (THD)*, Kasım 2006, Yıl 1, Sayı 3, s. 98.

haklarının olduğunu göz ardı etmemektedir fakat bu yol oldukça masraflıdır, ancak istisnai hallerde işletilmektedir ve tamamen Parlamento'nun takdirine bırakılmıştır.

Mahkeme, taraf devletlerin pek çoğunda buna benzer evlenme yasaklarının olduğunu belirtmiş ancak bu dava bakımından İngiltere'ye has bir takım hususlar bulunduğu gerekçesiyle bu davanın incelendiğini bildirmiştir. Mahkeme, kayın hısımlığı nedeniyle evlenme yasağının mutlak olmadığını tespit etmiştir. Çünkü Parlamento'nun bu tarz bir evliliğe izin verme yetkisi bulunmaktadır ve Parlamento bu yetkisini bir kayınvalide ile damadının[215] evlenmesine izin vermek suretiyle daha önce de kullanmıştır. Yaptığı bu tespitlerin ardından Mahkeme İngiliz Hukukunda yer alan kayın hısımlığının bir evlenme engeli olarak kabul edilmesinin 12. maddede yer alan evlenme hakkının özüne zarar verdiğine karar vermiştir.

Söz konusu yasak, esasen pek çok devletin ulusal düzenlemelerinde mevcut olmakla birlikte, çoğunda kesin bir evlenme engeli olarak yer almaktadır. Mahkemenin de belirttiği gibi, bu konu bakımından, Birleşik Krallık uygulaması istisnai niteliktedir, bu sebeple 12. maddeye aykırı bulunmuştur. Kanımızca, Mahkemenin Birleşik Krallığa karşı verdiği bu karar, ulusal hukukunda, bu hususu kesin bir evlenme engeli olarak düzenleyen ülkeler bakımından bir sonuç doğurmamaktadır.

7) Geleneklere Göre Yapılan Evlilik

Munoz Diaz / İspanya[216] davasında, Roman geleneklerine göre yapılan evliliğin İspanya hukukunca tanınmaması şikâyet edilmiştir. Roman olan başvuran, 1971 yılında yine bir Roman olan Bay MD ile Roman ritüellerine göre evlenmiştir. Roman topluluğunda yaşayan insanlar için, evliliğin kendi ritüellerine göre yapılması bu evliliğin herkes tarafından kabul edilmesi ve evlilik kurumu kapsamında hak ve yükümlülüklerin doğması gibi toplumsal sonuçların ortaya çıkmasını sağlar. 2000 yılında başvuranın eşi hayatını kaybedince, başvuran kendisine ölüm aylığı bağlanması için Ulusal Sosyal Güvenlik Kurumuna başvuru yapmıştır. 2001 yılında bu başvuru, başvuranın ölen kişinin eşi olmadığı gerekçesi ile reddedilmiştir, çünkü dava tarihinde

---

[215] 1985 tarihli Valerie Mary Hill ve Alan Monk (Evlilik Etkinleştirme) Yasası (Bkz. B ve L / İngiltere, Paragraf:21).

[216] *Munoz Diaz / İspanya*, Başvuru No: 49151/07, 08.12.2009.

hukuken tanınan medeni evlilikler, yetkili memur önünde yapılan evlilikler ile hükümet ve belirli dini cemaatler arasında yapılan anlaşmaya göre kabul edilen belirli dini evliliklerdir. Roman ritüellerine göre yapılan evlilikler hukuken tanınan evliliklerden değildir. Başvuran İş Mahkemesine dava açmış, kazanmış ancak Kurum'un temyizi üzerine karar bozulmuştur. Son olarak Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru da reddedilmiştir. Daha sonra yapılan bir yasal düzenlemeyle başvuran 2007 yılından geçerli olmak üzere ölüm aylığı almaya hak kazanmıştır.

Başvuran, Roman geleneklerine göre yapılan evliliğin geçerli bir evlilik olarak kabul edilmemesinin evlenme hakkını 14. madde ile bağlantılı olarak ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, 1981 yılından itibaren resmi evliliğin herkese açık hale geldiğini ve bu durumun dini veya başka bir sebebe dayalı ayrımcılık içermediği görüşündedir. Mahkeme belirli dini evliliklerin tanındığını ve bazılarının tanınmadığını kabul etmektedir fakat bunun dava konusu olay bakımından önem taşımadığını düşünmektedir çünkü bu tarz bir ayrım resmi evliliği yasaklamamakta veya zorlaştırmamaktadır. Roman olanlarla olmayanlar arasında resmi evlilik yapmak bakımından herhangi bir fark bulunmamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, 12. madde bakımından herhangi bir ihlal olmadığına hükmetmiştir.

Mahkeme, dava konusu olayda, geleneksel evliliğin hukuken tanınmamasından ziyade, başvuranların resmi evlilik yapmasının önünde bir engel olup olmadığını incelemiştir. Bu bağlamda bir engel olmadığını tespit eden Mahkeme, geleneksel evliliğin tanınmamasını 12. maddenin ihlali olarak görmemiştir. Görüldüğü üzere, Mahkeme, her zaman için hukuken tanınan evliliğe öncelik vermektedir.

8) Yabancılar ve Evlenme Hakkı

Sözleşmenin 12. maddesi ile ilgili ortaya çıkan sorunların bir kısmı da yabancıların evlenme haklarıyla ilgilidir. Örneğin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi O'Donoghue / İngiltere[217] davasında, bu sorunu inceleme fırsatı bulmuştur. Dava konusu olayda dört başvuran bulunmaktadır. Birinci başvuran Bayan O'Donoghue İngiltere ve İrlanda vatandaşlığına sahiptir. İkinci başvuran Bay Iwu Nijerya vatandaşıdır. İkinci başvuran 2004 yılında İrlanda'ya gelip sığınma talebinde bulunduğu

[217] *O'Donoghue / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 34848/07, 14.12.2010.

esnada birinci başvuranla tanışmıştır. Birinci ve ikinci başvuranlar 2005 yılından itibaren birlikte yaşamaya başlamışlar ve bu birlikteliklerinden üçüncü başvuran olan oğulları dünyaya gelmiştir. Dördüncü başvuran ise birinci başvuranın başka bir kişiden olan oğludur. Birinci ve ikinci başvuran, 2006 Mayıs ayında evlenmeye karar vermişlerdir.

Göçmenlerle ilgili kanuna göre, yabancıların evlenebilmelerinin iki yolu bulunmaktadır. İlki, bir yabancının yalnızca evlenmek amacıyla Birleşik Krallığa seyahat vizesi almış olmasıdır. İkinci ise, evlenmek isteyen yabancının İçişleri Bakanlığından bir evlilik sertifikası edinmesidir. Başvuranın ilk ihtimali karşılayacak şekilde evlenmek amacıyla alınmış bir seyahat vizesi bulunmamaktadır. Bakanlıktan alınacak sertifika için ise altı aydan fazla süreyle oturma izni almış olmak ve başta 135 pound olan ancak daha sonra 295 pounda yükseltilen harcı ödemek şartları getirilmiştir. Ayrıca, Avrupa Ekonomik Alanına mensup kişiler ile Anglikan Kilisesi ritüellerine göre evlenmek isteyen çiftler, bu düzenlemeden istisna tutulmuşlardır.

Bahse konu sertifika düzenlemesi Birleşik Krallık'ta dava konusu olmuş ve davaya bakan bir Yüksek Mahkeme yargıcı, önündeki davaya bu düzenlemeyi uygulamayı reddetmiş ve düzenlemeyi eleştirmiştir. Yargıcın kararı Lordlar Kamarası tarafından onaylanmıştır. Bunun üzerine düzenleme değiştirilmiştir ve yeni şekline göre, süresiz oturma iznine sahip yabancıların evlilik sertifikası alabilmek için başvururken gerçek bir evlilik yapacaklarına dair Bakanlığı ikna etmeleri beklenmiştir. Düzenlemenin yeni şekline göre birinci ve ikinci başvuranın evlenmesi yine mümkün değildir, çünkü Bay Iwu'nun oturma izni bulunmamaktadır. 2007 yılında düzenleme bir kez daha değişmiş ve son şekline göre, hukuka uygun şekilde oturma izni başvurusunda bulunan bir yabancıya evlilik sertifikası alma imkânı da tanınmıştır. Başvuranlar Temmuz 2007'de harçtan muaf tutularak evlilik sertifikası almak için başvurmuşlardır. Gerekçe olarak da birinci başvuranın sosyal yardımlarla geçindiğini, ikinci başvuranın ise sosyal yardım dahi almadığını belirtmişlerdir. Ancak bu talepleri reddedilmiştir. Nihayet 2008 yılı Temmuz ayında başvuranlar arkadaşlarının mali desteği ile harcı yatırarak sertifikayı almışlar ve Ekim 2008'de evlenmişlerdir. Nisan 2009'da ise sertifika için harç ödeme zorunluluğu kaldırılmıştır.

Başvuranlar, evlilik sertifikası sisteminin ve bunun uygulanma şekli ve usulünden şikâyetçi olmuşlar, evlenme ve aile kurma hakkını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Başvuruyu oybirliği ile kabul edilebilir bulan Mahkeme, esastan incelemeye geçmiştir.

Mahkeme, Sözleşme Organlarının içtihatlarına değinerek bu içtihatlarda, taraf devletlerin diğer devlet vatandaşlarının gerçek bir evliliği amaçlayıp amaçlamadıklarını tespit etmek üzere yabancıların evlenme hakkının kabul edilebilir bazı koşullara bağlayabileceğinin kabul edildiğini belirtmiştir. Bu içtihatlara göre bir devlet, gerektiğinde yabancıların evlenmesine engel olabilir. Taraf devletlerin böyle bir inceleme yapması, Sözleşmenin 12. maddesinin ihlali sonucunu doğurmaz.

Mahkemeye göre evlilik sertifikası sisteminin uygulanmasına yönelik ciddi kuşkular bulunmaktadır. Bir kere, evlilik sertifikası almak için öncelikle yeterli bir ikamet statüsü gerekmektedir ve başka bir inceleme yapılmaksızın sertifikaya başvuran kişinin niyetinin ciddiyeti belirlenmektedir. İkinci olarak, gerçek bir evlilik yapma niyetinin ciddiliği her olay bazında ayrı ayrı incelenmeksizin genel bir yasaklama getirmek evlenme hakkının özüne dokunan bir müdahaledir. Üçüncü olarak, maddi durumu iyi olmayan dilekçe sahibinin ödeyemeyeceği kadar yüksek bir harcın öngörülmesi, evlenme hakkının özünü ihlal etmektedir. Mahkeme, 2010 yılında yürürlüğe konulan, ihtiyaç sahiplerine ödedikleri harcın iade edilmesine dair düzenlemenin, yine de bir harcın ödenmesini zorunlu tuttuğu için etkili olmadığını vurgulamıştır.

Mahkeme, bu gerekçelerle, birinci başvuranın Mayıs 2006'dan evlilik sertifikasının düzenlendiği tarih olan Temmuz 2008'e kadar evlenme hakkının özünün ihlal edildiğine oy birliği ile karar vermiştir. Ayrıca Mahkeme, düzenlemenin ilk şeklinin dini gerekçelerle ayrımcılık içerdiğini ve Hükümetin farklı uygulamayı haklı kılacak objektif ve makul bir gerekçe ortaya koyamadığını belirterek 12. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edildiğine hükmetmiştir.

9) Çocuğun Nesebini Sahih Hale Getirmek İçin Anneyi Evlenmeye Zorlama

Marckx / Belçika[218] davasında birinci başvuran bekâr bir anne ve ikinci başvuran da birinci başvuranın nesebi sahih olmayan çocuğudur. Birinci başvuran, çocuğunu dünyaya getirdikten sonra çocuğunu tanıyarak otomatik olarak onun vasisi olmuştur. Birkaç yıl sonra anne, çocuğunu evlat edinmek için başvurmuş ve evlat edinme işlemi beş buçuk ay sonra sona ermiştir.

Dava tarihinde Belçika hukukuna göre, bekâr bir annenin doğurduğu çocukla arasında otomatik bir bağ kurulmaz; ya anne çocuğu tanımalı ve evlat edinmelidir ya da dava açılmalıdır. Bu haller annenin evli olduğu öngörüsünden hareket eder.

Başvuranlara göre, Belçika Hukuku, nesebi sahih olmayan bir çocuğu nesebi sahih hale getirmek için annenin evlenmesi gerektiğinden, Sözleşmenin 12. maddesinden çıkarılabilecek evlenmeme hakkına saygı göstermemiştir. Mahkeme, birinci başvuranın evlenmesi ya da bekâr yaşamasının önünde herhangi bir hukuki engel olmadığını tespit etmiş ve bu olay bakımından 12. maddenin uygulanabilir olmadığına hükmetmiştir.

III. AİLE KURMA HAKKI

A. Koruma Alanı

1) Genel Olarak

Aile kurma hakkının kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatları yoluyla genişletilmemiştir. 12. maddedeki hak kapsamına girebileceği düşünülen pek çok durumu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 8. maddedeki aile hayatına saygı hakkı çerçevesinde ele almaktadır.

12. maddedeki aile kurma hakkı, herkese değil, hukuken tanınmış şekilde evlenen çiftlere tanınmıştır. Devletin öngörmediği şekilde evlenen kişilerin ve yalnız yaşayanların da aile kurma hakkına sahip oldukları kabul edilmekle birlikte, onların bu hakları, 12. madde kapsamında değil, 8. madde kapsamında korunmaktadır.

---

[218] *Marckx / Belçika*, Başvuru No:6833/74, 13.06.1979, (Çev:Osman Doğru), http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=33, E.T. 04.11.2013.

12. madde anlamındaki aile kurma hakkının sahipleri, yasaya uygun bir şekilde evlenmiş eşlerdir. Bu kapsamı, eşlerin ailelerini de içine alacak şekilde genişletmek mümkün değildir. Sijakova davası[219], 12. maddede yer alan aile kurma hakkı kapsamının belirlenmesinde önemlidir. Zira bu dava, çocukları din adamı olmak için bekâret yemini eden başvuranların, 12. madde kapsamında torun sahibi olma haklarının bulunup bulunmadığı ile ilgilidir. Başvuranların çocukları 18 yaşını doldurduktan sonra, ailelerinin rıza ve onayı olmaksızın kilise hayatına girmişlerdir. Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere iç hukuk yollarını tüketen başvuranlar, istedikleri sonucu elde edemeyince Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine dava açmışlardır. Diğerlerinin yanı sıra çocukları bekâret yemini ettiği için geniş bir aile olamadıklarından ve torun sahibi olamadıklarından dolayı 12. maddenin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, torun sahibi olma ya da üreme haklarının 12. maddeden ve Sözleşmenin diğer maddelerinden türetilemeyeceğini ve bu nedenle de başvurunun kabul edilemez bulunduğunu belirtmiştir. Görüldüğü üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre aile kurma hakkının sahipleri, eşlerin ailelerini de içine alacak şekilde geniş tutulmamıştır.

Evli çiftler, aile kurma hakkı kapsamında, çocuk sahibi olup olmamaya ve kaç çocuk sahibi olacaklarına karar verme hakkına sahiptirler.

2) Evlat Edinme

Evlilik içerisinde aile kurmanın bir yolu da evlat edinmedir. Ancak, Mahkemenin içtihatlarına göre, 12. madde, kişilere doğal yoldan sahip olamadıkları bir çocuğu evlat edinme hakkını vermemektedir. Mahkeme, bu hususu 8. madde kapsamında değerlendirmektedir.

Bu hususun ele alındığı 1977 tarihli bir davada[220] Komisyon, bir çiftin, belli koşullar dâhilinde, bir çocuğu evlat edinmek suretiyle aile kurabileceğini kabul etmekle beraber, 12. maddeden, doğal yoldan sahip olmadıkları bir çocuğu aileye dâhil etmek suretiyle evlat edinme hakkı türetilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

---

[219] *Sijakova ve diğerleri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 67914/01, 06.03.2003.

[220] *X ve Y / Birleşik Krallık* (Komisyon, Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 7229/75, 15.12.1977.

Bu konuyla ilgili incelenen bir diğer dava olan Singh ve diğerleri / Birleşik Krallık[221] davasında üç başvuran bulunmaktadır. Hindistan doğumlu bir İngiltere vatandaşı olan birinci başvuran ile Hindistanlı olan ikinci başvuran evlenerek Birleşik Krallık'ta yaşamaktadırlar. Başvuranların bir kızları bulunmaktadır. İkinci bir çocuk sahibi olamayacaklarını tıbben kanıtlayan başvuranlar, Hindistan'da yaşayan kuzeninin bebeğini evlat edinmişlerdir. Başvuranlar, bu dava bakımından üçüncü başvuran olan evlatlık kızları için ülkeye giriş izni talep etmişlerdir. Ancak yetkililer, mevzuat uyarınca evlat edinilebilecek ülkeler arasında Hindistan bulunmadığı ve evlatlığın ailesi çocuğa bakabilecek durumda olduğu için Birleşik Krallık'a giriş izni vermemişlerdir. Bu arada başvuranlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuşlar ve çocukla aralarında ebeveynlik bağının kurulduğunu, çocuğu Hindistan'dan değil de Birleşik Krallık tarafından tanınan ülkelerden birinden evlat edinselerdi çocuğun doğal ailesinin maddi durumunun araştırılmayacağını iddia etmişlerdir. Başvuranlar, hukukun bu şekilde evlat edinmeye izin vermemesinin aile kurma hakkını ihlal ettiğini ve bunun Sözleşmenin 12. maddesine aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme 2002 yılında yaptığı ön incelemede başvuruyu kabul edilebilir bulmuştur. Uzun bir takım işlemlerin ardından 2004 yılında üçüncü başvuran Birleşik Krallığa giriş yapmıştır. Ardından 2006 yılında dava, dostane çözüm yoluyla sonuca ulaştırılmıştır.

Evlat edinme ile ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelen Emonet ve diğerleri / İsviçre[222] davasında, evlat edinme nedeniyle ebeveyn ilişkisinin sona erdirilmesi şikâyet konusu edilmiştir. Olayda ikinci başvuran, birinci başvuran olan kızı ile birlikte, üçüncü başvuran olan Bay Emonet ile birlikte yaşamaya başlamışlardır. Birinci başvuran, bu arada ağır bir felç geçirmiş ve bakıma muhtaç hale gelmiştir. Bunun üzerine, her üç başvuran, hukuki olarak bir aile olabilmek için, üçüncü başvuranın birinci başvuranı evlat edinmesine karar vermişlerdir. Ancak bu evlat edinme işlemi gerçekleştiğinde, birinci başvuranın, annesi olan ikinci başvuranla ebeveyn ilişkisi sona erdirilmiştir. Bunun üzerine başvuranlar, 8. maddedeki aile hayatına saygı hakkının ve 12. maddedeki aile kurma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, yaptığı değerlendirmede, 8. maddenin ihlal edildiğini tespit

[221] *Singh ve diğerleri / Birleşik Krallık* (Dostane Çözüm), Başvuru No: 60148/00, 08.06.2006.

[222] *Emonet ve diğerleri / İsviçre*, Başvuru No: 39051/03, 13.12.2007.

etmiştir. 12. madde bakımından ise, ilk olarak, ikinci başvuranla üçüncü başvuranın evlenmelerine engel bir durumun olmadığını tespit etmiş, ardından da başvuranların evli olmayan çift sıfatıyla, 12. maddeden, ulusal hukukta öngörülmeyen şekilde evlat edinme hakkı türetemeyeceklerine hükmetmiştir. Başvuranlar, hukuken evli olmadıkları için, Mahkemenin bu tespitinin yerinde olduğunu söylemek mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evli çiftler bakımından çocuk sahibi olmayı, 12. madde kapsamında değerlendirmese de, kanımızca, hukuka uygun bir şekilde evlenmiş bir çift, aile kurabilmek için evlat edinmek istediğinde, 12. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Çiftler, doğal yolla çocuk sahibi olarak aile kurabilecekleri gibi, doğal yolla çocuk sahibi olamıyorlarsa hatta çocukları olsa veya doğal yolla çocuk sahibi olabilecek konumda olsalar bile evlat edinme yoluyla aile kurabilmelidirler. Bu durumun 12. madde kapsamında değerlendirilmesi, 12. maddenin uygulama alanını genişleteceği gibi evlilik akdinin hukuken tanınan şekilde yapılmasını da teşvik edecektir.

Evlat edinme konusunda gündeme gelebilecek bir diğer konu, çocuklarına iyi bakamadıkları gerekçesi ile çocuklarını evlatlık vermek zorunda kalan kişilerin durumuyla ilgilidir.

P, C ve S / Birleşik Krallık[223] davasında, 1958 doğumlu P Amerikan vatandaşıdır; 1962 doğumlu ve Birleşik Krallık vatandaşı olan C, P'nin kocasıdır; onların çocukları olan S ise 1998 yılında doğmuştur ve hem Birleşik Krallık hem de Amerikan vatandaşlığına sahiptir. Her üçü de dava tarihinde Birleşik Krallık'ta oturmaktadırlar. P'nin daha önceki birlikteliklerinden A ve B olmak üzere iki çocuğu bulunmaktadır. P, henüz C ile evlenmeden önce Amerika'da iken çocuklarından B, sık sık rahatsızlanmış ve yapılan tahliller sonucunda doktor, bir çeşit zehirlenmeden şüphelendiğine dair rapor düzenlemiştir. Bu rapor üzerine Amerikan yetkilileri B'yi babasının yanına yerleştirdiklerinde B herhangi bir sağlık sıkıntısı yaşamamıştır. P, oğlu B'nin sağlığını tehlikeye atmakla suçlanmış ve mahkûm olmuştur. 1996 yılında P, şimdiki kocası olan C ile tanışmış ve 1997 yılında evlenerek Birleşik Krallık'ta yaşamaya başlamışlardır. P kısa bir süre sonra hamile kalmış ve B ile ilgili olayları

[223] *P, C ve S / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 56547/00, 16.07.2002.

öğrenen Birleşik Krallık yetkilileri doğmamış çocuğun yaşayabileceği tehlikelerin tespiti için danışman atamışlardır. S'nin doğumundan sonra danışmanların düzenlediği rapora göre, S'nin P ile kalmasının riskleri, avantajlarından daha ağır basmıştır. Bu rapor üzerine S'nin zorunlu olarak evlatlık verilmesi süreci başlatılmış ve Eylül 1999'da S, bir ailenin yanına yerleştirilmiştir. Bundan sonraki sürede başvuranların S ile dolaylı olarak teması oldukça sınırlandırılmıştır.

Başvuranlar, çocuk sahibi olmanın ve onunla temas kurmanın 12. madde kapsamındaki aile kurma kapsamına girdiğini iddia etmişlerdir. P'nin yaşı nedeniyle bir çocuk daha dünyaya getirmesi mümkün görünmemektedir. Hükümet, 12. maddeden çocuk sahibi olma ya da çocuk ile temasa devam etme haklarının türetilemeyeceğini iddia etmiştir. Mahkeme yaptığı değerlendirmede, S'nin doğumundan sonra ailesinden uzaklaştırılmasının ve zorunlu olarak evlatlık verilmesi sürecindeki yasal olarak temsil edilmesindeki eksiklik nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme, 12. madde bakımından değerlendirmesini şu şekilde yapmıştır: "*12. madde aile kurma hakkıyla ilgilidir ve fakat dava konusu olaydaki ebeveyn ile çocuk arasındaki aile hayatına yönelik müdahalelerin hangi koşullar altında haklı olabileceği özel hüküm niteliğindeki 8. maddenin kapsamındadır*."[224] Mahkeme bu gerekçeyle dava konusu olayı 12. madde bakımından ayrıca incelemeye gerek görmemiştir.

3) Cezaevindeki Evli Kişilerin Aile Kurma Hakkı

Aile kurma hakkı ile ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında ele alınan bir diğer husus, cezaevinde bulunan evli mahkûm ya da tutuklulara, aile kurabilmek için, mahrem eş ziyaretlerinin ya da yapay döllenme imkânlarının sağlanıp sağlanmayacağı hususudur.

Dickson / Birleşik Krallık[225] davasında, sırasıyla 1972 ve 1958 doğumlu olan başvuranlar, her ikisi de aynı cezaevinde kalıyorken 1999 yılında tanışmışlardır. İkinci başvuran serbest bırakıldıktan sonra başvuranlar 2001 yılında evlenmişlerdir. Birinci başvuranın cezaevinden en erken 2009 yılında çıkması beklenmektedir. İkinci başvuran evlendiğinde 43 yaşındadır ve birinci başvuran cezaevinden çıktığında ikinci başvuran

---

[224] *P, C ve S / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 56547/00, 16.07.2002, Paragraf: 142.

[225] *Dickson / Birleşik Krallık* (4.Daire), Başvuru No: 44362/04, 18.04.2006.

51 yaşında olacaktır ve yaşı itibari ile çocuk sahibi olması mümkün olmayacaktır. Bu gerekçelerle başvuranlar, yapay döllenme yoluna başvurmak istemişlerse de bu talepleri iç hukuk kapsamında reddedilmiştir. Bunun üzerine dava Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelmiştir.

Başvuranlar, yapay döllenme imkânlarına erişmelerinin engellenmesinin 12. madde kapsamındaki aile kurma hakkının ihlalli olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkemenin ilgili dairesi yaptığı inceleme neticesinde 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında müdahaleyi haklı bulduğunu belirterek, bu kapsamda haklı bulunan bir müdahalenin 12. maddenin ihlalini oluşturmayacağına ve Sözleşmeye aykırılık olmadığına karar vermiştir.

Dava daha sonra Büyük Dairenin önüne gelmiştir. Büyük Daire, 8. maddenin uygulanabilirliğini şu şekilde tartışmıştır: "*Yapay döllenmeden yararlanmaya izin verilmemesi başvuranların özel hayat ve aile hayatıyla ilgili olduğu için, başvuru konusu olayda 8. madde uygulanabilir niteliktedir. Özel hayat ve aile hayatı kavramları kişilerin, genetik ebeveynler olmak konusundaki bir aile kurmaya ilişkin kararlarına saygı gösterilmesi hakkını da kapsar*."[226] Görüldüğü üzere, Mahkeme, bir çocuğun genetik ebeveyni olma konusunu, özel hayat ve aile hayatı kavramlarına dâhil etmiştir. Bu tespite dayanarak, Mahkeme, 8. maddedeki hakların ihlal edilip edilmediğini incelemiştir.

Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletlerin yarısından fazlasında, evli kişilerin cezaevlerinde eşleriyle birlikte olabilmelerini sağlayan düzenlemelerin olduğunu ve bu nedenle de yapay döllenmeden yararlanma imkanının tanınmasının gerekli görülmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte, Sözleşmenin taraf devletlere, cezaevlerinde mahrem eş ziyaretlerini sağlama yönünde bir yükümlülük getirmediğini vurgulamıştır. Bu konu, Mahkemeye göre, taraf devletlerin takdir yetkisindedir.

Konunun takdir yetkisinde kaldığının tespitine rağmen Mahkeme, çatışan bireysel ve kamusal menfaatlerin dengesi bakımından inceleme yapmış ve Yapay döllenmeyi düzenleyen Yönetmeliğin ağır şartlar getirdiğini ve yasama meclisinin bir tasarrufu olmadığı için ölçülülük denetiminden yoksun olduğunu belirterek 8. maddenin

[226] *Dickson / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No:44362/04, 04.12.2007, Paragraf:66.

ihlal edildiğine karar vermiştir. 12. madde bakımından ise ayrıca bir denetim yapmaya gerek görülmemiştir.

Kanımızca, cezaevindeki evli kişilere aile kurma hakkını tanımak bakımından, taraf devletlere, duruma göre, ya mahrem eş ziyaretlerini[227] tanımak ya da yapay döllenme imkânlarından yararlanmayı sağlamak şeklinde seçmeli bir yükümlülük getirilmelidir. Her iki konuyu da, devletlerin takdirine bırakmak, bazı hallerde aile kurma hakkının özüne zarar verebilecektir.

4) Yapay Döllenme

Yapay döllenme ile çocuk sahibi olmak, aile kurma hakkı kapsamında ele alınabilecek bir diğer konudur. Kısırlık nedeniyle çocuk sahibi olamayan evli çiftlerin yapay döllenme imkânlarından yararlanması, Mahkemeye göre, 8. madde kapsamına girmektedir. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bir yargıç, Dickson / Birleşik Krallık kararına yazdığı karşı oy yazısında yapay döllenmenin 12.madde kapsamında olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.[228]

Bu konu ile ilgili olarak, Mahkemenin önüne gelen S.H. ve diğerleri / Avusturya[229] davasında, iki evli çift bulunmaktadır. Bu çiftlerin ilkinde bayan, ikincisinde ise erkek kısırdır ve başvuranlar yumurta hücresi ve sperm bağışı yoluyla eşlerinden çocuk sahibi olmak istemektedirler. Ancak, Avusturya hukuku, yapay döllenme tekniklerinin kullanımını sadece eşler arası ile sınırlı tuttuğundan, başvuranların başkasının yumurtası veya spermiyle çocuk sahibi olmaları mümkün olmamıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, konuyu yine 8. madde kapsamında değerlendirmiş ve konunun takdir yetkisi dâhilinde kaldığını ve ihlal bulunmadığını tespit etmiştir.

---

[227] Mahrem eş ziyaretinden anlaşılması gereken, evli mahkûmun, ceza infaz kurumu personelinin yakın nezareti olmaksızın eşi ile baş başa kalmaları ve görüşmeleridir.

[228] *Dickson / Birleşik Krallık* (4.Daire), Başvuru No:44362/04, 18.04.2006. Yargıç Bonello'nun karşıoy yazısı, Paragraf:4.

[229] *S.H. ve diğerleri / Avusturya* (Büyük Daire), Başvuru No: 57813/00, 03.11.2011.

Mahkemenin, yapay döllenme ile ilgili hususları, evli çiftler bakımından söz konusu olduğunda bile 12. madde kapsamında görmemesi, doktrinde eleştirilmiştir.[230] Kanımızca doktrinin tepkisi haklıdır.

IV. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKININ DİĞER HAKLARLA İLİŞKİSİ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, içerdiği haklar bakımından kendi içinde bir bütündür. Evlenme ve aile kurma hakkı da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinde yer almakla diğer haklarla ilişki içindedir. Bununla birlikte, öyle bazı haklar vardır ki, bu çalışmanın konusu olan haklarla yakından ilişkili olabileceği ilk bakışta anlaşılmaktadır. Bu haklardan ilki, Sözleşmenin 8. maddesinde yer alan "özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı"; ikincisi, 7 no.lu ek protokolün 5. maddesinde düzenlenen "eşler arasında eşitlik"; üçüncüsü de 14. maddede yer alan "ayrımcılık yasağı" dır.

A. 12. Maddenin 8. Madde İle İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin bahse konu 8. maddesi şu şekildedir:

"*1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*

2. 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."

Görüldüğü üzere, 8. madde kapsamında dört ayrı hak bulunmaktadır. Bunlar; özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkıdır. Burada, 12. maddedeki haklarla ilişkili olabileceği düşünülen özel yaşama saygı hakkı ile aile yaşamına saygı hakkı üzerinde durulacaktır.

[230] Harris – O'Boyle – Warbrick, s. 574.

1) Özel Hayata Saygı Hakkı İle İlişki

Özel yaşam kavramı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından oldukça genişletilerek yorumlanmaktadır. Konuyla ilgili içtihatlardan, bu hakka içkin üç adet hukuksal menfaat olduğunu çıkarmak mümkündür; fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı, bireyin kendini gerçekleştirme ve geleceğini belirleme hakkı (kendine ilişkin kararlar alabilme hakkı) ve bireyin kendisi hakkındaki bilgiyi kontrol hakkı (mahremiyet hakkı).[231] Bu haklardan kendine ilişkin kararlar alabilme hakkı; cinsel kimlik, transseksüellik ve üreme ile ilgili konular olduğundan, 12. maddeyle yakından alakalıdır.

Transseksüellerin, yeni cinsiyetlerinin hukuken tanınmaması nedeniyle hem hukuken hem de günlük hayatta karşılaştıkları sıkıntılar, esasen 8. maddedeki özel hayata saygı hakkı kapsamına girmektedir.[232] Bununla birlikte, bir transseksüelin, eşcinsel evliliklerin kabul edilmediği bir ülkede, yeni cinsiyetinin karşıt cinsiyetteki biri ile evlenme hakkını kullanabilmesi için, yeni cinsiyetinin hukuken tanınması gerekmektedir. Bununla ilgili bir davada, ulusal mevzuattaki boşluk nedeniyle cinsiyet değişikliği sürecini tamamlayamayan başvuran, 8. ve 12. maddelerin ihlal edildiğini ileri sürmüş ve Mahkeme, konunun cinsiyet değişikliği sürecinin tamamlanmaması ile ilgili olduğunu ve 8. maddedeki özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.[233] Yine eşcinsel birliktelikler, bir cinsel yönelim olmakla cinsel kimliğin, dolayısı ile de özel hayata saygı hakkı kapsamına girmektedir.

Üreme hakkı, 12. maddedeki aile kurma hakkı kapsamında değil, 8. maddede yer alan özel hayata saygı hakkı kapsamında olduğu kabul edilen bir haktır. Mahkemeye göre, bir çiftin çocuk sahibi olma hakkı ve bu hakkı kullanabilmek için üremeye yardımcı tekniklere başvurması gerekiyorsa bu başvurusu 8. madde kapsamına girer ve böyle bir tercihi kullanmak, özel ve aile hayatına saygı hakkını talep etmenin bir

---

[231] Bu ayrımla ilgili detaylı bilgi için bkz. Gülay Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", Sibel İnceoğlu (Edt.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s.303-311.

[232] *Goodwin / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002; *I / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002.

[233] *L / Litvanya*, Başvuru No: 27527/03, 11.09.2007.

yoludur.[234] Mahkemenin burada bahsettiği üremeye yardımcı teknik, yapay döllenmedir. Mahkeme, hukuken kabul edilen şekilde evlenmiş çiftler için dahi yapay döllenme ile çocuk sahibi olmayı 12. madde kapsamında görmemiştir. Kaldı ki, üreme hakkını 12. madde kapsamında görmeyen Mahkemenin, bu hakkın bir alt görünümü olan yapay döllenmeyi 12. madde kapsamında görmesi beklenmemektedir. Mahkeme, bir çift tarafından bir çocuğun evlat edinilmesinin bazı durumlarda bir ailenin temelini oluşturabileceğini belirtmekle birlikte, 12. maddede yer alan aile kurma hakkının kapsamına yalnızca doğal yollarla çocuk sahibi olmanın girdiğini kabul etmektedir.[235] Evlat edinme ya da yapay döllenme yoluyla çocuk sahibi olmayı 8. madde kapsamında değerlendirmektedir. Zira Büyük Daire verdiği bir kararda[236], özel hayat ve aile hayatı kavramlarının, kişilerin bir aile kurmaya (çocuk sahibi olmaya) ilişkin kararlarına saygı gösterilmesi hakkını da kapsayacağına hükmetmiştir.

Burada hemen belirtmek gerekir ki, Mahkemenin bu tutumunu anlaşılır bulmak mümkün değildir. Mahkeme, bu tutumuyla, 12. maddede yer alan aile kurma hakkını oldukça dar yorumlamaktadır. Mahkemenin yorumuna göre, aile kurma hakkı sadece, hukuken tanınan bir evlilik varsa ve bu evliliğin tarafları doğal yolla çocuk sahibi olabiliyorsa mevcuttur. 12. maddedeki aile kurma hakkını bu denli dar yorumlayarak[237] uygulama alanını daraltan Mahkeme, 8. maddedeki aile hayatına saygı hakkını son derece geniş yorumlamakta ve bu yolla da 8. maddenin uygulama alanını genişletmektedir.

2) Aile Hayatına Saygı Hakkı İle İlişki

8. maddede yer alan aile yaşamına saygı hakkından söz edebilmek için hali hazırda mevcut / kurulmuş bir ailenin varlığı gereklidir.[238] 8. madde anlamında bir aileden söz edebilmek için hukuken geçerli bir evlilik yapmış olmak şart değildir, fiilen

---

[234] *S.H. ve Diğerleri / Avusturya* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 57813/00, 15.11.2007, Paragraf: 4 ve 60.

[235] *X ve Y / Birleşik Krallık* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 7229/75, 15.12.1977, Paragraf:2; Di Lazzaro / İtalya (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 31924/96, 10.07.1997.

[236] *Dickson / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 44362/04, 18.04.2006, Paragraf:66.

[237] Harris - O'Boyle – Warbrick; s. 567 ve 575.

[238] *Aresti Charalambous / Kıbrıs*, Başvuru No: 43151/04, 19.07.2007, Paragraf: 51; *Johnston ve Diğerleri / İrlanda*, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986.

aile hayatı sürüyor olmak 8. maddenin korumasından yararlanmak için yeterlidir. Bununla birlikte, 12. maddedeki aile kurma hakkı, gelecekte bir ailenin kurulması ile ilgilidir ve bu haktan sadece hukuken tanınan bir evlilik yapmış çiftler yararlanabilirler. 12. madde anlamındaki aile kavramı, sadece evli olan eşleri ve onların çocuklarını kapsamaktadır. Öte yandan, aile kurma ile ilgili 12. madde, kurulmuş bir ailenin hayatına uygulanmamaktadır.[239]

Mahkeme önüne gelen davalarda, genellikle 8. ve 12. maddenin ihlali iddiaları, bağlantılı olmaksızın birlikte ileri sürülmektedir.[240] Mahkemeye göre, Sözleşmenin 8/2 maddesi kapsamında aile hayatına saygı hakkına yapılan ve meşru bulunan bir müdahale, aynı zamanda 12. maddenin de ihlalini oluşturmaz. 12. madde için de, 8. madde ile ilgili varılan sonuç geçerli olur.[241]

8. madde ile 12. madde bir araya geldiğinde göze çarpan bir diğer husus, 8. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen sınırlama sebeplerinin 12. maddede yer almadığıdır. Gerçekten de, bir müdahale, hukuki ise, meşru bir amaç güdüyorsa, demokratik toplumda gerekli ise, 8. maddenin ihlalini oluşturmamaktadır. Mahkeme, önüne gelen bir davada, bu konuyla ilgili olarak, 12. madde ile 8. maddenin karşılaştırmasını şu şekilde yapmıştır; "*12. madde devlet tarafından, 8/2 kapsamındaki "hukuka uygun" ve "demokratik toplumun gerekleri için yapılan", örneğin "sağlığın veya ahlakın korunması" ya da "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" gibi amaçları olan bir müdahaleye izin verilebilir bir zemin içermemektedir. Bu nedenle, bir davanın 12. madde kapsamında incelenmesinde mahkeme, 8. madde kapsamında kullanılan "acil sosyal ihtiyaç" ya da "gereklilik" gibi kriterleri uygulamayacaktır, fakat devletin takdir yetkisi bağlamında olup olmadığını ve söz konusu müdahalelerin keyfi ya da orantısız olup olmadığını karara bağlayacaktır*."[242]

---

[239] Harris - O'Boyle – Warbrick, s. 567.

[240] Bu hususla ilgili birkaç örnek için bkz. *Dickson / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No:44362/04, 04.12.2007; *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010; *Emonet ve diğerleri / İsviçre*, Başvuru No:39051/03, 13.12.2007*; L / Litvanya*, Başvuru No: 27527/03, 11.09.2007.

[241] *Dickson / Birleşik Krallık* (4. Daire), Başvuru No: 44362/04, 18.04.2006, Paragraf:41.

[242] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:50.

B. 12. Maddenin 7 No.lu Ek Protokolün 5. Maddesi İle İlişkisi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine ek 7 no.lu Protokol, 22 Kasım 1984 yılında imzaya açılmış ve 1 Kasım 1988'de yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Protokolü 14 Mart 1985 tarihinde imzalamış olmakla birlikte henüz Türkiye açısından yürürlüğe girmiş değildir.

Ek 7 no.lu protokol, içerdiği beş yeni hakla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin içeriğini genişletmiştir. Protokolün haklar listesine eklediği beş hak şu şekildedir; yabancıların sınır dışı edilmelerine ilişkin usulü güvenceler (m.1), ceza davalarında temyiz hakkı (m.2), haksız mahkûmiyetten ötürü tazminata hak (m.3), aynı suçtan ötürü ikinci kez yargılanmama hakkı (m.4), eşler arasında eşitlik (m.5).

Protokolün, 12. madde ile ilişkili olan 5. maddesi şöyledir;

"*Eşler Arasında Eşitlik*

Madde 5- Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez."[243]

5. madde, Sözleşmenin 8. maddesiyle daha yakından ilişkili olsa da, evliliğin kurulması aşamasında da eşlerin eşit olduğunu vurguladığı için 12. madde ile de ilişkili olduğunu kabul etmek gerekir. Bu maddeyi, gerek 8. maddeye[244] ve gerekse 12. maddeye bir ilave olarak düşünmek gerekir. Yani Protokol'ün anılan maddesi, bu maddelerin yerlerine geçmemektedir.

C. 12. Maddenin 14. Madde İle İlişkisi

Sözleşmenin ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddesi şu şekildedir:

"*Ayırımcılık Yasağı*

Madde 14 - Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir

---

[243] Abdulhakimoğulları (Edt.), s.584. Maddenin başka bir çevirisi için bkz. Gemalmaz, *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, Cilt 2, s. 115.

[244] Gözübüyük – Gölcüklü, s. 345.

azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayırımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."[245]

Bu madde, metninden de anlaşıldığı üzere, Sözleşme ile korunan haklardan yararlanma söz konusu olduğunda uygulama alanı bulduğu için bağımsız bir varlığa sahip değildir. Diğer bir ifade ile 14. maddenin tek başına ya da Sözleşme tarafından korunmayan bir hak bakımından ihlali iddia edilemez. Bununla birlikte, 14. maddenin birlikte ileri sürüldüğü hak bakımından ihlalin saptanmadığı durumlarda dahi 14. maddenin ihlal edilip edilmediği hususu incelenebilir.[246]

12. maddede yer alan evlenme ve aile kurma haklarıyla bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğinin iddia edilmesi mümkündür. Böyle bir iddia ile önüne gelen davada Mahkeme, ihlali iddia edilen üreme hakkının 12. madde kapsamına girmediğini, bu nedenle de mevcut dava bakımından 14. maddenin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir.[247] Bir başka davada[248] ise Mahkeme, belirli bazı dini evlilikler hukuken kabul edilirken, Roman geleneklerine göre yapılan evliliğin hukuken kabul edilmemesini, böyle bir ayrım dini mensubiyetten kaynaklansa dahi, 14. maddeye aykırı bulmamıştır. Çünkü başvuranların hukuken tanınan bir diğer evlilik şekli olan resmi evlilik yapmaları konusunda herhangi bir engel bulunmamaktadır. Yine Mahkeme, 12. maddenin tek başına ve 14. maddeyle bağlantılı olarak ihlalinin iddia edildiği bir başka davada[249], tek başına 12. maddenin ihlal edildiğine karar vermekle yetinmiş ve 12. madde ile bağlantılı olarak 14. madde kapsamında ayrı bir inceleme yapmaya gerek duymamıştır. Yabancıların evlenme hakkının tartışıldığı bir davada[250] ise Mahkeme, ülkede yabancıların evlenmesini belirleyen düzenlemenin, dini gerekçelerle ayrımcılık içerdiğine ve Hükümetin, farklı uygulamayı haklı gösterecek objektif ve makul bir gerekçe ortaya koyamadığından bahisle, 12. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

---

[245] Abdulhakimoğulları (Edt.), s. 566. Maddenin başka bir çevirisi için bkz. Gözübüyük – Gölcüklü, s. 400.

[246] Gözübüyük – Gölcüklü, s. 401.

[247] *S ve H / Avusturya*, Başvuru No: 57813/00, 15.11.2007.

[248] *Munoz Diaz / İspanya*, Başvuru No: 49151/07, 08.12.2009.

[249] *B ve L / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36536/02, 13.09.2005.

[250] *O'Donoghue / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 34848/07, 14.12.2010.

Görüldüğü üzere Mahkeme, 14. madde ile ilgili incelemelerinde, eğer bir ayrımcılık tespit etmişse, bu ayrımın objektif ve makul bir gerekçesinin bulunup bulunmadığını incelemektedir. Böyle bir gerekçe bulamadığında da ihlal olduğuna hükmetmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, 14. madde anlamında ayrımcılığın ortaya çıkabileceği durumlar, 14. maddede sayılanlarla sınırlı değildir. 14. madde, 'başka bir durum bakımından' diyerek, bu tutumunu ortaya koymuştur. Yani gerek 12. maddedeki haklar bakımından, gerekse diğer sözleşmesel haklar bakımından, sayılan durumların dışında bir ayrımcılık iddiasıyla da 14. maddeye dayanılabilinir.

V. 12. MADDEDE YER ALAN HAKLARIN SINIRLANDIRILMASI

A. Genel Olarak

Temel bir hakka yönelik sınırlama, eğer devletin bir eylemi veya işlemiyle ya da devlete atfedilebilir bir işlemle, hakkın uygulama alanı sınırlanmışsa müdahale var demektir. Üye devletler ve onların organları, yalnızca müdahale etmemekle yükümlü değildirler, aynı zamanda hak sahiplerini üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı da korumalıdırlar.[251]

Sözleşmenin bazı haklarının aksine, 12. madde, düzenlediği hakkın sınırlama rejimine ilişkin herhangi bir ifadeye yer vermemiştir. Gerçekten de, örneğin 8. madde, ikinci fıkrasında, düzenlenen hakkın nasıl sınırlanabileceğini, bir başka deyişle özel sınırlama sebeplerini öngörmüştür. 12. maddede böyle bir düzenlemenin olmaması, hakkın sınırlanamaz bir hak olduğu anlamına gelmemektedir. Keza özel sınırlama sebeplerinin bulunmaması önemli bir eksiklik olarak da görülemez. Zira 12. madde ulusal hukuka atıf yaptığı için özel sınırlama sebeplerine gerek görülmemiştir.[252] Özel bir sınırlama sebebinin öngörülmediği haklar bakımından Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, içkin sınırlama doktrininden hareket etmektedir. Buna göre, evlenme hakkı bakımından sınırlama içkin olarak gündeme gelmekte ve Mahkeme, evlenme hakkı ile

[251] Juliane Pätzold, "Recht auf Eheschliessung", in: Ulrich Karpenstein / Franz C. Mayer (Hrsg.), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, Verlag C. H. Beck, München 2012, Art. 12, Rn.20.

[252] Meyer-Ladewig, Art. 12, Rn. 1.

ilgili başvurularda, devletin takdir alanı ile öngörülen müdahalenin keyfi veya orantısız olup olmadığını değerlendirmektedir.[253]

B. Evlenme Hakkına Yönelik Sınırlamalar

Madde metnindeki sınırlama rejimiyle ilişkilendirilebilecek tek ifade, hakkın kullanılmasını düzenleyen "ulusal hukuk" kavramıdır. Hakkın kullanılmasını düzenleme işlevi, ulusal hukuklara bırakılmıştır. İşte ulusal hukuklar, bu hakkın kullanımını düzenlerken, öngördükleri şartlarla hakkı sınırlamaktadırlar. AİHM, F/ İsviçre kararında[254], bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "*Avrupa Konseyi'ne üye tüm devletlerde, bu kısıtlamalar birer şart olarak görünmekte ve usul hükümleri ile maddi hükümler içinde yer almaktadır. Usul hükümleri esas itibariyle, evliliğin alenileştirilmesi ve resmi bir şekilde yapılmasıyla ilgilidir; maddi hükümler ise öncelikle evlenme ehliyeti, iradesi ve belirli engellerle ilgilidir*."

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bir kararında[255] evliliğin yapılabilmesi için, evlenme ehliyeti belgesi aranmasının ve bunun temininin onüç ay sürmesinin, evlenme hakkına müdahale oluşturduğuna ve bu müdahalenin meşru olduğuna karar vermiştir.

Yine, bir yabancının, başka bir devlet vatandaşı ile evlenmek üzere ülkeye girememesi ve o ülke vatandaşının da sağlık nedeniyle yurt dışına çıkamıyor olması halinde müdahalenin varlığından söz edilebilir.[256]

Evlenme hakkına yönelik olarak müdahale oluşturan bazı durumlar örneğin, evlenmeyi engelleyen din, vatandaşlık, kökene bağlı düzenlemeler, cezaevindeki kişilerin evlenmesinin engellenmesi şeklinde sayılabilir.

C. Aile Kurma Hakkına Yönelik Sınırlamalar

Sözleşmenin 12. maddesinin, özel sınırlama nedenleri içermemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, özellikle bu maddede yer alan aile kurma hakkı ile 8. maddede yer alan aile hayatına saygı hakkı arasındaki yakın ilişki nedeniyle, pek çok durumu çoğunlukla, yorum yoluyla uygulama alanını genişlettiği 8. madde kapsamına

---

[253] Karan, s. 435.

[254] *F / İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, Paragraf:32.

[255] *Sanders / Fransa* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No:31401/96, 16.10.1996.

[256] *X / Almanya* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No:7175/75, 12.07.1976.

aldığı gözlemlenmektedir. Mahkeme, esasen aile kurma hakkının kapsamına girecek bir konu olduğunda, çoğunlukla, 8. madde bakımından inceleme yapmakta, 12. madde kapsamında ayrıca ele almaya gerek görmemektedir. Çünkü Mahkeme, esasen, özel hayat ve aile hayatına saygı hakkının, aile kurma hakkını da kapsadığı görüşündedir.[257]

Aile kurma hakkına yönelik müdahaleler, örneğin, doğum kontrolüne ilişkin düzenlemeler, zorla kısırlaştırma veya kürtaj usullerinin uygulanması ve aile planlaması kapsamında çocuk sayısının sınırlandırılması yoluyla gerçekleşebilir.

Mahkeme, esasen, 12. madde kapsamındaki aile kurma hakkını, evli çiftlerin sadece doğal yollarla çocuk sahibi olması şeklinde anladığı için, evlat edinme ve yapay döllenmeye ilişkin hususları bu kapsamda görmemektedir. Bu nedenle de, bu durumlara getirilen sınırlamaları da yine 12. madde kapsamında değil, 8. madde kapsamında değerlendirmektedir. Kanımızca, evli çiftler ailelerine bir çocuğu ilk kez dâhil edeceklerse, onun doğal çocuk ya da evlatlık ya da yapay döllenme yoluyla aileye katılacağı konusunda ayrım yapılmaksızın, 12. maddedeki aile kurma hakkı kapsamına alınması uygun olacağından, bunlara yönelik müdahaleler de bu kapsamda değerlendirilmelidir. Bu bağlamda, örneğin, yapay döllenme yolunun devlet tarafından desteklenmediği için çok maliyetli olması, evlat edinmenin sıkı şartlara bağlanması gibi müdahaleler de 12. madde kapsamında değerlendirilmelidir.

D. Sınırlamanın Meşruluğu

Temel haklara yönelik bir müdahale, her zaman hakkın ihlaline yol açmamaktadır. Temel hak ihlali ancak müdahalenin meşru olmadığı zaman söz konusu olur. Müdahalenin meşruluğundan söz edebilmek için, müdahale ile ilgili bir takım şartların sağlanması gerekir. Müdahalenin meşruluğunu sağlayan bu şartlar, 12. madde kapsamında ulusal hukuk kavramıyla devletlere tanınan takdir yetkisinin de sınırlarını belirlemektedir.

İlk olarak, bir müdahalenin hukuka uygunluğundan söz edebilmek için, sınırlamanın yasal bir temele dayanması gerekir. Yasanın şekli anlamda mı, maddi anlamda mı olması gerektiği tartışmalıdır. Bununla birlikte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararları kapsamında, önemli olan maddi yasadır. Buna göre, önemli olan,

---

[257] *Dickson / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No:44362/04, 04.12.2007.

sınırlamayı yapan hukuki düzenlemenin niteliğidir.[258] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadına göre[259], sınırlama içeren yasaların, Sözleşmenin gerektirdiği erişilebilirlik ve açıklık standartlarını karşılaması gerekmektedir.

Sınırlamanın meşruluğunun bir diğer şartı, genel sınırlama hükümlerine uygunluktur. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan tüm haklar bakımından geçerli olan 15. ve 17. maddedeki genel sınırlama sebepleri, 12. madde bakımından da geçerlidir.

Üçüncü şart, yapılacak sınırlamanın özel sınırlama sebeplerine uygunluğu olmakla birlikte, 12. madde, 8. maddenin 2. fıkrasından farklı olarak özel sınırlama sebepleri içermemektedir. 8. ve 12. maddede yer alan haklar yakından ilişkili de olsa, 8/2'de yer alan özel sınırlama sebeplerinin 12. madde için uygulanması mümkün değildir.

Özel sınırlama sebeplerinin bulunmaması, yine de hiçbir sınırlama yapılamayacağı anlamına gelmemektedir. Sınırlama yapılabilir ancak, yasa koyucu evlenme hakkını istediği şekilde düzenleyemez ve sınırlayamaz. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında[260] şöyle demiştir: "…*her ne kadar, takdir yetkisi dâhilinde olsa da, ulusal hukukta evlenmenin şartları tamamen taraf devletlere bırakılamaz. Takdir yetkisini bu kadar genişletmek mümkün değildir. Getirilen sınırlamalar, hakkın özüne zarar verecek ölçüde hakkı sınırlamamalı ve daraltmamalıdır*." Diğer bir deyişle, temel hakkın özüne dokunulmamalıdır. Örneğin, Alman vatandaşı için yabancı devlet vatandaşı ile evlenme yasağının getirilmesi durumunda, hakkın özüne dokunulmuş olur.[261]

Sınırlamanın meşru olabilmesi için aranan son şart, ölçülülük ilkesine uygunluktur. Mahkeme, evlenme ve aile kurma hakkına yönelik müdahalenin keyfi ya da ölçüsüz olup olmadığını da denetler. Yine Mahkeme, müdahalenin ağırlığı ile izlenen amaç arasında makul bir orantının olmasını aramaktadır. Aksi halde müdahaleyi meşru

---

[258] Sibel İnceoğlu, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", Sibel İnceoğlu (Edt.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, 2. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 29.

[259] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf: 49.

[260] *Parry / Birleşik Krallık* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006.

[261] Pätzold, Art. 12, Rn. 30.

olarak kabul etmek mümkün olmayacaktır.[262] Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında[263] şöyle demiştir: "*12. madde bakımından, 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan sınırlama sebepleri uygulanamaz. Bununla birlikte, Mahkeme, devletin takdir yetkisine saygı duyulup duyulmadığı ve söz konusu müdahalelerin keyfi ya da orantısız olup olmadığını karara bağlayacaktır.*"

VI. 12. MADDEDE YER ALAN HAKLARIN DEVLETE YÜKLEDİĞİ YÜKÜMLÜLÜKLER

Sözleşmenin 12. maddesi, negatif veya pozitif yükümlülükler konusunda, net bir ifade içermemektedir. Bununla birlikte, devletin, evlenme ve aile kurma hakkına müdahale etmeme yükümlülüğü, hakka içkindir. Yani burada bahsedilecek ilk yükümlülük, negatif yükümlülüktür.

Negatif yükümlülük, daha çok aile kurma hakkı bakımından önem taşımaktadır. Örneğin, doğum kontrol yöntemlerine başvuru zorunluluğunun getirilmesi, bir kişi ile ilgili zorla kısırlaştırma veya kürtaj kararı verilmesi veya bu gibi kararlara hoşgörü gösterilmesi devletin negatif yükümlülüğüne aykırılık oluşturmaktadır.[264]

Pozitif yükümlülükler ise, hem evlenme hakkı bakımından hem de aile kurma hakkı bakımından gündeme gelmektedir. Evlilik, taraflar arasında karşılıklı anlaşmaya dayanan bir birlik olması nedeniyle, devletin bunu kolaylaştırma veya teşvik etme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bununla birlikte, evlenmek isteyen kişilerin, hukuka uygun şekilde evlenmesini engelleyen tali durumların söz konusu olması durumunda, devletin, bu engelleri ortadan kaldırma yükümlülüğünün bulunduğunu söylemek mümkündür.[265] Bu yükümlülük, özellikle cezaevindeki kişilerin evlenmek istedikleri durumlarda ortaya çıkmaktadır. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, incelediği iki davada[266], cezaevinde tutulan kişilerin, evlenme haklarını kullanabilmeleri için, ya bu

---

[262] Pätzold, Art. 12, Rn. 31.

[263] *Jaremowicz / Polonya*, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010, Paragraf:50; ayrıca bkz. *B ve L / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36536/02, 13.09.2005.

[264] P. Van Dijk – G.J.H. Van Hoof, *The Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*,Kluwer Law and Taxation Publishers, Second Edition, 1990, s. 446.

[265] Harris – O'Boyle – Warbrick, s. 569.

[266] *Hamer / Birleşik Krallık* (Komisyon), Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979; Draper / Birleşik Krallık (Komisyon), Başvuru No:8186/78, 10.07.1980.

kişilerin cezaevinde evlenmelerine izin verilmelidir ya da evliliğin yapılacağı yere gitmelerine geçici olarak izin verilmelidir.

Devletin, tali engelleri kaldırma yükümlülüğü kapsamında, burada belirtilmesi gereken bir başka yükümlülük, yeniden evlenmek isteyen kişilerin, bir önceki evliliklerini sona erdirecek yargılamanın makul sürede sonuçlandırılmasıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yıllarca sonuçlandırılmayan boşanma davasının, kişilerin yeniden evlenme hakkını ihlal ettiğini tespit etmiştir.[267]

Tali yükümlülük kapsamına alınabilecek bir diğer konu, cinsiyet değiştiren kişilerle ilgili olarak ortaya çıkmaktadır. Hâlihazırda evli iken cinsiyet değiştiren kişinin, yeni cinsiyetinin tanınması için mevcut evliliğini sonlandırmaya zorlanması devletlerin takdir alanında görülmüştür.[268] Bununla birlikte, esasen 8. madde kapsamında olan bir yükümlülük vardır ki sonuçları itibari ile evlenme hakkını da etkilemektedir. Cinsiyet değiştiren bir kişinin, yeni cinsiyetinin tanınması yükümlülüğü 8. madde kapsamında olmakla birlikte, yeni cinsiyeti tanınmayan bir kişinin eşcinsel evliliklerin yasal olmadığı bir ülkede, yeni cinsiyetinin karşıt cinsiyetinde olan bir kişi ile evlenme hakkı da ihlal edilmiş olacaktır.[269]

12. madde kapsamındaki aile kurma hakkı, Mahkeme tarafından geniş yoruma tabi tutulmadığı gibi, içtihatlarda bu madde kapsamında devlete getirilen pozitif yükümlülükler de oldukça sınırlıdır. Devlet, yetkisi dâhilinde yasal evlilikleri teşvik edebilir ancak bu bir yükümlülük değildir. Birlikte yaşamaları mümkün olmayan evli çiftlerin, evliliklerini cinsel birleşme ile tamamlamaları ve dolayısı ile aile kurmaları için, devletin izin verme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Bu husus en çok, cezaevindeki evli çiftlerin aile kurma hakları bakımından gündeme gelmiştir. Mahkeme, buna ilişkin değerlendirilmelerinde[270], mahkûmlar için, cezaevindeki özel bölümlerde eş ziyareti uygulaması taraf devletlerin yarısından çoğunda bulunmakla birlikte, 12. maddenin böyle bir yükümlülük doğurmayacağına hükmetmiştir.

---

[267] *V.K. / Hırvatistan,* Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012.

[268] *Parry / Birleşik Krallık* (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006.

[269] *L / Litvanya*, Başvuru No:27527/03, 11.09.2007.

[270] *Dickson / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No:44362/04, 04.12.2007.

Kanımızca, evli çiftlerin çocuk sahibi olması söz konusu olduğunda, bunun ne şekilde olduğuna –yapay döllenme, evlat edinme- bakılmaksızın, 12. maddedeki aile kurma hakkı kapsamında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, çiftlerin yapay döllenmeden yararlanmalarının ve evlat edinmelerinin önündeki engellerin kaldırılması ve buna ilişkin düzenlemelerin yapılması da devletin pozitif yükümlülükleri kapsamında kabul edilmelidir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

I. TÜRK ANAYASA METİNLERİNDE EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

Osmanlı'dan günümüze değin kabul edilmiş beş adet anayasa metni[271] bulunmaktadır. Bu belgelerden sadece son ikisinde, yani 1961 ve 1982 Anayasalarında evlenme ve aile kurma hakkı ile ilişkilendirilebilecek hükümler bulunmaktadır. Bu sebeple, çalışmanın bu kısmında, Türk Anayasa Metinlerinden sadece bu ikisine yer verilecektir.

A. 1961 Anayasası

9 Temmuz 1961 tarihinde kabul edilen Anayasa[272], toplamda 157 maddeden oluşmaktaydı. Anayasanın, evlenme ve aile kurma hakkı ile bağlantılı sayılabilecek 35. maddesi 'Ailenin Korunması' kenar başlığına sahiptir ve Anayasanın İkinci Kısmının 'Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler' başlıklı Üçüncü Bölümünde yer almaktadır. Böylece Türk Anayasa tarihinde ilk kez aile kurumuna anayasal bir resmiyet sağlanmıştır. İlgili 35. madde şu şekildedir;

"*I. Ailenin Korunması*

Madde 35 – Aile Türk toplumunun temelidir.

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

Görüldüğü üzere, 1961 Anayasasının 35. maddesi, doğrudan evlenme ve aile kurma hakkını düzenlememektedir. Maddenin esas gayesi, aileyi korumaktır. Bununla birlikte, ailenin korunmasından söz edebilmek için, evleviyetle bir ailenin mevcudiyeti şarttır. Kişileri bir aileye bağlayan bağlardan bir tanesi de evliliktir. Evlenme, ailenin

[271] Türk Anayasa Metinleri için bkz. Abdulhakimoğulları (Edt.).

[272] 1961 Anayasası, 27 Mayıs 1961 tarihinde Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş, 9 Temmuz 1961'de halk oylaması ile kabul edilmiş ve 334 kanun numarası ile 20 Temmuz 1961 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

hukuki şeklidir.[273] Günümüz toplumunun aile anlayışı ise, evlilik kurumu üzerine temellendirilmiştir. Bu tarz bir genişletici yorumdan hareketle, evlenme ve aile kurma haklarının, ailenin korunmasına ilişkin 35. maddeye içkin olduğu söylenebilir. Bu yönüyle anılan haklar, anayasanın korumasına tabi olmakta ve ancak anayasanın öngördüğü şekilde sınırlanabilmekteydi.

B. 1982 Anayasası

7 Kasım 1982 tarihinde kabul edilen Anayasa[274], toplamda 177 maddeden oluşmaktadır. Anayasa, doğrudan evlenme ve aile kurma hakkını düzenlemese de, evlenme ve aile kurma hakkıyla bağlantılı sayılabilecek iki maddesi bulunmaktadır. Bunlardan ilki 'Özel Hayatın Gizliliği' kenar başlığını taşıyan 20. maddesidir. 20. madde İkinci Kısmın 'Kişinin Hakları ve Ödevleri' başlıklı İkinci Bölümünde bulunmaktadır. Diğeri ise 41. maddesidir ve bu madde 'Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları' kenar başlığını taşımaktadır. İlgili madde, Anayasanın İkinci Kısmının, 'Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler' başlıklı Üçüncü Bölümünde yer almaktadır. Anılan maddeler şu şekilde düzenlenmiştir:

"*A. Özel Hayatın Gizliliği*

Madde 20 – Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Mülga cümle: 3/10/2001-4709/5 md.)

(Değişik: 3/10/2001-4709/5 md.) Milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kağıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını

---

[273] Erol Cansel, "AÜHF 1969 – 1970 yılı 'Sosyal Devlet ve Aile' başlıklı açılış dersi", *AÜHFD*, s. 13, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/324/3214.pdf, E.T.: 03.06.2014.

[274] 1982 Anayasası, 18.10.1982 tarihinde Kurucu Meclis tarafından kabul edilmiş, 7 Kasım 1982'de halk oylaması ile kabul edilerek, 2709 kanun numarası ile 9 Kasım 1982 tarihli ve 17863 mükerrer sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar.

(Ek fıkra: 12/09/2010-5982/2 md.) Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."

"*I.Ailenin korunması ve çocuk hakları*

Madde 41 – (Değişik: 3/10/2001 – 4709/17 md.) 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.

(Ek fıkra: 12/09/2010-5982/4 md.) Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

(Ek fıkra: 12/09/2010-5982/4 md.) Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır."

Görüldüğü üzere, 2010 yılında yapılan değişiklikle, 20. maddeye kişisel verilerle ilgili, 41. maddeye de çocuk haklarıyla ilgili düzenlemeler ilave edilmiştir. Ancak, ilave edilen bu haklar konumuz dışında kaldığından bu çalışma kapsamında ele alınmayacaktır.

1) Evlenme Hakkı

Anayasada evlenme hakkı ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte evlenme hakkıyla ilişkilendirilebilecek hükümler bulunmaktadır.

Evlenme hakkının açıkça tanınmamış olması, Anayasada yer alan bir takım hükümlerden bu hakkın türetilemeyeceği anlamına gelmemektedir.[275]

Bu kapsamda incelemeye değer ilk madde 20. maddedir. Yukarıda da anıldığı üzere, 20. madde 'özel hayatın gizliliğini' düzenlemektedir. Özel hayatın gerekli kıldığı iki ana ilke bulunmaktadır. Bunlar, özel hayatın bağımsızlığı ve gizliliğidir. Özel hayatın bağımsızlığı demek, kişinin en geniş anlamda, yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini ve ilişkilerini tercih etme hakkı demektir.[276] Bu bağlamda, evlenme hakkının, özel hayatın önemli bir parçası olduğu inkâr edilemez bir gerçekliktir. 20. madde, özel hayatın gizliliğinin yanı sıra, aile hayatının gizliliği hakkını da düzenlemektedir. Aile hayatının gizliliği hakkı, evlenme hakkını ve cinsel yaşam özgürlüğünü de kapsamaktadır.[277]

Evlenme hakkıyla ilgili ele alınacak bir diğer Anayasa maddesi 41. maddedir. Maddenin gerekçesinde, "*Ailenin korunması fikrinin her şeyden önce Medeni Kanun anlamındaki evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir*" denilmektedir. Bu gerekçeden hareketle ve amaçsal bir yorumla, evlenme hakkının 41. maddeye içkin bir hak olduğu sonucuna ulaşılabilir.[278] Madde 41'de geçen aile sözcüğü, hem evlilik, hem aile kavramlarını içermektedir. 41. madde, kurulu bir evliliğe saygı gösterilmesini sağlamanın ötesinde, bir evlilik ve aile kurmak hakkını da içermektedir.[279]

Evlenme hakkının öznelerinin belirlenmesinde, yine anılan maddelerden hareket etmek gerekir. 20. madde incelendiğinde, tanıdığı hakların 'herkes'e açık olduğu görünmektedir. 41. maddede ise hak sahipliği ile ilgili bir ifade bulunmamaktadır. Bu hakkın, yabancı – vatandaş ayrımı yapılmaksızın tanındığını söylemek mümkündür. Bununla birlikte, 41. maddenin gerekçesi, "Medeni Kanun anlamındaki evliliklere" atıf yapmıştır. Buradan hareketle, devletin koruması kapsamına giren evliliğin, bir erkek ve

---

[275] Karan, s. 433.

[276] İbrahim Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul 1999, s. 189, (aktaran) Ömer İzgi – Zafer Gören, *Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu*, TBMM Yayınları, Ankara 2002, s. 253.

[277] İlker Hasan Duman, *Anayasa Sözlüğü*, Kartal, 1996, s.447-448, (aktaran) İzgi – Gören, s. 257.

[278] Karan, s. 433.

[279] İzgi – Gören, s. 466.

bir kadının yaşam ortaklığı oluşturmak için kural olarak yaşam boyu evlilik bağı ile bağlanmaları olduğu sonucuna ulaşılabilir.[280]

Evlenme hakkının koruma alanına, Medeni Kanun anlamında tanınan ve bir kadın ve bir erkek tarafından oluşturulmuş, geleneksel anlamdaki evlilikler girmektedir. Bu bağlamda, eşcinsel evliliklerin, Anayasal evlenme hakkı kapsamına girmediği söylenebilir. Zira Anayasa Mahkemesi bir kararında[281] *"...aile, karı, koca ve çocuklardan oluşur. Anayasanın 41. maddesi de böyle bir ailenin korunmasını amaçlamaktadır*" demiştir. Evlenme hakkının kapsamına, Medeni Kanun tarafından tanınmayan dini evliliklerin dâhil olduğu söylenemez.

2) Aile Kurma Hakkı

Anayasada aile kurma hakkı ile ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Yine de tıpkı evlenme hakkında olduğu dibi, aile kurma hakkı da Anayasanın 20. ve 41. maddeleri ile ilişkilendirilebilir. Aile kurma hakkı, 20. madde anlamında, kişinin özel hayat ve aile hayatına içkin bir konudur ve bu kavramlara saygı hakkının aile kurma hakkını da içerdiği kabul edilebilir.[282] Ailenin korunması başlığını taşıyan 41. maddenin ise, evleviyetle bir ailenin varlığından hareket etmesi gerektiği düşünüldüğünde, aile kurma hakkını içerdiğini söylemek mümkündür. 41. madde, kurulmuş bir evliliğe saygı göstermenin ötesinde aile kurmak hakkını da kapsamaktadır.[283]

Aile, ana, baba ve çocukların hukuk düzenince belirlenmiş ve tanınmış yaşam alanlarındaki bağlılığıdır.[284] Evlenme hakkı ve aile kurma hakkı esasen birbirleri ile çok yakından bağlantılı haklardır. Bu tespitten hareketle, aile kurma hakkının sahiplerinin, aralarında Medeni Kanun tarafından tanınmış bir evlilik bulunan çiftler olduğunu söylemek mümkün görünmektedir. Anılan çiftler, çocuk sahibi olarak bir aile kurma hakkına sahiptirler.

---

[280] İzgi – Gören, s. 466.

[281] AYM Kararı, E 1994/86, K 1995/41, 13.09.1995.

[282] Karan, s. 434.

[283] İzgi – Gören, s. 466.

[284] İzgi – Gören, s. 466.

Anayasal aile kurma hakkının kapsamına, gerekçenin "*Medeni (nikâh) olmadan bir aileden bahsedilemez*" lafzından anlaşılacağı üzere, resmi nikâha dayanarak kurulacak aileler girmektedir. Evlilik dışı hayat birliktelikleri, ortak çocuklar mevcut olsa bile, bu hakkın kapsamına girmemektedir. Öte yandan, evli çiftlerin, aile kurma hakkını kullanmak bakımından, doğal yolla çocuk sahibi olmanın yanı sıra diğer usulleri kullanıp kullanamayacaklarına dair bir ifade anayasal düzeyde bulunmamaktadır. Bu hususun içeriği diğer düzenleyici işlemlerle tespit edilebilir.

3) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Devlete Yüklediği Yükümlülükler

Anayasada, evlenme ve aile kurma hakkının devlete yüklediği yükümlülükler bakımından açık bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte, genel ve özel hükümlerden hareketle, devletin bu haklar bakımından bir takım yükümlülüklerinin olduğunu söylemek mümkündür.

İlk olarak, devletin, bu haklar bakımından da negatif yükümlülüklerinin olduğu aşikârdır. Devletin, negatif yükümlülükler açısından temel görevi, hak ve özgürlük kullanımına müdahale etmemesi, ancak saygı göstermesidir.[285]

Pozitif yükümlülüklerin incelenmesine ise, Anayasanın genel hüküm niteliğinde olan 5. maddesinden başlamak gerekir. 5. madde, devletin genel pozitif yükümlülüklerini düzenlemektedir ve bu kapsamda evlenme ve aile kurma hakkı bakımından da hüküm doğurması mümkündür. 5. madde şu şekildedir:

"*V. Devletin temel amaç ve görevleri*

Madde 5 – Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişinin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır."

[285] Oya Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", Sibel İnceoğlu (Edt.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, Beta Yayınları, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 54.

Devlete, hem evlenme hakkı, hem de aile kurma hakkı bakımından pozitif yükümlülük getiren özel nitelikli düzenleme ise Anayasanın 41. maddesidir. Anayasa madde 41'deki yükümlülüğün kapsamına, hem zarar vermekten çekinme (negatif yükümlülük), hem zarar vermenin hukuksal düzenleme ile ve uygulama ile önlenmesi, hem de devletten olumlu edimde bulunulmasını isteme hakkı girmektedir.[286] Maddenin gerekçesinde yer alan "*ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medeni Kanun anlamındaki evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir*" ifadesi bu yükümlülüklerin çıkış noktasıdır. Yine gerekçede yer alan, "ailenin korunmasının yanında, ananın ve çocuğun da korunması hükme bağlanmıştır" ifadesinden hareketle, evli çiftlerin çocuk sahibi olma yani aile kurma haklarının korunması mümkün hale gelmiştir.[287]

Bu bağlamda 41. maddeden çıkarılabilecek yükümlülükleri ana hatlarıyla şu şekilde belirtmek mümkündür; Devlet, evlenme ve aile kurma hakkına herhangi bir yasa ile zarar vermemelidir. Devlet, evliliği ve aileyi özendirmeli ve hatta desteklemelidir. Devlet, evlenme ve aile kurma hakkına yapılan ve sınırlama rejimine uygun olmayan bir müdahaleyi önlemelidir. Devletin nüfus planlaması kapsamında aldığı tedbirler, aile kurma hakkına zarar vermemelidir.

4) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Sınırlandırılması

Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasını düzenleyen 13. madde, hak olarak evlenme ve aile kurma haklarının sınırlandırılmasında da uygulanacaktır. 13. madde şu şekildedir;

"*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması*

Madde 13 – (Değişik: 3/10/2001-4709/2 md.)

Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzenin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

---

[286] İzgi – Gören, s. 465.

[287] Karan, s. 437.

Görüldüğü üzere, 13. madde, temel hak ve özgürlüklerin ancak Anayasada belirtilen koşullarda sınırlanabileceğini[288] belirtmiştir.

Bu koşullardan ilki, sınırlamanın kanunla yapılmasıdır. Kanun dışında herhangi bir metinle, kanun hükmünde kararname, tüzük, yönetmelik ya da idarenin diğer bir düzenleyici işlemiyle temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması mümkün değildir. Bununla birlikte, bu belgelerle sınırlamayı somutlaştıran ve sınırlamanın ayrıntılarına ilişkin düzenlemelerin yapılması mümkündür.[289] Bu bağlamda, evlenme ve aile kurma hakkı sınırlandırılmak istendiğinde, sınırlamanın kanunla yapılması gerekmektedir. Aksi takdirde sınırlama Anayasaya aykırı olacaktır.

13. madde kapsamında Anayasaya uygun bir sınırlamanın ikinci koşulu, sınırlamanın Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak yapılmasıdır. 'Anayasanın sözüne uygunluk' ifadesi ile kastedilen, Anayasanın metni ve bazı haklar için getirdiği ek güvence sistemidir. Anayasanın ruhuna uygunluk ile kastedilen şey ise, Anayasanın bütününe ve ondan çıkan temel anlama uygun olmaktır.[290]

Sınırlama rejimini öngören 13. maddenin metninden çıkarılabilecek üçüncü bir koşul ise, sınırlamanın Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere uygun olarak yapılmasıdır. Anayasa, hakları düzenlediği maddelerde, o haklarla ilgili bir takım sınırlama sebepleri öngörmüştür. İşte haklar, ancak o sınırlama sebeplerine dayanılarak sınırlanabilir. Aksi halde sınırlama, Anayasaya aykırı olur. Evlenme ve aile kurma hakkının, doğrudan Anayasada düzenlenmediği, ancak amaçsal bir yorumla, Anayasanın 20. ve 41. maddelerine bu hakların içkin olduğu yukarıda belirtilmişti. İşte bu noktada, bu haklarla ilgili olarak 20. ve 41. maddelerde sınırlama sebeplerinin öngörülüp öngörülmediğine değinmek gerekmektedir. 20. maddede yer alan hakların, milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın

---

[288] Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Bülent Tanör – Necmi Yüzbaşıoğlu, *1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku*, 11. Bası, Beta, İstanbul 2012, s. 136-144; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku Dersleri*, 10. Bası, Ekin, Bursa 2010, s. 123-133; Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku*, 12. Bası, Yetkin, Ankara 2011, s. 109-118; Mustafa Çağatay, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması", *Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan*, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s. 311-341.

[289] Gözler, s. 124.

[290] Özbudun, s. 114.

korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak sınırlanabileceği öngörülmüştür. Bu durumda, evlenme ve aile kurma hakkının, 20. maddeye içkin olduğu kabul edilerek, burada sayılan özel sınırlama sebepleri ile sınırlanması mümkün görünmektedir. 41. maddede ise, 13. madde anlamında özel bir sınırlama sebebi bulunmamaktadır.

Sınırlama konusunda getirilen diğer bir şart ise, sınırlamanın temel hak ve hürriyetin özüne dokunmamasıdır. Bu şarta göre, temel hak ve hürriyet kural olarak sınırlanabilecektir, ancak sınırlama yapılırken dahi bahse konu temel hakkın tamamı ortadan kaldırılmamalı, hakkın sınırlanmamış bir özü daima kalmalıdır.[291] Burada bahsedilen hakkın özü kavramı, sınırlanacak haktan hakka değişiklik göstermektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi, hakkın özü ile ilgili şu tespitlerde bulunmuştur: "*bir hak ve hürriyetin gayesine uygun şekilde kullanılmasını son derece zorlaştıran veya onu kullanılmaz duruma düşüren kayıtlar, hakkın özüne dokunmaktadır*."[292] Anayasada güvence altına alınan evliliğin, dokunulamayacak özü şu şekilde belirlenebilir[293]; 1) evlenmenin eşler arasında bir sözleşme ile bağıtlanması 2) Evlilik birliği ilkesi 3) Çok eşli evlilik yasağı 4) Evliliğin isteğe bağlı olarak çözülememesi ilkesi 5) Devlet müdahalelerine karşı aile gizliliğini isteme konusunda temel hak. Bu bağlamda, inceleme konusu haklarla ilgili olarak, burada belirtilen öze dokunarak yapılan bir sınırlama, Anayasaya aykırı olacaktır.

Sınırlama için öngörülen bir başka şart, sınırlamanın demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamasıdır. Demokratik toplum düzeninin temel niteliklerini, düşünce özgürlüğü, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik şeklinde belirtmek mümkündür.[294]Bir devletin demokratik olduğundan söz edilebilmesi için; ülkede etkin siyasal makamların seçimle iş başına gelmesi, seçimlerin düzenli aralıklarla yapılması, seçimlere birden fazla siyasi partinin katılabilmesi, seçimlerde genel, eşit ve gizli oy ile açık sayım ilkelerinin uygulanması, muhalefetin iktidar olabilme imkânının bulunması ve son olarak da temel hak ve hürriyetlerin teminat altına

---

[291] Gözler, s. 129.

[292] Anayasa Mahkemesi, 08.04.1963 tarih ve E.1963/25, K.1963/87 sayılı karar.

[293] Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, Yetkin, Ankara 2011, s. 505.

[294] Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri*, 1. Bası, Beta, İstanbul 2004, s. 175-183. Ayrıca detaylı bilgi için eserin tamamına bakınız.

alınması gerekmektedir. Bu şartları yerine getiren ülkelerin demokratik olduğu ve bu gereklerin aynı zamanda demokratik toplum düzeninin gerekleri olduğu kabul edilmektedir.[295]

Sınırlamanın laik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması, sınırlama şartlarından bir diğeridir. Laik devletin gerekleri ise, inanç ve ibadet hürriyetini içeren din hürriyeti ile din ve devlet işlerinin ayrılığı kapsamında bulunan devletin resmi bir dilinin bulunmaması, devletin tüm dinler karşısında tarafsız kalması, devletin tüm din mensuplarına eşit davranması, din kurumları ile devlet kurumlarının birbirinden ayrılması ve son olarak da hukuk kurallarının din kurallarına uymak zorunda olmamasıdır. Evlenme ve aile kurma hakkına getirilecek sınırlama, burada belirtilen gerekle aykırı olursa, Anayasaya da aykırı olacaktır.

Ve sınırlamanın son şartı, ölçülülük ilkesine[296] aykırı olmama şartıdır. Ölçülülük ilkesi, temel hakların ne dereceye kadar sınırlanabileceği yani sınırlamanın sınırları ile ilgilidir.[297] Bu ilke elverişlilik, gereklilik ve orantılılık olmak üzere üç alt ilkeye ayrılmaktadır. Bu ilkeler, kısaca şu şekilde açıklanabilir; elverişlilik ilkesi, sınırlamada başvurulan aracın, sınırlama amacını gerçekleştirmeye elverişli olmasını; gereklilik ilkesi, amacı gerçekleştirmede en hafif aracın kullanılmasını; orantılılık ilkesi ise, sınırlamayla ulaşılmak istenen amaç ile sınırlamada başvurulan araç arasında bir oran bulunmasını ifade etmektedir. Evlenme ve aile kurma hakkıyla ilgili olarak gündeme gelebilecek bir sınırlamanın, ölçülülük ilkesi kapsamında, bu üç alt ilkeye de uygun olması gerekmektedir.

5) Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Korunması

Temel hak olarak evlenme ve aile kurma haklarının korunmasını, iç koruma ve dış yani uluslararası koruma olmak üzere iki yönlü incelemek gerekir. Devlet, iç koruma

---

[295] Nizamettin Aydın, *3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Hürriyetler Üzerindeki Etkileri*, Ekin, Bursa 2008, s. 116'dan (aktaran) Çağatay, s. 332.

[296] Ölçülülük ilkesi ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi*, 1.Bası, Seçkin, Ankara 2002.

[297] Metin, *Ölçülülük İlkesi*, s. 193.

yoluyla, kişilerin temel hak ve hürriyetlerini, yasama ve yürütme organlarına ve diğer kişilere karşı korumalıdır.[298]

İç koruma yollarından ilki, hakları ihlal edilen kişilerin, Anayasanın 74. maddesi uyarınca dilekçe haklarını kullanarak, TBMM'ye başvurmalarıdır. Dilekçe komisyonuna gelen dilekçeler hakkında Komisyon bir karar verir ancak bu kararların herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Diğer bir koruma şekli, idareye yapılan başvurular aracılığı ile olabilir. Bu başvuruların dayanağı Anayasanın 40. maddesidir. Bu başvuru yolu da temel hakların korunması bakımından önemli olmakla birlikte, idareye karşı yapılan başvuru hakkında yine idare kendisi karar verdiğinden yeterli olduğunu söylemek zordur.[299] Kamu denetçisine başvuru yolunda ise, hakları ihlal edilen kişiler, haklarının korunması için kamu denetçisine başvururlar. Kamu denetçisi, meseleyi inceler ve çözümü için öneri niteliğinde kararlar verir. Sayılan bu yollar, insan haklarının korunması bakımından önemli olmakla birlikte, etkili olduklarını söylemek zordur.

İç hukukta, insan haklarının korunmasının en etkili yolu, kuşkusuz yargı mercilerine başvurmaktır. Hakları ihlal edilen kişiler, Anayasanın 'Hak arama hürriyeti' başlıklı 36. maddesine dayanarak dava açabilirler. Mesele, bağımsız ve tarafsız mahkemelerce incelenip bağlayıcı şekilde karara bağlandığından, koruma bakımından en etkin yoldur.

Yargı mercilerine başvuru yollarından öyle bir tanesi vardır ki, doğrudan temel hak ihlallerini karara bağlamak için oluşturulmuştur. Bireysel başvuru olarak adlandırılan bu yolun önemli işlevleri bulunmaktadır. Bunlardan ilki, temel hak ve özgürlükleri doğrudan korumak ve geliştirmektir. İkinci işlev, temel hak ve özgürlüklerin kişiler tarafından doğrudan kullanılmasını sağlamaktır. Bireysel başvurunun üçüncü işlevi ile kamu gücünü kullananlara, temel hakların uygulanması ve somutlaştırılması konusunda yol gösterilmektedir. 2010 yılı değişiklikleri ile hukukumuza dâhil olan bu yol, yargı yolları içindeki en etkili yoldur. Bu yol, Anayasanın 148. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiştir. Anılan fıkra şu şekildedir:

---

[298] Gözler, s. 138.

[299] Gözler, s. 139.

"(*Ek fıkra: 12/9/2010-5982/18 md) Herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir. Başvuruda bulunabilmek için olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır.*"

Görüldüğü üzere, bir temel hakkın ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için, o temel hakkın hem Anayasada hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında düzenlenmiş olması gerekmektedir. Bununla birlikte, bireysel başvuru kapsamına giren hakların tam bir listesi, mevzuatımız tarafından yapılmamıştır.[300] Yukarıda belirtildiği gibi, evlenme ve aile kurma hakkı, Anayasada doğrudan düzenlenmemiştir, ancak, yorum yoluyla bu hakların Anayasanın 20. ve 41. maddelerine içkin olduğu kabul edilebilir. Böyle bir kabul, Anayasanın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile paralel yorumlanmasına imkân tanır ve olası bir uyumsuzluğu ortadan kaldırır. Aksi halde, evlenme ve aile kurma hakkının Anayasada düzenlenmemesi nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ile ilgili ihlal iddiaları AYM kapsamında bireysel başvuruya konu olamayacağından, doğrudan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gidecektir.[301] Bireysel başvuru yolunun, Türk Hukukuna dâhil edilmesinin önemli nedenlerinden birinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde Türkiye'ye karşı açılacak davaları azaltmak olduğu düşünüldüğünde ve bir hukuk devleti olarak önemli olanın hakların korunması olduğunda, Anayasa Mahkemesinin, önüne gelen hakkın başvuruya konu olabilecek bir hak olup olmadığını tespit ederken, Sözleşme metni ile Anayasa metnindeki hakların birebir örtüşmediği hallerde bunu çok dikkate almaması ve hakkı bu kapsamda görerek davaya bakması yerinde olacaktır.

Dış koruma olarak adlandırılan uluslararası koruma, gerek Birleşmiş Milletler tarafından ve gerekse Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan sözleşmelerle sağlanmaktadır. Evlenme ve aile kurma hakkı bakımından uluslararası sözleşmeler, çalışmanın birinci bölümünde ele alındığından, burada tekrar incelenmeyecektir.

---

[300] Ebru Karaman, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu*, 1.Bası, Oniki Levha, İstanbul 2013, s. 160 vd.; Bireysel başvuru ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Karaman, (eserin tamamı); Osman Doğru, *Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi*, 1.Bası, Legal, İstanbul 2012.

[301] Karan, s. 433.

II. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA EVLENME VE AİLE KURMA HAKKINA İLİŞKİN DÜZENLEMELER

Evlenme ve aile kurma haklarının, yorum yoluyla, Anayasanın 20. ve 41. maddeleri aracılığı ile Anayasada düzenlendiği sonucuna ulaşıldığı yukarıda belirtilmişti. Anayasanın her konuyu, tüm detayıyla düzenlemesi beklenemeyeceğinden, bu hakların somutlaştırılması görevi yasa koyucuya düşmektedir. İşte, bu hakların korunması bakımından, yasa koyucunun bu haklara ilişin düzenlemeler yapması gerekir. Yasa koyucunun bu görev kapsamında yaptığı düzenlemelerden en önemlisi, bu çalışmanın konusu olan haklar bakımından, Türk Medeni Kanunudur[302].

Bu kanun, evlenme ve aile kurma hakları için herhangi bir tanım yapmamıştır. Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu (TMK), "Evlenme Ehliyeti ve Engelleri" başlıklı ikinci ayrımda, 124 – 160. maddeler arasında, bu kurumlara ilişkin detaylı hükümler içermektedir.

A. Evlenmenin Şartları ve Bu Şartların AİHS m.12 ve AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12, evlenme ve aile kurma hakkını düzenlerken, ulusal hukuklara, bu hakkın kullanılmasını düzenleme yetkisi vermiştir. İlgili hakların kullanılması bakımından, TMK önemli düzenlemeler içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında, ulusal hukuklardaki düzenlemelerin, 12. maddedeki hakka zarar verebileceğini şöyle ifade etmiştir: "*12. madde Sözleşmeci devletlerin ulusal yasalarına işaret etmektedir fakat ortaya atılan sınırlamalar hakkı kısıtlamak veya daraltmak veya hakkın özüne zarar verecek şekilde olmamalıdır. Avrupa Konseyine üye tüm devletlerde bu sınırlamalar şart olarak görünür ve usule veya esasa ilişkin kurallar kapsamında bulunur. Önce tanışma ve sonra da evlilik töreni yapma başta gelmektedir, ikincisi öncelikle evlenme yeterliliği, rıza ve bazı engeller ile ilgilidir*.[303]" Komisyonun bir kararında ise ulusal hukuklardaki düzenlemelere ilişkin şu ifadeler yer almaktadır: "*bu yasalar, evliliğin resmileştirilmesi amacıyla bildirim, aleniyet ve formaliteler gibi konularda biçimsel kurallar koyabilirler. Yine bu yasalar,*

---

[302] Türk Medeni Kanunu, Kanun No: 4721, Kabul Tarihi: 22/11/2001, RG: 8/12/2001 sayı:24607.

[303] *F / İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, Paragraf: 32.

kamu yararını gözeterek ehliyet, rıza, yakın akrabalara ilişkin evlenme yasağı ya da çok eşliliğin önlenmesi gibi maddi hukuka ilişkin kurallar da koyabilirler. Ancak, ulusal hukuk gereken ehliyete sahip bir kişi ya da grubu evlenme hakkından mahrum edemez, hakkın kullanımını önemli ölçüde engelleyemez."[304]

Çalışmanın bu kısmında, TMK'da yer alan düzenlemeler ele alınırken, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından hareketle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine uygunlukları da değerlendirilecektir.

1) Evlenmenin Maddi Şartları

a. Evlenme Yaşı Bakımından

TMK'nın evlenme ehliyetinin koşullarından yaşla ilgili olan 124. maddesi, konuyu, olağan evlenme yaşı ve olağanüstü evlenme yaşı şeklinde ikiye ayırarak düzenlemiştir. İlgili madde şu şekildedir:

"*Madde 124 – Erkek veya kadın onyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez.*

Ancak, hakim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir."

Görüldüğü üzere, olağan evlenme yaşı, kadın ve erkekler bakımından onyedi yaşının doldurulmasıdır. Olağanüstü evlenme yaşı bakımından ise kanun, onaltı yaşın doldurulmuş olmasını, olağanüstü durum ve pek önemli bir sebebin varlığını ve hâkim kararını şart koşmuştur. Yargıtay bir kararında[305], olağanüstü durum ve pek önemli bir sebebin, genellikle kadının gebe kalması olarak düşünüldüğünü ancak bununla sınırlı tutulamayacağını, hâkimin takdirine bırakıldığını belirtmiştir. Bu sebeplerin ne olabileceğine dair doktrinde bir takım örnekler de verilmiştir[306]. Bununla birlikte, olağanüstü evlenmeye izin verme bakımından, mahkemelere tanınan yetkinin çok genişletilmemesi ve gerçekten çok titiz bir değerlendirme sonucunda, gerçekten önemli

---

[304] *Hamer / Birleşik Krallık* (Komisyon), Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979, Paragraf: 62.

[305] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı, E.1935/103, K.1935/15, 07.06.1935.

[306] Erkeğin ölüm tehlikesi içinde olması, kızın öksüz, bakımsız ve yoksulluk içinde yaşamakta olması, evlendiği takdirde ana ve babasına da yardım edebilecek olması, evlenme yaşının daha küçük olduğu yabancı bir ülkeye gelin gidecek olması örneklerini aktaran Akıntürk – Ateş Karaman, s. 67-68.

bir sebebin varlığı tespit edildiğinde ancak izin verilmelidir. Bahse konu küçüğün menfaatleri ve korunması esas alınmalıdır.

Eski Medeni Kanunda (EMK), evlenme yaşı, kadın ve erkekler bakımından farklı şekilde düzenlenmişti. EMK'nın 88. maddesine göre, olağan evlenme yaşı olarak erkek onyedi, kadın ise onbeş yaşını doldurunca evlenebilmekteydi. Bu kanun, olağanüstü evlenme yaşı bakımından ise, erkeğin onbeş, kadının ondört yaşını doldurunca evlenebileceğini öngörmekteydi.[307] Yeni Medeni Kanun ile erkek ve kadın arasındaki evlenme yaşına dair farklı düzenleme kaldırılmış ve bu konuda kadın ve erkek eşit konuma getirilmiştir. TMK'nın konuyu düzenleyen 124. maddesinin gerekçesinde, evlenme yaşı itibariyle erkek ve kadın arasında ayrım yapmanın anlamlı olmadığı belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12, "evlenme çağına gelen" ifadesini kullanmış ancak, belirli bir evlenme yaşı öngörmemiştir. Mahkeme de kararlarında herhangi bir evlenme yaşına gönderme yapmamıştır. Belirli bir evlenme yaşı işaret edilmemiş olsa da, 12. maddenin, evlenme çağına gelen demekle, düzenlemesini ulusal hukuklara bıraktığı asgari yaşı kastettiği düşünülebilir. Öğretide bu konu ile ilgili olarak, yasal düzenlemelerde evlenme ile öngörülen asgari yaş sınırı ve "evlenme yaşı" kavramı arasında makul bir ilişki olduğu durumda hakkın özüne dokunulmadığı kabul edilmektedir.[308] Komisyon, bir kararında, kişinin dini inancı daha erken bir evlenme yaşına izin verirken, yasal evlenme yaşına uyma yükümlülüğünün evlenme hakkının ihlalini oluşturmayacağına hükmetmiştir.[309] Sözleşme, kişinin ne zaman evlenme ehliyetine sahip olduğunu tespit etmemiş, bunu üye devletlerin takdirine bırakmıştır.[310] Türk Hukuku bakımından öngörülen olağan ve olağanüstü evlenme yaşı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi kapsamında problemli görünmemektedir.

---

[307] Eski Medeni Kanun dönemine dair detaylı bilgi için bkz. Zevkliler, s. 749-753.

[308] P. Van Dijk – G.J.H. Van Hoof – Arjen Van Rijn – Leo Zwaak, *Theory and Practice of European Convention on Human Rights*, Intersentia, Antwerben, Oxford 2006, s. 845'den aktaran Karan, s. 427.

[309] *Janis Khan / Birleşik Krallık* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 11579/85, 7.7.1986.

[310] Pätzold, Art. 12, Rn.30.

b. Ayırt Etme Gücü Bakımından

TMK m. 125, "*ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez*" demek suretiyle, evlenecek kişilerin ayırt etme gücüne sahip olmalarının şart olduğunu belirtmiştir. Ayırt etme gücünün ne anlama geldiği çeşitli şekillerde tanımlanabilirse de, evlenme bağlamında ayırt etme gücü, "*evlenecek olan kişinin evlenmenin anlam ve önemini ve kendisine yükleyeceği ödev ve sorumlulukların kapsamını anlayabilecek yeteneğe sahip bulunması*" şeklinde tanımlanabilir[311].

Ayırt etme gücünden yoksunluk, sürekli olabileceği gibi, geçici de olabilir. Sürekli yoksunluk söz konusu ise, bu durumdaki kişilerin evlenmesi mümkün değildir. Buna rağmen, yine de evlenmişlerse evlilik mutlak butlan ile sakattır, yani iptali her zaman istenebilir. Evlilik taraflarından biri, ayırt etme gücünden geçici olarak yoksun bulunuyorsa, bahse konu evlilik nispi butlanla sakattır yani ilgili kişi belirli süre içinde dava açarak, evliliğin iptalini isteyebilir.

Anlaşılacağı üzere, hemen yukarıda belirtilen evlenme yaşına gelmiş olmak tek başına yeterli değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde, evlenme yaşı gibi, ayırt etme gücü bakımından da doğrudan bir ifade yer almamaktadır. Bununla birlikte, evlenme çağına gelen ifadesinden, kişinin en azından evliliğin önemini, amaç ve sonuçlarını anlayabilecek, hak ve sorumluluklarının farkına varabilecek bir olgunluğa gelmiş olması aranmalıdır. Bu bakımdan, Türk Hukukunda evlenme ehliyetine sahip olmak için aranan ayırt etme gücünün, Sözleşme ile uyumlu olduğunu söylemek mümkündür.

c. Yasal Temsilcinin İzni Bakımından

Yasal temsilcinin izni, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve yine ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların evlenmeleri için gerekmektedir. TMK m. 126 uyarınca, ayırt etme gücüne sahip küçükler, olağan evlenme yaşını (onyedi) doldurmuş olmakla birlikte, henüz hukuki erginlik yaşı olan onsekiz yaşını doldurmadıklarından kendi başlarına evlenemezler, veli ya da vasilerinin izni gerekmektedir. Ayırt etme gücüne

---

[311] Akıntürk – Ateş Karaman, s. 63. Benzer tanımlar için bkz. Dural – Öğüz – Gümüş, s. 50; Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, 5.Bası, Turhan, Ankara 2004, s. 102; Zevkliler, *Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 2.Bası, Savaş, Ankara 1989, s. 748.

sahip kısıtlılar bakımından da, TMK m. 127 uyarınca, evlenmek için yasal temsilcinin izni gerekmektedir. Yasal temsilcinin izin vermekten kaçındığı durumlarda, TMK 128. madde uyarınca, gerek küçüklerin ve gerekse kısıtlıların, mahkemeye başvurarak yasal temsilciyi şikâyet etme ve mahkemeden yasal temsilci yerine geçerek izin vermesini talep etme hakları bulunmaktadır.

Esasen, burada bahsedilen kişilerin, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanmak bakımından –ki evlenmek de kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır-, yasal temsilcinin iznine ihtiyaçları yoktur. Bu sebeple, bu kişilerin izin gerekmeksizin evlenebilmeleri gerekmektedir. Ancak TMK buna, izin arayarak istisna getirmiştir.[312]

TMK'nın 126 ve 127. maddeleri uyarınca aranan izin şartının, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine uygunluk bakımından değerlendirilmesi gerekmektedir. Mahkeme, evlenme ehliyeti, yaş gibi maddi şartların taraf devletlerce getirilebileceğini pek çok kararında belirtmiştir. Türk Hukukuna göre, Kanunun öngördüğü evlenme yaşına gelen ancak onsekiz yaşını doldurmadığından, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olan evlenme hakkını kullanabilmek için yasal temsilcinin iznine ihtiyaç duyan kişinin durumu yoruma açıktır. Böyle bir durum, hem hakkın genişletilmesi hem de sınırlanmasını birlikte içermektedir. İzin şartının kanunla getirilmesi, Sözleşmenin sınırlama sistemine uygun olmakla birlikte, izin vermeye yetkili olanların, bu haklarını sebepsiz bir şekilde kullanmaktan kaçınmaları ya da kötüniyetle kullanmaları durumunda, 12. maddede yer alan hakka zarar verebilecektir. Ancak, Kanun bu gibi durumların önüne geçebilmek bakımından, evlenmesi izne bağlı olan kişiye mahkemeye başvurma imkânı tanımıştır. Burada önemli olan, mahkemeye başvuru yolunun etkili şekilde işlemesidir. Bu sağlandığı takdirde, bu şartın da Sözleşme ile uyumlu olduğu söylenebilir.

d. Kan Hısımlığı Bakımından

TMK'nın 129. maddesi, kan hısımlığı bakımından evlenmeleri yasak olan kişileri tahdidi olarak belirtmiştir. Buna göre, öncelikli olarak üstsoy ve altsoy arasında yani düz hat üzerinde yer alan hısımlar arasında evlenmek, kesin olarak yasaktır. Üstsoy

[312] Akıntürk – Ateş Karaman, s. 69.

– altsoy hısımlığı, birbirlerinden üreyen kimselerin yakınlığıdır.[313] Bu hısımlar bakımından evlenme yasağının bir derecesi bulunmamaktadır. Birbirlerine göre üstsoy ve altsoy olan tüm hısımların birbirleriyle evlenmeleri yasaktır.

Yansoy hısımları arasında ise, evlenmenin engel olması bakımından bir derecelendirme yapılmıştır. Buna göre, ilk olarak, Kanunun 129. maddesinde açıkça zikredildiği gibi, bir kişinin, kendisinin ikinci dereceden yansoy hısımı olan kardeşiyle evlenmesi kesin olarak yasaktır. Burada anılan kardeş kavramının içerisine, esasen tam kan kardeşler ve yanı sıra ana veya babaları bir olan yarım kan kardeşler de girmektedir. Ancak üvey kardeşler bu kapsamda değildir. Ardından Kanun, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenler arasında evlenmenin kesin olarak yasak olduğunu belirtmiştir. Buna göre, bir kişi, kendisinin üçüncü derece yansoy kan hısımı olan bir kişi ile de evlenemez. Bu dereceden sonra ise artık evlenme yasağı bulunmamaktadır. Yani, iki kardeşin çocukları, birbirlerine göre dördüncü dereceden yan soy kan hısımı sayılırlar ve birbirleri ile evlenmeleri mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarında, hısımlık bakımından yasak derecenin, ulusal hukuklara bırakıldığını, ancak ulusal hukukların evlenme hakkının özüne zarar verecek şekilde hakkı sınırlandırmaması gerektiği belirtilmiştir. Türk Hukukunda, kan hısımlığı bakımından öngörülen yasak derece, aile kurumunun, çocukların korunması ve fizyolojik, ahlaki ve dini bakımlardan güdülen amaç çerçevesinde, evlenme hakkının özüne zarar verecek bir sınırlama içermemektedir.

e. Kayın Hısımlığı Bakımından

Kayın hısımlığı, evlenme nedeniyle eşlerden biri ile diğer eşin kan hısımları arasında meydanda gelen yakınlıktır.[314] TMK 129/2 uyarınca, kayın hısımlığı meydana getiren evlilik sona ermiş olsa dahi, eşlerden biri ile diğerinin altsoyu veya üstsoyu arasında kesin bir evlenme yasağı bulunmaktadır. Burada bahsedilen yasak, üstsoy – altsoy kayın hısımlığı bakımındandır, yansoy kayın hısımlığını kapsamamaktadır.

---

[313] Akıntürk – Ateş Karaman, s. 73.

[314] Akıntürk – Ateş Karaman, s. 75.

Kayın hısımlığı bakımından getirilen evlenme engelini incelediği bir davada[315] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, taraf devletlerin çoğunda benzer sınırlamalar bulunduğunu ve bu sınırlamaların ailenin bütünlüğü ve çocukların korunması gibi meşru amaçlar taşıdığını ve çocukların çevresindeki hısımlıkların değişmesinden etkilenebileceğini kabul etmiştir. Ancak, dava konusu olayda, davalı ülkede yer alan Parlamento Başvurusu çerçevesinde daha önce kayın hısımları arasında evlenmeye izin verildiğinden ve dolayısıyla bunun kesin bir evlenme engeli olmaktan çıktığından hareketle, başvuru haklı bulunmuştur. Ülkemiz bakımından ele alındığında ise, kayın hısımlığı bakımından evlenme engelinin kesin evlenme engelleri arasında yer aldığı ve istisnasının olmadığı görünmektedir. Öte yandan, kayın hısımlığının evlenme bakımından getirilen yasaklaması, kamu düzeni ve kamusal menfaatle ilişkilidir ve her ülkenin kendi toplumsal koşulları ile ahlak anlayışına göre karar verilmesi gereken bir alanda bulunmaktadır.[316] Bu nedenlerle, Türk Hukukundaki bu düzenlemenin, Sözleşmenin 12. maddesine aykırı olmadığı sonucuna ulaşılabilir.

f. Evlatlık İlişkisi Bakımından

Evlatlık ilişkisi bakımından evlenme yasağını, TMK m. 129/3 düzenlemiştir. Buna göre, evlat edinen ile evlatlık veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme kesin olarak yasaklanmıştır. Bu düzenlemenin kapsamını açıklamak gerekirse, bir kere, evlat edinen ile evlatlık birbirleriyle evlenemezler. İkinci olarak, evlat edinen ile evlatlığın altsoyu evlenemeyeceği gibi, evlat edinenin alt soyu ile de evlatlık evlenemez. Yine, evlat edinenin boşandığı eşi ile evlatlık evlenemez ve son olarak, evlat edinen, evlatlığının boşandığı eşi ile evlenemez. Görüldüğü üzere, hüküm kapsamına bu kişilerin üstsoyları ve yan kan hısımları alınmamıştır.

g. Akıl Hastalığı Bakımından

Akıl hastalığı ile ayırt etme gücünden yoksunluk aynı anlama gelmemektedir. Burada incelenen akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldırmayan akıl hastalığıdır.

---

[315] *B ve L / Birleşik Krallık*, Başvuru No: 36536/02, 13.09.2005.

[316] Karakaş, s. 99.

Zira akıl hastalığı, ayırt etme gücünü ortadan kaldırıyorsa, zaten yukarıda incelendiği üzere, o kişinin sırf bu noksanlıktan ötürü evlenmesi mümkün değildir.[317]

TMK'nın 133. maddesine göre, akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile anlaşılmadıkça evlenemez. Hastalığın, evlenmeye sakıncası bulunmadığı unsurunu, evliliğe zarar vermeyecek ve neslin sağlığı için tehlike oluşturmayacak biçimde olması şeklinde anlamak mümkündür.[318] Burada ele alınan durum kesin bir evlenme engelidir.

Öğretide, evlilik için özgür iradesi ile rıza belirtebilecek durumda olduğu sürece, akli melekeleri sınırlı bir kişinin evlenmesine izin verilmemesi halinde, hakkın özüne dokunulmuş sayılacağı belirtilmiştir.[319] Gerçekten de, tüm akıl hastalarının evlenmesinin engellenmesi, evlenme hakkının özüne zarar verecektir. Türk Hukukunda akıl hastalığının evlenmeye engel olup olmayacağının raporla belirlenmesi usulü, söz konusu raporun evlenmenin anlam ve önemini anlayabilecek ve evlilik kurumuna zarar vermeyecek durumda olan kişilerin haksız bir şekilde evlenmelerinin engellenmediği sürece, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyumlu olduğu söylenebilir.

h. Mevcut Evlilik Bakımından

Medeni Kanunumuz, evlenme ile ilgili sistematiğini, tek eşlilik üzerine kurmuştur. Bu sebeple, hali hazırda evli olan kimseler, mevcut evlilikleri sona ermedikçe, ikinci bir evlilik yapamazlar. Gerçekten de TMK'nın 130. maddesinde, yeniden evlenmek isteyen kimsenin, önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmesi gerektiği hükme bağlanmıştır. Bu yasak, kesin evlenme engellerindendir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bir kararında[320] uzun süren boşanma davasının, tek eşlilik ilkesinin benimsendiği bir ülkede, yeniden evlenme hakkını makul olmayan biçimde sınırladığına hükmetmiştir. Esasen, burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından ele alınan nokta, tek eşlilik ilkesi değil, uzun süren boşanma davasıdır. Mahkemenin kararlarındaki tutumundan, tek eşliliğe ilişkin hükümlerin kamu

---

[317] Dural – Öğüz – Gümüş, s. 57.

[318] Dural – Öğüz – Gümüş, s. 58..

[319] Van Dijk – Van Hoof – Van Rijn – Zwaak, s.845'den aktaran Karan, s. 429.

[320] *VK / Hırvatistan*, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012.

yararı ile ilgili olduğu ve bu gibi durumlarda yasal düzenlemelerle evlenme hakkına sınırlama getirilebileceği sonucuna ulaşılmaktadır.[321] Bu bakımdan, TMK'daki mevcut düzenlemenin Sözleşme ile uyumlu olduğu söylenebilir.

i. Bekleme Süresi Bakımından

TMK'nın 132. maddesinde kadın için bir bekleme süresi öngörülmüştür. Buna göre, bir evlilik sona erdiğinde, kadın sona erme tarihinden itibaren üçyüz gün geçmedikçe evlenemez. Evliliği sona eren kadın gebe ise, doğum yaptığında bu süre sona erer. Maddenin üçüncü fıkrasına göre, hâkim iki halde bekleme süresini kaldırmaktadır; kadının gebe olmadığının anlaşılması ve eski kocası ile evlenmeyi istemesi.

Burada anılan yasak, kesin bir evlenme yasağı değildir. Yani kişi, bu yasağa rağmen, her nasılsa evlenmişse, bu evliliğin geçerli olduğu kabul edilir.

Eski Türk Medeni Kanunu, kadınlar için öngörülen ve iddet adı verilen bu bekleme süresinin yanı sıra, 96. ve 142. maddelerinde iki tane daha bekleme süresi öngörmekteydi. 96. maddeye göre, evlilik boşanma ile sona erdiğinde, her iki tarafından da (başkalarıyla) evlenmesi, hâkim tarafından belirlenen bir süre boyunca mümkün değildi. Ancak, birbirleri ile evlenmek isterlerse, hâkim bu süreyi kısaltabilmekteydi. Öte yandan, 142. madde, boşanmada kusurlu olan eşin, yeniden evlenemeyeceği, bir yıldan az ve iki yıldan çok olmayan bir süreye hükmedilebileceğini düzenlemekteydi.

Boşanmada kusurlu olan eşin, yeniden evlenmesinin belirli süre yasaklanmasıyla ilgili önüne gelen bir davada[322] Mahkeme, makul olmayan bu şekilde bir sınırlamayla, başvuranın yeniden evlenme hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Görüldüğü üzere eski TMK'nın 142. maddesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelen bu davadaki hükümle birebir uyuştuğundan, bu bağlamda Sözleşme'ye aykırılık oluşturacaktı. Eski TMK'nın 96.maddesinde öngörülen, boşanan eşlerin başkalarıyla belirli süre evlenmelerine dair yasak da aynı doğrultuda olduğundan, Sözleşme kapsamındaki yeniden evlenme hakkına müdahale oluşturmaktaydı.

---

[321] Karan, s. 429.

[322] *F / İsviçre*, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987.

Halen yürürlükte olan TMK'nın 132. maddesinde, evliliği biten kadının yeniden evlenmesi için üçyüz gün beklemesi gerektiğini öngören hükmün, bu kapsamda değerlendirilmesi gerekmektedir. TMK'nın ilgili hükmü, bekleme süresinin hangi hallerde kaldırılabileceğini de düzenlemiştir. Ancak, kadının eski eşinden gebe olduğunun anlaşılması, yeni eşinin bu durumdan haberdar olması ve buna rağmen çiftin evlenmek istemesi halinde, sürenin kaldırılabileceğine ilişkin bir ifade yer almamaktadır. Kanunun, diğer halleri saymakla ve bu durumu saymamakla kasti hareket ettiği düşünülebilir. Bu sonuca ulaşıldığında ise, evlenmek için tüm şartları taşıyan kişilerin bireysel menfaatleri ile nesep karışıklığının önlenmesine dair kamusal menfaatin çatıştığı görülür. Kanımızca, müstakbel eşin, kadının eski eşinden gebe olduğunu bildiği ve kabullendiği ve eski eşin de bu duruma rıza gösterdiği hallerde – gerektiğinde nesebin reddi davası ve gerçek babanın yapacağı bir tanıma beyanı ile nesep karışıklığı önlenebileceğinden – kişilerin menfaati üstün tutulmalıdır. Zira üçyüz gün evlenmenin engellendiği bir süre, bazı hallerde –örneğin kadının aşırı yoksulluk içinde olması ya da gebeliğinden kaynaklı problemler nedeniyle maddi veya manevi desteğe ihtiyacı olması – evlenme hakkının özüne zarar vermeye yetecek uzunlukta bir süre olabilir.

j. Bulaşıcı Hastalıklar Bakımından

Medeni Kanun, evlenme engeli olarak, sadece akıl hastalığına yer verse de, 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu, bazı bulaşıcı hastalıkları evlenme engeli olarak saymıştır. Buna göre, frengi, bel soğukluğu, yumuşak şankr ve cüzama yakalanmış olanların evlenmeleri, hastalığın iyileştiğine veya bulaşma tehlikesinin geçtiğine dair doktor raporu düzenleninceye kadar yasaktır. İlgili kanun, verem bakımından ayrı bir düzenleme yapmıştır. Verem ilerlemiş ve bulaşıcı ise, evlilik altı ay ertelenir, aynı durum devam ederse bir altı ay daha ertelenir. Buna rağmen durum değişmezse ve taraflar evlenmekte ısrarcı olurlarsa, doktor taraflara durumu anlatır ve artık evlenmelerine engel olunmaz.

Bulaşıcı hastalıklar bakımından evlenme yasağı kesin değil, nispi bir yasaktır. Evlilik bir kez her nasılsa yapılmışsa, bu sebeple iptal edilemez.

Bu düzenleme ile kişilerin evlenmedeki bireysel menfaatleri ile sağlığın korunması anlamında kamusal menfaatin yarıştığı ve belirli şartlar altında kamusal

menfaatin geçici olarak üstün tutulduğu görülmektedir. Kanımızca, burada Sözleşme ile bariz bir uyumsuzluk bulunmamaktadır.

2) Evlenmenin Şekli Şartları

Evlenmenin tamam olabilmesi için, maddi şartların yanı sıra, bir takım şekli şartların da yerine getirilmesi gerekmektedir. Evlenmeye dair, aleniyet, evlenme merasimi gibi bir takım şekli şartların öngörülebileceği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da belirtilmiştir. 12. madde kapsamında ulusal hukukun rolü, evlenme hakkının kullanılmasını düzenlemektir ve ulusal hukuk, evliliğin ilanı ve belgelenmesi gibi evlilik formalitelerine dair kurallar içerebilir.[323] Bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında[324] belirtildiği üzere, evlenme hakkı, taraf devletlerce belirli şartlara tabi kılınmışsa, bu şartları yerine getirmeyen kişilerin evlenmelerine izin verilmemesi ya da usulünce yapılmayan evliliklerin tanınmaması, Sözleşme'nin ihlali olarak görülmemektedir. Evlenmenin şekle bağlı şartları hem TMK'da hem de TMK'nın 144. maddesi tarafından çıkarılması emredilen Evlendirme Yönetmeliğinde[325] detaylı şekilde düzenlenmiştir.

a. Başvuru

Birbirleriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar. Yazılı veya sözlü olarak yapılabilen başvuru, evlenme beyannamesi adıyla yazılı hale getirilmedikçe diğer işlemlere başlamak mümkün değildir. Kanun ve Yönetmelik uyarınca, başvuruya birtakım belgelerin eklenmesi gerekmektedir. Bunlar, evlenme beyannamesi, fotoğraflı nüfus cüzdan örneği, sağlık raporu, yaş küçüklüğü veya kısıtlılık halleri için izin belgesi, vesikalık fotoğraf, nüfus kayıt örneği veya evlenme ehliyet belgesi. Yabancılardan istenen evlenme ehliyeti belgelerinden Yönetmelikçe belirlenen bazılarının, Türkiye'de kullanılabilmesi için onaylanması gerekmektedir.

---

[323] Shazia Choudhry – Jonathan Herring, *European Human Rights and Family Law*, Hart Publishing, 2010, s. 141.

[324] *X / Almanya* (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 6167/73, 18.12.1974.

[325] 85/9747 sayılı Evlendirme Yönetmeliği, 07/11/1985 tarih ve 18921 sayılı RG.

Başvuruyu alan evlendirme memuru, dosyayı inceler ve başvurunun usulüne uygun yapılmadığını, evleneceklerden birinin evlenmeye ehil olmadığını ya da evlenmeye yasal bir engel bulunduğunu tespit ederse, başvuruyu reddeder. Ret kararını taraflara yazılı olarak bildirir. Evlenme başvurusunda bulunan taraflardan her biri, başvurunun reddine karşı, mahkemeye başvurmak suretiyle itiraz edebilir.

b. Evlenme Töreni

Evlenme töreni bakımından, Kanun ve Yönetmeliğin öngördüğü şartlar, asli ve tali olmak üzere ikiye ayrılarak incelenebilir. Buna göre evlenme töreninin iki asli şartından ilki, birbirleri ile evlenecek kişilerin, evlenme iradelerini açıklamalarıdır. Bu irade açıklaması, tarafların tören sırasında bizzat hazır bulunması ve aynı zamanda birbirlerinin ardından bizzat yapılması şeklinde olmalıdır. Görüldüğü üzere, Türk hukuku bakımından temsilci aracılığı ile evlenme söz konusu değildir. Törenin ikinci asli şartı, evlenmenin yetkili memur önünde yapılmasıdır. Evlendirmeye yetkili her memurun bir idari görev alanı bulunmaktadır. Evlendirme memuru, sehven yetki alanı dışında bir nikâh kıysa, kanuna uygun davranıldığı inancı içinde olmaları şartıyla, nikâhın geçerli olduğu kabul edilmektedir.[326]

Evlenme törenin, burada anılan iki asli şartına uyulmadığı takdirde, bunun sonucu evlenmenin yokluğudur.

Asli şartların yanı sıra, evlenme töreninin dört adet de tali şartı bulunmaktadır. Bu şartlardan ilki, evlenme töreninin kanunun belirttiği yerde yapılmasıdır. TMK ve Yönetmelik hükümleri uyarınca, evlenme töreninin yapılabileceği yerler şu şekilde sayılabilir; evlendirme dairesi, ikametgâhlar, özel bina veya salonlar, tutuklu veya hükümlüler için Cumhuriyet Savcılığının izni ile ceza veya tutukevleri, hastalar için başhekimin ya da müdürün izni ile hastaneler. İkinci tali şart, tören esnasında ergin iki tanığın hazır bulunmasıdır. Tanıklık bakımından vatandaş - yabancı ayrımı bulunmamaktadır. Bir diğer tali şart, evlenmenin açık olarak yapılmasıdır. Buna tören aleni olarak yapılmalıdır. Davetlinin bulunmaması, törenin aleni olmadığı anlamına

[326] Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, 13.12.1985 tarihli ve 4/9 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı.

gelmez. Tali şartların sonuncusu, evlenmenin sözlü olarak yapılmasıdır. TMK m. 142 uyarınca, evlenme tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur.[327]

Evlenme töreninin tali şartlarına uygun olarak yapılmamış bir evlenmenin yaptırımı hükümsüzlük değildir. Şartlara uyulmadan, her nasılsa yapılmış bir evlilik, geçerli bir evlilik olarak kabul edilir.

B. Evlat Edinmenin Şartları ve Bu Şartların AİHS m. 12 ve AİHM Kararları Işığında Değerlendirilmesi

TMK, çocuk sahibi olmak anlamındaki aile kurma hakkından doğrudan söz etmemektedir. Bununla birlikte, kanunun pek çok maddesinde, bu hakkın içkin olduğunu söylemek mümkündür. Örneğin, soy bağına ilişkin hükümler. Ancak, bu maddelerde yer alan hükümler, genellikle Sözleşme'nin 8.maddesi kapsamında yer alan hükümlerdir. Bu sebeple burada detaylandırılmayacaktır. Bununla birlikte, her ne kadar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, evlat edinmeyi 12. madde kapsamında değerlendirmese de, kanımızca, evli çiftlerin evlat edinmesi 12. madde anlamında aile kurma hakkının konusunu oluşturmaktadır. Bu nedenle, burada, TMK'da evlat edinmeye dair yer alan kurallar ve bu kuralların Sözleşmenin 12. maddesi anlamında aile kurma hakkı ile uyumluluğu üzerinde durulacaktır. TMK, konuyu küçüklerin evlat edinilmesi ve ergin ile kısıtlıların evlat edinilmesi olarak ikiye ayırarak düzenlemiştir.

1) Küçüklerin Evlat Edinilmesi

Kanunda 305 ile 312 inci maddeler arasında düzenlenen küçüklerin evlat edinilmesi üç adet genel şart içermektedir. Bu şartlardan ilki, küçüğün, evlat edinmek isteyen kişilerce bakılmış ve eğitilmiş olmasıdır. Kanun bunun süresini bir yıl olarak düzenlemiştir. Gerekçede bunun bir çeşit deneme süresi olduğu ileri sürülmüştür. İkinci şart, evlat edinmenin küçüğün yararına olması gerektiğidir. Bunun en önemli şart olduğu kabul edilmektedir.[328] Son şart ise, evlat edinme nedeniyle, evlat edinenin diğer çocuklarının menfaatlerinin, hakkaniyete aykırı şekilde zedelenmemesidir. Bu şartların yerine getirilip getirilmediğinin incelemesini, TMK'nın 315. maddesi gereği hâkim yapacaktır. Genel şartlar bakımından önemli olan husus, bu konuda karar verecek olan

---

[327] Bu yönde bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı için bkz. RG. 15/07/1965, S.12049.

[328] Akıntürk – Ateş Karaman, s. 371.

hâkimin, her bir olayı kendi içinde titizlikle değerlendirmesi ve küçüğün menfaatine önemli bir aykırılık olmadıkça, evlat edinmeyi reddetmekten kaçınmasıdır. Aksi halde, yargıç, aile kurma hakkının özüne zarar verecek bir karar verebilir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi, evli çiftler bakımından aile kurma hakkını düzenlediğinden, burada, evlat edinmenin özel şartları bakımından evli kişilerin evlat edinmesi üzerinde durulacaktır. TMK'ya göre, eşlerin birlikte evlat edinebilmesi için, ya beş yıldır evli olmaları ya da otuz yaşını doldurmuş olmaları gerekmektedir. Çiftler beş yıldır evli iseler, herhangi bir yaş şartına maruz kalmaksızın evlat edinebildikleri gibi, otuz yaşını doldurmuşlarsa da kaç yıldır evli olduklarına bakılmaksızın evlat edinebilmektedirler. Kural eşlerin birlikte evlat edinmesi olmakla birlikte, iki istisna bulunmaktadır. İlk olarak, eşlerden biri, eşiyle en az iki yıldan beri evli olması veya otuz yaşını doldurmuş olması şartıyla, diğerinin çocuğunu evlat edinebilir. İkinci olarak ise, otuz yaşını doldurmuş olan eş, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli yoksunluğu veya iki yılı aşkın süredir nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla iki yıldan fazla eşinden ayrı yaşadığından dolayı birlikte evlat edinmelerinin mümkün olmadığını ispatladığında tek başına da evlat edinebilir.

TMK'nın 308. maddesi uyarınca, evlatlık ile evlat edinen arasında, en az onsekiz yaş farkı bulunmalıdır. Bu düzenlemenin amacı, evlat edinen ile edinilen arasındaki zaman farkını ana-baba ile çocuk arasındaki yaş farkına uydurmaktır.[329]

Ayırt etme gücüne sahip küçük, rızası alınmadıkça evlat edinilemez. Ayrıca, bir küçüğün evlat edinilmesi ancak onun ana ve babasının her ikisinin rızasıyla mümkün olabilir. Ancak, ana ve babadan birinin kim olduğu veya uzun süreden beri nerde olduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa ya da ana ve babadan biri küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa rıza aranmaz. Evlat edinilecek küçük vesayet altında ise, vasinin izni gerekmektedir.

2) Erginlerin ve Kısıtlıların Evlat Edinilmesi

TMK, küçüklerin yanı sıra ergin ve kısıtlıların da evlat edinilebileceğini öngörmüş ve bazı şartlara tabi kılmıştır. Buna göre, evlat edinen kişinin varsa altsoyunun açık muvafakati olmalıdır. Evlat edinilmek istenen kişinin belirli özellikleri

[329] Akıntürk – Ateş Karaman, s. 375.

olmalıdır; bedensel veya zihinsel engeli nedeniyle sürekli olarak yardıma muhtaç ve evlat edinen tarafından en az beş yıldır bakılması veya evlat edinen tarafından küçükken en az beş yıl bakılmış olması veya diğer haklı sebepler varsa ve evlat edinilenin en az beş yıldır evlat edinenle aile halinde yaşıyor olması gerekmektedir. Evlat edinilen evli ise, eşinin rızası alınmalıdır.

III. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKINA İLİŞKİN BAZI ÖZEL DURUMLAR

A. Cezaevindeki Kişiler

TMK, doğrudan cezaevindeki kişilerin evlenme ve aile kurma hakkına yer vermemekle birlikte, 127. maddesinde, kısıtlıların yasal temsilcinin izni olmaksızın evlenemeyeceğine dair düzenlemesiyle, dolaylı olarak bu konuyu düzenlemiş bulunmaktadır. Zira kanunun 'Vesayeti gerektiren haller' kısmında, 'özgürlüğü bağlayıcı ceza' kenar başlıklı 407. maddesine göre, "*bir yıl veya daha uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkûm olan her ergin kısıtlanır*". Buna göre bir yıl veya daha uzun süreli hapis cezasına mahkûm olanlar "kısıtlı" konumuna geçerler ve evlenmek istemeleri durumunda 127. maddeye tabi olurlar.

TMK'da cezaevindeki kişilerin evlenmeleri bakımından başkaca bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak Evlendirme Yönetmeliğindeki düzenlemelerden bir takım sonuçlara ulaşmak mümkündür. Yönetmeliğin 17. maddesinde düzenlenen 'vekil eli ile müracaat' kurumu, kısıtlıların evlilik başvurusunda yararlanabileceği yollardan biridir. Kısıtlılar bakımından aranan, yasal temsilcinin izin verdiğine dair belge başvuruya eklenir. Tören yerinin düzenlendiği 26. maddenin 1-b bendinde, tutuklu veya hükümlüler için Cumhuriyet Savcılığınca izin verilmesi üzerine ceza veya tutukevinde evlenme töreninin yapılabileceği belirtilmiştir. Hemen belirtmek gerekir ki, bir yılı aşkın hapis cezasına çarptırılan mahkûmlar bakımından, yasal temsilcinin izninin aranması ile ilgili olarak yukarıda yapılan değerlendirmeler, burası için de aynen geçerlidir. Ayrıca, tutukluların ve bir yıldan az hapis cezasına çarptırılan mahkûmların, evlenmek için yasal temsilcinin iznine ihtiyaç duymadıkları gözden kaçırılmamalıdır. Halen, ülkemizde tutukluluk süresinin uzun olduğu, hatta çoğu zaman bir yıldan fazla sürdüğü ve bir yıldan fazla hapis cezasına mahkûm olan kişilerin evlenmek için izne ihtiyaçları olduğu birlikte düşünüldüğünde ortaya eleştirilebilir bir tablo çıkmaktadır.

Bununla birlikte, asıl olan tutukluluğun cezaya dönüşmemesi ve cezadan daha kısa olması olduğundan, mevzuatımızda yer alan bu pozitif düzenlemenin yerinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu kapsamda, cezaevindeki kişilere evlenme hakkı tanınması bakımından Sözleşme ile uyumlu olduğu gözlemlenmektedir. Zira Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi konuyla ilgili Hamer / Birleşik Krallık kararında, kişisel özgürlüğün evlenme hakkının kullanılması bakımından bir ön koşul olmadığını vurgulamıştır.

Cezaevlerindeki kişilerin aile kurma haklarıyla ilgili olarak gündeme gelebilecek konulardan biri de, cezaevindeki kişilerin mahrem eş ziyaretlerini kabul edebilmesidir. TMK'da buna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır ancak, Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunun[330] (CGTİK) 51. maddesine 2013 yılında 6411 sayılı kanunla[331] mahrem eş ziyareti bir ödül olarak eklenmiştir. Bu doğrultuda çıkarılan Yönetmelik[332], 11 – 18. maddeleri arasında mahrem eş ziyareti ile ilgili hükümler içermektedir. Buna göre, kapalı ceza infaz kurumundaki hükümlü ve tutuklulara, en geç üç ayda bir kez olmak üzere, üç saatten yirmi dört saate kadar eşleriyle kurumun bu tür ziyaretler için ayrılan bölümünde ve personelin yakın nezareti olmaksızın mahrem şekilde eş görüşmesi ödülü verilebilir. Bu düzenlemelerden hareketle, Türk Hukukunda cezaevindeki kişilere mahrem eş ziyareti tanınmış olmakla birlikte, bunun bir hak olarak değil, ödül olarak kabul edildiği ve belirli sebeplerle ödülü hak edemeyenlere, bu tür ziyaretler için izin verilmeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır. Böyle bir sonuç ise, cezaevinde çocuk sahibi olabilmeleri için yapay döllenme imkânlarından yararlanmaları ile ilgili mevzuatında bir düzenleme bulunmayan ülkemiz açısından, bu kişilerin aile kurma haklarının ihlaline yol açabilecektir.

Cezaevindeki kişiler bakımından önem arz eden bir diğer konu, cezaevindeki kişilerin suni döllenme imkânlarından yararlanmalarına izin verilip verilmeyeceği ile ilgilidir. TMK'da yapay döllenmeye ilişkin bir düzenleme olmadığı gibi, Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Yönetmeliğinde de cezaevindeki kişiler bakımından özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Kanımızca, böyle bir yola başvurmak isteyen ve

---

[330] CGTİK, Kanun No:5275, Kabul Tarihi:13.12.2004, RG: 29.12.2004, sayı:25685.

[331] 24.01.2013 tarih ve 6411 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanunda değişiklik yapılmasına dair kanun.

[332] 30.03.2013 tarih ve 28603 sayılı RG'de yayımlanan Hükümlü ve Tutukluların Ödüllendirilmesi Hakkında Yönetmelik.

cezaevinde olan kişilerin, Bakanlıktan kendilerine bu konuda izin verilmesini talep etme hakları bulunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, cezaevinde bulunan ve muhtemel tahliye tarihinde eşinin yaşı nedeniyle artık çocuk sahibi olamama ihtimali yüksek olan ve yapay döllenme başvurusu reddedilen başvuranın, Sözleşmenin 12. maddesi anlamında aile kurma hakkının ihlal edilmediğine, ancak 8. madde kapsamında bir ihlal olduğuna hükmetmiştir.[333] Ancak, burada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, yapay döllenme ile ilgili hususları 8. madde kapsamında ele aldığını unutmamak gerekir. Kanımızca yapay döllenme evli çiftler bakımından söz konusu olduğunda 12. madde kapsamında değerlendirilmelidir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, anılan kararda, yapay döllenme ile mahrem eş ziyaretlerini birlikte değerlendirmiş ve üye devletlerin çoğunda, mahrem eş ziyareti öngörüldüğü için cezaevindeki kişiler bakımından yapay döllenme ile ilgili düzenleme yapmaya gerek görülmediğini belirtmiştir. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, cezaevinde eşlerin birlikte olmasını sağlama yönünde taraf devletlere bir yükümlülük çıkarılamaz, bu konu devletlerin takdir yetkisi dâhilindedir.

B. Transseksüeller

Cinsiyet değiştirmeye ilişkin hukuki düzenleme, TMK'nın 40. maddesinde yer almaktadır. Cinsiyet değişikliğinin[334] hukuken tanınması, 40. maddede öngörülen şartların yerine getirilmesine bağlıdır. Bu şartları şu şekilde sıralamak mümkündür: mahkemeye cinsiyet değişikliğine izin verilmesi için başvurma, başvuranın 18 yaşını tamamlamış olması, başvuran kişinin evli olmaması, başvuran kişinin transseksüel yapıda olması, kişinin üreme yeteneğinden sürekli olarak yoksun olması. Bu şartları yerine getiren kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirmesine izin verilir. Bundan sonra, ameliyat geçiren kişinin, tekrar mahkemeye başvurarak, cinsiyet değişikliğinin nüfus siciline işlenmesini talep etmesi gerekmektedir. İşte mahkemenin bu talep üzerine vereceği kararla, kişinin yeni cinsiyeti nüfus siciline işlenir ve hukuken kabul edilmiş olur.

---

[333] *Dickson / Birleşik Krallık* (Büyük Daire), Başvuru No:44362/04, 04.12.2007.

[334] Türk hukukunda cinsiyet değişikliği ile ilgili detaylı bilgi için bkz. İpek Sağlam, "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine bir Değerlendirme", *AÜEHFD*, C.VIII, S.3-4, Yıl 2004, s. 455-469; Gamze Turan Başara, "Türk Medeni Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", *TBB Dergisi*, 2012 (103), s. 245-266.

Cinsiyetin, burada öngörülen şekilde değiştirilmesinin bir takım hukuki sonuçları ortaya çıkmaktadır. Çalışmanın kapsamı çerçevesinde burada, cinsiyet değiştirmenin aile hukuku bakımından sonuçları üzerinde durulacaktır.

Bir kere, TMK, evli olan kişilerin cinsiyet değiştirmesine izin vermemektedir. Ancak, bu hükme rağmen, evli bir kişi cinsiyet değiştirmişse, mevcut evliliğin akıbetiyle ilgili sorunlar ortaya çıkmaktadır. Evli bir kişinin cinsiyet değişikliği, hukuken kabul edilmeyeceği için, o evlilik fiilen eşcinsellerin evliliğine dönüşmesine rağmen, hukuken farklı cinsiyettekilerin evliliği olarak işlem görmeye devam eder. Bu durumda, böyle bir evliliğin akıbetiyle ilgili doktrinde, evliliğin kendiliğinden sona ereceğini savunan yazarlar olmakla birlikte, bir kısım yazar da, diğer eş tarafından genel hükümler dairesinde boşanma ile sona erdirilebileceğini savunmaktadır.[335] Buna benzer durumlar Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne gelmiştir. Bu davalarda[336] başvuranlar, cinsiyet değiştirme ameliyatı sonrasında yeni kimliğin verilmesi için mevcut evliliğin sona erdirilmesi şartının, Sözleşmenin 12. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, eşcinsel evliliklere izin verilmeyen bir ülkede, cinsiyet değişikliğinin tanınması için mevcut evliliğin sona ermesini şart koşan düzenlemelerin, taraf devletlerin takdir yetkisi dâhilinde kaldığına karar vermiştir. Bu hükümden hareketle, Türk Hukukundaki mevcut düzenlemenin, eşcinsel evliliklere izin veren Avrupa ülkelerinin sayısı çok artmadığı müddetçe Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu yaklaşımını koruyacağı düşünülebileceğinden, Sözleşme sistemine aykırı olmadığını söylemek mümkündür.

Cinsiyet değiştiren kişinin, yeni cinsiyetinin karşıt cinsiyetinde biri ile evlenmesine Türk hukuku bakımından bir engel bulunmamaktadır. Çünkü cinsiyet değiştirme prosedürlerini yerine getiren kişinin, yeni cinsiyeti nüfus siciline işlenmektedir. Transseksüellerin evlenmeleriyle ilgili olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına bakıldığında, cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmadığı durumlarda, yeni cinsiyetinin karşıt cinsiyeti ile evlenmesinin engellendiği gerekçesiyle ihlale hükmedildiği görülmektedir. Türk Hukuku bakımından, bu konuda Sözleşme ve

---

[335] Turan Başara, s. 258-260.

[336] *Parry / Birleşik Krallık* (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006; *R ve F / Birleşik Krallık* (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 35748/05, 28.11.2006; *H / Finlandiya,* Başvuru No:37359/09, 13.11.2012.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesin içtihatlarıyla uyumsuzluk olmadığını söylemek mümkündür.

C. Eşcinseller

Türk Hukuk sistemi tarafından kabul edilen evlilikler, bir erkek ve bir kadının birbiriyle evlenmesiyle yapılan evliliklerdir. Yani, birbirleriyle evlenecek kişilerin cinsiyetlerinin farklı olması, evlenme sözleşmesinin esaslı unsurlarındandır. Bu sebeple, eşcinsel iki kişi arasında yapılan bir evlilik, hükümsüz olarak dahi mevcut değildir, yok hükmündedir.[337] Diğer bir deyişle, hukuken hiç doğmamış olduğu kabul edilir. Bunun yanı sıra, eşcinseller için getirilen, çalışmanın birinci bölümünde değinilen, medeni birliktelik ya da kayıtlı birliktelik gibi evlenmeye benzer kurumlar, hukuk sistemimizde kabul edilmemiştir. Bu bağlamda, ülkemizde, eşcinsellerin birlikte yaşamasının hiçbir hukuki statüsü bulunmamaktadır. Nitekim bu hususla ilgili olarak, 1999 yılında verilen bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında[338] yer alan karşı oy yazısında, aynı evde karı koca hayatı süren iki erkek arasındaki ilişkinin, bir metres hayatı olduğu, bu ilişkinin temelinin yasalarımız tarafından korunmadığı, Türk toplumunun ahlak yapısına uymayan, ahlaka aykırı bir birliktelik olduğu ifade edilmiştir.

Bu çalışmanın ikinci bölümünde ele alındığı üzere, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinin, bir kadın ve bir erkek arasındaki geleneksel evliliği düzenlediğine hükmetmektedir. Mahkeme, eşcinsel kişilerin evlenme haklarının olup olmadığını incelediği davada[339], Sözleşmenin kabulünden bu yana, evlilik kurumunda önemli değişikliklerin olduğunu belirtmekle birlikte, Avrupa'da eşcinsel evlilikler hususunda konsensüs bulunmadığından hareketle, bu konuda taraf devletlerin takdir yetkisine sahip olduğunu ve 12. maddenin taraf devletlere eşcinsel evliliklere izin verme yükümlülüğü yüklemediğine hükmetmiştir. Mahkemenin bu tutumundan hareketle, Türk Hukukunda eşcinsel birlikteliklerin kabul edilmemesi, devletin takdir yetkisi dâhilinde sayıldığından, Sözleşmeye aykırılık oluşturmamaktadır.

---

[337] Akıntürk – Ateş Karaman, s. 204.

[338] YHGK, T:26.05.1999, E.9/307, K.467. (Aktaran) Yasan, s. 60.

[339] *Schalk ve Kopf / Avusturya*, Başvuru No:30141/04, 24.06.2010.

D. Dini Evlilik

Evlilik akdinin din kurallarına göre yapılması ve yapılan bu evliliğin hukuk düzeni tarafından tanınması, birçok ülkede kabul edilmekle birlikte bazı ülkelerin anayasalarında dini nikâhın resmi nikâh işleminden sonra yapılması gerektiği açıkça öngörülmüştür. Türk Hukuk sisteminde ise resmi şekilde yapılmayan bir evlilik hukuken geçerli değildir.

Ülkemizde yaşayan insanların büyük çoğunluğunun İslam dinine mensup olduğu dikkate alındığında, ayrıntılara girmeksizin kısaca dini nikâhtan bahsetmekte fayda bulunmaktadır. İslam hukukuna göre, geçerli bir evliliğin yapılmasının bir takım şartları bulunmaktadır. Bu şartlar, nikâh akdinin unsurları, kuruluş şartları ve geçerlilik şartları olarak üçlü bir ayrımla incelenmektedir.[340]

Nikâh akdinin unsurlarından ilki, taraflar bakımından öngörülmüştür. Buna göre, nikâh akdinin tarafları, bir kadın ve bir erkektir. Taraflardan biri veya her ikisi evlenme ehliyetine sahip değillerse, belirli şartlarla velileri tarafından evlendirilebilirler. İrade beyanı, nikâhın ikinci unsurudur. Taraflar veya velileri, yanlış anlamaya imkân vermeyecek bir tarzda evlenme iradelerini ortaya koymalıdırlar. Anılan unsurlara uyulmadan yapılan evlilik akdi geçersiz olur. Nikâh akdinin kurucu şartları, evlenme ehliyetine sahip olmak, akdi kuran icap ve kabul beyanlarının aynı toplantıda ortaya konması yani meclis birliği, evlenme engelinin olmaması ve evliliğin şartsız olmasıdır. Nikâhın geçerlilik şartları ise, nikâhın şahitler huzurunda yapılması, evlenme engelinin bulunmaması, nikâhta herhangi bir cebir veya zorlamanın olmamasıdır. Anılan unsur veya şartlardaki eksikliğin sonucunun ne olacağı, eksikliğin ne olduğuna göre değişmektedir.

İslam hukuku bakımından evlenme engelleri, devamlı ve geçici olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Devamlı evlenme engelleri[341] şunlardır: kan hısımlığı (usul, füru, ana babanın füru, dede ve ninenin sadece çocukları bakımından), sıhrî hısımlık (üstsoyun eşleri, altsoyun eşleri, eşin üstsoyu, eşin altsoyu), süt hısımlığı (süt emen

---

[340] *İlmihal*, Cilt II, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 18. Bası, Ankara 2002, s. 203-217.

[341] Devamlı evlenme engelleri ile ilgili bkz. Şamil Dağcı, "İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri I (Sürekli Evlenme Engelleri)", http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/779/9971.pdf, E.T.: 20.05.2014, s. 175-237.

çocuk, emziren kadının öz çocuğu gibi düşünüldüğünde, öz çocuk o aileden kimlerle evlenemezse, süt emen çocuk da aynı kimselerle evlenemez[342]). Geçici evlenme engelleri ise şunlardır: başkasının eşi olmak, iki akraba ile birden evlenmek, üç kere boşanmak, din farkının olması.

TMK'da dini evlilikle ilgi tek tüküm,143. maddenin 2. ve 3. fıkralarıdır. 2. fıkraya göre, aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dini töreni yapılamaz. 3. fıkraya göre ise, evlenmenin geçerli olması dini törenin yapılmasına bağlı değildir. Bu düzenlemeler göstermektedir ki, TMK esas itibariyle medeni evlenmeyi kabul etmekle birlikte, hukuk sistemince kabul edilen medeni evlenmenin yapılmasının ardından, eşlerin dini tören yapmasına da izin vermektedir. Dini tören yapılabilmesinin şartı, medeni evliliği kanıtlayan aile cüzdanının gösterilmesidir. Bu şart yerine getirilmeden yapılan bir dini tören, Türk Ceza Kanunun 230. maddesinin 5. ve 6. fıkraları uyarınca suç teşkil etmektedir. Türk Medeni Kanunu anlamında bir medeni evlilik yapılmaksızın, sadece dini evliliğin yapılmasına, Türk hukuk sistemi herhangi bir hukuki statü tanımamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesinin koruma alanına, devlet tarafından resmi olarak tanınmış evlilikler girmektedir. Bu bağlamda, ülkemiz açısından resmi nikâh olmaksızın yapılan dini evliliklere hukuki bir statü tanınmadığından, dini evlilikler 12. madde koruması kapsamına girmemektedir. Bu konuyla ilgili bir davada[343], 26 yıl dini nikâhlı kocasıyla medeni evlilik yapmaksızın yaşamış ve altı çocuk dünyaya getirmiş kadının, kocasının ölümünün ardından, dini evliliğe resmi evliliğin sonuçlarının bağlanması talebine ilişkin olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvurmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre, devlet, evliliğin akdedilmesini belirli bir usule tabi kılabilir. Bu bağlamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletin ulusal mevzuat tarafından öngörülmeyen dini evliliğe, resmi evliliğin sonuçlarını tanımakla yükümlü tutulamayacağına hükmetmiştir.

---

[342] Ahmet Yaman, *İslam Aile Hukuku*, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Vakfı Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2012, s. 44.

[343] *Şerife Yiğit / Türkiye* (Büyük Daire), Başvuru No: 3976/05, 2.11.2010.

E. Bazı Meslek Mensuplarına Getirilen Sınırlamalar

Genel bir mevzuat taraması yapıldığında, ülkemizde bazı meslek mensuplarına, sırf o mesleklerde bulundukları için bir takım evlenme engellerinin getirildiği görülmektedir. Çalışmanın bu kısmında, bu tarz düzenlemelere yer verilecektir.

27.09.2001 tarih ve 24536 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan Harp Okulları Yönetmeliğinin, "Harp Okulları Giriş Koşulları" başlığını taşıyan 44. maddesinin d bendine göre, okula girebilmek için, nişanlı, evli, dul, hamile, çocuklu olmamak veya herhangi bir kadınla ya da erkekle nikâhsız olarak birlikte yaşamamak gerekmektedir. Yönetmeliğin 61. maddesi ise, "Disiplin Nedeniyle Okuldan Çıkarılma"yı düzenlemiş ve harp okullarına giriş koşullarını taşımadıkları öğrenimleri sırasında anlaşılanlar ile öğrenimleri süresince bu koşulları kaybedenlerin, yüksek disiplin kurulu kararıyla okuldan çıkarılacağı hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda, evli veya çocuklu olmamak hem okula girerken, hem de öğrenim süresince aranan bir şarttır.

Benzer bir düzenleme, 03.05.2008 tarih ve 26865 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan, Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Yönetmeliğinde mevcuttur. Yönetmeliğin 13. maddesi okula giriş koşullarını düzenlemekte ve evli, dul, nişanlı olmamayı ya da bir kadınla nikâhsız yaşamamayı şart olarak öngörmektedir. 26. maddeye göre ise, öğrenim süresince evlenen, nişanlanan veya bir kadınla birlikte yaşayan öğrenciler, okuldan çıkarılırlar.

25.04.2001 tarih ve 4652 sayılı Polis Yüksek Öğretim Kanunu da benzer yasaklar içermektedir. Gerçekten de, Kanunun 15. maddesinde "*fakülteye evli öğrenci alınmaz ve öğrenciler öğrenimleri süresince evlenemezler*" hükmü yer almaktadır. Öğrencilik sıfatının sona ermesini düzenleyen 16. madde de ise, giriş ile ilgili nitelikleri taşımadıkları anlaşılanların öğrenciliğine son verileceği belirtilmiştir.

Görüldüğü üzere, belirli meslek mensupları bakımından getirilen düzenlemeler, belirli süre ile evlenme ve aile kurma hakkını yasaklamaktadır. Bu tarz mesleklerden birini yapmak isteyen ve mevzuatta belirtilen süreler içinde olan, aynı zamanda da evlenmek isteyen kişiler, ikisinden birini seçmeleri gereken bir yol ayrımında bulunmaktadırlar. Evlenmenin yasaklandığı süreler, değişmekle birlikte, genellikle iki ile dört yıldır. Evlenmek için diğer tüm koşulları sağlayan fakat yapmak istediği meslek nedeniyle belirli süre evlenemeyen kişiler bakımından, bu süreler bazı hallerde evlenme

hakkına müdahale niteliği taşıyabilir. Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne pek dava gelmemiştir. Böyle bir durumda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, Avrupa devletlerindeki durumu araştırarak, çoğunda bu gibi düzenlemelerin olması halinde, bu konunun taraf devletlerin takdir yetkisi içinde kaldığına hükmedebileceği düşünülebilir.

07.07.2010 tarih ve 6004 sayılı Dışişleri Bakanlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun, buraya kadar belirtilen mevzuatlardan farklı olarak, yasak değil izin sistemi öngörmüştür. Gerçekten de, Kanunun 20. maddesinin 4. fıkrasında, Bakanlık memurlarının evlenmeden önce Bakanlıktan izin almakla yükümlü oldukları belirtilmiştir. Kanunda bu iznin, güvenlikle ilgili gerekçelerle alındığına hükmedilmiştir. Aynı fıkranın son cümlesinde, Bakanlıktan izin almadan evlenenlerin istifa etmiş sayılacağı düzenlenmekteydi. Fakat bu son cümle, Anayasa Mahkemesinin 27.03.2014 tarih ve E.2013/158, K.2014/68 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. Anayasa Mahkemesi iptal gerekçesinde şunları ifade etmiştir: "*Devletin dış politikasının güven içinde yürütülebilmesi için, Dışişleri Bakanlığı memurlarına evlenmeden önce izin alma yükümlülüğü öngörülmesinde kamu yararı bulunduğu yadsınamaz. Ancak, evlenilen kişi hakkında dış politika hizmetlerinin gerektirdiği güvenlik esasları yönünden herhangi bir olumsuz tespitin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, salt evlilik öncesi izin almamasından dolayı, kişinin belli bir süre kamu hizmetine girmesine engel olan memuriyetten istifa etmiş sayılma yaptırımının öngörülmesinin, ulaşılmak istenen amaç karşısında orantılı bir tedbir olduğu söylenemez. Bu durum, hukuk devletinin bir gereği olan ölçülülük ilkesine aykırı düştüğü gibi Devletin, ailenin birliği ve refahını koruma hususundaki pozitif yükümlülüğünün de ihlali sonucunu doğurur. Açıklanan nedenlerle, itiraz konusu kural Anayasanın 2. ve 41. maddelerine aykırıdır. İptali gerekir.*"

Görüldüğü üzere, Dışişleri Bakanlığı ile ilgili mevzuatta, personelin evlenmesi belirli bir süre yasaklanmamış ancak izin sistemi öngörülmüştür. İlgili maddenin son fıkrasında öngörülen izin almadan evlenen personelin istifa etmiş sayılacağına dair hüküm, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Söz konusu iptal, evlenme ve aile kurma hakkı bakımından olumludur. Zira istifa etmiş sayılmak oldukça ağır bir müeyyidedir. Ancak anılan hükmün iptali ile birlikte, izin almaksızın evlenen personelin durumu ile ilgili bir belirsizlik ortaya çıkmıştır. Bu belirsizliğin giderilmesi

bakımından, izin almaksızın evlenen personelin nispeten daha hafif bir yaptırım olan başka bir kuruma naklinin öngörülmesi kanımızca yerinde olacaktır.

F. Yapay Döllenme

TMK'da yapay döllenme ile ilgili herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Pozitif hukukumuzda yapay döllenmenin yer aldığı tek düzenleme, Sağlık Bakanlığı tarafından çıkarılan Üremeye Yardımcı Tedavi Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmeliktir.[344]

Yönetmelik kapsamında, yapay döllenmeden yararlanma imkânı sadece evli kişilere ve sadece anne adayının yumurtası ile baba adayının spermlerinin birleştirilmesiyle sınırlı olarak tanınmıştır. Buna göre, bekâr olanlar ya da medeni nikâh yapmaksızın birlikte yaşayanlar, bu yola başvuramaz. Öte yandan, üremeye yardımcı tedavi uygulanacak eşlere sadece kendilerine ait üreme hücreleri uygulanacaktır.[345] Bu bağlamda, taşıyıcı annelik ve sperm bankası gibi uygulamaların yasak olduğunu söylemek mümkündür. Zira Yönetmeliğin yasakları düzenlediği 18. maddesinde donör uygulaması açıkça yasaklanmıştır.

Mevzuatımızda yer alan yapay döllenmeye ilişkin bu Yönetmeliğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 12. maddesi ile uyumlu olduğunu söylemek, kanımızca mümkündür. Zira Sözleşmenin 12. maddesi anlamında aile kurma hakkı, evli kişilere tanınmış bir haktır.

---

[344] Yönetmelik için bkz. 06.03.2010 tarih ve 27513 sayılı RG.

[345] Nüket Örnek Büken, "Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYT) Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile ilgili Bazı Çıkarımlar", www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/.../**uremeye**_yardimci.doc, E.T.:12.05.2014. Konu ile ilgili detaylı bilgi için anılan çalışmanın tamamına bakınız.

SONUÇ

Evlenme ve aile kurumları insanlık tarihi kadar eski olsa da, bir hak olarak kabul edilmeleri ve uluslararası belgeler ile anayasalar tarafından düzenlenmeleri o kadar eski değildir. Toplumsal değişimlerin bir sonucu olarak, klasik evlenme kurallarının kapsamı dışında kalan kimselerin evlenme ve aile kurma talepleri görünür hale gelmiş ve hatta bunun bir hak olduğu ileri sürülmüştür. Bu bağlamda evlenme ve aile kurma hakkına dair kurallar önem kazanmıştır.

Evlenme ve aile kurma hakkı pek çok anayasada ve uluslararası belgede de bir hak olarak yer almıştır. Bu belgeler içerisinde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi göze çarpmaktadır. Her ikisi de evlenme ve aile kurma hakkına yer vermekle birlikte, Sözleşmede evlenecek tarafların kadın ve erkek olmasına vurgu yapılırken, Şartta böyle bir vurgu olmaksızın "herkes" ifadesinin yer aldığı gözlemlenmektedir. Bu nedenle gerek şartın gerekçesinden, gerek doktrindeki değerlendirmelerden ve gerekse Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarından hareketle Şartın daha ileri bir metin olduğunu söylemek mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 12. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkına yer vermiştir. İfade tarzından hareketle, maddede tek bir hakkın düzenlendiği düşünülebilirse de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında da belirtildiği gibi 12. madde hem evlenme hakkını hem de aile kurma hakkını düzenlemektedir. 12. madde kapsamında sadece ulusal hukuk tarafından tanınan evlilikler evlenme hakkına konu olabilir. Yine 12. maddede yer alan aile kurma hakkından yararlanmak için ise ulusal hukukun tanıdığı şekilde evlilik yapmış olmak gerekir. Uygulamada Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu hakları genellikle sınırlı bir yoruma tabi tutarak, hakkın kapsamını daralttığı gözlemlenmektedir. Mahkeme özellikle evlat edinme ve yapay döllenme ile ilgili konuları hiçbir ayrım gözetmeksizin 8. maddede yer alan aile yaşamına saygı hakkı kapsamında değerlendirmektedir. Kanımızca, bu konularda, başvuruda bulunanlar ulusal hukukun kabul ettiği bir şekilde evlenmişlerse, 12. madde kapsamındaki aile kurma hakkı çerçevesinde değerlendirme yapmak yerinde olurdu.

Toplumsal değişimin evlenme ve aile kavramları üzerindeki etkisi belirgin hale gelmeye başladığında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne davalar da

çeşitlenmeye başlamıştır. Bunun en belirgin örnekleri transseksüellerin ve eşcinsellerin evlenme talepleri ile ilgilidir. Eşcinsellerin evlenme talepleriyle ilgili bir davayı ilk kez 2010 yılında inceleme fırsatı bulan Mahkeme, bu konuyla ilgili genel ilkeler henüz oluşmadığından transseksüellerle ilgili içtihatlarından yola çıkmıştır. Kararında eşcinsel evlilikleri kabul eden ülkeler olmakla birlikte, henüz bir konsensüs oluşmadığından devletlerin eşcinsel evliliklerin tanınmasına ilişkin bir yükümlülüklerinin olmadığı ve eşcinsel evliliklere izin verilmemesinin 12. maddedeki hakkı ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Transseksüellerin evlenme talepleri ile ilgili olarak ise Mahkeme eski tarihli kararlarında, evleneceklerin karşıt biyolojik cinsiyette olmaları kriterini katı bir biçimde uygulamış ve bu kişilerin evlenmelerine izin verilmemesini hakkın ihlali olarak görmemiştir. Bununla birlikte daha güncel içtihatlarında Mahkeme, transseksüellerin yeni cinsiyetlerinin karşıt cinsiyetinde olan biri ile evlenmelerine izin verilmemesini ihlal olarak değerlendirmeye başlamıştır. Mahkeme kararlarından çıkarılan ve burada ele alınabilecek bir diğer sonuç ise cezaevindeki kişilerin sırf cezaevinde oldukları gerekçesiyle evlenmelerine izin verilmemesinin hakkı ihlal ettiğidir. Bununla birlikte Mahkeme aynı değerlendirmeyi, cezaevindeki kişiler aile kurmak istediklerinde yapmamıştır. Gerçekten Mahkeme, cezaevindeki kişilere mahrem eş ziyaretlerinin ya da yapay döllenme imkânlarının tanınmamasını ihlal olarak görmemiş ve 12. maddeden devletler için böyle bir yükümlülük çıkarılamayacağına hükmetmiştir.

Bilindiği üzere günümüzde hukukun her alanında "Ortak Avrupa Hukuk Sistemi" oluşmaya başlamıştır. Aile hukuku ve bu bağlamda evlenme ve aile kurma hakkı alanında da ortak bir hukuk anlayışının geliştiği söylenebilir. Avrupa ülkelerinin anayasalarında ve mevzuatında evlenme ve aile kurma hakkı konusunda farklı düzenlemeler bulunmakla birlikte, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde yer alan hükümler ve bu hükümleri uygulayan ve yorumlayan denetim organlarının kararları sayesinde en azından temel noktalarda ortak bir hukukun oluşmaya başladığı görülmektedir. Bu gelişmenin bir sonucu olarak evlenme ve aile kurma hakkına ilişkin Avrupa hukukundaki düzenlemelerden çıkan sonuçlar önem arz etmektedir. Bu sonuçlar özellikle ulusal yasa koyucular için daha fazla önem taşımaktadır.

Bu sonuçlar şöyle sıralanabilir:

-Ulusal yasa koyucuların belirlediği asgari evlenme yaşına, evlenme hakkının özüne dokunmadığı sürece, üye devlerin takdir alanı içinde görülerek müdahale edilmemesi gerekir.

-Hükümlülerin cezaevi içinde nikâh merasimi yapması veya sınırlı bir süre cezaevinden çıkarak dışarıda bir merasim yapması yasaklanarak evlenmelerine engel olunmamalıdır.

-Evlenme, tarafların üreme yeteneğinin olmasına bağlı tutulmamalıdır.

-Transseksüellerin evlenmesi, her durum ve koşulda imkânsız hale getirilmemelidir.

-Devletler, tek eşliliği ve belirli bir dinin ritüellerine göre yapılan bir evliliğin hukuken tanınabilmesi için asgari koşullar öngörmeye yetkilidirler.

-Ulusal yasa koyucular, eşcinsel evliliği kabul edip etmeme konusunda serbesttirler.

-Devletler, kabul edilmesi zor, makul ve mantıklı olmayan kısıtlamalar getiremez. Örneğin, boşanmış kişiler için üç yıl bekleme şartının aranması kabul edilemez niteliktedir.

-Avrupa hukuku, evliliğin, bekârlığın veya dulluğun ya da benzeri medeni statülerin tespitinde Avrupa Birliği hukukunu ihlal etmediği sürece, üye devletlerin yetkilerine saygı gösterir.

Buna karşılık evliliğin boşanma yoluyla sona ermesi konusunda açık bir hüküm yoktur.

Aile kurma, "hukuki" ve "fiili" aile ayrımı yapılmaksızın korunur. Fiili nitelikteki aile hayatının farklı biçimleri tanınabilir. Evli olmayan çiftler, yalnız başına bir anne ve kızı, bir baba ve evlilik dışı doğan kızı, heteroseksüel veya homoseksüel bir kişi ve evlat edindiği çocuk ilişkisi aile kavramı içinde görüşmesi gerekir. Bir ailenin kurulması hukuki nitelikte olmayı ve birlikte yaşama yükümlülüğünü şart kılmaz. Keza bir ailenin kurulması ile evlilik arasında zorunlu bir ilişki bulunmamaktadır.

Türk Hukukunda evlenme ve aile kurma hakkının yer alıp almadığı ile ilgili ilk olarak 1982 Anayasasına bakmak gerekmektedir. Anayasa, bu hakka doğrudan yer

vermemekle birlikte, yapılacak amaçsal bir yorumla, özel hayatın düzenlendiği 20. ve ailenin korunmasına dair düzenlemenin yer aldığı 41. maddelerden bu hakların Anayasada yer aldığı sonucuna varılabilir. Böyle bir yaklaşım, hukuk sistemimize yakın zamanda dahil olan Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru bakımından da işlevsel bir yaklaşımdır. Zira bireysel başvuru yolunu kullanabilmek için, ihlal edildiği iddia edilen hakkın hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yer alması aranmaktadır.

Türk Hukukunda evlenme ve aile ilgili düzenlemeler Anayasanın yanı sıra Türk Medeni Kanununda da yer almaktadır. Evlenme ve aile ile ilgili Kanunda bulunan şartların, Sözleşmeye ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarına uyguluğunun değerlendirilmesiyle birtakım sonuçlara ulaşmak mümkün görünmektedir. Bir kere Türk Hukukunda evlilik için, 17 yaşını doldurmuş olmak, ayırt etme gücüne sahip olmak, 18 yaşından küçükler ve ergin kısıtlılar bakımından yasal temsilcinin iznine sahip olmak, kan, kayın ve evlatlık hısımlığı bakımından birbirleri ile evlenmeleri yasak akrabalar içinde olmamak, evlenmeyi engelleyecek akıl hastalığı olmamak, hâlihazırda evli olmamak, bekleme süresi içinde olmamak ve sayılan bulaşıcı hastalıklara sahip olmamak gerekmektedir. Bu şartların çoğu Sözleşme sistemi ile uyumlu görünmektedir. Bununla birlikte bekleme süresi bakımından bir değerlendirme yapmak mümkündür. Kanunda evliliği sona eren kadın için yeniden evlenemeyeceği bir süre öngörülmüştür. Bu sürenin kaldırılabileceği haller, kadının gebe olmadığının anlaşılması, boşandığı eşi ile yeniden evlenmek istemesi ve gebe ise doğum yapması olmak üzere tahdidi bir şekilde belirtilmiştir. Ancak, kadın gebe ise ve doğum yapmadan evvel bu durumu bilen ve kabul eden biriyle evlenmek isterse, beklemek zorunda kalacağı bir süre ile karşı karşıya kalmaktadır. Bekâr gebe kadınlar bakımından böyle bir süre sınırının olmadığı düşünüldüğünde, evliliği sona eren gebe kadının başka biri ile evlenmesi için beklemesi gerekenin sürenin evlenme hakkını ihlal etmesi mümkün görünmektedir. Bunun önlenmesi için kanımızca, eski eşin de onayı alınarak kadın için öngörülen bekleme süresi mahkeme tarafından kaldırılmalıdır.

Türk Hukukunda birtakım mevzuatın evlenme ve aile kurma hakkını belirli süre ile yasakladıkları gözlemlenmektedir. Gerçekten de Harp Okulları Yönetmeliği, Polis Yüksek Öğrenim Kanunu ve Türk Silahlı Kuvvetleri Ortaöğretim Okulları Yönetmeliğinde belirli süre evlenme ve aile kurma yasağı öngörülmüştür. Bu

yasakların, kişileri istedikleri mesleği yapmakla evlenmek arasında tercih yapmak konusunda zorladıkları ve sırf o mesleği istedikleri için belirli bir süre evlenme ve aile kurma hakkından mahrum kalacakları için evlenme ve aile kurma hakkını ihlal ettiği sonucuna ulaşılabilir.

Türkiye'de cezaevindeki kişilerin evlenme haklarını kullanmaları bakımından herhangi bir problem görünmemektedir. Bununla birlikte mahkûmların evlenebilmeleri için aranan izin şartı bu çalışma kapsamında eleştirilebilir bulunmuştur. Mahkûmların aile kurma hakkı ile ilgili olarak, geçen yıl hukukumuza giren mahrem eş ziyaretlerinin ödül sistemi çerçevesinde getirildiği gözlemlenmekte ve bir hak olarak getirilmesi gerektiği savunulabilir bulunmuştur.

Tüm bu sonuçlar, evlenme ve aile kurma haklarının sabit şartları olan haklar olmadığını göstermektedir. Toplumsal gelişmelerin ve değişimlerin etkisiyle, bu haklara ilişkin talepler daha da artacaktır. Artan talepler zaman içinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önüne gelecek ve Mahkemenin içtihatları aracılığı ile ülkelere yol gösterici olacaktır.

KAYNAKÇA

ABDULHAKİMOĞULLARI, Erdal (Edt.), **Türk Anayasa Hukuku Mevzuatı,** Adalet Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2013.

AKAD, Mehmet- DİNÇKOL Abdullah, **1982 Anayasası Madde Gerekçeleri Ve Maddelerle İlgili Anayasa Mahkemesi Kararları,** Alkım Yayınevi, İstanbul 1998.

AKANDJI-KOMBE, Jean-François, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler**, Avrupa Konseyi Yayınları, Belçika 2008.

AKINTÜRK, Turgut – ATEŞ KARAMAN, Derya, **Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku,** Cilt 2, Beta Yayınları, 16.Bası, İstanbul 2014.

ARSLAN ÖNCÜ, Gülay, " Özel Yaşama Ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", Sibel İNCEOĞLU (Edt.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme,** Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 301- 333.

BERNSDORFF Norbert, "Art. 9", Jürgen MEYER (Hrsg.), **Charta der Grundrechte der Europäischen Union,** 3. Auflage, Nomos Verlag, Baden-Baden 2011.

BOYAR, Oya, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri Ve Dolaylı Yatay Etki", Sibel İNCEOĞLU (Edt.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme,** Beta Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 53- 81.

CANSEL, Erol "AÜHF 1969 – 1970 yılı 'Sosyal Devlet ve Aile' başlıklı açılış dersi", **AÜHFD**, s.13, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/324/3214.pdf, E.T.: 03.06.2014.

CİN, Turgay, "Yunanistan Anayasasında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması", **Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Cilt: 11, Sayı: 2, Yıl: 2009, s. 43- 80.

CHOUDHRY, Shazia – HERRING, Jonathan, **European Human Rights And Family Law,** Hart Publishing, Oregon 2010.

ÇAĞATAY, Mustafa, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması", **Anayasa Mahkemesinin Kuruluşunun 50. Yılına Armağan,** Anayasa Mahkemesi Yayınları, Ankara 2012, s. 309 -342.

DAĞCI, Şamil, "İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri I (Sürekli Evlenme Engelleri)",s.175-237, http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/37/779/9971.pdf E.T.: 20.05.2014.

DOĞRU, Osman, **Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi,** Legal Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2012.

DOĞRU, Osman – NALBANT, Atilla, **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli kararlar,** Cilt 2, Avrupa Konseyi, 1.Bası, Ankara 2013.

DURAL, Mustafa – ÖĞÜZ, Tufan- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, **Türk Özel Hukuku Cilt 3 Aile Hukuku,** Filiz Kitabevi, 4.Bası, İstanbul 2011.

ERDOĞAN, Mustafa, **İnsan Hakları Teorisi Ve Hukuku,** Orion Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2011.

EREN, Abdurrahman, **Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri,** Beta Yayıncılık, 1. Bası, İstanbul 2004.

FAWCETT, J.E.S., **The Application of The European Convention on Human Rights**, Oxford 1969, s. 225.

FOSTER, Steve, **Human Rights And Civil Liberties,** Longman, 2003.

GEMALMAZ, Mehmet Semih, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri - Cilt 2 Uluslararası Sistemler,** Legal Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2011.

_____, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 1, Legal Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul 2012.

_____, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukun Genel Teorisine Giriş**, Cilt 2, Legal Yayıncılık, 8. Bası, İstanbul 2012.

GÖREN, Zafer, **Anayasa Hukuku,** Yetkin Yayınları, Ankara 2011

GÖZLER, Kemal, **Türk Anayasa Hukuku Dersleri,** Ekin Yayınları, 10. Bası, Bursa 2010.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref - GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ve Uygulaması**, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara 2011.

GRABENWARTER, Christoph - PABEL, Katharina **"**Europäische Menschenrechtskonvention"**, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck**, München 2012, s. 273.

GÜLMEZ, Mesut, **Birleşmiş Milletler Sisteminde İnsan Haklarının Korunması**, TBB Yayınları, 1. Bası, Ankara 2004.

HÄFELİN, Ulrich **–** HALLER**,** Walter **–** HALLER, Helen**,** Schweizerisches Bundesstaatsrecht**, 7. Auflage, Schulthess Verlag**, Zürich 2008,

HARRIS, David – O'BOYLE, Michael – WARBRICK, Colin, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku,** Avrupa Konseyi, 2013.

İLMİHAL, Cilt II, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 18. Bası, Ankara 2002.

İNCEOĞLU, Sibel, "Hak ve Özgürlükleri Sınırlama ve Güvence Rejimi", Sibel İNCEOĞLU (Edt.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme,** Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 23-53.

İZGİ, Ömer – GÖREN, Zafer, **Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu,** TBMM Basımevi, Ankara 2002.

JARASS, Hans D., **Charta der Grundrechte der Europäischen Union**, Verlag C. H. Beck, München 2010, Art. 9, Rn. 2.

JARASS, Hans D.– PİEROTH, Bodo, **Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, 12. Auflage, C. H. Beck Verlag, München 2012.

KARADAĞ, Nergiz, **Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları,** Oniki Levha Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2008.

KARAKAŞ, Fatma Tülay, "Evlenme Engeli Olarak Düz Çizgi Kayın Hısımlığı Ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi" **Terazi Hukuk Dergisi,** Yıl:1 Sayı:3, Kasım 2006, s. 87- 99.

KARAMAN, Ebru, **Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru Yolu,** Oniki Levha Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2013.

KARAN, Ulaş, "Evlenme Ve Aile Kurma Hakkı", Sibel İNCEOĞLU (Edt.), **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Ve Anayasa – Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme,** Beta Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2013, s. 425- 439.

KOCH, Ida Elisabeth, "The Justiciability of Indivisible Rights", **Nordic Journal of International Law**, Vol. 72, Number 1, 2003.

LAU, Holning, "Rewriting Schalk and Kopf: shifting the locus of deference", Eva BREMS (Edited By), **Diversity And European Human Rights,** Cambridge Universty Pres, 2013, page 243-264.

METİN, Yüksel, **Ölçülülük İlkesi,** Seçkin Yayıncılık, 1. Bası, Ankara 2002.

_____, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Çerçevesinde Evlenme Hakkı", **Terazi Hukuk Dergisi,** Yıl:1**,** Sayı:2, Ekim 2006, s. 99- 109.

METİN, Yüksel – KAYGISIZ, Ümmühan, **"**Avrupa Birliği'nde Temel Hakların Korunması ve Lizbon Antlaşması'nın Getirdiği Yenilikler**"**, **S.D.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: I, Sayı:1, Yıl: 2011, s. 155.

MEYER-LADEWIG, Jens**, Europäische Menschenrechtskonvention,** 3. Auflage, Baden-Baden 2011.

MOWBRAY, Alastair, **Cases, Materials and Commentary on the European Convention On Human Rıghts,** Oxford Yayınları, Oxford 2012.

MÜLER**,** Jörg Paul - SCHEFER, "Markus Grundrechte in der Schweiz," **4. Auflage, Stämpfli Verlag**, Bern 2008, s. 218.

OVEY, Clare – WHITE Robin C.A. **European Convention On Human Rights,** Oxford, Third Edition, 2002.

ÖZBUDUN, Ergun, **Türk Anayasa Hukuku,** Yetkin Yayınları, 12. Bası, Ankara 2011.

ÖZTAN, Bilge, **Aile Hukuku,** Turhan Kitabevi, 5. Bası, Ankara 2004.

PACHE, Eckhard - RÖSCH, Franziska, "Die Grundrechte der EU nach Lissabon", **Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht**, Heft 10, Oktober 2009, s. 394.

PETERS, Anne - ALTWİCKER, Tilmann, **Europäische Menschenrechtskonvention**, Verlag C. H. Beck, München 2012.

PİEROTH, Bodo – SCHLİNK, Bernhard**, Grundrechte: Staatsrecht II**, 27. Auflage, C. F. Müller Verlag, Heidelberg 2011.

POULTER, Sebastian, "Definition of Marriage in English Law", **The Modern Law Review**, Vol.42, July 1979, s. 409- 429.

PROBERT, Rebecca, "Hyde / Hyde: Defining or Defending Marriage?", **Child and Family Law Quarterly**, Vol: 19, No: 3, 2007, s. 322

PÜRSELIM, Hatice Selin , "Milletlerarası Özel Hukuk'ta Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı Kurumu: Almanya'da Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığının Kurulması ve İptali", **İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Konferans Bildiri Kitabı**, Adalet Yayınevi, Ankara 2013, s. 155-167.

SAĞLAM, İpek, "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine bir Değerlendirme", **AÜEHFD**, Cilt: VIII, Sayı: 3-4, Yıl: 2004, s. 455-469

SİRMEN, Kazım Sedat, "Eşcinsel Birliktelikler ve Bunların Kanunlar İhtilafı Hukukunda Düzenlenişi", **AÜHFD,** Cilt: 58, Sayı:4, Yıl: 2009, s. 825-880.

STANDLEY, Kate, **Family Law,** Palgrave Law Masters**,** New York 2004.

TANÖR, Bülent- YÜZBAŞIOĞLU, Nemci, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku,** Beta Yayınları, 11. Bası, İstanbul 2012.

TERHECHTE, Jörg Philipp, **Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte**, Mohr Siebeck Verlag, Tübingen 2010,

TETTİNGER, Peter J., "Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union", **Neue Juristische Wochenschrift,** Heft 14, 2001

TURAN BAŞARA, Gamze, "Türk Medeni Kanunu'nun 40'ıncı Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği Ve Hukuki Sonuçları", **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, Sayı:103, 2012, s. 245- 266.

UYAR, Lema, **Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları-İnsan Hakları komitesi Ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, 1981-2006**-, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2006.

VAN DİJK, P.– VAN HOOF**,** G.J.H**. The Theory and Practice of the European Convention on Human Rights**, Kluwer Law and Taxation Publishers, Second Edition, 1990

VELİDEDEOĞLU, H. Veldet**, Türk Medeni Hukuku, C.II Aile Hukuku**, 5. Bası, İstanbul 1965

YAMAN, Ahmet**, İslam Aile Hukuku,** Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, 9. Bası, İstanbul 2012.

YASAN, Candan, **Milletlerarası Özel Hukukta Aynı Cinsiyetten Kişilerin Birliktelikleri,** Oniki Levha Yayınları, 1. Bası, İstanbul 2013.

ZEVKLİLER, Aydın, **Medeni Hukuk,** Savaş Yayınları, 2.Bası, Ankara 1989.

ZEYTİN, Zafer – ERGÜN, Ömer, **Türk Medeni Hukuku**, Seçkin Yayınları, 2. Bası, Ankara 2013.

İnternet Kaynakları:

ÖRNEK BÜKEN, Nüket, "Üremeye Yardımcı Tedavi (ÜYT) Uygulamaları ve Üremeye Yardımcı Tedavi Merkezleri Hakkında Yönetmelik ile ilgili Bazı Çıkarımlar", www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/.../**uremeye**_yardimci.doc, E.T.:12.05.2014.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARI FİHRİSTİ

(Başvuran Adına Göre Alfabetik Sıralı)

Aliev / Ukrayna, Başvuru No: 41220/98, 29.04.2003.

Aresti Charalambous / Kıbrıs, Başvuru No: 43151/04, 19.07.2007.

B & L / Birleşik Krallık, Başvuru No: 36536/02, 13.09.2005.

Buchholz / Almanya, Başvuru No: 7759/77, 06.05.1981.

Christine Goodwin / Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002.

Cossey / Birleşik Krallık, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990.

Dickson / Birleşik Krallık (4. Daire), Başvuru No: 44362/04, 18.04.2006.

Dickson / Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No:44362/04, 04.12.2007.

Di Lazzaro / İtalya (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 31924/96, 10.07.1997.

Draper / Birleşik Krallık (Komisyon), Başvuru No:8186/78, 10.07.1980.

Emonet ve diğerleri / İsviçre, Başvuru No:39051/03, 13.12.2007.

F / İsviçre, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987.

Frasik / Polonya, Başvuru No: 22933/02, 05.01.2010.

H / Finlandiya, Başvuru No: 37359/09, 13.11.2012.

Hamer / Birleşik Krallık, Başvuru No: 7114/75, 13.12.1979.

Hirst / Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No: 74025/01, 06.10.2005.

I / Birleşik Krallık (Büyük Daire), Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002.

Janis Khan / Birleşik Krallık (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 11579/85, 7.7.1986.

Jaremowicz / Polonya, Başvuru No: 24023/03, 05.01.2010.

Johnston ve diğerleri / İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986.

L / Litvanya, Başvuru No: 27527/03, 11.09.2007.

Marckx / Belçika, Başvuru No:6833/74, 13.06.1979.

Munoz Diaz / İspanya, Başvuru No: 49151/07, 08.12.2009.

O'Donoghue / Birleşik Krallık, Başvuru No: 34848/07, 14.12.2010.

P, C ve S / Birleşik Krallık, Başvuru No: 56547/00, 16.07.2002.

Parry / Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006.

R ve F / Birleşik Krallık (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 35748/05, 28.11.2006.

Rees / Birleşik Krallık, Başvuru No:9532/82, 17.10.1986.

S.H. ve Diğerleri / Avusturya (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 57813/00, 15.11.2007.

Sanders / Fransa (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No:31401/96, 16.10.1996.

Savoia ve Bounegru / İtalya (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No:8407/05, 11.07.2006.

Schalk ve Kopf / Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010.

Sheffield ve Horsham / Birleşik Krallık(Büyük Daire), Başvuru No: 31-32/1997/815-816/1018-1019, 30.07.1998.

Singh ve diğerleri / Birleşik Krallık (Dostane Çözüm), Başvuru No: 60148/00, 08.06.2006.

Sijakova ve diğerleri / Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti (Kabul edilebilirlik), Başvuru No: 67914/01, 06.03.2003.

Şerife Yiğit / Türkiye (Büyük Daire), Başvuru No:3976/05, 2.11.2010.

VK / Hırvatistan, Başvuru No: 38380/08, 27.11.2012.

Wildgruber / Almanya, Başvuru No: 42402/05 – 42423/05, 29.01.2008.

X / Almanya (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No:7175/75, 12.07.1976.

X / Federal Almanya Cumhuriyeti (Komisyon), Başvuru No:892/60, 1961, Yearbook IV, Sayfa 240-246.

X / Birleşik Krallık, Başvuru No: 6564/74, 21.05.1975.

X ve Y / Birleşik Krallık (Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 7229/75, 15.12.1977.

X ve Y / İsviçre, Başvuru No: 8166/78, 03.10.1978.

X ve Y / Birleşik Krallık (Komisyon, Kabul Edilebilirlik), Başvuru No: 7229/75, 15.12.1977.

ÖZ GEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler :

Adı ve Soyadı : Ayşe YAMAN KAPLAN

Doğum Yeri ve Yılı : Ardahan / 1986

Medeni Hali : Evli

Eğitim Durumu :

Lisans Öğrenimi : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi–28.07.2009

Yüksek Lisans Öğrenimi : Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü

Yabancı Diller ve Düzeyi :

1. İngilizce / KPDS 65

İş Deneyimi :

1. Avukatlık Stajı (1 yıl)

2. Avukatlık (5 ay)

3. Araştırma Görevliliği (3 yıl – halen devam ediyor)

Bilimsel Yayın ve Çalışmalar:
