

GAYRİRESMİ EVLİLİKLERDE, EŞLERİN İNSAN HAKLARI YOLUYLA KORUNMASI¹

Susan RUTTEN*²

Çeviren: Ahmet TAŞKIN**

1. Giriş

Devletler, geçerli bir evlilik için yapılması gerekenleri ve bir evliliğin sonuçlarını emredici olarak düzenlerler. Hollanda gibi bazı devletler yalnızca resmi evlilikleri onaylarken, bazıları da bu evliliklerin hukuki sonuçlarını tanımaktadır; bununla birlikte bu ülkeler resmi evlilikten sonra evliliğin bir parçası olarak dini merasimlere de izin vermektedir.

Bunun en çok bilineni, çok kültürlü ve çok dinli toplumlarda farklı gruplara mensup insanların anlaşarak resmi evlilikten sonra bu yola başvurmalarıdır. Bu gruplar içinde mevcut bulunan normlar, değerler ve gelenekler yaşadıkları toplumun resmi ve şekli kuralları ile uyumlu değildir. Resmi hukukun yanında resmi olmayan hukuk kuralları da varlığını sürdürmektedir. İnsanlar, resmi olmayan bu kurallar dâhilinde kendi kültür, din ve geleneklerine göre evlenirler ve daha sonra kendi sosyal çevrelerinde eş (evli) olarak bilinirler. Bu evlilik, resmi bir gereklilikten dolayı devletin hukuk düzeni tarafından tanınmazsa, gayri resmi evlilik olarak adlandırılır.

İnsanları çoğu, kendilerine bazı kolayıklar ve haklar sağladığı için çoğunlukla medeni statüye kavuşmayı önemsemekte, bu nedenle de medeni evlilik yapmaktadırlar. Bunun sonucu olarak insanlar çok sık olarak birisi resmi, diğeri kültürel ve dinsel geleneklere uygun iki farklı evlilik yapmaktadır.

Bununla birlikte, insanların yaşamış oldukları yerdeki koşullara göre gayri resmi evlilikler de olmaktadır. Bunlardan birisi, resmi evliliği bilmediği için gayri resmi evliliğe girişenlerin durumudur. Kanuni açıdan

¹ Söz konusu makalenin orijinal metni [www.utrechtlawreview.org/Volume 6, Issue 2](http://www.utrechtlawreview.org/Volume%206,%20Issue%202) (June) 2010 77 adresinde bulunmaktadır. (Çevirmen).

* Susan RUTTEN (email: s.rutten@maastrichtuniversity.nl) is a Lecturer in Private International Law and Islamic Family Law at Maastricht University, Maastricht (the Netherlands). ** Yargıtay Üyesi.

bu eşler evli eş olarak kabul edilmedikleri halde kendilerini evli olarak görmekteyler. İkinci durumda, daha önce dini ve geleneksel evliliğe girmiş olan eşler ayrılmaktadırlar.

Her halukarda gayri resmi evlilikler yasal bir boşanma veya ayrılık ile son bulmayacak ve varlığını sürdürecektir. Sonuç olarak, taraflar bu gayri resmi evlilik içinde birbirlerine bağlanmış olacaktır. Bilinen birinci durumda, eşlerin herhangi bir yolla kanun tarafından korunup korunmadığı düşünülebilir. Bu durum, evliliğe acil bir yasal statü kazandırmak değil, saygı çerçevesinde taraflara eş muamelesi yapmak ve onlara evliymiş gibi belli yasal haklar vermektir.

İkinci durumda, taraflardan biri ve genellikle evli kadın gayri resmi evlilikten zarar görebilir. Bu durumda ortaya çıkan soru, sosyal olarak eski kocasına bağlı kalan kadının korunup korunmayacağıdır.

Bu makale özellikle, gayri resmi bir evlilikte ne ölçüde insan hakkı olacağını ve bunun bir araç olarak eşe karşı ne tür yasal koruma getireceğini inceleyecektir. 2009'da gayri resmi evliliğin korunması sorusuyla ilgili iki farklı durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin önüne getirilmişti. Bunlar *Şerife Yeğit v. Turkey*³ ile *Muñoz Díaz v. Spain*⁴ davalarıydı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi iki durumdada eşler hakkında henüz bir karar vermedi. Ayrıca şimdiye kadar bu konu hakkında ulusal mahkemelerde de bir karar verilmedi.

Eşitlik ilkesi (yasal olarak evli çiftlerde eşitlik), aile yaşamının korunması (çoğunlukla bu tür aile hayatı için), din özgürlüğü (gayri resmi evlilik dini bir evlilik içinde kurulmuşsa), eski eşle ilgili haklar (kadının sosyal olarak gayri resmi evlilik içinde tutulması), kişisel gelişim gibi haklar, çalışmama hakkı, aşağılanmama hakkı, yeni bir aile kurma hakkı, eşitlik hakkı (eşlerin eşitliği), güvenlik ve özgürlük hakkı, resmi bir evlilik sonuçlandırıldığında ortaya çıkan insan haklarıdır.

Açıklanacak olan problem küresel olandır. Bununla birlikte Hollanda'da yasa tarafından yapılan bir tanımlama örnek olarak gösterilecektir.

Konuya, insanları gayri resmi bir evlilik yapmaya iten dürtüleri tanımlayarak başlayacağım. Gayri resmi bir evliliğin, karakteristik olarak kültürel, geleneksel ve dinsel nedenleri olduğu veya bu tür evliliğin resmi evlilik-

³ ECtHR (AİHM) 20 January 2009, application no. 3976/05.

⁴ ECtHR (AİHM) 8 December 2009, application no. 49151/07.

lerin gerçekleşmesinden çekinildiği için yapıldığı görülecektir. Çok kültürlü bir toplum içinde meşru çoğunluk açısından birinci kategoride bulunan saikler diğerine göre baskındır. Bu yüzden aşağıda gayri resmi evliliklerin kültürel, geleneksel ve dinsel saiklerle yapılmış olmasına da sadık kalacağım. Ondan sonra bir ulusal hukuk sisteminde kültürel ve dinsel evliliklerin durumuna döneceğim. Bunu ulusal aile hukuku ve milletlerarası özel aile hukukunda yer alan kurallar ile medeni statü verilen evlilikler takip edecektir. Hangi durumlarda kültürel ve dini evlilikler yapılmaktadır?

Aşağıdaki bölümde gayriresmi bir evlilikte eşlerin insan hakları yoluyla korunmasını inceleyeceğim. Gayri resmi evliliklerin korunmasıyla ilgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi davaları bu konuyu açıklamış olacaktır. Son olarak, gayri resmi bir evlilik içinde bulunan kadının durumu ile kocası tarafından terk edilen kadının durumu incelenecektir.

2. İnsanların Resmi Yoldan Ayrılarak Gayri Resmi Evlilik Yolunu Seçme Nedenleri

Son zamanlarda Hollanda Hükümeti tarafından yaptırılan küçük ölçekli bir sayım çalışmasında Hollanda'da gayri resmi evliliklerin gerçekleştirildiği görüldü. İnsanların bu kadar sık olarak neden gayri resmi şekilde evlendikleri konusunda araştırma yapıldı ve gayri resmi evlilikler hakkındaki rapor sonuçları yayımlandı.⁵ Gayri resmi evlilikler üzerinde başka araştırma projeleri de yapıldı, fakat son proje sonuçları henüz yayımlanmadı.⁶ Bu araştırma projelerinden çıkan sonuçlara göre insanlar kültürel ve dini nedenlerle gayri resmi evlilikleri istemektedirler.

İnsanlar çeşitli nedenlerden dolayı gayri resmi evlilik yapmaktadırlar. Birincisi; insanlar resmi evlilikten uzak durmak istiyorlar; bununla birlikte sosyal açıdan bunu onaylamaktadırlar.

Resmi bir evlilikten uzak durma, sosyal güvenlik hükümlerinin kaybını önlemek, verginin etkilerinden veya diğer mali yükümlülüklerden kurtulmak için ilgi çekici olabilir. Resmi evlilik, laik hukuk kurallarına karşı direnişten sakınma hareketi de olabilir. İkincisi, resmi evlilik önünde bir

⁵ J. van der Leun & A. Leupen, *Informeel huwelijken in Nederland; een exploratieve studie*, Universiteit Leiden, in opdracht van WODC 2009, *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2008-2009, 31 700 VI, no. 160 Bijlage.

⁶ *Inter alia* by Annelies Moors, University of Amsterdam (Muslim marriages), and by Annemeik Schlatmann, Utrecht University (marriages amongst shi'ites in the Netherlands).

engelin bulunması durumudur. Bu, yasal bir engel (örneğin; eşlerden birisi zaten bir başkasıyla evlidir veya evlilik için gerekli belgelerden bir kısmı yoktur) olabilir. Üçüncüsü, gayri resmi evlilik, resmi evlilik öncesinde bir deneme süresi olabilir.

Eğer insanlar kültürel veya dini bir evlilik yapacaklarsa bu durumda gayri resmi evlilik ortaya çıkar. Taraflar aynı zamanda resmi nikâh yapmazlarsa veya dini ya da kültürel evliliklerin yasal olduğu ve tescilden sonra resmi evlilik olarak kabul edildiği ülkelerde evlilik tescil edilmezse gayri resmi evlilik gerçekleşmiş olur. Dini evlilikler her şeyden önce insanların dini inançlarının bir sonucudur. Üstelik geleneksel olması ve sosyal açıdan kabul edilmesi nedeniyle dini evlilikler taraflar için tek geçerli yoldur. Bu nedenle bu tür evlilikler eşler arasında cinsel ilişkinin kapılarını açmakta, birlikte yaşamayı, gezmeyi, otelde kalmayı ve benzerlerini meşrulaştırmaktadır. Roman evlilikleri gibi kültürel evlilikler mevcut gelenekler tarafından benimsenmektedir.

3. Ulusal Hukuka Göre Evliliklerin Yasal Durumu

Medeni durum, gerek ulusal aile hukuku ve gerekse milletlerarası özel hukuk yasaları tarafından verilmektedir. Bu nedenle ülkede yapılmış olan evliliklerin geçerliliğine ilişkin kurallar aşağıda açıklanacaktır (Bölüm 3.1.) Ayrıca, insanlar için yurt dışına çıkmak ve orada evlenmek oldukça kolay olduğu için yabancı evliliklerin tanınması tartışılacaktır (Bölüm 3.2.). Bu yüzden, evliliğin maddi boyutlarına değil, yargılama usulü açısından evliliğin gerçekleşme yönlerine (kültürel, dini veya medeni) odaklanacağım.

Dini ve kültürel evliliklerin yasal durumu ve onların ulusal hukuka göre korunması hakkında ne söylenebilir? Bu kısımda en az üç şey hedeflenmektedir: 1) Gayri resmi evlilikleri açıkça tanımak, 2) Medeni evliliklerin zorunlu (tekel) oluşunu hafifletmek, kültürel ve geleneksel evlilikler üzerindeki mevcut endişeleri gidermek, 3) Mevcut hukuka göre bir evliliğin resmi geçerliliğini göstermek için hiçbir ön koşul olmaksızın eşlere belirli bir yasal koruma vermek (Bölüm 3.3).

3.1. Ulusal Hukuka Göre Usuli Koşullar

Hollanda'da bir evliliğin resmi geçerliliği, davanın açıldığı mahkeme kanununa (*lex fori*) ya da şekil bakımından (*lex locicelebrationis*) Hollanda mevzuatına göre yürütülmektedir. Bu, Medeni Kanunun Birinci

Kitabında yer alan hükümlerle birlikte Evlilik Kanununun 4. maddesinin bir sonucudur.

Hollanda aile hukukuna göre yalnızca medeni evlilikler (resmi evlilik) geçerli olarak kabul edilmekte (Medeni Kanun, m.67), dini evlilik düzenlenmemektedir. Hatta medeni bir evlilik yapmadan önce dini bir evlilik yapmak yasaklanmıştır. (Medeni Kanun, m. 68, 1. Kitap).⁷ Kanun koyucu, medeni evlilikten önce “Hiçbir dini tören yapılamaz” (*geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben*) ifadesini kullanmıştır. Taraflar yine de –medeni evlilik öncesi- dini tören yapmak isterlerse papaz veya diğer din görevlileri cezai koğuşturma riski taşımış olur (Ceza Kanunu, m. 449). İslami evlilikler bu kategori içine girer mi? İslam hukuku ve geleneğinde evlilik müstakbel eşlerin anlaşmalarıyla meydana gelir. Genellikle diğer dini törenler veya takdis törenleri olmadığı için dini kavramlardan kaynaklanan bu tür evlilikler tartışılabilir. Dinsel yönü bulunmayan kültürel evlilikler yasaklanmış kategori içine girmezler. Bununla birlikte kültürel bir evlilik de yalnızca medeni (resmi) evliliklerin kabul edilmesinden beri geçerli sayılmamaktadır.

Medeni evliliğin tek istisnası konsolosluk evlilikleridir. Temsil edilen devlet hukukuna göre yapılmış olan konsolosluk evlilikleri eşler Hollanda vatandaşı olmadığı sürece tanınmaktadır (Evlilik Kanunu, m.4).

Diğer bazı ülkelerde dini evlilik yapmadan önce resmi (medeni) evliliğin yapılması zorunludur. Bunlar arasından yer alan ülkeler Belçika, Fransa, Lüksemburg, Avusturya, İsviçre ve Türkiye’dir. Almanya son zamanlarda medeni evlilik öncesinde dini evlilik yapılmasını yasaklamıştır. Diğer pek çok ülke dini evliliğin yapılmasına izin vermekte ve sadece bunun geçerli olması için medeni evliliği veya töreni müteakip resmi kayıt yaptırmaları gerekmektedir. Bu, tam olarak Polonya, İtalya, İspanya, Portekiz, Yunanistan, İngiltere, Hırvatistan’da⁸ ve bazı İskandinav ülkelerinde uygulanmaktadır.

⁷ However, the conclusion of a religious marriage before entering into a civil marriage does not constitute a criminal act by the spouses themselves.

⁸ *Kamerstukken I* (Parliamentary Papers) 2001, 26 672, no. 92a, p. 23. The information in those parliamentary reports relied on the results of research carried out by the International Commission for Civil Status in 2001.

3.2. Yabancı Evlilikleri Tanıma

Yurt dışında geçerli bir şekilde yapılmış olan bir evlilik ulusal hukuk tarafından kendiliğinden (otomatik olarak) tanınmaz. Bunun, mahkemenin bağlı olduğu devlet tarafından kabul edilmesi gerekir. Devletler, yabancı evliliklerin geçerliliği için hukuk kurallarını veya tanımaya ilişkin kuralları uygulayabilirler. Tanımaya ilişkin kurallar genel olarak bir kamu politikasının istisnai hükümleri ile uygulanır. Sonuç olarak yabancı evlilikleri tanıma ihlal edilen kamu hukuku kurallarınca reddedilebilir.

Yurt dışında yapılmış olan evlilikler, evliliğin yapıldığı yerdeki yasal düzenlemelere (şekil şartlarına- *lex loci celebrationis*) uygunsuzsa, kural olarak Hollanda resmi makamları tarafından onaylanmaktadır (Evlilik Kanunu, m. 5). Bu, dini evliliğin yurt dışında geçerli olması halinde Hollanda'nın bunu tanıdığı anlamına gelmektedir. (Örneğin, dini evliliğin hukuken geçerli olduğu bir ülkede yapılmış olan evlilik Hollanda makamlarınca da kabul edilmektedir.⁹)

3.3. Geçersiz Bir Evlilikte Eşlerin Korunması

Geçerli bir şekilde yapılmış olan evlilik her türlü hak ve yükümlülükleri beraberinde getirir. Aile hukukunda herhangi bir kimse bunun belirli sonuçlarını düşünebilir; nafaka isteyebilir, örneğin, yasal mirasçı olan çocuklar açısından miras talep edilebilir. Yine, gelir vergisi kanununu gibi hukukun diğer alanlarında bazı sonuçlar ortaya çıkabilir. Bir eş sosyal güvenlik dâhil, ikamet hakkına vb. sahip olabilir. Tüm bu gibi durumlarda birisinin eş olması veya evlenmesi resmi olarak geçerli bir evliliğin varlığına bağlıdır.

Bununla birlikte, evli olmamak veya geçerli bir evlilikten yoksun olmak, kendiliğinden bu haklardan mahrumiyeti doğurmaz.

Belirli haklar, evli olmayan çiftler için de garanti altına alınmıştır. Aile yaşamı, evlilik veya evlilik benzeri eşit ilişkiler, evlenmemiş kişilerin ilişkilerinde de haklar getirmiştir.

Bunun yanında geçerli bir evlilik her zaman bu hakların istenmesinde belirleyici olmaz.

Bu haklar evlilikle ilgili olsa bile durum böyledir. Diğer yandan bazı haklar, geçerli bir evlilik olmasa bile korunmaktadır.

⁹ Örnek açıklama çevirmen tarafımızdan verilmiştir.

Örneğin, Hollanda hukukuna göre, bir evlilik makul nedenler olmaksızın feshedilmiş ise iyi niyetle evlenmiş olan eşin ve çocukların hakları ile iyi niyetli üçüncü kişilerin hakları korunmuştur (Medeni Kanun, m.77).

Benzer şeyler, tanınmamış yabancı evlilikler bakımından da bulunabilir. Örneğin, yabancı evlilikler kamu düzenini ihlal etmesine rağmen belirli haklar garanti altına alınmıştır. Buna dair örnekler Fransa'da bulunmaktadır (Yargıtay 14 Şubat 2007).¹⁰ Burada emeklilik hakları ve sigorta taleplerinin çok eşli evliliklerde ikinci eş için garanti altına alınması kabul edilmemiştir. İngiltere'de çok eşli evlilikler farklı mülkiyet hakları ve sosyal güvenlik hakları (veraset, drahoma)¹¹ gibi belirli amaçlar için kabul edilebilmektedir.¹²

Bundan dolayı, hâkimlerin ve kanun koyucuların gayri resmi ilişkileri korumakta ve belli koşullarda evlilik statüsünden ayrı olarak bazı haklara izin vermekte istekli olduklarını gözlemleyebiliriz. Bu yüzden aslında geçersiz olan bir evliliğe yasal sonuçlar verilmektedir.

Resmi olmayan bir evliliğin sonuçlarının ne olduğu sorusu ortaya çıkabilir. Bu konuda son zamanlarda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince verilmiş kararlar bulunmaktadır. Bu kararlar ikinci bölümde belirtilecektir.

4. Gayriresmi Evliliklerde Eşlerin İnsan Hakları Yoluyla Korunması

199

Ulusal hukuka göre dini ve medeni evliliklerin mevcut yasal koruması ve hukuki durumu gösterildikten sonra tartışılması gereken soru şudur: Uluslararası insan hakları standartlarına göre verilmesi gereken koruma nedir?

Bu bölüm, gayri resmi bir evlilikte eşlerin haklarının korunmasında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce insan haklarını incele-

¹⁰ *Revue trimestrielle Lexis. Nexis Jurisclasseur* 2007, pp. 933-943.

¹¹ Yunanca aslı "drakhoma" olan drahoma, Hristiyanlıkta kız tarafının damada götürdüğü mal ya da para karşılığında kullanılan bir deyimdir. Ayrıca Yahudiler arasında da yürürlükte olan bir töredir. Çok eskiden beri süregelen bir anlamı olduğu tarih belgelerinden anlaşılmaktadır. Drahomanın söz konusu olduğu yerde, gelin olan kız tarafı, onunla evlenecek erkeğe ailenin durumuna göre bir miktar para ya da mal verir. Varlıklı ve köklü aileler için kızlarıyla verecekleri drahoma miktarının fazlalaşacağı, büyük olacağı tabii bir şeydir. (Çevirmen)

¹² J. Fawcett et al., *Cheshire, North & Fawcett: Private International Law*, 2008, pp. 932-937; A. Scolnicov, 'Multi-religious Societies and State Legal Systems: Religious Marriages, the State and Implications for Human Rights', in Th. Wilhelmsson (ed.), *Private law and the many cultures of Europe*, 2007, p. 411.

yecektir. Makalenin başında sözü geçen etkili olan ve yürürlükte bulunan bazı haklara değinilmişti: eşitlik ilkesi (evli eşlerde yasal eşitlik), aile yaşamının korunması ve din özgürlüğü (gayri resmi bir evlilik dini bir evliliğe girilerek kurulmuşsa).

Gayri resmi bir evlilikte eşleri, evlilik dışı ilişkilerde diğer eşlerden (partners) ayıran şey eşlerin gerçekten evli oluşudur. Bu makalede ortaya konulan sorun, gayri resmi bir evlilikte eşlerin birbirlerine eş olarak saygı gösterip göstermediği ve bu şekilde davranıp davranmadığıdır.

Bu, evli olmayan ve kendisini eş olarak da görmeyen kimseler (partners) adına ortaya atılmış farklı bir sorudur. Onlar, gerçek eşlerle karşılaştırılabilirler, bazı durumlar açısından diğer eşlere de verilmiş olan belirli haklarının garanti altına alınmasını talep edebilirler ve bunu hak olarak ileri sürebilirler.

Bu, eşitlik ilkesi anlamına gelmektedir. Evli olmayan çiftlerin, evli çiftler gibi aynı hakları kazanmak amacıyla eşitlik ilkesine başvurmaktadır. Bu konudaki içtihatları tartışmayacağız. Aile yaşamı bakımından gayri resmi evlilikteki eşlerin bir eş olarak korunması gerekip gerekmediğini inceleyeceğiz. Gayriresmi evlilik içindeki eşlerin bir aile yaşamına sahip olduğunu, evli olmayan eşlere (partners) tanınan hakların tamamını kesin olarak isteyebileceklerini tartışmasız bir şekilde kabul etmekteyiz. Gayriresmi evlilikteki eşlerin aile yaşamlarının korunmasını talep edebilmeleri önemli olmakla birlikte, bu koruma özellikle ilişkinin evlilik yönü ile ilgili olmadığı için tartışılmayacaktır.

200

4.1. Ayrımcılığın Yasaklanması

Evliliklerin hukuki ve medeni sonuçlarından ve menfaatlerinden çiftlerin yararlanması konusunda devletlerin bazı kısıtlamalar getirmesi ve bu durumu sadece resmi evliliklere mahsus kılması mümkün müdür? Diğer bir anlatımla bu tür sonuçlar ve etkiler gayri resmi evliliklere de sağlanmalı mıdır?

1994'te Avrupa İnsan Hakları Komisyonu bu konuda kesin ve olumsuz bir karar vermişti.¹³ Yasaya göre evlilik merasimini yürütmeye yetkili olmayan dini makamlar tarafından yapılmış bir evlilik geçersiz bulunmuştu. Komisyon bu tür evliliğin tüm sonuçlarının geçersiz sayılmasını 1 Numaralı Protokol ve Sözleşme'nin 8. maddesi altındaki hakların ihlali

¹³ European Commission of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Komisyonu) 12 October 1994, application no. 20402/92 (*Spetz a.o. v. Sweden*).

olarak gördü. Sonuç olarak Komisyon, davanın söz konusu hükümleri ihlal etmediği kanaatine vardı. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin 15 yıl sonraki görüşü ne oldu?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 20 Ocak 2009'da Sözleşmenin (AİHS) 8. maddesine dayanarak dini evlilikten kaynaklanan haklar konusunda bir karar verdi.¹⁴ Bu dava 14 Eylül 2009 da gönderildiği Büyük Daire'de beklemektedir.¹⁵

1976'da Türkiye'de bir erkekle kadın İslami evlilik (imam nikâhı) yapmışlardı. Bu evlilikten 6 çocukları dünyaya gelmişti. Koca 2002 yılında öldü. Kadın evliliğinin ve ölmüş kocasından meydana gelen 6 çocuğunun resmi olarak tescil edilmesini istedi. Çocuklarının nüfus siciline kaydı kabul edildi fakat evliliğin tescili talebi reddedildi. Türkiye laik bir devlet olduğu için sadece resmi evlilikler geçerli olarak kabul edilmektedir. Türk Ceza Kanununa göre resmi evlilikten önce dini bir evlilik yapmak da suçtur. Kadın evliliğinin tescil edilmesini, ölen kocasının emekli maaşının verilmesini ve sağlık sigortasından yararlandırılmasını talep etmişti. Bu taleplerin hepsi reddedildi. Kadın aile yaşamına ilişkin haklarının ihlal edildiğini iddia etti. Mahkeme, fiili bir aile yaşamı olduğunu ve bunun Sözleşmenin 8'inci maddesinin koruma alanına girdiğini kabul etti. Bununla birlikte sonuçta kadının talepleri reddedildi.

Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerindeki geleneksel evliliğin yanı sıra diğer istikrarlı ilişkileri tanımakla birlikte Türkiye'nin buna zorlanamayacağını dikkate almıştır.¹⁶ Kabul edilebilir, tarafsız ve meşru bir amaç için resmi evliliklerin tanınmasında sınırlama getirmek mümkündür. Bu bağlamda evli ve evli olmayan kişiler arasında bir ayırım getirilebilir. Bu dikkate değer karar dörde karşı üç oyla alınmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararının sonucu şimdilik belli ve açıktır; devletler gayri resmi bir evliliği resmen kabul edilmiş bir evlilik gibi korumaya ve bunun yanında diğer ilişkileri tanımaya mecbur edilemez.

Kasım 1971'de İspanya'da yaşayan iki Roman mensubu kendi topluluklarının dini törenlerine göre evlenmişlerdi. Evlilik Roman örf ve geleneklerine de uygundu. Bu evlilikten 6 çocuk dünyaya gelmişti. Koca Aralık

¹⁴ Application no. 3976/05, *Serife Yigit v. Turkey*, only published in French.

¹⁵ Makalenin orijinal metni 2 Haziran 2010 tarihinde yayımlanmıştır. (Çevirmen)

¹⁶ With reference to the decision in *Antonio Mata Estevez v. Spain* (10 May 2001), application no. 56501/00.

2000'de vefat etti. Kadın kocasının ölümünü müteakiben onun emekli maaşını talep ettiyse de talebi reddedildi. Kadın, İspanya'da Roman evliliğinin medeni sonuçlar doğurmadığını, bunun da evlenme hakkının ihlaline neden olduğunu ileri sürerek şikâyetçi oldu.

İspanya'da iki tür evlilik tanınmıştır. Birincisi; medeni, ikincisi ise kilise evliliğidir (Medeni Kanun, m.42). Davacı kadın 1971'de Roman örf ve âdetlerine göre evlenmişti ve o zaman kilise hukuku dışında evlenmek mümkün değildi. Bununla birlikte mahkeme 1981'den beri İspanya'da evliliklerin Romanlar dâhil herkese açık olduğunu söylemişti. Sonunda Mahkeme başvuranların istemleri gibi Roman evliliklerine medeni evliliklerin sonuçlarını tanımadı ve bunun ayrımcılık olmadığına karar verdi.

Munaz Díaz ve İspanya davasında¹⁷ koca ölmeden önce 19 yıldan daha fazla bir süre çalışarak İspanya Devletine sosyal güvenlik primlerini ödemişti. Onların evliliği resmi olarak geçerli olmasa da onlar her zaman birbirlerine samimiyetle inandılar ve sonuçta geçerli bir evlilik yaptılar. Bu inançları İspanya makamları tarafından onaylanan ve kocasının eşi olduğunu gösterir bir dizi belge ile güçlendirildi.

202

İspanya hukukuna göre dul kalanlara emekli aylığı bağlanması resmi eşler için sınırlandırılmamaktadır. İspanyol mevzuatı ve içtihatlarından kaynaklanan aşağıdaki durumlarda da emekli aylığı bağlanabilmektedir;¹⁸

- Samimiyetle ve iyi niyetle yapılmış bir evlilik aslında hükümsüz ise,
- Geleneksel bir evliliğe engel bulunduğu (boşanmanın imkânsızlığı, din veya vicdan özgürlüğü konusunda anlaşmazlık varsa),
- Nüfusa kaydedilmemiş ve bu nedenle yasal şartlar yerine getirilmemiş geleneksel bir evlilik varsa.

Bu durumda mahkeme, karısına dul ve yetim aylığı bağlanması isteminin reddedilmesini, diğer durumlarla eşdeğer görmektedir. Mahkeme belirli koşullarda dul ve yetim aylığı bağlanmasında Roman evliliğinin sonuçlarını reddetmeyi İspanya için orantısız bulmuştur. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bu tür şikâyetlerin kabul edilebilir olduğunu ve bu yöndeki uygulamanın Sözleşmenin 14. maddesi ile 1 numaralı Protokol'ün 1. maddesini ihlal ettiğini bildirmiştir.

¹⁷ ECtHR (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi) 8 December 2009, application no. 49151/07.

¹⁸ Certain social security documents, in particular a registration document showing her as a wife and the mother of a large family, and a Family record book.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu içtihadından sonra gayri resmi evliliklere sağlanan yasal koruma iki kat artmıştır.

1. Eşitlik ilkesi başarıyla uygulanamıyor, bu nedenle de evliliğe medeni yasal bir statü kazandırılmıyor. Bu Şerife Yiğit ve Munoz Diaz davasında görülmektedir.

2. Özel durumlarda eşitlik ilkesi gayri resmi evliliklere rağmen belirli yasal düzenlemelere başarılı bir şekilde dayanabilir. Bu, *Muñoz Díaz* davasından gelmektedir. Buna karşın söz konusu istisnanın çok özel durumlarda uygulanabildiği görülmektedir. En azından Mahkeme aşağıdaki durumlarda olumlu sonuçlara ulaşmak bunu göz önünde bulundurmıştır:

a) İlgili devlet hukukunun bazı özel ilişkilere belirli bir yasal koruma sağlaması,

b) Söz konusu gayriresmi evliliklerin ilgili yönleri bakımından diğer ilişkilerle karşılaştırılması (*Muñoz Díaz davasında: evlilik durumuyla ilgili iyiniyetin varlığı*),

c. Geçerli bir evlilik yapmış olan eşlerin beklentileri,

d. Bu beklentilerin ülkenin yetkili makamlarının tutum ve davranışları ile onaylanması; gayriresmi evlilik açısından eşlerin beklentilerinin devletin tutum ve davranışlarıyla haklı görülmesi,

e. Reddedilen korumanın belli koşullarda orantısız olması.

Bu faktörler göz önüne alındığında, kapının hafifçe açılmış olabileceği sonucuna varabiliriz. Hollanda hukukuna bakarsak, yasal bir statü olmaksızın en az iki tür ilişkide hukuk tarafından koruma sağlandığını söyleyebiliriz: Birincisi, iyi niyetli evliliklerde (Hollanda Medeni Kanunu, m.77); ikincisi ise, birlikte yaşama dayanan gayriresmi ilişkilerde yasalar tarafından olabildiğince haklar verilmesi. Buna rağmen eşitlik ilkesinin uygulanmasındaki başarı yeterli değildir. Yalnızca gayri resmi evlilik yapan pek çok insan yapmış oldukları evliliklerin geçerli bir evlilik olarak kabul edilmediğini fark edecektir. Eğer onlar yapmış oldukları evliliklerinin Hollanda makamları tarafından geçerli bir evlilik olarak görülmesini bekliyorlarsa, bu, yetkili makamlar tarafından kabul edilmeyecek veya evliliklerinin geçerli bir evlilik gibi görülmesi için tavsiyede bulunulacaktır. Hollanda Hükümeti tarafından Medeni Kanun'un 68'inci maddesinde yer alan yasağın kaldırılması talebi reddedildiği zaman gayri resmi evlilik yapan insanlar da evliliklerinin geçerli olmayacağına dair

izlenim oluşmuştu.¹⁹ Bu nedenle Hollanda'nın resmi ve gayriresmi evliliklere eşit davranmaya istekli olması mümkün değildir.

Özellikle bilmedikleri yeni bir topluma göç eden bazı insanların gayri resmi evliliklerde evliliklerinin geçerli olacağına samimiyetle inanmaları gayet normaldir. Hollanda Yargıtayı tarafından 2005'te verilmiş olan bir kararda bu örnek duruma rastlamak mümkündür.²⁰

Suudi Arabistan uyruklu bir çift (kadın aynı zamanda Hollanda vatandaşıdır), Belçika'da imam nikâhı ile evlenmiştir. Eşler bir çocuk dünyaya getirmiş ve onu da resmi kayda geçirmişlerdir. Cevaplandırılması gereken sorun, evliliğin Hollanda'da tanınıp tanınmayacağıdır. Hollanda Temyiz Mahkemesi bu evliliğin Suudi Arabistan hukukuna göre geçerli olacağına karar vermiştir. Kadın, geçerli bir evlilik yaptığını düşünmektedir. Evlilik Belçika'da gerçekleşmiştir. Sorunun cevabı, evliliğin Hollanda'da tanınıp tanınmayacağı ve Temyiz Mahkemesi'nin bunu geçerli olarak görüp görmeyeceğidir. Eşlerin Belçika yasalarına göre evlenmeleri veya evliliğin konsolosluk veya elçilikte yapılması gerektiği düşünülmüştür.

204

Bu, imam nikâhlı bir evlilik değildi. Ayrıca mahkemeye göre kadın, evliliğinin yasal olduğuna samimiyetle inanmaktaydı. Bu koşullar altında evlilik Belçika hukukuna göre mevcuttu, fakat evlilik mahkeme tarafından iptal edildi. Yargıtay, Temyiz Mahkemesince kabul edilen evliliğin iptal edilmediği sürece yapıldığı andan itibaren geçerli olduğuna karar verdi. Bunun sonucunda, söz konusu evlilik resmen geçerli bir evlilik olarak kabul edildi ve Hollanda'da tanınmış oldu.

4.2. İnanç Özgürlüğü

Ortaya çıkan ikinci kural, inanç veya din özgürlüğüdür. Bu ilke, pek çok anayasada ve insan hakları sözleşmelerinde hukuki dayanak olarak mevcuttur. Avrupa ülkeleri için en önemli madde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesidir. İnsanlar genellikle belirli bir dini kabul ettikleri ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi kişilere ifade ve din özgürlüğü getirdiği için dini evlilik yapmaktadırlar. Sözleşme uyarınca ve belli koşullar altında Anayasa tarafından bir sınırlama getirilebilmektedir.

¹⁹ *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2001-2002, 28 078, no. 1. See Para. 4.1.

²⁰ HR 17 June 2005, LJN AS9035.

Devletler, din ve devlet ayırımına, bir evliliğe yasal statü atfedilmesi için resmi kayıt veya medeni evlilik aranmasına onay vermektedir. 1975'te (X ve Almanya davasında)²¹ Avrupa İnsan Hakları Komisyonu tarafından bu kavrama yer verilmiştir. Söz konusu davada dini bir evliliğin tescil edilmemesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. (Düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ve 12. maddesinin (Evllenme hakkı) ihlali olarak görülmemiştir.

Bu durum Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince *Şerife Yeğit-Türkiye davasında da tekrarlanmıştır (Yukarıda belirtilmiştir)*. Bu yüzden devletler dini evliliklere yasal statü tanımak zorunda değildir. Bununla birlikte, insanların medeni evlilikten önce dini bir evlilik yapmaları yasaklanabilecek midir? Bu tür yasaklama kesinlikle inanç özgürlüğünün ihlali olarak kabul edilecektir. İnsanların dini usulde bir evliliği yaptıktan sonra medeni usulü de takip etmeleri inanç özgürlüğüdür. Hollanda Medeni Kanununun Birinci Kitabının 68. maddesinin iptali hakkındaki tartışma 1990'ların başı ve 2001'e yeniden dönmek olacaktır.

1971'de Hollanda Yargıtayı, demokratik bir toplumda kamu düzeni adına papaz veya rahiplerin medeni evlilik olmadan dini evlilik yapmalarını suç olarak görmüştü (Hollanda Ceza Kanunu, m.449) ve bu yüzden Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi açısından inanç özgürlüğüne bir sınırlama getirmişti.²²

1992'de Sivil Statü Daimi Komisyonu menşe ülke de dini evliliklerin ve törenlerinin geçerli olarak kabul edilmesi konusunda yanlış anlaşılmalara neden olduğu için Hollanda Medeni Kanununun 68. maddesinin yürürlükten kaldırılması hususunda tavsiyede bulunmuştu. Hollanda makamları bu tavsiyeyi tuttu.²³

2001'de Hollanda Hükümeti, din özgürlüğüne haklı bir istista olarak 68. maddeyi tekrar kabul etmişti. Hollanda Hükümeti tarafından yasağın korunması için gerekçeler öne alındı; müstakbel eşlerin korunması, evliliklerin özenle ve eksiksiz olarak kaydedilmesi, yasal belirlilik gibi.²⁴ Bu

²¹ Application no. 6167/73.

²² HR 22 June 1971, *NJ* 1972, 31.

²³ Advice of 3 November 1992, E. Lukacs & D. van Iterson, 'Adviezen over afschaffing verbod religieuze huwelijksplechtigheid vóór het huwelijk', 1992 *Het Personeel Statuut*, no. 11/12, pp. 21-23.

²⁴ *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2001-2002, 28 078, no. 1, p. 9.

koruma, eşler arasında evliliklerin geçerliliği hakkında yanlış anlaşılmayı önlemek veya çocuk evliliği ve çok eşlilik gibi insan haklarını ihal eden dini evliliğe karşı korumayı kapsamaktaydı.

Legal certainty requires civil registration. If marriages are not registered their existence can be disputed or even unknown. Secret marriages, cultural marriages, and religious marriages without registration cannot be invoked against third parties and cannot profit from legal protection.

Yasal kesinlik, resmi kayıt yapılmasını gerektirir. Evlilikler kayıt altına alınmamış ise varlığı tartışılabilir veya böyle bir evliliğin olup olmadığı bilinemez. Gizli evlilikler, kültürel ve dini evlilikler kayıt altına alınmamış ise üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez ve yasal korumadan yararlanamaz.

Medeni durum, yasal bir statüdür ve bütün hakların, yükümlülüklerin, imkânların ve yasakların kapısını açar. Bu yüzden gerek eşler ve gerekse hükümet ve yetkili makamlar açısından evliliklerin tam olması önemlidir. Devlet, insanlara medeni evlilikten önce dini veya kültürel evlilik yapmalarına izin vermiş olsaydı dini evliliklerden sonra medeni evliliklerin yapılmama ve nüfusa kaydedilmeme riski olurdu. Sonuç olarak tüm evlilikler gizli kalırdı. Oysa taraflar geçerli bir evliliğin yapılmasını ümit etmektedirler. Bu arada, Polonya ve İngiltere’de yaşanan tecrübeler bu uygulamayı doğrulamaktadır.²⁵

Dini evliliklere izin verilmiş olsaydı, insanlar geçerli bir evlilik yapmış oldukları konusunda yanlış bir izlenime sahip olurlardı.²⁶ Adalet Bakanı da bu hususun özellikle kültürel ve dini gelenekleri ile sosyal çevrelerinde evlenen yabancılar içinde geçerli olduğunu vurgulamıştır. Adalet Bakanı ayrıca, bu tarz evliliklere yasal sonuçlar tanınmanın bu uygulamayı artıracığından endişe duymuştu.²⁷

Literatürde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 9. maddesi tarafından garanti altına alınan din özgürlüğünü ihlal eden 68. madde tartışılmıştır.²⁸

²⁵ *Kamerstukken I* (Parliamentary Papers) 2001, 26 672, no. 92a, p. 22.

²⁶ *Kamerstukken II* (Parliamentary Papers) 2001-2002, 28 078, no. 1, p. 7.

²⁷ *Kamerstukken I* (Parliamentary Papers) 2001, 26 672, no. 92a, p. 24.

²⁸ J. de Boer, “‘A whole code of family law’: boek 1 BW getoetst aan het EVRM”, in K. Blankman & W. Robert (eds.), *het EVRM en het Nederlandse en Belgische personen- familie- en jeugdrecht*, 1987,

Yazarlar, bir evliliğin resmîyetini pekiştirmek için dini evliliklerin yapılmasını mümkün kılan alternatifler düşünmüşlerdir.²⁹ Wortmann, müstakbel evliliklerin dini merasimden önce nüfusa kayıt olunmasını önermiş,³⁰ Vlaardingerbroek ise, nüfusa kayıt usulünün öneminden söz etmişti.³¹

Gerçekten birçok Avrupa ülkesi dini merasimleri evliliğin tamamlanmasının bir parçası olarak kabul etmektedir (bkz. Bölüm 3.1).

Eğer kabul edilebilir alternatifler mevcut olsaydı (ki oybirliğiyle henüz kabul edilmiş alternatifler yoktur) Hollanda Medeni Kanununun 68. maddesi gibi bir yasakla orantılı olmazdı ve din özgürlüğünün haklı bir sınırlaması başarıyla gelişmezdi.

5. Bağlı Eşin Korunması

Gayri resmi evlilikle kocasına bağlanmış olan kadın daha sonra iki şekilde kocasından ayrılmış olabilir: Taraflar arasında sadece gayri resmi bir evlilik yapılmıştır veya taraflar dini ya da geleneksel bir evliliğin yanı sıra resmi bir evlilik de yapmışlardır. Birinci gruptaki kadın, Müslüman bir erkekle örfî evlilik yapmış ve ilişkilerinde kocasına bir eş gibi davranıp daha sonradan kocası tarafından terkedilmiştir. Örneğin, koca yalnız olarak yurtdışına, örneğin Mısır'a gitmiştir ve evlenmiştir (kadın evde kalmıştır). Diğer bir yol da şudur; kocasının Avrupa'ya gittiğini ve terkedildiğini farkedene kadar kadın gayri resmi evlilik yapmıştır.

İkinci grup; yahudi kadınlar için sorun olarak bilinen bir nedenle medeni evlilik sona erdirilmiştir. Bu, sözde bağlı kadının (chained wife) sorunları olarak bilinmektedir: Yahudi dininde bir koca boşanmada işbirliğine gönüllü değildir.³²

pp. 13-15; A. Vonken, 'Multiculturaliteit, IPR en mensenrechten', in P. Cliteur (ed.), *Sociale Cohesie en het Recht*, 1998, p. 123.

²⁹ A. van der Hoeven, *Religieus recht en minderheden*, 1991, p. 261; P. Vlaardingerbroek, 'De plaats van huwelijksvoltrekking in een pluriforme samenleving', 1990 *Het Personeel Statuut*, no. 5, pp. 5-9; S. Wortmann, 'Kroniek van het personen- en familierecht', 2000 *Nederlands Juristenblad*, p. 1593.

³⁰ Wortmann, *supra* note 24.

³¹ Vlaardingerbroek, *supra* note 24.

³² *Inter alia* G. Atlan, *Les Juifs et le divorce. Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, 2002; J. Kusters, *Rechtshandhaving van de joodse gemeenschap van Antwerpen*, PhD thesis 2008; S. Rutten, 'Het recht van de gescheiden vrouw om verlost te worden uit het huwelijk', 2008 *NJCM-Bulletin*, pp. 755-769; N. Spalter, 'Gevangen in het huwelijk', 2007 *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, pp. 37-43; E. Tager, 'The Chained Wife', 1999 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, pp. 425-457.

Devam eden gayri resmi bir evlilik yalnızca aşağıdaki hallerde sorunlu/tartışmalı hale gelebilir:

- Kadın, gayri resmi bir evliliği kendi başına feshedemez. Gayri resmi bir evlilik, geleneksel veya dini bir şekilde feshedilebilir. Bu genellikle koca ile işbirliği yapmayı gerektirir ki koca işbirliğini reddetmiş veya ortadan kaybolmuşsa boşanma mümkün değildir.

- İkinci olarak, kadın gayri resmi evliliğin devamından sosyal olarak zarar görüyordur. Birçok kadın resmi evlilik boşanma ile sonuçlanmadıkça dini evliliğin sürmesinden kaygılanmaz. Çoğunun bu konuda bilgisi de yoktur. Bununla birlikte dini topluluklarda bu gerçek bir problemdir. Bu konuda en iyi bilineni ve tanımlanmış olanı Yahudi ortodoks toplumdur.

Eğer kadın Yahudi ritüellerine göre boşanmayı istiyorsa kocası tarafından kendisine verilmiş bir boşanma mektubuna ihtiyaç duymaktadır. Bu mektubu almadığı sürece boşanması mümkün olamaz ve evliliği devam eder. Kadının yeni bir ilişkiye girmesine izin verilmez. Eğer kadın yine de böyle bir mektubu alıp boşanmadan başka bir ilişkiye girmişse Yahudi değerlerine göre o eşini aldattığı için suçlu sayılır. Söz konusu ilişkiden bir çocuk dünyaya gelmişse Yahudi toplumuna ait görülmediği için bu topluluk tarafından kabul edilmez. Başka bir deyişle bu kadın sosyal açıdan ilk evliliğine bağlıdır.

208

Hukuk, bu evlilikten kurtulmuş olan kadını korumalı mıdır? Kadın, devletin müdahalesini istediği zaman insan hakları riske atılmış olur mu? Öyleyse devlet, bu gayri resmi, dini ve özel düzenlemeyi insan haklarını uygulayarak korumalıdır. Çünkü kadın tarafından istenen husus budur. En azından üç ikilemin üstesinden gelinecektir.

Birinci ikilem: Sosyal açıdan birinci evliliğine bağlı olan kadının yeni bir ilişkiye başlaması önlenir. Hukuk, yasalara uygun resmi bir boşanmadan sonra medeni boşanmanın resmi hükümlerini destekler ve bundan sonra kadın yeni bir ilişkiye girebilir. Bununla birlikte bu medeni boşanma sosyal ve dini engeli kaldırmaya yetmez. Devlet, kadının gayri resmi hukuk düzenindeki sosyal sorunlarını çözmek için resmi hukuk düzeninden gelen yasal hükümlerle müdahale etmek zorunda mıdır?

İkinci ikilem: Devlet, dini tartışmalara yasal laik tedbirlerle müdahale etmeli midir? Böyle bir müdahale dinin devletten ayrılması gerektiği fikrine uygun mudur?

Üçüncü ikilem: Resmi makamların özel aile ihtilaflarına müdahalesi doğru mudur? Özellikle insan hakları bakımından bu hakların özel ilişkilerde istenip istenemeyeceği, neticede devletin ve özel bir durumda kocanın işbirliğine zorlanıp zorlanamayacağı sorusu ortaya çıkmaktadır.

1982’de Hollanda Yargıtayı, bağlı kadının laik hukuk yoluyla korunması istemine ilişkin açmış olduğu davaya bakmış ve bu yönde bir karar vermiştir.³³ 2007’de de Kanada Yargıtayı tarafından ilginç bir karar verilmiş, Kanada ve Hollanda Yargıtayından söz konusu soruya olumlu cevap gelmişti.³⁴ Bununla birlikte yapılan muhakeme her iki mahkemenin farklı sonuçlara varmasına neden oldu. Hollanda Yargıtayı muhakemeyi sınırlandırıp ve çözümü tamamen iç medeni hukuk kurallarına dayandırırken Kanada Yargıtayı ayrıca konuyu insan haklarına dayandırmıştı.

Üstelik önceki kocanın yapmak istediği şey farklıydı. Bunun üzerine kadına verilen korumanın kapsamı da farklı oldu. Her iki dava medeni hukuka göre laik bir mahkeme tarafından boşanan Yahudi kadının Yahudi hukukuna göre boşanma istemiyle ilgiliydi. Her iki davada eski kocanın talebi reddedilmişti.

Kanada mahkemesinde eşler, hahamlarla ilgili mahkemeden Yahudi ayrılığını elde edebilmek için daha önce medeni boşanma konusunda anlaşmışlardı. Anlaşma yazılı bir sözleşmeyi şart koşuyordu. Medeni boşanmadan sonra kadın Yahudi boşanmayı elde edebilmek için 15 yıl beklemişti, fakat koca sürekli olarak boşanma sürecine engel oluyordu. Sonunda kadın, kocasının sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmediğini ve bu yüzden zarar gördüğünü iddia etmişti.

Hollanda davasında eşler arasında hiçbir sözleşme yoktu. Koca Yahudi hukukuna göre boşanmak için karısı ile anlaşmaya yanaşmadı ve onun görevlerini ihmal ettiği ve bu yüzden kanunsuzca davrandığı kanaatine varıldı. Bu yüzden kadın eş kocasının haksızlık yaptığını ileri sürdü fakat ondan tazminat talebinde bulunmadı. Bununla beraber kocanın neden olduğu yasadışı durumu düzeltmesi için mahkemeden bu yönde talepte bulunmuştu.

Kanada mahkemesinin göz önünde bulundurduğu en önemli husus aşağıdaki alıntıydı: “Geçerli ve bağlayıcı olan Quebec hukukuna göre anlaşmanın 12. paragrafında belirtilen konular Medeni Kanunun tüm gerekle-

³³ HR 22 January 1982, *NJ* 1982, 489.

³⁴ Canadian S.C. 14 December 2007, No. 31212, *Bruker v. Marcovitz*.

rinin yerine getirilmesini kapsar.” Koca tarafından verilen bu söz, önceden rızayla kararlaştırılmış taahhütlerin karşılıklı olarak yerine getirilmesini, yasal açıdan sonuçlarının uygulanabilir olduğunu içermekteydi. Mahkeme dogmatik dini konularda karar vermek istemedi ve Medeni Kanunda yasal olarak manevi yükümlülükleri yerine getirmek için geçerli ve bağlayıcı bir husus yoktu.

Quebec Sözleşmesine göre kocanın din özgürlüğü yoluyla sözleşmenin tektaraflı ihlalinden doğan zararlardan muaf olma yetkisi ve hakkı yoktu. Din özgürlüğü talebi Kanada'nın temel değerleri ile uyum çerçevesinde zarar, değerleri ve haklar ile dengeli olmalıdır.

Bu tür bir talep karara bağlandığında daha acil kamu yararını kabul etmek hasas ve özel uygulamadır. Bu durumda kocanın iddiaları Quebec Sözleşmesi ve mahkeme içtihatları altında dengelenemez. Kocanın din özgürlüğündeki herhangi bir azalma kadının kişisel menfaatine, hakların eşitliği, evlenme veya boşanmada tercihte bulunma özerkliği gibi temel değerlerin korunmasındaki kamu yararına önemli derecede ağır basmaktadır.

210

Hollanda Temyiz Mahkemesi tarafından aşağıdaki hususlara dikkat edilmiştir: Hollanda'da sadece hahamlarla ilgili makamlar hahamlık boşanmasını elde etmek için güç kullanamaz, adamın boşanma ile işbirliğini reddetmesi gerçeği değiştirmez, alışılmış standartlara göre bakım yükümlülüğünü ihlal eden adam eski eşi dikkate alınmalıdır. Böyle bir dikkatsizlik ve ihmâl olsa da olmasa da her bir olayın koşullarına bağlı olarak yasadışı kabul edilecektir.

Bu koşullar altında aşağıdaki hususlar konuyla ilgili olacaktır: dini boşanmanın sonucu olarak kadın sonraki yaşamındaki gelişmelerde kısıtlanmış olacaktır. Adamın itiraz nedenleri ve mizacı, masrafları ve işbirliği için itirazlarının önemi ve yapısı Yahudi boşanmasını elde etmek için gerekli olmalıdır.

Her iki karar birçok benzerlikler göstermektedir. Her iki durumda da olay medeni hukuk davasıdır. Kanada davasında sözleşmeden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, Hollanda davasında da haksız muamele söz konusudur. Her iki temyiz mahkemesi gayriresmi dini bir boşanmada kocanın eski karısına karşı makul yükümlülükleri olduğunu kabul etmiştir. Kanada Temyiz Mahkemesine göre bu yükümlülük öncelikle kocanın kendi isteğiyle bilerek ve isteyerek sözleşme yapmasından kaynaklanmaktadır. Hollanda Temyiz Mahkemesine göre önceki (eski) eşe karşı

bakım yükümlülüğü göz önünde bulundurulmuştur. Her iki mahkemeye göre de kocanın yükümlülüğü mutlak değildir. Kanada mahkemesi, din özgürlüğünün sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüğün yerine getirilmemesini haklı çıkarıp çıkarmadığını, bu özgürlükle temel değerler de dâhil olmak üzere diğer hakların, değerlerin ve zararların dengelenip dengelenmediğini sorgulamıştır. Hollanda Mahkemesi, farklı çıkarları dengeleme sürecinde her iki kadının (eski ve yeni eş) çıkarlarını kocanın çıkarlarının yanı sıra göz önünde bulundurmuştur.

İlginçtir ki, Kanada Mahkemesi, bakım yükümlülüğününün insan hakları arasında olmasını ve bu hakların medeni ve laik araçlarla güçlendirilmesini sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerde göz önünde bulundurmuştur. Dini yöne sahip bir ihtilaf kendi kendine yargılanamaz bir duruma gelemez.

Anlaşmaların hukuk mahkemeleri tarafından tanınması ve infaz kabiliyetine sahip olması, yeniden evlenmede, diğer cinsle tanışmada, cinsel ayrımcılıkta dini engelleri kaldırmak için fark edilmektedir. Bu ahenk ve uyum ile Kanada'nın hakların eşitliğine yaklaşımı³⁵ boşanma, evlilik ve din özgürlüğü ile diğer demokratik yaklaşımlara uygundur.

Daha önce belirtilmiş olan üç ikilem hakkında az veya çok bir karara ulaşılmıştır. Evet, bir devlet, sosyal hukuk düzeni içinde gayri resmi ve dini bir evlilikten zarar gören bir kadını insan haklarını kullanarak korumalıdır. Bir devlet, gayri resmi ve dini kurallar içindeki sosyal sorunları çözmek için laik yollarla müdahale edebilmelidir. Son olarak da, insan hakları, şimdiki gibi özel aile işlerinde göz önünde bulundurulmalıdır.

Diğer yandan Hollanda Temyiz Mahkemesi açık bir şekilde insan haklarına göndermede bulunmadı. Bununla birlikte kadının çıkarlarının koca tarafından dikkate alınmasını insan hakları terminolojine dönüştürmek çok zor olmadı. Mahkeme kadının gelecekteki çıkarlarını geliştirmesine dikkat çekti. Yeniden evlenme ve aile kurma hakkı (AİHS, m.12) ve yeni ailenin yaşamının korunması (AİHS, m.8) tamamen bu haklar arasında yer almaktadır. Bir şahıs olarak kendini geliştirme, küçük düşmeme, aşağılanmama hakkı (AİHS, m.3), özgürlük ve güvenlik hakkı (AİHS, m.5) gibi genel haklar eski kocanın evlilik gücüne bağımlılıktan kurtarılmalıdır.

³⁵ Compare Art. 16 CEDAW, and Art. 5 7th Protocol to the ECHR, both concerning the equality rights of spouses during their marriage.

Hollanda Temyiz Mahkemesinin kararı 1982 tarihine dayanmaktadır. İnsan hakları o tarihten sonra çok gelişmiştir. İnsan haklarının önemi aynı ölçüde eşit olarak artmıştır. Kanada Temyiz Mahkemesinin 2007'deki kararı günümüzde insan haklarının Yahudi kadınlar tarafından istenildiğini bize göstermiştir. İnsan haklarının korunması öncülüğü ne düzeyde olabilir? Kanada davasında erkek eşine zararları ödemişti. Hollanda'da erkek boşanmak için işbirliği yapmaya zorlanmıştı. Bu son karar kişisel ve özel alanı çok daha geniş ölçüde ihlal eden mali tazminat ödenmesi gibi görünmektedir.

Hollanda'da doktrindeki baskın görüşe göre, bir ilişki ve hukuki fiiller bir boşanmada daha özel alanda tarafların kaygılarına ilişkinse o zaman kamu otoritelerinin müdahalesi sivil toplumu birbirlerine karşı insan haklarına saygı konusunda zorlamakta daha az tartışmalı olacaktır.³⁶ Doğası nedeniyle CEDAW (Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Yok Edilmesi Sözleşmesi)³⁷ ve özellikle de 16. madde az veya çok özel ilişkilerde kullanılmak üzere bir araç olarak kabul edilmiştir. Bununla birlikte, ayrımcılıkla mücadele bakımından genel ilke, yatay bir işleyiş henüz kabul edilmemiştir.

212 Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 12. Protokolün 1. maddesi yürürlüğe girdiğinde ayrımcılıkla mücadele ilkesi açıklayıcı raporu (Paragraf 26) yalnızca özel alanda³⁸ bir fonksiyondur, fakat bu tür ilişkilerde bu kadar kesin ve önemli olabilen ayrımcılığa karşı koruma sağlamada bir başarısızlık açıkça devletin sorumluluğunu gerektiriyordu.

Bu açıdan belki, insan haklarından kaynaklanan bir boşanma zorunluluğunun varlığını kabul etmek için fazla ileri gidilmiş olurdu. Böyle bir zorunluluk Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından Johnston davasında kabul edilmedi.³⁹ Bu dava, annenin önceki evliliğinden olan çocuğunun biyolojik babayla yasal evlatlık ilişkisi kurmasına engel oldu. Söz konusu davada anne yeni bir ilişki kurmuştu. İrlanda yetkili makamları ne Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8 ve 12. maddeleri ne de kendi hukukları çerçevesinde boşanmayı ileri sürmek zorunda kalmadı. Avrupa

³⁶ L. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, 1992, pp. 174 et seq.

³⁷ Parantez içindeki bilgi çevirmen tarafından eklenmiştir.

³⁸ Buradaki "özel alan" (Private sphere), "kamusal alan" (public sphere) ibaresinin zıttı anlamında kullanılmıştır. (Çevirmen)

³⁹ ECtHR 18 December 1986, application no. 9697/82 (*Johnston v. Ireland*).

İnsan Hakları Sözleşmesinin 7. protokolünün 5. maddesi ile de boşanma hakkı elde edilemedi. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir boşanma mecburiyeti kabul edilmedi.⁴⁰

İnsan hakları, doğrudan olmasa da dolaylı olarak kadının haklarını önlem amacıyla güçlü şekilde destekledi. Bu destek, tarafların kendi özerkliklerine ait olmayan özel alanları daha az sıkıntıya sokan bir destektir. Bu şekilde insan hakları, kadının ihlal edilen çıkarlarını genişletmek ve güçlendirmek için uygulandı. Sonuç olarak, her iki tarafın çıkarlarının dengelemesinde eski kocanın reddedilmesi, eski kocayı da az haklı çıkaracak ve çok geçmeden kadına karşı haksız fiil oluşturan bir davranış olarak görüldü.

6. Sonuç

İnsan haklarının uygulanması açısından bundan önceki bölümlerden itibaren bazı sonuçlar, eşlere daha belirleyici bir koruma sağlamak için gayri resmi hukuk düzenininin himaye edilmesiyle ilgili olarak karışıklığa yol açmış olabilir.

Birinci sonuç Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarını izlemektedir ki, insan hakları gayri resmi evliliklerde medeni sonuçlara yol açmak hususunda başarılı olamaz. Kanaatimce bu şaşırtıcı bir sonuç değildir. Hollanda'nın her türlü evlilik dışı ilişkilere izin vermesine rağmen insanların dini evlilik yapmakta özgür olmamaları dikkate değer bir husustur. Hollanda'da medeni bir evlilik olmaksızın dini evlilik yapmak hala yasaktır.

Gayri resmi evliliklerin belli bazı amaçlarla tanınıp tanınmayacağı sorusu ayrıntılı cevabı gerektirmektedir. İnsan hakları, genel olarak devletleri resmen geçerli bir evlilik gibi eşleri gayri resmi evlilikte desteklemeye mecbur etmemektedir

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre devletler (*Muñoz Diaz-İspanya ve Şerife Yiğit-Türkiye* davalarında olduğu gibi), yasal korumayı resmen geçerli olan evliliklerle sınırlamakta büyük ölçüde serbesttirler. Hollanda makamları için muhtemel evlilikleri kontrol etmenin yanı sıra sınırlayıcı tedbirleri artırmak ve önemli hususları yürürlüğe koymak yasal kesinliktir. Bu, devletlerin daha liberal teklif ve yaklaşımları tercih etmesini, gay-

⁴⁰ Explanatory report to Article 5.

ri resmi evliliklerde olduğu gibi gayri resmi ilişkileri de bir dereceye kadar korumasını engellemez.

Sadece belli koşullarda hukukun gayri resmi evliliklerde belli ilişkilere haklar tanınması ayrımcılığı yasaklayabilir, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Muñoz Díaz davasında gayri resmi evliliklere benzer haklar tanınmasını başarıyla uygulamıştı.

Bağlı eşin durumu insan hakları tarafından daha iyi korumaya dönüştürüldü. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde bir dava olmamasına, insan haklarına başvurmayı gerektirecek açık ve somut iddialar bulunmamasına rağmen Kanada Yargıtay'ı (Yüksek Mahkemesi) insan haklarının bağlı durumundan kurtulmak isteyen bir kadının taleplerine yardımcı olmasını destekledi. Kadın-erkek eşitliği temel ilkesi ve yaşamda kadınların güçlendirilmesi fikri bu sonucun ortaya çıkmasında önemli rol oynamıştır. Bu temel hakların korunmasında bir devlet kamu yararına hizmet etmektedir.

Muhtemelen sahip olunan role rağmen kesinlikle söyleyemediğimiz şey; kocaya karşı olmasaydı, eş koruma, sonuçta devlet yetkilileri için bir zorunluluk olmazdı.

214

Gerçekten, eşlerin mevcut durumunu gayriresmi hukuk düzeni içinde korunmak için insan haklarının ileri sürüleceği genel bir sonuç olarak görülebilir. Üstelik resmi olmayan normların ve değerlerin varlığını kural olarak temelinden reddetmek kabul edilmemelidir. Daha çok ilgilenilen soru, dini ve kültürel topluluklar arasında sosyal gerçekliğin korunup korunmayacağı ile ne ölçüde korunabileceğidir.

İnsan haklarına saygı duyan çoğulcu toplumlardan oluşmuş bir devlet, dini evlilikleri görmezlikten gelemes. Bu konuda Scolnicov ile aynı fikirdeyim. Bu evliliklerin varlığını tanıma, sınıflara ayrılmış bir hukuk düzeni içinde bulunan gayri resmi evliliklerde eşlerin sorunlarını anlamak için önceden gerekli olan ilk şeydir. Eşlerin temel haklarını koruma, onlar özel ve dini bir alanda söz konusu olsalar bile, demokratik bir toplumda yetkili makamların temel sorumluluğunun bir parçası olarak kabul edilebilir.