

EŞ CİNSEL BİRLİKTELİKLER VE BUNLARIN KANUNLAR İHTİLÂFI HUKUKUNDA DÜZENLENİŞİ

Same Sex Relations and the Relevant Regulations in the Conflict of Laws

Dr. Kâzım Sedat SİRMEN*

GİRİŞ I. Çeşitli Millî Hukuk Düzenlerinde Eş Cinsel Birlikteliklerin Yeri A. Genel Bakış B. Evlilik C. Kayıtlı Birliktelik 1. Ön Açıklama 2. Kayıtlı Birliktelik Statüsünün Oluşması ve Sonuçları a. Geçerlik Şartları b. Statünün Hüküm ve Sonuçları D. Medenî Birliktelik 1. Ön Açıklama 2. Medenî Birliktelik Statüsünün Oluşması ve Sonuçları a. Geçerlik Şartları b. Statünün Hüküm ve Sonuçları II. Çeşitli Millî Hukuk Düzenlerinde Yabancı Unsurlu Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukukun Tayini A. Eş Cinsel Birlikteliklerin Düzenlendiği Devletlerde Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukukun Tespiti 1. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Vasıflandırma Problemi 2. Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukuku Tayin Eden Bağlama Kuralları a. Heteroseksüel Evliliklere Uygulanacak Hukuku Tayin Eden Bağlama Noktalarının Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanması b. Eş Cinsel Birliktelik Çeşitlerine Uygulanan Bağlama Kuralları aa. Evlilik bb. Kayıtlı Birliktelik cc. Medenî Birliktelik c. Eş Cinsel Evliliklere Uygulanacak Hukukun

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

Tayininde “Ön Sorun” Meselesi B. Eş Cinsel Birliktelikleri Kabul Etmeyen Ülke Olarak Türkiye’de Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukukun Tayini 1. Genel Olarak 2. Türk Hukukunda Yabancı Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukuku Tayin Ederken Hâkimin Karşısına Çıkacak Vasıflandırma Problemi 3. MÖHUK md. 13 Uyarınca Evliliğe Uygulanacak Hukukun Kıyasen Yabancı Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanması 4. Hâkimin Boşluk Doldurması 5. Kamu Düzeninin Müdahalesi **SONUÇ**

ÖZET

Eş cinsellerin, giderek artan bir biçimde birlikte yaşama ve bu yaşamın gerektirdiği hak ve yükümlülükler sahip olma taleplerini dikkate alan modern devletler, söz konusu birlikteliklere belli oranlarda hukukî etki tanımıştır. Bugün dünyada, eş cinsel birliktelikler; evlilik, kayıtlı birliktelik veya medenî birliktelik şeklinde resmîleşmektedir. Evliliği, geleneksel bir biçimde kabul eden ve ancak farklı cinslerdeki kişilerin yararlanabileceği bir kurum olarak gören devletler, birlikteliklerine hak ve yükümlülük tanınmasını isteyen eş cinsellere eşitsizlik yapmamak amacıyla kayıtlı birliktelik statüsünü getirmiştir. Bugün devletlerin, eş cinsel birliktelikleri düzenlerken, maddî hukuklarında olduğu kadar, kanunlar ihtilâfî hukuklarında da farklı yaklaşımları benimsemesi, sınır aşıcı durumlarda ortaya ihtilâflı ve karmaşık durumların çıkmasına yol açmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Eş cinsel birliktelik, eş cinsel evlilik, kayıtlı birliktelik, medenî birliktelik, işlemin yapıldığı yer hukuku

ABSTRACT

Certain modern states, taking into consideration the increasing number of demands of homosexual couples that wish to cohabit together and gain rights and responsibilities resulting from such cohabitation, legally regulate this kind of cohabitation in various manners. Today, same-sex relations are classified as same-sex marriages, registered partnerships or marital cohabitations. States having the

traditional concept of marriage between women and men, in order to meet the demands of homosexual couples for a recognized legal status, have preferred to use to the “registered partnership” classification. Because of the fact that the States’ approaches differ to a large extent, not only in their substantial laws but also in their private international laws, there may be disputed and complicated cross-border situations to be faced by the States.

Keywords: Same sex relation, same-sex marriages, registered partnership, marital cohabitation

GİRİŞ

Uluslararası toplumda yaşam şekli giderek değişmektedir. Bu durum özellikle aile hukukunun bazı yerleşik kurumlarını yenilemeye zorlamaktadır. Bu bağlamda, aile hukukuna ilişkin yeni olgularla karşılaşan pek çok devlet eski geleneksel aile hukuku kurallarını değiştirme baskısı altında kalmıştır.

Yukarıda zikredilen olgulardan bir tanesi de eş cinsel çiftlerin daimî olarak birlikte yaşama ve bu arada birlikte yaşamının gerektirdiği hak ve yükümlülüklerle sahip olma isteğidir. Uluslararası toplum içinde oldukça ciddi bir sayıya ulaşan bu talepleri dikkate alan devletler, eş cinsel ilişkilere üç ayrı tipte hukukî statü (bazı devletler bu hukukî statüleri heteroseksüel çiftlere de uygulamıştır) tanımıştır. Bunlar, medenî birliktelik, kayıtlı birliktelik ve pek az devlet tanısı da eş cinsel evliliğidir. Bununla birlikte geleneksel yapıdaki devletler, eş cinsel çiftlerin daimî suretteki ilişkilerine bir hukukî statü tanıma konusunda çekingen davranmış, pek çok devlet de bu konuda bir düzenleme yapılmasını külliyen reddetmiştir.

Devletlerin, eş cinsel çiftlerin ilişkilerine ilişkin tanımış olduğu hukukî statülerin birbirinden farklı olması, bu çiftlerin uluslararası alanda hareketliliği söz konusu olduğu zaman birtakım sorunların ortaya çıkmasına neden olmuştur. Devletler, başka bir devlette kazanılmış olan medenî birliktelik, kayıtlı birliktelik veya evlilik hukukî statüsünün sonuçlarının kendi ülkesel alanlarında ne ölçüde tanınması gerektiği

sorununa çözüm aramaya başlamıştır. Bu tip ilişkilerin ne ölçüde tanınması gerektiği hususunda verilecek cevaplar sadece en mahrem insanî ilişkileri etkilemekle kalmayacak, aynı zamanda kökleşmiş değer yargılarını ve bireylerin hukukî menfaatlerini de sorgulanır duruma getirecektir.

Aile hukukundaki bu yeni oluşumlar, devletlerin uluslararası özel hukuk kurallarını da etkilemiştir. Özellikle, hukuklarında eş cinsel evliliklere, kayıtlı birlikteliklere, medenî birlikteliklere yer veren devletlerin uluslararası özel hukuk kuralları da bu yeni oluşumlardan etkilenmişlerdir. Örneğin Almanya, Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu'nun (*Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch-EGBGB*) 17 b maddesiyle, kayıtlı birliktelik statüsünün şartlarına, hüküm ve sonuçlarına hangi hukukun uygulanacağını gösteren bir kanunlar ihtilâfi kuralı koymuştur. Eş cinsel çiftlerin hukukî statülerini düzenleyen yeni kurumlara ilişkin bağlama kuralları koymayan pek çok devlet ise, önüne gelen yabancı unsurlu eş cinsel evlilik, kayıtlı birliktelik veya medenî birlikteliğin ehliyet ve şartlarının yahut hüküm ve sonuçlarının tespit edilmesini gerektiren bir uyuşmazlık söz konusu olduğu zaman, söz konusu kurumlara bağlama kurallarının, bağlama konularını düzenleyen mevcut hukuk kategorilerinden hangisinin içerisine sokacağı sıkıntısı ile karşı karşıya kalmaktadır.

Bu bağlamda, çalışmamızda, ilk önce aile hukukunun yeni kurumlarından sayılan ve özellikle de eş cinsel çiftler için öngörülmüş bulunan, eş cinsel evlilik, kayıtlı birliktelik ve medenî birliktelik statüleri hakkında bilgi verdikten sonra, söz konusu statülerin uluslararası özel hukuktaki durumları incelenecektir.

I. ÇEŞİTLİ MİLLÎ HUKUK DÜZENLERİNDE EŞ CİNSEL BİRLİKTELİKLERİN YERİ

A. Genel Bakış

Bugün, dünyada, eş cinsel çiftlerin, birlikteliklerini resmîleştirebilecekleri üç ayrı statü mevcuttur. Bunlar, evlilik (*same-sex marriage*), kayıtlı birliktelik (*registered partnership*) ve medenî birliktelik (*unregistered cohabitation*) olarak adlandırılmaktadır.

Devletlerin bu kurumlara ilişkin düzenlemeleri farklılık arz etmektedir. Nitekim, Kanada'nın *Ontario*, *British Columbia*, *Saskatchewan* ve *New Foundland* gibi eyaletleri ile ABD'nin *Massachusetts* eyaletinde kabul edilen tekli (*monistik*) modelde, homoseksüel ve heteroseksüel çiftler birlikteliklerini, evlilik kurumu ile resmîleştirebilmektedirler. Bu eyaletlerde, ayrıca, kayıtlı birliktelik, medenî birliktelik gibi farklı statüler kabul edilmemiştir. Diğer bir grup devlet, model olarak ikili (*dualistik*) modeli kabul etmiştir. Bu modelde, kayıtlı birliktelik sistemi kabul edilmiş, ancak bu statüden sadece eş cinsel çiftlerin yararlanabilmesine olanak tanınmıştır. Almanya, Danimarka, İsveç, Norveç, Finlandiya, İzlanda, Slovenya, İsviçre ve Birleşik Krallık gibi ülkeleri, bu modeli kabul eden ülkelere örnek olarak verebiliriz. Bu sistemde, heteroseksüel çiftler ilişkilerini ancak klasik evlilik yoluyla resmîleştirebilirler. Son model olan çoğulcu (*pluralistic*) modeli kabul eden devletler ise, kayıtlı birliktelik sistemini hem eş cinsel çiftler, hem de heteroseksüel çiftler için geçerli kılmıştır. Bu sistemi kabul eden devletler, Belçika, Hollanda, *Quebec* (Kanada), *Buenos Aires* (Arjantin), Fransa, Lüksemburg, Yeni Zelanda ve İspanya (*Balearic Adaları*, *Basque*, *Cantabria*, Kanarya Adaları, *Estremadura*, Madrid ve *Valencia*)'dır. Kayıtlı birliktelikten hem eş cinsel, hem de heteroseksüel çiftler yararlanırken evlilik hakkından sadece heteroseksüel çiftlerin yararlanmasının, eş cinsel çiftler bakımından ayrımcılık anlamına geleceği iddiasını değerlendiren Hollanda, Belçika gibi devletler eş cinsel çiftlere evlilik hakkı da tanıyarak, bu modeli tam olarak uygulamayı gerçekleştirebilmiştir¹.

B. Evlilik

Heteroseksüel çiftlerin evlilikleri ile eş cinsel çiftlerin evlilikleri arasında tanınma bakımından hukuken hiçbir fark yoktur. Bugün için Avrupa devletlerinden sadece beş tanesi, Belçika, Hollanda, İspanya, Norveç ve İsveç, eş cinsel çiftlerin evlenmelerine imkân sağlamıştır.

¹ **Curry-Sumner, I .:** Uniform Patterns Regarding Same Sex Relationships, International Law Forum du Droit International, 2005, Vol. 7, No. 3, s. 190 (Uniform Patterns).

C. Kayıtlı Birliktelik

1. Ön Açıklama

Eş cinsel çiftler için dünyada kayıtlı birliktelik sistemini getiren ilk devlet Danimarka olmuştur. Kayıtlı birliktelik sistemiyle, eş cinsel çiftlere, birlikteliklerine resmîyet kazandırabilme ve birtakım hak ve yükümlülükler sahip olabilme imkânı getirilmiştir². Bugün için kırka yakın devlette kayıtlı birliktelik sistemi vardır. Kayıtlı birliktelik statüsünün iki önemli veçhesi mevcuttur. Birinci veçhesi, yaşa ve kayıtlı birliktelik statüsünün kurulması için ilgili devlet tarafından getirilen o devlet ile bağlantı kurmaya yarayan ikametgâh, tâbiyet ve mutad mesken gibi şahsî hallere ilişkin şartlar³, ikinci veçhesi ise, kayıtlı birliktelik sistemine bağlanan haklar ve yükümlülükler, yani kayıtlı birliktelik sisteminin hüküm ve sonuçlarıdır⁴.

Bugün özellikle, kayıtlı birliktelik sistemini benimseyen bazı devletler, kendi ülkesel alanlarında yaşayan eş cinsel çiftlere, bu

² **Harnois, C./Hirsch, J.:** Note on Developments in Internal Law and Private International Law Concerning Cohabitation Outside Marriage, Including Registered Partnership, Preliminary Document No 11 of March 2008 for the attention of the Council of April 2008 on General Affairs and Policy of the Conference, s.21< www.hcch.net/upload/wop/genatf_pd11e2008.pdf>(05.12.2008).

³ Örneğin İsveç Kayıtlı Birliktelik Kanunu uyarınca, eşcinsel çiftlerin İsveç'te kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanabilmeleri için, taraflardan birinin en az iki yıldır İsveç'te mukim olması veya taraflardan birinin İsveç vatandaşı olup (Bu Kanun uyarınca, Danimarka, İzlanda, Hollanda ve Norveç Vatandaşları da İsveç Vatandaşı olarak kabul edilmektedir) İsveç'te mukim olması gerekmektedir: 1994 tarihli İsveç Kayıtlı Birliktelik Kanununun metni için bkz.< www.homo.se> (22.11.2008). Danimarka'ya baktığımızda ise, Kanunun ilk halinde, eş cinsel çiftlerin kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanabilmeleri için, taraflardan birinin hem Danimarka Vatandaşı olması, hem de ikametgâhının Danimarka'da olması gerekmekte iken, Haziran 1999'da 360 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik ile, tarafların her ikisinin ikametgâhının Danimarka'da olması, kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanmaları için yeterli kabul edilmiştir: 1 Haziran 1989 tarihli ve 372 sayılı "Danimarka Kayıtlı Birliktelik Kanunu"nun metni için bkz. <<http://www.france.qrd.org/texts/partnership/dk/denmark-act.html>>(22.11.2008).

⁴ Kayıtlı birliktelik sisteminin kimi devletlerde zayıf, kimi devletlerde daha güçlü etkileri görülmüştür. Özellikle, ikili (*dualistic*) modeli benimsemiş olan devletlerde, yani sadece kayıtlı birliktelik sistemini eş cinsel çiftlere hasretmiş olan devletlerde, eş cinsel çiftler için mümkün olmayan evliliğe benzer ya da hemen hemen aynı etkileri doğuracak düzenlemelere yer verilmiştir: **Harnois/Hirsch**, s. 22.

sistemden yararlanmalarını sağlamak amacıyla, giderek daha esnek şartlar getirmeye başlamıştır⁵.

2. Kayıtlı Birliktelik Statüsünün Oluşması ve Sonuçları

a. Geçerlik Şartları

Kayıtlı birliktelik sistemini düzenleyen devletlere baktığımızda, ilk geçerlik şartı, kayıtlı birliktelik sisteminden yararlanacakların iki kişi olmaları ve bu iki kişinin o anda herhangi bir birliktelik statüsüne (evlilik veya başka bir kayıtlı birliktelik) dahil bulunmamasıdır⁶.

Kayıtlı birliktelik için bir başka şart cinsiyete ilişkindir. Kimi devletler, kayıtlı birliktelik sisteminden sadece eş cinsel çiftleri yararlandırırken, kimi devletler de hem heteroseksüel çiftlere, hem eş cinsel çiftlere bu hakkı tanımıştır⁷.

Kayıtlı birliktelik sistemini kabul eden devletler, evlilik için gerekli olan yaşı ve buna bağlı olarak getirilen istisnaları⁸, hemen hemen benzer bir biçimde kayıtlı birliktelik statüsü için de geçerli kılmaktadır⁹.

Yine aynı şekilde pek çok devlet, evlilikte de olduğu gibi çiftlerin belli bir dereceye kadar birbirlerinin hısmı olmasını yasaklamıştır¹⁰.

⁵ 2004 tarihli İngiliz Birliktelik Kanunu'nun (*Civil Partnership Act*) 8. maddesinin 1. paragrafının (b) bendine göre, eş cinsel çiftlerin kayıtlı birliktelikten yararlanma şartlarından biri olan oturma şartını yerine getirmiş sayılması için, her ikisinin de en az 7 gün İngiltere'de veya Galler'de oturmuş olması gerekir: Kanun metni için bkz. <www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040035_en_1> (05.12.2008).

⁶ Bununla birlikte, İspanya'nın bazı otonom topluluklarında (*Extremadura, Cantabria* gibi) boşanma yerine hukukî ayrılığın kabul edildiği bazı hallerde de, hukuken ayrı sayılan eşin, kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanabilmesi mümkündür: **Harnois/Hirsch**, s. 23.

⁷ Bkz. yuk, I.A.

⁸ 2004 tarihli İngiliz Birliktelik Kanunu'nun (*Civil Partnership Act*) 3. maddesi uyarınca, kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanabilmek için çiftlerden her birinin yaşı en az 16 olmalıdır. Eğer 16 yaşından büyük ve fakat 18 yaşından küçük bir kişi kayıtlı birliktelik sisteminden yararlanmak istiyorsa ebeveyninden muvafakat alması gerekir. Bu istisna, Birleşik Krallık'taki heteroseksüel çiftlerin evliliği için de geçerlidir.

⁹ Almanya, Çek Cumhuriyeti, Belçika, Fransa, Slovenya ve Hollanda'da kayıtlı birliktelik sisteminden yararlanma yaşı olarak 18 yaş getirilmiştir: **Harnois/Hirsch**, s. 24.

¹⁰ Örneğin, 2004 tarihli İngiliz Birliktelik Kanunu'nun (*Civil Partnership Act*) 3. maddesinin 1. paragrafının (d) bendinde de söz konusu yasak düzenlenmiştir.

Kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanmak için getirilen şekli şartlar, her devlette birbirinin aynı olmasa¹¹ da, benzer bir anlayışı taşımaktadır.

b. Statünün Hüküm ve Sonuçları

Kayıtlı birliktelik statüsünden doğan hukukî sonuçlardan biri, çiftler arasındaki ilişkide, aynî haklara ilişkin birtakım etkilerin doğup doğmayacağıyla ilgilidir. Pek çok devlet, kayıtlı birliktelik statüsündeki çiftlere mallarına ilişkin hususlarda sözleşme akdetme yetkisi vermiş, tarafların bu yetkiyi kullanmamaları durumunda da tâbi olacakları birtakım düzenlemeler yapmıştır¹².

Kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanmanın bir başka önemli sonucu malî konularda kendisini göstermektedir. Devletten devlete değişse de, kayıtlı birliktelik statüsünde olanlar malî konularda özel birtakım muamelelere tâbi tutulmuşlardır. Örneğin Hollanda'da vergi ve malî yardımlar konusunda evli çiftlere sağlanan imkânlardan kayıtlı birliktelik statüsünde olanlar da yararlanmaktadır. Fransa'da da malî konularda (sağlık ve analık sigortaları da dahil iş ve ücrete ilişkin konularda) kayıtlı birliktelik statüsünde bulunanların evli çiftler ile eşit muameleye tâbi tutulmaları söz konusudur¹³.

Kayıtlı birliktelik statüsünün bir başka önemli sonucu kendisini aile hukukundan doğan hak ve yükümlülükler konusunda gösterir. Aile hukukundan doğan hak ve yükümlülükler, kayıtlı birliktelik statüsünü tanıyan kimi devletlerde daha zayıf bir biçimde düzenlenmişken (Fransa, Belçika ve Lüksemburg), kimi devletlerde daha güçlü bir düzenlemeye tâbi tutulmuştur¹⁴.

¹¹ Örneğin, Fransa'da (Fransız Medenî Kanunu md. 515/3) taraflar ya kendi hazırladıkları ya da noter tarafından tasdik edilen akit ile birlikte, müşterek mutad meskenlerinin bulunduğu yerdeki kayıttan sorumlu ilk derece mahkemesi önünde beyanda bulunurlar. Mahkeme, tarafların kayıtlı birliktelik sisteminde yararlanması konusunda gerekli şartları taşıyıp taşımadığını kontrol ettikten sonra tarafları sicile kaydeder. Belçika'da ise, (Belçika Medenî Kanunu md. 1476 /1) taraflar, mutad meskenlerinin bulunduğu yerdeki görevliye göndermiş oldukları standart birtakım hükümler içeren yazılı belgeye dayanarak ilgili görevlinin yapmış olduğu kayıt sonucunda kayıtlı birliktelik statüsünden yararlanabilirler: **Harnois/Hirsch**, s. 26.

¹² **Curry-Sumner**, Uniform Patterns, s. 191.

¹³ **Harnois/Hirsch**, s. 29.

¹⁴ Aile hukukundan doğan haklar ve yükümlülükler arasında, birlikte yaşama (Fransız Medenî Kanunu md. 515/4), sadakat yükümlülüğü (Hollanda Medenî Kanunu (1. kitap)

Evlât edinme hakkında ise, farklı devletlerde farklı düzenlemeler söz konusu olmuştur. Pek çok hukuk sistemine baktığımızda, eş cinsel çiftler için çocukların birlikte evlât edinilmesini engelleyici hükümler getirilmiş olduğu görülür. Örneğin, kayıtlı birliktelik sistemini ilk kabul eden devlet olan Danimarka'da Kayıtlı Birliktelik Kanunu'nun 4. maddesinin 1. paragrafına göre, kayıtlı birliktelik statüsündeki eş cinsel çiftlerin birlikte evlât edinmeleri yasaklanmıştır¹⁵. Aynı şekilde, İsviçre'de de Eşcinsel Çiftlerin Kayıtlı Birlikteliklerine İlişkin Federal Kanun'un 28. maddesine göre, kayıtlı birliktelik statüsü altında eş cinsel çiftlerin evlât edinmeleri yasaklanmıştır. Evlât edinme hakkında bir başka yaklaşım Alman Hukukunda karşımıza çıkmaktadır. Alman Kayıtlı Birliktelik Kanunu'nun 9. maddesinin (7). paragrafına göre, kayıtlı birliktelik statüsünde olan çiftlerin müşterek olarak evlat edinme hakkı bulunmasa da, çiftlerden biri diğerinin çocuğunu evlât edinme hakkına sahiptir¹⁶. Hollanda ise, Alman Hukukundakine benzer düzenlemeye ek olarak, Hollanda'da mutad meskeni olan çocuğun, kayıtlı birliktelik statüsünde yaşayan eşcinsel çiftler tarafından birlikte evlât edinilmesi imkânını tanımıştır. Bununla birlikte, tek başına olmak kaydıyla, kayıtlı birliktelik statüsünde olan eşcinsellerin, Hollanda'nın ülkesel alanı dışında olan çocukları evlât edinmeleri de mümkündür¹⁷. Yine aynı şekilde, İsveç'te

80 b ve 81. maddeleri), çiftlerin birlik giderlerine katılması (Belçika Medenî Kanunu md. 1477/3), aile konutunun korunması, çiftlerden birinin kayıtlı birliktelik statüsüne girmeden önceki soyadının ortak soyadı olması (Alman Kayıtlı Birliktelik Kanunu md.3) örnek olarak sayılabilir. Ayrıca, miras (İsviçre Eş Cinsel Çiftlerin Kayıtlı Birlikteliklerine İlişkin Federal Kanun md. 31) ve çiftlerden birinin diğerinin akrabaları ile şahsî ilişki kurması (Alman Kayıtlı Birliktelik Kanunu md. 11) hakları da aile hukukundan doğan diğer hak ve yükümlülükler olarak sayılabilir: **Harnois/Hirsch**, s. 32.

¹⁵ Danimarka, İzlanda, Norveç ve Almanya'da çiftlerden birinin çocuğunu diğerinin evlât edinmesi imkânı getirilmiştir: **Harnois/Hirsch**, s. 33.

¹⁶ Alman kanun koyucusu kayıtlı birliktelik sisteminin evlilikten farklı olduğunu ortaya koyabilmek amacıyla, evlât edinmede böyle bir uygulamaya gitmiştir: **de Groot, G. R.**: Private International Law Aspects Relating to Homosexual Couples, Electronic Journal of Comparative Law, December 2007, Vol. 11.3, s.6 <[http:// www.ejcl.org/113/article113-12.pdf](http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf)>(04.01.2009).

¹⁷ Question and Answers for Same Sex Marriages, A Guide to Dutch Policy, 2003, s.10 <www.nlembassy.org.yu/downloads/ethical/samesex_policy.pdf > (04.01.2009).

de İsveç Kayıtlı Birliktelik Kanunu'nda yapılan değişiklikle eşcinsel çiftlere birlikte evlât edinme imkânı sağlanmıştır¹⁸.

D. Medenî Birliktelik

1. Ön Açıklama

Medenî birliktelik, belli bir süre beraber yaşayan eş cinsel veya heteroseksüel çiftlerin kayıt yaptırmaya gerek kalmadan kazandıkları statüdür. Bugün, kayıtlı birliktelik statüsü yahut evlenme hakkını tanımış olan devletlerin pek çoğu, ilkin medenî birliktelik statüsünü, daha sonra da kayıtlı birliktelik statüsünü ve evlenme hakkını tanımıştır¹⁹.

2. Medenî Birliktelik Statüsünün Oluşması ve Sonuçları

a. Geçerlik Şartları

Medenî birlikteliği düz bir ilişkiden ayıran en önemli unsur, çiftler arasındaki ilişkide belli bir sürenin geçmiş olması zorunluluğudur. İsveç'te, iki kişinin, daimî bir surette ve aile konutunun masraflarını paylaşarak birlikte yaşamaları, medenî birlikteliğe bir örnektir²⁰. Medenî birliktelik statüsünde olan çiftler, başka herhangi bir evlilik ya da evlilik benzeri hukukî sonuç doğuran birliktelikte bulunamazlar²¹.

Hırvatistan, Fransa, Yeni Zelanda ve Katalonya (İspanya) gibi devletlerde, hem eş cinsel, hem heteroseksüel çiftler, medenî birliktelik statüsünden yararlanabilmektedirler. Bu devletlerden bazıları, eş cinsel çiftler ile heteroseksüel çiftlere, medenî birliktelik statüsünden doğan sonuçlara uygulanacak hukuku ayrı tutarken (Hırvatistan), bazıları da tüm çiftler için aynı hukuku uygulayacak şekilde düzenlemeler yapmıştır²². Bunun dışında, örneğin Yeni Zelanda'da Kanun, çiftler arasında medenî

¹⁸ 1994 tarihli İsveç Kayıtlı Birliktelik Kanunu'nun metni için bkz.< www.homo.se> (22.11.2008). Kanunun ilk halinde, 3. bölümün 2. kısmında yer alan düzenleme uyarınca kayıtlı birliktelik statüsünde olan eşcinsel çiftler ne ayrı ayrı, ne de birlikte evlât edinebiliyorlardı.

¹⁹ **Karadağ, N.:** Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları, İstanbul 2008, s. 61 vd.

²⁰ **Harnois/Hirsch,** s. 10.

²¹Fransa'da, Fransız Medenî Kanunu md. 515/8 gereğince, medenî birliktelik için bu kural uygulanmamaktadır: **Harnois/Hirsch,** s. 11.

²² **Harnois/Hirsch,** s. 12.

birliktelik statüsünün olup olmadığı hakkında birtakım olguların varlığını araştırmıştır²³.

Bunlardan başka, devletler, medenî birliktelik statüsünden yararlanmak için belli bir yaşta olma zorunluluğu getirmiş, belli bir dereceye kadar hısımlar arasında medenî birliktelik statüsünden yararlanmayı yasaklamıştır.

Pek çok devlet, medenî birliktelik statüsünün varlığını olgusal sonuçlarına bakarak tayin etmektedir. Bununla birlikte, bazı ülkelerde medenî birliktelik statüsünün hukukî sonuçlarını doğurabilmesi için, belli birtakım formalitelere ihtiyaç duyulmuştur. Bu formalitelerin başında, çiftlerin medenî birliktelik statüsünde olduklarını bir mahkemeye veya diğer bir otoriteye beyan etmeleri veya medenî birliktelik statüsünün tescil edilmesi gelmektedir. Buradaki tescil, kayıtlı birliktelik statüsünde olduğu gibi, bir kurucu olgu olmayıp kurulan statüyü açıklayıcı niteliktedir²⁴.

b. Statünün Hüküm ve Sonuçları

Devletler, diğer statüler (evlilik veya kayıtlı birliktelik) kadar olmasa da, çiftlerin girmiş oldukları medenî birliktelik statüsüne birtakım hukukî sonuçlar bağlamıştır. Bunlardan bir tanesi, eşyanın bölüştürülmesi ile ilgilidir. Bu konuda, öyle bazı devletler vardır ki, medenî birliktelik statüsüne evliliğe benzer hukukî sonuçlar atfetmiştir. Örneğin, Yeni Zelanda'da, medenî birliktelik statüsünde olan çiftler bu statüyü sona erdirmek istediklerinde, evlilik statüsünde olduğu gibi, aile konutunu eşit bir biçimde tasfiyeye tâbi kılabilirler²⁵.

Aynen evlilik statüsünde olduğu gibi, çiftlere, medenî birliktelik statüleri sona erdiğinde nafaka verme yükümlülüğü getiren birtakım devletler de mevcuttur²⁶.

²³ Bu olgulara örnek olarak, ortak konutun varlığı, taraflar arasında cinsel ilişkinin sürmesi, malî bağımlılık, malvarlığı kazanımları ve bunların kullanılması, ortak giderlere katılma sayılabilir: **Harnois/Hirsch**, s. 12.

²⁴ Bu konuda örnek olarak Avustralya'yı verebiliriz: **Harnois/Hirsch**, s. 13.

²⁵ Yeni Zelanda Eşya Kanunu md. 11(1) için bkz: **Harnois/Hirsch**, s. 14.

²⁶ Örneğin Peru Medenî Kanunu md. 326 (3)'e göre, medenî birliktelik statüsü taraflardan birinin tek taraflı iradesi ile sona erdiğinde, yargıç, statüyü sona erdiren aleyhine nafaka yükümlülüğü yükleyebilir. Yine Hırvat Medenî Birliktelik Kanunu'nun

Bazı devletler medenî birliktelik statüsünde olanlara malî konularda bazı hukukî ayrıcalıklar tanımıştır. Örneğin, Norveç, daha önce evli olan yahut çocukları olan medenî birliktelik statüsünde yaşayan çiftlere vergi kolaylıkları getirmiştir²⁷.

Sadakat, birbirine yardım etme gibi konularda, devletler, kural olarak düzenlemeler yapmasa da, Hırvatistan, Bolivya gibi ülkelerde medenî birliktelik statüsünde olanların birbirlerine karşılıklı olarak yardım etmeleri yükümlülüğü getirilmiştir²⁸.

Medenî birliktelik statüsünde olanlara bazı devletler mirasçılık konusunda da kolaylıklar sağlamıştır. Örneğin, Hollanda'da aynı evi paylaşmaları koşuluyla, medenî birliktelik statüsündeki çiftlerin noter huzurunda yapacakları ölüme bağlı tasarrufla birbirlerine mirasçı olmaları mümkündür. Ancak bunun için hayatta kalanın başka bir statüye (evlilik, kayıtlı birliktelik, medenî birliktelik) girmemiş olması gerekir²⁹.

Evli çiftlere ve bazı ülkelerde kayıtlı birliktelik statüsünde olanlara tanınmış olan birlikte evlât edinme hakkı, medenî birliktelik statüsündeki çiftler için, bu statüyü benimseyen devletlerin çok azında kabul edilmiştir³⁰.

6. maddesine göre, işe ve ibadesini kendi karşılayamayan, çalışma imkânı olmayan veya iş bulamayan tarafa diğer taraf nafaka yardımı yapmakla yükümlüdür. Hatta, bu birliktelik sona erince (3 yıl sürmesi kaydıyla) de 6 ay içinde taraflardan birinin talep etmesi halinde, hâkim 1 yıl veya daha fazla bir süre için bu nafakanın ödenmesine karar verebilir: **Harnois/Hirsch**, s. 16.

²⁷ 26.03.1999 tarihli Norveç Vergi Kanunu için bkz: **Harnois/Hirsch**, s. 17.

²⁸ Hırvatistan Birliktelik Kanunu'nun 2. paragrafı ve Bolivya Aile Kanunu'nun 161. maddesi için bkz: **Harnois/Hirsch**, s. 18.

²⁹ **Harnois/Hirsch**, s. 18.

³⁰ 2002 tarihli İngiltere Evlât Edinme ve Çocuklar Kanunu'nun 50. maddesinde medenî birliktelik statüsünde olanlara, cinsiyetleri ne olursa olsun, birlikte evlât edinme hakkı tanınmıştır: **Harnois/Hirsch**, s. 19.

II. ÇEŞİTLİ MİLLÎ HUKUK DÜZENLERİNDE YABANCI UNSURLU EŞ CİNSEL BİRLİKTELİKLERE UYGULANACAK HUKUKUN TAYİNİ

A. Eş Cinsel Birlikteliklerin Düzenlendiği Devletlerde Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukukun Tespiti

1. Uygulanacak Hukukun Tespitinde Vasıflandırma Problemi

Uluslararası özel hukuk sistemlerinde, bağlama kurallarının en önemli ögesi olan bağlama konusu pek çok olguyu içerecek hukuk kategorilerinden oluşmaktadır³¹. Bu kategorilere örnek olarak, ehliyet, şekil, haksız fiiller, evlenme, evlât edinme, menkul miras, akit v.s. verebiliriz. Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında, devletler, kanunlar ihtilâfi kurallarının unsuru olan bağlama konularını benzer hukuk kategorilerini kullanarak belirleseler de, olguların iç hukuk sistemlerindeki yeri farklı olabileceğinden, olgular her bir hukuk düzeninde farklı hukuk kategorileri içerisine sokulabilecek, hukuk düzenlerinin ulaşacağı sonuçlar da birbirleriyle örtüşmeyebilecektir. Dolayısıyla, bir hukuk düzeni ele aldığı olguyu miras statüsüne sokabilirken, başka bir hukuk düzeni söz konusu olguyu eşler arasındaki mal rejimi içinde değerlendirebilmektedir. İşte bu problem, vasıflandırma problemi olarak ifade edilmektedir³².

Bugün kural olarak mahkemeler “*lex fori*” vasıflandırmayı kabul etmiştir. Gerçekten de, bugün, kural olarak, her ülkenin hâkimi, önüne gelen ilişkinin, kanunlar ihtilâfi kuralının bağlama konusunu oluşturan hangi hukukî kategoriye girdiğini tespit ederken, belli başlı istisnalar dışında, kendi hukuk sisteminde yer alan kavramlara göre hareket etmektedir. Bununla birlikte, “*lex fori*” vasıflandırmanın tıkandığı birtakım hususlar da mevcuttur. Özellikle, hâkimin önüne gelen olayda, uygulayacağı yabancı hukuk ile “*for*” hukuku arasında yakın bir karşılaştırma imkânının bulunmaması durumunda (örneğin Fransız mahkemelerinin önüne, İngiliz Hukukunda yer alan “trust” ile ilgili bir

³¹ Nomer, E./Şanlı, C.: Devletler Hususî Hukuku, B. 16, İstanbul 2008, s. 102 vd; Mc Clean, D./Beevers, K.: Morris on The Conflict of Laws, Ed. 6, London 2005, s. 490.

³² Collins, L.: Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, (Editors: Briggs, A./Harris, J./Mc Clean, J.D./Mc Lachlan, C./Morse, C.G.J.), Ed.14, Vol I, London 2006, s. 38 (Vol. I); Mc.Clean/Beevers, s. 490.

uyuşmazlığın gelmesi v.b.), “*lex fori*” vasıflandırmanın tam olarak fonksiyonunu yerine getirememesi söz konusu olacaktır. İşte, söz konusu sakıncayı önlemek amacıyla “*lex fori*” vasıflandırmayı tam olarak ortadan kaldırmadan, kanunlar ihtilâfi kurallarını oluşturan hukukî kategorilerin karşılaştırmalı hukuka atıf yaparak daha geniş yorumlanması gerektiği ileri sürülmüştür. Gerçekten de, kanunlar ihtilâfi kurallarının geniş bir biçimde yorumlanması, ilk bakışta *for* hukuku ile bağdaşmayan hukuk kavramlarının da, *for* hukukunda yer alan mahallî kategorilerin kapsamına alınmasını sağlamıştır³³.

Eş cinsel birlikteliğin bir türü olarak *medenî birliktelik statüsünde*, vasıflandırma problemi ile karşılaşılması mümkündür. Millî hukuk düzenlerinin uluslararası özel hukuk kurallarını karşılaştırdığımızda, medenî birliktelikleri hukukî kategori olarak dikkate alıp düzenleyen bir uluslararası özel hukuk kuralına rastlanmamaktadır. Dolayısıyla, hâkimin önüne medenî birliktelik statüsü ile ilgili bir uyuşmazlık geldiğinde, hâkim, ya var olan mevcut kanunlar ihtilâfi kurallarından birini seçerek söz konusu uyuşmazlığa uygulayacak yahut önündeki mevcut uyuşmazlık için bir kanunlar ihtilâfi kuralı yaratacaktır. Birinci durumda, hâkim karşılaştırmalı hukuk kavramlarını dikkate alarak *lex fori* vasıflandırma yapacak ve önündeki uyuşmazlığın en uygun hangi hukukî kategoriye girdiğini, yani hangi kanunlar ihtilâfi kuralını uygulayacağını, mevcut kanunlar ihtilâfi kurallarını yorumlayarak tespit edecektir. İkinci durumda ise, karşılaştırmalı hukuk kavramlarını dikkate alarak yapmış olduğu *lex*

³³ “Uluslararasılaştırılmış *lex fori*” vasıflandırma olarak adlandırabileceğimiz bu vasıflandırma şekli hakkında bilgi için bkz. **Kahn-Freund, O.**: General Problems of Private International Law, Recueil des Cours, 1974/III, Vol.143, s. 227 vd.; **Fosyth, C.**: *Characterisation Revisited: An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws*, Law Quarterly Review, 1998, Vol. 114, s. 141 vd. Eğer, *for* hukukuna göre bilinmeyen yabancı unsurlu bir hukukî ilişkiyi tanımamak gibi bir anlayışa sahip değilseniz, o zaman kanunlar ihtilâfi hukukunda kullanılan kurumları ve kavramları iç hukuka nazaran daha geniş bir biçimde yorumlamamız gerekmektedir. Nitekim, Batı mahkemeleri, birden fazla kişiyle yapılan poligamik evlilikleri, evlilik kategorisi altına sokarken *lex fori* vasıflandırma yapmakta, ancak söz konusu vasıflandırmayı yaparken, iç hukukun temel kavramlarını yabancı hukuk sistemlerini de dikkate alarak genişletmeye veya yorumlamaya yarayacak anahtar noktaları tespit etmeye çalışmakta ve böylece vasıflandırmayı ilgili bağlama konusunu oluşturan hukuk kategorisinin, yani evliliğin kapsamını genişletecek şekilde yapmaya özen göstermektedir. **Allarousse, V.**: *A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law*, Case Western Reserve Journal of International Law, 1991, Vol. 23, s. 503.

fori vasıflandırma sonucunda bir hukuk boşluğunun var olduğuna hükmederek soyutluk ve genellik ilkelerini gözetmek ve karşılıklı çıkarları, uluslararası özel hukukta ilgililerin menfaatlerini tahlil etmek ve geniş anlamda kıyası kullanmak suretiyle boşluk dolduracaktır³⁴. Hâkim eğer var olan kanunlar ihtilâfî kurallarından birini seçerse, o zaman bir vasıflandırma problemi ile karşılaşacaktır. Bugün, medenî birliktelik statüsünü bir hukukî yapı içine sokan devletler olduğu gibi, onu basit bir fiilî olgu olarak kabul eden devletlerin de var olduğu dikkate alınır, vasıflandırma probleminin çözülmesi *forum* devletinin hâkimi için pek de kolay gözükmemektedir³⁵.

Kayıtlı birliktelik statüsüne ilişkin vasıflandırma biraz daha kolaydır. Medenî birliktelik statüsüne nazaran, İsviçre, Almanya, Hollanda, Belçika, Birleşik Krallık gibi devletler açıkça kayıtlı birliktelik statüsüne ilişkin kanunlar ihtilâfî kuralı koymuştur. Bununla birlikte, bu durum kayıtlı birliktelik sisteminde de vasıflandırma probleminin yaşanmayacağı anlamına gelmemektedir. *Lex fori* vasıflandırmada, hâkim, önüne gelen kayıtlı birliktelik statüsünün, kendi hukukundaki

³⁴ **Nomer /Şanlı**, s. 92. Ayrıca boşluk doldurken yargıcın gözeteceği ilkeler hakkında geniş bilgi için bkz. **Edis, S.**: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, B. 4, Ankara 1991, s. 136 vd..

³⁵ **Harnois/Hirsch**, s. 39. İsviçre Hukukunda, medenî birliktelik statüsünün, evliliğe eş değer bir hukukî statü yarattığı düşünülmemelidir. İsviçre Hukukuna göre medenî birliktelik aile hukukuna ilişkin olguları içeren *de facto* birliktelik olarak kabul edildiğinden, yabancı unsurlu bir medenî birliktelik statüsünden doğan uyumsuzluk, evlilik kapsamına sokulmamalı onun yerine İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun adi şirketlere uygulanacak 150. maddesinin II. fıkrası delaletiyle akitlere uygulanacak hukuk olan 116 ve devamı maddelerine göre taraflar açısından en yakın ilişkili hukuk uygulanmalıdır: **Graham-Siegenthaler, B. E.**: Principles of Marriage Recognition Applied to Same Sex Marriage Recognition in Switzerland and Europe, Creighton Law Review, 1998-1999, Vol. 32, s. 141 vd. Kanımızca, burada, hâkim, medenî birliktelik statüsünü tarafların şahıs varlığına ilişkin bir konu olarak değerlendirecek, taraf ve işlem menfaatlerini de dikkate almak suretiyle, taraflar için en haklı çözüme ulaşılması maksadıyla, onlar için en uygun hukuk olarak, en yakın ilişkili hukuk olan müşterek mutad mesken hukukunu uygulayıp boşluk dolduracaktır. Yoksa, hâkim, malvarlığına ilişkin bir husus olan akitler hukukunu geniş yorumlayarak şahıs varlığına ilişkin bir konu olan medenî birliktelik statüsüne uygulanacak hukuku tespit etme yoluna gitmemelidir. Bugün, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 65a maddesi, kayıtlı birliktelik statüsünü düzenlemektedir. Buna rağmen, medenî birliktelik statüsü, *de facto*, herhangi bir resmî işleme gerek kalmadan kurulan bir statü olduğu için, hâkim bu statüyü *formalizasyon* içeren kayıtlı birliktelik statüsü kapsamına girecek şekilde de yorumlayamaz.

kayıtlı birliktelik statüsünün şartları ve sonuçları açısından farklılık taşıdığı tespit etmesi durumunda, bu, onun kayıtlı birliktelik statüsünü düzenleyen kanunlar ihtilâfi kuralını önündeki olaya uygulamadan kaçınması sonucunu doğurabilecektir. Nitekim, Alman Hukukuna göre, kayıtlı birliktelik statüsü sadece eş cinsel çiftlere hasredildiği için, Alman hâkimi önüne gelen ve heteroseksüel bir çiftin girmiş olduğu yabancı unsurlu kayıtlı birliktelik statüsünü vasıflandırırken, kayıtlı birliktelik statüsünü hiçbir şekilde kanunlar ihtilâfi kuralı olarak düzenlememiş devletlerde yaşanan soruna benzer bir sorunla karşı karşıya kalabilecektir³⁶.

Bu bağlamda, eş cinsel evliliklerin vasıflandırılması ile ilgili olarak da benzer sorunların karşımıza çıktığını söyleyebiliriz. Eş cinsel evliliğe izin vermeyen pek çok hukuk sistemi yabancı eş cinsel evliliği kendi ülkesinde mevcut olan kayıtlı birliktelik statüsünde vasıflandırmıştır³⁷. Nitekim, Alman Hukukunda yazarlar, EGBGB'nin 17 b maddesinde düzenlenen kayıtlı birliktelik statüsüne ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralının kapsamına diğer ülkelerde yer alan eş cinsel evliliklerin de girmesi gerektiğini ileri sürmüşlerdir³⁸.

2. Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukuku Tayin Eden Bağlama Kuralları

a. Heteroseksüel Evliliklere Uygulanacak Hukuku Tayin Eden Bağlama Noktalarının Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanması

Bir evliliğin geçerli olarak tanınabilmesi için çeşitli şekle ve esasa ilişkin şartlar kabul edilmiştir. Pek çok devlet, evlenmenin ehliyet ve diğer aslî şartlarını, yani maddî geçerliliğini tarafların şahsî kanununa (*lex*

³⁶ Harnois/Hirsch, s. 43.

³⁷ Nitekim, İsveç'te, Hollanda'daki eş cinsel evlilik, kabul edilebilir bir çözüm olarak İsveç'te varolan kayıtlı birliktelik statüsü kapsamına girecek şekilde vasıflandırılmaktadır: **Bogdan, M.**: Some Reflections on the Treatment of Dutch Same Sex Marriages in European and Private International Law, Intercontinental Cooperation Through Private International Law-Essays in Memory of Peter E. Nygh (Ed.T.EINHORN/K.SIEHR), The Hague 2004, s. 28.

³⁸ **Kropholler, J.**: Internationales Privatrecht, 5. Auflage, Tübingen 2004, s. 339; eş cinsel evliliklerin, genel olarak evliliğe uygulanacak hukuku düzenleyen EGBGB m.13 kapsamında vasıflandırılması gerektiğini ileri süren görüş için bkz. **Von Hoffmann/Thorn**: Internationales Privatrecht, B. 9, München 2007, s. 348.

personalis) tâbi kılmıştır. Pek çok Kıta Avrupası ülkesinde evlenmenin maddî geçerliğini şahsî kanuna tâbi kılmak, yabancı evlenmenin tanınması şartı olarak da kabul edilebilir.

Evlenmenin şekline uygulanacak hukuk olarak *lex loci celebrationis* (evlenmenin yapıldığı yer hukuku) kabul edilmiştir. Bununla birlikte bazı İskandinav devletleri, *lex loci celebrationis*'i evlenmenin maddî şartlarına da uygulamıştır. Bunun sonucunda, kendi millî kanunlarına veya ikametgâh kanunlarına göre sıkı ve sınırlayıcı evlilik şartlarına tâbi olanların, bu sıkı şartların evlenmenin maddî şartı olarak uygulanmadığı, evlenmenin şartlarına *lex loci celebrationis*'in uygulandığı devletlerde evlenmeleri durumunda, evlilikleri vatandaşı oldukları veya mukim oldukları devlette geçersiz sayılacaktır³⁹.

Bununla birlikte, İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun⁴⁰ 45. maddesini dikkate aldığımızda, yukarıda yer alan durumun ortaya çıkmasını engelleyen bir hükmün varlığı göze çarpmaktadır; çünkü, bu maddeye göre, karı ve kocadan biri İsviçre Vatandaşı ise veya her ikisi birden İsviçre'de mukim iseler, yurt dışında yaptıkları evliliğin geçersiz sayılması, bunun İsviçre Hukukunun evliliğe ilişkin hükümlerinden açıkça kaçma amacıyla yapılmış olmasına bağlıdır. Diğer durumlarda İsviçre dışında geçerli olarak akdedilmiş bulunan evlenme İsviçre'de de tanınacaktır.

Yabancı evliliklere uygulanacak hukuk olarak, *Lex loci celebrationis* ile *Lex personalis*'in kümülatif veya ayrı ayrı dikkate alındığı düzenlemeler de mevcuttur. Nitekim, İngiliz Hukukuna baktığımızda, yurt dışında yapılan bir evlenme, evliliğin tarafları kendi ikametgâh hukuklarına göre evlenme şartlarını taşıyorlarsa, söz konusu şartlar İngiliz Hukukuna aykırı bile olsa, İngiltere'de tanınabildiği gibi, evlenmenin İngiltere'de yapılması halinde, tarafların ikametgâh hukuklarına göre evlenme geçerli olsa da, İngiliz Hukukunda evlenmenin geçerliliğini ortadan kaldıracak önemli bir neden var ise, o zaman *lex loci celebrationis* dikkate alınarak evlenme geçersiz de sayılabilmektedir⁴¹.

³⁹ **Graham-Siegenthaler**, s. 135 vd.

⁴⁰ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun İngilizce çevirisi için bkz. **Umbricht, R. L.**: Swiss Code of Private International Law, Zurich 2007, s. 16.

⁴¹ **Mc.Clean/Beevers, K**, s. 204.

Evlenmenin Yapılması ve Geçerliğinin Tanınması Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nin⁴² (*Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*) 3. maddesine göre, evlilik, eşlerden birinin evlenmenin yapıldığı ülke devletinin tâbiyetinde olması veya orada mutad meskeninin bulunması koşuluyla, evlenmenin yapıldığı yer hukukunun veya evlenmenin yapıldığı yer hukukunun kanunlar ihtilâfi hukukunun göstermiş olduğu devletin hukukunun maddî geçerlik şartlarını taşıyorsa, bu evlenme geçerlidir. Böyle bir evlilik, Sözleşmenin 9. maddesi uyarınca âkit devletlerde tanınacaktır. Genellikle, kanunlar ihtilâfi hukukunun gösterdiği hukuklar ya tarafların millî hukuku ya da tarafların ikametgâh hukuku olmaktadır⁴³.

Yukarıda da yer aldığı üzere, eş cinsel birlikteliklere uygulanacak hukuk olarak *lex personalis* (*lex patriae* ya da *lex domicilii*)'in uygulanması, bugün pek çok devletin eş cinsel birliktelikleri düzenleyen maddî hukuk kurallarının olmaması dolayısıyla, istenmeyen sonuçlara yol açabilmektedir. Geleneksel evliliğe ilişkin söz konusu kanunlar ihtilâfi kuralları, eş cinsel birlikteliklere ilişkin hiçbir düzenleme içermeyen devletlerin maddî hukuk kurallarını uygulanacak hukuk olarak gösterebilir. Yine aynı şekilde söz konusu devletlerin hukuk düzenleri eş cinsel kayıtlı birlikteliklerin tanınmasını ve onlara hukukî sonuçlar bağlanmasını reddedebilir. Dolayısıyla, özellikle kayıtlı birliktelik statüsüne ilişkin maddî hukuk kuralları koyan devletlerin, eş cinsel birlikteliklerin diğer devletlerde tanınmaması ihtimalinin önüne geçmek amacıyla, söz konusu statü ile ilgili özel bağlama kuralları koyması gerekir⁴⁴.

Bir başka öne sürülen görüş de, Evliliğin Yapılması ve Geçerliğinin Tanınması Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nde yer alan bağlama noktalarının kıyasen (*per analogiam*), hâkimin önüne gelen eş cinsel evlilik yahut kayıtlı birliktelik statüsüne ilişkin uyuşmazlıklarda

⁴² Söz konusu Sözleşme 1 Mayıs 1991 tarihinde yürürlüğe girmiştir ve her ne kadar, çok sayıda devlet tarafından onaylanmamışsa da, özellikle, bazı Avrupa ülkelerinin uluslararası özel hukuk kodlarına etkisi bakımından oldukça önemli bir sözleşmedir: Sözleşme metni için bkz. <www.hcch.net/index_en.php>(31.10.2008).

⁴³ De Groot, s. 12.

⁴⁴ de Groot, s. 11.

uygulanmasıdır. Böylelikle, alternatif olarak birden çok hukuk düzeninin somut uyuşmazlığa uygulanması ihtimali söz konusu olacaktır. Bu durum da, eş cinsel evlilikler ve kayıtlı birlikteliklerin diğer devletlerde tanınması ve “topal hukukî işlemler”in önlenmesi açısından oldukça önemlidir.

b. Eş Cinsel Birliktelik Çeşitlerine Uygulanan Bağlama Kuralları

aa. Evlilik

Yurt dışında yapılan eş cinsel evlenmelerin Belçika’da tanınması için Belçika Hukukunda özel bir hüküm mevcut değildir. Yurt dışında yapılan eş cinsel evlenmeler 2004 yılında çıkarılmış olan Belçika Uluslararası Özel Hukuk Kanunu kullanılmak suretiyle tanınacaktır. Eş cinsel evliliğin maddî ve şekli şartları bu Kanunun göstermiş olduğu hukuk düzenine uygunsuz, eş cinsel evlilik Belçika’da tanınacaktır. Belçika’nın Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun 46. maddesi, eş cinsel çiftlerin yapmış olduğu evlenmelerin geçerlilik şartlarına uygulanacak hukuku, heteroseksüel evliliklerde olduğu gibi, tarafların her birinin millî hukuku olarak belirlemiştir. Bununla birlikte Belçika Hukuku dünyada çok sık görülmeyen eş cinsel evliliklere ilişkin “topal işlem” problemi ile karşılaşmamak amacıyla eş cinsel evlilikler ile ilgili olarak ikinci bir kanunlar ihtilâfı kuralı koymuştur. Buna göre, tarafların millî hukuku eş cinsel evlenmenin yapılmasına izin vermese dahi, izin vermeyen devletin hukuku dikkate alınmayarak taraflardan en az birinin evliliğe izin veren bir devletin vatandaşı olması veya o devlette mutad meskeninin bulunması, o devlette yapılan yabancı unsurlu evlenmenin geçerliğinin kabulü için yeterli sayılmıştır. Nitekim, aynı kural, Belçika’da yapılan evlenmeler için de uygulanmıştır. Belçika’da böyle bir evlenmenin yapılabilmesi için eş cinsel çiftlerden en az birinin Belçika Vatandaşı yahut Belçika’da mukim olması yahut en az üç aydır mutad meskeninin Belçika’da olması gerekmektedir⁴⁵.

⁴⁵ **de Groot**, s. 11, 12, 23; Bununla birlikte, Belçika Adalet Bakanlığının Temmuz 2004 tarihli Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun ahkamı şahsiyeye ilişkin hususların uygulanmasını düzenleyen 23 Eylül 2004 tarihli sirküleri değiştiren 29 Mayıs 2007 tarihli sirkülerde İskandinav ülkelerinde ve Almanya’da düzenlenen sadece eş cinsel çiftlere tanınan kayıtlı birliktelik sisteminin Belçika’daki evlilik kurumuna benzemesi

Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu'nun 17 b maddesinin, eş cinsel evlilikten doğan yabancı unsurlu bir uyuşmazlığa uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır. Aslında eş cinsel evliliklerin Alman Hukukunda tanınmama sonucunu doğurabileceğini ileri süren yazarlar mevcut olsa da, eş cinsel kayıtlı birliktelikler, Kanunun 17 b maddesi uygulanarak tanınırken, biraz aşırı gittiği varsayılan, ancak, kayıtlı birliktelik statüsüne benzeyen eş cinsel evliliklerin tanınmaması gayet tutarsız bir davranış olarak telakki edilebilecektir. Bu nedenle, eş cinsel evliliklerin Alman Hukukunda karşılaştırmalı hukuk esaslarına uygun olarak vasıflandırılıp, Kanunun 17 b maddesindeki eş cinsel kayıtlı birlikteliklere ilişkin hukuk kategorisinin altına konması ve uygulanacak hukukun buna göre tespit edilmesi uygun olacaktır. Aksi takdirde Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu'nun evlenmeye uygulanacak hükümleri kıyasen uygulanırsa, şartlar tarafların tâbi oldukları hukuka göre belirleneceğinden total işlemlerin doğması mutlak olacaktır⁴⁶.

Hollanda Hukukuna baktığımızda, yabancı ülkelerde yapılan eş cinsel evlenmelerin tanınması, yabancı ülkelerde yapılan heteroseksüel çiftlerin evlenmeleri ile aynı kurallara tâbi kılınmıştır. Buna göre, Evlenmeye İlişkin Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 5. maddesi delaletiyle uygulanan Evliliğin Yapılması ve Geçerliğinin Tanınması Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nin⁴⁷ (*Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*) 9. maddesi uyarınca, yabancı eş cinsel evlilikler de, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna (*lex loci celebrationis*) uygun olması halinde tanınacaktır.

nedeniyle evlilik olarak tanınacağı, Hollanda Hukukunda kayıtlı birliktelik sisteminden hem eş cinsel, hem de heteroseksüel çiftler yararlandığından ve de ayrıca Hollanda Hukukuna göre eş cinsel evlilik de var olduğundan bu durumun da dikkate alınması gerekeceği belirtilmiştir. Bu bağlamda, Hollanda'da yapılan kayıtlı birlikteliklerin, Belçika'da kayıtlı birliktelik olarak tanınması gerekecektir: **Boele-Woelki, K.**: The Legal Recognition of Same Sex Relationships within the European Union, *Tulane Law Review*, 2007-2008, Vol. 82, s. 1964. Kanımızca, burada, Belçika makamlarının böyle bir sirküler hazırlamasının amacı, eş cinsel çiftler için getirilmiş olan müesseseler ile ilgili olarak, hâkimin önüne gelen uyuşmazlığın vasıflandırmasında hâkime yol göstermektir.

⁴⁶ **Wasmuth, J.**: Eheschliessung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public, *Liber Amicorum für Gerhard Kegel*, München 2002, s. 239 vd; **Kropholler**, s. 338.

⁴⁷ Bkz. yuk. 42. dip notu ile ilgili metin.

bb. Kayıtlı Birliktelik

Kayıtlı birliktelik kurumunu maddî hukuk bakımından düzenleyen devletlerden bazıları, aynı zamanda söz konusu kuruma ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralları koymuştur. Söz konusu kurallar, kayıtlı birliktelik statüsünün kuruluşuna, hükümlerine ve sona ermesine uygulanacak hukuku tespit etmektedir. Bugün, evliliğe uygulanacak geleneksel kanunlar ihtilâfi kurallarını kayıtlı birlikteliklere uyarlamak adil sonuçlar vermeyebilir. Kayıtlı birliktelik statüsü, evlilik kurumundan farklı olarak hukuk sisteminden hukuk sistemine farklılık gösteren maddî hukuk kuralları içerebilmektedir. Kayıtlı birlikteliği kabul eden devletlerde, bu statü için farklı şartlar öngörülmüş olduğu dikkate alınarak, “topal işlemler”in ortaya çıkmasını engellemek amacıyla, tâbiyet-ikametgâh gibi bağlama noktalarının kullanılmaması gerektiği ileri sürülmüştür. Böylelikle, yurt dışında kurulan kayıtlı birlikteliklerin tanınması sırasında, kayıtlı birlikteliğin taraflarının hepsinin tâbiyet veya ikametgâh bakımından tâbi olduğu hukuk düzeninin böyle bir kayıtlı birlikteliğe izin verip vermediği hususunun incelenmesi gereği ortadan kalkmış olacaktır⁴⁸.

Kayıtlı birliktelik statüsünü hem maddî hukukta, hem de kanunlar ihtilâfi hukukunda düzenleyen devletlerden biri olan Belçika’da 16 Temmuz 2004 tarihinde kabul edilen Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun 58. maddesi, tarafların birlikteliklerini bir kamu makamına tescil ettirmeleri halinde bu beraberliğin kayıtlı birliktelik olacağını, ancak bunun beraber yaşayanlar bakımından evliliğe eşit bir bağ yaratmadığını kabul etmektedir⁴⁹. Burada karşılaşılabilecek uyumsuzluklar bakımından ikili bir ayırım yapılabilir. Bunlardan birincisi, Belçika’da kayıtlı birliktelik statüsünün hangi şartlar altında kurulacağıdır. İkincisi ise, yabancı devletlerde kurulmuş olan kayıtlı birliktelik statüsünün ne şekilde tanınacağıdır. Birincisine baktığımızda, Belçika Uluslararası Özel

⁴⁸ **Harnois/Hirsch**, s. 49. Bununla birlikte, sadece “*lex loci celebrationis*”in tek başına uygulanmasının da birtakım sakıncaları mevcuttur. Özellikle, kayıtlı birlikteliğin kurulduğu (tescil edildiği) yerdeki hukuk düzenince kabul edilen, fakat tarafların millî hukukları yahut ikametgâh hukuklarına aykırı düşen kayıtlı birlikteliklerin tanınması topal ilişkilerin doğmasına da yol açabilmektedir.

⁴⁹ 16 Temmuz 2004 tarihli Belçika Uluslararası Özel Hukuk Kanununun metni için bkz. <www.notaire.be/infos/actes/100_code_dip.htm> (21.01.2009).

Hukuk Kanunu'nun 59. maddesinin 2. paragrafında yer alan hükme göre, Belçika'da kayıtlı birlikteliğin kurulabilmesi ve kayıt altına alınabilmesi için tarafların kayıtlı birlikteliğin kurulması anında müşterek mutad meskeninin Belçika'da olması gerekmektedir. Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 60. maddesine göre, Belçika'da kurulmuş olan kayıtlı birlikteliğin maddî ve şekle ilişkin şartlarına, taraflar arasındaki mal rejimine ve kayıtlı birliktelik statüsünün sona ermesine kayıtlı birlikteliğin kurulmuş olduğu yer hukuku (tescil yeri hukuku *-lex loci registrationis*) olarak Belçika Hukuku uygulanacaktır. İkincisine baktığımızda, yabancı devletlerde kurulmuş olan kayıtlı birliktelik statüsünü tanıırken, ayrıca başka bir hükümden yararlanılmamaktadır. Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nun 60. maddesi burada da uygulanmakta ve Belçika dışında kurulmuş olan kayıtlı birlikteliğin şekli ve maddî şartlarına, taraflar arasındaki mal rejimine ve kayıtlı birliktelik statüsünün sona ermesine kayıtlı birlikteliğin kurulmuş olduğu yer hukukunun (*lex loci registrationis*) uygulanacağı kabul edilmektedir.

Alman Hukukunda, kayıtlı birliktelik statüsünün şartları ve bu statüye bağlanan sonuçlar, Alman Kayıtlı Birliktelik Kanunu'nda (*Lebenspartnerschaftsgesetz-LPartG*)⁵⁰ düzenlenmiştir. Alman Hukukuna göre, eş cinsel çiftler, tâbiyet, ikametgâh ve mutad mesken gibi herhangi bir şarta bağlı kılınmaksızın, Almanya'da kayıtlı birliktelik statüsüne girebilirler. Almanya'da kayıtlı birliktelik statüsüne girmek için, eş cinsel olma, bir başkasıyla evli olmama ve üst soy, alt soy, kardeş olmama (kan hısımlığı) dışında, kanun koyucunun herhangi bir sınırlama yahut şart koymamış olması, eş cinsel çiftlerin sırf bu amaçla Almanya'ya gidip kayıtlı birliktelik statüsüne girmek istemelerine yol açabilecektir.

Alman kanunlar ihtilâfi hukukuna baktığımızda, karşımıza öncelikle bir vasıflandırma problemi çıkmaktadır. Alman Medenî Kanunu'na Giriş Kanunu'nun 17 b maddesi "kayıtlı birliktelik" statüsüne uygulanacak hukuku düzenlemiştir. Alman hukukçular, ilgili kanunlar ihtilâfi kuralının kapsamına, resmî bir biçimde kurulan, birtakım hükümleri olan ve fakat evlenme olarak da nitelendirilemeyecek ilişkilerin sokulması gerektiğini

⁵⁰ 16 Şubat 2001 tarihli Alman Kayıtlı Birliktelik Kanunu'nun metni için bkz. www.bundesrecht.juris.de/partg/index (20.01.2009).

ileri sürmüşlerdir. Burada önemli olan nokta, çiftlerin ilişkisinin resmî makamlar tarafından tutulan bir sicile kaydının aranmış olmasıdır⁵¹. Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu'nun 17 b maddesi uyarınca, yabancı kayıtlı birlikteliklerin şartlarına, mal rejimi ve diğer sonuçlarına uygulanacak hukuk tarafların kayıtlı birliktelik statüsüne girdiği ülkenin hukukudur (*lex loci registrationis*). Söz konusu, kayıtlı birliktelik, ne tarafların millî hukukuna, ne de mutad meskenleri hukukuna tâbi kılınmıştır. Böylelikle, “topal işlemler” önlenmek istenmiştir. Kayıtlı birlikteliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk ile mala ilişkin sonuçlarına uygulanacak hukuk da “*lex loci registrationis*” olacaktır. Bununla birlikte, nafaka ve miras Alman Medenî Kanununa Giriş Kanunu'nda nafaka ve mirasa uygulanan hukuka göre belirlenecektir. Ancak, eğer, nafaka yahut mirası düzenleyen kanunlar ihtilâfî kurallarınca tayin edilen hukuk, kayıtlı birliktelik statüsünde olan çiftlere herhangi bir hak tanımıyorsa, bu takdirde, nafaka ve mirasa uygulanacak hukuk “*lex loci registrationis*” dir. Böylelikle intibak sorununun doğması da engellenmiş olacaktır⁵².

Kayıtlı birliktelik statüsü ile ilgili kanunlar ihtilâfî kuralları koyan devletlerden biri de Hollanda'dır. Hollanda Uluslararası Özel Hukukuna baktığımızda Hollanda'da kurulan kayıtlı birliktelikler ile yurt dışında kurulup Hollanda'da tanınmak istenen kayıtlı birliktelikler arasında bir ayırım yapılmıştır. Hollanda'da kayıtlı birliktelik statüsünün kurulmasının koşulu Kayıtlı Birlikteliğe İlişkin Uluslararası Özel Hukuk Kanunu'nda yer almaktadır. Kanunun 1. maddesine göre, çiftlerden birinin mutad meskeninin Hollanda'da olması veya çiftlerden birinin Hollanda Vatandaşı olması gerekmektedir. Bu durumda Hollanda'da kurulan

⁵¹ Bu maddenin, yabancı bir devlette kayıtlı birliktelik statüsüne girmiş olan heteroseksüel çiftlerin, kurmuş oldukları bu birlikteliklerinin tanınması bakımından uygulanıp uygulanmayacağı konusundaki farklı görüşler için bkz. **De Groot**, s. 26; **Wasmuth**, s. 239 vd; **von Hoffmann/Thorn**, s. 349.

⁵² Bununla birlikte Alman Hukukuna göre, yabancı kayıtlı birliktelik Alman Hukukunda yer alan kayıtlı birlikteliğin hukukî etkisini aşmayacak biçimde tanındığından (EGBGB md.17 b/IV), Alman kanunlar ihtilâfî kurallarına göre, yabancı kayıtlı birlikteliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk bu sonucu doğuruyorsa, “kamu düzeni” müdahalesi söz konusu olabilecektir. Gerçekten de Alman yasa koyucusu geleneksel evlilik kurumuyla kayıtlı birliktelik arasında belirli bir mesafenin korunmasını istemiştir: **de Groot**, s. 32.

kayıtlı birlikteliğin maddî ve şeklî geçerlik şartlarına Hollanda Hukuku uygulanacaktır⁵³. Yurt dışında kurulan kayıtlı birlikteliklerin Hollanda’da tanınmasında ise, Kayıtlı Birlikteliğe İlişkin Uluslararası Özel Hukuk Kanunu md. 2 (1) uygulanmaktadır. Bu madde hükmü Evlenmeye İlişkin Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nun 5. maddesinin tekrarını içermektedir⁵⁴. Kanun koyucunun temel iradesinin, yabancı ilişki “kayıtlı birliktelik” olarak vasıflandırıldıktan sonra, yurt dışında kurulan kayıtlı birliktelikleri, Hollanda’da, yabancı eş cinsel evliliğin tanınmasına ilişkin kurallara tâbi kılarak, kayıtlı birlikteliklerin eş cinsel evliliklere benzer bir biçimde tanınması yönünde olduğu sonucuna varabiliriz⁵⁵. Bu arada, kayıtlı birliktelik statüsünden ne anlaşılması gerektiği, Kayıtlı Birlikteliğe İlişkin Uluslararası Özel Hukuk Kanunu md. 2 (5)’de hükme bağlanmıştır. Buna göre, Hollanda hâkiminin, önüne gelen yabancı unsurlu ilişkiyi “kayıtlı birliktelik” olarak kabul edebilmesi için, *lex loci registrationis*’e göre birlikteliğin yetkili bir makama kaydedilmiş olması, iki kişi tarafından kurulan bu hukukî ilişkide taraflardan birinin aynı anda başka bir üçüncü kişiyle evliliğe yahut ona benzer bir birlikteliğe girmiş olmaması, taraflar arasında evliliğe benzer yükümlülükler doğurması, hukuken düzenlenen ortak bir yaşam biçimine dayanması aranmaktadır. Eğer bu şartlar gerçekleşirse, yurt dışında kurulan kayıtlı birliktelikler Hollanda’da orijinal şekilleri ile tanınabilecektir⁵⁶.

⁵³ **Curry-Sumner, I.**: Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report, Electronic Journal of Comparative Law, May 2007, Vol.11.1, s. 14 <<http://www.ejcl.org/111/article111-8.pdf>> (22.08.2009); (Report); **Kramer, X. E.**: Dutch Private International Law-Overview 2002-2006, Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht (IPRax), 2007, Heft.1, s. 56.

⁵⁴ Buna göre, yabancı devletlerde kurulan kayıtlı birlikteliklerin Hollanda’da tanınmasında da Evliliğin Yapılması ve Geçerliğinin Tanınması Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Sözleşmesi (*Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*) hükümleri uygulanacak ve Sözleşmenin 3.maddesi uyarınca, yabancı eş cinsel kayıtlı birlikteliklerin, maddî ve şeklî geçerlik şartlarını, kayıtlı birlikteliğin kurulduğu yer hukuku (*lex loci registrationis*) tayin edecektir.

⁵⁵ **Curry-Sumner**, Report, s. 16.

⁵⁶ Söz konusu şartların aranması, hakimin önüne gelen uyuşmazlıkta, hukukî ilişkinin “kayıtlı birliktelik” olup olmadığını tayin etmesi bakımından önemlidir. Nitekim, Hollanda’daki kayıtlı birliktelik statüsü ile aynı olmayan ve fakat Kayıtlı Birlikteliğe İlişkin Uluslararası Özel Hukuk Kanunu’nda yer alan temel ölçütlere uygun olan yabancı kayıtlı birliktelikler de, Hollanda da tanınmıştır: **Boele-Woelki**, s. 1967. Bununla birlikte, mahkemelere yol göstermek açısından Birleşik Krallık örneğinde olduğu gibi, belli başlı ülkelerin “kayıtlı birliktelik” statülerinin Kanun’da yer alan

İngiliz Hukukunda eş cinsel çiftlerin kayıtlı birliktelik statüsüne girmeleri 2004 yılında çıkarılan İngiliz Medenî Birliktelik Kanunu'na (*Civil Partnership Act*) göre olmaktadır. Söz konusu Kanununun 1. maddesinin 1. paragrafının (a) bendine göre, medenî birliktelik, aynı cinsten iki insanın birlikteliklerini İngiltere, Galler, İskoçya'da tescil ettirmeleri ile kurulmaktadır. Ayrıca, Kanun'da belirlenen (5. bölüm 1. kısımda yer alan) şartları taşıması halinde Birleşik Krallık sınırları dışında (yurt dışındaki Birleşik Krallık'a ait Konsolosluklar ve Askerî Birimler) tescil ettirilen birliktelikler de aynı hükümlere tâbi sayılmaktadır. Anlaşıyor ki, burada olgusal bir birliktelikten farklı olarak, evlilik gibi, şeklen kamu makamları önünde meydana gelmiş olma, bu birlikteliğin temel unsurunu teşkil etmektedir. Bu durumda, İngiliz Hukukundaki medenî birliktelik, İskandinav devletleri, Almanya, İsviçre gibi devletlerde olduğu gibi, kayıtlı birliktelik olarak vasıflandırılmayı icap ettirmektedir.

İngiliz Medenî Birliktelik Kanunu'nun 1. maddesinin 1. paragrafının (b) bendine göre, 5. bölüm ve 2. kısımda yer alan şartlara göre kurulmuş yabancı kayıtlı birliktelikler de İngiliz Hukukunda tanınacaktır. İngiliz Medenî Birliktelik Kanunu'nun 212. maddesinde hangi yabancı eş cinsel birlikteliklerin İngiliz Hukukuna göre kayıtlı birliktelik olarak kabul edileceği belirtilmektedir. Birinci olarak, söz konusu birliktelik ya İngiliz Medenî Birliktelik Kanunu'nun 213. maddesinin yapmış olduğu atıfla Kanun'un sonunda yer alan 20 numaralı listede⁵⁷ belirtilen birlikteliklerden (belirlenmiş birliktelikler) biri olacak, yahut 214.

şartları taşıdığı *a priori* olarak kabul eden bir listenin hazırlanmasının, böyle bir listede yer almayan "kayıtlı birliktelik"lerin ise, genel kriterlere göre tayin edilmesinin uygun olacağını ileri sürenler de olmuştur: **de Groot**, s. 24,25; **Harnois/Hirsch**, s. 53.

⁵⁷ 20. şemada yer alan, Belçika ve Hollanda'daki eşcinsel evlilikler ve kayıtlı birliktelikler ile Kanada'nın Nova Scotia-Quebec Eyaletleri, Danimarka, Finlandiya, Norveç, İsveç, Fransa, İzlanda Almanya ve ABD Vermont'daki kayıtlı birliktelikler ilgili devlette kayıt altına alınmış olmak kaydıyla Birleşik Krallık'da tanınacaktır. Bunun dışında, Kanun'un verdiği yetkiye dayanarak, 2005/3135 sayılı düzenleme ile Andora, Tazmanya, Lüksemburg, Yeni Zelanda, ABD'nin Kaliforniya, Maine ve New Jersey ve Connecticut Eyaletleri'ndeki kayıtlı birliktelikler ile, İspanya ve ABD Massachusetts'deki eş cinsel evlilikler de Birleşik Krallıkta kayıtlı birliktelik olarak tanınacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz: **Collins, L.**: Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, (Editors: Briggs, A./Harris, J./Mc Clean, J.D./Mc Lachlan, C./Morse, C.G.J), Ed.14, Vol. II, London 2006, s. 862 (Vol. II); **Harnois/Hirsch**, s. 54.

maddedeki “genel şartları”⁵⁸ taşıyacaktır. İkinci olarak, Kanun’un 212. maddesinin 1. paragrafının (b) bendi uyarınca, tarafların birlikteliklerinin tescil edildiği tarihte, tescil devleti hukukuna göre, aynı cinsten olmaları gerekmektedir⁵⁹. Üçüncü önemli şart, yabancı kayıtlı birlikteliğin taraflarından hiçbiri başka bir kayıtlı birlikteliğin tarafı olmamalı yahut evli bulunmamalıdır (md. 212 (1)-b/ii). Bu getirilen şartın, Kanun’un 214. maddesi ile getirilen şarttan farkı, burada ilgili hukuktan, yani kayıtlı birlikteliğin kayıt altına alındığı yer hukukundan bahsedilmediği için, İngiliz kanunlar ihtilâfı kuralları, taraflardan birinin evli veya kayıtlı birliktelik statüsünde olup olmadığını tayin edecektir⁶⁰. Şunu söyleyebiliriz ki, İngiliz Hukukunda yabancı kayıtlı birlikteliklerin tanınmasında, hem ilgili hukukun kanunlar ihtilâfı kuralları, hem de İngiliz Hukukunun kanunlar ihtilâfı kuralları dikkate alınmak suretiyle “topal hukukî işlemler”in önüne geçilmek istenmiştir. İngiliz Hukukunda, yabancı kayıtlı birlikteliklerin tanınmasında dördüncü önemli şart, Kanun’un 215. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, tarafların yurt dışında girmiş oldukları kayıtlı birliktelik statüsünün İngiliz Hukukuna göre tanınabilmesi için, kayıtlı birlikteliğin tescil edildiği yer hukukuna göre, böyle bir ilişkiye girme ehliyetine sahip olmaları⁶¹ ve kayıtlı birlikteliğin şekli anlamda geçerli olabilmesi için ilgili hukuka göre gerekli tüm şartları, ilgili hukuka göre yerine getirmiş olmaları gerekmektedir. Son olarak bir başka önemli şart da Kanun’un 217. maddesinde yer almaktadır. Buna göre, yurt dışında kurmuş olduğu

⁵⁸ 214. maddedeki genel şartlar şu şekilde belirlenmiştir: İlgili hukuk (bu hukuk İngiliz Medenî Birliktelik Kanunu’nun 212. maddesinin 2. paragrafı uyarınca birlikteliğin kayıt altına alındığı devletin-uluslararası özel hukuk kuralları da dahil- hukukudur) taraflardan herhangi birinin evli olmasını veya başka bir kayıtlı birliktelik statüsü altında bulunmasını engellemeli, birlikteliğin süresine ilişkin bir belirleme yapmamalı ve tarafların kurmuş oldukları birliktelikte, eş olarak kabulünü sağlayacak hükümler getirmelidir.

⁵⁹ Bununla birlikte, Kanun’un 216. maddesine göre, yabancı kayıtlı birlikteliğin kayıt altına alındığı tarih, Kanun’un yürürlüğe girdiği tarih olan 5 Aralık 2005 tarihinden önce ise Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihte Birleşik Krallık Hukuku uyarınca eş cinsel çift olarak kabul edilmemeleri halinde yurt dışında yapılan kayıtlı birliktelik tanınmayacaktır: Ayrıntılı bilgi için bkz: **Collins**, Vol. II, s. 863.

⁶⁰ Bkz. **Collins**, Vol. II, s. 861, dn. 67.

⁶¹ Bununla birlikte Kanun’un 218. maddesine göre, tarafların yabancı kayıtlı birlikteliğine girmelerine izin veren ilgili hukuktaki ehliyet şartı İngiliz kamu düzenine aykırı bir sonuç doğuruyorsa, o zaman söz konusu yabancı kayıtlı birliktelik tanınmayacaktır.

kayıtlı birlikteliğin tescili anında, İngiltere veya Galler'de mukim olan bir kişi, söz konusu kayıtlı birlikteliğin tanınmasını talep ettiğinde, taraflardan hiçbirisi, yurt dışında tescil sırasında, 16 yaşından küçük olmamalı ve yasaklanan derecede bir hısımlık ilişkisi içinde bulunmamalıdır⁶². İngiliz mahkemesinin vermiş olduğu *Wilkinson v. Kitzinger*⁶³ kararında, Kanada'da eş cinsel evlilik yapan ve fakat İngiltere'de mukim olan iki kadının, bu evliliklerinin İngiliz Hukukuna göre evlilik olarak değil, ancak İngiliz Medenî Birliktelik Kanunu'na göre kayıtlı birliktelik olarak tanınabileceği belirtilmiştir. Kararın gerekçesinde, evliliğin, kadın erkek arasında kurulabilen, çocukların üremesi ve bakımı amacıyla yapılan geleneksel yapıda bir kurum olduğu, bununla birlikte uzun bir dönem birlikte yaşayan birbirlerine karşı birtakım yükümlülükler edinen eş cinsellerin bu birlikteliklerini tamamıyla reddetmenin de, açık bir eşitsizlik doğuracağı belirtilerek ortaya çıkan bu eşitsizliği gidermek maksadıyla, İngiliz Medenî Birliktelik Kanunu ile, yabancı eş cinsel evliliklerin kayıtlı birliktelik olarak tanındığı ve çiftlerin bu birlikteliğine bir takım sonuçlar bağlandığı ifade edilmiştir⁶⁴.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'na 1 Ocak 2007 tarihinden itibaren yürürlük kazanmak üzere, kayıtlı birliktelik olarak vasıflandırılacak eş cinsel birlikteliklere uygulanacak hukuka ilişkin kurallar konulmuştur. Kanunun 65a maddesine göre, yabancı kayıtlı birlikteliklere uygulanacak hukuk, evliliğe uygulanacak hukuku belirten bağlama kurallarına tâbidir. Yine Kanunun 45. maddesine göre, İsviçre hâkiminin önüne gelen yurtdışında yapılan eş cinsel evlilikler de kayıtlı birliktelik olarak tanınacaktır. Kanunun 45. maddesindeki *lex loci celebrationis* ilkesi eş cinsel kayıtlı birliktelikler bakımından da geçerli olacak ve yurt dışında yapılan kayıtlı birlikteliklere uygulanacaktır. Yine Kanunun kayıtlı birlikteliği düzenleyen 65c maddesine göre, kayıtlı birlikteliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk evlenmenin genel

⁶² **Mc.Clean/Beevers**, s. 213.

⁶³ *Wilkinson-Kitzinger*, High Court Family Division, 31 July 2006, [2006] EWHC 2022.

⁶⁴ Karar için ayrıca bkz: **Boele-Woelki**, s.1966. Eş cinsel Birlikteliklere Birleşik Krallık'ın bakışının tarihi gelişimi için bkz. **Hill, D.**: *The Recognition of Homosexual Parents in the United Kingdom, European Challenges in Contemporary Family Law* (Ed.Boele-Woelki,K./Sverdrup, T.), Antwerp 2008, s. 114 vd.

hükümlerini düzenleyen kanunlar ihtilâfi kurallarına göre belirlenecektir. Buna göre, kayıtlı birlikteliğin genel hükümlerine uygulanacak hukuk, Kanun'un 48. maddesinin I. fıkrasına uyarınca, tarafların müşterek mutad meskenleri hukukudur. Eğer tarafların mutad meskenleri farklı yerlerde ise, md. 48/II uyarınca bunlardan dava ile ilgili olgularla en sıkı ilişkide olan mutad mesken hukuku uygulanacaktır. Nihayet Kanunun 65c maddesine göre özellikle kayıtlı birlikteliğin sonuçlarına uygulanacak hukuk ile kayıtlı birlikteliği düzenleyen kurallarda bir uyumsuzluk olması halinde, İsviçre Hukukunun uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

Bugün kural olarak devletler yabancı eş cinsel birliktelikleri, kendi hukuk düzenlerinde yer aldığı biçimde ve kendi devletlerinde kurulan eş cinsel birlikteliklerin haiz olduğu hukukî etkiyi aşmayacak biçimde tanımaktadırlar⁶⁵. İsviçre, Birleşik Krallık gibi, önüne gelen eş cinsel evlilikleri açıkça kayıtlı birliktelik statüsü olarak tanıyan devletler, söz konusu evliliği kayıtlı birliktelik olarak vasıflandırıp kurulma şartlarını "*lex loci celebrationis*"e tâbi kılsalar da, söz konusu evliliğin genel hükümlerine veya evlilik ile bağlantısı olan miras, velayet gibi konularda uygulanacak hukuk "*lex loci celebrationis*"den farklı olabilir. Bu farklılığın sonucunda, eş cinsel evliliği kayıtlı birliktelik gibi tanıyan ülkeler, kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının göstermiş olduğu hukuk olarak, o eş cinsel evliliğin özel hukuktan doğan sonuçlarını, kendi hukuklarına uygulamak durumunda kalırlarsa, "intibak"⁶⁶ söz konusu olabilecektir.

⁶⁵ **Harnois/Hirsch**, s. 53; devletlerin, kendi önlerine gelen farklı türlerdeki yabancı eş cinsel birliktelikleri, kendi hukuk düzenlerinde düzenlenen eş cinsel birlikteliklerin sahip olduğu hukukî etkiyi aşmayacak şekilde, kendi hukuk düzenlerine uygun olarak tanınması, topal işlemleri biraz olsun engellese de, devletlerin bir araya gelerek bu konuda yeknesak birtakım kanunlar ihtilâfi kuralları koyma ihtiyacını ortadan kaldırmamaktadır: **Boele-Woelki**, s. 1978.

⁶⁶ Kanunlar ihtilâfi kurallarınca tayin edilen hukuk düzeninin, somut olaya uygulanması sırasında eksik kalması halinde (*norm eksikliği*), somut olayın özelliklerine uygun şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla, hukuk kurallarının kalıbının değiştirilmesi intibakın bir türüdür: **Nomer/Şanlı**, s. 139; nitekim, ölenin İsveç Vatandaşı olduğu Hollanda'da yapılan bir eş cinsel evlilikte, sağ kalan eşin mirasçı olup olamayacağı sorunu İsveç hâkiminin önüne geldiğinde, İsveç hâkimi kendi kanunlar ihtilâfi kuralları uyarınca mirasa ölenin millî hukuku olan İsveç Hukukunu uygulayacaktır. Ancak, İsveç Hukukunda, 1 Mayıs 2009'dan önce eş cinsel evliliklere izin verilmediği için eş cinsel evliliklerde sağ kalan eşin miras hakkını düzenleyen herhangi bir hüküm yoktur. Bundan dolayı İsveç Hâkimi, kayıtlı birliktelik halinde tarafların miras haklarına ilişkin

cc. Medenî Birliktelik

Medenî birliktelik statüsünün kuruluşuna uygulanacak hukuku tespit etmek, yasa koyucunun ve hattâ doktrinin ilgisini pek çekmemiştir. Medenî birliktelik statüsünü hukukî bir kurum olarak kabul etmeyen devletlerin medenî birliktelikten doğan yabancı unsurlu bir uyuşmazlık için bu statünün kurulması ve sona ermesini düzenleyen kanunlar ihtilâfi kuralları koymasına beklenmemelidir.

Medenî birliktelik statüsünün maddî şartlarına uygulanacak hukuku tayin ederken karşımıza vasıflandırma problemi çıkmaktadır. İlişkiyi, akit kategorisine yerleştirmemiz halinde akit statüsü (*lex contractus*) uygulama alanı bulacaktır. Eğer, medenî birliktelik ilişkisini tarafların şahsı için önem taşıyan, *ahkamı şahsiyeye* giren bir konu olarak kabul edersek⁶⁷, medenî birliktelik ilişkisini kıyasen evlilik hukuku kategorisi altına sokup, tarafların millî hukuklarını (*lex patriae*) veya *lex loci celebrationis*'i uygulamak gerekir. Eğer, kayıtlı birliktelik statüsüne ilişkin kanunlar ihtilâfi kuralı koyan bir devletin hakimi *for* hakimi ise, ilişkiyi kıyasen kayıtlı birliktelik kategorisi altına koyup *lex loci registrationis* 'i medenî birlikteliğe uygulayabilecektir. Bununla birlikte, *lex loci celebrationis*'in (veya *lex loci registrationis*) uygulanması pratikte birtakım sorunlarla karşılaşılmasına yol açabilecektir. Özellikle, medenî birliktelik statüsüne, evlilik gibi resmî işlemler yapmadan da girilebildiği için, birlikteliğin kurulduğu yer hukuku olarak *lex loci celebrationis*'in uygulanması pek doğru görülmemiştir⁶⁸. Bunun dışında, *lex personalis*'in de uygulanması birtakım problemlere yol açabilecektir. Özellikle, taraflardan birinin mukim veya vatandaşı olduğu devletin hukukunda medenî birliktelikler hukuken düzenlenmediği takdirde “topal işlemler” ortaya çıkabilecektir. Bu bağlamda, medenî birliktelik statüsüne uygulanacak hukuk olarak hâkimin hukuk yaratması ve tarafların müşterek mutad mesken hukukunu medenî birliktelik statüsünün maddî

İsveç Hukuku kurallarını, intibak ettirmek suretiyle uyuşmazlığa uygulayacaktır. Böylelikle, İsveç hâkimi, meydana gelen norm eksikliğini ortadan kaldıracaktır: **Bogdan**, s. 29.

⁶⁷ **Nomer/Şanlı**, s. 113 vd.

⁶⁸ **Sarcevic, P.**: Cohabitation without Marriage: The Yugoslavian Experience, *American Journal of Comparative Law*, 1981, Vol. 29, s. 336.

şartlarına uygulanacak hukuk olarak tayin etmesi daha uygun olabilecektir.

Medenî birliktelik statüsünün hüküm ve sonuçlarına uygulanacak hukukun tespiti ile ilgili olarak, bugün hâla Hırvatistan mevzuatında yer alan Eski Yugoslavya Federal Sosyalist Cumhuriyeti Uluslararası Özel Hukuk Kanunu md. 39/1 örnek olarak verilebilir. Buna göre, medenî birliktelik statüsünde olan tarafların mal rejimine uygulanacak hukuk tarafların ortak millî hukuklarıdır. Eğer tarafların ortak tâbiyetleri yoksa, o zaman aynı maddenin 2. fıkrasına bakılır; buna göre uygulanacak hukuk tarafların müşterek mutad mesken hukukudur. Müşterek mutad mesken hukuku, en uygun bağlama noktası olarak kabul edilebilir, çünkü taraflar medenî birliktelik statüsünün sonuçlarından yararlanabilmek için ortak bir yaşam kurmak, bir ortak mutad mesken tayin etmek durumundadırlar⁶⁹. Son olarak, medenî birliktelik statüsünde olan tarafların aralarındaki mal rejimini düzenleyen akdî bir ilişki var ise uygulanacak hukuku tespit ederken aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca, akdin kurulduğu anı dikkate alarak maddenin 2. fıkrasına göre uygulanacak hukuk tayin edilir.

c. Eş Cinsel Evliliklere Uygulanacak Hukukun Tayininde “Ön Sorun” Meselesi

Uluslararası özel hukukta “ön sorun” meselesi, hâkimin önüne gelen yabancı unsurlu uyuşmazlığın (*asil sorun*) çözümünün, o uyuşmazlıkla bağlantılı başka bir uyuşmazlığın çözümünü gerektirmesi halinde ortaya çıkmaktadır. Burada önemli olan husus, asıl sorundan önce doğmuş olan bir uyuşmazlığın çözümünün, asıl sorun hakkında verilecek kararı etkileyecek olmasıdır⁷⁰.

Bununla birlikte, ön sorunun ortaya çıkabilmesi için, ana sorunun yabancı hukuka ait olması gerekmektedir. Ön sorunun çözümü ile ilgili olarak, bugün için baktığımızda iki farklı uygulamanın varlığı göze çarpmaktadır. Birinci olarak, hâkim karşısına çıkan ön sorun olarak kabul edilebilecek uyuşmazlığı kendi kanunlar ihtilâfî kurallarının göstermiş

⁶⁹ Sarcevic, s. 336.

⁷⁰ Çelikel, A./Erdem, B. B.: Milletlerarası Özel Hukuk, B. 8, İstanbul 2007, s. 138 vd; Graham-Siegenthaler, s.138.

olduğu hukuka göre (*lex fori bağlama*) çözecektir. Hâkim bu yöntemi tercih ederse, asıl sorun ile ön sorun aynı hukuk sisteminin kanunlar ihtilâfi kuralları dikkate alınarak çözüldüğü için, iç karar ahengi tercih edilmiş olacaktır. İkinci çözüm ise, *lex causae bağlama* olarak ifade edilen, hâkimin, ön sorun olarak kabul ettiği uyuşmazlığa, asıl soruna uygulanacak hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının göstermiş olduğu hukuku uygulamasıdır. Böylelikle, hâkim yabancı hâkim gibi karar vereceği için, milletlerarası karar ahengi sağlanmış olacaktır. Ön sorunun çözümünde hangi sistemin ele alınacağı her bir somut olaya göre değişmektedir⁷¹.

Bu bağlamda hâkimin önüne gelen, eş cinsel evlilik ile bağlantılı, nesebin tayini, miras gibi konularda, eş cinsel evliliğin geçerli olup olmadığı, bir ön sorun olarak ortaya çıkabilir.

B. Eş Cinsel Birliktelikleri Kabul Etmeyen Ülke Olarak Türkiye’de Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukukun Tayini

1. Genel Olarak

Eşcinsel birlikteliklerin kabul edildiği devletlerde çeşitli şekillerde kurulan kayıtlı birliktelik yahut evlilik statülerinin sonuçları, sadece o eş cinsel birlikteliğin kurulmuş olduğu devlette değil, aynı zamanda eş cinsel birlikteliği kabul etmemiş devletlerde de ortaya çıkabilir. Örneğin, Hollanda’da yapılan eş cinsel evlenmenin İtalyan tarafı olan eşin ölmesi halinde, ona ait İtalya’da bulunan eşya dolayısıyla sağ kalan Hollandalı eşin miras hakkının olup olmayacağı meselesi İtalyan hâkiminin önüne geldiğinde, İtalyan hâkim, ortaya çıkan meseleye uygulanacak hukuku tespit ederken, kendi hukukunda var olmayan bir hukukî ilişki tipiyle karşı karşıya kalmış demektir.

İşte bu durumda ortaya kanunlar ihtilâfinin, vasıflandırma, ön sorun, kamu düzeni gibi genel problemlerinin çözümü ile ilgili meseleler ortaya çıktığı kadar, uluslararası özel hukuk kurallarının eksik olmasından doğan boşlukların giderilmesi problemi ile de karşı karşıya kalınmaktadır.

⁷¹ Hangi hallerde milletlerarası karar ahenginin, hangi hallerde iç karar ahenginin sağlandığı konusundaki örnekler için bkz.: **Nomer /Şanlı**, s.144 vd.

2. Türk Hukukunda Yabancı Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanacak Hukuku Tayin Ederken Hâkimin Karşısına Çıkacak Vasıflandırma Problemi⁷²

Eş cinsel birliktelikleri düzenlemeyen devletlerin karşılaşacağı en büyük sorun, karşısına gelen yabancı unsurlu eş cinsel birlikteliği, hangi hukukî kategori altına sokacağı, yani ne şekilde vasıflandıracağı hususudur.

Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre, evlilik ancak farklı iki cins arasında kurulabilmektedir. Diğer bir ifadeyle, Türk Hukukunda eş cinsel evlilik düzenlenmemiştir⁷³.

Türk Hukukunda eş cinsel evlilikler “yok evlilik” olarak nitelendirilmektedir⁷⁴. Ayrıca, eş cinsel çift bakımından evliliğe benzer yükümlülükler getiren, birlikte yaşamının hukukî statüye kavuşturulduğu kayıtlı birliktelik kurumu da Türk Hukukunda mevcut değildir.

Türk kanunlar ihtilâfî hukukunda, daha açıkçası Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’da⁷⁵ da, eş cinsel birlikteliklere ilişkin hükümlere (bağlama kurallarına) yer verilmemiştir. Bu durumda, Türk uluslararası özel hukukunda yabancı unsurlu eş cinsel birlikteliklerin nasıl bir çözüme bağlanacağı cevaplanması gereken bir soru olarak dikkati çekmektedir. Kaldı ki, özellikle Türkiye’de kurulması düşünülen bir eş cinsel evlilikte bu yola gidildiğinde Türk Hukuku olaya uygulanacak hukuk olarak belirlendiği takdirde, eş cinsel evliliğe ilişkin hükümler Türk Hukukunda bulunmadığından, Türkiye’de evlendirme memurlarının yetkisi de ancak iki karşıt cins arasındaki evlendirme

⁷² Vasıflandırma hakkında geniş bilgi için bkz. yuk. II.A.1.

⁷³ Nitekim Medenî Kanun’un evlenme ehliyeti koşullarından yaşı düzenleyen 124. maddesinde erkek veya kadın onyedinci yaşını doldurmadıkça evlenemez demektir. Yine aynı şekilde evlenme başvurusunda başvuru makamının kim olacağını düzenleyen 134. maddesinde, birbiriyle evlenecek erkek ve kadının evlilik isteklerini, birinin oturduğu yerdeki evlenme memuruna birlikte yapmaları gerektiği öngörülmüştür. Buradan da rahatlıkla, Türk Hukukunda evliliğin geleneksel bir biçimde algılandığını ve ancak karşı cinsler arasında kurulabileceğini ileri sürmek mümkündür. Türk Medenî Kanununun metni için bkz.R.G. T.8.12.2001, S.24607.

⁷⁴ Öztan, B.: Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004, s. 320.

⁷⁵ 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanunun metni için bkz. RG. T.12.12.2007, S. 26728.

işlemlerini gerçekleştirmeye sınırlı kabul edilmekte olduğundan, iki eş cinselin kendi hukuklarına göre dahi Türkiye’de evlenmeleri mümkün olmayacaktır. Üstelik, her şey bir yana, böyle bir nitelendirme sonunda, yabancı unsurlu eş cinsel evliliğe uygulanacak hukuk, MÖHUK md. 3 uyarınca belirlense bile, bu hukukun yabancı hukuk olması halinde, eş cinsel evliliğe cevaz veren hükümlerin Türkiye’de uygulanması, MÖHUK md. 5(1)’e dayanılarak, hâkim tarafından, kamu düzenine aykırılık nedeniyle de bertaraf edilebilecektir.

Sonuç olarak belirtilmelidir ki, yukarıda vurgulanan nedenlerle Türk hâkiminin, yabancı unsurlu eş cinsel evlilikleri veya kayıtlı birliktelikleri *lex fori*ye göre vasıflandırıp evlilik kategorisi altına sokması şimdilik muhtemel görünmemektedir.

3. MÖHUK md. 13 Uyarınca Evliliğe Uygulanacak Hukukun Kıyasen Yabancı Eş Cinsel Birlikteliklere Uygulanması

Evlilik kurumu, tarafların şahsî durumunu yakından ilgilendirdiği için evliliğe uygulanacak hukukun tarafların sıkıca bağlı bulunduğu devlet hukuku olmasında yarar vardır. Evlilik, şahsî durumda önemli sonuçlar doğurduğundan, taraflar evliliklerine kural olarak ya mensup oldukları ya da oturdukları devletin hukukunun uygulanmasını tercih ederler⁷⁶.

Bu durumda, taraf menfaatini dikkate alan, MÖHUK md. 13’de, evlenmenin ehliyet ve şartlarına taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukunun uygulanacağı öngörülmüştür. Evlenenler farklı tâbiyette iseler, taraflardan her birinin millî hukuku kendilerine uygulandığı takdirde, bu durum, aslında, daha ağır şartları haiz olan hukukun, uygulanması sonucuna dönüşecektir. Taraflardan birinin millî hukukunun, söz konusu tarafın evlenme ehliyetine sahip olduğunu ve evlenmek için gerekli şartları taşıdığını tespit etmesi yetmemektedir; her iki tarafın millî hukukuna göre, tarafların evlenme ehliyetine sahip olduğunu tespit etmesi gerekmektedir. Eğer, taraflardan birinin bağlı olduğu hukuk düzenine göre, o taraf evlenme ehliyetine sahip

⁷⁶ Nomer/Şanlı, s.16. Uluslararası Özel Hukuka ilişkin menfaatler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Kegel, G/Schurig,K.**: Internationales Privatrecht, B. 9, München 2004, s. 134 vd.

bulunmuyor, evlenme için gerekli olan şartları taşıyorsa, evlilik geçersiz sayılacaktır.

Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk hâkimi, kendi hukukunda düzenlenmediği için, önüne gelen yabancı unsurlu eş cinsel evlilik ve kayıtlı birliktelikleri vasıflandırırken, bunları MÖHUK md. 13'deki evlilik kategorisi altına sokmakta zorlukla karşılaşacaktır. Vasıflandırma sonucunda, yabancı unsurlu eş cinsel evlilikleri ve kayıtlı birliktelikleri mevcut kural kategorisine dahil edemeyen Türk hâkimi, ikinci bir aşama olarak, genişletici yorum tekniği biçiminde de kabul edilen⁷⁷, kıyas yoluna başvurarak önündeki eş cinsel birlikteliğe, benzer nitelikler taşıyan bir ilişki tipi olarak kabul ettiği mevcut bir bağlama kuralını uygulamaya yönelebilir mi?

Bu tür bir uygulama durumunda, eş cinsel birlikteliğin kuruluşunda, ehliyet ve şartlara, MÖHUK md. 13'e kıyasen, taraflardan her birinin (evlenme anındaki) millî hukuku, şekline de birliğin kurulduğu yer hukuku uygulanabilecektir (MÖHUK md. 3/2). Birliğin kurulduğu yer, eş cinsel evliliklerde, evlenmenin yapıldığı yer (*lex loci celebrationis*), kayıtlı birlikteliklerde ise, kayıt/tescil yeri (*lex loci registrationis*) olarak kabul edilecektir.

Kıyas yoluyla bağlama kuralının bir olguya uygulanmasında benzerlik unsurları çok önemlidir. Bazı ülkelerde mahkemeler, yabancı unsurlu eş cinsel evliliğe, genellikle evliliğin belli başlı anahtar özelliklerini taşıması nedeniyle, kıyas yoluyla, evliliğe ilişkin bağlama kuralının uygulanmasına gidebilir. Örneğin, eş cinsel evlenmenin de yetkili bir makam önünde yapılmış olması, iki kişi arasında geleneksel evliliğe benzer yükümlülükler ve kapsamlı kişisel ve malî sonuçlar

⁷⁷ Medenî Kanununun 1. maddesine göre, "Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır" demektir. Hâkim, kanunun "söz"ünden çıkan anlam ile "öz"ünden çıkan anlamı her zaman kontrol etmelidir. Bu kontrol, kanunun sözünden ilk bakışta bir anlam çıkarılamıyorsa, kanunda kullanılan terim veya sözcüklerin hukuk dilinde neyi belirttiği belirsiz ise, kanunun belli maddelerinin çeliştiği konusunda şüphe varsa, gereklidir. Bu kontrol sonucunda çıkan anlam ile kanunun özünden hâkimin ayrılması gereklidir. Gerçekten de kanunun sözü ile kontrol edilmiş sözünden çıkan anlam, yorumlamanın sınırını teşkil eder: **Edis**, s.185. Kanun hükümlerinin yorumlanması hakkında genel bilgi için bkz. **Oğuzman, M.K./Barlas, N.**: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, B.12, İstanbul 2005, s.52 vd.

doğurması, hukuken düzenlenen bir ortak yaşam biçimine dayanması gibi unsurlar göz önünde tutularak böyle bir kıyasa başvurulabilir. Hattâ, kuramsal olarak, kayıtlı birlikteliği dahi kıyas yoluyla evlenmeyi konu alan bağlama kuralına tâbi tutmak mümkündür. Ancak, yukarda yapılan açıklamalardan ortaya çıkmış olacağı gibi, genellikle, eş cinsel evliliklerin geleneksel evliliğe ilişkin bağlama kuralına tâbi tutulması yoluna gidilmemektedir. Kayıtlı birlikteliğe evliliğe ilişkin bağlama kuralının kıyasen uygulanması ise, tercih edilen bir tutum olarak görünmemektedir.

Türk Hukukunda, aynı cinsiyette iki kişinin yaptığı evlilikler “yok” sayıldığından, Türk mahkemelerinin, geleneksel evliliği konu almak suretiyle oluşturulan bağlama kuralını (MÖHUK md. 13) kıyasen eş cinsel evliliklere uygulamaları, pek zayıf bir ihtimal olarak düşünülebilir. Çünkü, burada, kıyasa elveren benzerlik unsurlarının tam olarak mevcudiyetini öne sürme imkânı bulunmamaktadır. Eş cinsel evliliğe kıyasen uygulanma ihtimali bu denli zayıf olan MÖHUK md. 13’ün, Türk mahkemelerince kayıtlı birlikteliklere uygulanması da, bu durumda pek mümkün görünmemektedir.

Yukarıda, eş cinsel evliliklerin, vasıflandırma yoluyla MÖHUK md. 13’ün kategorisine dahil edilmesi ihtimali çerçevesinde saptamalar yaparken belirtildiği gibi, esasen, bir an için eş cinsel evliliklere veya kayıtlı birlikteliklere bu maddeye göre uygulanacak hukuku tayin etmek mümkün olsa bile, bu imkânın, eş cinsel birlikteliklerin hukuken geçerli olarak kabul edilebilmesi, hüküm ve sonuç meydana getirebilmesi bakımından olumlu etkilere yol açabileceğini söylemek zor olacaktır. Bir kere, her şeyden önce, anılan 13. maddenin esas itibarıyla Türkiye’de yapılacak evlenmeler bakımından uygulanacak hukuku belirtmek gibi bir işlevi yüklediği düşünülürse, bu maddenin eş cinsellerin birlikteliklerine uygulanması olumlu bir sonuç ortaya çıkarmayacaktır. Evlenmenin şartlarına, MÖHUK md. 13’e göre Türk Hukukunun uygulanması durumunda, evlenme “yok” evlenme sayılma riskiyle karşı karşıya kalacaktır; yabancı hukukun uygulanması durumunda ise, yabancı hukukun eş cinsellerin evlenmesine cevaz veren hükümlerinin Türkiye’de uygulanması, “kamu düzeni” engeliyle karşılaşabilecektir. Üstelik, Türkiye’de evlendirme memurunun evlenmeyi icra yetkisi de, karşı

cinsten olan kişilerin evlenmesiyle sınırlı olarak anlaşılacağından, eş cinsellerin Türkiye’de, MÖHUK md. 13’e göre evlenmelerine imkân bulunamayacaktır.

Aynı olumsuz tespitler, MÖHUK md. 13’ün, yabancı eş cinsellerin kayıtlı birlikteliklerine uygulanması bakımından da geçerlidir. Türkiye’de eş cinsel birlikteliklerin tesciline elverecek bir sicil de bulunmadığından, Türkiye’de böyle bir birlikteliğin tescil/kayıt yoluyla gerçekleşmesi esasen mümkün değildir.

Yabancı unsurlu eş cinsel birlikteliklerin Türkiye’de kurulması bakımından MÖHUK md. 3’ün uygulanması ihtimalinin zayıf olduğu, bu maddenin uygulanması sağlansa bile, geçerli bir eş cinsel birlikteliğinin sağlanması imkânının bulunmadığı sonucuna vardıldıktan sonra, aynı maddenin Türkiye dışında kurulan birlikteliklerin Türkiye’de tanınmasını sağlamak bakımından kullanılabilmesi olanağına da değinmek gerekecektir. Bu konuda MÖHUK’da başka bir kural da bulunmadığından, yine, önce 13. madde çerçevesinde düşünmek söz konusu olacaktır. Bilindiği gibi, Türk Hukukunda, genellikle kabul edilmektedir ki, kanunlarımızda yer alan bağlama kuralları büyük çoğunlukla “iki yanlı bağlama kuralı” olma özelliği taşımaktadır. Ne var ki, bu gözlemden hareket edilerek, dışarıda kurulmuş yabancı eş cinsel birlikteliklerin Türkiye’de tanınması açısından 13. maddeye gidildiğinde, madde eş cinsel birliktelikleri değil de, geleneksel (heteroseksüel) evliliği konu aldığından ve Türk maddî hukukunda aynı cinsten olanların yaptıkları evlilikler de “yok” sayıldığından, bu maddede yer alan bağlama kuralının “nitelendirme” ya da kıyas yoluyla eş cinsel birlikteliklere uygulanması ihtimali yine çok zayıf kalacaktır.

Üstelik, Türk yargıçlarının MÖHUK md. 13’ü, dışarıda kurulan eş cinsel birlikteliklere veya sadece eş cinsel evliliklere uygulama yoluna gidebilecekleri düşünülse bile, bu uygulamanın “topal” eş cinsel birlikteliklerin ortaya çıkmasına yol açacağını da unutmamak gerekecektir. Gerçekten, anılan maddeye göre, evliliğin sadece şekline evlenmenin yapıldığı yer hukuku uygulanacaktır (MÖHUK md. 13/2). Evlenme ehliyeti ve diğer aslî şartlar ise, taraflardan her birinin evlenme anındaki millî hukukuna tâbi olacaktır (MÖHUK md. 13/1). Çeşitli hukuk

sistemleriyle ilgili olarak yukarıda verilen bilgilerden anlaşıldığı üzere⁷⁸ bugün eş cinsel birlikteliklerin (evlilik veya kayıtlı birliktelik), kuruldukları yer hukukuna uygun olarak kurulmuş olmak şartıyla tanınmaları birçok hukuk düzeni tarafından kabul edilmektedir. Bu durumda, bu tür eş cinsel birlikteliklerin Türkiye’de tanınmasını MÖHUK md. 13’e bağladığımız takdirde, kurulduğu yer hukukuna (*lex loci celebrationis* veya *lex loci registrationis*) göre diğer birçok ülkede geçerlik kazanmış bir eş cinsel birliktelik, taraflardan birinin, eş cinsel birlikteliği kabul etmeyen bir devletin tâbiyetini taşıması durumunda, Türkiye’de tanınmayacaktır.

Öte yandan, bilindiği gibi, MÖHUK md. 2/3’de, “Uygulanacak yabancı hukukun kanunlar ihtilâfi kurallarının başka bir hukuku yetkili kılması, sadece kişinin hukuku ve aile hukukuna ilişkin ihtilâflarda dikkate alınır ve bu hukukun maddî hukuk hükümleri uygulanır”, hükmü yer almaktadır. Bu hüküm, kanunda sınırlı olarak “atıf”a etki tanındığını göstermektedir.

Örneğin, taraflarından birinin Alman vatandaşı olduğu, Hollanda’da yapılmış bulunan bir eş cinsel evlenmeden doğan uyuşmazlık Türk hâkiminin önüne geldiğinde, Türk hâkiminin bu olaya MÖHUK md. 13’ü (nitelendirme veya kıyas yoluyla) uygulayarak, evlenmenin geçerliğini çözüme kavuşturmaya karar verdiğini varsayalım. Bu durumda, evlenme ehliyetine ve şartlarına tarafların her birinin millî hukuku uygulanacaktır; olayımızda taraflardan biri Alman olduğundan onun bakımından Alman Hukuku uygulanacaktır. Alman Hukukuna göre, Alman tarafın, eş cinsel evlenme yapma hakkı bulunmadığından⁷⁹, bir Alman’ın Hollanda’da yaptığı eş cinsel evlenme tanınmayacaktır. Oysa, Türk hâkimi, söz konusu ilişkiyi aile hukukuna dahil kabul edip, MÖHUK md. 2/(3)’ü dikkate aldığında, yetkili yabancı hukuk olan Alman Hukukunun kanunlar ihtilâfi kurallarının göstereceği devletin maddî hukuk kurallarını olaya uygulayacaktır. Alman kanunlar ihtilâfi hukukunda -maddî hukukunda da olduğu gibi- eş cinsel evlilik yerine kayıtlı birliktelik düzenlendiğinden, ilgili kanunlar ihtilâfi kuralı (EGBGB md. 17 b),

⁷⁸ Bkz. yuk. II.A.2.b.

⁷⁹ Alman Hukukunda kayıtlı birliktelik kurma hakkı kabul edilmiştir:Bkz. yuk. 36 ve 37. dip notu ile ilgili metin.

önümüzdeki olaya da uygulanabilir kabul edilip⁸⁰, eş cinsel evlenmenin şartları da *lex loci celebrationis*'e (*lex loci registrationis*'e kıyasla) tâbi tutulduğundan, olayda eş cinsel evlenmenin ehliyet ve diğer aslî şartları evlenmenin yapıldığı yer olan Hollanda Hukukuna göre belirlenecektir. Hollanda hukuku eş cinsel evliliklere cevaz verdiği için, Türk hâkimi önündeki eş cinsel evliliği geçerli bir evlenme olarak tanıyacaktır.

Görülüyor ki, bu olayda, atfin kabulü yabancı unsurlu eş cinsel evliliğin tanınması bakımından olumlu sonuç doğurmaktadır. Belirtmek gerekir ki, bu tür bir sonuç elde edilmesi, somut olayın şartlarına bağlı olarak, her zaman mümkün olmayabilecektir.

4. Hâkimin Boşluk Doldurması

Türk hukukunda, eş cinsellerin birlikteliğini (evlilik, kayıtlı birliktelik) düzenleyen maddî hukuk kuralları yoktur; yabancı unsurlu eş cinsel birlikteliklerin tâbi olduğu hukuku gösteren kanunlar ihtilâfi kuralları da yasalarda (MÖHUK veya diğer bir yasada) bulunmamaktadır.

Yukarıda karşılaştırmalı hukuk gözlemlerine ilişkin olarak yapılan açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, genellikle, iç hukukunda eş cinsel birliktelikleri düzenleyen devletler, kanunlar ihtilâfi hukuklarında da, bu birlikteliklerin yabancı unsur taşınması halinde tâbi olacağı hukuku veya tanınmasını düzenleyen ihtilâf kurallarına yer vermektedir. Dikkat çeken diğer bir husus, eş cinsel birlikteliklerin yabancı unsur taşınması halinde tâbi olması gereken hukuku belirlemek üzere yapılan kanunlar ihtilâfi hukuku düzenlemelerinde, devletlerin kendi ülkelerinde kurulan eş cinsel birlikteliklerin dışarıda tanınması olasılığını artırmak için, birlikteliklerin geçerliğine uygulanacak hukuku birden çok bağlama noktasına göre alternatifli olarak düzenleme yönelimine girmiş olmasıdır. Bu bakımdan en çok tercih edilen bağlama kriterlerinin, “ahkâm-ı şahsiye”de geleneksel bağlama kriteri olarak kabul edilen “kişisel kanun (*lex personalis*)” ile günümüzde gerçekleşmiş işlemlerin veya tamamlanmış durumların tanınmasına olumlu katkısı olduğu için son zamanlarda

⁸⁰ Atfin konusunun yabancı hukukta Türk Hukukundan farklı bir vasıflandırmaya tâbi tutulması atfin geçerliğini etkilemez: **Nomer/Şanlı**, s. 155. Ayrıca, Alman Hukukunda yabancı eş cinsel evliliklerin tanınması hakkında bkz. yuk. s. 46 ve 47. dip notu ile ilgili metin.

işlemlerin maddî şartlarına uygulanması giderek daha geniş biçimde benimsenen “işlemlerin yapıldığı yer hukuku (inceleme konusu bakımından “*lex loci celebrationis*” veya “*lex loci registrationis*”) olduğu görülmektedir.

Karşılaştırmalı hukuk alanında dikkat çeken bir diğer gelişme de, genel olarak kişisel statü alanında etki meydana getirecek işlemlerin tâbi olacağı hukuku belirlerken tek bir bağlama kuralının, onun çok yanlılaştırılma özelliğine dayanılarak, uygulanmasıyla yetinmek yerine, kişisel statünün değişik veçhelerine, bu veçhelerin gözettiği menfaatlerin özelliklerine göre farklı kanunların uygulanmasını sağlama yönünde bir anlayışın çeşitli düzenlemelerde (ulusal, uluslararası) etkili olmaya başlamasıdır. Örneğin, Evlenmenin Yapılması ve Geçerliğinin Tanınması Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Sözleşmesi'nin birinci faslı, evlenmelerin yapılmasında (evlenme töreninin gerçekleştirilmesinde) aranan aslî ve şeklî şartların tâbi olacağı kanunların belirlenmesine ayrılmıştır (md. 2). Sözleşmenin ikinci faslı ise, bir âkit devlette, başka devletlerde yapılmış evlenmelerin geçerliğinin tanınmasına ilişkin hükümleri içermektedir (md. 7). Yirminci yüzyılın ikinci yarısında yürürlüğe konmuş, uluslar arası özel hukuk kanunları arasında özel bir yeri olan 18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu da, bu eğilimi oldukça erken dönemde çok belirgin biçimde yansıtmaktadır. Örnek olarak, anılan kanunun evlenmeyi düzenleyiş tarzını belirtmek gerekir. Kanun, evlenmeyi üç başlığa ayırarak düzenlemektedir. Birinci başlık, evlenme töreninin gerçekleştirilmesine (evlenmenin yapılmasına) ilişkin ihtilâf kurallarını konu almaktadır. Bunlardan 44. madde İsviçre'de gerçekleştirilecek evlenmelerin aslî ve şeklî şartlarına uygulanacak kanunları belirlemektedir. Buna karşılık, Kanunun 45. maddesi, yabancı bir devletin ülkesinde geçerli olarak yapılmış evlenmelerin İsviçre'de tanınmasını düzenlemektedir. İkinci başlık, evlenmenin genel hükümlerini (md. 46 vd.), üçüncü başlık ise, mal rejimlerine ilişkin uluslararası özel hukuk kurallarını konu almaktadır.

Kişisel durumları belirleyen işlem ve ilişkilerin çeşitli veçhelerini birbirinden ayırarak farklı ihtilâf kurallarıyla düzenlemeye yönelmek, günümüz uluslararası özel hukuk doktrininde giderek genişleyen bir

çevre tarafından yerindeliği doğrulanmaya başlamış bir uygulama olarak gözlenmektedir. Özellikle, bir ülkede kurulacak işlem veya ilişkiler ile esasen başka bir ülkede kurulmuş ve hele birtakım hükümlerini gerçekleştirmiş işlem veya ilişkilerin, tâbi olduğu hukuk bakımından olduğu gibi, korunması gereken menfaatler ve meşru beklentiler bakımından da farklı usa vurmalarına ve değerlendirmelere/analizlere konu edilmesinin uygun olacağı giderek daha geniş bir çevre tarafından kabul edilmekte ve uygulamayı da ciddî biçimde etkilemektedir⁸¹.

İç hukuklarında eş cinsel birliktelikleri konu alan (maddî) hükümlere yer vermeyen devletler, kanunlar ihtilâfi alanında söz konusu birlikteliklerin yabancı unsur taşınması halinde akıbetlerinin ne olacağını düzenleyen kurallara ihtiyaç duymalıdır. Bir kere devletlerin iç hukuklarında bir ilişki tipinin düzenlenmemiş olması, o devletlerde söz konusu ilişki tipine ilişkin ihtilâf kurallarının da öngörülmemesini gerektirmez. Ulusal hukuk sistemlerinin kanunlar ihtilâfi hukukuna ilişkin hükümleri “dışa dönük” olmalıdır; aksi takdirde, işlevlerini tam göremez. İkinci olarak, günümüzde, bazı konular var ki, bunların hukukî düzenleme açısından büsbütün görmemezlikten gelinmesi veya tamamen olumsuz biçimde değerlendirilmesi, uluslararası toplumun genel menfaatlerine, benimsediği temel değerlere ters tutum olarak görülmektedir. Bu tür konular büyük çoğunlukla, insan haklarının-daha dar bir çerçevede de azınlık haklarının- saygı görmesi ve korunması gereğini yansıtan konulardır. Bu konulara duyarsız kalan devletler, uluslararası toplumda olumsuz değerlendirmeye, hattâ bazen aşırı tepkilere maruz kalabilmektedir.

Bir devlet, böyle konulardan bazılarını, istisnâ olarak, iç hukukunda çeşitli nedenlerle hukukî düzenleme konusu yapmayı henüz gereksiz görmüş olabilir. Hattâ, maddî hukuk anlamında bu tür konularda bireylerin hak sahibi olmalarını da reddetmiş olabilir. Ancak, bu tür konuların uluslararası toplumda taşıdığı önem nedeniyle, onlara tamamen

⁸¹ Konunun kurumsal açıdan incelenmesi ve bazı önemli gözlemler konusunda bkz. **Picone, P.**: Les Méthodes de Coordination entre Ordres Juridiques en Droit International Privé, Recueil des Cours, 1999/I, Vol. 276, özellikle s.119 vd., 227 vd., 232; **Jacquet, J. M.**: La Fonction Supranationale de la Règle de Conflit de Lois, Recueil des Cours, 2001/IV, Vol. 292, s.213 vd., özellikle s. 230 vd.

duyarsız kalmak yerine, hiç olmazsa, uluslararası özel hukukta, uluslararası toplumun menfaatleri ile ülkenin yerel toplumsal ihtiyaçlarını dengeleyecek ölçüde de olsa, bu gibi konulara ilişkin olarak bireylerin meşrû beklenti ve menfaatlerine koruma sağlama yoluna gitmelidir. Eş cinsellerin tercihlerine saygı/hoşgörü gösterilmesi, evlilik kapsamında bir ilişki içinde olmasa bile, birlikte yaşamalarına imkân verilmesi, böylece de topluma daha iyi entegre olmalarının sağlanması yönünde uluslararası toplumda güçlü bir eğilim görülmektedir. Çağdaşlaşma sürecini kararlılıkla sürdüren Türkiye de bu eğilime tamamen yabancı kalmaz.

Maddî hukuk bakımından, giderek yaygınlık kazanan “kayıtlı birliktelik” Türk iç hukukunda henüz kabul edilmemiştir. Oysa, bir yandan eş cinsellerin bireysel yaşam biçimi tercihlerine olumlu cevap vermek isteyen, öbür yandan da toplumda önemli rolü bulunduğu kabul edilen klâsik evlenme kurumunu, ona başka türlü fonksiyonlar yükleyerek toplumda tartışmalı hâle getirmemek isteyen devletler, eş cinsel birliktelikleri “kayıtlı birliktelik” olarak adlandırdığı, süreklilik gösteren ve kişisel ve mâli bazı sonuçları bulunan bir ilişki tipi olarak düzenlemeye yönelmektedir. Ülkemizde böyle bir düzenlemenin kanunlarda yer alması sonucunu doğuracak psiko-sosyal şartlar belki de oluşmuş değildir. Türkiye’de bu tür birliktelikler, yukarıda değişik vesilelerle belirtildiği gibi hukukta “yokluk” yaptırımına tâbi tutulacak kadar sert tepkiye maruz bulunmaktadır. Bu tutum, değişik açılardan eleştirilebilir; ancak, Türk pozitif hukukunun şimdilik tercihinin bu olduğu da bir gerçektir. İç hukuktaki bu tercih nedeniyle, Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda da, eş cinsel birlikteliklerin konu alındığı kurallara da yer verilmemiş olması beklenmeyen bir durum olarak görülemez. Buna karşılık, başka ülkelerde meydana gelmiş olan ve büyük ihtimalle sürekli bir ilişkiye varlık kazandırmış, bazı sonuçları da esasen gerçekleşmiş bulunan kişisel durumları, iç hukukun dayandığı tercihi neden göstererek büsbütün görmemezlikten gelmek, yadsımak, uluslararası özel hukuka eskiden beri hâkim olan anlayışlara uygun düşmez. Uluslararası özel hukuk, başka ülkelerde geçerli bir biçimde meydana gelmiş ve sonuçlarını meydana getirmiş hukukî durumların tanınması yönündeki

uygulamaları destekleyici olmuştur, aksine tutumları da destekleyici olmamıştır⁸².

Özellikle, eş cinsellerin, genel düzeni rahatsız etmeyecek biçimde kişisel tercihlerine göre yaşama konusundaki beklenti ve menfaatlerinin hukukî güvenceye bağlanması, yukarıda belirtildiği üzere, uluslararası toplumda hassasiyet gösterilen konulardan birisi durumuna gelmiştir. Türkiye çağdaş dünyaya entegre olma hedefini önemsemeyi sürdürmelidir. Bu yönde çaba gösteren devletler uluslararası toplum bağlamında daha etkili bir rol oynama başarısı göstermektedir.

Bütün bu nedenlerle, Türk kanunlar ihtilâfi hukukunda eş cinsel birlikteliklerin akıbetini düzenleyen kurallara ihtiyaç bulunduğunu düşünmekteyiz. Türk iç hukukunda eş cinsel birlikteliklere ilişkin maddî düzenleme bulunmadığından, yabancı unsurlu eş cinsel birlikteliklerin kuruluşuna ilişkin bağlama kuralının bulunmaması olağan karşılanabiliyorsa, buradaki boşluk, Türkiye dışında (evlenme veya tescil yoluyla) geçerli biçimde gerçekleşmiş bulunan eş cinsel birlikteliklerin Türkiye’de tanınmasını düzenleyen bir kuralın yokluğu nedeniyle hissedilecektir. Örneğin, tescil yerinde geçerli bir eş cinsel birliktelik olarak tescil edilmiş olan ve böylece de hükümlerini göstermeye başlamış bulunan birlikteliğin tarafı olan eş cinsel kişiler, bir nedenle Türkiye’de ikamet etmeye başladıklarında bu çiftin birlikteliğinin –çeşitli açılardan- hukukten etkili ve sürekli olmasını sağlayan bir ihtilâf kuralına ihtiyaç vardır.

Daha önce işaret edildiği gibi, mevcut bağlama kurallarından birisine, eş cinsel birleşmeleri, vasıflandırma ve kıyasa başvurma yoluyla atlatma imkânından Türkiye’de yararlanma ihtimali çok zayıftır. Bu durumda akla gelebilecek en kestirme (ve de en etkili) yol, MÖHUK’da bir değişiklik yaparak, böyle bir kuralı kanuna dahil etmektir. Ancak, bu yola, şu veya bu nedenle, makul bir sürede gidilemeyecek ise, bu durumda, buradaki boşluğun giderilmesi hâkime kalacaktır. Hâkim, yabancı ülkede gerçekleşen eş cinsel birlikteliklerin Türk hukuk

⁸² Nitekim, başka ülkelerde meydana gelmiş durumların tanınması konusunu “müktesep haklar” çerçevesinde ele alan yazarlar da mevcuttur: **Berki, O.F.**: Devletler Hususî Hukuku, C.II, B.4, Ankara 1961, s. 97 vd.

sisteminde-çeşitli imkânlardan yararlanabilmek için- tanınmasını mümkün kılacak yeni bir bağlama kuralı oluşturacaktır. Türk hâkiminin, kanunlar ihtilâfi hukukunda boşluk doldururken, dayanacağı yasal temel, maddî hukukta hâkimin hukuk yaratmasını düzenleyen Medenî Kanunun 1. maddesidir⁸³. Nitekim, 2675 sayılı MÖHUK'dan⁸⁴ önce, Yargıtay verdiği kararlar ile, Türk kanunlar ihtilâfi hukukunun pek çok eksik tarafını tamamlamıştır⁸⁵.

Dikkat edilecek olursa burada oluşturulması düşünülen kural, sadece yabancı ülkede varlık kazanmış eş cinsel birlikteliklerin Türk hukuk düzeninde tanınmasını sağlayacak bir kuraldır. Dolayısıyla, bu kuralın “kategorisi”ni belirleyici kavramın Türk iç hukukunda varlığının aranmasına ihtiyaç olmadığı gibi, imkân da yoktur. Burada sorun bu kategorinin, karşılaştırmalı hukuktan yararlanarak, hangi kavramla ifade edilmesinin doğru olacağıdır. Eş cinsel evlilik kavramı geleneksel (heteroseksüel) evlilikleri çağrıştırdığı ve bu nedenle Türk hukukçusunun kullanmaktan kaçınabileceği bir kavram olduğundan, genellikle konuyu iç maddî hukukunda düzenleyen devletlerin de çoğunlukla “kayıtlı birliktelik” kavramını tercih ettiği dikkate alınır, Türk hukuk düzeni açısından da “kayıtlı birliktelik” kavramıyla, yeni kuralın kategorisini belirlemek muhtemelen tercih edilecektir. Bu durumda, “yabancı eş cinsel evliliğin” tanınması söz konusu olduğunda da, “kıyasen” aynı hükmü uygulamak imkânı sağlanmış olacaktır. Şu da var ki, biraz daha geniş değerlendirme yaparsak, böyle bir “tanıma” kuralının “kategorisi”ni daha geniş tespit etmek de mümkündür; örneğin, “yabancı eş cinsel

⁸³ Hâkim, kıyasa başvurarak, hukukun genel ilkelerini dikkate alarak, kıyas yoluyla veya hukukun genel ilkelerine başvurarak boşlukların doldurulması uygun görülmediği zaman orijinal bir biçimde kural koyarak hukuk yaratma görevini yerine getirmektedir: **Serozan, R.:** Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004, s.108 vd; **Edis,** s. 142 vd.; **Oğuzman/Barlas,** s.87 vd; özellikle bkz. **Nomer/Şanlı,** s. 91-92.

⁸⁴ 27 Kasım 2007 tarihli ve 5718 sayılı Kanun'un 64/I.maddesi uyarınca yürürlükten kaldırılmış olan 20 Mayıs 1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'un metni için bkz. R.G.T.22 .05 1982, s. 17701.

⁸⁵ Bu konuda bkz. **Nomer, E.:** Yabancıların “Ahkâmı Şahsiyesi” (*Statut Personnel*) ve Terekesi ile İlgili İhtilâflarda Türk Kanunlar İhtilâfi Sisteminin Gelişimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, 1973, s. 495 vd.; **Seviğ, V. R.:** Kanunlar İhtilâfının Türkiye Cumhuriyetinde Gelişmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1973, s. 463-487. Ne var ki, Yargıtay, 1982'den sonra bu yola başvurmadan kaçınma eğilimi içine girmiştir.

birliktelik” kavramı, hem evlilikleri, hem de “kayıtlı birliktelikler”i kapsamına aldığından, ayrıca hâkimleri “kıyas” gibi mantıksal tekniklere başvurmak ihtiyacını duymaktan da koruyabilecektir.

Yabancı eş cinsel birlikteliklerin Türk hukuk düzeninde tanınmasını sağlayacak “ihtilâf kuralının” bağlama noktasını belirleyecek “kriter”in tespiti de önem taşıyan bir husustur. Bağımsız bir “tanıma” kuralının oluşturulması söz konusu olacağından, burada Türk kanunlar ihtilâfi hukukunun “ahkâmı şahsiye”de genellikle benimsediği “kişisel kanun/millî kanun” esasını izlemek zorunluluğu duyulmamalıdır. Buradaki kural geleneksel bir “bağlama kuralı” olmak yerine, günümüz literatüründe “hukuk düzenleri arasında koordinasyon sağlama” işlevini yüklenmiş ve böylece bir hukuk düzeninde usulî ve maddî hukukî şartlara (ve de o hukuk düzeninin uluslararası özel hukuk kurallarına) uygun olarak meydana gelmiş hukukî durumlara diğer hukuk düzenlerinde de geçerlik sağlama hedefine dönük bir kural olduğundan, farklı usa vurma çerçevesinde değerlendirme yapmak mümkün görünmektedir⁸⁶.

Gerçekten de, burada amaç, zaten başka bir hukuk düzeninde meydana gelmiş “eş cinsel birlikteliği” tanımak ve ona hukukî etki izafe etmek olduğuna göredir ki, burada bağlama kriterini farklı bakış açısı uyarınca doğrulamak gerekmektedir. Nitekim, yukarıda çeşitli devletlerin konuyu düzenleyiş tarzları hakkında bilgi verilirken belirtildiği gibi, burada iki şekilde hareket edilmektedir: Ya, eş cinsel birlikteliğin, taraflarının ikâmet ettiği/mutad meskeninin bulunduğu/ vatandaşı olduğu devletlerin tanınması/geçerli kabul etmesi şartıyla tanınması yoluna gidilmektedir veya daha da basit biçimde eş cinsel birlikteliğin tanınması, kurulduğu ülke hukukuna göre yeterli görülerek, güvence altına alınmaktadır. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu’nun 45. maddesinde hem geleneksel evlilikler (fıkra I), hem “eş cinsel birliktelikler” bakımından (fıkra III) kabul edilen çözüm budur. Evliliğin Yapılması ve Geçerliğinin Tanınması Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Sözleşmesi’nde de, geleneksel evlenmeler için kabul edilmiş çözüm budur (md. 9). Bazı devletler, Sözleşmenin bu 9. maddesine kıyasen, eş cinsel birlikteliklerin tanınmasında da aynı kriteri kabul etmişlerdir. Türk

⁸⁶ Klâsik bağlama kuralları ile dışa dönük “koordine edici” ihtilâf kuralları arasındaki farklar için bkz. **Jacquet**, s.230 vd., özellikle s. 236 vd.; **Picone**, s. 119 vd.

Hukuku da, yukarıda belirtilen iki yoldan birini, kişisel kanımıza göre tercihen ikinci yolu seçebilir. Bir diğer ihtimal, Türk Hukukunda, alternatif kriterli daha esnek bir kuralın oluşturulabilmesidir; örneğin “*lex loci registrationis*” ile tâbiyet/ikametgâh kanunlarının geçerli sayması ihtimalinin birlikte değerlendirildiği bir kuralın formüle edilmesi de mümkündür.

Her halde, böyle bir kural sadece yabancı ülkede kurulmuş eş cinsel birlikteliklerin tanınmasına ilişkin bir kural olacağından, bu kurala göre tanınacak birlikteliklerin hükümlerinin ne olacağı ayrı bir konudur. Bu konunun da ayrıca düzenlenmesi, mevcut kurallardan bir veya birkaçının kıyasen uygulanmasından daha uygun olacağından, burada da “birlikteliğin kurulduğu yer” veya “ tarafların kişisel kanunları”nın alternatif veya kümülatif kriter olarak alındığı, yahut da sadece birine göre, eş cinsel birlikteliğe etki tanınmanın tercih edildiği yollardan biri seçilebilecektir. Tabii, bu bağlamda, miras gibi, “ön sorun” çerçevesinde çare aranacak haller de söz konusu olacaktır. Kısacası, eş cinsel birlikteliklerin hükümleri konusu ayrıca ayrıntılı biçimde değerlendirilmesi uygun olacak bir konu olarak görünmektedir.

5. Kamu Düzeninin Müdahalesi

Türk Hukukunda bir başka önemli nokta da kamu düzeninin müdahalesinin mümkün olabilmesidir. Türk Hukukunda kamu düzeni kavramı, kanunlar ihtilâfi kurallarımızın göstermiş olduğu hukuk düzeninin uygulanması kuralının bir istisnası olarak ortaya çıkmaktadır. MÖHUK md. 5, yetkili yabancı hukukun belirli bir olaya uygulanan hükmünün Türk kamu düzenine açıkça aykırı olması halinde, söz konusu hükmün uygulanmayacağını, gerekli görülen hallerde Türk Hukukunun uygulanacağını hüküm altına almıştır.

Yukarda da belirttiğimiz gibi, kamu düzeninin müdahalesinin istisnaî olması, hâkimin kendi hukukundan farklı bir hukuk sistemi ile karşılaştığında, söz konusu hukuk sisteminin bir bütün olarak kamu düzeni müdahalesine uğramasını engellemektedir.

Gerçektende de, yetkili yabancı hukukun Türk Hukukundan farklı bir düzenlemeye sahip olması kamu düzeninin müdahalesi için asla yeterli olmasa da, kamu düzeni kavramının değişken olması sebebiyle,

kamu düzeninin içeriği tam olarak tespit edilememektedir⁸⁷. Sonuçta, kamu düzeni, hâkimin takdirine bağlı olarak belirsizlik içerisinde kendini kabul ettiren genel ve kapsamlı bir kavramdır.

Kamu düzeninin müdahalesinin söz konusu olabilmesi için üç temel şartın mevcudiyeti aranır. Birinci olarak, yetkili yabancı hukuk olaya uygulanmasından sonra ortaya çıkan sonuçların kamu düzenini bozup bozmadığı incelenmelidir. İkinci olarak, yabancı hukuk kuralı olaya uygulandıktan sonra ortaya çıkan sonucun kamu düzeninin müdahalesine konu olan ülke ile belli bir derecede irtibatlı olması gerekir⁸⁸. Gerçekten de, kamu düzeninin müdahalesinde kamu düzeni bozulacak ülke ile yakın bir irtibat aranmaması, tespit edilen ve kamu düzeni müdahalesine maruz kalacak yabancı hukuk normunun soyut bir biçimde içeriğinin tespiti söz konusu olacak ve bu teorik değerlendirme, gerçek bir kararın verilmesini engelleyecektir⁸⁹. Üçüncü şart olarak ise, kamu düzeninin müdahalesinin söz konusu olabilmesi için ilgili yabancı hukuk kuralı olaya uygulandıktan sonra ortaya çıkan sonucun “tahammül edilemez” bir biçimde devletin kamu düzenini bozması gerekmektedir.

Kamu düzeninin müdahalesinde önce olumsuz etki söz konusudur. Bu bağlamda, kamu düzeni öncelikle yabancı hukukun ilgili normunun tatbikini önler. Yetkili yabancı hukuk kuralının uygulanmaması durumunda ortaya çıkan boşluğun yabancı hukuk kuralları ile doldurulması prensip olarak kabul edilmiştir. Ancak, yabancı hukukun ilgili tüm kurallarının kamu düzeni müdahalesine uğramış olması halinde, veya bertaraf edilen hükmün yerine uygulanacak kuralların hâkimin

⁸⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.04.1998 tarihli ve E.1998/2-276, K.1998/297 sayılı kararında, yüksek mahkeme, “ahlâk ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve yargılarını, adaleti, ahlâk anlayışını, Anayasa'da yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olayları kamu düzenini ihlâl eden olgular” olarak kabul etmiştir: Karar için bkz.< www. kazanci. com.tr> (22.05.2009). Bu bağlamda, ilgili yabancı hukukun somut olaya uygulanması sonucunda, anayasal haklarda ve çeşitli kanunların temelinde yatan ana kurallar (bir yabancının korunmasına ihtiyaç duyacak kadar, Anayasa'da yer alan temel hakların ihlâl edilmesi) ile özel hukukun iyiniyet kuralının uygulanmasını içeren hükümlerine aykırı birtakım hususlar ortaya çıkıyorsa veya yabancı hükmün somut uyumsuzluğa uygulanması, Türk toplumunun temel ahlâk ve dürüstlük anlayışını ciddi şekilde sarsıyorsa, Türk kamu düzeninin müdahalesi düşünülebilir: **Nomer/Şanlı**, s. 173 vd.

⁸⁸ **Nomer/Şanlı**, s. 178.

⁸⁹ **Kropholler**, s. 244.

önündeki olaya uygulanmasının, haklı bir çözüme ulaşmak bakımından yetersiz kalması halinde, Türk hâkimi son olarak, MÖHUK md. 5’de de belirtildiği gibi somut uyuşmazlığa Türk Hukuku kurallarını uygulayacaktır (olumsuz etkiye bağlı olumlu etki)⁹⁰.

İster, nitelendirme veya kıyas yoluyla “evlilik” kategorisine dahil edilerek, MÖHUK md. 13’e göre, yabancı hukuk tayin edilsin, isterse bir açık hukuk boşluğunun varlığı kabul edilmek suretiyle, yabancı hukuk olarak, işlemin yapıldığı yer hukuku uygulansın, Türk hâkimi, kamu düzenine aykırılık mülâhazasından hareket ederse (eş cinsel birliktelikleri Türk toplumunun temel ahlâk anlayışına aykırı bulması), ilgili yabancı hukuku uygulamayacağından, eş cinsel birliktelik tanınamayacaktır⁹¹.

Bütün bu söylenenlere ek olarak belirtelim ki, MÖHUK’da açık olarak belirtilmiş olmamasına rağmen, sadece Türkiye dışında tamamlanmış/meydana gelmiş hukukî durumların veya kazanılmış

⁹⁰ Nomer/Şanlı, s. 180 vd.; Kropholler, s. 242 vd.

⁹¹ Bundan başka, örneğin, Hollanda’da yapılan eşcinsel evlenme, İtalya’da mahkemenin bu evlenmeyi İtalyan Anayasasının 29. maddesinde yer alan evliliğin korunmasına ilişkin hükme aykırı bulması nedeniyle, kamu düzeninin müdahalesine uğramış ve klasik anlamda farklı cinsler arasındaki evlilik ile aynı kategoride değerlendirilememesi sonucu tanınmamıştır. Ancak, eş cinsel çiftlerle ilgili farklı şekillerde aile hukuku kurumlarının oluşturulabileceği hüküm altına alınmıştır: **Boele-Woelki**, s. 1965. Bu örnek, eş cinsel birlikteliklerle ilgili herhangi bir düzenleme içermeyen devletler için çok açıktır. Bununla birlikte, Almanya örneğinde olduğu gibi, eş cinseller bakımından evliliği kabul etmeyip kayıtlı birliktelik sistemi getiren devletlerde, hâkimlerin önüne Hollanda veya başka bir yerde yapılan bir eş cinsel evlenme geldiğinde, söz konusu evlenmenin, ne Anayasa’da bir temel hak olarak düzenlenmiş olan evlenme hakkının bu kapsamdaki içeriğine, ne de onu düzenleyen hukuk kurallarına aykırı olduğu ifade edilmiştir: **Wasmuth**, s. 255 vd. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (RG. T. 19.03.1954, S.8662) “evlenme hakkı” başlıklı 12. maddesinde de, evlilik çağına gelen erkek ve kadının, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduğunu görüyoruz. Bununla birlikte Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Christine Goodwin v. UK* kararında, 12. maddede yer alan kadın ve erkeğin tayininin tamamıyla biyolojik kriterlere tâbi kılınmasının, toplumlarda giderek artan oranda değişen evlilik kurumuna ilişkin temel yapı ile bağdaşamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu kararında, transseksüel evlilikleri engellemenin, bireylerin evlenme hakkını ihlâl edeceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda, bazı yazarlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin, söz konusu içtihadı doğrultusunda, talep edilmesi halinde evlenme hakkını eş cinsel evlilikleri de kapsayacak şekilde yorumlayabileceğini ileri sürmektedir: **Harris, D. J./O’Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C.M.**: Law of the European Convention on Human Rights, Ed.2, New York 2009, s. 553.

hakların Türkiye’de tanınmasında, kamu düzeninin müdahalesi olağanüstü istisnaî bir husustur. Bir kere, böyle bir tanıma halinde, ortaya çıkacak sonucun Türkiye ile yakın ilişkisinin belirlenmesi çok nadir şartların oluşmasına bağlıdır. Aksi takdirde kamu düzeninin müdahalesi söz konusu olmamalıdır. Örneğin, iki yabancıların Türkiye dışında yapmış olduğu ve yapıldığı yerde geçerli kabul edilen, hattâ yabancıların ulusal kanunları veya mutad mesken kanunlarınca da itiraza uğramamış bir eş cinsel birliktelik sonucunda ortaya çıkan nafaka talebi hakkında hüküm vermek durumunda kalan Türk hâkimi, kamu düzeninin müdahalesine cevaz vermemelidir.

Üstelik, başka bir ülkede meydana gelmiş hukukî durumların veya kazanılmış hakların tanınmasında, kamu düzeninin müdahalesi olağanüstü istisnaî şartlarda söz konusudur; asıl olan kamu düzeninin müdahalesine cevaz verilmemesidir⁹².

Ünlü Alman-Arjantinli hukukçu, *Werner GOLDSCHMİDT*’in belirttiği gibi, uluslararası özel hukuk, diğer maddî hukukların aksine bir “tolerans hukukudur” (*derecho de tolerancia*)⁹³. Bu bakımdan, kendi maddî hukuklarında eş cinsel birliktelikleri düzenlemeyen devletler, yahut eş cinsel birlikteliklere ilişkin olarak kamu düzeni müdahalesini işletmeye meyilli devletler, yabancı eş cinsel birlikteliklerin tanınması söz konusu olduğunda, daha toleranslı davranmalıdır.

SONUÇ

Avrupa devletlerinde eş cinsel birlikteliklerin sınır aşıcı etkilerine baktığımızda, henüz bu alanda yeknesak maddî hukuk veya kanunlar ihtilâfi hukuku kurallarının olmadığını görürüz. Hattâ, devletlerin hukukları arasında birbirine yakınlıktan dahi bahsetmek zordur. Aslında, maddî hukuk bakımından, eş cinsel birliktelikleri, bu, evlilik, kayıtlı birliktelik veya medenî birliktelik şeklinde olsun, tanıma konusunda belli bir değişim yakalanmıştır. Özellikle, birbirlerinden farklı eş cinsel birliktelik türlerini hukuken düzenlemiş olan ülkeler, kendi sınırları

⁹² Kamu düzeninin müdahalesinin kazanılmış haklarda yumuşatılmış etkisi konusunda bkz. **Berki**, s. 105.

⁹³ **Goldschmidt, W.** : *Derecho Internacional Privado-Derecho de la Tolerancia*, Ed.6, Depalma 1988, s. 52 vd.

dışında farklı türlerdeki eş cinsel birliktelikleri, kendi ülkelerindeki statülere uygun olarak ya aynı kurum olarak ya da eş cinsel evliliğin tanınmasında olduğu gibi, nitelendirme yoluyla kayıtlı birliktelik olarak tanıma yoluna gitmektedir.

Bugün, kural olarak, devletler, yabancı eş cinsel birliktelikleri, kendi hukuk düzenlerinde yer aldığı biçimde ve kendi ülkelerinde yer alan eş cinsel birlikteliklerin sahip olduğu hukukî etkiyi aşmayacak biçimde tanımaktadır. Hollanda, Belçika gibi devletler, eş cinseller için eş cinsel evliliği ve kayıtlı birlikteliği, hattâ heteroseksüeller için de kayıtlı birlikteliği hukuken düzenlediklerinden dolayı, aynı şekilde yabancı eş cinsel evliliklere ve kayıtlı birlikteliklere uygulanacak kanunlar ihtilâfi kuralları da öngörmüştür. Bu devletler, hem farklı türdeki eş cinsel birliktelikler için ayrı ayrı kanunlar ihtilâfi kuralı koymuş, hem de söz konusu yabancı eşcinsel birlikteliklerin kolayca tanınmasını sağlamak amacıyla koymuş oldukları kanunlar ihtilâfi kurallarının bağlama noktalarını total işlemlere sebebiyet vermeyecek şekilde düzenlemiştir. Evliliği sadece heteroseksüel çiftler için kabul eden İsviçre, Birleşik Krallık, Almanya gibi devletler, hukuk düzenlerinde eş cinsel çiftler için kayıtlı birliktelik statüsüne yer vermek suretiyle aradaki eşitsizliği belli bir oranda gidermeye yönelmiştir. Aynı devletler, yabancı kayıtlı birliktelikleri kapsamına alacak kanunlar ihtilâfi kuralı da koymuştur. Bununla birlikte, bu devletler, eş cinsel evlilikleri, kayıtlı birliktelik olarak vasıflandırıp ehliyet ve şartlarını kural olarak evlenmenin yahut kayıtlı birlikteliğin kurulduğu yer hukukuna tâbi kılarken, yabancı eş cinsel birlikteliğin hukukî etkisinin *for* hâkiminin ülkesinde yer alan hukukî müesseseden daha fazla olamayacağını hüküm altına almıştır. Öte yandan, evliliğin genel hükümlerine veya evlilik ile bağlantısı olan miras, velâyet gibi hususlara uygulanacak hukukun "*lex loci celebrationis*"den farklı olması sonucunda, eş cinsel evliliği kayıtlı birliktelik gibi tanıyan devlet, kendi kanunlar ihtilâfi kurallarının göstermiş olduğu hukuk olarak, o eş cinsel evliliğin özel hukuktan doğan sonuçlarına kendi hukukunu uygulamak durumunda kalırsa, "intibak" söz konusu olacak, yani ilgili devlet kendi hukuk düzeninde söz konusu olaya uygulayacağı hükümlerin içeriği ile oynamadan kalıbını değiştirecektir.

Eş cinsel birliktelikleri düzenlemeyen devletlerden biri olan Türkiye'nin karşılaştığı en büyük sorun, karşısına gelen yabancı unsurlu eş cinsel birlikteliği, hangi hukukî kategori altına sokacağı, yani ne şekilde vasıflandıracağı hususudur. Yukarıda da belirtildiği üzere, Türk hâkimi, önüne gelen yabancı unsurlu eş cinsel evlilik ve kayıtlı birliktelikleri vasıflandırırken bunları, kendi hukukunda düzenlenmediği için, MÖHUK md. 13'deki evlilik kategorisi altına sokmaktan muhtemelen kaçınacaktır. Türk hâkimi, bu durumda ikinci olarak genişletici yorum tekniği biçiminde kabul edilen kıyasa başvurarak önündeki eş cinsel birlikteliğe, benzer nitelikler taşıyan bir ilişki tipi olarak kabul ettiği mevcut bir bağlama kuralını uygulayıp uygulayamayacağı meselesi ile karşılaşacaktır. Bazı ülkelerde mahkemeler, yabancı unsurlu eş cinsel evliliğe ve hattâ bazı hallerde kayıtlı birlikteliğe uygulanacak hukuku tayin ederken, genellikle geleneksel evlenmenin belli başlı anahtar özelliklerini taşıması nedeniyle, kıyas yoluyla, evlenmeye ilişkin bağlama kuralına başvurmaktadır. Oysa, Türkiye'de yapılacak evlenmeler bakımından, kıyasen evliliğe ilişkin bağlama kuralının uygulanması, tercih edilmesi muhtemel bir tutum olarak görünmemektedir. Türk Hukukunda, aynı cinsiyette iki kişinin yaptığı evlilikler "yok" sayıldığından, Türk mahkemelerinin, geleneksel evliliği konu almak suretiyle oluşturulan bağlama kuralını (MÖHUK md. 13) kıyasen eş cinsel evliliklere uygulaması çok zordur. Aynı olumsuz saptamalar, MÖHUK md. 13'ün, yabancı eş cinsellerin kayıtlı birlikteliklerine uygulanması bakımından da geçerlidir. Türkiye'de eş cinsel birlikteliklerin tesciline elverecek bir sicil de bulunmadığından, Türkiye'de böyle bir birlikteliğin tescil/kayıt yoluyla gerçekleşmesi esasen mümkün değildir.

Türkiye dışında kurulan birlikteliklerin Türkiye'de tanınmasını sağlamak bakımından da MÖHUK md. 13'e başvurulması, yukarıda belirtilen nedenlerle, olumlu bir sonuç vermeyebilecektir. Bir an için MÖHUK md. 13'ün bu konuda uygulanabileceğini düşünsek bile -atfın kabulü halinde ortaya çıkan durumu bir kenara bırakırsak- bu uygulamanın "topal" eş cinsel birlikteliklerin ortaya çıkmasına yol açacağını da unutmamak gerekir. Türk Hukukunda, eş cinsellerin birlikteliğini (evlilik, kayıtlı birliktelik) düzenleyen ne maddî hukuk kuralları, ne de kanunlar ihtilâfî kuralları var olduğuna göre, en azından

yurt dışında kurulmuş olan eş cinsel birliktelikleri tanımak amacıyla *lex loci celebrationis-lex loci registrationis* kuralı ile birlikte tâbiyet yahut ikametgâh kanunlarının alternatifli olarak uygulanmasını sağlayacak bir bağlama kuralının Medenî Kanun'un 1. maddesi uyarınca Türk hâkimi tarafından boşluk doldurmak amacıyla oluşturulması ve kamu düzeninin müdahalesinin de mümkün oldukça engellenmesi, uluslararası toplumun taleplerine olumlu yanıt verme konusunda ciddi adımlar atmakta olan Türk Hukukunun çağdaşlaşma sürecine önemli bir katkı sağlayacaktır.

Son olarak, çalışmamızın sınırlarını ortaya koymak bakımından belirtmemiz gerekir ki, Türk maddî hukukunda çağdaş hukukun gereklerine uygun olarak değişiklik yapılması bu makalenin konusu dışında kaldığından, bununla ilgili bir açıklama yapmaktan kaçınılmış, Türk maddî hukukunda düzenlenmemiş olması nedeniyle, yabancı ülkelerde kurulan eş cinsel birlikteliklerin tanınması üzerine yoğunlaşmıştır.

KAYNAKÇA**A. Genel Eserler, Monografiler, Makaleler**

- Allarousse, V. : A Comparative Approach to the Conflict of Characterization in Private International Law, Case Western Reserve Journal of International Law, 1991, Vol. 23,s. 479-516.
- Berki, O. F. : Devletler Hususî Hukuku, C.II, B. 4, Ankara 1961.
- Boele-Woelki, K. : The Legal Recognition of Same Sex Relationships within the European Union, Tulane Law Review, 2007-2008, Vol. 82, s. 1949-1981.
- Bogdan, M. : Some Reflections on the Treatment of Dutch Same Sex Marriages in European and Private International Law, Intercontinental Cooperation Through Private International Law-Essays in Memory of Peter E. Nygh (Ed.T.EINHORN/K.SIEHR), The Hague 2004, s. 25-37.
- Collins, L. : Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, (Editors:Briggs, A./Harris, J./Mc Clean, J.D./Mc Lachlan, C./Morse, C.G.J), Ed.14, Vol. I, London 2006 (Vol.I).
- Collins, L. : Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws, (Editors:Briggs, A./Harris, J./Mc Clean, J.D./Mc Lachlan, C./Morse, C.G.J), Ed. 14, Vol. II, London 2006 (Vol.II).
- Curry-Sumner, I. : Uniform Patterns Regarding Same Sex Relationships, International Law Forum du Droit International, 2005, Vol. 7, No. 3, s. 186-194 (Uniform Patterns).
- Curry-Sumner, I. : Private International Law Aspects of Homosexual Couples: The Netherlands Report, Electronic Journal of Comparative Law, May 2007, Vol. 11.1, s. 1-24 <<http://www.ejcl.org/111/article111-8.pdf>> (22.08.2009) (Report).
- Çelikel, A./Erdem, B. B. : Milletlerarası Özel Hukuk, B. 8, İstanbul 2007.

- de Groot, G.R. : Private International Law Aspects Relating to Homosexual Couples, *Electronic Journal of Comparative Law*, December 2007, Vol. 11.3, s. 1-37 <[http:// www.ejcl.org/113/article113-12.pdf](http://www.ejcl.org/113/article113-12.pdf)>(04.01.2009).
- Edis, S. : *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, B. 4, Ankara 1991.
- Fosyth, C. : Characterisation Revisited:An Essay in the Theory and Practice of the English Conflict of Laws, *Law Quarterly Review*, 1998, Vol. 114, s. 141-161.
- Graham-Siegenthaler, B. E. : Principles of Marriage Recognition Applied to Same Sex Marriage Recognition in Switzerland and Europe, *Creighton Law Review*, 1998-1999, Vol. 32, s. 121-146.
- Goldschmidt, W. : *Derecho Internacional Privado-Derecho de la Tolerancia*, Ed. 6, Depalma 1988.
- Harnois, C./Hirsch, J. : Note on Developments in Internal Law and Private International Law Concerning Cohabitation Outside Marriage, Including Registered Partnership, Preliminary Document No 11 of March 2008 for the Attention of the Council of April 2008 on General Affairs and Policy of the Conference, s. 21<www.hcch.net/upload/wop/genatf_pd11e2008.pdf>(05.12.2008).
- Harris, D. J./O'Boyle, M./Bates, E. P./Buckley, C. M. : *Law of the European Convention on Human Rights*, Ed. 2, New York 2009.
- Hill, D. : The Recognition of Homosexual Parents in the United Kingdom, *European Challenges in Contemporary Family Law* (Ed.Boele-Woelki,K./Sverdrup, T.), Antwerp 2008, s. 113-130.
- Jacquet, J. M. : *La Fonction Supranationale de la Règle de Conflit de Lois*, *Recueil des Cours*, 2001/IV, Vol. 292, s. 147-248.
- Kahn-Freund, O. : *General Problems of Private International Law*, *Recueil des Cours*, 1974/III, Vol.143, s. 139-474.
- Karadağ, N. : *Cinsel Azınlıkların Bireysel Hakları*, İstanbul 2008.
- Kegel, G/Schurig, K. : *Internationales Privatrecht*, B. 9, München 2004.

- Kramer, X.E. : Dutch Private International Law-Overview 2002-2006, Praxis des Internationalen Privat-und Verfahrensrecht (IPRax), 2007, Heft.1, s. 554-61.
- Kropholler, J. : Internationales Privatrecht, 5.Auflage, Tubingen 2004.
- Mc.Clean, D./Beevers, K. : Morris on The Conflict of Laws, Ed.6, London 2005.
- Nomer, E. : Yabancıların “Ahkâmı Şahsiyesi”(Statut Personnel) ve Terekesi ile İlgili İhtilâflarda Türk Kanunlar İhtilâfı Sisteminin Gelişimi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50.Yıl Armağanı, 1973, s. 495-529.
- Nomer, E./Şanlı, C. : Devletler Hususî Hukuku, B.16, İstanbul 2008.
- Oğuzman, M. K./Barlas, N. : Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, B. 12, İstanbul 2005.
- Öztan, B. : Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 2004.
- Picone, P. : Les Méthodes de Coordination entre Ordres Juridiques en Droit International Privé, Recueil des Cours, 1999/I, Vol.276, s. 9-296.
- Sarcevic, P. : Cohabitation without Marriage:The Yugoslavian Experience, American Journal of Comparative Law, 1981, Vol.29, s. 315-338.
- Serozan, R. : Medeni Hukuk, Genel Bölüm, İstanbul 2004.
- Seviğ, V. R. : Kanunlar İhtilâfının Türkiye Cumhuriyetinde Gelişmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, 1973, s. 463-487.
- Umbricht, R. L. : Swiss Code of Private International Law, Zurich 2007.
- Von Hoffmann/Thorn : Internationales Privatrecht,B. 9,München 2007.
- Wasmuth, J. : Eheschliessung unter Gleichgeschlechtlichen in den Niederlanden und deutscher ordre public, *Liber Amicorum für Gerhard Kegel*,München 2002,s. 237-259.

B. Diğer Metinler

1994 tarihli İsveç Kayıtlı Birliktelik Kanunu :<www.homo.se> (22.11.2008).

1 Haziran 1989 tarihli ve 372 sayılı Danimarka Kayıtlı Birliktelik Kanunu: <http://www.france.qrd.org/texts/partnership/dk/denmark-act.html >(22.11.2008).

16 Şubat 2001 tarihli Alman Kayıtlı Birliktelik Kanunu: www.bundesrecht.juris.de/partg/index(20.01.2009).

2004 tarihli İngiliz Kayıtlı Birliktelik Kanunu: <www.opsi.gov.uk/acts/acts2004/ukpga_20040035_en_1> (05.12.2008).

16 Temmuz 2004 tarihli Belçika Uluslararası Özel Hukuk Kanunu: <www.notaire.be/infos/actes/100_code_dip.htm> (21.01.2009).

Evlenmenin Yapılması ve Geçerliğinin Tanınması Hakkında 14 Mart 1978 Tarihli La Haye Sözleşmesi (*Hague Convention on Celebration and Recognition of the Validity of Marriages*): <www.hcch.net/index_en.php >(31.10.2008).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 22.04.1998 tarihli ve E.1998/2-276, K.1998/297 sayılı kararı: < www. kazanci. com.tr> (22.05.2009).

