

ÂİLE HUKUKU KAVRAMLARININ FARKLILIĞI

*Doç. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU**

Evlilik ve daha genel olarak âile ilişkileri hukuktan büyük ölçüde bağımsız¹ görünmektedirler. Evlilik hukuku ve daha genel olarak âile hukuku² da medenî hukuk ve borçlar hukukuna göre özerk bir karakter sergilemekte görünmektedirler. Öyle ki, gerek dar anlamda medenî hukuk kuralları, gerek geniş anlamda medenî hukuk (borçlar hukukunu da kapsayan biçimde) kurallarının, evlilik ve âile ilişkilerinde uygulanma kabiliyetinin³ pek de bulunmadığı rahatlıkla söylenebilir.

Bu koşullarda, âilevî yaşamda hukukun yokluğu kural, varlığı ise istisnâ⁴ sayılabilir. Ve, âilevî yaşamda hukukun varlığının istisnâi olarak söz konusu olabildiği, hukukun kendisini istisnâi olarak hissettirebildiği, hukukun etkili olabildiği vakit de olağan hukuktan farklı bir hukuk karşımıza çıkmaktadır. Şöyle ki, o vakit de, hukukî kavramlar ve kurallar alışılmış belirgin özelliklerini kaybetmektedirler⁵.

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Bu konuda, bkz. örn.: *Carbonnier J.*, *Flexible droit*, 2^e éd., Paris, 1971, örn. sh. 135, sh. 138; *Riou (Labrusse) C.*, *L'égalité des époux en droit allemand*, Thèse Paris, 1965, çok çeşitli yerler, örn. n° 48, sh. 67, n° 235, n° 236, sh. 243, sh. 243, n° 238, sh. 246; *du Pontavice E.*, *Droit de la famille et droit au bonheur*, Mélanges Voirin, Paris, 1966, sh. 680 vd.

² Bu yönde, kşz.: *du Pontavice E.*, age., örn. sh. 678.; *Riou (Labrusse) C.*, age., örn. n° 237, sh. 244, n° 238, sh. 245.

³ Kşz. *Riou (Labrusse) C.*, age., örn. n° 237, sh. 244, n° 238, sh. 245.

⁴ Bu doğrultuda, *Carbonnier J.*, age., sh. 28.

⁵ Bu yönde, kşz.: *Riou (Labrusse) C.*, age., örn. n° 237, sh. 244; *du Pontavice E.*, age., sh. 680.

1. Âilevî Yaşamda Hukukun Yokluğunun Kural, Varlığının İstisnâ Olması

Evlilik ve daha genel olarak âile ilişkilerinin büyük ölçüde hukuktan bağımsız görünmelerinin türlü nedenleri vardır.

İlkin, âile bir sıra hukuk dışı etmen ve etkenin etkisi altında kalan toplumbilimsel bir olgudur. Dolayısıyla, yasakoyucu âile olgusu hakkında gerektiği gibi bilgi⁶ edinmemektedir. Sonra, âile olayları, vb. genelde günlük⁷ cereyan eden olaylardan, vb. olduklarından, yasakoyucu bunları saptayabilmek ve değerlendirebilmekte güçlük çekmektedir. Yasakoyucunun kurallar koyabilmesi, düzenlemeyi amaçladığı alandaki olayları, vb. genelleştirebilmesine de bağlıdır. Bu ise söz konusu olayların, vb. açıklık ve süreklilik göstermeleri koşuluyla mümkündür. Bu koşul gerçekleştiğinde, hukukî anlamda verilerden söz edilebilir. Aksi takdirde yasakoyma sorununun çözümü çıkmaza girer.. Zirâ, hukukta tek tek ve ayrı ayrı her olay, vb. için genel nitelikte kurallar öngörülemez gibi, açıklık göstermeyen, belli belirsiz ve mahiyeti kavranamayan olaylar, vb. için de kurallar öngörülemez. Bundan başka, hukukî bakış açısından da, âile olgusu, her şeyden önce ve her şeyden çok bir örf ve âdet (gelenek ve görenek) sorunu görünümünü taşımaktadır. O nedenle, yasakoyucunun düzenleyebileceği ve dolayısıyla söyleyebileceği çok şey de olamaz..

Tüm bunların sonucu olarak, medenî hukukçu âilevî ilişkileri ne tahlil edebilmiş ve ne de tanımlayabilmiştir⁸. En azından, bu ilişkileri ne gerektiği gibi tahlil edebilmiş ve ne de bunları doğru dürüst tanımlayabilmiştir. Zaten, bu ilişkilerin tahlil ve tanımlanabilmiş/yapılmış olsaydı dahi sonuç değişmeyecek, yani hukukçu bu ilişkileri fiilen önlenemeyecekti⁹. Zirâ, evlilik hukuku ve daha da geniş olan âile hukuku, hukuk kurallarından büyük çapta bağımsız bir alanı düzenlemeye yönelik kurallar içerdiklerinden, fiilî düzenleme gücü ve dolayısıyla uygulanma kabiliyeti nispeten az birer hukuk dalı görünündedirler. Özellikle de evlilik hukuku için, bir görünüp bir kaybolan bir hukuk dalıdır¹⁰ değerlendirmesi rahatlıkla yapılabilir..

⁶ Kşz. *Carbonnier J.*, age., sh. 133, sh. 165.

⁷ Bu yönde, kşz. *Carbonnier J.*, age., sh. 165.

⁸ Bu yönde, kşz. *Riou (Labrusse) C.*, age., n° 237, sh. 244.

⁹ Bu konuda bkz. örn.: *Carbonnier J.*, age., çeşitli yerler, örn. sh. 133 ve sh. 165; *Riou (Labrusse) C.*, age., örn. n° 235, sh. 243, n° 237, sh. 244, n° 238, sh. 246, n° 239, sh. 246; *du Pontavice E.*, age., sh. 680 vd.

¹⁰ Bkz.: *Carbonnier J.*, age., sh. 133; - *du Pontavice E.*, age., sh. 680; *Riou (Labrusse) C.*, age., n° 48, sh. 66; *Savattier R.*, *La finance et la gloire*, D. 1965, chr. 135.

Öyle ya, boşanma¹¹ veya üçüncü kişiler¹² ile ilişkiler söz konusu olmadığı sürece bu hukuk dalı pek uygulanmamakta, 'ölü kurallar' bütünü olarak karşımızda durup durmaktadır.. Aynı şey, boşanma dışında, sadece boşanma tehlikesi, yani ayrılık söz konusu olduğunda da söylenebilir. Gerçekten, eşler arasında ayrılık sorunu baş göstermediği sürece evlilik hukuku, bu ihtimâlde de, uygulanmamakta, eğer böyle söylenebilirse askıya alınmaktadır¹³.

Görülebileceği üzere, dar ve geniş anlamda âile ilişkilerinde (karı ile koca arasındaki ilişkiler ve ana baba ile çocukları arasındaki ilişkilerde) hukukun etkili ya da etkin olmadığı hususlar ve hukukun söz konusu olmadığı/uygulanmadığı zamanlar da vardır. Ve bu zamanlar, gerek nitelik gerek nicelik yönlerinden son derece önemli¹⁴ görünmektedirler. O nedenle de, bunlara ilişkin hukukî düzenlemeler ya güçsüz¹⁵, ya tamamen etkisiz¹⁶, ya da tamamen olmasa da en azından bir anlamda 'gülsüz'¹⁷ bile olmaya mahkûmdurlar denebilir..

Belirte geldiğimiz tüm bu durumlarda hukukun yokluğu söz konusu olmakta, hukuku kuramsal (teorik, nazarî) olarak var etme (mevcut kılma) çabası içinde olunmakla birlikte, bu gerçekleştirilememektedir¹⁸. Bu gözlemin doğruluğu iki yönden ispatlanabilir. Bir kere, âile hukukunun etkisiz kalması istenmiyorsa örf ve âdet ile uyumu¹⁹ sağlanmalıdır. Böyle yapılmayacak olursa hukuk kurallarının uygulanma kabiliyeti önemli ölçüde azalacaktır. Zirâ, yasakoyucunun hukuk kuralları koyma yoluyla âile yaşamını biçimlendirebilmesi, onu değiştirebilmesi oldukça güç görünmektedir.. Bu, bazen imkânsız bile olabilmekte, yasakoyucunun koyduğu kurallar tamamen etkisiz kalabilmekte, ilgililerce hiç mi hiç göz önünde tutulmayabilmektedirler. Âilevî ilişkilerde hukukun önemi o denli az ve örf ve âdetin önemi o denli fazladır²⁰ ki, hukuk bu ilişkilerde iyiden iyiye

¹¹ Bu yönde, bkz.: *Carbonnier J.*, age., sh. 133; *Riou (Labrusse) C.*, age., n° 48, sh. 67; *du Pontavice E.*, age., sh. 682.

¹² Bu yönde, bkz.: *du Pontavice E.*, age., sh. 682; *Riou (Labrusse) C.*, age., örn. n° 239, sh. 246; - kşz. *Carbonnier J.*, sh. 133.

¹³ Bu yönde, bkz. dpn.12'de anılan yazarlar.

¹⁴ Kşz. *du Pontavice E.*, age., sh. 680.

¹⁵ Kşz.: *David R.*, Préface, *Riou (Labrusse) C.*, age.; *Carbonnier J.*, age., örn.. sh. 28.

¹⁶ *Carbonnier J.*, age., sh. 28; *Riou (Labrusse) C.*, age., çok çeşitli yerler; *du Pontavice E.*, age., sh. 680-681.

¹⁷ *David R.*, age., Préface; *du Pontavice E.*, age., sh. 680.

¹⁸ Bkz. *Carbonnier J.*, age., sh. 20.

¹⁹ Bkz. *Carbonnier J.*, age., sh. 169 (principe de la pluralité des types).

²⁰ Örf ve âdetin âile 'kurumu' bakımından taşıdığı önem hk., bkz. örn.: *Gmür M.*, Das Familienrecht, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2. Aufl., Bern, 1923, Vorbemerkungen, N 9, N 16, Das Eherecht, Vorbemerkungen, N 4; *Götz E.*, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, Das Eherecht, 3. Aufl., Bern, 1964, Vorbemerkungen zum Familienrecht, N 9, Vorbemerkungen zum Eherecht, N 4; *Wieland*

yetersiz kalmakta, bunlarda gerçekten söz sahibi olamamaktadır. Ayrıca, âilevî hayat, hukuk kuralları uygulanmadıklarında sorun suz akıp gitmekte gözükmektedir²¹. Bu olgu da, âile hukukunun oldukça teorik (kuramsal, nazarı, vb.) kalmakta olduğunun bir diğer delilini oluşturmaktadır. Soruna bu açıdan bakıldığında, söz konusu olması gerekenin, âile hukuku kurallarının hangi ölçüde örf ve âdet ile uyumlu olduğunun araştırılması değil de, âile hayatını yalnız örf ve âdetin yönetmekte olduğunun tespiti²² olduğu görülür.

Bu sonucu gözlemden, âilevî hayatın hiçbir düzene tâbi olmadığı²³ sonucu çıkarılmamalıdır. Âilevî hayatta hukukun yokluğunda da âilevî ilişkiler belirli kurallarla düzenlenmekte, ama bu kurallar hukukî nitelik taşımamaktadırlar. Örneğin, 'dar anlamda örf ve âdet', 'hayat tarzı kuralları', 'nezaket kuralları', 'görgü kuralları', 'ahlâk ve terbiye kuralları' bu tür kurallardandır²⁴. Bu kurallar, bazen bir ülke halkının tamamı, bazen bir ülkenin belli bir bölgesinde yaşayanlar, bazen bir şehir veya bir şehir semtinin sâkinleri, bazen bir köyde yaşam sürenler ve hattâ bir âilenin bireyleri tarafından oluşturulmakta, benimsenmekte ve uygulanmaktadırlar²⁵. Ayrıca, her bir âilenin kendi kendine günlük olarak ürettiği kurallar da bulunmaktadır²⁶. Bu kuralları, her bir âile gereksinimleri doğrultusu ve ölçüsünde, hemen hemen bilinçsiz²⁷ bir şekilde oluşturmaktadır. Bu âilevî kurallar, hukuk kurallarının sahip olmaları gereken niteliklerden biri olan genellik niteliğine sahip olmasalar²⁸ da, zorlayıcı ve yaptırıma bağlanmış²⁹ bulunmaktadır. Bu görünümleri ile söz konusu kurallar âileyi fiilen düzenlemektedirler ve bu kuralların bütünü de - bir anlamda olsun - âilenin kendi yasa sını meydana getirmektedir.

2. Hukukî Kavramlar ve Kuralların Alışlagelmiş Özelliklerini Kaybetmeleri

Böylece, âile hayatında hukukun yokluğunun kural, varlığının ise istisnâ olduğunu anlamış bulunuyoruz.. Acaba, âile hayatında hukukun mevcut olduğu durumlarda, hukukî kavramlar ve hukukî kurallar

Ch. (K), La famille, La vie juridique des peuples, Suisse, Paris, 1935, sh. 237; - Carbonnier J., age., sh. 165; du Pontavice E., age., örn. sh. 680-681.

²¹ Bkz. Carbonnier J., age., örn. sh. 28.

²² Bkz. du Pontavice E., age., sh. 681.

²³ du Pontavice E., age., örn. sh. 681.

²⁴ Bkz. ve kşz. Carbonnier J., age., sh. 22 ve sh. 34.

²⁵ Kşz. du Pontavice E., age., sh. 681.

²⁶ Bu yönde: Carbonnier J., age., örn. sh. 165; du Pontavice E., age., sh. 681.

²⁷ Bkz. du Pontavice E., age., sh. 681.

²⁸ Böyle, David R., age., Préface, sh. III.

²⁹ Bu yönde, du Pontavice E., age., sh. 681.

alışıl gelmiş özelliklerini muhafaza etmekte midirler? Yoksa bu özelliklerini kaybetmekte midirler? Bu sorunun sorulması gerekir ve sorunun cevabı önemli dir ..

Âile hayatında hukukun varlığının söz konusu olduğu, kendisini hissettirdiği, etkili olduğu vakit de, hukukî kavramlar ve hukukî kuralların alışıl gelmiş özelliklerini kaybettikleri³⁰ söylenebilir.. Medenî hukuk ve borçlar hukukunun bilinen kavramları ve kuralları âile ve âile hukuku alanında b o z u l m a k s ı z ı n veya ö z ü d e ğ i ş m e k s i z i n uygulanamamaktadırlar. Çünkü, bu kavramlar ve bu kuralların oldukları gibi uygulanmaları hâlinde, âilevî ilişkilerin mahiyetini ister istemez *değiştirme* zorunluluğu baş göstermektedir.

Bunun nedeni, anılan kavramlar ve kuralların âilevî ilişkilere u y g u n düşmemeleridir. Medenî hukuk ile borçlar hukukunda b i r e y c i bir görüş açısından yola çıkılmakta ve sorunlar bu şekilde çözüme kavuşturulmaktadır.. Bu hukuk dalları, birbirlerine y a b a n c ı olan insanların ilişkilerini düzenlemek üzere düşünülmüştür. Oysa âile t o p l u l u k ç u ³¹ bir özelliğe sahip bulunmakta, birbirlerine yabancı olmayan, birlikte yaşamayı amaçlayan kişileri bir araya getirmekte, bir anlamda birleştirmektedir. - Bundan ötürü değil midir ki, bazı yazarlar³², eşlerin *eşitliği* ilkesinin âilenin toplulukçu karakteri ile pek bağdaşmayan bireyci bir yönünün de bulunmasından kaygılanmış ve bu ilkenin olduğu gibi kabulünü k a y g ı l a n d ı r ı c ı bir 'yenilik' olarak görmüşlerdir..

Hukukî kavram ve ilkelerden, örneğin temelde bir borçlar hukuku kavram ve ilkesi olan t e m s i l kavram ve ilkesi böyledir³³. Temsilin, eşler arası ilişkilere uyarlanması oldukça zor görünmektedir. Bir yazar³⁴ 'evlilik birliğinin temsili' bağlamında, buradaki temsilin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 32 vd. maddelerinde yer alan temsilden - ki Türk Borçlar Kanunu'nun 32 vd. maddelerindeki temsil söz konusudur - b a ş k a bir şey olduğunu yazmakta ve buradaki temsilin ne gibi bir anlama gelebileceğini araştırmaktadır.. Anılan bağlamda, olsa olsa temsil d ü ş ü n c e s i n d e n yola çıkılarak çözümler üretilebilir ve sunulabilir; yoksa, temsil kavram ve ilkesinin oldukları gibi kullanılmaları ve uygulanmaları tasarlanamaz.. Ve, temsil düşüncesinden yola çıkılarak iş görüldüğünde dahi, *bazı* durumları açıklayabilmek oldukça güçtür. Gerçekten, eşlerden birinin işlem yaptığı ve

³⁰ Aynı yönde, kşz.: *Riou (Labrusse) C.*, age., örn. n° 237, sh. 244; *du Pontavice E.*, age. sh. 680.

³¹ Kşz. örn.: *Grossen J.-M.*, *L'égalité du mari et de la femme au regard du droit de la famille*, Neuchâtel, 1957, sh. 20; *Riou (Labrusse) C.*, age., n° 237, sh. 244.

³² Örneğin *Grossen J.-M.*, *L'égalité*, sh. 20.

³³ Kşz. *Riou (Labrusse) C.*, age. n° 237, sh. 244-245; *Grossen J.-M.*, *Patarin J./Zajtay I.*, *Le régime matrimonial légal dans les législations contemporaines*, 2^e éd. entièrement renouvelée et dirigée, Paris, 1974, Suisse, sh. 661 vd. (sh. 670).

³⁴ Bkz. *Grossen J.-M.*, *Le regime*, sh. 670.

diğerinin çıkarına davrandığı veya diğerini borçlu kıldığı ihtimâllerde, ortaya çıkan hukukî sonuçların temsil fikriyle açıklanabilmesi belirli ölçüde mümkün gözükmektedir. Fakat, eşlerin her ikisinin birden işlem yaptıkları ve ortak çıkar veya âile çıkarı için davrandıkları ihtimâllerde, ortaya çıkan sonuçların aynı temsil fikriyle açıklanmasının yetersiz kaldığı³⁵ görülmektedir.. Şöyle ki, bu gibi hâllerde, temsil edilmekte olan bir kişiden kolay kolay söz edilemez³⁶. Çünkü, eşlerden birinin diğerini temsilen hareket ettiği söylenemeyeceği gibi, eşlerin her ikisinin tüzel kişiliğe sahip olmadığı genelde³⁷ kabul edilen evlilik birliğini/âileyi temsilen hareket ettikleri de söylenemez.. Bu böyle olunca da, eşlerden birinin diğeri ya da evlilik birliğinin/âilenin her iki eş tarafından temsil edilerek hukukî işlemler yapılması pek anlamlı bir amaçta değildir.. Açık ki, ancak kişi temsil edilebilir (temsil edilen kişi olması zorunluğu) ve yine ancak bir başka kişiye temsil edilebilir (müessilin temsil edilenden farklı olması zorunluğu). O hâlde, belirttiğimiz hâllerde teknik anlamda temsilin varlığını iddia edebilmek sorunsal görünmektedir. Eşler kendilerinin ortak çıkarları için işlem yapmışlarsa kimin kim aracılığıyla haklar ve borçlar edindiğini söyleyebilmek pek mümkün değildir; yine, aynı şekilde, eşler evlilik birliği/âile için işlem yapmışlarsa tüzel kişiliği bulunmadığı genelde düşünülen evlilik birliği/âilenin bu suretle haklar ve borçlar edindiğini söyleyebilmek de mümkün değildir! Üyelerinin uzuvlarını (organlarını) oluşturduğu bir tüzel kişilik olarak ortaya çıkmayan evlilik birliği/âilenin kendisine ait haklar ile borçlardan söz edilmesi bir çelişki değil de nedir?

Bu tek bir örnekten de kolayca anlaşılabilceği üzere, medenî hukuk ve borçlar hukukunun bilinen, alışlagelmiş kavramları ile iş görmek, âile ilişkilerine uygun düşmeyen kavramlar ile iş görmek anlamına gelmektedir, ki mümkün değildir.. O nedenle, mutlaka ve mutlaka âile hukukuna özgül kavramlar oluşturulmalıdır diyoruz. Andığımız hukuk dallarının bilinen, alışlagelmiş kavramlarının âilevî ilişkilerdeki yetersizlikleri, doğrudan doğruya uygulanma yeteneğinden yoksunluklarını temsil kavramı dışında diğer kavramlarda da rahatlıkla görebilme imkânı mevcuttur.

Örneğin, s ub j e k t i f h a k l a r (mülkiyet hakkı, kişilik hakları gibi) söz konusu olduğunda da hâl böyledir³⁸. Bu kavramın da, âile ilişkilerinde olduğu gibi, aynen, bozulmaksızın, özünde değişikliğe uğramaksızın kullanılabilmesi düşünülemez. Belirttiğimiz kavramın s i n i r l a n m a k s ı z ı n kabulü, evlilik ve âile olguları ile bağdaşmaz

³⁵ Kşz. yuk.dipn. 33'te anılan yazarlar.

³⁶ Kşz. *Grossen J.-M.*, *Le régime*, sh. 670.

³⁷ Bkz. örn.: *Schwarz A. B.*, *Âile Hukuku*, 2. bast. İstanbul, 1946, sh. 180; - *Weill A.*, *Droit civil*, t.I, Paris, 1968, n° 603, sh. 427; *Théry R.*, *Trois conceptions de la famille dans notre droit*, D. 1953, chr. 47.

³⁸ Bu düşüncede, bkz. *Riou (Labrusse) C.*, age., örn. n° 136, sh. 158.

görülmektedir. Bu olağan karşılanmalıdır, zirâ sübjektif hak bireyci bir bakış açısı, evlilik birliği ve âile ise toplulukçu bir bakış açısını yansıtır. Bu bağlamda, eşler ile diğer âile üyelerinden her birinin çıkarları ve dolayısıyla sübjektif hakları diğerlerinininkiler ile ister istemez çatışır, yarışır. Ayrıca, evlilik birliğinin/âilenin üstün 'çıkartlarının' da hesaba katılması gerekir. Bu bakımdan, her kişinin salt bağımsız birey olarak sahip olduğu çıkarlar ve sübjektif hakları ile bir âile üyesi olarak sahip olabileceği çıkarlar ve sübjektif hakları tabii ki aynı olamazlar! Nasıl ki, kişi bir âile üyesi olarak değil de yalnız başına yaşarken yapabileceklerini, bir âile üyesi olarak yaşarken yapamazsa, bağımsız bir birey olarak üzerlerinde tasarruf ettiği çıkarlar ve sübjektif hakları üzerinde bir âile üyesi olarak tasarruf edemez. Böylece, üçüncü kişilere karşı mutlak bir mahiyet taşıyan bu çıkarlar ve haklar, diğer eş ile evlilik birliği/âile ve âilenin başka üyelerine karşı görelî (nisbî) mahiyette tasarlanmalıdır. İsviçre Medenî Kanunu ile Türk Medenî Kanunu'nun yeni metinlerinde yer alan, *âile konutu* ve *edinilmiş mallara katılm* rejimine ilişkin yeni düzenlemeler (İMK 169 ve 196 vd.; TMK 194 ve 218 vd.) bu düşüncelerin aslında gizli tezâhürleri olarak da algılanabilirler görüşünderiz. Eşlerin anılan bağlamlardaki sübjektif hakları mahiyet değiştirmiş görünmekte, alışlagelmiş bazı özelliklerini yitirmiş bulunmaktadırlar. Başka türlü, bir eşin, örneğin, mülkiyet hakkı kendisine ait olan bir taşınmaz üzerinde diğerinin rızası olmaksızın tasarruf edememesini (İMK 169, TMK 194) açıklayabilmek zordur; söz konusu taşınmazın 'âile konutu' olarak kabulü durumu değiştiremez, zirâ o vakit de âile konutu üzerindeki mülkiyet hakkının niçin böyle bir mahiyete büründürüldüğünün açıklanması gerekir ki, bu sorunun cevabı da bellidir: Çünkü evlilik, eşler, âileye ilişkin yasal düzenlemeler tasarlanmıştır. Yine, edinilmiş mallara katılm rejiminde³⁹, mal rejiminin sona ermesi ve tasfiye aşamasında, her bir eş veya onun mirasçılarının, diğerine ait edinilmiş mallara ilişkin artık değer - yasal orana göre - yarısı üzerinde hak sahibi olabilmesi (İMK 215/I ve TMK 236/I) açıklanması zor bir durumdur. Yine, *değişik* mal rejimlerinde (edinilmiş mallara katılm, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı, İMK 219 ve 244, TMK 240, 254 ve 279)⁴⁰, eşlerden birinin ölümü hâlinde, diğerinin, kendi payına mahsuben de olsa, bazı malvarlığı değerleri üzerinde bazı aynı haklar talep edebilmesini anlayabilmek de mümkün değildir. Tüm bu düzenlemelerin nedeni, pek tâbîdir ki, olsa olsa, ortada bir evlilik, bir âilenin bulunmasıdır. Bunun içindir ki, yasakoyucu, klasik sübjektif haklar ve diğer hakları farklı biçimde tasarlayabilme yetkisini kendinde görmüş olmalıdır. Anlaşılacağı üzere, belirtilen

³⁹ Türk Medenî Kanunu'nda kullanılan terim edinilmiş mallara katılm olmakla birlikte, edinilmiş mallara katılm terimini daha doğru bulmaktayız.

⁴⁰ Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi türk hukukuna özgüdür, İsviçre Medenî Kanunu'nda karşılığı bulunmamaktadır. Bunun içindir ki, İMK'nda, bu rejime ilişkin madde belirlemedik.

ihtimâllerde, yasakoyucu, â ile konutu ve eşyası söz konusu olduğunda, bilinen kavramları bir yana i te bil mi ş tir .

Ayrıca, eşlerin sübjektif hakları, üçüncü kişiler veya âile bireylerince ihlâl edildiklerinde mutlak/sınırsız tarzda korunmakta iken, aynı haklar eşler tarafından kullanıldıklarında görelî tarzda korunmaktadır. Zirâ, eşlerden birinin bu tür haklarının ihlâlî hâlinde, diğerinin bu tür hakları ile tüm âilenin üstün çıkarlarının da hesaba katılması ve bu suretle görelî/sınırlı bir koruma tasarlanamamalıdır.. Fakat, eşlerden birinin bu tür haklarını kullanması hâlinde, farklı düşünölmeli ve korumanın görelî/sınırlı olması kabul edilebilmelidir..

Tek başlarına ve tamamen bağımsız olan bireyler değil de âile bireyleri söz konusu olduğunda, bunlar yalnız yaşayan kişiler olmayıp âile üyeleri olduklarından, gerek hakları, gerek özgürlüklerinin aynen, hiçbir sınırlamaya tâbi tutulmaksızın kullanılabilen haklar ve özgürlükler şeklinde tasarlanmaları uygun düşmez. Açıktır ki, âile üyesi sıfatı, tek başına ve tamamen bağımsız yaşamaya engeldir.. Âilede, âile üyeleri olan bireyler değil de, âile topluluğu söz konusu olduğunda ise âile bireylerinin hakları ve özgürlüklerinin varlığının dahi tasarlanabilmesi mümkün gözükmemektedir. Ortadadır ki, bireysel haklar ve özgürlükler, topluluk fikriyle mutlak bağdaşmazlık, mutlak çatışma hâlinindedirler. Bireysel haklar ve özgürlükler bireysel bakış açısından anlam taşıyabilirler, toplulukçu bakış açısından anlam taşıyamazlar.. Âile de, hâliyle toplulukçudur⁴¹.

Bu bakımdan, sorun sadece bireyler ve onların çıkarları sorunu ise bireysel mahiyetteki haklar ve özgürlüklerin sınırsız şekilde korunması gerekir. Yok sorun bu çıkarların yanı sıra, âilenin diğer üyeleri ile âile topluluğu ve bunların çıkarları ise bireysel haklar ve özgürlükler sınırlı olarak korunmalıdır.. Ve, nihayet, sorun, sadece âile topluluğu ve bu topluluğun çıkarları ise bireysel haklar ve özgürlüklerin varlığı dahi kabul edilmemelidir.. Böylece, âilede bağımsız bireyler bakımından haklar ve özgürlükler mutlak, âilede âile üyesi bireyler bakımından haklar ve özgürlükler görelî tasarlanmalıdır. Âile topluluğu bakımından ise âile bireyleri ya da âile üyesi bireylerin hakları ve özgürlükleri hiç mi hiç mevcut olmamalıdır.

Bütün bunlardan anlaşılmalıdır ki, hukukun alışıl gelmiş olağan kavramları, bilinen kılıfları ve kalıpları âilevî sorunlar bağlamı, bu suretle de âile hukukunda kendilerinden beklenen işlevleri kolay kolay yerine getiremezler⁴².. Medenî hukuk ve borçlar hukukunun bilinen kavramları,

⁴¹ Bu hususta, bir çok yazar yerine, kşz. örn. *Riou (Labrusse) C.*, age., özel. n° 237; - bu konularda, genel olarak, bkz. ve kşz. agy., age., özel. n°s 237 vd.

⁴² Kşz.: *Riou (Labrusse) C.*, age., çok çeşitli yerler, örn. n° 237; *Grossen J.-M.*, Le régime, sh. 670.

kılıfları ve kalıpları, âile hukuku sorunları için elverişsiz, yetersiz, uygunsuz, vb. kalmaktadırlar. Bunun böyle olduğunu göstermek üzere örnek kabilinden, ama altını çizerek, andığımız kavramlar, kılıflar ve kalıplara kolaylıkla diğerleri de eklenebilir. Bu çerçevede, sözünü ettiğimiz *temsil* ile *sübjektif hakların* yanı sıra, genel olarak haklar ve özgürlükler, hak, borç, yüküm, ödev, çıkar, yarar, sorumluluk, vekâletsiz iş görme, hizmet (iş) sözleşmesi, ücret, adî ortaklık (şirket), aynî hak, mülkiyet, elbirliğiyle mülkiyet, paylı mülkiyet, elbirliğiyle hak sahipliği, mutlak butlan (kesin geçersizlik), hak kazanımı, sözleşme, nisbî hak, fiil ehliyeti, kişilik hakları, vb. de anılabilir.. Bunlar ve benzerleri âile hukukunda ya hiç kullanılamazlar, ya aynen (oldukları gibi) -bozulmaksızın, değiştirilmeksizin- kullanılamazlar⁴³.

Âile hukukunun kendisine ait yere sahip olabilmesi imkânı yaratılmak isteniyorsa özel hukukun alışlagelmiş kavramları, kılıfları ve kalıplarının yerlerine yenileri, âile hukukuna özgü olanları keşfedilmeli, oluşturulmalı ve konmalıdır. Aksi takdirde, bu hukuk dalı hâlâ - bir anlamda - yerinde saymaya devam edecek ve kendine özgü özgün kimliğine kavuşamayacaktır diye düşünürüz.

⁴³ Yukarıda belirttiğimiz kavramlardan, vb. bir kısmı bakımından, bkz. özel. *Riou (Labrusse) C.*, age., çeşitli yerler, örn. n° 43, sh. 63 ve n° 237, sh. 244; - temsil kavramı, vb. bakımından, kşz. ayrıca *Grossen J.-M.*, Le régime, sh. 670.

KISALTMALAR CETVELİ

age.	adı geçen eser
agy.	adı geçen yazar
Aufl.	Auflage
bkz.	bakınız
chr.	chronique
D.	Dalloz (Recueil Dalloz Sirey)
dpn.	dipnot(u, lar, ları)
éd.	édition
hk.	hakkında(ki, kiler)
İMK	İsviçre Medenî Kanunu
N	Nummer; Note; Kommentar'larda (Rand-) Note
n°, n ^{os}	numéro(s)
örn.	örneğin
özel.	özellikle
sh.	sahife(ler)
t.	tome(s)
TMK	Türk Medenî Kanunu
vd.	ve devamı(nda, ndaki, ndakiler)
yuk.	Yukarı(da, daki, dakiler)