

AİLE HUKUKU'NDA EŞLERİN EŞİTLİĞİ

Yrd.Doç.Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu

I. EVRENSEL EĞİLİM

Tüm dünyada, eşlerin mutlak eşitlik'i doğrultusunda bir akım gözlemlenmektedir. Bu akıma uygun olarak, çeşitli ülkelerin Aile Hukuku düzenlemeleri eşlerin eşitliği ilkesini benimsemiş bulunmaktadır. Örneğin şu Ülke Hukukları bu ilkeyi yasal olarak kabul etmişlerdir: Federal Almanya (1), Fransa (2), Belçika (3), İsviçre (4), Yugoslavya (5), Demokratik Almanya (6), Danimarka (7), Norveç (8), Hollanda (9), İsveç (10), İzlanda (11), Finlandiya (12), vd.

1. *Türkiye* de bu akıma yabancı kalamamış (13) ve hazırlanan yeni Türk Medeni Kanunu Öntasarısı (14) da evlilik ve aile birliğinde eşlerin mutlak eşitliği kuralını benimsemiştir. Öntasarı'da, söz konusu kurala uygun düşen yeni düzenlemeler (15) yer almaktadır. Özellikle, kocanın evlilik birliğinin başkanı olduğuna dair ünlü TMK

(1) Bkz. 18.6.1957, 14.6.1976 ve 27.3.1979 tarihli Yasalar.

(2) Bkz. 13.7.1965 ve 4.6.1970 tarihli Yasalar.

(3) Bkz. 30.4.1958 tarihli Yasa.

(4) Bkz. 25.6.1976 ve 5.1.1984 tarihli Yasalar.

(5) Bkz. Evlilik Temel Yasası.

(6) Bkz. 20.12.1965 tarihli Aile Yasası.

(7) Bkz. 18.3.1925/7.5.1937 tarihli Evlenmenin Hükümleri'ne Dair Yasa.

(8) Bkz. 21.12.1956 tarihli Yasa.

(9) Bkz. 1958/1968 tarihli (yeni) Hollanda Medeni Kanunu.

(10) Bkz. İsveç Medeni Kanunu ve 10.6.1949 tarihli Yasa.

(11) Bkz. 20.6.1923 ve 27.6.1921 tarihli Yasalar.

(12) Bkz. 13.6.1929 tarihli Evlilik Yasası.

(13) Bu konuda, bkz.: **Cansel E.**, Medeni Kanun'da Kadın-Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli Hukuk), Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara, 1977, sh. 23 vd.; **Akyol Ş.**, İsviçre Medeni Kanunu'nun Evlenmenin Genel Hükümleri'ne Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu, Öntasarısı İle Karşılaştırılması, Medeni Kanun, 50. Yıl Sempozyumu, I. Tebliğler, İstanbul, 1978, sh. 373 vd.

(14) Bkz. Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara, 1984.

(15) Bkz. özellikle: TMKÖT 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 160, 162, 181, 204, 208, 210, 253 ve 259 maddeleri.

152/I (İMK eski 160/I) ve velâyet hakkının kullanılmasında ana ve babanın anlaşamamaları durumunda babanın oyunun üstün tutulacağını öngören TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükümleri kaldırılmaktadır.

2. Bu gelişmelere uygun olarak, *Avrupa Konseyi*'nin Bakanlar Komitesi, 5 Şubat 1985 tarihinde 'Cinsiyete Dayalı Ayrımcılığa Karşı Hukuksal Korunma' konulu bir *Tavsiye Kararı* (16) almıştır. Anılan Komite, bu kararıyla kadın ve erkeği *Medeni Hukuk* alanında da eşit hak ve ödevlere sahip kılmayı amaçlamaktadır.

3. Uluslararası alanda bir diğer gelişme de, 'Kadınlara Karşı Her Tür Ayrımcılığın Önlenmesi'ne ilişkin uluslararası bir *Sözleşme*'nin yapılmış olmasıdır. Anılan Sözleşme, 1 Mart 1980 tarihinde imzaya açılmış ve 3 Eylül 1981 tarihinde de yürürlüğe girmiş bulunmaktadır (17). *Türkiye* (18) de bu Sözleşme'yi kabul etmiştir. Sözleşme kadın-erkek ayrımı'na karşı önlemler alınmasına ilişkin bir dizi hüküm içermektedir.

4. Ayrıca, gerek *İnsan Hakları Evrensel Bildirisi* (19) ve gerekse *Birleşmiş Milletler Yasası* (20), kadınlarla erkeklerin eşit muamele görmeleri zorunluğunu dile getirmektedirler.

II. TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN KONUMU

Türk Medenî Kanunu karı ile kocanın göreceli eşitliğini kabul etmekte ve buna uygun düzenlemeler içermektedir. Eşlerin mutlak eşitliği ilkesini benimsemeyen Kanun, karı karşısında koca'ya belirli bir 'üstünlük' tanımaktadır. Dolayısıyla, eşlerin eşitsizlik'i Türk Medenî Kanunu'nun genel çizgisini oluşturmaktadır. TMK 152/I, 152/II 155, 158, 159, 160/2, 192/3, 196/I, 197/I, 200/I ve 263/2 hükümleri bu yönde hükümler olup, kocanın karı karşısındaki 'üstün' konumunu açıkça belirtmektedirler. Kadın-erkek eşit-

(16) Bkz. Recommendation No. R (85)2, Strasbourg, 1985.

(17) Bkz. 14.10.1985 t. ve 18898 s. RG.

(18) Bkz. Bakanlar Kurulu'nun 24.7.1985 t. ve 85/9722 s. Kararı, RG, 14.10.1985 t., 18898 s.

(19) Bkz. 'Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi'ne İlişkin Uluslararası Sözleşme, Md. 1 öncesi.

(20) Bkz. aynı Sözleşme. Md. 1 öncesi.

sizliğine dayalı bu hükümlerin bir kısmı eşlerin *kişisel*, bir kısmı *mali* ve diğer bir kısmı da *çocukları*'yla ilişkilerini düzenlemektedir.

5. Oysa, yukarıda da gördüğümüz üzere, toplumsal ve hukuksal evrim cinsler arası eşitsizliklerin kaldırılma'sı yönündedir. Dolayısıyla, eşlerin eşitliği ilkesinin kabulüyle kadına evlilik ve ailede daha önemli bir yer vermenin zamanı'nın gelip gelmediğinin Türk Aile Hukuku açısından da araştırılması gerekmektedir.

III. TMK 152/I HÜKMÜ VE EVLİLİK BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI

Türk Medeni Kanunu'nda kadın-erkek eşitsizliğini vurgulayarak belirten hükümlerden birisi de TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmüdür.

6. Evlilik birliği ve ailede kadın-erkek eşitsizliğini dile getiren hükümlerden belki de en önemli'si bu hükümdür. Aynı eşitsizliği öngören diğer bir önemli hüküm TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükmüdür. Bu iki hüküm Medeni Kanun'da kadın ile erkek arasında kabul edilen eşitsizliklerin *temel*'ini oluşturmaktadırlar.

TMK 152/I'e göre, evlilik birliğinin başkanı kocadır. TMK 263/2'ye göre ise, velâyet hakkının kullanımında ana ve baba anlaşamazlarsa babanın oyu üstün tutulur. Görüldüğü gibi, gerek TMK 152/I, gerek TMK 263/2 ailede koca ve babanın karı ve ana karşısında üstün bir konuma sahip olduğunu kabul etmektedirler. Her ne kadar bu iki hüküm birbirinden bağımsız görünmekteyseler de, aslında aralarında sıkı bir *bağlantı* bulunmaktadır. TMK 263/2 düzenlemesi, TMK 152/I düzenlemesinin bir tür uzantı'sı mahiyetinde olup onu tamamlamaktadır. Bu düzenlemelerden ikincisi asıl, birincisi ise ikinci derecede düzenleme niteliğini taşıdıklarından; biz burada ikincisinin Evlilik Hukuku, özellikle evlilik birliği başkanlığı yönünden önemi üzerinde durmak istiyoruz.

Erkeğin evlilik ve aile birliğindeki öncelikli konumunu öngören temel nitelikli hüküm TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmü olduğundan, bu hükmün ne gibi bir *içerik*'e sahip olduğunu araştıracağız. Bunu yaparken, TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükmünün önem ve kapsamını da inceleyeceğiz. Zira TMK 263/2 düzenlemesi TMK 152/I düzenlemesiyle doğrudan doğruya bağlantılıdır.

7. Genel kanı (21)'ya göre, TMK 152/I (İMK eski 160/I) düzenlemesi, koca ve babanın evlilik ve aile birliği başkanlığı' nı kesin olarak öngören bir içerik'e sahip bulunmaktadır. Bazı (22) yazarlarla birlikte, biz bunun böyle olmadığını düşünmekteyiz. Anılan hüküm, kesinlikle belirtilen yönde bir anlam ve kapsam taşımamaktadır kanısındayız.

TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmünün, söz (lafız, söylem)' üne uygun bir anlam taşıyıp taşımadığı tartışılabilir (23) sanıyoruz.

8. Bazı yazarlar (24). açıkça TMK 152/I (İMK eski 160/I) düzenlemesinin koca ve babaya ailenin genel yönetimi ve tüm aile işlerinde son sözü söyleme hakkını verdiği görüşündedirler. Bunlardan *Rossel* ve *Mentha* (25) Medenî Kanun'un bu konudaki

- (21) Bkz. örn.: **Lemp P.**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Familienrecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, 3. Aufl., Bern, 1968, Art. 160, N 1 vd.; **Oftinger K.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Bd. II (II/1, II/2), 2. Aufl., Zürich, 1958-1962, II/1, sh. 253; **Köprülü B./Kaneti S.**, Aile Hukuku, İstanbul, 1985-1986, sh. 118; **Feyzioğlu F.N./Özakman H.C./Sarıal M.E.**, Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul, 1986, sh. 176 vd.; **Öztañ B.**, Aile Hukuku, 2. Bası, Ankara, 1983, sh. 108; **Tekinay S.S.**, Türk Aile Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1984, sh. 620; **Gök-türk H.A.**, Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, 3. Bası, Ankara, 1954, sh. 468; **Cansel**, agç., sh. 38 vd.
- (22) Bu yönde, bkz.: **Signer P.**, Die ehemaennliche Autoritaet im heutigen Eherecht, in rechtsvergleichender Darstellung, Diss. Zürich, 1938, sh. 106 vd.; **Meyer H.H.**, Das Eherecht unter dem Gesichtspunkt der Gleichberechtigung von Mann und Frau, Diss. Zürich, 1937, sh. 83 vd.; **Türkmen S.**, Les restrictions apportées au principe de l'égalité des époux par les dispositions du CCS sur: "Les effets généraux du mariage", Thèse Genève, 1942, sh. 76 vd., sh. 78 vd.
- (23) Bu konudaki açıklama ve tartışmalar için bkz.: **Signer**, agç., sh. 146 vd.; **Meyer**, agç., sh. 90 vd.; **Türkmen**, agç., sh. 76 vd.; **Frischkopf E.**, Die gemeinsame Ausübung der elterlichen Gewalt durch Vater und Mutter nach schweizerischem Recht, Diss. Freiburg, 1970, sh. 17 vd.; **Egger A.**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Aufl., Art. 160, N 1 vd.; ayn. yaz., agç., 2. Aufl., Art. 160, N 2; **Lemp**, agç., Art. 160, N 1 vd.; **Rossel V./Mentha F.-H.**, Manuel du droit civil suisse, 2e éd., Lausanne/Genève, 1922, t. I, no 411, sh. 281 ve no 412, sh. 283; **Gmür M.**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, 2. Aufl., Bern, 1923, Art. 160, N 5-7; **Oftinger**, agç., II/1, sh. 244 ve sh. 253; Bericht der Studienkommission für die Teilrevision des Familienrechts, erstattet dem Eid. Justiz- und Polizeidepartement am 28. Juli 1965, sh. 23; **Feyzioğlu/Özakman/Sarıal**, agç., sh. 176 vd.; **Köprülü/Kaneti**, agç., sh. 118; **Cansel**, agç., sh. 38 vd.; **Öztañ**, agç., sh. 108-109.
- (24) Bkz. örn.: **Rossel/Mentha**, agç., t. I, nos 411 vd., sh. 281 vd.; **Egger**, Kommentar, 1. Aufl., Art. 160, N 1 vd.; **Lemp**, Kommentar, Art. 160, N 1.
- (25) Bkz. agç., t. I, nos 411 vd., sh. 281 vd.

çözümünü beğenmektedirler. Onlara göre, kocanın evlilik birliğinin başkanı olması ve başkan sıfatıyla evlilik işlerinde son kararı vermesi doğru ve yerinde bir çözümdür.

Lemp (26), İMK eski 160/I (TMK 152/I) hükmünün gerçekleri yansıttığını belirtmekte ve şöyle söylemektedir: halka' özgü duygular, erkek'in irade ve sözünün ailenin iç işlerinde olduğu kadar dış işlerinde de üstün tutulmasını ister..

9. Diğer bazı yazarlar (27) ise, bu konuda çok kesin bir tutum benimsemeksizin TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmünün kocaya aile işlerinde son sözü söyleme hakkını verdiğini kabul etmektedirler. *Frischkopf* bu görüşü benimsemekle birlikte, TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmünün eş-benzer'i niteliğindeki TMK 263/2 hükmünün İMK'ndaki karşıtı eski 274/II hükmünün kaldırılması'nı (28) uygun görmektedir. Yazar bu gerçekleştiği takdirde, bunun İMK eski 160/I (TMK 152/I) hükmünü ne derece etkilemesi gerektiği (29) sorusunu da ortaya atmaktadır.

Ne kadar ilginçtir ki, bugün bu hükümler artık (30) İsviçre Medeni Kanunu'nda yer almamaktadırlar. Bunlardan 160/I düzenlemesi, 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 5 Ocak 1984 tarihli Federal Yasa, 274/II düzenlemesi ise, 1 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 25 Haziran 1976 tarihli Federal Yasa ile kaldırılmıştır.

10. İsviçre örneği de göstermektedir ki, TMK 152/I ve 263/2 hükümlerinin günümüzün toplumsal ve hukuksal gerçekleri göz önünde tutularak yorumlanması daha gerçekçi ve dolayısıyla da daha doğru olacaktır kanısındayız. Bu açıdan, biraz sonra inceleyeceğimiz yoruma üstünlük tanınmasından yana'yız.

Kendileriyle aynı doğrultuda düşündüğümüz bir kısım yazarlar (31), TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmünün gerçek bir içerik'ten yoksun olduğu görüşündedirler. Bu hüküm ancak kocanın aile işlerinde en son kararı verme hak ve yetkisini düzenlemekteyse, kocanın evlilik birliği başkanlık'ı yönünden önem taşıyabilir. Aksi

(26) Bkz. ag. Kommentar, Art. 160, N 1.

(27) Bkz. *Frischkopf*, agç., sh. 17 vd.

(28) Bkz. ayn. yaz., agç., sh. 155 vd.

(29) Bkz. ayn. yaz., agç., sh. 17 vd.

(30) Bkz. İMK, yeni 159 vd. ve yeni 296 vd.

(31) Bkz.: *Gmür*, ag. Kommentar, 2. Aufl., Art. 160, N 5 vd.; *Signer*, agç., örn. sh. 150 ve sh. 151; *Meyer*, agç., örn. sh. 91; *Türkmen*, örn. sh. 89.

takdirde, bu hüküm tamamen iç er ik 'siz, bir anlamda 'içi boş' bir hüküm olmaktan öteye gidemez. Aynı şey, TMK 263/2 (İMK eski 274/II) bakımından söylenebilir sanı y o r 'uz. Gerçekten de, bu hükme göre eğer baba ailede fiilen e n s o n kararı verme hak ve yetkisini elinde bulundurmaktaysa, ancak o zaman hükmün aile birliği *başkanlık*'ı yönünden önemi olabilir. Yoksa, bu hüküm de yalnız bazı aile sorunlarının çözümünde yol gösterici, son derece d a r kapsamlı bir hüküm niteliğinde olmaktan öteye gidemez.

11. Oysa, gerek TMK 152/I (İMK eski 160/I), gerekse TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükümlerinin sağlıklı yorumu bizi a k s i sonuca götürmektedir. Bu hükümler ne koca ne de babanın aile işle- rinde e n s o n sözü söyleme hakkını düzenlememekte, ona bu konu- da g e n e l bir hak tanımamaktadırlar. Bu yönde *Gmür* (32) şun- ları yazmaktadır. Evli kadının eylem yeteneği ve ilke olarak erkekle aynı haklara sahip bulunduğu göz önünde tutulursa, İMK eski 160/I (TMK 152/I) hükmünden evlilik birliğine ilişkin tüm görüş ayrılık- larında kocanın g e n e l nitelikli bir karar verme ve son sözü söyle- me hakkını elinde bulundurduğu sonucu çıkarılamaz (33). Daha çok, ancak *Medeni Kanun* ve *Yaygın Teamül*'ün kocaya karı karşısında özel ve a r t ı r ı l m ı ş haklar tanınması durumunda kocanın bu tür hak- lara sahip olduğu (34) düşünülmelidir. Şu halde, yalnız İMK eski 160/I (TMK 152/I) hükmünden kocanın karı karşısında özel haklara sahip bulunduğu sonucunun çıkarılması olanaksızdır (35). *Diğer* normlardan s o y u t l a n ı l a r a k ele alındığında, TMK 152/I (İMK eski 160/I) normu pek anlam taşımamaktadır. Örneğin ve özellikle, "koca evlilik birliğinin başkanıdır" cümlesinin sözüne da- yanarak erkeğin karısının y a ş a m t a r z ı ve toplumsal ili ş k i- l e r i 'ni belirleme (36) ve denetleme hakkını elinde tuttuğu kabul edilemez.

12. *Egger*, Aile Hukuku Şerhi'nin *birinci* basısı (37)nda İMK eski 160/I (TMK 152/I) düzenlemesinin kocaya aile işlerinde son sözü söyleme hakkını verdiğini kabul etmişken, aynı Şerh'in *ikinci* basısı (38)nda kısmen görüş d e ğ i ş t i r m i ş 'tir. Gerçekten, yazar artık

(32) Bkz. Kommentar, Art. 160, N 5-7

(33) Bkz. *Gmür*, Kommentar, Art. 160, N 5.

(34) Bkz. *Gmür*, Kommentar, Art. 160, N 6.

(35) Bkz. ag. yaz., Kommentar, Art. 160, N 7.

(36) Bkz. ag. yaz., Kommentar, Art. 160, N 7.

(37) Bkz. Kommentar, 1. Aufl., Art. 160, N 1 vd.

(38) Bkz. Kommentar, 2. Aufl., Art. 160, N 1 vd.

kocanın anılan hükme dayalı genel nitelikli bir karar verme hakkının bulunduğunu kabul etmemektedir. Ona göre, o tarih (1930'lu yıllar) larda bile, gelenek-görenekler de bu yönde gelişme göstermekteydiler.

Öyleyse, bu yazarın görüşü açısından da TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmünün gerçek bir *içerik*'ten yoksun olduğu söylenebilir. Ama yazar bu hükmün başka (39) bir içeriğe daha sahip olabileceğini düşünmektedir. Ona göre, bu hüküm kocaya Medenî Kanun'un diğer hükümlerinin tanıdıkları hakların temel'ini oluşturabileceği gibi, ayrıca şöyle bir içeriğe daha sahip olabilir: koca hukuken (İMK eski 162, TMK 154) ve fiilen evlilik birliğini temsil etme hakkına sahiptir. Dolayısıyla, gerek Özel Hukuk, gerek Ceza, Maliye ve Zabıta Hukuku hükümleri bakımından aile başkanı'dır. Yazarın bu sonuncu görüşüne karşılıklı ileri sürülebilir: bu hukuksal düzenlemeler kocanın üstün konumunu kabul etmekteyseler, yazarın düşüncesi yerinde olabilir (40); ama etmemekteyseler, o zaman yalnız TMK 152/I (İMK eski 160/I) düzenlemesine dayanılarak kocanın üstün konumu kabul edilemez sanıyorduk.

13. Biz, TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmünün kendine özgü ve gerçek bir içerikten yoksun (41) olduğunu düşünmekteyiz.

Bu hüküm kocanın evlilik birliği işlerinde en son söz'ü söyleme hakkını içermemektedir.

Kaldı ki, bu tür bir hakkın varlığının TMK 263/2 (İMK eski 274/II) düzenlemesinden (42) yola çıkılarak kabul edilebilmesi de biz'e olanaklı görünmemektedir. Anılan düzenlemeden, koca ve babanın, evlilik ve aile birliğinde, genel nitelikli bir en son karar verme hakkına sahip bulunduğu sonucunu çıkarmak doğru değildir. Her şeyden önce, söz konusu düzenleme özel düzenleme mahiyetindedir; velâyet hakkının kullanımında ana ve babanın anlaşamamaları durumunda babanın oyunun üstün tutulacağı öngörülmektedir. Böyle bir düzenlemeden, tüm aile işleri ve sorunlarında koca ve babanın genel bir karar verme hakkıyla donatıldığı sonucunun çıkarılması yerinde olamaz. TMK 263/2 (İMK eski

(39) Bkz. Egger, Kommentar, Art. 160, N 3.

(40) Bu yönde, bkz. ve kısz. Signer, agç., sh. 152.

(41) Aynı yönde, bkz.: Meyer, özellikle sh. 89 vd.; Signer, agç., özellikle sh. 150 vd.

(42) Bu yönde, kısz. Signer, agç., sh. 151.

274/II) hükmü, velâyet hakkının kullanılmasında ana ve babanın anlaşamamaları olasılığına özgü olduğundan, tamamen özel bir kural niteliğini taşımaktadır. Böyle özel bir kuralın *genişletilerek* yorumlanma ve *genelleştirilerek* uygulanması yoluna gidilmesi, Hukuk'un genel ilkeleriyle de bağdaşmamaktadır. Ayrı k düzenlemelerin ne genişletilerek, ne de örnekseme (kıyas) yoluyla uygulanmamaları gereğini dile getiren (43) genel Hukuk ilkesi buna engeldir.

Zaten, babanın TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükmünden kaynaklanan hakkını kullanabilmesi de ancak ayrı k durumlarda olanaklı olabilecektir. Öğreti, bu hakkın kullanılmasını çok sıkı bağlam (kayıt) ve koşullara bağlı (44) kılmaktadır. Baba son karar verme hakkını, ancak anayla görüş birliğine varabilmek için *ciddi* çabalar göstermiş ve bu çabalara karşın aralarında görüş birliği sağlanamamışsa kullanabilecektir (45). Ayrıca, ana ile baba arasında görüş ayrılığı bulunan hususta bir karar verilmesinin kaçınılmaz duruma gelmiş olması (46) da gerekmektedir. Bundan başka, ana ile baba arasındaki görüş ayrılığına karşın babanın görüşü doğrultusunda karar verilebilmesi için, böyle bir kararın *çocuk*'un çıkarları açısından da sağlam gerekçelere dayandırılması (47) zorunludur. Ancak tüm bu bağlam ve koşullar gerçekleştiği zaman babanın görüşü ananın- kine üstün tutulabilecektir. Bunun ne denli zor olduğu ortadadır..

Sonuç olarak, TMK 263/2 (İMK eski 274/II) düzenlemesi koca ve babaya genel nitelikli bir karar verme hakkı vermemektedir. Düzenlemenin öngördüğü tamamen özel nitelikli hakkın kullanılması ise, gerçekleşmesi son derece güç bağlam ve koşullara bağlı kılınmaktadır. Dolayısıyla, koca ve babanın evlilik ve aile birliği işlerinde en son kararı verme hakkına sahip bulunduğu sonucunu anılan düzenlemeden çıkarabilmek b i z 'ce o l a n a k s ı z 'dır.

14. Daha önce de gördüğümüz gibi, böyle bir hakkın varlığını TMK 152/I (İMK eski 160/I) düzenlemesinden çıkarabilmek de olanaksız gözükmektedir. Öyleyse, Türk Medeni Kanunu'nun konuya ilişkin düzenlemelerinin aile işlerinde en son kararı verme hakkını koca ve babaya tanımadıklarını kabul etmek gerekmektedir.

(43) Bu konuda, bkz. **Oftinger**, agç., II/1, sh. 265-266.

(44) Böyle, bkz. **Hegnauer C.**, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. II/2, Das Familienrecht, Die Verwandtschaft, Das eheliche Kindesverhaeltnis, Bern, 1964, Art. 274 (274/II), N 17.

(45) Bkz. **Hegnauer**, Kommentar, Art. 274 (274/II), N 17.

(46) Bkz. ayn. yaz., Kommentar, Art. 274 (274/II), N 17.

(47) Bkz. ayn. yaz., Kommentar, Art. 274 (274/II), N 17.

TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmü kendine özgü bir içerikten yoksundur. Bu hüküm hiçbir biçimde kocanın evlilik işlerinde en son sözü söyleme hakkını düzenlememektedir. Böyle bir hakkın TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükmünce öngörüldüğü de söylenemez. TMK 152/I (İMK eski 160/I) düzenlemesi yalnızca Yasa'ca *öngörülen* eşitsizliklerin *dayanak*'ını oluşturmakta, kendisi ise bu tür bir eşitsizlik öngörmemektedir (48). Bir diğer deyişle, anılan hüküm içerik'siz bir hüküm niteliğindedir. Kocanın aile işlerinde en son kararı verme hakkına sahip olduğu sonucunun söz konusu hükümden çıkarılabildiği olanaksızdır. Böyle bir sonucun TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükmünden çıkarılabildiği de olanaksızdır (49). Bundan ötürü, bu iki hüküm de, koca ve babanın evlilik ve aile birliği başkanlığı yönünden belirleyici bir özellik taşıyamazlar.

15. Bu düşünceden yola çıkarak biz, TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmünün Kanun'dan çıkarılma'sı durumunda Kanun'da hiçbir köklü değişiklik meydana gelmeyeceği (50) görüşünün doğruluğu sonucuna varmaktayız. Öyle ki, TMK 152/I (İMK eski 160/I) hükmü yürürlükten kaldırılrsa bile, pratik olarak hiçbir şey değişmeyecektir.

Bu hükme dayanarak koca ve babanın evlilik ve aile birliği başkanı olduğunu ileri süren görüş, *tanıtlanma'sı* gerekeni tanıtanmış gibi kabul eden bir görüştür. Bu görüş, bir anlamda bir tür *ön-gerçek*'ten hareket etmekte, dayanmakta olduğu hükmü özü (ruhu)nden çok söz'üne göre yorumlamaktadır. Oysa hüküm özü'ne göre anlaşıldığında, kendine özgü bir içerikten yoksun bulunduğu görülmektedir. Hüküm, evli kadına kocasına başeğme ödevini yüklediği gibi, kocaya onun yaşam tarzı'nı belirleme hakkını da vermemektedir. Bu nedenledir ki, hüküm Medenî Kanun'dan rahatlıkla *çıkartılabilir kanısında'yız*. Böyle yapılırsa, *biçimsel* bir değişikliğin dışında Medenî Kanun'da hiçbir değişiklik yapılmış olmayacaktır..

Aynı şeyin TMK 263/2 (İMK eski 274/II) hükmü için de söylenebileceği *kanısında'yız*. Bu hüküm de, bir yandan uygulama alanının son derece dar, diğer yandan uygulanabilmesinin son

(48) Aynı doğrultuda, kşz.: **Gmür**, Kommentar, Art. 160, N 5 vd.; **Signer**, agç., sh. 150; **Meyer**, agç., sh. 91; **Türkmen**, agç., sh. 89.

(49) Kşz. **Signer**, agç., sh. 151.

(50) Aynı yönde, bkz. ve kşz.: **Meyer**, agç., sh. 91; **Signer**, sh. 151.

derece sıkı bağlam (kayıt) ve koşullara bağlı olması nedeniyle, rahatlıkla Kanun'dan çıkartılabılır düşüncesindeyiz. Ayrıca, hüküm babanın genel nitelikli bir karar verme hakkını öngörmediğinden, evlilik ve aile birliği başkanklık'ı yönünden önem taşımamaktadır. Bu açıdan da soruna bakıldığında, hükmün Kanun'dan çıkartılmasının bu yönden de herhangi bir değişiklik meydana getirmesi söz konusu olamaz.

16. Bütün bu nedenlerle, koca ve babanın aile başkanklık'ı sıfatını ortadan kaldıran ve onun aile işlerinde son sözü söyleme hakkını inkâr eden gelişmeler (51)i onaylamaktayız.

Bugün Türk Medeni Kanunu'nun anılan hükümleri onun aslınu oluşturan İsviçre Medeni Kanunu'nda artık yer almamaktadırlar (52). Bu değişiklikler yenilerde meydana gelmiş olsa da, değişiklik çalışmalarını 1960'lı yıllar (53)a kadar gitmektedir. Oysa ülkemizde, 1980'li yılların sonlarına doğru bile bu hükümler Medeni Kanun'daki yerlerini korumakta (54)dırlar..

İsviçre'de, daha 1965 yılında İMK eski 160/I (TMK 152/I) ve eski 274/II (TMK 263/2) hükümlerinin Kanun'dan çıkarılması önerilmekteydi (55). 'Kadın Kuruluşları', birinci hükmün teorik nitelik taşıdığını belirtmekte, hükmün pratik yönden hiçbir önemi olmadığını vurgulamaktaydılar (56). Aynı Kuruluşlar, ikinci hükmü de haksız (57) olarak nitelermekteydiler. Bugün İsviçre'de, bu saptama ve değerlendirmeler doğrultusunda yeni düzenlemeler (58) getirilmiş bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanunu Öntasarısı (59) da aynı doğrultuda yeni düzenlemeler öngörmektedir. Öntasarı'nın 148 ve 253 maddeleri, kadın-erkek eşitlik'ine aykırı düşen TMK 152/I ve 263/2

(51) Bu konuda, bkz. özellikle ag. **Bericht**, özellikle sh. 23.

(52) Bkz. İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler. İMK'nun konumuzu özellikle ilgilendiren 160/I ve 274/II düzenlemeleri, 1 Ocak 1978 tarihinde yürürlüğe giren 25 Haziran 1976 tarihli Yasa ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren 5 Ocak 1984 tarihli Yasa ile kaldırılmış bulunmaktadır.

(53) Bkz. örn. ag. **Bericht**, sh. 23.

(54) Bununla birlikte, Türk Medeni Kanunu Öntasarısı (1984) anılan hükümleri Türk Medeni Kanunu'ndan çıkarmaktadır. Bkz. TMKÖT 148 ve 253.

(55) Bkz. ag. **Bericht**, sh. 23.

(56) Bkz. ag. **Bericht**, ayn. y.

(57) Bkz. ag. **Bericht**, ayn. y.

(58) Bkz. İMK (yeni) 159 vd. ve (yeni) 296.

(59) Bkz. TMKÖT 148 ve 253.

düzenlemelerini kaldırmaktadırlar. Madde Gerekçeleri'ne göre, Tasarı'da eşler arasında *eşitlik* esası kabul edildiği için, yürürlükteki Kanunun 152. maddesinin birinci fıkrasına benzeyen bir hükme gerek duyulmamıştır (60). Yürürlükteki metnin velâyetin kullanılmasında babanın oyunu üstün tutan hükmünün ise, akla uygun bir nedene dayanmayan bir *eşitsizlik* öngördüğü, dolayısıyla da kaldırıldığı (61) belirtilmektedir. Ayrıca, velâyetin kullanılmasında ana ve babanın uyumsuzluğa düşmeleri durumu için, Tasarı'nın yargıcın müdahalesi esasını getirdiği (62)ni görmekteyiz.

17. Eşlerin eşitliği ilkesini benimseyen ve bu ilkeye ters düşen tüm yasal düzenleme ve uygulamaların kaldırılmasını kabul eden bu yeni düşünüş tarzı, dünyada (63)ki genel eğilim'i yansıtmaktadır denilebilir.

IV. EŞLERİN EŞİTLİĞİ İLKESİ VE EVLİLİK BİRLİĞİ BAŞKANLIĞI

Evlilik birliği başkanı *terim*'i, bu birliğin ve genel olarak ailenin üyeleri arasındaki ilişkilerden çok, birlik ve ailenin üç üncü kişilerle olan ilişkilerini (64) ilgilendirmekte gözükmektedir. Zira, aile bireyleri arasındaki ilişkiler dış'a yansımadıkça hukuksal açıdan pek önem taşımamaktadır. Dolayısıyla, ailede kimin başkan olduğu hususu da ailenin özellikle dış ilişkileri yönünden anlamlı olabilir. Ailede iç ilişkiler yönünden aile başkanlığı yalnız eşlerin kendilerini ilgilendiren bir sorundur. Bundan ötürü, onlar bu konuda diledikleri çözümleri benimseyebilirler ve öyle de yapmaktadırlar. Hukuk kurallarının bu alana fazla müdahalesi gerekli olmadığı gibi doğru da değildir. Hukuk, zorunlu olduğu ölçüde ailenin işleri'ni düzenlemeli ve kural olarak da eşleri olabildiğince serbest bırakmak için çaba göstermelidir. Böyle yapılabilirse, her ailenin kendi yaşam tarzına saygı gösterilmiş olur. Aksi takdirde, hem gereksiz hem de olanaksız bir işe kalkışılmış olur ki, bu işin sonucu

(60) Bkz. TMKÖT, Madde Gerekçeleri, Md. 148'e ilişkin gerekçe.

(61) Bkz. TMKÖT, Madde Gerekçeleri, Md. 253'e ilişkin gerekçe.

(62) Bkz. TMKÖT, Md. 157 ve bu maddeye ilişkin gerekçe.

(63) Bkz. yuk. I başlığı altında yaptığımız açıklamalar ve dph. 1 vd.'ndeki yollamalar. Bkz. ayrıca, örn.: **Boschan, S.**, *Europäisches Familienrecht*, 4. Aufl., München, 1971; **Frischkopf**, agç., sh. 152; sh. 136 vd. ile sh. 152 vd.'nda da sorunun tartışıldığı görülmektedir.

(64) Kşz. **Gmür**, *Commission d'experts, Protocole*, sh. 203 vd. Değişik görüş için, bkz. **Huber**, *Protocole*, sh. 344 vd.

vermeyeceği veya başarılı olmayacağı önceden bellidir. Zira ailelerin yaşam tarzını belirleyebilmek Hukuk'un üstesinden gelebileceği bir iş değildir. Sorun hukuksal olmaktan çok eylemseldir.

Bu nedenle, Yasa evlilik birliği başkanı olarak eşlerden hangisini uygun görürse görsün eylemli sonuç pek değişmeyecek, gerek eşlerin kendi aralarındaki, gerekse diğer aile bireyleriyle olan ilişkileri bu yasal konumdan pek fazla etkilenmeyecektir sanıyoruz. Aynı şeyi, eşler ve diğer aile üyelerinin üçüncü kişilerle olan ilişkileri bakımından da söyleyebilmenin pek olanaklı olmadığını düşünmekteyiz. Bu ilişkiler dış dünyayı ilgilendirdiklerinden, evlilik ve aile birliği başkanlığı niteliği ister istemez daha bir önem kazanmakta, daha objektif bir görünüme bürünmekte ve dolayısıyla daha bir hukuksal özellik taşımaktadır.

18. Başkan terimi topluluk düşüncesini yansıtmaktadır. Böyle olduğu içindir ki, eğer eşlerin eşitliği ve buna bağlı olarak onların her ikisinin birden başkanlığı kabul edilince, biraz gariplik bir durum ortaya çıkmaktadır. İki kişiden oluşan bir toplulukta kişilerin *birlikte* başkan olduklarını kabul etmek, bir anlamda hiçbir başkan olmadığını kabul etmek demektir. Zira, bu tür bir toplulukta ya başkanlığa gerek yoktur ya da başkan yoktur! Görüldüğü üzere, başkanlık kavramı bireyci aile anlayışıyla pek bağdaşmamaktadır. O nedenle, bir yandan yeni aile anlayışının bireysel ilişkileri temel alması, diğer yandan ise geleneksel başkanlık kavramının korunabilmesi, bir anlamda olsun birbiriyle çelişen iki değişik tutumu sergilemektedir.

Bu tutarsızlığın giderilebilmesi için, eşlerin eşitliği ilkesini benimseyen bir aile düzeninde, eşlerin birlikte başkanlığından çok birlikte yönetim'inden söz edilmesi biz'e daha uygun gelmektedir. Ayrıca, otoriter başkanlık kavramının yerini demokratik başkanlık kavramına bırakmasının da daha doğru olacağını düşünmekteyiz. Bu 'birlikte yönetim'de karı ve koca *otoriter* ve *koruyucu* 'başkanlar' olmayıp, birbirine danışan, birlikte iş gören, akılcı ve demokratik yöneticiler (65) olacaklarından, aileyi birlikte yönetmeleri ne teorik, ne de pratik yönden herhangi bir çelişki içermeyecektir sanıyoruz.

19. Eşlerin eşitliği ilkesinin kabulü sonucu aileye birlikte başkanlık etmelerinin diğer bir çelişkili yönü daha bulunmaktadır. Bu

(65) Bu hususta genel olarak, bkz. **Maisonneuve J.**, *La dynamique des groupes*, 3e éd., Paris, 1970, sh. 67 vd.

da, başkanlık kavramının zorunlu olarak içermekte olduğu otorite olgusunun birlikte başkanlık kavramıyla pek bağdaşmamasıdır. Başkan kavramını otorite'siz tasarlayabilmek olanaksız görüldüğü gibi, otorite kavramını başkan'sız tasarlayabilmek de olanaksız görünmektedir. Öyle ki, her iki kavramı birbirinden ayrı düşünebilmek söz konusu olamaz. Eşlerin her ikisinin birden aile başkanı olmaları durumunda, birinin diğerine karşı otorite kullanabilmesi düşünülemez. Böyle olunca da, ya ailede gerçek bir başkan olmayacaktır ya da gerçek bir otorite kullanılmayacaktır. Her iki olasılıkta da, eşlerin başkanlık görevini birlikte yürüttüklerinin kabulü yapa y bir görüştan başka bir şey olamaz.

Başkan otoritesiz ve otorite de başkansız düşünülemezden, eşlerin ikisinin birden aile başkanı niteliğini taşımakla birlikte birbirine karşı otorite kullanamayacaklarının kabulü, sorunun içinden çıkmak için uygun bir yol olamaz. Başkanlık işlevini yerine getiren kişilerin birden çok olabilmesi olanaklıdır, ama bir toplulukta birden çok başkan olamaz. Başkanın otorite kullanmaması da söz konusu olamayacağından, ister istemez bir tür ikilem (dilem)'le karşı karşıya kalmaktadır. Bu ikilemden kurtulmak için tek çarenin, geleneksel başkan kavramının terk edilmesi, kavramın alışılmış içeriğinin bir yana bırakılması ve klasik başkanlık anlayışının yerine yeni ve değişik bir başkanlık anlayışının konulması olduğunu sanıyoruz.

Aksi takdirde, çelişkiler ve sorunlardan kurtulunabilmesi olanaklı gözükmemektedir. Her topluluk gibi aile de bir başkanın başkanlığı altında örgütlenmeli ve hiyerarşik bir düzene sahip kılınmalıdır. Ancak böyle, aile gelişigüzel olarak bir araya gelmiş insanlardan oluşan 'insan grupları'ndan ayırdedilebilir ve ancak böyle, aile başkanı başkanlık görevini yürütebilir. Hiyerarşik bir düzen de otoritesiz düşünülemez. Oysa eşlerin eşitliğine dayalı bir aile düzeninde, en azından eşler arasında hiyerarşik bir ilişkiden söz edilemez. Öyleyse, eşlerin eşit oldukları bir ailede kadın ve erkeğin birlikte 'başkan' olduklarını kabul etme zorunluğu vardır. Ama bu başkanlık gereğinde otorite'siz kalmaya da mahkûm sayılmalıdır..

20. Bununla birlikte, *Aile Hukuku* sorunlarının yalnızca otorite ve eşitlik gibi soyut kavramlar aracılığıyla çözülmesi (66) pek de doğru olmayabilir. Böyle yapılacak yerde, daha

(66) Kız. du Pontavice E., Droit de la famille et droit au bonheur, Mélanges Voirin, Paris, 1966, sh. 705.

çok, somut ve eylemsel veri ve olgulardan yola çıkılarak Aile Hukuku sorunlarına çözüm aranması biz'e daha gerçekçi gelmektedir. Bir yazar (67)ın üsteleryerek vurguladığı gibi, özellikle yeni Aile Hukuku iradeci bir eğilim göstermektedir. Bu eğilim açısından ailede önemli olan kişisel irade'dir. Dolayısıyla, yeni Aile Hukuku bireylerin serbest iradeleri ve iyiniyetleri'ne dayalı çözümler sunmalıdır.

Söz konusu yeni anlayış ailede başkanlık sorunu için de geçerlidir. Bu yaklaşımla aile başkanlığı konumu ele alındığında, bu konumu eşlerin eşitlik'i ilkesiyle bağdaştırabilme olanaklı gözükmektedir. Anılan ilke eşlerin ikisinin de başkan olmasını zorunlu kılmaktadır. Oysa, başkanlık kavramını otorite kavramından soyutlayarak tasarlamak olanaksız görünmektedir. Eşlerin her ikisinin birden başkanlık otoritesini kullanmaları ise, içerdiği çelişki nedeniyle pek mantıksal değildir. Bu nedenle, artık otorite kavramının bir yana bırakılarak, yalnızca eşlerin özgür irade ve iyiniyetleri'ne güvenerek aile başkanlığı sorununa yaklaşılması, en akılcı çözümü oluşturacaktır sanıyoruz. Belirtelim ki bu görüş, ailesel ilişkilerin bireysel ilişkiler olarak kavranması (68) durumunda anlaşılması daha kolay olan bir görüş niteliğini taşımaktadır.

V. GÜNÜMÜZ AİLESİNDE BAŞKANLIK

Evlilik ve aile birliğinde başkanlık, evlilik ve ailede kadın ve erkeğin karşılıklı olarak oynadıkları roller'le de yakından ilişkilidir. Sosyolojik bakımdan eşlerin ailedeki konumlarının bilinmesi, ailede başkanlık sorununun ideal bir çözüme kavuşturulabilmesi yönünden oldukça önemli görünmektedir.

21. Sosyolojik araştırmalara göre, günümüz ailesinde bireyler arasındaki ilişkiler otoriteye dayalı olma niteliğini yitirmiş, ortaklık ve arkadaşlık (69) temeline dayalı ilişkiler mahiyetini almış bulunmaktadır. E.W. Burgess'in 'Burgess teorisi' (70) olarak bilinen ünlü teorisi de bu yöndedir: aile ilişkileri gitgide otoriteye dayalı ilişkiler olmaktan çıkmakta, ortaklık ve arkadaşlığa dayalı

(67) Bkz. ayn. yaz., agç., sh. 705.

(68) Çeşitli 'aile anlayışları' konusunda, bkz. genel olarak: **Théry R.**, Trois conceptions de la famille dans notre droit, D 1953, chr. 47.

(69) Bu hususta, bkz.: **Müller-Lyer F.**, Die Familie, München, 1921, sh. 309 vd., sh. 399 vd. (daha 1920'li yıllarda.); **Carbonnier J.**, Flexible droit, 2e éd., Paris, 1971, sh. 152; **du Pontavice**, agç., sh. 704.

(70) Bu konuda, bkz. **Carbonnier**, agç., sh. 152.

ilişkiler görünümünü almaktadır. Aile kurumunun geçirmekte olduğu bu evrim sonucu ailede başkanlık konumunun önemi de azalmıştır ve azalmaya devam etmektedir.

22. Diğer yandan, yine sosyolojik araştırmalar, ev yaşamı ve küçük yaşta çocuklar söz konusu olduğunda, aile otoritesini erkeğin değil kadın'ın (71) kullandığını göstermektedirler. O derecede ki, bu hususlarda evin egemen kişisi neredeyse yalnız kadındır.

23. Bu türden araştırmalar (72), günümüzde hemen hemen tüm gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerde aile yapısının az çok sınırlı (birlikte yönetim düzeni) bir özellik taşıdığını ortaya koymuştur. Modern çağda aile artık 'tek elden' yönetilmemektedir.

Ülkemiz'de yapılan bu türden araştırmalar ise, Türk toplumunun gitgide daha eşitlikçi olma yönünde geliştiği, kadınlara daha fazla hak tanınması doğrultusunda genel bir eğilim (73)in bulunduğu göstermektedir. Türk kadını henüz tüm ülkede tam anlamıyla bağımsızlığına kavuşmuş (74) ve aile içindeki otoritesi de henüz tam olmasa (75) da, yine de bu yönde ülke çapında değişimler (76) meydana gelmekte olduğu inkâr edilemez. Her ne kadar bu değişimler *yöre'den yöre'ye* değişiklikler (77) göstermekte ise de, genelde Türk kadını da değişmektedir.

24. Aile olgusuna bir diğer açıdan bakıldığında görülmektedir ki, günümüzde aile tipi geniş aile tipinden çekirdek aile (78) tipine doğru kaymaktadır. Bundan dolayı, aile otoritesi de bundan böyle daha çok dar kapsamlı ailelerde kullanılacak demektir. Bu verilere bağlı olarak, günümüz ailesinde otorite olgusunun gitgide önemini yitirmekte olduğu, aile otoritesinin mahiyet, kapsam ve

(71) Bkz.: **Carbonnier**, agç., sh. 161; **Savatier R.**, Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui, seconde série, Paris, 1959, no 135, sh. 170.

(72) Bu konuda, bkz. örn.: **Carbonnier**, agç., örn. ve özel. sh. 132 vd. - Konuyla ilgili olarak, bkz.: **Michel A.**, La sociologie de la famille, Recueil de textes présentés et commentés, Mouton/Paris/La Haye, 1970, sh. 227 vd. ve sh. 257 vd.

(73) Bu yönde, bkz.: **Necip Ali**, Kadın Hukuku, Ankara, 1931, çeşitli yerler, örn. sh. 163 vd.; **Alkan T.**, Kadın-Erkek Eşitsizliği Sorunu, Ankara, 1981, sh. 80.

(74) Kşz. **Timur S.**, Türkiye'de Aile Yapısı, Ankara, 1972, sh. 103 vd.

(75) Kşz. ayn. yaz., agç., sh. 103 vd.

(76) Kşz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(77) Bu konuda, bkz. örn. **Kongar E.**, İzmir'de Kentsel Aile, Ankara, 1972, sh. 130 vd.

(78) Bu hususta, bkz. örn.: **Wurzbacher G./Cyprian G.**, Grossfamilie - Kleinfamilie - Kommune: ihre Integrations - und Individuationswirkungen, Mariage Nov. 1971, sh. 113 vd.; **Timur**, agç., sh. 8 vd.; **Alkan**, agç., sh. 77.

yoğunluğunun da değiştiği söylenebilir. Artık oldukça az sayıda aile üyesi üzerinde kullanılması söz konusu olan aile otoritesi ve buna bağlı olarak başkanlık kavramının eskisi kadar önem taşımadıkları rahatlıkla savunulabilir.

25. Ayrıca, toplumsal yaşamın baş döndürücü bir biçimde gelişme ve değişmesi sonucu, kadının toplum içindeki yeri de değişme uğramış bulunmaktadır. Buna bağlı olarak, evli kadının aile içindeki konumu da değişmiştir. Kadın artık 'eski' kadın değildir! O çalışma yaşamının içine girmiş, erkekle 'boy ölçüşme'ye başlamış, zaman zaman da onu geçmiştir. Öğrenim gören ve meslek edinen kadınların sayısı gitgide çoğalmaktadır. Bu gelişme ve dönüşümlere paralel biçimde, kadın erkek karşısında bağımsızlık'ını kazanmış, ailede de onunla eşit hak ve yüküm sahibi duruma gelmiş ve aileyi kocasıyla birlikte yönetir olmuştur.

26. Günümüz ailesi, artık Medeni Kanun'un hazırlayıcısı *E. Huber*'in ataerkil aile anlayışı (79)'ni yansıtmamaktadır. Bu aile, söz konusu aile anlayışından çok farklı bir görünüm sergilemektedir. Günümüzde, ailede kadın ve erkeğin rolleri değişmiş, kadın ailede gitgide daha etkin bir rol almaya başlamış bulunmaktadır. Eylemli otoriteyi çoğunlukla kadın elinde tutmaktadır. Kadın, çocukların, özellikle küçük yaşlardaki çocukların terbiye ve yetiştirilmelerinde de ilk sırada etkili olmakta, ev yaşamını yönetmekte ve genel olarak ailenin yaşam ve düzeni konularında kocasıyla birlikte karar vermektedir.

VI. AİLENİN KISMEN HUKUK'A BAĞIMLILIĞI

Aile, büyük ölçüde Hukuk'tan bağımsız, genellikle gelenek ve görenekler'e bağımlı (80) bir olgudur. Gelenek ve göreneklerle birlikte, sosyolojik ve psikolojik etmenler de aile kurumunu etkilemekte, ona doğrudan doğruya yön vermektedirler.

Kismen Hukuk'a bağımlı (81) olan aile kurumu yaşamını kendi kendine sürdürmekte, hukuksal düzenlemelerden pek etkilenmemek-

(79) Buna dair bilgi için, bkz. **Steiner İ.**, *Das Haus im schweizerischen Recht*, Diss., Bern, 1923, sh. 79.

(80) Bkz.: **Vouin R.**, *Deimas-Marty*, *Le droit de la famille*, Paris, 1972, Avant-propos, sh. 6; **Carbonnier**, agç., sh. 133.

(81) Bkz.: **Lerebours-Pigeonnière P.**, *La famille et le Code civil*, *Le Code civil*, 1804-1904, t. I, Paris, 1904, sh. 266 ve sh. 285; **du Pontavice**, agç., sh. 680 ve sh. 681;

tedir. Bunun içindir ki, aileye ilişkin yasal düzenlemelerin mutlaka gelenek ve görenekleri de hesaba katmaları gerektiği (82), aksi takdirde güçsüz kalacakları söylenebilmiştir (83). Yine bunun içindir ki, aile sorununun aslında bir gelenek-görenek sorunundan başka bir şey olmadığı, Hukuk'un ancak çok a yr ık (84) biçim ve ölçülerde aile kurumunu düzenleyebileceği yazılabilmiş, gelenek ve göreneklerle uyumlu olmayan bir Aile Hukuku'nun etkisiz (85) kalmaya mahkûm olduğu ileri sürülebilmektedir.

27. Ailenin kısmen Hukuk'a bağımlı olması, Yasakoyucu'nun tamamen *pasif* kalması veya düzenleme yaparken *çekingen* davranmasını haklı göstermez. Onun bu alanda işe karışması gereksiz, ne de kesinlikle etkisiz bulunmamalı (86)dir. Ama bu demek değildir ki, aileyi düzenleyen Hukuk kurallarının etkisi sınırsız'dır. Aksine, bu kuralların etkisi oldukça sınırlıdır ve uygulanamaya konulmaları da son derece güç (87)'tür.

28. Aile kısmen Hukuk kurallarıyla düzenlenebildiği (88) için, onu nasıl algılamak gerektiği pek iyi kestirilememekte (89)dir. Aile sorunu gelenek ve göreneklerle yakından ilişkili olduğu (90) gibi, Ahlak (91) kuralları ve Ruhbilim bulguları (92) ile de yakından ilişkilidir. Dolayısıyla aile gerçeğini yakalayabilmek son derece güç gözükmektedir..

Carbonnier, agç., sh. 161, sh. 165 ve diğer çeşitli yerler; **Riou (Labrusse) C.**, *L'égalité des époux en droit allemand*, Thèse Paris, 1965, örn. no 239, sh. 246; **Nerson R.**, *L'évolution récente du droit familial français*, Sem. jud. 1971, sh. 68; **Götz E.**, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Eheschließung*, 3. Aufl. Bern, 1964, Vorb. z. Familienrecht, N 9, N 16 ve Vorb. z. Eherecht, N 4.

- (82) Bu yönde, bkz. **Lerebours-Pigeonnière**, agç., sh. 266.
 (83) Böyle, bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.
 (84) Bu yönde, bkz. **du Pontavice**, agç., sh. 680-681.
 (85) Bu yönde, bkz. ayn. yaz., agç., sh. 680.
 (86) Aynı doğrultuda, bkz. **Lerebours-Pigeonnière**, agç., sh. 266.
 (87) Bkz. ve kısz.: **Lerebours-Pigeonnière**, agç., sh. 266; **Carbonnier**, agç., sh. 133 ve sh. 165.
 (88) Bu doğrultuda, bkz.: **Nerson**, agç., sh. 68; **Carbonnier**, agç., sh. 165; **Götz**, *Kommentar*, Vorb. z. Familienrecht, N 16.
 (89) Bu yönde, bkz. **Carbonnier**, agç., sh. 133 ve sh. 165.
 (90) Böyle, bkz. **Carbonnier**, agç., örn. sh. 161, 162.
 (91) Bu konuda, bkz. örn.: **Götz**, *Kommentar*, Vorb. z. Familienrecht, N 16; **Riou (Labrusse)**, agç., no 239, sh. 246.
 (92) Bu yönde, bkz. **Riou (Labrusse)**, agç., no 235, sh. 243.

Aile, e ş y a n ı n d o ğ a s ı gereği zaten belirli bir düzene sahip bulunduğu ve ailesel yaşam bu düzen içerisinde akıp gitmekte olduğundan, aile kurum ve yaşamı hakkında gerçekçi bilgiler edinilebilmesi her şeyden çok ailenin gözlemlenmesine bağlı görünmektedir. Böyle gerçekçi veri ve saptamalardan yola çıkılarak gerçekçi ve etkin bir Aile Hukuku oluşturabilir sanıyoruz.

Bu doğrultuda yapılan bazı saptamaları özellikle önemli bulmaktayız. Bunlardan birisi, her ailenin k e n d i n e ö z ğ ü bir yapı ve yaşam tarzına sahip (93) olduğudur. Bir diğeri, ailenin b a ğ ı m s ız bir t o p l u l u k ve t o p l u m s a l bir olgu (94) olmasıdır. Bir başkası ise, ailenin bir anlamda 'y a ş a y a n' bir varlık (95) olduğudur..

Bu saptamalara bağlı olarak, aileyle ilgili veri, olgu ve kavramların sürekli değişikliğe uğradığını söyleyebiliriz sanırız. Günümüzde de, buna uygun olarak aile k a b u k d e ğ i ş t i r m e k t e , Aile Hukuku da d e ğ i ş i m l e r ve d ö n ü ş ü m l e r ' e uğramaktadır. Örneğin, tahmin edilen aksine, çocukların terbiye ve eğitiminde başlıca rolün baba değil ana tarafından oynandığı (96) söylenmektedir. Yine örneğin, karı ile koca arasında her zaman bir astlık-üstlük ilişkisinin kurulması ve hukuksal sorunların bu bağıntı doğrultusunda çözülmesinin yerinde olmayabileceği (97) belirtilmektedir. Aynı çizgide, özellikle ev yaşamında kadının aile otoritesini elinde bulundurduğu (98) gözlemlenmektedir.

29. Bu nedenledir ki, ülkemizde 1930'lu yıllardan beri, kadının erkekle e ş i t hak ve yükümlere sahip olması gereğini vurgulayan görüş ve önerilere rastlanmasına şaşmamalıyız. Bu doğrultuda, Özel Hukuk alanında da kadının erkekle eşit koşullara çok yaklaştığı (99), ama bunun bile yeterli olmadığı, kadının erkekle *tamamen* eşit olması gerektiği (100) belirtilmektedir. Yine aynı doğrultuda, Medenî Ka-

(93) Bu yönde, bkz.: **Rouast A.**, *Le juge et la vie familiale en droit français*, Mélanges Dabin, t. II, Bruxelles/Paris, 1963, sh. 868; **Carbonnier**, agç., sh. 125 vd.

(94) Bu konuda, bkz.: **Sabran J.**, *La sociologie de la famille*, La sociologie, ouvr. coll. sous la direction de **J. Cazeneuve** ve **D. Victoroff**, t. I, Paris, 1972, sh. 185 vd.

(95) Böyle, bkz. **Vouin**, ag. avant-propos, sh. 7 ve sh. 8.

(96) Bkz. ag. **Bericht**, sh. 25.

(97) Bu konuda, bkz. BGE 33 II 596, D'de anılan 'Cour de justice civile de Genève' kararı; **Mathoux W.**, *La responsabilité des parents*, Etudes R. Marcq, Bruxelles, 1957, sh. 179.

(98) Bkz. **Carbonnier**, agç., sh. 161. Aynı doğrultuda, bkz. ve ksz. **Meyer**, agç., sh. 90.

(99) Bkz. daha 1930'lu yıllarda, **Necip Ali**, agç., sh. 166.

(100) Bkz. aynı yıllarda, ayn. yaz., agç., özel. sh. 163 vd.

nun'da kadın-erkek eşitliğine ters düşen birçok noktanın bulunduğu, oysa bu yasal sınırlamaların *hiçbiri*'ne gerek olmadığı gibi, bir *tek*'i için bile tutarlı bir gerekçe gösterilemeyeceği (101) ileri sürülmektedir.

Bütün gün evden ve aileden uzakta çalışan koca ve dışarıda çalışmayan, yalnızca ev işleri ve çocuklarıyla uğraşan karının oluşturduğu aile imajı tarih'e karışmaktadır.

VII. KADIN-ERKEK EŞİTLİĞİ KONUSUNDA DUYULABİLECEK TEREDDÜTLER

Ama, işin bir de diğer yönü bulunmaktadır. Kadın-erkek eşitliği konusunda bazı tereddütler duyulabilir. Şimdi de madalyonun bu değişik yüzünü incelemek istiyoruz.

Kadınla erkek eşitliği ne denli istenen ve özlenen bir şey olursa olsun, gerçekleşmesi yalnız soyut düşüncelere bağlı gözükmemektedir.

30. Kadın ekonomik yönden erkeğe bağımlı kaldıkça, özgürlüğüne tam olarak kavuşabilmesi ve dolayısıyla eşler arasında tam bir eşitlik sağlanabilmesi hayal (102) olabilir. Ayrıca, cinsler arası eşitlik sorunu, anlamı belli belirsiz, ne olduğu pek iyi kestirilemeyen (103) bir sorun görünümündedir. Sorunun *toplumsal* ve *ekonomik* boyutları olduğu kadar, *düşünsel* boyutları da vardır. Bu nedenle, sorunun çözümü modern yaşamın gereklerine bağlı olduğu gibi, *düşünceler*'in evrimine (104) de bağlı görünmektedir. Ve sorunu etkileyen tüm bu etmenlerden hangilerinin *ne* *den*, hangilerinin ise *sonuç* olduklarına karar verebilmek de pek kolay (105) gözükmemektedir.

Eşlerin eşitliği sorunu hukuksal bir sorun olmaktan çok, *ruhbilimsel* (106) bir sorundur. Bundan ötürü, bu eşitlik ruhbilimsel bulgu ve verilerin ışığı altında da ele alınmalıdır. Yoksa, insan ruhu ve kadın ve erkek ruhunun özelliklerine tamamen yabancı yaklaşımlar (107)la sorunun çözümü yoluna gidilir ki, böyle bir tutum en

(101) Bkz. 1980'li yıllarda, **Alkan**, agç., sh. 80.

(102) Bu yönde, bkz. **Müller-Lyer**, agç., sh. 357.

(103) Böyle, bkz. **Riou (Labrusse)**, agç., Introduction, I.

(104) Böyle, bkz. ayn. yaz., ayn. y.

(105) Bu yönde, bkz. ayn. yaz., ayn. y.

(106) Bu yönde, bkz. ve kşz. ayn. yaz., no 235, sh. 243.

(107) Bu konuda, bkz. örn. **Denal P./Dubal G.**, *L'amour heureux*, 2e éd., Genève, 1945, çok çeşitli yerler, örn. **Denal** (*Le bonheur à deux, Considérations psychologiques*), sh. 57 vd. ve **Dubal** (*Le couple heureux, Essai destiné à tous ceux qui cherchent*), örn. sh. 69 vd., sh. 88 vd.

azından gerçekçi olamaz *sanyor*'uz. Buna bağlı olarak, eşler arasında eşitlik, toplumsal yönleriyle incelenmesi gereken bir sorun olduğu kadar, ruhbilimsel yönleriyle de (108) incelenmesi gereken bir sorun görünümündedir. O nedenle, eşler arasında *ekonomik, toplumsal ve ruhbilimsel* açılardan da eşitlik sağlanmadığı sürece, hukuksal eşitliğin sağlanabilmesinin (109) o l a n a k s ı z olduğunu düşünmekteyiz. Eşlerin eşitliği düşüncesi z i h i n l e r 'de yer etmedikçe (110), yalnız hukuksal düzenlemelerle bu eşitlik gerçekleştirilemez. Aksi takdirde, bu konudaki yasal düzenlemeler 'ölü' düzenlemeler olmaktan öteye gidemezler. Aynı gözlem eşlerin eşitliği ilkesinin g e l e n e k ve g ö r e n e k l e r 'de yerleşmesi (111) bakımından da yapılabilir.

31. Soruna değişik bir açıdan baktığımızda, eşlerin eşitliğinin bazı sorunları da beraberinde getirmekte olduğunu görmekteyiz. Ailede astlık-üstlük ilişkisinin kaldırılması sonucu, eşlerden birisinin otoritesi artık ailenin yönetiminde belirleyici olma niteliğini yitirmektedir. Böyle olunca da, aile sorunlarının çözümünde k a v r a m s a l bir boşluk (112)'la karşı karşıya kalınabilir. Bu sorunları çözebilmek için bundan böyle eşlerden biri (koca)nin otorite ve karar verme hakkına dayanamayacak olan yargıç nasıl karar verebilecektir? Meydana gelen bu kavramsal boşluğun mutlaka d o l d u r u l m a 'sı gerekmekte, ama ne yoldan doldurulacağı pek iyi bilinmemektedir (113). Gerçekten, eşler arası ilişkilerin hukuksal *mahiyet*'ini saptamaya yarayan hiç bir genel fikir, yeterince teknik hiç bir kavramın bulunmadığı (114) gözlemlenmektedir. Durum bu olunca, Yasakoyucu'nun hakkında *özel* bir düzenleme öngörmediği ailesel sorunların çözülebilmesi, bu hususta genel bir y o r u m ç i z g i s i 'nin bulunabilmesi de olanaksızlaşmakta (115)dır.

32. Bu koşullarda, acaba bundan sonra b a ş k a n s ı z (116) bir aile mi söz konusu olacaktır? Soruyu yanıtlayabilmek kolay gö-

(108) Aynı yönde, bkz. ve kısz. **Riou (Labrusse)**, agç., no 235, sh. 243.

(109) Aynı yönde, kısz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(110) Aynı yönde, bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(111) Bu yönde, bkz. ve kısz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(112) Bkz. ve kısz. ayn. yaz., agç., no 238, sh. 245.

(113) Kısz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(114) Böyle, bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(115) Bkz. ve kısz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(116) Bu tür kuşkular için, bkz.: **Mazeaud H.**, Une famille sans chef, D 1951, chr. 141;

Dabin J., Le droit subjectif, Paris, 1952, sh. 246; - 'başsız aile' değerlendirmesi hk., bkz. **Cansel**, agç., sh. 33.

zükmemektedir. Biz 'ce, yalnız iki kişiden oluşan bir toplulukta ikisinin birden başkan olması durumunda, bu kişiler belirli bir konuda *anlaşamayacak* olurlarsa sorun aile içinde çözüme kavuşturulamayacak demektir. Zira ikisinden birinin çözümünü tercih etmek için neden olmayacaktır. Diğer yandan, yalnız iki kişiden oluşan bir toplulukta çoğunluktan da söz edilemez. Dolayısıyla, çoğunluğun görüşünün benimsenerek sorunun çözülmesi de olanaklı değildir.

Öyleyse ne yapılabilir? Eşlerin belirli bir hususta anlaşmazlığa düşmeleri olasılığında, ya onların er geç anlaşacakları umuduyla sorun *ken di h a l i*'ne bırakılabilir ya da *y a r g ı ç*'in bu hususta yardımcı olması düşünülebilir. Her iki çözüm de *s a k ı n c a*'sız gözükmemektedir. Birincisi sakıncalıdır, çünkü evlilik sorunlarının, özellikle önemlilerinin çözülmeksizin bekletilmeleri doğru değildir. Bu durum eşler arasına anlaşmazlık girmesine neden olabilir, sürtüşmeler ve huzursuzluklara yol açabilir. İkincisi de sakıncalıdır, çünkü eşler dışında üçüncü bir kişinin -bu kişi yargıç bile olsa- onların evlilik ve aile sorunlarını çözmesi çok yönden istenmeyen sonuçlar doğurabilir. Bu, her şeyden önce eşlerin *b a ğ ı m s ı z l ı k*'ıyla bağdaşmaz. Evli kadın erkeğin sultanından kurtarılmaya çalışılırken *y a r g ı c ı n* sultanı altına sokulmakta, üstelik bu kez *k o c a* da aynı sulta altına konulmaktadır. Ayrıca, birlikte bir karara varamayan eşlerin yerine yargıcın en uygun çözümü bulabileceği düşüncesi de biraz hayali bir düşüncedir.. *B u n a s ı l* sağlanabilir ki? Örneğin çocuklarıyla ilgili konularda, ana ve baba yerine yargıcın vereceği kararın daha sağlıklı olabileceği nasıl kabul edilebilir ki? Bu konularda nasıl olur da ana ve babanın *k i ş i s e l* istek, duygu ve idealleri bir yana bırakılıp, yargıcın tercihine göre karar verilebilir ki? Ya da yargıcın eşlerden yalnız birinin görüşü doğrultusunda karar vermesi uygun görülebilir ki? Oysa, anlaşmazlığa neden olan sorunun çözümünün yargıca bırakılması durumunda, bu iki yoldan birine gitmekten başka çare yoktur: yargıç ya tamamen *o b j e k t i f* ölçütlerle soruna çözüm getirecek ya da eşlerden *b i r i n i n* görüşünü paylaşacaktır. Birinci yol sakıncalıdır, zira bu tür tercihler tamamen *o b j e k t i f* ölçütlere başvurularak yapılmamalıdır (117). İkinci yol da sakıncalıdır, zira eşlerden birinin çözümünün benimsenmesi durumunda, ister istemez onlardan birisine *ü s t ü n l ü k* tanınmış olmaktadır. Oysa eşler ilke olarak eşit kabul edileceklerdir.

(117) Bu yönde, bkz.: **Dabin**, agç., sh. 233 dpn. 2; **Hegnauer**, Kommentar, Art. 274 (274/II), N 26.

33. Zaten, yargıcın aile işlerine k a r ı ş m a 'sı her zaman kötü gözle görülmüş, k ö t ü sonuçlar (118) doğurmaya gebe olduğu düşünölmüştür. Bu tür müdahaleler tehlikeli (119), ü z ü n t ü v e r i c i (120), vb. bulduklarından, ailesel yaşamda olabildiğince az rastlanması gereken müdahalelerden sayılmalıdır. Yargıcın işe karışması, özellikle eşler y e r i 'ne karar vermek zorunda bırakıldığı, böylece ister istemez aile b a ş k a n ı 'nın konumunu aldığı (121) zaman zararlı görölmektedir!

Öyleyse, yargıcın aile işlerine karıştırılması d o ğ r u değildir. O, yalnızca aileyi gereğinde *denetlemek* (122) üzere hazır olmalı, ama hiçbir zaman eşler yerine karar vermek zorunda kalmamalıdır s a n ı y o r 'uz. Aksi takdirde, yargıç müdahalesi aileyi d ü z e l t e c e k yerde b o z a b i l i r . Yargıcın süregelen müdahaleleri ailenin g e l e c e k 'ini bile tehlike (123)ye sokabilir. Şu durumda, aile kurumunun geleceği bile söz konusu olduğundan, bu konuda çok d i k k a t l i davranılmalı, olur olmaz müdahalelerle aile düzeninin bozulması (124)na neden olmaktan kaçınılmalıdır. Belki de bunun içindir ki, aile alanında u z m a n l a ş m ı ş mahkemelerin kurulması (125) düşünölmekte, bunun birçok yönden iyi bir çözüm olacağı savunulmaktadır.

VIII. EŞLERİN EŞİTLİĞİNİN YERİNDELİĞİ

Eşler arası eşitlik ilkesinin aile düzeni ve yönetimi açısından doğurabileceği sakıncalar bir yana, ilkenin k e n d i s i d e t a r t ı ş m a götürür nitelik taşımaktadır k a n ı s ı n d a 'yız.

34. Şöyle ki, bir kez, evli kadının erkeğine bağımlılığının g e r ç e k bir bağımlılık mı, yoksa yalnızca g ö r ü n ü ş t e bir bağımlılık mı (126) olduğu hususunda tereddüt duyulabilir. Bu bağımlılığın, sanılanın aksine, gerçek bir b a ğ ı m s ı z l ı k olduğu da düşünöle-

(118) Bu yönde ,bkz.: **Rouast**, agç., sh. 884; **Riou (Labrusse)**, agç., nos 234 vd., sh. 242 vd.

(119) Böyle, bkz. **Rouast**, agç., sh. 884.

(120) Böyle, bkz. **Riou (Labrusse)**, agç., no 236, sh. 243.

(121) Bu yönde, bkz. ve kşz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(122) Kşz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(123) Bu yönde, bkz. **Rouast**, agç., sh. 884.

(124) Bu gibi 'tehlikeler' hk., bkz. ve kşz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(125) Bu konuda, bkz. ayn. yaz., agç., sh. 885.

(126) Bu hususta, bkz. **Carbonnier**, agç., sh. 134.

bilir. Bu konuda *Carbonnier* (127) şöyle yazmaktadır. 'Su çekme angaryası'nın Doğu'lu kadın için esirlik mi yoksa serbestlik mi olduğu tartışılmaktadır. Fransa'da köylü kadının erkekler yemek yerlerken ayakta beklemesinin hizmetkârlık mı efendilik mi olduğuna kim karar verebilir ki? Otürmayıp ayakta durmak bir tür egemenlik belirtisi değil midir (128)?

35. Kadınların erkeklerden çok ilgi duydukları bazı uğraş-lar'ın bulunduğu da gözden kaçmamaktadır. Ünlü 'üç K' (*Küche, Kinder, Kirche*: mutfak, çocuklar, Kilise) teorisinin günümüzde bile kabul (129) edilebileceği söylenmektedir. Kadınların erkeklerle göre göreceli olarak daha çok ilgi duydukları alanların başında bunlar gelmektedir. Anılan teorisinin gerçekliğini ileri sürenlerin teorisinin anlam ve kapsamı hususunda kendi aralarında anlaşamadıkları (130) da belirtilmektedir. Eskiden teorisinin dayandığı kuralın daha çok kadın yönünden bir sınırlamayı, şimdilerde ise karı bakımından olduğu kadar koca bakımından da emredici nitelikte bir yetki bölüşümünü dile getirmekte olduğu söylenmektedir. Eskiden, 'üç K' kuralına uymamakla evli kadın koca egemenliğini ihlâl etmiş olurdu. Günümüzde ise, karıyı 'üçlü krallık'ında rahatsız edecek olan kocanın, ona karşı, boşanma nedeni bile olabilecek bir tür 'sövme' eyleminde bulunduğu kabul edilebilmektedir (131)dir..

36. Kadın-erkek eşitliği sorununu *güçleştiren* olgulardan birisi de, birden çok aile türünün bulunması (132)dir. Bu aile türleri aynı zaman ve toplumda bir arada bile görülebilmekte (133)dir. Örneğin, ataerkil ve otoriter aile tipine, yalnız karı-koca ve çocuklardan oluşan ve ortaklık temeline dayalı aile tipiyle birlikte rastlanabilmekte (134)dir. Oysa, hukukçular başka (135) türlü düşünmekte ve hukuksal düzenlemeler getirirken *tek* tip aile olgusundan yola çıkmakta gözükmemektedirler. Bundan ötürü, Yasalar tek tip aile modeline uygun düzenlemeler içermekte ve doğal olarak tüm aile tiplerine uygun düşmemektedirler. Bu tür kuralların her aile tipine uyarlanma-

(127) Bkz. ayn. yaz., agç., sh. 133-134.

(128) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(129) Böyle, bkz. ayn. yaz., agç., sh. 161.

(130) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(131) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(132) Bkz. örn. ayn. yaz., agç., sh. 169.

(133) Bkz. örn. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(134) Bkz. örn. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(135) Ayn. yönde, bkz. ve kşz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

bilme'si de olanaksız olduğundan, uygulamada sorunlarla karşılaşılması kaçınılmaz olmaktadır. Aynı toplumda aynı zaman kesitinde bile değişik aile türlerine rastlanabileceği (136) gerçeğinden yola çıkılacak olsa, Aile Hukuku düzenlemeleri yapılırken tek tip aile model'i öngörmekten kaçınılırdı.. Buna ek olarak, aynı aile, yaşamının değişik dönemlerinde değişik yapılara (137) da sahip olabilmektedir. Bu olgu ise, tek tür aile modelinin ne denli gerçeklerden uzak olduğunu daha çarpıcı bir biçimde göstermektedir..

Bu nedenle, ailede kadın-erkek eşitliğini öngören hukuksal düzenlemelerin doğruluk ve yerindelik derecesi ne olursa olsun, gençler'i yansıtır yansıtmadıkları her zaman tartışma götürür kanısındadır.

37. Aile sorunlarının ve bu arada eşlerin eşitliği sorununun kolay kolay bir çözüme kavuşturulamamasının temelinde ailenin doğal bir olgu olması gerçeği de yatmaktadır sanıyoruz. Aile dendiğinde, bundan her şeyden çok doğal insansal ilişkiler (138) anlaşılmalıdır. Bu bakımdan, aile gerçeğini yakalayabilmek ve aile hakkında uygun yasal düzenlemeler öngörebilmek güçlük göstermektedir. Aile kadar, insan doğa, bilinç, ruh ve çıkarlarıyla yakından ilişkili bir başka (139) kurumun olmadığı söylenebilir. Bu nedenledir ki, yasal düzenlemelerden belki de en az etkilenen kurum da aile kurumu (140)dur. Fizyolojist, ailenin bir topluluk oluşturduğunu belirtmektedir; ama bu topluluğun *adalet*, *hukuk* ve *eşitlik* gibi toplum değer ve kurallarını reddettiği (141)'ni söylememektedir. Aile olgusu biyolojik (142) bir olgudur, hiçbir şey bu gerçeği değiştiremez. Ünlü düşünür *Alain* (143), Yasaların çok şey yapabilecekleri, ama *kalp*'in bedeninin sağında yer almasını kararlaştıramayacak-

(136) Bu konuda, bkz. örn. ayn. yaz., agç., sh. 167, sh. 169 ve sh. 171.

(137) Bu noktayla ilgili olarak, bkz. ayn. yaz., agç., sh. 169.

(138) Bu doğrultuda, bkz.: *Lerebours-Pigeonnière*, agç., sh. 265 vd.; *Götz*, Kommentar, Vorb. z. Familienrecht, N 9; *Carbonnier*, agç., sh. 141; *Alain*, Propos sur l'éducation, 14e éd., Paris, 1969, LXXII, sh. 161.

(139) Böyle, bkz. *Lerebours-Pigeonnière*, agç., sh. 265.

(140) Bu yönde, bkz. ve kısz. örn.: ayn. yaz., agç., ayn. y.; *Riou (Labrusse)*, agç., no 238, sh. 245 ve değişik diğer yerler.

(141) Bkz. *Alain*, agç., LXXII, sh. 161.

(142) Bkz. ayn. yaz., agç., LXXII, sh. 161. Bkz. ayrıca: *Lerebours-Pigeonnière*, agç., sh. 266; *Carbonnier*, agç., sh. 141; *Bonnecase J.*, La philosophie du Code Napoléon, appliquée au droit de famille, 2e éd., Paris, 1928, sh. 186-187.

(143) Bkz. *Alain*, agç., LXXII, sh. 161-162.

larını söylemektedir!. Ona göre (144), eşyanın doğası'nın yerini tutabilecek hiçbir fikir yoktur. Doğal bir mahiyet taşıyan aile de, bu doğal durumu, 'küçükler'i ve 'büyükler'i, yetki ve ödevlerin doğal dağılımı ile muhakkak ki güzel bir şeydir (145): onun yerini hiçbir şey alamaz (146)..

Aile söz konusu olduğunda, insanın doğa'sı, dürtüler'i ve tüm m a n e v i varlığı için içine girmekte (147)dir. Dolayısıyla, ideal bir Yasa bu gerçeğe zıt düşen düzenlemeler getirmekten sakınmalı, ailenin örgütlenmesinin temel ve anlamını bu gerçeğin dışında aramamalıdır (148).

38. Ailenin kaynağında doğa yasaları bulunduğundan, aile sorunu hukuksal olmaktan çok gelenek - görenek sorunu (149) dur. Bu açıdan, eylemsel durum hukuksal durumdan daha anlamlıdır. Öyleyse, aile olgusunun gerçek yüzü gözlemler yoluyla ortaya çıkarılmalı ve buna uygun hukuksal düzenlemeler getirilmelidir. Elbette ki, bu yapılırken hukukçunun söyleyecekleri de bir kenara itilmemelidir. Zira, Yasalar saptayıcı oldukları kadar yol gösterici de olmak zorundadırlar. Böyle bir amaçtan yola çıkan bir Yasakoyucu, aile olgusuna ilişkin verileri belirleyip, ona göre düzenlemeler yapmakla yetinemez. O, *ideal*'i de araştırmalı, toplumu yönlendirme işlevini de yerine getirmelidir.

Aile olgusuna gerçekçi yaklaşımlar edinmek için onu gözlemek, gözlemlenmek ve incelemek gerekmekte ise de, bunu yapabilmek kolay olmadığından, fiiliyatta bazı sorunlarla karşılaşmamak olanaklı değildir. Yaşayan, eylemsel, somut aileyi tanıyabilmek son derece güç (150) gözükmektedir. Bunun türlü nedenleri vardır. Bunların başında, aileye ilişkin gelenek ve görenekleri *saptayabilme* ve *yorumlayabilme* güçlükleri (151) gelmektedir. Bunun dışında, kendileriyle bu konuda görüşülen ilgililer *içten* konuşmamakta, aile 'sırlar'ını başka kişilere açıklamayı doğru bulmamaktadırlar (152). Buna ek olarak,

(144) Bkz. *Alain*, agç., XXX, sh. 70.

(145) Bkz. ayn. yaz., agç., VII, sh. 20.

(146) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(147) Böyle, bkz. *Lerebours-Pigeonnière*, agç., sh. 266.

(148) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(149) Bu yönde, bkz.: *Lerebours-Pigeonnière*, agç., sh. 265 vd.; *Carbonnier*, agç., örn. sh. 161 ve sh. 165; *Nerson*, agç., sh. 68; *du Pontavice*, agç., sh. 680 ve sh. 681.

(150) Bu doğrultuda, ksz. *Carbonnier*, agç., sh. 133.

(151) Bu yönde, bkz. ve ksz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(152) Bkz. ve ksz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

aile gerçeklerinin diğer kişilere *iletilebilme* (153)'sinin zorluğuna da değinmek gerekir. Bu gerçekler çoğu kez başkalarına aktarılamayan *nüanslar* (154)'la da dolu görünmekte, bu gerçeklerin sıkça *ruhsal* olgulara da bağlı (155) olması işi daha da zorlaştırmaktadır. Üstelik, her ailenin kendi yapı ve yaşam düzeni bulunduğundan, ailesel *farklılıklar* (156)'ın da gözden irak tutulmaması da zorunludur. Bütün bu etmenler, aile gerçek'inin öğrenilebilme, kavranabilme ve yorumlanabilmesini son derece güçleştirmekte, bunu neredeyse olanaklı kılmamaktadır. Bu nedenle, günümüz ailesinin kadın-erkek eşitlik'i doğrultusunda gelişip gelişmediğini saptayabilmek de pek olanaklı görünmemektedir. Bu konuda genellemelere gitmekten kaçınılmalı, her aileyi kendi başına ele alarak sonuçlara varılmalıdır. *Kural* olarak, günümüz toplumunda kadının erkekle aynı hak ve ödevlere sahip olması yönünde bir akım varsa da, bu akımın her ailede ne denli etkin olduğunu söyleyebilmenin güçlüğü ortadadır. Dolayısıyla, aileye sonuçlara varılmamalı, bu hususta ciddi, yoğun ve kapsamlı araştırmalar yapıldıktan sonra saptamalar ve çözümlere gidilmelidir.

39. Ailesel gelenek ve göreneklerin gözlemlenmesi, bunların pek *değişiklik*'ten yana olmadıkları (157)'ni göstermektedir denilebilir. *Modern* insanın bile mesleki veya toplumsal yaşamının değiştirilmesine karşı çıkmayı düşünmediği, ama ailesel yaşamını değiştirmeyi kabul etmediği (158) vurgulanmaktadır. Bazı yazarlar (159) bu tutumu *doğru* bulmamanın elde olmadığını söylemektedirler. Zira, her aile *model*'inin temelinde önceden *doğru* tarafından belirlenmiş bir pay bulunmaktadır; bu pay, *biyolojik* bir veriler bütünüdür (160).

Buna bağlı olarak, aile kurumunda yapısal değişiklikler yapılabilmesi ve bu değişikliklerin fiilen gerçekleştirilebilmesi, her şeyden çok ailesel gelenek ve göreneklerin bu değişikliklere karşı çıkma-

(153) Bu yönde, bkz. ve kısz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(154) Bkz. ve kısz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(155) Bu konuda, bkz. ve kısz.: ayn. yaz., agç., ayn. y.; **Riou (Labrusse)**, agç., örn. sh. 235, sh. 243; **Denal/Dubal**, agç., çok değişik yerler, örn. sh. 57 vd. ve sh. 89.

(156) Bu konuda, bkz.: **Rouast**, agç., sh. 868.

(157) Bu yönde, bkz.: **Carbonnier**, agç., sh. 140-141; **Rouast**, agç., sh. 868.

(158) Bkz. **Carbonnier**, agç., sh. 141.

(159) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(160) Bu hususta, bkz. ve kısz.: ayn. yaz., agç., ayn. y.; **Bonnecase**, agç., sh. 186.

masıyla olanaklı gözükmektedir. Oysa, durumun tam aksine (161) olduğu söylenmektedir. Buna şaşmamak gerekir, çünkü aile yaşamını yalnız veya en azından büyük ölçüde gelenek ve göreneklerin yönettiği (162) iyi bilinmektedir. Bunun başlıca nedeninin aile bireyleri, özellikle eşlerin kendilerinin değişikliğe karşı koymaları (163) olduğu belirtilmekte, onların bunu *bilinçsiz*, *bilinçli* ve hatta *isteyerek* (164) yaptıkları söylenmektedir. Bu nedenle, eşlerin eşitliğinin Hukuk kurallarıyla sağlanamayacağı (165) yönündeki görüşü yanlış bulmamak gerekir. Bu konuda yasal düzenlemelerin rolü *inkâr* edilemese de, Yasakoyucu'nun bu alana müdahalesinin *gereksiz* ve *etkisiz* olduğu söylenemese (166) de, Hukuk'un aile üzerindeki etkisinin her zaman sınırlı (167) olacağı gerçeğinden yola çıkılması daha doğru gözükmektedir.

40. Bu sonuç doğaldır. Zira aile olgusunun temelinde cinsiyet farklılığı yatmaktadır. Bu farklılığın yetenek ve işlev farklılıkları'nı da bünyesinde taşıdığı (168) belirtilmektedir. Belki de bu doğal farklılıklar hesaba katılmadığı içindir ki, birçok aile aklaya uygun tarzda örgütlenememekte ve yönetilememekte, bu nedenle de çökme (169) tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Eşler arası eşitlik ilkesinin yanlış anlaşılma ve katı bir biçimde uygulanması da aile kurumunun sarsılması sonucunu doğurabilir. Bu konuda, modern aileyi tehdit edebilecek boyutlarda bir aşırı bireycilik (170)'ten sakınılmalıdır sanıyoruz. Aile alanında en doğru yasal düzenlemeler, bir yandan çağımız'ın gereklerine uygun, diğer yandan da aile kurumunu güçlendiren yasal düzenlemeler olabilir. Aksi takdirde, aile kurumunun zarar görmesi

(161) Bkz.: **Lerebours-Pigeonnière**, agç., sh. 265; **Rouast**, agç., sh. 868; **Carbonnier**, agç., sh. 141.

(162) Bkz. örn.: **Lerebours-Pigeonnière**, sh. 266; **du Pontavice**, agç., sh. 681; **Nerson**, agç., sh. 68.

(163) Bu doğrultuda, bkz.: **Rouast**, agç., sh. 868; **Carbonnier**, agç., sh. 141.

(164) Böyle, bkz. **Carbonnier**, agç., sh. 141.

(165) Bu yönde, bkz. ve kısz.: **Riou (Labrusse)**, agç., örn., no 235, sh. 243; **du Pontavice**, agç., sh. 681; **Lerebours-Pigeonnière**, agç., sh. 268.

(166) Bu yönde, bkz. **Lerebours-Pigeonnière**, agç., sh. 266.

(167) Kısz. **Lerebours-Pigeonnière**, agç., sh. 285.

(168) Bkz. **Bonnecase**, agç., sh. 185.

(169) Böyle, bkz. ve kısz. **Strebel J.**, *Epoux divorcés, Expériences et réflexions d'un juge*, Neuchâtel, (tarihsiz), sh. 131.

(170) **E. Huber**'in de bu konuya ilişkin ilginç gözlem, saptama ve düşünceleri bulunmaktadır; bunlar için, bkz. ve ayrıca kısz. **Huber E.**, *Erläuterungen zum Vorentwurf*, Bd. I, Bern, 1914, sh. 101 vd.

söz konusu olabilir. Bundan ötürü, aile otorite ve yönetimini *zayıflatıcı* bir yönü de bulunan eşlerin eşitliği kuralını öngörür ve uygularken son derece dikkatli davranılması gereğine inanmaktadır. Koca ve babanın yalnız başına aile otoritesini elinde tutması, birçokları (171)na kadın ve çocukların hak ve özgürlükleriyle bağdaşmaz görünebilir. Ama, başka türlü, aile yaşamının olanaksız veya çok sorunlu olabileceği de unutulmamalıdır. Zira, hiçbir topluluk otoritesiz var olamaz veya süregelemez (172). Aile başkanı olmak demek de, keyfinin istediğini yapmak (173) veya despotluk etmek (174) demek değildir. Dolayısıyla, koca ve babanın aile otoritesini yalnız başına elinde tutmasından o denli kaygılanmaya gerek olmadığı düşünülebilir. Bir yargıç (175), *boşanma* davalarının çoğunun temelinde koca ve babaların aileleri üzerinde hiç veya yeterince otorite sahibi olmamaları olgusunun yattığını söylemekte, bu kişilerin kendi üzerlerinde otorite sahibi olmadıklarından ötürü aileleri üzerinde de otoriteden yoksun kaldıklarını belirtmekte (176)dir. Yazara göre, *doğal* otorite saygı görmediği zaman, eşler ve çocuklar ailedeki *doğal* yerlerini işgal etmemekte ve dolayısıyla aile çökme (177) tehlikesiyle karşı karşıya kalmaktadır. Bu sonuç olağandır; zira, bir topluluk ancak topluluk üyelerinin kendilerini doğal otoriteye bağımlı görmeleri ve topluluk çıkarlarını kendi kişisel çıkarlarından üstün tutmaları koşuluyla var olabilir ve varlığını sürdürebilir (178).

41. Bundan dolayı, *modern* ailede bile geçmiş'in izlerine rastlanması (179)na şaşmamak gerekir. Modern ailede evli kadın bağımsız görülse de, ailelerin çoğunda kocanın kariya göre önceliğinin eşyanın doğası'nda bulunduğu düşüncesi egemen (180) gözükmektedir. Aynı doğrultuda, ailede annenin sevgi, babanın ise otorite'yi temsil ettiği (181) belirtilmektedir. Bu olgu, annenin çocukları üzerinde belirli bir otoriteye sahip olması, babanın ise on-

(171) Böyle, **Strebel**, agç., sh. 131.

(172) Kşz. ayn. yaz., agç., ayn., y.

(173) Kşz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(174) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn., y.

(175) Bkz. **Strebel**, agç., sh. 132.

(176) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(177) Bkz. ayn. yaz., agç., sh. 131.

(178) Bu yönde, bkz. ayn. yaz., agç., sh. 133.

(179) Böyle, bkz. **Rouast**, agç., sh. 868.

(180) Böyle, bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(181) Bkz. **Baud F.**, *Les relations humaines*, 7e éd., Paris, 1970, sh. 36.

lara karşı sevgi göstermesine *engel* oluşturmamakta (182)dir. Tamamen aksine, böyle davranmaları zorunlu bile görülmektedir. Ama, çocukların çıkarları açısından, annenin anne, babanansa baba kalması ve ailedeki konum ve rollerini değiştirmemeleri gerektiği (183) de üstelerek vurgulanmaktadır. Aile ilişkilerinin dengeli bir tarzda kurulabilme ve sürdürülebilmesinin buna bağlı olduğu (184) söylenmektedir.

IX. SONUÇ

Ailede denge, rol dağılımı ve ilişkiler büyük ölçüde Hukuk'tan bağımsız görünmektedir. Dolayısıyla, eşlerin eşitliğinin Hukuk kuralları aracılığıyla sağlanabilmesi pek de olanaklı görünmemektedir. Bu konuda yasal düzenlemeler ne tür kurallar öngörürlerse öngörürler, belirleyici olan, eşlerin kendi tutum ve davranışları (185)dir. Evli kadına aile içinde gitgide daha bağımsız bir konum vermeyi amaçlayan modern toplumda bile, ailede kocanın önceliğini kabul eden çiftlerin çoğunlukta olduğu (186) söylenmektedir. Bazen kadının aileyi yönetmekte olduğu ve erkeğin bunu kabul ettiği (187) de bir gerçektir.

Sonuç olarak, aile kurumuna ilişkin yasal düzenlemeler eşler arası ilişkileri düzenlemekte güçsüz kalmaktadırlar. Bu ilişkileri eşlerin kendileri düzenlemekte ve bu hususta hiç kimse ve hiçbir kurala muhtaç görünmemektedirler. Öyle ki, eşler hem kendileri hem de ailelerini kendi bildikleri gibi yönetmektedirler. Böylece, yasal düzenlemelerin varlığına karşın, her çift kendi ailesel yaşam kurallarını kendi'si koymakta, eğer böyle söylemek uygun düşerse, kendi'sini yine kendi yönetmektedir.

(182) Böyle, ayn. yaz., agç., sh. 37.

(183) Bu yönde, bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(184) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.

(185) Bu yönde, bkz. ve kısz. **du Pontavice**, agç., sh. 681.

(186) Bkz. **Rouast**, agç., sh. 868.

(187) Bkz. ayn. yaz., agç., ayn. y.