

KADIN VE KANUNİ BEKLEME SÜRESİ

WOMAN AND LEGAL WAITING PERIOD

Seda GAYRETLİ AYDIN*

Özet: Türk Medenî Kanunu, önceki medenî kanunlarımıza göre kadın erkek eşitliği konusunda oldukça başarılı bir kanun olmasına karşın yine de bu konuda tartışmaya açık hükümler barındırmaktadır. Bu hükümlerden biri kadının evliliği sona erdikten ya da eşi öldükten sonra yeniden evlenebilmek için beklemesi gereken üç yüz günlük süreye ilişkin Medenî Kanun'un 132. maddesidir. Kadının beklemesi gereken bu süre kadın açısından kesin olmayan evlenme engelidir. Uygulamada iddet olarak anılan bu süre dolmadığı halde nikâh memuru kadını evlendirse dahi evlilik sözleşmesi geçersiz sayılmaz.

Kadının tekrar evlenebilmesi için aranan bu süre erkek için aranmamıştır. Bu durum kadının doğası gereği doğurgan olması, nesebin karışması ihtimalinin önlenmesi gibi sebeplerle açıklanmaya çalışılmıştır. Günümüzde, gelişmiş teknolojinin, Medenî Kanunu'muzdaki babalık karinelerinin çakışmasına ilişkin hükümlerin varlığı karşısında kadının bekleme süresine ilişkin bu hükmün gerekliliği tartışmalıdır.

Anahtar Kelimeler: İddet, Kanuni Bekleme Süresi, Kadın, Cinsiyet Eşitliği, Evlenme Hakkı, Türk Medenî Kanunu

Abstract: Although the Turkish Civil Law is a very successful legislation regarding equality between men and women if compared to previous Turkish Civil Laws, it still contains some provisions which can be discussed in this respect. One of these provisions is article 132 of the Civil Law which states that if a woman's marriage ends or her husband dies she has to wait three hundred days in order to be able to get married again. This period, which the woman must wait for, is a provisional marriage barrier for women. Marriage contract is not invalid even if marriage is granted by the marriage officer before woman's waiting period (also referred as "iddet") expires. This period of time required for woman who wants to remarry is not required for men. This situation was tried to be explained by the nature of the woman's fertility and aims to prevent the possibility of bloodline mixture. Today, with the advanced technology and paternity presumptions, the existence of this provision regarding to the necessity of the waiting period to remarry for women is debatable.

Keywords: Legal Waiting Period, Woman, Gender Equality, Sexual Equality, Right To Marry, Turkish Civil Law

* Dr. Öğretim Üyesi, KTÜ Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı, seda-gayretli@ktu.edu.tr, ORCID: 0000-0001-8478-3310

GİRİŞ

Türk Medenî Kanunları içerisinde 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu kadın erkek eşitliğinin en iyi korunduğu kanundur. Ancak az da olsa bazı alanlarda halen eşitsizlikler bulunmaktadır. Doktrin ve uygulamada en çok tartışılan eşitsizlik kadının evlendikten sonra kocasının soy ismini alması ve tek başına kendi bekârlık soy ismini dava açmadan kullanamamasıdır.¹ Kadının erkek ile eşit haklara sahip olmadığı alanlardan bir diğeri ise kadının boşandıktan sonra üç yüz gün geçemedikçe tekrar evlenmeyecek olmasıdır.

¹ Kadının bekârlık soyadını evlendikten sonra kullanamaması, 1982 Anayasası'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) özel hayata ve aile hayatına saygıyı düzenleyen 8. maddesi ve yine aynı Sözleşmenin cinsiyete dayalı ayrımcılık yasağını getiren 14. maddesine aykırıdır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2014/26423E nolu ve 30.09.2015 tarihli kararında "Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır. Direnmeye konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan ilk derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Somut olaya gelince: sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soy ismini kullanmak istemektedir. Kızlık soy isminin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasa'nın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir. Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır". Helvacı, Yargıtay'ın ilga kurumunun amaçlandığının söylenmesinin ilgili maddenin lafzını açmak olarak yorumlanabileceğini, Hukuk Genel Kurulu'nun kararlarının başka davalarda hukuken hâkimleri bağlamayacağından dolayı Türk Medenî Kanunu'nun 187. maddesinin varlığını koruduğunu bu itibarla söz konusu maddede değişiklik yapılmadığı sürece nüfus memuruna başvuran kadının evlilik içinde tek başına bekârlık soy ismini kullanması halen mümkün değildir. Bu sebeplerle bir an önce Türk Medenî Kanunu'na soyadı konusuna eşitlik ilklerine uygun düzenleme getirilmelidir. bkz. Serap Helvacı, "Son Yargı Kararları Işığında Altında Evli Kadının Soyadı", 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku; Medenî Kanunu'nun ve Borçlar Kanunu'nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, Yetkin, Ankara 2017, Cilt 2, 771- 788.

Evlilik ve aile hemen hemen bütün toplumlarda ve dinlerde kutsal sayılmıştır. Tekrar evlenmek bir yana uzun yıllar hatta asırlar boyunca boşanma kurumuna sıcak bakılmamıştır. Örneğin İncil'e dayalı Katolik Kilisesi yorumunda boşanmak yasaktır. Bu katı sistem İtalya'da 1978 yılına kadar uygulanmıştır.²

Dul kalmak ise eski toplumların birçoğunda bir kadının başına gelebilecek en büyük felaketlerden biridir. Eski Hindistan'da dul kalan kadınların tekrar evlenmesi yasaktı. Hatta eski bir Hindu - Germanik geleneğine göre İskandinav, Yunan, Hindistan, Mısır ve Bali'de dul kalmış kadın kendini kocasının cenaze ateşinin içine atarak diri diri yanmak zorundaydı.³

Türk Kanuni Medenîsi'nin kabulünden önce kocasından ayrılmış olan kadınla derhal evlenmek istemek veya buna rıza göstermek kadın açısından şeref ve haysiyete aykırı bir durum olarak değerlendirilmiş, kadının tekrar evlenebilmesi için belli bir süre beklemesi uygun görül-müştür.⁴ Öktem, mülga hükümlere göre erkekler için de belli durumlarda bekleme süresi olduğunu bunun da kadının bekleme süresince eski evliliğin gölgesinde bulunmasından kaynaklandığını vurgulamıştır.⁵

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda erkeğin evliliği son bulduktan hemen sonra tekrar evlenebilmesi için süreye ilişkin herhangi bir engel bulunmamaktadır. Oysaki Medenî Kanun'un 132. maddesindeki genel kural uyarınca kadın evliliği sona erdikten ya da eşi öldükten sonra üç yüz gün geçmeden tekrar evlenememektedir. Eğer kadın bu üç yüz günlük süre içerisinde doğurursa çocuk boşandığı eşinden sayılacak ve kadının kanuni bekleme süresi bitecektir. Kanuni bekleme süresi doktrin ve uygulamada halen iddet süresi⁶ olarak da anılmak-

² Nazif Kaçak, Açıklamalı İçtihatlı Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, 34.

³ Bu geleneğe sati denmektedir. Sati erdemli kadın demektir. Dul kalan erdemli kadın kocasıyla birlikte yanmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Yalçın Kayalı, "Eski Bir Hint Geleneği Sati" *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih - Coğrafya Fakültesi Dergisi*, Ankara 2013, C.53 S.1, 365-374.

⁴ İmran Öktem, İddet Müddeti ve Gebelik, *Ankara Barosu Dergisi*, Ankara 1945, C. 1 S: 11, 2.

⁵ Örn. 4 kadınla evli olan erkek bunlardan birini boşarsa onun iddeti bitmeden yeni bir kadınla evlenemezdi. İmran Öktem, 3.

⁶ Aslında iddet kelimesi süreyi belirttiği için "iddet süresi" denilmesi yanlıştır.

tadır. Bu sürenin kabul ediliş nedeni en uzun gebelik süresini karşılayan üç yüz günlük süre içerisinde kadının önceki evliliğinden hamile olup olmadığının belli olması ve böylelikle nesebin karışmasına engel olunabilmesidir.⁷

Medenî Kanun'un 132. maddesi uyarınca doğum ile bekleme süresi biter, ayrıca bir mahkeme kararına gerek yoktur. Doğum dışında kadının üç yüz gün bitmeden tekrar evlenebilmesi için iki yol vardır; birincisi boşandığı aynı eşyle tekrar evlenmek istemesi, ikincisi ise boşandığı eşinden hamile olmadığının anlaşılmasıdır. Bu iki halde de süresi mahkeme tarafından kaldırılmalıdır. Kadının hamile olmadığını bir rapor ile mahkemeye sunması, mahkemenin bekleme kararının kaldırılmasına karar vermesi ve bu kararın kesinleşmesi aylarca sürebilir. Ayrıca kesin evlenme engeli olmayan bekleme süresi dolmadan her nasılsa kadın tekrar evlenirse ikinci evliliği geçersiz sayılmamaktadır.

Bu çalışmada ilk olarak bekleme süresinin İslam Hukukundaki, eski Türk Medenî Kanunu'ndaki (Türk Kanunu Medenîsi) ve yeni Türk Medenî Kanunu'ndaki (Medenî Kanun) uygulamaları incelenmiştir. Sonraki bölümde bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin davanın görülmesine ilişkin kısa bilgiler verilmiştir. Yer yer, kaynak kanun olan İsviçre, Fransız ve Alman Medenî Kanunları ile karşılaştırmalar yapılmıştır. Bekleme süresine ilişkin hükmün amacı belirtildikten sonra nesebe ilişkin diğer hükümlerin varlığı karşısındaki durumu incelenmiştir. Son olarak bekleme süresi ile en temel insan haklarından olan evlenme hakkı ve kadın erkek eşitliği arasındaki ilişki incelenerek kanuni bekleme süresinin gerekliliği tartışılmıştır.

1. İSLAM HUKUKU DÖNEMİNDE KADININ İDDETİ

Osmanlı devletinde aile hukuku alanında İslam hukuku hükümleri uygulanmıştır. Ancak aile hukukunu düzenleyen sistematik bir aile hukuku kanunu olmadığından din ve mezhep farkları dolayısıyla uygulamada birliğe rastlanmamaktadır. Tanzimat'ın ilanından sonra

⁷ Aydın Zevkliler, Şeref Ertaş, Ayşe Havutçu, Damla Gürpınar, Yeni Medenî Kanuna Göre Medenî Hukuk 9. Bası, Turhan, Ankara 2015, 230; Serap Helvacı, Fulya Erlüle, Medenî Hukuk, 4. Bası, Legal, İstanbul 2016, 156.

ise kanunlaştırma hareketlerinden aile hukuku da nasibini almış ve 25 Ekim 1917 tarihinde Hukuk-ı Aile Kararnamesi yürürlüğe girmiştir.⁸ Kararname değişik mezhepler içerisinde en modern İslam hukuku kurallarını almıştır. Ancak Müslümanlara yönelik uygulamaları, İslam hukuku genel çerçevesi dışına çıkmamıştır.⁹

İslam hukukunda evlenmenin ölüm, adli boşanma ve talâk gibi hallerden biriyle sona ermesi halinde kadının yeniden evlenmesi için beklemesi gereken süreye *iddet* denilirdi. İslam hukukunda bu sürenin tayin amacı evlilik sonrası çocuğun nesebini ve babasını tayin etmektir. İslamiyet'ten önce cahiliye devrinde Arabistan'da kocaları ölen kadınlar bir yıl boyunca çadırlarına çekilip temizlik bile yapmadan yas tutarlardı. Kuran'ın II. Suresinin 234. ayeti "İçinizden ölenlerin geride bıraktıkları zevceler kendi kendilerine 4 ay ve 10 gün beklerler işte bu müddeti bitirdikleri zaman kendileri hakkında meşru *vech ile yaptıkları şeyden size günah yoktur...*" hükmü ile cahiliye dönemine ait bu adeti kaldırmıştır.

Ekinci, İslam Hukukunda iddetin evliliğin sona erme sebebine ve kadının özel durumlarına göre farklı süreleri olduğunu şöyle ifade etmiştir;

"Boşanma ve iddetleri farklı olduğu gibi; hayız gören¹⁰ veya görmeyen, hâmile veya çocuksuz hür ve köle kadınlar arasında da iddet cihetlerinde fark vardır. Hamile kadının iddeti ister boşanmış ister kocası ölmüş olsun çocuğunu doğuruncaya kadardır (Talak:4). Hamile olmayan boşanmış kadının iddeti evlilik sona erdikten sonraki ilk tuhur (temizlik) başından üçüncü hayızın (adetin) sonuna kadar olan zamandır (Bekara: 228). Cariyenin iddeti iki hayz müddetidir. Henüz adet görmemiş veya yaşlılık sebebiyle adetten kesilmiş kadınların iddeti üç ay; cariye ise bir buçuk aydır

⁸ Hukuk-ı Aile Kararnamesi, Aile hukukuyla ilgili ilk yazılı kanun olması, bütün mezhepleri ve dinlere (Hristiyan, Musevi) ilişkin kuralları düzenleyerek bu konuda dini liderlerin yetkilerini elinden alması dolayısıyla önemli bir Kanundur. Söz konusu yetkileri elinden alınan dini liderlerin itirazları da kararnamenin yürürlükten kaldırılmasında rol oynamıştır. Kararname Osmanlı Devletinde iki yıldan az süre yürürlükte kalmasına karşın Ürdün'de 1951 e kadar, Suriye'de 1953 e kadar, Lübnan'da ise sunni Müslümanlar için halen yürürlükte kalmıştır. Ebru Kayabaş, Osmanlı Devletinde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukuku'nun Geleşimi Aile Hukuku Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009, 105- 114.

⁹ Ebru Kayabaş, 115.

¹⁰ Regl, menstruasyon, âdet.

(*Talak:4*). *Hamile olmayan kadının kocasının ölmesiyle bekleyeceği iddet dört meshepte de dört ay on gündür, cariyeler için iki ay beş gündür. (Bekara: 228). Ümmü velet (efendisinden çocuğu olan cariyeye) efendisi ölse veya azatlınsa üç hayz, hayz görmüyorsa üç ay. Fasit nikâhla zifaf olunmuş kadında, erkek ölse bile, duruma göre hamilelik müddetince veya üç hayz veya üç ay iddet bekler. Hiç zifaf veya halvet olunmamış zevce bir kere boşanınca iddet beklemesine gerek yoktur, boşandığı gün bile başkası bile evlenebilir. Başkasının cariyesiyle evlenen kimse cariyenin efendisinden hamile olup olmadığı ortaya çıkması için hayz görene kadar beklemek mecburiyetindedir.¹¹*

İslam hukukunda eğer kadın regl görürse ve bu hususta yemin ederse bekleme süresi bitmiş kabul ediliyordu. İslam hukukunda kadının yeminine itibar ediliyor ve yeniden hâkimden karar alınmasına gerek kalmıyordu. Yine aynı hukukta zifaf olmadan birliktelik olmadan yapılan evlilikler boşanmayla sonuçlanırsa bekleme süresi uygulanmıyordu.¹² Ancak geçerli bir evlilikten sonra koca ölürse zifaf şartı aranmaksızın kadın vefat eden kocasının iddetini beklemek zorundaydı. Bunu sebebi vefat eden hocanın hatırasına hürmet olarak gösterilmektedir.¹³ Ayrıca dönülebilir nikâhta iddet kocaya ikinci bir nikâh yapmaya gerek olmadan karısına dönme imkânı tanıyan bir yöntem olarak uygulanmıştır.¹⁴ Ric'î nikâh olarak da anılan dönülebilir nikâhta bu süre içerisinde koca eşine dönüp dönmeyeceğini karar vermesi amacını güder.¹⁵

Eğer koca boşadığı ve iddete giren karısı ile bu süre bitmeden yeniden birleşmek isterse karısının rızasına, yeniden mehir vermesine ya da yeniden nikâh kıymasına gerek yoktur. Aslında kadının iyiliğine konulmuş bu hüküm zamanla kötüye kullanılmış erkekler tam bekleme süresi biteceği sırada kadını geri alıp tekrar boşamışlar ve böylece kadını sürekli olarak iddet içinde bulunmaya mecbur etmişlerdir. Ka-

¹¹ Ekrem Buğra Ekinci, Osmanlı, Adalet ve Mülk, Artı Sanat Yayınevi, İstanbul 2012, 458.

¹² Sabri Erdem, Yerli Yabancı İlmî ve Kazai İçtihatlarla Aile Hukuku, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1966, 60.

¹³ Mehmet Akif Aydın, İslam Osmanlı Aile Hukuku, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985, 49.

¹⁴ Halil Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, 111.

¹⁵ Mehmet Akif Aydın, 49.

dınlar bu durumdan kurtulabilmek için aldıkları mehri geri vermeye ve boşanma sonucu alacakları mehirden de vazgeçmeyi kabul ederek bu belirsiz durumdan kurtulabilmişlerdir. Bu haksızlık üzerine II. Surenin 227. âyeti ve devamındaki âyetler inmiştir. Bu âyetlerde erkeklerin karılarını arka arkaya sadece iki defa boşayabilecekleri ve onlara verdikleri hiç bir şeyi iade alamayacakları; eğer eşlerini üçüncü kez boşarlarsa erkeklerin tekrar aynı eşleriyle evlenebilmeleri için karılarının üçüncü bir kişiyle evlenip boşanmış olması kuralı getirilmiştir.¹⁶

Cin, İslam Hukukunda erkek için de yeniden evlenmek için bekleme süresinin geçerli olduğu hallerin varlığını belirterek bazılarını şöyle sıralamıştır; Erkek, boşadığı kadının iddeti bitmedikçe onun kardeşi, teyzesi, halası ile evlenemez. Dört karısından birini boşamış olan erkek boşadığı karısının iddeti bitmeden bir beşinci kadınla evlenemez. Üçlü boşanma halinde kadın bir başkasıyla evlenip sonra ondan boşanıp iddetini doldurmadıkça eski kocası ile evlenemez. Hür karısını boşayan koca iddet sona ermedikçe bir cariye ile evlenemez.¹⁷

1917 tarihli Hukuk-ı Aile Kararnamesi nisbi evlenme engelleri arasında evliliğin boşanma, fesih ve ölüm nedeniyle sona ermesinde kadının yeniden evlenebilmesi için beklemesi gereken süre olan iddeti de saymıştır. Aynı kararname uyarınca hamile kadınla evlenmek yasaktır. Bu kuralın tek istisnası kadının zina sonucu hamile kalmasıdır.¹⁸ Bu halde zina yapan çiftin yaptığı evlilik geçerli olur.

2. TÜRK KANUNU MEDENÎSİ DÖNEMİNDE BEKLEME SÜRESİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi evlenmenin olumlu koşulunu; evlenecek kişide evlenme ehliyeti, olumsuz koşulunu ise evlenecek kişide evlenme engeli bulunmaması olarak belirlemiştir. Kesin evlenme engelleri; mevcut evlilik,¹⁹ yasak derecede hısımlık²⁰ ve akıl

¹⁶ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, Savaş Yayınları, Ankara 1999, 98.

¹⁷ Halil Cin, 116.

¹⁸ Ebru Kayabaş, 55.

¹⁹ 743 sayılı TKM m. 121/1 uyarınca kişi evliyken tekrar evlenirse ikinci evlilik mutlak butlan batıl sayılıyordu.

²⁰ 743 sayılı TKM m. 92/1 uyarınca alt ve üst soy kan hısımları arasında kaçınıcı dereceden olursa olsun evlenme yasağı mevcuttur. Alt ve üst soy evliliklerinde ne-

hastalığıyken,²¹ kesin olmayan evlenme engelleri evlatlık ilişkisi,²² gelecek kuşaklar için tehlikeli hastalıklar,²³ askeri öğrencilik statüsü, evliliğin sona ermesiyle doğan bekleme sürelerine uymama halleri olarak belirlenmiştir.

Türk Kanunu Medenîsi'nde kesin olmayan evlenme engellerinden olan evliliğin sona ermesiyle doğan bekleme sürelerine uymama kadının için söz konusu olan iddet²⁴ ve boşanma sonrası kusurlu eş için hükmedilen cezai bekleme²⁵ süresidir. İddet sadece kadına uygulanabilirken; boşanma sonrası kusurlu eş için hükmedilen cezai bekleme süresi ise hem erkekler hem de kadınlara uygulanabiliyordu.²⁶ TKM m. 122 uyarınca boşanma sonrası kusurlu eşe cezai bekleme süresi hükmedildiği halde hâkimin verdiği süre bitmeden evlenen eşlerin evliliği geçerli sayılıyordu. Erkek eşe cezai bekleme süresi olarak yorumlanabilecek bu cezai bekleme süresi 1988 yılında Türkiye'de; 1998 yılında ise İsviçre'de yürürlükten kaldırılmıştır.²⁷

sebin sahil olmaması önemli sayılmıyordu nesep sahil olmasa bile evlilik geçersizdi. Yan soylar üçüncü dereceye kadar birbirleriyle evlenemez. (kan hısımlıyla evlenme yasağı) TKM m. 92/2 uyarınca eşler boşansalar dahi birbirlerinin alt soyu ya da üst soyu ile evlenemezler. (kayın hısımlıyla evlenme yasağı).

²¹ 743 sayılı TKM m.89/2 uyarınca akıl hastalığı olan kimse asla evlenemez.

²² 743 sayılı TKM m. 93/3 uyarınca evlat edinenle evlatlığın evlenmesi yasaktır. TMK m. 121 uyarınca evlatlık ile evlat edinen evlenirlerse evlilikleri geçersiz sayılmaz.

²³ 1593 sayılı Umumi Hıfzıssıhha Kanunu; frengi, bel soğukluğu, yumuşak şankr, cüzzam gibi hastalıkları gelecek kuşaklar için tehlikeli hastalıklar olarak saymış, aynı kanunun 123. maddesine göre bu gibi hastalıkların iyileştiğine ya da bulaşıcı olmadığına dair rapor alınmadan hasta kişinin evlenemeyeceği belirtilmiştir. 124. maddesinde ise vereme yakalananların evliliklerinin altı ay ertelenmesine ilişkin bir hüküm bulundurmaktadır. Ancak Umumi Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123. ve 124. maddelerine aykırı olarak yapılan evlilikler geçersiz sayılmaz. Bkz. Aydın Zevkliler; Beşir Acabey; Emre Gökyayla, Zevkliler Medeni Hukuk, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000, 727.

²⁴ TKM m. 95, 96.

²⁵ TKM m. 142.

²⁶ Türk Kanunu Medenîsi m. 142 uyarınca hâkim evlilikleri biten eşlerden kusurlu olana belli bir süre evlenmeme cezası verebiliyordu. Memnuiyet müddeti olarak anılan, Türk Kanunu Medenîsi'nin 142. maddesi ile boşanma hükmünde kaba-hatli olan tarafın yeniden evlenmemesi için hâkim, bir seneden fazla olmamak üzere bir müddet tayin etmektedir.

²⁷ Hüseyin Hatemi /Burcu Kalkan Oğuztürk, Aile Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, 59.

Sadece kadınlar için geçerli olan bekleme süresi ise TKM m. 95' de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

“ Kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğinin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez. Doğurmakla müddet biter.

Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilir.”²⁸

Türk Kanunu Medenî'sinin sadece kadın için iddet koymasının sebebi kadının kocasının yasını tutmasını kanun yoluyla sağlamak değil; eski kocasından gebe olup olmadığının anlaşılmasıdır. Arsebük, eğer Kanun kocası ölen kadına belirli bir matem tutma devresi geçirtmek isteseydi, aynı şekilde karısı ölen kocaya da tekrar evlenebilmesi için iddet koyardı görüşündedir.²⁹

Egger, eski hukukta tekrar evlenmenin genellikle hoş karşılanmadığını bu sebeple hem kadın hem de erkek için intizar süreleri konulduğunu Zürih Medenî Kanunu uyarınca karısı ölen ya da karısından boşanan erkeklerin bile üç ay geçmeden evlenemediklerini belirtmiştir. Daha sonra yürürlüğe giren Alman,³⁰ Fransız³¹ ve İsviçre³² mevzuatlarında bu hüküm kaldırıp birinci evlenmenin sona ermesinden sonra sadece kadın için on aylık bir bekleme süresi belirlenmiştir.³³

İsviçre Eski Medenî Kanunu da aynı hükmü tekrarlayarak boşanmadan sonra on aylık süre içerisinde doğan çocukları da boşanma ile sona bulan evlilik içi doğmuş kabul ediyordu. Bu karinenin sebebi bekleme süresi içerisinde kadın tekrar evlenirse çocuğun nesebinin hangi babaya ait olacağını sorununa mani olarak gösteriliyordu. An-

²⁸ TKM m.95.

²⁹ Esat Arsebük, Medenî Hukuk cilt II, Recep Ulusoglu Basımevi, Ankara1940, 619.

³⁰ Eski Alman Medenî Kanunu m. 1313.

³¹ Eski Fransız Medenî Kanunu m. 228, 296.

³² Ahvali Şahsiyetin Tesbit ve Tescili ve Evlenme hakkında 24 12 1874 tarihli Federal Kanunu m. 28.

³³ A. Egger, Medeni Kanun Şerhi Aile Hukuku, Kenan Matbaası, İstanbul 1943, 75.

cak evlilikleri kocalarının gaip olması nedeniyle son bulmuş olan kadınlar için ayrıca bir bekleme süresine gerek duyulmuyordu.³⁴

İsviçre Medenî Kanunu'nda değişikliklerden önce bekleme süresi m. 103'de düzenlenmişti. Bekleme süresi 300 gün olarak belirlenmiş ve bu süre kocanın vefat ettiği günden, boşanma hükmünün kesinleştiği günden itibaren hesaplanmaktaydı. Eski Fransız Medenî Kanunu m. 296 uyarınca hâkim eğer tarafların ayrı yaşamasına karar verdiyse bekleme süresi bu ayrılık kararı tarihinden itibaren hesaplanmaktaydı.³⁵

İsviçre, Alman ve Fransız Medenî Kanunları, bekleme süresinin kısaltılmasına istisna olarak, kadının ölü ya da diri doğurmasıyla bekleme süresinin biteceğini belirtmiştir. Bunun yanında hâkimin eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri halinde ve kadının önceki evlilikten gebe kalmasının mümkün olmadığı hallerde kadın bekleme süresinden muaf tutulabilmekteydi. Önceki evlilikten gebe kalmadığını ispat yükü kadının üzeriydi. Kadın, uzun ve kesintisiz süre yurt dışında bulunduğunu, uzak yerde kesintisiz ikamet ettiğini ya da gece gündüz sürekli aynı iş yerinde çalışmasını ya da hastalık sebebiyle gebe kalmasına imkân olmamasını ispat edebilirdi. Bunlara ek olarak gebe olmadığını kesinlikle doktor raporu ile ispat etmesi gerekmektedir. İsviçre'de Federal Mahkeme hükümlerince³⁶ müddet kısaltıldıktan sonra doğan çocuklar ikinci evlilik içinde doğmuş sayılmaktaydı. Ancak nesebe itiraz olursa hâkim uyuşmazlığı çözmekteydi.³⁷ Benzer şekilde İsviçre Federal Mahkemesi 1930 tarihli bir kararında üç yüz günlük iddet süresi dolmadan tekrar evlenen kadının iddet süresi bitmeden doğan çocuğunun ikinci koca namına sicile kaydedilmesi gerektiğine hükmetmiştir.³⁸

Bekleme süresine uyulmaması hali TKM m. 122 ve İsviçre Medenî Kanunu m. 130'da düzenlenmişti. İsviçre'de doktrinde bekleme süresi bir şekil eksikliği gibi görülmüş ve evli çiftlerin rızası hilafına evlilik-

³⁴ Egger, 1943,75.

³⁵ Egger, 1943, 76.

³⁶ İsviçre Federal Adliye Nezareti, Schweizreiche Juristen Zeitung, 28, 117.

³⁷ Egger, 1943, 77.

³⁸ Sabri Erdem, Yerli-Yabancı İlmi Kazai İçtihatlarla Aile Hukuku (Evlenme Boşanma Nafaka) , İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1966, 61.

lerinin fesih edilmesinin yarardan çok zarar getireceği bu sebeplerle bekleme süresi dolmadan evlenenlerin evliliklerinin geçerli sayılması gerektiği görüşü hâkimdi.³⁹

Her ne kadar bekleme süresi dolmadan yapılan evlilikler geçerli sayılsa da evlenme yasağına aykırı şekilde nikâhı kıyan memurlara yaptırımlar uygulandığı görülmüştür. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, 2002 tarihli bir kararında, evlendirme yasağına uymadan evlendirme işleminde bulunan memura o tarihte yürürlükte bulunan Ceza Yasası m. 237/2 uyarınca mahkûmiyet cezası verilmesi hükmünü, iddet süresi bitmeden kadını evlendirmenin ön ödemeli suçlardan sayıldığı gerekçesi ile bozmuştur.⁴⁰

3. 4721 SAYILI TÜRK MEDENÎ KANUNU DÖNEMİNDE BEKLEME SÜRESİ

2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun ikinci kitabı olan Aile Hukuku'nun birinci kısmını evlilik hukuku oluşturmaktadır. Bu kısmın nişanlanma ayırımı müteakip ikinci ayırımı ise evlenme ehliyeti ve engelleri konuludur. Türk Medenî Kanunu uyarınca geçerli bir evlilik sözleşmesi için tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Evlenme ehliyeti ise evlenmek için gerekli olan ayırt

³⁹ Sabri Erdem, 1966, 102.

⁴⁰ Yargıtay 4. Ceza Dairesi E. 2002/5044 K. 2002/6746 T. 24.4.2002 Özet: Köy muhtarı olan sanığın önceki eşinden boşanmış olan kişiyi eski Medenî Kanun'un 95. maddesinde öngörülen 300 günlük iddet süresini beklemeden evlendirme eyleminde oluşan TCY'nin 237/2.maddesindeki suçun ön ödemeye tabi suçlardan olduğu gözetilmeden yargılama yapılarak mahkumiyet kararı verilmesi hatalıdır. Dava: Yerel Mahkemece verilen hüküm temyiz edilmekle, başvurunun nitelik, ceza türü, süresi ve suç tarihine göre dosya görüşüldü: Karar: Temyiz isteğinin reddi nedenleri bulunmadığından işin esasına geçildi.Vicdani kanunun oluştuğu duruşma sürecini yansıtan tutanaklar, belgeler ve gerekçe içeriğine göre yapılan incelemede başkaca nedenler yerinde görülmemiştir. Ancak; 1- Köy muhtarı olan sanığın önceki eşinden boşanmış olan Hanife Özkan'ın eski Medenî Kanun'un 95.maddesinde öngörülen 300 günlük iddet süresini beklemeden evlendirme eyleminde oluşan TCY'nin 237/2.maddesindeki suçun ön ödemeye tabi suçlardan olduğu gözetilmeden yargılama yapılarak mahkumiyet kararı verilmesi, 2- Son oturumda hazır bulunan sanığa en son sözün verilmesi gerektiği gözetilmeden hüküm kurularak, CYY'nin 251.maddesine uyulmaması, Yasaya aykırı ve sanık M. G.'ün temyiz nedenleri ile tebliğnamedeki düşünce yerinde görüldüğünden hüküm bozulmasına, yargılamanın bozma öncesi aşamadan başlayarak sürdürülüp sonuçlandırılmak üzere dosyanın esas/hüküm mahkemesine gönderilmesine, 24.4.2002 tarihinde oybirliğiyle karar verildi.

etme gücüne sahip olmayı ve evlenme yaşına erişmeyi zorunlu kılmaktadır.⁴¹

TMK m. 124 ve devamında evlenme ehliyeti açıklamıştır: Olağan evlenme yaşı kadın ve erkek için 17 yaşını doldurmuş olmaktır. 17 yaşını dolduran kadın ve erkek henüz 18 yaşını doldurmadığı için fiil ehliyetine⁴² sahip değildir. Bu sebeple 17 yaşını dolduran ancak 18 yaşını doldurmamayan kişi yasal temsilcisinin izni olmadan evlenemez. Aynı şekilde 18 yaşını doldurmuş olsa da kişi kısıtlanmışsa tam fiil ehliyetine sahip değildir. Bu sebeple kısıtlının da evlenebilmek için yasal temsilcisinin iznini alması gerekmektedir. Olağanüstü durumların ve pek önemli sebeplerin varlığı halinde on altı yaşını doldurmuş olan erkek ve kadının evlenmesine de hâkim karar verebilir. Bu durumda yasal temsilcilerin onayı zorunlu değildir. Ancak olanak buldukça hâkim evlenme kararı vermeden önce anne ve baba veya vasiyi dinler.

Evlenme ehliyetinin varlığı tek başına evlilik sözleşmesinin geçerli olması için yeterli değildir. Geçerli bir evliliğin kurulumu için evlenme ehliyetini olumlu şart olarak nitelendirirsek, bunun yanında olumsuz şartın yani evlenme engellerinin de gerçekleşmemiş olması gerekmektedir. Fakat evlenme engellerinin tümü evliliğin geçerliliğini aynı ölçüde etkilememektedir. Bazı evlenme engelleri evliliği kesin olarak hükümsüz kılarken, bazı evlenme engelleri ise evlenme sözleşmesinin geçerliliğini etkilememektedir.

Evlenme sözleşmesini kesin hükümsüz kılan evlenme engelleri kesin evlenme engelleri veya bozucu/infisahî evlenme engelleri olarak da anılabilmektedir.⁴³ Kesin evlenme engelinin bulunması halinde yapılmış olan evlilik en ağır hükümsüzlük derecesine yani mutlak butlan yaptırımına bağlanmıştır.⁴⁴ TMK m. 145 mutlak butlan yaptırımına sahip olan kesin evlenme engellerini; eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli

⁴¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 44.

⁴² TMK m. 10'da fiil ehliyetine sahip olmanın koşulları belirlenmiştir. Bu koşullar; ayırt etme gücüne sahip olma, kısıtlı olmama ve ergin olmadır. Erginlik on sekiz yaşının doldurulmasıyla başlar.

⁴³ Bilge Öztan, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, 148.

⁴⁴ Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku ve Aile Hukuku ikinci cilt 19. Bası, beta, İstanbul 2016, 72.

sebeple ayırtım gücüne sahip olmaması, eşlerden birinde evlenmeye engel olacak kadar akıl hastalığı bulunması ve eşler arasında evlenmeye engel olacak hısımlığın bulunması olarak sayılmıştır.⁴⁵

Evlenme sözleşmesini kesin olarak hükümsüz kılmayan evlenme engelleri; evlenme sözleşmesinin geçerliliğine etki etmeyen engeller, kesin olmayan evlenme engelleri, geciktirici/tâliki evlenme engelleri olarak da adlandırılmaktadır.⁴⁶ Kesin olmayan evlenme engelleri TMK m. 132'de düzenlenen kanuni bekleme süresi ve 1930 tarihli Umumi Hıfzıssıhha Kanunu m. 122-124'de düzenlenen nesebe zararlı kalıtsal hastalıklardır. Kesin olmayan evlenme engellerinden birinin varlığına rağmen her nasılsa evlilik yapılmışsa evliliğin butlanına karar verilmez, evlilik ahlaki sebeplerden geçerli sayılır.⁴⁷

Kadının kanuni bekleme süresine ilişkin madde İsviçre Medeni Kanunu'nun 26.06.1998 tarihli Federal Kanun ile 01.01.2000 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılan 103. maddesine dayanarak kaleme alınmıştır.⁴⁸ Kaynak kanunu olan İsviçre Medeni Kanunu'nda bekleme süresi evlenme engelleri arasından çıkarılmıştır. İsviçre Medeni Kanunu'nda evlenme engelleri akrabalık, evlatlık ilişkisi⁴⁹ ve önceki evliliğidir.⁵⁰

İddet, TKM'de müddetler başlığı altında m. 95 de ve m. 96 da düzenlenmişken, bu süre kadın için bekleme süresi şeklindeki tek başlık altında TMK m. 132'de aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

⁴⁵ Her ne kadar mutlak butlan sebepleri arasında eşlerin aynı cinsiyetten olması yer almasa da yasa koyucu evliliğin doğası gereği kadın ve erkek arasında gerçekleşebileceğini göz önünde tutarak böyle bir düzenleme yapma gereği hissetmemiştir. Bunun yanında Medeni Kanun'da evlilik başvurusu ve evlenme yaşı gibi hükümlerde sık sık kadın ve erkek sözcüklerini kullanmaktadır. (Kılıçoğlu, 2015:44). Türk hukukunda evliliğin sadece kadın ve erkek arasında yapılması mümkündür. Bu sebeplerle aynı cinsiyetten iki kişinin evlenmesi de mutlak butlanla batıldır.

⁴⁶ Bilge Öztan, 2015, 154; Akıntürk ve Ateş, 2016, 80.

⁴⁷ Bilge Öztan, 2015:154.

⁴⁸ İlhan Helvacı, Gerekçeli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medenî Kanunu cilt II Aile Hukuku 12. Levha Yayınları, İstanbul 2013, 59.

⁴⁹ bkz ZGB 95 Jolanta Kren Kostkiewicz Ivo Schwander Stephan Wolf ZGB Handkommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch orel füsseli Zurich 2006, 97.

⁵⁰ bkz ZGB 96, Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt, Thomas Gieser, Basler Kommertar zum Schweizerischen Privatrecht, I Art. 1-456 ZGB, Helbing & Lichtenhahn, Basel Genf München, 2002, 628.

“Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez.

Doğurmakla süre biter.

Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıının anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır.”⁵¹

TKM m. 95 ve m. 96’da hâkimin bekleme süresini kısaltabileceği ifade edilmiştir. Hâkimin süreyi kısaltma konusunda takdir yetkisi bulunmaktadır. Yürürlükteki TMK m.103 son fıkrada ise mahkeme bu süreyi kaldırır ifadesi bilinçli kullanılmıştır. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığıının anlaşılması ya da eşlerin tekrar evlenmek istemeleri halinde mahkeme süreyi tamamen kaldırmak zorundadır. Bu konuda hâkimin takdir yetkisi yoktur.

Evlendirme Yönetmeliği’nin 15. maddesinin c bendi, kadının kanuni bekleme süresini evlendirme engeli olarak saymıştır.⁵² Aynı Yönetmeliğin 23. maddesi uyarınca evlendirme memuru nikâh başvurusunda bulunan tarafların başvuru dosyasında herhangi bir evlendirme engeli tespit ederse evlendirmeyi reddeder. Bu engelin yokluğu ispatlanmadıkça taraflar evlenemez. Fakat her nasılsa kesin olmayan evlenme engeli olan kanuni bekleme süresine rağmen nikâh memuru başvuruyu reddetmez, evliliği yaparsa evlilik yine de geçerli olur. Kanuni bekleme süresi dolmadan kadının tekrar evlenmesi son evliliğini geçersiz kılmaz.⁵³

Doğurmakla ile süre kendiliğinden bitecektir. Çocuğun ölü doğması ya da kadının düşük yapması da doğum kapsamında değerlendirilmektedir.⁵⁴ Bu gibi durumlarda mahkeme kararına gerek yoktur.

⁵¹ İlhan Helvacı, 57,59.

⁵² Evlendirme Yönetmeliği m. 15 bend c) Kadın için kanuni bekleme süresinin dolmamış olması; Boşanmış, evliliğin butlanına hükmedilmiş veya kocası ölmüş kadın, boşanma veya evliliğin butlanına dair mahkeme kararı veya kocasının ölüm tarihinden itibaren üç yüz gün geçmedikçe yeniden evlenemez. Ancak kadın üç yüz günlük süre dolmadan önce doğum yaptığı veya mahkemece bu sürenin kısaltılmasına veya kaldırılmasına karar verildiği takdirde, kadın için bekleme süresi ortadan kalkar.

⁵³ Abdülkerim Yıldırım, Türk Aile Hukuku, Savaş Yayınevi, Ankara 2014: 30.

⁵⁴ Bilge Öztan, 154.

TMK, gaiplik halinde kadının bekleme süresine ilişkin bir hüküm içermemektedir. TMK m. 131 uyarınca gaipliğine karar verilen kocanın eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe tekrar evlenemez. Evliliğin feshi, gaiplik başvurusuyla birlikte ya da ayrıca açılacak bir dava ile istenebilir. Ancak gaiplik kararı verilebilmesi en erken ölüm tehlikesi içinde kaybolma halinde bir, uzun süreden beri haber alamama halinde ise en son haber almadan itibaren beş yıl geçince istenebileceği için üç yüz günlük bekleme süresi çoktan dolmuş olacaktır. Bu sebeplerle gaiplik halinde bekleme süresinin önemi ya da uygulanabilirliği yoktur.

Dural gaiplik halinde üç yüz günlük bekleme süresinin önem kazanabileceği tek durumun kadının eşinin kaybolmasından itibaren üç yüz gün geçmeden hem evlenmesi hem de bu süre içinde bir çocuk doğurması olduğunu belirtmiştir. Bu durumda dahi ilk evlilik feshedilmeden ikinci evlilik yapıldığı için ikinci evlilik mutlak butlanla batıldır. Ancak TMK m. 156 uyarınca mutlak butlanla batıl olan bir evlenme butlana karar verilinceye kadar geçerli bir evlenmenin tüm sonuçlarını doğuracağı için çocuk hem ikinci evliliğin içinde doğduğu hem de birinci evliliğin sona ermesinden itibaren üç yüz gün geçmeden doğduğu için iki evlilik yönünden de evlilik içinde doğmuş sayılacaktır. Bu durumda karinelerin çakışmasına ilişkin TMK m. 290 uygulanacak ve aksi ispat edilmedikçe ikinci evlilikteki koca baba sayılacaktır.

4. BEKLEME SÜRESİNİN KALDIRILMASI DAVASI

Türk Medenî Kanunu m. 132 f. III da bekleme süresinin kaldırılması davası düzenlenmiştir. Kadının gebe olmadığına anlaşılması ya da boşanan eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri hallerinde bekleme süresinin kaldırılması davası açılır.

1. Eşler Birbirleriyle Tekrar Evlenmek İsterse

Eğer eşler birbirleriyle bekleme süresi içerisinde tekrar evlenmek istediklerini beyan ederlerse mahkemenin bu konuda takdir yetkisi yoktur ve süreyi kaldırmak zorundadır.⁵⁵ Kadının bekleme süresine

⁵⁵ İlhan Helvacı, 59.

ilişkin hükmün nesep karışıklığını önlemek gerekçesiyle mevzuatımızda bulunmasına rağmen kanunun eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek istemeleri halinde bile bekleme süresi öngörmesi dikkat çekicidir. Arsebük, boşanan eşlerin tekrar birbirleriyle evlenmek isteseler dahi bekleme süresini kaldırmak için mahkemeye başvurmak zorunda olmalarını boşanmanın suiistimal edilmesini önlemek olarak açıklamaktadır.⁵⁶

2. Kadının Gebe Olmadığının Anlaşılması

Kadının, kanuni bekleme süresi bitmeden yeniden evlenmek istemesi halinde bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin dava açması gerekmektedir. Bekleme süresinin kaldırılması davası gebe olmadığının anlaşılması hukuki sebebiyle açılırsa bu durumun doktor raporuyla belgelenmesi gerekmektedir.⁵⁷

3. Usul Hükümleri

Bekleme süresinin kaldırılması davası, 2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca Aile Mahkemesinde görülmektedir. Aynı kanun m. 2 uyarınca Aile Mahkemesi kurulamayan yerlerde bekleme süresinin kaldırılması davası Asliye Hukuk Mahkemesinde açılmalıdır. 2003 tarihli ve 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kuruluş Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un yürürlüğe girmeden önce bekleme süresinin kaldırılması davasında görevli mahkeme Sulh Hukuk Mahkemesiydi. Görevsiz mahkemede dava açmak mahkeme tarafından kendiliğinden göz önünde tutulur. Bu nedenle görevsiz mahkemede bekleme süresinin kaldırılmasına ilişkin bir dava açılması halinde dosya görevli Aile Mahkemesine, Aile Mahkemesi kurulmamışsa Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmelidir.⁵⁸

⁵⁶ Eski Fransız Medenî Kanunu'nda boşanan eşlerin birbirleriyle tekrar evlenemeyecekleri hüküm altına alınmış bu sayede karı kocanın boşanma davası açmadan önce duygularıyla değil mantıklı bir karar vermeleri sağlanmaya çalışılmıştı. Arsebük 622, 623.

⁵⁷ Ömer Uğur Gençcan, Aile Hukuku, Yetkin Yayınları, İstanbul 2011, 303.

⁵⁸ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bekleme süresi ile ilgili E. 2003/1021 K. 2003/4465 31.3.2003 tarihli kararı: Taraflar arasındaki davanın yapılan muhakemesi sonunda mahalli mahkemece verilen ve yukarıda tarih numarası gösterilen hüküm tem-

Bekleme süresi, evlilik boşanma ile sona ermişse boşanmanın kesinleştiği tarihte başlar.⁵⁹ Bekleme süresinin kaldırılması davasında yetkili mahkeme kadının yerleşim yeri mahkemesidir. Bekleme süresinin kaldırılmasını isteyen kadın, davasını gebe olmadığı hukuki sebebine dayandırmışsa davayı hasımsız olarak açmalıdır. Gençcan, bekleme süresinin kaldırılması davasının eşlerin tekrar birbirleriyle evlenebilmelerini sağlayabilmek için açılması halinde, kadının açılan

yiz edilmekle evrak okunup gereği görüşülüp düşünüldü: Karar: Göreve ilişkin kurallar kamu düzeniyle ilgili olduğundan yeni kanunla kabul edilen görev kuralları geçmişe etkili olup, eldeki davalara da uygulanır. Görev kurallarına aykırılık hükmü kesinleşmesine kadar gerek mahkemece gerekse Yargıtay tarafından kendiliğinden göz önünde tutulur. Kadın için bekleme süresinin kaldırılmasına, TMK md. 132, 4787 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu açıktır. O halde mahkemece yapılacak iş; görevsizlik kararı verilerek dosyanın Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesidir. Bu yön gözetilmeden verilen kararın bozulması gerekmektedir. Sonuç: Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple bozulmasına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 31.03.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 11211- 12163 sayılı ve 18.09.2008 tarihli kararında "Boşanmaya ilişkin ilamın 19.04.2006 tarihinde kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesin hüküm veya delil etkisinin yabancı mahkeme kararının kesinleştiği 19.04.2016 tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğine ve kesinleşme tarihinden itibaren 300 günlük süre (TMK 132. m) dolduktan sonra davacı kadın tarafından bekleme süresinin kaldırılması davası açıldığından davacı kadının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından hükmün sonucu itibarıyla doğru olduğunun anlaşılmasına göre onanmasına" karar verilmiştir. bkz. Gençcan, 2011:302.

Ömer Uğur Gençcan, 2011:304.

Ali Yarayan, Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, 269.

İlhan Helvacı, 59.

Gençcan, 2011:305/son ilişkin davaların Sulh Hukuk Mahkemesinde görüleceğine dair Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 8. maddesi II/4. Bendi, 4787 sayılı Yasa'nın 9. maddesi ile yürürlükten kaldırılmış olup görevli mahkemenin Asliye Hukuk Mahkemesi olduğu açıktır. O halde mahkemece yapılacak iş; görevsizlik kararı verilerek dosyanın Asliye Hukuk Mahkemesine gönderilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden verilen kararın bozulması gerekmektedir. Sonuç: Temyiz edilen kararın gösterilen sebeple bozulmasına, temyiz peşin harcının yatırana geri verilmesine, 31.03.2003 gününde oybirliğiyle karar verildi.

⁵⁹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 11211- 12163 sayılı ve 18.09.2008 tarihli kararında "Boşanmaya ilişkin ilamın 19.04.2006 tarihinde kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesinleştiği görülmekle yabancı ilamın kesin hüküm veya delil etkisinin yabancı mahkeme kararının kesinleştiği 19.04.2016 tarihinden itibaren hüküm ifade edeceğine ve kesinleşme tarihinden itibaren 300 günlük süre (TMK 132. m) dolduktan sonra davacı kadın tarafından bekleme süresinin kaldırılması davası açıldığından davacı kadının dava açmakta hukuki yararı bulunmadığından hükmün sonucu itibarıyla doğru olduğunun anlaşılmasına göre onanmasına" karar verilmiştir. bkz. Gençcan, 2011:302.

davada sona eren evlilikteki eşine husumet yöneltmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁰

Bekleme süresinin kaldırılması davası hangi sebeple açılmış olursa olsun mahkemenin vereceği karar tespit niteliğinde olup evlenmeye izin verip vermeme konusunda mahkemenin takdir yetkisi bulunmamaktadır.⁶¹ Türk Kanunu Medenî'sinde hâkime bekleme süresini kısaltma yetkisi verilmişken, Türk Medenî Kanunu 132. madde uyarınca kadının gebe olmadığı anlaşılırsa ya da eşler tekrar evlenmek isterlerse hâkimin sürenin tamamen kaldırılmasına karar vermesi gerekmektedir.⁶²

Yabancı kadınlar için kendi milli hukukunda bekleme süresine ilişkin açık bir düzenleme yoksa bu hüküm uygulanmazken, eğer milli hukukunda bekleme süresine ilişkin açık hüküm varsa kendi milli hukukundaki hüküm uygulanır.⁶³

Hatemi, bekleme süresinin yerinde bir düzenleme olduğunu, ancak nesebin reddi davasını açma hakkının, baba olduğunu iddia eden kişiye verilmesinin erkeklik onuruna aykırı olduğunu ileri sürmektedir.⁶⁴ Hatemi konuyla ilgili çekincelerini aşağıdaki gibi ifade etmiştir:

“İddet müddetinin kanunda muhafaza edilmesi yerinde olmuştur. İkinci evliliğin karinesine üstünlük tanımak her olayda somut olay adaletine uygun olmayabilir. Şu halde soy bağının karışması ihtimalini önlemek için bu sürenin kanunda muhafazası daha uygundur. Ne var ki ikinci evliliğin karinesine üstünlük tanınması ve dolayısıyla sona eren evlilikteki eşe soy bağının reddi hakkının -koca dava açacak durumda ise - tanınmaması; kanaatimce çok kötü bir sonuç doğurmuş, karinelerin çakışması maddesinden (TMK m. 290) sonra gelen TMK m. 291 e göre baba olduğunu iddia eden kişiye de kocanın soy bağını reddetme hakkı verilmiştir. Bu ibare evli bir kadınla ilişkisini yüzüstü ilan eden ahlaksızlara da yarayabilir. ‘İmam nikahı’denilen fiili birliktelikler sona erdikten sonra kadının başkasıyla resmen evlen-

⁶⁰ Ömer Uğur Gençcan, 2011:304.

⁶¹ Ali Yarıyan, Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler, Yetkin Yayınları, Ankara 2013 269.

⁶² İlhan Helvacı, 59.

⁶³ Ömer Uğur Gençcan, 2011 :305

⁶⁴ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 58

mesi halinde erkeği babayı korumak amacıyla konan bu madde ahlaksızları koruyan madde haline gelmemiş midir?"⁶⁵

Doktrinde bizim de katıldığımız bekleme süresinin kaldırılması gerektiğini savunanlar ise gerekçe olarak günümüz teknolojisiyle gerçek babanın DNA testleriyle belirlenebilme olanağının varlığına ve TMK m. 290'da düzenlenen karinelerin çakışması hükümlerine dayanmaktadırlar.

Gençcan, babalık karinelerinin çakışması durumunda hangi karineye üstünlük tanınacağına TMK m. 290'da belirtilmiş olmasına rağmen yine de bekleme süresinin öngörülmesini aşağıdaki şekilde eleştirmiştir:

*"Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmişse ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır. Karinelerin çakışmasına yönelik 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda bu şekilde açık bir düzenleme bulunmasına rağmen kanun koyucu yine de evliliği sona eren kadın için bekleme süresi öngörmüştür. Paralel düzenleme olan İsviçre Medenî Kanunu'nun bekleme süresine ilişkin 103. maddesi yürürlükten kaldırılmıştır."*⁶⁶

Dural, bekleme süresinin günümüzde bir anlamı olmadığını aşağıdaki şekilde ifade etmektedir:

*"Belirtmek gerekir ki bugün DNA testleri ile % 99.99 a varan bir kesinlikle babanın kim olduğunu anlaşılabildiği düşünülecek olursa bu bekleme süresinin bir anlamı olduğu söylenemez. Kaldı ki MK 290, ananın ilk evliliğinden itibaren üç yüz gün geçmeden yeniden evlenmesi ve yine üç yüz gün geçmeden bir çocuk doğurması halinde kimin baba sayılacağına ilişkin bir karine getirilmiştir. Bu karine ile de babanın eski koca mı yoksa yeni koca mı olduğu belirlenebileceğine göre MK 132'nin tümüne gerek yoktur. Nitekim İsviçre'de ZGB Art. 257 ile MK 290 a paralel bir hüküm getirilince MK 132 yi karşılayan ZGB eski Art. 103 yürürlükten kaldırılmıştır."*⁶⁷

⁶⁵ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, 58.

⁶⁶ Ömer Uğur Gençcan, 2011:301.

⁶⁷ Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016, 60.

Kanımızca günümüz teknolojisi göz önünde bulundurulduğunda bir kadının hamile olup olmadığını anlamak için üç yüz gün beklemek manasızdır. Neredeyse her türlü sağlık kurumunda kolaylıkla yapılabilen kan testleriyle (HCG) şüpheli ilişkiyi müteakip bir hafta sonra bile gebelik tespit edilebilmektedir.⁶⁸ Bunun yanında kadının gebe olmadığı bir doktor raporu ile tespit edilebilecekken bu tespitin mahkeme tarafından yapılmasını beklemek de gereksiz zaman ve emek kaybına yol açacaktır. Ayrıca tekrar birbirleriyle evlenmek isteyen çiftlerin bile bu süreyi kaldırma davasını açmalarını zorunlu tutmak mahkemeleri boş yere meşgul etmektedir. Boşandıktan sonra tekrar birbiriyle evlenmek isteyen eşlere böyle bir zorunluluk getirmenin amacı nesebi korumak olarak gerekçelendirilemez.

5. CİNSİYET EŞİTLİĞİ VE AYRIMCILIK YASAĞI AÇISINDAN BEKLEME SÜRESİ

İslamiyet'ten önceki Türk toplumlarında kadın erkek eşitliği diğer ülkelere göre çok daha ileri seviyedeydi. Göçebe şartlarda yaşayan Türk toplumlarında kadınlar da erkekler gibi ata biner, ava çıkar, sürü sahibi olabilir, çiftçilik yapar, sosyal ve kültürel hayata katılırlardı. Dede Korkut Hikâyeleri, Orhun Kitabeleri, Eski Çin kaynakları incelendiğinde eski Türklerin kadına verdiği değer ve önem ortaya çıkmaktadır. Türk Hanları siyasi, askeri eşleri olan hatunları yanlarında bulundurmuşlar, fermanlarını genellikle Hakan ve Hatun buyurur ki diye başlatmışlardır. Eski Türklerde kadın evlenince soyadını korur ve kendi mal varlığı üzerinde tasarruf yetkisi vardır. Toplumun genelinde tek eşlilik yaygındır. Fatih ve Oğuz boylarında tek eşlilik hâkimken daha sonraları büyük şehir hayatına geçilmesiyle nadir de olsa üst tabakandan alt tabakaya doğru tek eşlilik geleneği bozulmaya başlamıştır. Eski Türklerde evli kadına tecavüzün cezası idamdır. Eski Türkler, çağdaşı olan ülkelerle kıyaslandığında kadına hukuki statü açısından çok daha fazla önem vermişlerdir.⁶⁹

⁶⁸ Detection of Early Pregnancy Forms of Human Chorionic Gonadotropin by Home Pregnancy Test Devices *Clinical Chemistry* 47:12 2131-2136 (2001) Vol. 47, Issue 12 December 2001 <http://clinchem.aaccjnls.org/content/clinchem/47/12/2131.full.pdf>

⁶⁹ Gül Akyılmaz, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, *Göksu Maatbacılık*, Konya 2000,11-16.

İslam hukukunda kocasının ölümü anında gebe olmadığı kesin olan kadın⁷⁰ da 4 ay 10 gün beklemek zorundadır. Bunun gerekçesi ise babalığın tespiti değil kocanın hatırasına saygıdır.⁷¹ Ancak kadının ölümü halinde erkeğin karısının hatırasına saygı için 4 ay 10 gün beklemek gibi bir zorunluluğu yoktur.

4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Medeni Kanunu eski dine dayalı hukuk düzenini terk ederek tamamen farklı çağdaş modern, laik modern ve bazı ayrık durumlar dışında kadın erkek eşitliğini elden geldiğince gözeten bir sistem getirmiştir.⁷²

1961 Anayasası'nda eşitlik ilkesi "temel hak ve ödevler" kısmında düzenlemiştir. 1982 Anayasası ise eşitlik ilkesini "Genel Esaslar" kısmında düzenlemiştir. Özbudun, eşitlik ilkesinin genel esaslar kısmında düzenlenmesinin, eşitliğin temel bir devlet yönetimi ilkesi olarak düşünülmesi gerektiği görüşünü desteklediğini ileri sürmektedir.⁷³ Gözler, eşitlik ilkesinin 1982 Anayasası'nda düzenlendiği yer itibariyle devlet yönetimine egemen olan "bağımsız bir temel ilke niteliğinde" olduğunu, temel hak ve ödevler kısmında düzenlenmediği için bu ilkenin "temel hak" olmadığını savunmaktadır.⁷⁴

1982 Anayasası 10. maddesi, herkesin cinsiyet ayırt edilmeksizin eşit olacağını vurgular. 07.05.2004 tarihinde ve 5170 sayılı Anayasa değişikliğiyle bu maddeye "Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir" fıkrası eklenmiştir. 10. maddenin 2. fıkrasında düzenlenen kadın erkek eşitliğini yaşama sağlamakla alınacak tedbirlerin eşitliğe aykırı olarak yorumlanamayacağı hükmü, 12 Eylül Halkoylaması ile kabul edilen 07.05.2010 tarih ve 5982 sayılı Anayasa Değişikliği Kanunu ile kabul edilmiştir.

Pozitif cinsiyet ayrımcılığı, fiili kadın erkek eşitsizliklerini gidermek için seçilme kotası konulması, doğum izni alma gibi bazı alan-

⁷⁰ Henüz buluğa ermemiş zıfafta bulunmamış karı koca ayrı yaşıyor.

⁷¹ Halil Cin, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, ikinci baskı, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988, 120. (Cin, Evlenme)

⁷² Zevkliler, 47,48.

⁷³ Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, 13. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2012, 152,153.

⁷⁴ Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2016, 98.

larda kadınlara öncelik verilmesidir.⁷⁵ 10. maddenin 2. fıkrası, gerçek hayatta kadın erkek arasında bir eşitlik yoksa devlet kadınlar lehine pozitif ayrımcılık yaparak bu eşitliği fiilen gerçekleştirmelidir, şeklinde yorumlanabilir.⁷⁶

Eşitlik mutlak eşitlik ve nispi eşitlik olarak iki çeşittir. Kişisel ya da özel durumlar göz önünde bulundurulmaksızın herkese aynı kanunların uygulanması mutlak eşitliğin bir gereğidir.⁷⁷ Nispi eşitlik ise aynı durumda bulunan kişilere aynı işlemlerin uygulanmasıdır. Bu durumda *“farklı durumlarda bulunan kişiler, farklı işlemlere tabi tutulabilirler”*.⁷⁸ Bu ilkeye göre eşit olmayanlara farklı kanunların uygulanması eşitlik ilkesine aykırı görülmez.

Türk hukuk devriminin en büyük temel taşlarından biri sayılan 1926 tarihli Türk Kanunu Medenîsi, zamanla yaşanan çağın ve gelişen teknolojinin ihtiyaçlarına cevap veremez olunca Adalet Bakanlığı yeni bir medenî kanun için öntasarırlar hazırlamaya başlamıştır.⁷⁹ 2001 tarihli Türk Medenî Kanunu hazırlanırken 1971 ve 1984 tarihli ön tasarılar, İsviçre Medenî Kanunu, Alman Medenî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu kısmen de olsa İtalyan Medenî Kanunu’ndan faydalanılmıştır. Olanak buldukça da Türk ve İsviçre doktrininde ve yargı kararlarında ileri sürülen görüşlerden yararlanılmıştır.⁸⁰ Sonuç olarak ortaya çıkan yürürlükteki Türk Medenî Kanunu, önceki medenî kanunlardan farklı hükümler içeren ve özellikle kadın erkek eşitliğine her alanda yer veren bir kanun haline gelmiştir.⁸¹

Türk Medenî Kanunu gerekçesinde değişikliklerin, kadın erkek eşitliğini sağlamak için yapıldığı aşağıdaki gibi ifade edilmiştir:

“Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı aile hukuku alanında ve özellikle kadın erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hü-

⁷⁵ Seda İrem Çakırca, Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. m. 187'nin Değerlendirilmesi, Rona Serozan'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010, 703,748, 708.

⁷⁶ Kemal Gözler, 97.

⁷⁷ Halil Kalabalık, İnsan Hakları Hukuku Kavram Uygulama Hak ve Ödevler, Seçkin, Ankara 2013, 384.

⁷⁸ Kemal Gözler, 100.

⁷⁹ Bilge Öztan, Türk Medenî Kanunu 2. Bası Turhan Kitabevi, Ankara, 2002 s.1, 6. (Türk Medenî Kanunu Genel Gerekeç).

⁸⁰ Türk Medenî Kanunu Genel Gerekeç bkz. 8.

⁸¹ Türk Medenî Kanunu Genel Gerekeç bkz. 8.

kümlerde yapılmış böylece bütün modern hukuk sistemlerinde benimsenmiş olan ve yürürlükteki Kanunda da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan eşitlik ilkesi yeni düzenlemeyle daha da pekiştirilmiş bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin hepsi değiştirilmiştir”.⁸²

Yüksel, kadın erkek eşitliğini “*eşitlerin eşitliği*” olarak tanımlayarak, “*eşit olmayanların eşitsizliği*”nin eşitlik ilkesini ihlal etmeyeceğini⁸³ buna uygun olarak da kadının biyolojik özelliği sebebiyle hak ehliyetine getirilen iddet süresi sınırlamasının kadın erkek eşitliğini bozan bir hüküm olarak algılanmaması gerektiğini savunmuştur.⁸⁴ Oysaki bu anlayış yukarıda açıklanan Türk Medenî Kanunu’nun değişikliklerinin kadın erkek eşitliğini sağlamak üzere yapılması anlayışına ters düşmektedir. 1982 Anayasası 10. maddesi 2. fıkrası, devlete kadın erkek eşitliğini sağlama görevi yüklemektedir.

1982 Anayasası’nın 90. maddesi uyarınca, usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşmalara, iç hukuka nazaran üstünlük tanınmıştır. Özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, iç hukukumuzda nazaran üstün konumda kabul edilmektedir.⁸⁵ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 12. maddesinde evlenme ve aile kurma hakkını, 14. maddesinde ise korunan hak ve özgürlüklerden yararlananlar arasında ayrımcılık yapma yasağını düzenlemiştir.⁸⁶

Türkiye’nin 1985 yılında imzalayıp yürürlüğe koyduğu 1972 tarihli Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi

⁸² Türk Medenî Kanunu Genel Gereke bcz. 10.

⁸³ Sera Reyhani Yüksel, Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın Erkek Eşitliği, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, (2014 Ankara) C.XVIII, , Sa 2, s. 182.

⁸⁴ Sera Reyhani Yüksel, 186,187.

⁸⁵ 2004 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle hiyerarşi bakımından usulüne uygun yürürlüğe konmuş anlaşmalar yasa hükmündedir. Ancak m.90 burada uluslararası anlaşmalar ile iç hukukun çatışmasında hangisine üstünlük tanınacağını belirlemek için uluslararası anlaşmanın temel hak ve özgürlüklere ilişkin olup olmadığını kıstas almıştır. Eğer bir uluslararası anlaşmanın hükmü temel hak ve özgürlükleri içermiyorsa bu anlaşma kanun hükmündedir. Bu sebeple temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmayan bir uluslararası anlaşma hükmüyle iç hukuk kuralı çatışırsa lex posterior derogat ilkesi(eşit seviyedeki iki kanundan sonraki öncekini ilga eder)uygulama bulacaktır. Sonraki tarihli bir yasa temel hak ve özgürlüklere ilişkin değilse anlaşmayı bertaraf edebilecektir. Bcz. Melda Sur, Uluslararası Hukukun Esasları beta 9. baskı İstanbul 2015, 59, 60.

⁸⁶ Seda İrem Çakırca, 721.

(CEDAW) kadınların günlük yaşamlarını etkileyen din, gelenek, yasa kaynaklı cinsiyete dayalı ayrımcılığı sona erdirilmesini hedefleyen en temel insan hakları metinlerinden biridir.⁸⁷ CEDAW madde 16'ya göre kadın ve erkek evlilik sürecinde ve evliliğin son bulmasında eşit haklara sahip olacaklardır.

Kanımca, Türkiye'nin tarafı olduğu usulüne uygun yürürlüğe sokulan uluslararası anlaşmalar, 1982 Anayasası ve Medeni Kanunumuz kadın ve erkek arasında mutlak bir eşitlik sağlama amacı gütmektedir. Kadınlara erkeğin biyolojik farkından dolayı sadece kadın lehine olarak pozitif ayrımcılık yapılabilir ve kadının erkekten farklı olarak sahip olduğu biyolojik özelliklerin, kadının hak ehliyetini kısıtlar biçimde yorumlanması hem Türkiye'nin tarafı olduğu uluslararası anlaşmalara hem de Anayasamız ve Medeni Kanunumuzda⁸⁸ düzenlenen eşitlik prensibine aykırıdır.

6. EVLENME HAKKI VE BEKLEME SÜRESİ

İslam evlenme hakkına özel önem atfetmiş ve evlenme hakkını korumuştur. İslam Hukukunda kadın evlilik dışı bir ilişkiden gebe kaldıysa ve kendisini gebe bırakanla evlenecekse iddete tabi olmadan hemen evlenebilir. Bu çeşit evlenmelerin iyi olduğu konusunda mezhepler arasında fikir birliği vardır.⁸⁹

2001 tarihinde yürürlüğe giren Medeni Kanunumuz yüzyıllar öncesinde İslam Hukukunun iddet konusunda koyduğu kurallardan çok daha geridedir. Yukarıdaki bölümlerde izah edildiği gibi İslam Hukukunda iddet olaya ve kişiye göre değişiyordu. Boşanan kadınların hepsi de iddet beklemek zorunda değildi. En uzun iddet süresi 4 ay 10 gün olarak belirlenmişti. Oysaki yürürlükteki medeni kanunumuzda teknolojinin süratle değişimi göz önüne alınmamış süre 10 aya çıkarılmıştır. Kanunumuza 10 aylık süreyi almamızın sebebi olan kaynak

⁸⁷ İlyas Doğan, İnsan Hakları Hukuku, Astana Yayınları, Ankara 2015, 223; Ayrıntılı bilgi ve tam metin için bkz. <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/> (son erişim tarihi 14.08.2017)

⁸⁸ Medeni Kanun madde 8: "Her insanın hak ehliyeti vardır. Bütün insanlar hak ve fiil ehliyetini kullanmada eşittirler."

⁸⁹ Halil Cin, Evlenme, 120.

İsviçre Kanunu ve diğer Avrupa Kanunları, iddeti kanunlarından tamamen çıkararak neseple ilgili oluşabilecek sorunları bu konuya ilişkin olan karineler kısmında belirlemişlerdir.

Önceleri ölen eş ardından yas tutmak için konulan bekleme süresi sonraları soy bağının karışıklığının önlenmesi için aranmışsa da, günümüz tıp teknolojisi karşısında böyle bir endişeye mahal olmadığından, bu engelin yasada muhafaza edilmesi anlamsızdır ve evlenme hak ve özgürlüğüne aykırıdır.⁹⁰ Günümüzde bekleme süresi uygulaması bir çok ülkede gerek teknolojinin gelişmesi ve hamileliğin kolayca tespit edilebilmesi karşısında gerekse evlenme hakkının temel insan hakkı olması sebebiyle terk edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 12’de evlenme hakkı düzenlenmiştir: “ *Evlenme çağına gelen her erkek, kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal kanunlar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir*”.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 1987 tarihli F-İsviçre davasında 1943 doğumlu F. 1963 yılından itibaren dört kez evlenmiştir. F 1983 yılında 3. eşinden boşandığında mahkeme boşanmada ağır kusurlu taraf olduğu için kendisine İsviçre Medeni Kanunu’nun o zaman yürürlükte olan 150. maddesi uyarınca 3 yıl evlenmeme cezası vermiştir. F iç hukuk yollarını tükettikten sonra kendisine verilen 3 yıl boyunca evlenme yasağının, evlenme hakkını ihlal ettiğinden dolayı söz konusu geçici evlenme engelinin kaldırılması için Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’ne başvurmuştur.⁹¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 12. maddenin evlenme hakkını teminat altına aldığını, evlenme hakkının kullanılmasının Sözleşmeciler Devletlerin kendi ulusal yasalarına tabi olsa da bu kısıtlamaların evlenme hakkının özüne zarar verecek bir şekilde ya da derecede olamayacağını belirtmiştir:

⁹⁰ Ayşe Havutçu, “Evlenmenin Geçersizliği Konusunda İsviçre ve Alman Hukukundaki Gelişmeler, 1926’dan Günümüze Türk İsviçre Medeni Hukuku”; Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu, cilt 2, 789- 815, Yetkin Yayınevi, 2017, 798.

⁹¹ Case of F v. Switzerland, 1987, App No; 11329/85, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57490> (Son erişim tarihi 12.10.2017)

“Bu “kısıtlamalar”, Avrupa Konseyi’ne üye tüm Devletler’de koşul olarak yer alır ve usule ya da esasa ilişkin kuralların birer parçasıdır. Usule ilişkin kurallar temel olarak evliliğin duyurulmasını ve nikah törenini, esasa ilişkin olanlar ise ehliyet, muvaffakat ve evliliğe engel teşkil eden durumlar hakkındadır.

12. maddede evlenmeyle yeniden evlenme arasında bir ayrım bulunmadığından, F’ye uygulanan evlenme yasağı, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen kurallar uyarınca konmuştur... İhtilaf konusu tedbir, evlenme hakkının özünü etkilemiştir ve ulaşılmak istenen meşru amaçla orantısızdır. Bu nedenle 12. madde ihlal edilmiştir”.⁹²

Alman Medenî hukukunda yapılan değişikliklerle bekleme süresi evlenme engeli olmaktan çıkartılmış, evlenme engelleri önceki evlilik ve hısımlık olarak ikiye indirilerek evlenme özgürlüğünü sınırlama ma benimsenmiştir.⁹³

Ayrıca AIHS’nin 7 nolu ek protokolünün 5. maddesi eşler arasında eşitliği düzenlemektedir. Bu madde uyarınca; “ Eşler evlilikleri bakımından, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni nitelikteki haklar ve sorumluluklarından eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.”⁹⁴ Bu hüküm uyarınca evliliği sona eren erkeğin iddet süresi beklemeden evlenebilmesi hakkında kadınların da yararlanabilmesi gerekmektedir.

SONUÇ

Bekleme süresinin kanunumuza girişinin amacı nesep karışıklığını önlemektir. Oysaki babalık karinesine ilişkin hükümler ve karinele rin çakışması Türk Medenî Kanunu m. 285 ve devamında düzenlemiş

⁹² Gilles Duterte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003, 408.

⁹³ Ayşe Havutçu, “Evlenmenin Geçersizliği Konusunda İsviçre ve Alman Hukukundaki Gelişmeler, 1926’ dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku”; Medenî Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, cilt 2, 789-815, Yetkin Yayınevi, 2017, 797.

⁹⁴ Şeref Gözbüyük/Feyyaz Gölcüklü , Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2016, 363.

olup eski ve yeni kocanın babalık karinelerinin çakışması halinde kimin baba sayılacağı TMK m. 290'da belirlenmiştir. TMK m. 290 uyarınca çocuk, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün içerisinde doğmuş ise ve anne de bu arada yeniden evlenmiş olursa çocuğun babası ikinci evlilikteki kocadır.

Kadın ilk eşiyle boşandıktan sonra üç yüz gün içerisinde tekrar evlenir ve iddet süresi bitmeden çocuğu olursa, çocuğun babasının ikinci eş olacağı zaten aksi ispatlanabilir bir karine olarak kabul edilmiştir. İddet süresi ile ilgili maddenin nesebi korumak amaçlı bir madde olduğunu ileri süren görüş karşısında zaten nesebi koruyan bir maddenin bulunduğu göz önüne alınırsa iddet süresine ilişkin madde yürürlükten kaldırılmalıdır.

Kaynak İsviçre Kanunu'ndaki bekleme süresine ilişkin hüküm kaldırılarak soybağının varlığına ilişkin hüküm yeterli görülmüştür. Aynı şekilde bekleme süresine ilişkin hükmün Türk Medenî Kanunu'ndan da çıkartılmasının, nesep konusunda herhangi bir karışıklığa yol açmayacağı, yukarıda belirtilen hükümlerin varlığından dolayı açıktır.

Uygulamada mahkeme kararı ile iddet süresinin kaldırılması davası hasımsız olarak açılabilir hâle hüküm kurulması haftalar hatta aylar alacaktır. İddetin kaldırılması hükmünün kesinleşmesinden önce iddetin dolması bile ihtimaller arasındadır. Günümüzde gelişen teknoloji neticesinde kadının gebe olup olmadığı kolayca ve kısa süre içerisinde tespit edilebilmektedir. Üç yüz gün boyunca kadının gebe olup olmayacağını, çocuk doğurup doğurmayacağını beklemek günümüz teknolojisi düşünülürse, çağ dışıdır. Kadınının gebe olmadığını doktor raporuyla sabit olduğu hallerde mahkemeye bekleme süresi için dava açması, zaman ve ekonomik olarak kayıptır.

Gerek Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşmeler gerekse Anayasamız kadın erkek eşitliğini güvence altına almaktadır. Cinsiyet eşitliği ve evlenme hakkı en temel insan haklarından olup, hem ülkemiz örf adetlerince hem ülkemizdeki en yaygın din olan İslam dinince de evlenme kutsal ve teşvik edilen bir kurumdur. Türk toplumu olarak belki de Avrupa ve Amerika ülkelerinden en büyük farkımız, evlenmeye ve aile kurmaya verdiğimiz önemdir. Bu sebeplerle kadının evlenme hakkının önündeki engel olan iddet süresi kaldırılmalıdır.

Eşlerden birinin evliliğin herhangi bir şekilde sona ermesinden kısa süre sonra yeni biriyle evlenmesi toplumumuzda hoş karşılanmaz. Ancak bu hakkın erkeklere verilmişken kadınlara verilmemesi kadın erkek eşitliğine aykırı bir düzenlemedir. Kadının yaradılıştan doğurgan olması, onu cezalandırmak amacıyla kullanılmamalıdır. Ülkemizde boşanma sürecinin ortalama üç, dört yıl sürdüğü göz önünde bulundurulursa madem boşandın öyleyse üç yüz gün bekleyeceksin gibi kadının önüne bir engel koyulmaktadır. Sebebi ise kadının hamile olma olasılığı olarak gösterilmektedir. Kadının boşanma sürecindeki eşinden hamile kalma olasılığı hayatın olağan akışına göre çok düşük bir ihtimaldir. Kadın hamile kalmış olsa bile çocuğun nesebi evlilik içinde doğduğu baba sayılacaktır. Bu karine de aksi çürütülebilir bir karinedir. Böyle düşük bir olasılık için kadının en temel hakkı olan evlenme hakkının bu kadar uzun süre geciktirilmesi cinsiyetler arası eşitsizlik yaratır ve insan haklarına aykırıdır.

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda kadının bekleme süresi ile ilgili hüküm kanundan çıkarılmıştır. Aynı şekilde bekleme süresine ilişkin madde de kadın erkek eşitliğine ve evlenme hakkına aykırı olduğundan Türk Medeni Kanunu'ndan da çıkartılmalıdır. Bu hükmün kanundan çıkarılması halinde nesebe ilişkin herhangi bir sorun yaşanmayacaktır. Çünkü kadının boşanması ve tekrar evlenmesi hallerinde nesebe ilişki hükümler bellidir. Bekleme süresine ilişkin hükmün muhafaza edilmesinde direnilse bile en azından kadının gebe olmadığını gösteren doktor raporu ile evlenme dairesine başvurması ya da eski eşiyile tekrar evlenmek istediğini beyan etmesi ile bekleme süresi kendiliğinden kalkmış sayılmalıdır.

Kaynakça

- Arsebük Esat, Medenî Hukuk Cilt II, Recep Ulusoğlu Basımevi, Ankara 1940.
- Akıntürk, Turgut. ve Ateş Derya, Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku: Beta 19. bası, İstanbul 2016.
- Akyılmaz Gül, İslam ve Osmanlı Hukukunda Kadının Statüsü, Göksu Matbaacılık, Konya 2000.
- Aydın Mehmet Akif, Eski Hukukumuzda Boşanma, Marmara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Yayınları, İstanbul 1985.
- Cin Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988.

- Cin Halil, İslâm ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Selçuk Üniversitesi Yayınları, Konya 1988.
- Çakırca Seda İrem, Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. m. 187'nin Değerlendirilmesi, Rona Serozan'a Armağan, 12 Levha Yayınları, İstanbul 2010, 703- 748.
- Dural Mustafa; Ögüz Tufan; Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2016.
- Egger A, Medenî Kanun Şerhi Aile Hukuku: Türk Medenî Kanunu mad. 82-169, Kenan Matbaası, İstanbul 1943.
- Ekinci Ekrem Buğra, Osmanlı Hukuku Adalet ve Mülk, Artı Sanat Yayınevi. İstanbul 2012.
- Erdem Sabri, Aile Hukuku: Evlenme Boşanma Nafaka, İstanbul Matbaacılık, İstanbul 1966.
- Gençcan Uğur Ömer, Aile Hukuku, İstanbul: Yetkin Yayınları, İstanbul 2011.
- Gilles Duterte, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Avrupa Konseyi Yayınları, 2003.
- Gözbüyük Şeref/Gölcüklü Feyyaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi 11. bası Turhan Kitabevi, Ankara 2016.
- Gözler Kemal, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, Ekin Basım Yayım Dağıtım, Bursa 2016.
- Helvacı İlhan, Gereçli Karşılaştırmalı İçtihatlı Notlu Türk Medenî Kanunu Cilt II Aile Hukuku 12. Levha Yayınları, İstanbul 2013.
- Helvacı Serap, Erlüle Fulya, Medenî Hukuk, 4. bası Legal, İstanbul 2016.
- Helvacı Serap, Son Yargı Kararları Işığında Evli Kadının Soyadı, 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku; Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, Cilt 2, 771- 788, Yetkin Yayınevi, Ankara 2017.
- Honsell Heinrich, Vogt Nedim Peter, Gieser Thomas, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, I Art. 1-456 ZGB , Helbing & Lichtenhahn,Basel Genf München 2002.
- Hatemi Hüseyin, Kalkan Oğuztürk Burcu Aile Hukuku, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2016.
- Kaçak Nazif, Açıklamalı İçtihatlı Boşanma Nafaka Mal Rejimleri Velayet Kartal Yayınevi, Ankara 2004.
- Kostkiewicz Kren Jolanta, Schwander Ivo, Wolf Stephan, ZGB Handkommertar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, orel füsseli, Zurich 2006.
- Havutçu Ayşe, Evlenmenin Geçersizliği Konusunda İsviçre ve Alman Hukukundaki Gelişmeler, 1926'dan Günümüze Türk İsviçre Medenî Hukuku; Medenî Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. yılı Uluslararası Sempozyumu, Cilt 2, 789-815, yetkin, 2017.
- Kalabalık HalilaHal, İnsan Hakları Hukuku Kavram Uygulama Hak ve Ödevler, Seçkin, Ankara 2013.
- Kayabaş Ebru, Osmanlı Devletinde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukuku'nun Gelişimi Aile Hukuku Kararnamesi, Filiz Kitabevi, İstanbul 2009.

- Kayalı Yalçın, *Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih Coğrafya Fakültesi Dergisi*, 53, 1 (2013).
- Kılıçoğlu Ahmet, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Özbudun, Ergun, *Türk Anayasa Hukuku*, 13. Baskı, Yetkin Kitabevi, Ankara 2012.
- Öktem İmran, *İddet Müddeti ve Gebelik*, *Ankara Barosu Dergisi*, Cilt 1 sayı 11, 1945 s.1-7.
- Öztan Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, 2015 Ankara.
- Öztan Bilge, *Türk Medenî Kanunu*, 2. bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2002.
- Sur Melda, *Uluslararası Hukukun Esasları*, Beta Yayınevi, 9. baskı, İstanbul 2015.
- Üçok, C., Mumcu A. ve Bozkurt G. *Türk Hukuk Tarihi*, Savaş Yayınevi. Ankara 1999.
- Yarayan Ali, *Türk Medenî Hukuku Temel Bilgiler*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013.
- Yıldırım Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku*, Savaş Yayınevi, Ankara 2014.
- Yüksel Sera Reyhani, "Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın- Erkek Eşitliği", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVIII Sayı.2 :175-200, 2014.
- Zevkliler Aydın, Acabey Beşir; Gökyayla Emre, *Zevkliler Medenî Hukuk*, Seçkin Yayınevi, Ankara 2000.
- Zevkliler Aydın, Ertaş Şeref, Havutçu Ayşe, Gürpınar Damla, *Yeni Medenî Kanun'a Göre Medenî Hukuk* 9. bası Turhan Kitabevi, Ankara 2015.
- Detection of Early Pregnancy Forms of Human Chorionic Gonadotropin by Home Pregnancy Test Devices *Clinical Chemistry* 47:12 2131-2136 (2001) Vol. 47, Issue 12
- December 2001 <http://clinchem.aaccjnls.org/content/clinchem/47/12/2131.full.pdf>
<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/>