

KADININ BEKLEME SÜRESİ İLE İLGİLİ AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN VERMİŞ OLDUĞU BAYRAKTAR/ TÜRKİYE KARARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Evaluation of the Decision of the European Court of Human Rights in Bayraktar/ Turkey Regarding the Woman's Waiting Period

Yasemin DURAK*

Öz

Kadın için bekleme süresi Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde evliliğin olumsuz şartları/ evlenme engelleri arasında düzenlenmiştir. Hükme göre "Evlilik sona ermişse, kadın, evliliğin sona ermesinden başlayarak üç yüz gün geçmedikçe evlenemez. Doğurmakla süre biter. Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığını anlaşılmaması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır." Ancak bu hüküm kesin evlenme engeli oluşturmadığı için üç yüz günlük bekleme süresine uyulmadan yapılan evlilikler geçerli olacaktır. Bu sürenin getirilmesindeki amaç gebe bir kadının

* Doç. Dr., Kırıkkale Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk ABD, yaseminerol80@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5301-7947.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 02.07.2024.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 01.10.2024.

Atıf/Citation: Durak, Yasemin. "Kadının Bekleme Süresi İle İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Vermiş Olduğu Bayraktar/ Türkiye Kararının Değerlendirilmesi." *ASBÜ Hukuk Fakültesi Dergisi* 6, no. 2 (2024): 1311-1333.

"Bu eser, Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License ile lisanslanmıştır. / This work is licensed under Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License."



yeniden evlenmesine engel olarak doğacak çocuğun soybağında karışıklık meydana gelmesine engel olmaktadır.

Kadının bu süreye uymak zorunda olmadığı üç hal bulunmaktadır. Bunlardan ilki kadının doğum yapmasıdır. Doğum yapan kadın artık bir süreye tabi olmaksızın yeni bir evlilik yapabilir (TMK m. 132/II). İkinci bir durum ise kadının gebe olmadığına tespitidir. Gebe olmadığını ispatlayan kadın yeni bir evlilik yapar ve bir çocuk dünyaya gelirse soybağında karışıklık meydana gelmeyecektir. Son durum ise boşanan eşlerin tekrar evlenmek istemeleri halidir. İkinci ve üçüncü seçeneklerde üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması için mahkeme kararına gerek bulunmaktadır.

Bekleme süresinin incelenmesinin sebebi TMK m. 132'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından kadın – erkek eşitliğine aykırı bulunmuş olmasıdır. AİHM Başvurucu'nun talebini haklı bularak bekleme süresini kadın erkek eşitliğine aykırı bulmuş; ayrıca kadının özel hayatının da ihlal edildiğine hükmetmiştir.

TMK m. 132 ihtiyaçlara cevap vermekle birlikte katı bir düzenlemedir. Zira bekleme süresinin kaldırılması için mahkeme kararına gerek olmamalıdır. Kadın boşandıktan sonra yeni bir evlilik yapmak isterse gebe olmadığına tespiti ile evlilik başvurusu yapması yeterli olmalıdır. Böylelikle mahkemelerin iş yükü de bu sayede artmayacaktır. Aynı kişi ile tekrar evlenme söz konusu olduğunda ise herhangi bir kısıtlamaya gerek bulunmamaktadır.

Anahtar Kelimeler: Ayrımcılık Yasağı, Bekleme Süresi, Eşitlik İlkesi, Evlenme Engeli, İddet Müddeti.

Abstract

The waiting period for a woman is regulated under Article 132 of the Turkish Civil Code under negative conditions/obstacles to marriage. According to the provision, *"If the marriage is dissolved, the woman cannot marry until three hundred days have passed since the dissolution of the marriage. The period ends with childbirth. In cases where it is understood that the woman is not pregnant from her previous marriage or the spouses whose marriage has ended want to marry each other again, the court removes this period."* However, since this provision does not constitute an absolute bar to

marriage, marriages concluded without complying with the three-hundred-day waiting period will be valid. The purpose of introducing this period is to prevent a pregnant woman from remarrying and to prevent confusion in the genealogy of the child to be born.

There are three situations in which the woman does not have to comply with this period. The first of these is when a woman gives birth. A woman who gives birth can now remarry without being subject to a period of time (Article 132/II of the TCC). The second situation is the determination that the woman is not pregnant. If the woman who proves that she is not pregnant makes a new marriage and gives birth to a child, there will be no confusion in the genealogy. The last situation is when the divorced spouses want to remarry. In the second and third options, a court decision is required to remove the three-hundred-day waiting period.

The reason for examining the waiting period is that Article 132 of the TCC was found to be contrary to the equality between men and women by the European Court of Human Rights. The ECHR justified the applicant's request and found the waiting period contrary to the equality of men and women; it also ruled that the woman's private life was violated.

Although Article 132 of the TCC meets the needs, it is a strict regulation. A court decision should not be required to lift the waiting period. If a woman wants to remarry after divorce, it should be sufficient for her to apply for marriage with a determination that she is not pregnant. In this way, the workload of the courts will not increase. In the case of remarriage with the same person, there is no need for any restriction.

Keywords: Non-Discrimination, Waiting Period, Principle of Equality, Barrier to Marriage, Period of Marriage.

GİRİŞ

Bekleme süresi, soybağında karışıklığı önlemek amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. TMK m. 132 hükmüne göre evliliği biten bir kadın üç yüz geçmeden yeniden bir evlilik yapamaz. Zira en fazla gebelik süresi üç yüz gün olarak tespit edilmiştir. Kesin olmayan evlenme engeli bekleme süresi ihlal

edilerek evlilik yapılır ve bu üç yüz gün içinde çocuk dünyaya gelirse TMK m. 290 hükmü gereği ikinci evlilikteki koca babadır. Ancak TMK m. 132 hükmü ihlal edildiği için ilk kocanın da baba olma ihtimali bulunmaktadır. Ancak ilk koca gerçek baba ise ve çocukla arasında soybağı ilişkisi kurmak istiyorsa öncelikle ikinci evlilikteki koca ile çocuk arasındaki soybağı ilişkisinin ortadan kaldırılması gerekmektedir.

İsviçre Medeni Kanunu'nda (ZGB) bekleme süresini düzenleyen hüküm (Art. 103) kadın erkek eşitliği, özel hayatın gizliliğinin ihlali, bekâr bir kadından evlenirken gebe olup olmadığının tespitinin aranmaması ve DNA sayesinde bir çocuğun soybağının tespitinin çok kolay olması sebebiyle 01.01.2000 tarihinde yürürlükten kaldırılmıştır. Almanya'da da bekleme süresi ile ilgili hüküm (BGB § 1314) 1977 yılında erkekler için benzer bir düzenlemenin olmaması, eşit haklar ve ayrımcılıkla mücadele nedeniyle iptal edilmiştir.

İsviçre, Almanya gibi ülkelerde bekleme süresi ile ilgili hükümler yürürlükten kalkarken Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden de Türkiye aleyhine bir karar çıkmış ve bu kararda artık TMK m. 132 hükmüne ihtiyaç olmadığı, hükmün kadın erkek eşitliğini ve özel hayatın gizliliğini ihlal etmesi nedeniyle yürürlükten kalkması gerektiği vurgusu yapılmıştır.

Toplumun temeli olan ailelerde yaşanan olaylara bakıldığında ise TMK m. 132 hükmüne yönelik yapılan eleştirilerin o kadar da haklı olmadığını göstermektedir. Zira gerçeği yansıtmayan soybağları, insanları gerçek anne ve babalarını bulma serüvenine götürmekte, anne ve babasını arayan çocukların özel hayatının gizliliğinin herkesten daha fazla ihlal edildiği görülmektedir. Haliyle TMK m. 132 gibi soybağını düzgün tutmaya yardımcı olan hükümleri yürürlükten kaldırmak yerine varsa eksikliklerini ya da yanlışlıklarını gidermek daha doğru bir tutum olacaktır.

I. BEKLEME SÜRESİ KAVRAMI VE BU SÜRENİN İŞLEYİŞİ

Bekleme süresi (iddet müddeti), doğacak çocuğun soybağının tespitine yardımcı olan, evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi için kanun

koyucunun tayin ettiği bir süredir¹. Bekleme süresi Kanun'da üç yüz gün olarak belirlenmiştir (TMK m. 132/I, Evlendirme Yönetmeliği m. 15/c). Evliliğin bitmesi anından itibaren bu süre işlemeye başlamaktadır. Evliliğin bitmesi ölüm veya boşanma ile sona erebileceği gibi gaiplik ya da ölüm karinesi ile de gerçekleşebilir. 25 Nisan 2006 tarih ve 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu'nun "Kadının Bekleme Süresi Başlangıcı" başlıklı 26. maddesi de "Kadının bekleme süresi, mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hüküm ifade eder." şeklindedir.

Ancak gaiplik kararının alınabilmesi için öngörülen süreler üç yüz günden fazla olduğu için (TMK m. 33) gaiplikte bekleme süresinin bir önemi

¹ Bilge Öztan, *Aile Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015), 154; Süleyman Yılmaz, *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023), 110; Bilge Öztan, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70'inci Yılında Aile Hukuku", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no.1 (1995): 107. Aydın Zevkliler vd., *Medeni Hukuk-III Aile Hukuku* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2024), 74; İpek Yücer Aktürk, "Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı Sorunu," *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.2 (2023): 198; Jürgen Rieck und Saskia Lettmaier, *Ausländisches Familienrecht*, (München: C.H. BECK, 2023), Rn. 16. Bu eserde Marokko hukuku bakımından yasal dayanak olarak bekleme süresinin Kuran-ı Kerim'de Ahzâb Suresi'nin 49. ayetinde yer aldığı ifade edilmiştir. Bu ayete göre "Ey inananlar, inanan kadınları nikâhladıktan sonra onlara dokunmadan boşarsanız onlar için sayacağınız bir bekleme müddeti yoktur; onlara geçinecek bir şey verin ve güzellikle bırakın." Bakara Suresi'nin 228. ayetinde boşanmış kadınların bekleme süresi anlatılmaktadır. "Boşanmış kadınlar kendi kendilerine üç ay hâli beklerler. Eğer Allah'a ve ahiret gününe inanıyorlarsa, Allah'ın kendi rahimlerinde yarattığını gizlemeleri onlara helâl olmaz. Kocaları bu süre içinde barışmak isterlerse, onları geri almağa daha çok hak sahibidirler. Kadınların, yükümlülükleri kadar meşru hakları vardır. Yalnız erkeklerin kadınlar üzerinde bir derece farkı vardır. Allah, mutlak güç sahibidir, hüküm ve hikmet sahibidir." Bakara Suresi'nin 234. ayetinde ise eşi ölmüş bir kadın için bekleme süresi anlatılmaktadır. "İçinizden biri ölür de arkasında kadın bırakırsa bu çeşit adamların kadınları dört ay, on gün beklerler. Bu müddeti geçirdikten sonra meşru bir surette kendiliklerinden dilediklerine varabilirler, bu hususta size bir suç yoktur artık. Allah, ne yaparsanız, hepsinden de haberdardır." Talâk Suresi 4. ayetinde ise gebe kalma yeteneği ve doğumun gerçekleşmesi halinde bekleme süresi anlatılmaktadır. "Kadınlarınızdan âdetten kesilmiş olanlarla, henüz âdet görmeyenler hususunda tereddüt ederseniz, onların bekleme süresi üç aydır. Gebe olanların bekleme süresi ise, doğum yapımlarıyla sona erer. Kim Allah'a karşı gelmekten sakınırsa, Allah ona işinde bir kolaylık verir." Konu hakkında geniş bilgi için bkz. Suat Erdem, "İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı", *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17, no.2 (2013): 71.

bulunmamaktadır². Bir fikre göre, evliliğin sona ermesi, etkisini son haber alma ya da ölümüne muhtemel gözle bakılacak bir kaza anından itibaren göstermelidir³. Ölüm karinesinde ise bu süre ölümüne kesin gözle bakılacak olayın gerçekleşme tarihinden itibaren başlayacaktır. Bekleme süresinin başlaması için boşanma kararının kesinleşmesi gerekmektedir. Ayrıca bu süre evliliğin nisbi ya da mutlak butlanla sona ermesi halinde de aranacaktır⁴.

Üç yüz günlük süre başladıktan sonra bir çocuk dünyaya gelirse artık süre kısıtlaması söz konusu olmayacaktır (TMK m. 132/II). Çocuğun doğması kavramına kadının gebeliğinin bitmesini ifade eden diğer haller de girecektir. Haliyle ölü doğum, kürtaj ve düşük yapılması da bu durum içerisinde değerlendirilecektir⁵.

TMK m. 132 f. 3 gereği kadın tekrar boşandığı kocasıyla evlenmek isterse ya da gebe olmadığını ispatlarsa hâkim üç yüz günlük bekleme süresini kaldıracaktır. Hâkime burada takdir hakkı verilmemiştir⁶. Ayrıca erkeğin ya da kadının üreme yeteneğinden yoksun olduğu ispatlandığında da bu süre kaldırılacaktır⁷. Ancak bu sürenin kaldırılması için hâkim kararı aramak yargının var olan yükünü artırmaya neden olacaktır.

² Öztan, *Aile Hukuku*, 155; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 110; Mustafa Dural vd., *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024), 61; Seda Gayretli Aydın, "Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi," *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.136 (2018): 277.

³ Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022), 61.

⁴ Öztan, *Aile Hukuku*, 155; Erdem ve Başak, *Aile Hukuku*, 61; Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2024), 81; Dural vd., *Aile Hukuku*, 61; Ömer Uğur Gençcan, *Evlendirme Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021), 374.

⁵ Öztan, *Aile Hukuku*, 154; Gayretli Aydın, "Bekleme Süresi," 276.

⁶ Öztan, *Aile Hukuku*, 155; Yılmaz, *Aile Hukuku*, 111; Gençcan, *Evlendirme Hukuku*, 376; Yücer Aktürk, "Bekleme Süresi," 199; Gayretli Aydın, "Bekleme Süresi," 277.

⁷ Demet Özdamar, *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (Eski - Yeni Türk Medeni Kanunu Karşılaştırmalı)* (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002), 390.

Bekleme süresinin kaldırılması çekişmesiz yargıya girmektedir (HMK m. 382/IV). Görevli mahkeme aile mahkemesi, yetkili mahkeme ise kadının yerleşim yeri mahkemesidir⁸.

Son olarak değinilecek husus ise, bekleme süresi ile ilgili olarak dava açıldığında kadının gebe olmadığına tespiti için hastaneye gidilmeden önce mahkemede kadının bileğine mühür vurulma gibi bir uygulama bulunmakta idi. Burada mühür silinmeden hastaneye başvurularak gerekli tetkiklerin yapılması gerekiyordu⁹. Zira amaç tetkikler için yerine başka bir kişinin geçmesini engellemektir. İnsanların mühürlenerek bir hukuki sürecin işletilmesi insan onuruna yakışmadığı için çok eleştiri almıştır¹⁰. 31.07.2004 tarihli Adli Tıp Kurumu Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nin 19. maddesinin 41a bendinde değişikliğe gidilerek sol kola mühür uygulaması kaldırılmıştır¹¹.

II. BEKLEME SÜRESİNE UYULMAMASININ EVLİLİĞİN GEÇERLİLİĞİNE ETKİSİ

Bekleme süresi kesin olmayan bir evlenme engelidir. Bu sebeple bekleme süresine uyulmadan yapılan bir evlilik geçersiz olarak değerlendirilemez¹². Zira sürenin getirilmesinde amaç yukarıda da ifade edildiği üzere dünyaya gelecek olan bir çocuğun soybağını kolaylıkla tespit etmektir.

⁸ Gençcan, *Evlilik Hukuku*, 376, 377.

⁹ Hatice Selin Pürselim, "MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri," *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no.1 (2021): 518.

¹⁰ Mühür vurma sadece bekleme süresi hususunda değil yaş tespitinde, bekâret kontrolünde (tecavüzün tespiti için) iş göremezlik raporunda, ayırt etme gücünün tespitinde ve benzeri durumlarda ilgili kişilerin sol kollarına yapılan bir uygulama idi.

¹¹ 19.01.2012 tarihli değişikliğe göre "Mahkeme ve Cumhuriyet savcılıkları tarafından nesep tayini için gönderilen şahısların, son altı ay içinde çekilmiş ve mahkeme veya Cumhuriyet savcılıklarınca onaylanıp usulüne uygun zarflanmış ikişer adet vesikalık fotoğraflarını getirerek nüfus cüzdanlarıyla birlikte mesai gün ve saatlerinde başvurmaları" gerekmektedir.

¹² Ahmet M. Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2022), 48; Yücer Aktürk, "Bekleme Süresi," 200.

Süreye uyulmaksızın her nasılsa bir evlenme gerçekleşir ve bu süre içerisinde bir çocuk dünyaya gelirse TMK m. 290 gereği ikinci evlilikteki koca babadır. Burada riskli olan durum ikinci evlilikteki kocanın çocuğun kendisinden olmadığını bildiği halde sessiz kalarak soybağını reddetmemesi idi. Ancak Anayasa Mahkemesinin iptal kararı gereği artık hem anne¹³ hem de gerçek baba olduğunu iddia eden kişi¹⁴ de soybağının reddi davası açabilecektir.

III. BEKLEME SÜRESİ İLE İLGİLİ ÖĞRETİDEKİ GÖRÜŞLER

Öğretide çoğunluk bekleme süresine ihtiyaç olmadığı yönünde görüş belirtmiştir. Bir fikre göre, gerek DNA gerekse TMK m. 290 ile getirilen karine gereği doğan çocuğun babasının tespit edilebileceğinden dolayı TMK m. 132'ye gerek bulunmamaktadır¹⁵. Kadın erkek eşitliğini savunan bir görüş tarafından da Medeni Kanun'da yer alan ve kadınlara üç yüz gün evlenme yasağı getiren bekleme süresinin tıbbi gelişmeler bakımından gerekliliğinin bulunmadığı savunulmuştur.¹⁶ TMK m. 132'ye gerek duymayan görüş kadın erkek eşitliğine ve TMK m. 290'dan dolayı soybağının tespitte sorun yaşanmayacağına vurgu yapmıştır.

TMK m. 132'nin yerinde olduğunu savunan karşı fikre göre ise, Türk hukukunda bekleme süresi kaldırılmamış ancak İsviçre'deki hukuki sonuç Medeni Kanun'daki TMK m. 290 f. 1 gereği ikinci evlilikteki kocanın babalık

¹³ TMK m. 286 f. 1 hükmünün iptali ile kocanın haricinde anne de soybağının iptali davası açabilecektir. Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. E. 2023/37 K. 2023/14, 26.07.2023, RG. 20.10.2023, S. 32345.

¹⁴ TMK m. 291 f. 1'deki "baba olduğunu iddia eden kişi" ibaresinin iptali ile artık biyolojik baba olduğunu iddia eden kişi de kocanın ölmesini, gaipliğine karar verilmesini veya sürekli olarak ayırt etme gücünü kaybetmesini beklemesine gerek kalmaksızın soybağının reddi davası açabilir. Anayasa Mahkemesi Kararı için bkz. E. 2023/135 K. 2024/18, 23.01.2024, RG. 6.03.2024, S. 32481.

¹⁵ Dural vd., *Aile Hukuku*, 61; Yücer Aktürk, "Bekleme Süresi," 201.

¹⁶ Dural vd., *Aile Hukuku*, 61; Gayretli Aydın, "Bekleme Süresi," 281; Nüket Paksoy Erbaydar ve Aysun Balseven Odabaşı, "Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi," *Ankara Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Fe Dergi* 10, no.1 (2018): 116, 117.

karinesi üstün tutulmuştur. Yazara göre bu düzenleme doğru değildir. Zira ilk evlilikteki erkek eşin onuru göz ardı edilmiştir¹⁷.

Ancak karinelerle babalığın tespit edilmesinden önce çocukla baba arasında baştan sağlıklı bir soybağı kurulması daha doğru olacaktır. Bir çocuğa DNA testi yapılması da o çocuğun özel hayatını ihlal eden bir durumdur. Bu nedenle de TMK m. 132 gereksiz ya da işlevselliği olmayan bir hüküm değildir. Burada önemli olan çocuğun soybağını bu testlere ihtiyaç duymaksızın ve özel hayatını ihlal etmeksizin korumaktır.

Kadın ve erkek elbette haklar bakımından eşittir. Ancak doğurganlık özelliği olmayan erkekle kadının bu yönde eşit olmasını ileri sürmek fizyolojik olarak mümkün değildir¹⁸.

IV. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN BAYRAKTAR KARARI VE DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Başvuru Konusu Olay

Söz konusu başvuru¹⁹; “Başvurucu’nun, Türk Medeni Kanunu’nun 132. maddesinde boşanmış kadınların yeniden evlenmesi için öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinden, hamile olup olmadığının tespitine ilişkin tıbbi muayeneden geçmeksizin²⁰, muaf tutulması talebinin yetkililer tarafından

¹⁷ Bkz. Hüseyin Hatemi, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023), 60. Ayrıca bkz. Hüseyin Hatemi, “Evliliğin Sona Ermesi Halinde Kadın Eşin Bekleme Süresi,” Hatemi Hukuk Bürosu, Erişim Tarihi Haziran 28, 2024, <https://www.hatemihukukburosusu.com/isvicreden-medeni-kanun-alinirken-yapilan-degisiklikler.html>

¹⁸ Aynı yönde bkz. Sera Reyhani Yüksel, “Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no.2, (2014): 186-187. Yazar daha sonraki bir makalesinde bu görüşünden DNA testinin getirdiği kolaylıklar nedeniyle vazgeçmiştir. Bkz. Sera Reyhani Yüksel, “Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.145 (2019): 406.

¹⁹ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Bayraktar/ Türkiye Davası, Başvuru No: 27094/20, 27 Haziran 2023.

²⁰ Bir kadının gebe olup olmadığı tıbbi muayeneye gerek olmaksızın kan testi sonucunda tespit edilebilmektedir. Haliyle kararda geçen “tıbbi muayene” kavramı isabetli olmamıştır.

reddedilmesine ilişkindir. Başvurucu, Sözleşme'nin 8, 12 ve 14. maddelerine dayanarak, boşanmış kadınların hamile olmadıklarını ispatlamadıkları sürece üç yüz günlük bekleme süresine uyma yükümlülüğünün ayrımcılık teşkil ettiğini ve özel hayata saygı ile evlenme haklarının ihlali olduğunu iddia etmektedir²¹."

"Başvurucu, İstanbul Anadolu Aile Mahkemesi'ne başvurarak hamile olmadığını gösterir sağlık raporunu sunmaksızın Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılmasını talep etmiştir. Söz konusu bekleme süresini öngören Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinin cinsiyete dayalı ayrımcılık teşkil ettiğini ve bu nedenle Anayasa'ya ve Sözleşme başta olmak üzere Türkiye'nin taraf olduğu insan haklarının korunmasına ve kadına yönelik ayrımcılıkla mücadeleyle yönelik birçok sözleşmeye aykırı olduğunu ileri sürerek, bu hükmün Anayasa'ya uygunluğu konusunda ön karar tesisi için dosyanın Anayasa Mahkemesi'ne gönderilmesini de istemiştir²²."

Boşanma kararı 21.01.2014 tarihinde kesinleşmiştir. 09.07.2014 tarihinde gebe olmadığı ispatlanmadan üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması için ilk derece mahkemesine başvurulmuştur. Mahkeme 19.09.2014 tarihinde²³ üç yüz günlük bekleme süresini kaldırma talebini usulden reddetmiş ve ayrıca TMK m. 132'nin Anayasa'ya aykırılık talebini de kabul etmemiştir. Yargıtay da temyiz başvurusu üzerine alt derece mahkemesinin kararını 06.03.2015 tarihinde onamıştır²⁴.

Başvurucu 22.01.2016 tarihinde Anayasa Mahkemesi'ne gitmiştir²⁵. "3 Nisan 2020 tarihinde Anayasa Mahkemesi, Başvurucu'nun bireysel başvurusunu; söz konusu hak ve özgürlüklere müdahale olmaması, müdahale olsa dahi ilgili

²¹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 1.

²² Bayraktar/ Türkiye Davası, § 5.

²³ Üç yüz günlük bekleme süresi 17.11.2014 tarihinde dolmaktadır. Haliyle ilk derece mahkemesinin karar tarihi olan 19.09.2014'te bu sürenin dolmasına iki ay gibi kısa bir süre kalmıştır.

²⁴ Bu tarih itibarıyla üç yüz günlük bekleme süresi de çoktan aşılmış olmaktadır.

²⁵ Ancak bu tarih itibarıyla Başvurucu'nun Anayasa Mahkemesi'ne gitmesini gerektiren hukuki bir yarar da kalmamıştır. Zira kişi artık beklemeden bir evlilik yapabilir.

müdahalenin hak ve özgürlükleri ihlâl etmemesi sebeplerinden ötürü özel hayata saygı hakkı ve eşitlik ilkesine ilişkin şikâyetlerin açıkça dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddetmiştir²⁶.”

“Başvurucu, boşanmanın kesinleştiği tarihten başlatılan üç yüz günlük yasal bekleme süresinin tamamlanmasını beklemeden evlenebilmesi için yasal mercilerin kendisini hamile olup olmadığını ifşa etmeye ve bu hususun tespiti için tıbbi muayeneye tâbi tutmaya zorlamasından şikâyetçi durumdadır²⁷.”

“Başvurucu, Türk Medeni Kanunu’nun 132. maddesinde öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinin cinsiyete dayalı tartışmasız bir ayrımcılık oluşturduğu iddiasındadır. Başvurucu, kadınlara erkeklerle ilgili bu eşitsiz muamelenin, yetkili makamların ileri sürdüklerinin aksine, bir kadının hamile olma ihtimali ile hiçbir şekilde haklı kılınamayacağını ve hükûmetin tezine katılmanın, hamile kadınları doğum yapana kadar evlenme hakkından mahrum etmek anlamına geleceğini ileri sürmektedir. Başvurucu’ya göre boşanmış kadınlara, bekleme süresi sona ermeden yeniden evlenmeleri için hamile olmadıklarını gösteren ve cinsel yaşamlarını ifşa eden bir sağlık raporu almalarının zorunlu kılınması, kadınlara yönelik derin ve sistematik bir ayrımcılık ve insan haklarına da saldırı teşkil etmektedir. Başvurucu, bu kuralın hiç evlenmemiş kadınlara kıyasla boşanmış kadınlara bir ayrımcılık teşkil ettiği kanaatindedir²⁸.”

B. Hükûmetin İtirazı

Türk Hükûmeti; Sözleşme’nin 8., 12. ve 14. maddeleri gereğince yapılan şikâyetler bakımından mağdur statüsünün ve zararın olmadığına ilişkin iki tane ilk itiraz ileri sürmüştür. “*Mağdur statüsüne ilişkin Başvurucu’nun yeniden evlenme planına ilişkin somut bir kanıt sunmadığını ve o zamandan beri yeniden evlenmediğini*

²⁶ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 12.

²⁷ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 32.

²⁸ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 62.

belirten hükûmet²⁹, bu nedenle Başvurucu'nun, söz konusu bekleme süresinin yaşamı üzerinde olumsuz bir etkisi olduğunu kanıtlayamadığı kanaatindedir. Hükûmet, belirtilen sebepten ötürü 300 günlük bekleme süresinden doğrudan etkilenmediğini iddia ettiği Başvurucu'nun, mağdur statüsüne sahip olduğu iddiasında bulunamayacağını ileri sürmektedir³⁰."

"Diğer ilk itiraza ilişkin ise hükûmet, boşanmasına ilişkin mahkeme kararı 21 Ocak 2014 tarihinde kesinleşmiş olmasına rağmen Başvurucu'nun 9 Temmuz 2014 tarihinde bekleme süresinin kaldırılmasını talep ettiğini kaydetmiştir. Hükûmete göre Başvurucu, yeniden evlenme planını, üç yüz günlük bekleme süresinin kalan dört ayının kendisine önemli bir dezavantaj yarattığını gösterecek şekilde ayrıntılı ve ikna edici bir şekilde açıklayamamıştır. Sonuç olarak hükûmet; Mahkeme'yi, önemli bir zarar yokluğu sebebiyle başvuruyu kabul edilemez ilan etmeye davet etmektedir³¹."

"Mahkeme'nin müdahalenin varlığına ilişkin geliştirdiği kuramı kapsamında hükûmet, Türk Medeni Kanunu'nun 132. maddesinde öngörülen müdahalenin açıklık, erişilebilirlik ve öngörülebilirlik kriterlerine uygun olduğunu ve ilgili maddenin nesep tayini amacı gütmesi sebebiyle başkalarının hak ve özgürlükleri ile düzenin korunması meşru amaçlarını taşıdığını ileri sürmektedir³²."

"Müdahalenin gerekliliğine ilişkin olarak hükûmet, bekleme süresinin kaldırılması için boşanmış kadından hamile olunmadığını gösterir sağlık raporu talep edilmesinin amacının, evlilikten sonra doğan çocuğun nesebinin tayinini belirlemek ve bu konuda ortaya çıkabilecek karışıklıkları önlemek olduğunu belirtmektedir. Hükûmet, söz konusu zorunluluğun; tarafların, toplumun, herkesin ve özellikle çocuğun risk altında olan menfaatlerini koruma amacı taşıdığının altını çizmektedir. Hükûmet, ilgili kadının ibraz etmek zorunda olduğu sağlık raporunun yalnızca kan ve idrar tahlilinden ibaret olduğunu ve

²⁹ AİHM'e göre "Başvurucu'nun başvurusunu sunduğu sırada ciddi bir yeniden evlenme olasılığının bulunduğu konusunda kurgu yapmak, Mahkeme'nin görevi değildir." Bayraktar/ Türkiye Davası, § 27.

³⁰ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 21.

³¹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 22.

³² Bayraktar/ Türkiye Davası, § 38.

herhangi bir jinekolojik muayene gerektirmediğini; söz konusu incelemenin kadın için katlanılamaz tıbbî bir durum ve önemli bir müdahale teşkil etmediğini ilave etmektedir³³.” Bu nedenle “hükûmet, kadın ve erkek arasındaki bekleme süresinden kaynaklanan muamele farklılığının, nesnel ve makul bir gerekçesi olduğunu; bu konuda izlenen meşru amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi olduğunu ileri sürmektedir³⁴.”

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Bayraktar Kararı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında bazı sözleşmelere değinmiştir. Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ile kurulan ve bu Sözleşme'nin uygulanması için hayata geçirilen Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi'nin 46. oturumunda (12 – 30 Temmuz 2010) Türkiye'de kadınlara karşı ayrımcılığın önlenmesi için sonuç gözlemleri kabul edilerek 16 Ağustos 2010'da yayımlanmıştır. Raporun 40 nolu paragrafında üç yüz günlük bekleme süresinin halen uygulandığı; 41 nolu paragrafında da bu durumun düzeltilmesi gerektiği vurgulanmıştır. (§ 20)

Kararda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin ve 12. maddeyle ilintili 14. maddesinin ihlal edildiği iddiası bulunmaktadır:

8. maddeye göre “1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. 2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.” Olayda gebelik testi istenmesi ile özel hayatın ihlal edildiği ifade edilmiştir.

Hükûmet Başvurucu'nun üç yüz günlük süre içerisinde herhangi bir sebeple mağdur olmadığını ileri sürerken; AIHM hükûmet tarafından ileri sürülen mağdur statüsü yokluğu ilk itirazını reddetmiştir. (§ 30)

“Önemli bir zarar yokluğu iddiasını taşıyan diğer ilk itiraza ilişkin olarak ise Mahkeme; hükûmetin, Başvurucu'yu, başvurusunu yetkili makamlar önünde üç yüz

³³ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 39.

³⁴ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 66.

günlük bekleme süresinin bitimine ancak dört ay kalmışken yani oldukça geç yapmış olduğu konusunda eleştirdiğini kaydetmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Başvurucu'nun boşandıktan sonra yeniden evlenmeye karar verdiği zamanın uygunluğu hususunda herhangi bir tahminde bulunmanın kendisine düşmediğini belirtmektedir. Başvurucu, bekleme süresinin bitimine yalnızca dört ay kala bekleme sürenin kaldırılması için başvuru yapmış olsa dahi Mahkeme, Başvurucu'ya dayatılan bekleme süresinin Başvurucu'nun muhtemel bir yeniden evlenme tarihi seçme özgürlüğünü kısıtlama suretiyle etkilediğini ve bu etkinin hafife alınamayacağını göz önünde bulundurmaktadır³⁵."

"Mahkeme, boşanmasının akabinde Başvurucu'nun boşanmış kadınlara uygulanan üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması için yasal yollara başvurma zorunluluğu altında olduğunu ve bu yargı süreci kapsamında Başvurucu'dan, hamile olmadığını kanıtlayan bir sağlık raporu sunmasının talep edildiğini kaydetmektedir. Mahkeme, bu durumun Başvurucu'nun, bir kadın olarak, özel hayatının en mahrem alanını ilgilendirmekte olmasından ötürü huzurdaki davanın Sözleşme'nin 8. maddesini ilgilendirdiği kanaatinde³⁶."

"Mahkeme, bu sürenin kaldırılması talebinin reddine sebep olan ve Başvurucu'nun hamile olmadığını kanıtlama amacı taşıyan tıbbî muayene zorunluluğunun Başvurucu'nun özel hayatı üzerinde açık bir etkisi olduğunu belirtmektedir. Bu sebeple Mahkeme, Başvurucu'ya uygulanan bekleme süresi ile bu sürenin kaldırılması için hamile olmadığını kanıtlama amacıyla Başvurucu'ya şart koşulan tıbbî muayene³⁷ yükümlülüğünün, Başvurucu'nun Sözleşme'nin 8. maddesi ile korunmakta olan özel hayata saygı hakkının kullanılmasına bir müdahale teşkil ettiği kanaatinde³⁸."

"Mahkeme, Başvurucu'ya boşandıktan sonra üç yüz günlük bekleme süresi yüklenmesinin ve başvurmuş olduğu yargılama sürecinin tarafı olarak, boşanmadan sonra bekleme süresinin kaldırılması suretiyle başkasıyla evlenebilmesini, yalnızca tıbbî muayene yoluyla elde edilebilecek ve hamile olmadığını gösterir sağlık raporu ibraz etme şartına bağlamanın herhangi bir acil

³⁵ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 31. Burada Mahkemenin kararına katılmaktayız. Hak sahibi, hakkını hukuk kurallarının çizdiği sınırlar dâhilinde dilediği zaman kullanabilir.

³⁶ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 43.

³⁷ Gebelik testi, tıbbi bir muayene içermemektedir. Burada AİHM kavram hatası yapmıştır.

³⁸ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 44.

toplumsal ihtiyaca hizmet ettiği, izlenen meşru amaçlarla orantılı olduğu yahut yerel otoritelerce müdahaleyi haklı kılmak için ortaya konan gerekçelerin yeterli ve ilgili olduğu sonucuna ulaşmanın mümkün olmadığı kanaatindedir. Bu doğrultuda mevcut davada, Başvurucu'nun özel hayatına saygı hakkına gerçekleştirilen müdahale, demokratik bir toplumda gerekli değildir³⁹."

İhlal edildiği iddia edilen 12. maddeye göre "Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir."

14. maddeye göre "Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

"Başvurucu, Türk Medenî Kanunu'nun 132. maddesinde öngörülen üç yüz günlük bekleme süresinin cinsiyete dayalı tartışmasız bir ayrımcılık teşkil ettiği iddiasındadır. Başvurucu, kadınlara erkeklerle ilgili bu eşitsiz muamelenin, yetkili makamların ileri sürdüklerinin aksine, bir kadının hamile olma ihtimali ile hiçbir şekilde haklı kılınamayacağını ve hükûmetin tezine katılmanın, hamile kadınları doğum yapana kadar evlenme hakkından mahrum etmek anlamına geleceğini ileri sürmektedir. Başvurucu'ya göre boşanmış kadınlara, bekleme süresi sona ermeden yeniden evlenmeleri için hamile olmadıklarını gösteren ve cinsel yaşamlarını ifşa eden bir sağlık raporu almalarının zorunlu kılınması, kadınlara yönelik derin ve sistematik bir ayrımcılık ve insan haklarına da saldırı teşkil etmektedir. Başvurucu, bu kuralın hiç evlenmemiş kadınlara kıyasla boşanmış kadınlara bir ayrımcılık teşkil ettiği kanaatindedir⁴⁰."

"Mahkeme, yeniden evlenmek için böyle bir süreye uymak zorunda olmayan erkeklerin hariç tutulmasıyla, Medeni Kanun'un 132. maddesinde öngörülen bekleme süresine yalnızca kadınların tabi olduğunu kaydetmektedir⁴¹."

³⁹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 58.

⁴⁰ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 62.

⁴¹ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 80.

“Mahkeme bu bağlamda, bekleme süresine saygı gösterme yükümlülüğünün hükûmet tarafından iddia edilen amacının, doğmamış olası bir çocuğun biyolojik ebeveynini belirlemek ve bu açıdan belirsizliği önlemek olduğu yönündeki iddiasını kaydetmektedir. Hükûmet tarafından belirtilen bu görüş, resmi evlilik kurumuna dayanan geleneksel bir aile anlayışına sahiptir ve bu görüşün zorunlu olarak modern Avrupa toplumlarının gelişimini yansıtmaması düşünülemez; bu toplumlarda, çok sayıda aile, hemsinli birlikteliği yahut birlikte yaşama gibi resmi evlilikten farklı bir birlik biçimine dayanmakta ve hatta birçok çocuk evlilik dışı veya anonim sperm bağış yoluyla doğabilmektedir⁴².”

“Mahkeme boşanmış kadınlara hamile olma ihtimalleri nedeniyle bekleme süresi dayatma ve bu sürenin kaldırılmasını talep etmeleri hâlinde hamile olmadıklarını kanıtlamalarını isteme uygulamasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğini saptamaktadır⁴³.”

D. Kararın Değerlendirilmesi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üç yüz günlük bekleme süresini düzenleyen TMK m. 132 hükmünü AIHS m. 8 ve 14'e aykırı bulmuştur. Haliyle kararda TMK m. 132'nin hem kadın - erkek eşitliğinin hem de özel hayatın gizliliğinin ihlal edildiği ifade edilmiştir.

Kararda Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW) gereği de cinsiyet ayrımcılığı nedeniyle üç yüz günlük bekleme süresi eşitliğe aykırı bulunmuştur (m. 1, 2, 5, 16). Ancak doğurmak kadına özgü bir durumdur. Bu sebeple bekleme süresini kadın-erkek eşitliğine aykırı bulmadığımızdan cinsiyet ayrımcılığına yol açmayacağını düşünmekteyiz. Doğurganlık özelliği olmayan erkeklerle bu yönde eşit olmaya çalışmak fizyolojik olarak mümkün değildir. Haliyle Mahkemenin kararında belirtildiği gibi “erkeklerin üç yüz beklememesi”ni eşitliğe aykırı bulmak tutarlı değildir.

Üç yüz günlük sürenin kaldırılması için kadının gebe olmadığını ispatlanması süreci ise 8. madde gereği özel hayatın gizliliğini ihlal olarak

⁴² Bayraktar/ Türkiye Davası, § 86.

⁴³ Bayraktar/ Türkiye Davası, § 88.

değerlendirilmiştir. Üç yüz günlük süre engeline takılmamak için öngörülen bu kural özel hayatı ihlal etmemektedir. Zira burada amaç tek başına bir kadının gebe olup olmadığını tespitten ziyade soybağında meydana gelebilecek karışıklığa engel olmaktır⁴⁴. Her ne kadar AİHM eleştirel bir ifade ile doğmamış bir çocuğun soybağının tespitini kolaylaştırmayı anlamlı bulmasa da ilerde doğma ihtimali bulunan bir çocuğun yararını düşünmek toplumsal menfaat bakımından önemlidir. Zira soybağının düzgün tespiti ve nüfus kayıtlarının doğru tutulması nesilleri koruyan bir öneme sahiptir. Basit bir kan testi verilmesinin özel hayatı ihlal eden bir yönü bulunmamaktadır. Zira bu sağlık verileri sadece ilgili makamlara verilmektedir.

AİHM kararında hem cins birlikteliklerinden, evlilik dışı beraberliklerden ve sperm bağıışı ile dünyaya gelen çocuklardan söz edilmiş, modern Avrupa toplumu vurgusu yapılmıştır. Özellikle sperm ya da yumurta bağıışı ile dünyaya gelen çocuklarda kökenini bilme hakkı, büyük bir hukuki sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yolla dünyaya gelen çocukların ilerde ne tür ruhsal problemlerle karşılaşabilecekleri ise göz ardı edilmiştir. Kararda kadın için öngörülen bekleme süresi modern toplum kuralının ihlali gibi gösterilerek bir dayatma yoluna gidilmiştir. Oysa Mahkeme’de ifade edilen modern toplumun gereği olarak gösterilen örnekler toplumun ve nesillerin yozlaşmasına yol açmaktadır.

Üç yüz günlük bekleme süresine uymaksızın yapılan evliliklerden dünyaya gelen çocuklarda karineler (TMK m. 290) ya da DNA testi vurgusu yapılarak TBK. m. 132’ye gerek duymadıklarını yukarıda ifade etmiştik. TMK m. 290’da yer alan karinenin zaten aksi ispat edilebilir. Kadın-erkek eşitliği ve özel hayatın gizliliği ihlali vurgusu yapılırken ileride DNA testine maruz kalacak kadın ya da erkeğin özel hayatının gizliliği göz ardı edilmiştir. Gerek çocuğun üstün yararı gerekse kökenini bilme haklarının Başvurucu’nun menfaatlerinden daha üstün bir niteliğe sahip olduğu ortadadır. Bu nedenle DNA ya da soybağının reddi yollarına hiç gerek kalmaksızın TBK. m. 132’den yararlanmak daha sağlıklı olacaktır.

Ayrıca AİHM’in bu önemli kararında ortaya çıkan husus, Türkiye’de açılan davada hukuki bir yararın ispatlanamamasıdır. İhtimaller dâhilinde mahkemelerin meşgul edilmesi doğru görülmemektedir. Elbette Türkiye taraf

⁴⁴ Benzer yönde bkz. Şeyma Ülger Nalbant, “İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda İddet,” *Kocatepe İslami İlimler Dergisi* 5, no.2 (2022): 609.

olduğu uluslararası sözleşmelere uymakla yükümlüdür. Ancak TMK m. 132 yeniden evlenmek isteyen kadınları cezalandıran değil, çocukların soybağını korumaya yönelik bir hükümdür. AİHM'in kararında *henüz doğmamış olası bir çocuğun* soybağını korumanın anlamsızlığına değinilmiştir. Oysa doğduktan sonra korumaya kalmak bir çocuğun çok daha yıpranmasına neden olabilecek niteliktedir.

Avrupa toplumunun modernlik anlayışı ile Türk toplumunun modernlik anlayışı birbirine uymayabilir; ancak bu Türk toplumunun modern olmadığı anlamına gelmemektedir.

Kararda "Bekleme süresi, yalnızca boşanma kararının kesinleştiği tarihte başlamaktadır, oysaki çoğu durumda eşler, uygulamada bazen yıllarca sürebilen boşanma davasının başlangıcından itibaren artık birlikte yaşamaya son vermektedirler." (§ 55) ifadesi yer almaktadır. Ancak hukuk bitmeyen bir evliliği bitmiş gibi değerlendirerek sorunları çözemez. Bu çözüm yolu hukuki olmaktan da uzaktır. Zaten Türk hukuk sistemi boşanmış ya da gebe bir kadının yeniden evlenmesine karşı değildir⁴⁵. Üç yüz günlük bekleme süresi geçmeden gebe bir kadın evlendiğinde baba TMK m. 290 gereği ikinci evlilikteki koca olacaktır. Çocuğun gerçek babası ilk koca ise soybağının yeniden tesisi için zahmetli ve yıpratıcı bir süreç ortaya çıkacaktır. Bu sebeple Mahkemenin kararında "...hamile kadınları doğum yapana kadar evlenme hakkından mahrum etmek" ifadesi hukuki değildir. Toplumda yaşayan herkesin içinde buldukları koşullar gereği uyması gereken hukuk kuralları bulunmaktadır.

SONUÇ VE ÇÖZÜM ÖNERİSİ

Türk Medeni Kanunu'nda soybağında karışıklığı önlemek amacıyla yer alan bekleme süresi özel hayatın ihlaline ve kadın erkek ayrımcılığına yol açmamaktadır. Zira fizyolojik farklılıklarda kadın ile erkeğin eşit olması mümkün değildir. Ayrıca TBK m. 312'nin uygulanmadığı bir durumda çocuğun soybağını tespit amacı ile yapılacak olan DNA testi de özel hayatın gizliliğini ihlal oluşturacaktır.

⁴⁵ Oysa AİHM kararında bu izlenim uyandırılmaya çalışılmıştır.

Üç yüz günlük bekleme süresinin her koşulda aranıyormuş gibi bir algı oluşturulması ise doğru değildir. Kadının bu süre içerisinde doğum yapması halinde hâkim kararına gerek olmaksızın bekleme süresi son bulmaktadır. Yine kadının gebe olmadığını ispatlaması ya da boşandığı kişiyle tekrar evlenmesi halinde de üç yüz günlük bekleme süresinin kaldırılması hususunda mahkemeye başvurulabilmektedir.

AİHM'in kararında özel hayatın ihlaline vurgu yapılması, cinsiyet ayrımcılığına değinilmesi, modern toplum yapısı, evlilik dışı ya da sperm bağış yoluyla da çocukların dünyaya gelebilecek olmasına değinilmesi ise konuyu izah etmekten uzaktır. Ayrıca bu yöntemlerle çocuk sahibi olunmasının adeta teşvik edersine ifade edilmesi toplumun ahlaki yapısını bozmaktan öteye gitmeyecektir. Hukuk kurallarının oluşturulmasında bir toplumun ahlak kurallarının da büyük bir önemi bulunmaktadır.

TMK m. 132, evli bir kadının evliliğinin bitmesinden sonra doğacak olan bir çocuğun soybağında karışıklık yaşanmaması için getirilmiş bir düzenlemedir. Haliyle evliliği biten bir kadın gebe ise, doğum gerçekleşene kadar bekleme süresi devam edecektir. Oysa bekâr bir kişi de evlenmeden önce gebe kalabilir ve çocuğunun babası olmayan bir kişiyle evlenebilir. Böyle bir durumda da aslında çocuk ile biyolojik babası arasında soybağı ilişkisi olmayacaktır. TMK m. 132 bu yönüyle eleştirilebilir niteliktedir, ancak TMK m. 132'nin bekâr kadınları kapsamına almamasının sebebi Türk toplumunda bekâr bir kadının evlilik dışı çocuk sahibi olmasının kabul görmemesinden dolayı olacağı kanaatindeyim. Ancak bu durumlarla da karşılaşılması muhtemeldir ve çözüm üretilmesi gerekmektedir. Bu sebeple de evlenme başvurusunda bulunan tüm kadınlardan sağlık raporunun içinde gebelik testine yer verilebilir.

TMK m. 132 özellikle çocuk açısından psikolojik ve sosyolojik olarak da koruma sağlamaktadır. Zira bir çocuğun biyolojik babası ile soybağı ilişkisinin baştan sağlıklı bir şekilde kurulamaması, gerek çocuk açısından gerekse baba açısından psikolojik ve sosyolojik pek çok sorunu beraberinde getirmektedir. Burada özellikle şu iki problemle karşılaşılabilir. Bunlardan ilki biyolojik babanın mahkeme kararına rağmen çocuğu istememesidir. İkinci olarak ise, baba olarak gösterilen kişinin dava neticesinde biyolojik baba çıkmamasıdır. Bu durumda hem çocuk hem de baba olarak gösterilen kişi ciddi sorunlar yaşamaktadır. Baba olarak hedef gösterilen kişiler DNA testine göre biyolojik baba çıkmaları bile toplumda

zor duruma düşmekte ve linç edilmektedirler. Tüm bu ifade edilen sıkıntılar aslında TMK m. 132 hükmünün uygulamasının yanlış olmadığıdır⁴⁶.

TMK m. 132'nin gereksiz olduğu kabul edilecek olursa bir kadın boşandıktan sonra gebe iken evlendiğinde karine gereği ikinci evlilikteki koca baba sayılacaktır. Soybağının düzgün tutulmasını umursamayan insanlar sessiz kalır ve soybağının reddi davasını açmazlarsa bu durumda kamu yararı zarar görecektir. Bu sebeple TMK m. 132 gereksiz bir hüküm değildir.

AİHM kararına ve çoğunluğun görüşüne katılmamakla birlikte TMK m. 132'nin yeniden ele alınması gereği de ortadadır. İlgili hüküm gereği bekleme süresinin kaldırılması için hâkim kararı gerekmektedir. Kadının gebe olmadığını mahkeme yoluyla ispatlamaya çalışması yerine evlenirken zaten talep edilen sağlık raporunda kadının gebe olup olmadığına bakılabilir. Ayrıca kadın bu üç yüz gün içinde tekrar boşandığı kocasıyla evlenecekse yine mahkeme kararına gerek olmamalıdır. Hatta burada evlenirken talep edilen sağlık raporunda da gebeliğe bakmaya gerek yoktur. Zaten amaç kadının biten bir evlilikteki kocadan gebe olup olmadığını tespit etmektir.

TMK m. 132'de hâkim kararının kaldırılmasından başka üç yüz günlük bekleme süresinin uzunluğu tartışılabilir ve daha kısa bir süre öngörülebilir. Öğretide de bir fikre göre, üç yüz günlük bekleme süresi yerine doksan günlük bir bekleme süresi getirilebilir⁴⁷. Böyle bir sürenin varlığı daha duygusal olan kadının yeniden evlenirken daha fazla düşünerek doğru bir karar alması noktasında da yardımcı olacaktır.

⁴⁶ Konuyla doğrudan ilintili olmasa dahi basında büyük yankı uyandıran habere göre bir hâkim soybağı nedeniyle yaşadığı sorunlardan dolayı eşinden boşanmak istemiş ve eşi tarafından yakılarak öldürülmüştü. Olayda dünyaya gelen çocuk gerçek baba üzerine kayıtlıydı. Ancak evlilik bitmeden yaşanan ilişkiler ve ikinci eşe çocuğun kendisinden olduğu hususunda söylenen yalanlar soybağı üzerinde gerçek olmayan algılara yol açmış ve bir aile faciasına dönüşmüştü. Özgür Cebe, "Hâkim eşini kızgın yağ dökerek yakıp intihar etmişti: Altından öyle bir hikâye çıktı ki...", *Sözcü Gazetesi*, erişim tarihi Nisan 22, 2024, <https://www.sozcu.com.tr/son-dakika-hakim-esini-kizgin-yag-dokerek-yakip-intihar-etmis-ti-altından-öyle-bir-hikaye-cikti-ki-wp7653744> Sonuç olarak DNA raporu ile bir çocuğun gerçek babası tespit edilebilir. Ancak uyulması gereken TMK m. 132 kadın erkek eşitsizliği ya da özel hayatın ihlalinin ziyade çocuğu, erkeği hatta kadını koruyan bir yönü bulunmaktadır.

⁴⁷ Hatemi, *Aile Hukuku*, 60.

Hakem Deđerlendirmesi: Çift kör hakem.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek alıp almadığını belirtmemiştir.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması olmadığını belirtmiştir.

Etik Kurul Onayı: Yazar etik kurul onayının gerekip gerekmediğini belirtmemiştir.

Peer Review: Double peer-reviewed.

Financial Support: The author has not specified whether financial support was received for this study

Conflict of Interest: The author declares that there is no conflict of interest

Ethics Committee Approval: The author has not specified whether ethics committee approval was required.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut ve Derya Ateş. *Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2024.
- Dural, Mustafa, Tufan Öğüz ve Mustafa Alper Gümüş. *Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku*, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- Erdem, Mehmet ve Aslı Makaracı-Başak. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2022.
- Erdem, Suat. "İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikâhı." *Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi* 17, no.2 (2013): 71-95.
- Gayretli Aydın, Seda. "Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no:136 (2018): 263-292.
- Gençcan, Ömer Uğur. *Evlendirme Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2021.
- Hatemi, Hüseyin. *Aile Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2023.
- Hüseyin Hatemi, "Evliliğin Sona Ermesi Halinde Kadın Eşin Bekleme Süresi." Hatemi Hukuk Bürosu, Erişim Tarihi Haziran 28, 2024, <https://www.hatemihukukburosusu.com/isvicreden-medeni-kanun-alinirken-yapilan-degisiklikler.html>
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Özdamar, Demet. *Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu (Eski – Yeni Türk Medenî Kanunu Karşılaştırmalı)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2002.
- Öztan, Bilge. "Medeni Kanun'un Kabulününün 70'inci Yılında Aile Hukuku." *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 44, no.1 (1995): 79 – 125.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2015.
- Paksoy Erbaydar, Nüket ve Aysun Balseven Odabaşı. "Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi." *Ankara Üniversitesi Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi Fe Dergi* 10, no.1 (2018): 112-119.
- Pürselim, Hatice Selin. "MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkileri." *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 27, no.1 (2021): 513 – 542.

- Reyhani Yüksel, Sera. "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın-Erkek Eşitliği." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 18, no.2 (2014): 175-200.
- Reyhani Yüksel, Sera. "Kadın ve Erkeğin Eşit Haklara Sahip Olması İlkesinin Aile Hukuku Alanında Uygulanması." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no.145 (2019): 397-420.
- Rieck, Jürgen und Saskia Lettmaier. *Ausländisches Familienrecht*. München: C.H. BECK, 2023.
- Ülger Nalbant, Şeyma. "İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda İddet." *Kocatepe İslami İlimler Dergisi* 5, no.2 (2022): 597-616.
- Yılmaz, Süleyman. *Medeni Hukuk Cilt III Aile Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınevi, 2023.
- Yücer Aktürk, İpek. "Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasağı Sorunu." *Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no.2 (2023): 195-208.
- Zevkliler, Aydın, Emre Cumalıoğlu ve Mehmet Beşir Acabey. *Medeni Hukuk-III Aile Hukuku*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2024.