

EVLENMENİN YOKLUĞU

Arş. Gör. Abdurrahman SAVAŞ*

GİRİŞ

Evlenmenin yokluğu konusu, Medeni kanunumuzda düzenlenmemiş olmakla beraber toplumumuzu çok yakından ilgilendiren bir husustur. 1926 yılında yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu, evlenme merasiminin resmi memur önünde yapılması esasına dayanan bir sistem getirmiştir. Ancak toplumumuz halen eski hukuk döneminden kalma alışkanlıklarla Kanunun belirlediği sınırların dışına çıkmış ve hiç de göz ardı edilemeyecek sayıda Medeni Kanun karşısında hukuken vücut bulmamış evlenme törenleri yapmıştır ve yapmaktadır. Özellikle resmi memur önünde yapılması gereken bu sözlü şekle tabi olan evlenme sözleşmesi bir imamın huzurunda ya da başka kişilerin katılımıyla yapılmakta ve taraflar evlendiklerine inanarak evlilik hayatı yaşamaya başlamaktadırlar. Aralarında medeni hukuka göre yapılmış geçerli bir sözleşmenin olmaması (“yok” olması) sebebi ile ilerleyen safhalarda ve özellikle nesep ve miras hukuku açısından sorunlar çıkmaktadır. İşte biz bu nedenle evlenmenin “yok” sayılmasını gerektiren durumları incelemeyi konunun önemi açısından faydalı görmekteyiz.

I. Konunun Sınırlandırılması

Çalışmamızda ilk önce hukuki işlemlerdeki hükümsüzlük çeşitlerinden biri olan yokluk ve butlan kavramını inceleyeceğiz. Daha sonra evlenmenin yok sayılmasını gerektiren halleri ele alacağız. Toplumumuzda hala yaygın bir şekilde uygulanan ve hatta bazı bölgelerde resmi nikahtan daha fazla tercih edilen ve halk arasında imam nikahı olarak bilinen uygulamayı da Hukukumuz açısından değerlendireceği. Evlenmenin butlanı konusuna ise Medeni Kanunumuzda özel olarak düzenlenmiş olması sebebi ile girmeyeceğiz.

II. Sözleşmelerin Hükümsüzlüğü

Sözleşmelerin ve daha genel olarak hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü çeşitli görüşlerin ileri sürüldüğü tartışmalı bir konudur. Hükümsüzlük Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmemiş, çeşitli maddelerde bazı hükümsüzlük hallerine değinilmiştir.

Geniş anlamı ile hükümsüzlük sözleşmelerdeki eksiklikler ve sakatlıklarla, sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği hallerin tamamını kapsar. Buna mukabil hükümsüzlük dar anlamıyla sözleşmenin muteber olmadığı halleri ifade eder¹.

* S. Ü. Hukuk Fakültesi Roma Hukuku Anabilim Dalı

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut: Borçlar Hukuku, İstanbul 1995, s. 126.

Türk Medeni Hukukunda hükümsüzlük çeşitleri olarak genellikle yokluk, mutlak butlan, nisbî butlan ve iptal edilebilirlik şeklinde dörtlü bir ayırım yapılmaktadır². Medeni Kanunumuzda hükümsüzlük halleri için düzenli bir şekilde kullanılan tabir yoktur. Kanunda değişik durumlarda farklı tabirler kullanılmıştır.³ Biz burada konumuzu ilgilendirmesi açısından hukuki işlemlerin yokluğu ve butlanını kısaca inceleyeceğiz diğer hükümsüzlük hallerine ise değinmeyeceğiz.

A. Yokluk

Sözleşmenin kanunu unsurlarının bulunmaması halinde hukuki işlem yoktur, meydana gelmemiştir⁴. Sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmaması halinde sözleşme varlık kazanamaz ve yok hükmündedir⁵.

Bir sözleşmenin yokluğu her zaman ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir. Bu hususta bir dava açmaya gerek yoktur. Hakim davada ileri sürülmemiş bile olsa yokluğu res' en nazara alır.⁶

B. Butlan

Kurucu unsurlarının olması sebebi ile kurulmuş olan bir sözleşme, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde batıldır⁷.

Bir sözleşmenin batıl olmasını gerektiren sebepler irade beyanında bulunan kimsenin, temyiz kudretinin bulunmaması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk kurallarına kamu düzenine, genel ahlâka (adaba) ve şahsiyet haklarına aykırı veya imkansız olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması ve sözleşmenin muvazaalı olmasıdır⁸.

Borç doğuran sözleşmeler bakımından yoklukta olduğu gibi, butlan durumu da ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve bir dava açmaya ihtiyaç yoktur. Hakim önüne gelen davada butlan durumunu resen dikkate alır. Belli

² Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, C. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası İstanbul 1998 s.307 vd; Hatemi, Hüseyin; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997s.126 vd.

³ Güral, Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953s.16 vd. Doktrinde kullanılan diğer terimler için bkz., Güral, 15-16.

⁴ Hatemi, 126; Oğuzman / Öz 126; Zevkliler, Aydın: Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku-Aile Hukuku) 4. Bası, Ankara 1995 s. 28; Edis, Seyfullah: Medeni hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.s. 161.

⁵ Oğuzman / Öz, 126; Eren, 307.

⁶ Oğuzman / Öz, 126.

⁷ Oğuzman / Öz, 126.

⁸ Oğuzman / Öz, 127; Eren, 310-311.

bir sürenin geçmesi veya sakat unsurun düzeltilmesiyle batıl olan sözleşme geçerli hale gelmez. Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tekrar yapılması gerekmektedir.⁹

Batıl olan sözleşme kesin olarak hükümsüz ise de, eğer yakın bir amaca yönelik başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve taraflar sözleşmenin batıl olduğunu bilselerdi diğer geçerli sözleşmeyi yapacakları kabul edilebiliyorsa, batıl olan sözleşmenin, geçerlilik şartları tamam olan sözleşmeye tahvili ve bu şekilde hüküm doğurması kabul edilmektedir¹⁰.

III. Yokluk ve Butlan Kavramlarının Karşılaştırılması

Borçlar hukuku alanında yokluktan bahsedilip bahsedilmeyeceği doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Bir görüşe göre sözleşme batıl da olsa mevcuttur. Butlan ile yokluk arasındaki fark butlanda hukuki işlem ölü doğmuş, buna karşılık yoklukta ise işlem hiç doğmamıştır¹¹.

Baskın olan diğer bir fikre göre borçlar hukuku alanında hükümsüzlüğün kesin ve en ağır şekli butlandan ibarettir. Bu nedenle batıl olan işlem zaten hiç yapılmamış sayılmalıdır¹².

Doktrinde, hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü için kullanılan yokluk kavramının yanlış olduğu ve bir hukuki işlemin yok olmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir¹³. Bu fikre göre hem bir hukuki işlemde bahsedilmekte hem de bu işlemin yok olduğu ifade edilmektedir. Hukuki işlemin temel kurucu unsuru olan irade beyanının olmaması durumunda ortada bir hukuki işlem zaten bulunmamaktadır ve bu işlemin yokluk ile malul olduğunu ifade etmek yersizdir.¹⁴ Yine yoklu ile mutlak butlan arasındaki fark da hem sunidir hem de yok denecek kadar basittir.

Kanaatimizce borçlar hukuku alanında yokluk ile butlan arasındaki fark belki göz ardı edilebilir. Ancak özellikle aile hukuku alanında evlenmenin yokluğu ile butlanı arasındaki farklar küçümsenemeyecek ölçüde önemlidir. Medeni

⁹ Edis, 162; Ataay, AYTEKİN; Medeni Hukukun Genel Teorisi Temel Bilgiler- Genel Kavramlar, İstanbul 1965 s.352; Zevkliler, 30; Oğuzman / Öz, 127; Tekinay, Selahattin S/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altıp, Atilla ;Tekinay Borçlar Hukuku 7. Bası, İstanbul 1993, s., 376; Eren, 310.

¹⁰ Kaneti, Selim: Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul 1972 s. 1 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 110, 377.

¹¹ İnan, Ali Naim: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ankara 1979 s.149; Güral, 64.

¹² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, 377-378. Güral, 67; Tekinay, Selahattin S: Medeni Hukuka Giriş Dersleri 5. Bası, İstanbul 1987 (Tekinay, Giriş) s. 121.

¹³ Güral, 76 vd.

¹⁴ Güral, 77.

Kanunumuzun batıl evliliklere özel bir değer vermesi ve diğer batıl işlemlerden farklı sonuçlar bağlamasa da başka bir şekilde izah edilemez.

Bir hükümsüzlük türü olarak yokluğu kabul etmeyen bu görüşe göre, gerekli şekil şartlarının yerine getirilmemiş olması sebebi ile yapılan evlenmeyi batıl saymak ve bunun sonucunda da bu batıl evlenmeyi tahvil ederek nişanlanma olarak kabul etmek mümkündür¹⁵.

Evlenme sözleşmesi şekil şartına uyulmaması sebebi ile (imam nikahı gibi) geçerlilik kazanamamışsa bu durumda bunu batıl bir evlenme olarak görüp daha sonra tahvil ederek geçerli bir nişanlanma olarak kabul etmeye kanaatimizce gerek yoktur.

Geçersiz olan evlenmeyi tahvil ile nişanlanma olarak kabul etmek yerine, şekil şartına uyulmaması sebebi ile evlenmeyi yok kabul etmek ve tarafların evlenme konusundaki isteklerini bir nişanlanma sözleşmesi olarak yorumlamak¹⁶ hem daha kolay hem de kanunun sistemine daha uygundur.

IV. Evlenmenin Yokluğu

Evlenmenin yokluğu deyimi Medeni Kanunumuzda yer almamaktadır. Yokluk kavramı tamamen doktrin tarafından ortaya çıkarılmıştır. Medeni Kanunda evlenmenin hükümsüzlüğüne ilişkin olarak mutlak butlan ve nisbi butlan halleri sınırlı olarak sayılmıştır. Ancak bazı durumlar vardır ki kanunda sınırlı sayıda belirlenen (numerus clausus) bu mutlak ve nisbi butlan hallerinin dışında kalmaktadır. Borçlar hukuku alanındaki butlan ve yokluk yaptırımlarının sonucu itibarı ile aynı olmasına karşın aile hukuku alanında evlenmenin batıl olması durumunda bile bazı önemli sonuçlar doğurmaktadır. Evlenmenin mutlak butlan veya nisbi butlanla malul olduğu haller sınırlı sayıda belirlendiğine göre¹⁷ bu hallerden hiçbirisine girmeyen ve görünürde bir evlilik olmasına rağmen hukuken batıl bir evlilik bile kabul edilemeyen birliktelikler yapılmaktadır. Bu nedenle yokluk kavramı aile hukukunda özel bir yer işgal etmektedir. Doktrinde yokluk kavramını yanlış, tehlikeli ve tezatlarla dolu bir kavram olarak niteleyen yazarlar olması¹⁸ yanında birçok yazar evlenmenin yokluğundan bahsetmekte yani yokluk durumunu bir hükümsüzlük hali olarak incelenmektedir.¹⁹

¹⁵ Bkz. Güral, 86.

¹⁶ Bkz. Kaneti, 122 dn. 70.

¹⁷ Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C.II, Gözden Geçirilmiş. 5. Bası, İstanbul 1998, s. 172; Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa; Aile hukuku 2. Bası, İstanbul 1995, s. 90-91; Zevkililer, 756; Curti/Forrer; Kanunu Medeni Şerhi (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku) C. 1 İstanbul 1930, s. 206.

¹⁸ Güral, 55 vd.

¹⁹ Oğuzman/Dural, 172; Velidedeoğlu, 250; Tekinay, 108; Feyzioğlu, 103; Köprülü/Kaneti, 96, Zevkililer, 749; Hatemi/Serozan, 84; Birsen, Kemalettin.: Medeni Hukuk Dersleri (Umumi Esaslar

V. Evlenmenin Yok Sayılmasını Gerektiren Haller

A. Evlenmenin Yetkili Memur Önünde Yapılmaması

Evlenme şekle bağlı bir sözleşmedir. M.K. m.108'e göre evlenme sözleşmesi resmi sıfatı bulunan yetkili bir memur, yani belediye başkanı veya başkanın evlendirme işlerine memur tayin ettiği, vekili ya da köy muhtarı tarafından yapılması gerekir. Yetki verilmişse nüfus memuru, köy ve kasabalarda eğitim-öğretim hizmetleri sınıfındaki devlet memur ile yurt dışında başkonsolos ve konsoloslar da evlenme sözleşmesi yapabilirler. Bu kimselerin huzurunda yapılmış bir evlilik hukuken evlilik olarak kabul edilemez ve yok hükmündedir.²⁰

Evlenme merasimini yapan kişi kendisine böyle bir yetki hiç verilmemiş olan birisi olabileceği gibi, yetkili bir memur olmakla birlikte görev bölgesi dışında bu merasimi icra etmiş olabilir.

1. Evlenme Merasimini Yapan Kişinin Resmi Evlendirme Memuru Sıfatını Taşımaması

Geçerli bir evliliğin doğabilmesi için, evlenmenin kanunen evlendirmeye yetkili memur önünde yapılması gerekmektedir. Medeni Kanunumuza göre evlendirmeye yetkili resmi memur, belediye kuruluşu olan tüm yerlerde belediye başkanı ya da onun evlenme işleriyle görevlendirdiği memur, belediye kuruluşu olmayan köylerde de muhtardır. (MK. m. 108). Fakat Medeni Kanunun bu maddesi 1587 sayılı Nüfus Kanununda değişiklik ve eklemeler yapan 21 Kasım 1984 tarih ve 2080 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır.²¹ Bundan sonra da eski Evlendirme Talimatnamesi yürürlükten kaldırılarak yeni evlenme yönetmeliği yürürlüğe sokulmuştur.²² Bu yeni düzenlemelere göre evlendirme yetkisi İçişleri Bakanlığınca nüfus idarelerine, belediye başkanlıklarına, köy muhtarlarına ya da gerektiğinde köy ve kasabalarda eğitim ve öğretim sınıfına giren devlet memurlarına (öğretmen ve okul idarecileri) verilebilir. (Nüfus K. 15/II. Evlendirme Yönetmeliği 7)

Bir yerde içişleri bakanlığınca sayılan bu kişilerden hangisi evlendirme işiyle görevlendirilmişse o yerde ancak o kişinin akdedeceği evlenmeler geçerli

Şahsın Hukuku-Aile Hukuku- miras Hukuku) İstanbul 1963 s. 232; Feyzioğlu, Feysi N/Doğanay, Ümit/Aybay, Aydın.: Medeni Hukuk Dersleri (Temel İlkeler-Kişinin Hukuku- Aile Hukuku-Miras Hukuku) 2. Bası, İstanbul 1973, s. 185 vd.

20 Akıntürk, 173; Oğuzman/Dural, 87; Birsın, 232-233; Velidedeoğlu, H. Veldet.: Türk Medeni Hukukunun Aile Hukuku C.2, 2. Bası İstanbul 1950 s. 250; Feyzioğlu/Doğanay/ Aybay, 186; Hatemi/Serozan, 87 vd; Zevkliler, 753.

21 RG. 21.11.1984, s. 18582.

22 RG. 7.11.1985, s. 18921.

olur.²³ Toplumumuzda önemli bir yer işgal eden imam nikahı ile yapılan evliliklerde, bu evlenmeyi akdeden kişinin yukarıda sayılan resmi memurlardan olmaması sebebi ile yok hükmündedir. Konunun önemi sebebi ile imam nikahı üzerinde biraz durmak istiyoruz.

İslam Hukukunda evlenme sözleşmesi birbirleriyle evlenmelerine hukuki bir engel bulunmayan bir erkek ile bir kadının sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere aralarını birleştiren ve bunun için karşılıklı hak ve görevler belirleyen bağlıdır.²⁴

İslam Hukuku kurallarına bakıldığında evlenme sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için bir imam veya dini kimliğe sahip birinin huzurunda yapılmasının gerekli olmadığı görülür. Yine bu sözleşmenin camide de yapılması şart değildir.²⁵ Esas ve şartlarının dini naslar ve bunlara dayanan içtihatlarla belirlenmiş olması, evlenmenin dini bir sözleşme olmasını gerektirmez.²⁶

Denilebilir ki İslam Hukukuna göre nikah kendi sistemi içerisinde özellikleri olan bir sözleşme olmakla birlikte²⁷, medeni bir sözleşme yani ibadet hükümleri dışında kalan ve insanlar arası ilişkilerin konu edildiği muamelat bahsine ait bir sözleşmedir.²⁸

Medeni Kanunumuza göre yapılan bir evlenmenin süit akrabalar arası evlenmeler ve sadece iki kadın şahit huzurunda yapılanlar müstesna İslam Hukuku bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir.²⁹

Görüldüğü gibi İslam Hukuku içerisinde dini nikah ya da imam nikahı olarak tanımlanmış bir nikah kavramı yoktur. Dolayısı ile dini nikah denince akla kilise de veya havrada yahutta diğer dinlerde o dinin mensubu olan yetkili kişiler huzurunda kayılan nikah gelmelidir.³⁰

İmam nikahı olarak adlandırılan ve İslam hukukunun gereklerine göre yapılan bu merasim, medeni kanunumuzun açık hükümleri karşısında hukuki bir

23 Zevkliler, 753.

24 Yaman, Ahmet: İslam Aile Hukuku, Konya 1998, s. 33.

25 Karaman, Hayrettin.: Mukayeseli İslam Hukuku, C.1, İstanbul 1991s., 236; Ayrıca bkz. Köteli, M. Argun; Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Ankara 1991.s. 84-85.

26 Karaman, 236; Velidedeoğlu, 44.

27 Yaman, 35.

28 Karaman, 236-237; Bkz. Hatemi, 95-96.

29 Karaman, 236.

30 Nitekim doktrinde, resmi memur olarak kabul edilebilecek kişiler arasında ülkemizdeki müftülerinde sayılmasında bir sakınca olmadığı ve bunun laiklik ilkesini zedelemeyeceği çünkü müftünün kırdığı nikahın dini değil, medeni bir nikah olacağı ifade edilmektedir. Bkz. Hatemi/Serozan, 88.

kimliğe erişemeyecek olsa da inkar edilemeyecek bir gerçekliktir.³¹ Yapılan araştırmalarda, bazı bölgelerimizde neredeyse yüzde ellilere varan oranda imam nikahı ile birlikteliklerini devam ettiren kişiler bulunmaktadır.³² Bu vatandaşlarımız çok değişik nedenlerle resmi nikah yapmaktan kaçınmaktadırlar.³³ Bunda imam nikahının geleneksel özelliğinin etkisiyle, toplumun dini nikahı hoşgörülle karşılaması ve bazı yörelerde imam nikahına, resmi nikaha eşdeğer bir anlam verilmesi rol oynamaktadır.³⁴

2. Evlendirme Memurunun Evlenme Merasimini Yetki Bölgesi Dışında Yapması

Evlenme merasiminin evlendirme memuru önünde yapılması, sözleşmenin kurulması için gereken şekil şartının yerine getirilmesi açısından yeterli değildir. Burada karşımıza çıkan sorun, evlendirme memurunun, resmi görevli bir kişi olmasına rağmen akdettiği evlenmenin kendi idari görev alanı dışında olması, örneğin meram ilçesinde görevli bir evlendirme memuru Selçuklu belediyesi sınırları içerisinde bir evlenme merasimi yapması durumunda, yapılan merasimin geçerli olup olmadığıdır.

Resmi sıfatı olduğu halde, sadece, idari görev alanı dışında akdettiği için memurun kıymış olduğu nikahı “yok hükmünde” kabul etmek, hakkaniyete, tarafların menfaatlerine ve ailenin korunması ilkesine aykırı düşmektedir.³⁵ Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi farklı Yargıtay kararlarında rastlamak da mümkündür. Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre eşlerin iyiniyetli olması ve evliliğin evlendirme dairesinde yapılması halinde evlenmeyi geçerli saymak gerekir.³⁶ Kendi yetki bölgesi dışında nikah merasimi icra eden memura da ayrıca disiplin cezası uygulanmalıdır.³⁷ Evlenmenin resmi memur olmayan bir kişi huzurunda yapılması veya resmi memur olmasına rağmen yetki bölgesi dışında nikah merasimini icra etmesi durumunda sonucun ne olacağı konusunda ileri sürülen değer bir fikre göre ise evlendirme memuru görevini yapan kişi ev-

31 Serozon, Rona.: Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Çok Evlilik, İHFD, c.41, s.1-4 1975, s.293 vd.

32 Akın, Levent.: Nesebin İdari Yoldan Düzeltilmesi, ABD, Y.1994, S.2, s.183.

33 Gotthard, 27.

34 Zevkliler, 754.

35 Zevkliler, 754.

36 Oğuzman/Dural, 87; Akıntürk, 173; Tekinay, 110; Feyzioğlu, Feyzi N; Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1979 s. 106; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim; Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1989 s.95; Zevkliler bu durumda iyi niyetin aranmasının gerekliliğini, iyi niyetin varlığının zaten asıl olması sebebi ile kötü niyetli olmama şeklinde anlamaktadır. Bkz. Zevkliler,754-755.

37 Zevkliler, 754.

lenmeyi tescil etmişse, evlenme geçerlidir. Tescil işlemi yapılmamışsa evlenme yok hükmündedir.³⁸

Yargıtay kararlarına bakıldığında da bu konu hakkında bir görüş birliği yoktur. Bazı kararlarda eşlerin iyi niyetine bakmaksızın memurun idari görev alanı yapılan evlenmeleri yok saymıştır.³⁹

Bu kararlardan sonra çıkan daha yeni tarihli kararlarında ise aksi görüş savunulmuş ve eşlerin iyiniyetli olmaları durumunda yapılan evlenmeyi geçerli saymıştır.⁴⁰

Yargıtay tarafından savunulan bu iki zıt görüş karşısında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu ikinci görüşü benimsemiş ve memurun idari görev alanı dışında icra edilen evlenmelerin, eşlerin iyi niyetli olmaları ve geçerli bir evlilik kurulduğu kanaatiyle hareket etmeleri durumunda geçerli sayılacağı sonucuna varmıştır⁴¹. Kaldı ki hiç kimse bile bile, yok sayılacak evlenmeyi yapmaya, özellikle resmi memur önünde yapmaya yanaşmaz. Çoğu zaman resmi memurun ihmali sonucu doğacak sakıncanın cezasını evlenecek vatandaşlar çekmemelidir.⁴²

B. Tarafların Cinsiyetlerinin Aynı Olması

Evlenen kişilerin cinsiyetlerinin farklı olması, evlilik birliğinin tabii ve ahlaki fonksiyonlarının zorunlu bir sonucudur.⁴³ Sadece farklı cinsiyetteki kimselerin evlenmeleri mümkün ve caizdir. Bu nedenle, iki erkek veya iki kadının birbiriyle evlenmeyi istemeleri, evlendirme memuru tarafından kabul edilemez.⁴⁴ Ancak her nasılsa böyle bir talep evlendirme memuru tarafından kabul edilmişse

38 Hatemi/Serozan, 55.

39 Y. 2HD. 9.5.1975. E. 4528/K.5246. "... Her memurun bir görev çevresi olup bu da idari taksimatla sınırlıdır. Onun için evlendirme memuru bölgesi dışına çıkarak görev yapamaz. Bu itibarla bir köy muhtarı başka bir köyde, yada bir il evlendirme memuru diğer bir köy, kasaba, il ve ilçede evlendirme akdini yapmak yetkisine sahip değildir. İdari görev alanı dışına çıkarak bir evlendirme işlemi yapması halinde o yer ve evlendirme memurunun görevini gasbetmiş (kanunsuz olarak elinden almış) olacağı için yaptığı nikah yok sayılır..." (YKD. 1975. 52, s. 23-24)

HGK 29. 9. 1976 E. 2.1065/2578 "... Resmi memurun katılmış bulunmasından söz edebilmek için adı geçen her hangi bir evlendirme memuru olmayıp o memurun yer itibarıyla de akdi yapmaya yetkili olması zorunludur... Evlenme akdini yer itibarıyla yetkili bir memur gerçekleştirmemesine göre, ortada hukuken geçerli bir evlenme yoktur..." (YKD. 1977. 5.6. s. 762.)

40 HGK. 20.2.1985. E. 2-423/K.109; HGK. 20.2.1985. E. 2-845/K.111 (Bkz. Zevkililer, 754.)

41 Y.İ.B.K. 13.12.1985, E.85/4 K. 85/9.

42 Zevkililer,755; Tekinay, 110-111; Feyzioğlu, 106-110.

43 Feyzioğlu, 104.

44 Feyzioğlu, 104.

ve cinsiyetleri aynı olan iki kişinin evlenme merasimi şeklen yapılmış olsa bile bu sözleşme yok sayılır.⁴⁵

1. Tarafların Cinsiyetlerinin Sözleşme Anında Aynı Olması

M.K. m.97 "Birbirleriyle evlenecek erkek ve kadından" söz etmektedir. Müteakip maddelerde de erkek ve kadının evlenmesinden ve bu evlilik için yapmaları gereken işlemlerden söz edilmektedir. Evlenmenin amacı ve mahiyeti ile Medeni Kanundaki düzenlemelerden çıkan dolaylı anlam, evlenmenin karşıt iki cins arasında yapılacağını ortaya koymaktadır.⁴⁶

Bu sebeple aynı cinsten iki kişinin birleşmesiyle evlilik kurulmuş olmaz. Bu kişiler kanunda belirtilen tüm şartları yerine getirirler ve hatta resmi memur da bu evlenmeyi akdetse, yine bir evlenme meydana gelmiş olmaz. Bu durumda hukukumıza göre ortada bir evlenme vardır.⁴⁷

Böyle bir durumda evlenmenin yokluğu için bir dava açmaya gerek yoktur. Tarafların aynı cinsten olduğu bir evlenme akdi yapılmışsa ve daha sonra taraflardan biri cinsiyetini değiştirirse ve karşı cinsten olma şartı gerçekleşse bile yok hükmünde olan bir evliliğin sonradan geçerli hale gelmesi mümkün değildir.⁴⁸

2. Taraflardan Birinin Cinsiyetini Sonradan Değiştirmesi

Taraflar, evlenmenin yapıldığı sırada farklı cinsiyette iseler ve evlenmenin diğer şartları da tamamsa ortada geçerli olarak kurulmuş bir evlenme vardır. Ancak evliliğin devamı sırasında taraflardan birisi cinsiyetini değiştirirse ve böylece ayrı cinsiyetten olma şartı ihlal edilirse, evlilik yine yok sayılacak mıdır?

Bu durum doktrinde M.K. m.29'un 3444 Sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce tartışılmıştı. Bu konuda ileri sürülen bir görüşe göre başlangıçta geçerli olarak kurulmuş olan bir evlenmenin, taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda yok sayılamayacağı şeklindedir.⁴⁹ Ancak evliliğin bu şekilde devamı da uygun bulunmamış ve ortaya çıkan durumun hangi açıdan çözülebileceği tartışılmıştır.

45 Velidedeoğlu, 250; Akıntürk, Turgut.: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku C.II, Gözden Geçirilmiş. 5.Bası, İstanbul 1998.s. 172; Oğuzman/Dural, 88.

46 Zevkliler, 750.

47 Velidedeoğlu, 250; Zevkliler, 750; Feyzioğlu, 104; Akıntürk 172; Oğuzman/Dural, 88; Hatemi/Serozan, 84; Köprülü/Kaneti, 96. Tekinay, 108; Curti/Forrer, 206; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 186.

48 Akıntürk, 172; Hatemi/Serozan, 97.

49 Feyzioğlu, 104.

Taraflardan birinin cinsiyetini evliliğin gerçekleşmesinden sonra değiştirmiş olması halinde, cinsiyet birliğinin sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmadığı ve sonradan gerçekleşmesi sebebiyle vasıf hatasına dayanılarak evliliğin feshi istenemez.⁵⁰ Bu durumun evliliğin mutlak butlanı sebepleri arasında sayılmaması sebebiyle de bu imkanlardan yararlanılamaz. Yine şiddetli geçimsizlik ya da haysiyetsizlik gibi bir boşanma sebebine de dayanmak mümkün değildir. Bu durumda evliliğin sona erdiğinin kabul edilmesi gerektiği ve bunun bir tespit davası ile belirlenebileceği ileri sürülmektedir. Ayrıca savcı da evlilik kayıtlarının iptal edilmesi için dava açabilmelidir.⁵¹

Bazı yazarlar⁵² da evliliğin cinsiyet değişikliğine kadar olan bölümünün geçerli olarak kabul edilmesi gerektiğini ve cinsiyet değişikliğinden itibaren ileriye yönelik olarak (ex nunc) yoklukla malül olacağını ileri sürmüşlerdir. Ancak bu görüş, yokluğun anlam ve özellikleri ile bağdaşmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Gerçekten de yokluk, bir hukuki işlemin kuruluş safhasında ve kurucu unsurlarındaki eksikliklerden kaynaklanır. İşlem bir kere meydana gelmiş ise artık (ex nunc) ileriye yönelik olarak yokluktan değil, ex nunc etkili fesihten bahsedilir. Aksi halde ex nunc etkili yokluk anlayışı yokluk kavramı ile çelişir.⁵³ Yine bu dönemde bazı yazarlar⁵⁴ yokluk tabirini kullanmamakla birlikte cinsiyet değişikliği anında evliliğin de sona ereceğini ifade etmişlerdir.

Nitekim 3444 sayılı Kanunla⁵⁵ M.K. m.29'a eklenen fıkrada, doğumdan sonra cinsiyet değiştiren kimse evli ise cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi yolundaki mahkeme kararının kesinleşmesi ile, evliliğin de kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmiştir.

Ancak bu düzenleme birkaç açıdan eleştirilmiştir.

Öncelikle bu düzenlemenin M.K. m.29'a değil ahvali şahsiye sicillerinin ancak hakim kararı ile düzeltilebileceğini düzenleyen m.38'e eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵⁶.

Yine madde metnindeki "doğumdan sonraki" ibaresinin ne amaçla konulduğu da anlaşılammaktadır.⁵⁷ Bu ifade cinsiyet değiştirme işleminin sanki do-

50 Feyzioğlu, 104.

51 Feyzioğlu, 104-105.

52 Öztan, Bilge.: Aile Hukuku 2. Bası Ankara, 1983s. 179 dn 1.

53 Güven, Kudret.:Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları, GÜHFD. C.1, S.1, Haziran 1997,s. 52 dn.28.

54 Köprülü/Kaneti, 65.

55 RG 12.5.1988 s. 19812.

56 Güven, 58-59; Zevkliler, Cinsiyet Kargaşası, 260.

57 Hatemi/Serozan, 98.

ğumdan önce de yapılabileceği intibamı uyandırmaktadır. Kanun koyucunun bu ifadeyi fizyolojik olarak doğum ile kazandığı cinsiyetinde sonradan değişiklik meydana gelen transseksüelin hukuki durumunu konu etmek istediği şeklinde yorumlamak gerekir.⁵⁸

Ayrıca eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde evlilikten beklenen amacın da ortadan kalktığı ifade edilmekle beraber bu durumda evliliğinde kendiliğinden sona ermesinin kabul edilemeyeceği ve bunun Medeni Kanunun sistemine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle evliliğin cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ermiş sayılmasının yerine, evliliğin feshedilmesi yolunda bir düzenlemenin getirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. Bu görüşte olanlar cinsiyet değişikliği için verilen mahkeme kararının yanında, evliliğin sona ermesine ilişkin ayrı bir kararın da verilmesi yolunda düzenleme istemektedirler.⁵⁹

Buna karşın diğer bir görüş savunulmuş⁶⁰ ve cinsiyet değişikliğine ilişkin verilen mahkeme kararının da evliliğin sona ermesi için yeterli nitelikte “mahkeme kararı” olduğu usul ekonomisi de gözetilerek, ayrıca evliliğin sona erdirilmesi için yeni bir karara daha gerek olmadığı ifade edilmiştir.

Farklı bir görüşe⁶¹ göre de evlilik, cinsiyet değişikliği ile birlikte kendiliğinden sona ermektedir. Bu bakımdan mahkemenin cinsiyet değişikliği hakkındaki kararının evliliğe etkisi maddi açıdan kurucu değil belirleyici niteliktedir.

Bu konudaki tartışmaların sona ermesi açısından cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının verilmesi sırasında, hakkında karar verilen kişi evli ise evliliğin de sona erdiği yönünde bir karar daha verilmesi yolunda Medeni Kanunun sistemi açısından daha uygun bir düzenlemenin getirilmesi yerinde olur kanaatindeyiz.⁶²

Yeni Medeni Kanun Tasarısında cinsiyet değişikliğine ilişkin hüküm 40. maddede düzenlemiştir. Bu maddeye göre cinsiyet değiştirmek isteyen kişi 18 yaşını doldurmuş olmalı ve aynı zamanda evli olmamalıdır. M.K. m.11'e göre evlenme kişiyi reşit kılar. Aynı hüküm Medeni Kanun Tasarısının 11. maddesinde aynen kabul edilmiştir. Bu kuralın varlığına rağmen tasarının 40. maddesinde cinsiyet değişikliği talebinde bulunmak için başvuruda bulunan kişinin 18 yaşını tamamlaması şartının ayrıca düzenlenmiş olması dikkat çekmektedir. Bu yeni düzenlemeye göre kişi on sekiz yaşından önce evlenip reşit olsa bile cinsiyet de-

Güven, 58 dn. 49.

Zevkiler, 751.

Güven, 68-69.

Köprülü/Kaneti, 65. Aksi görüşte, Güven, 69.

Zevkiler, 751.

ğişikliği yapmak amacıyla başvuruda bulunabilmesi için on sekiz yaşını tamamlayıncaya kadar bekleyecektir. Cinsiyet değişikliği başvurusunda bulunulabilmesi için aranan ikinci bir şart daha vardır. Toplumun temeli olan aile kurumunun, cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle cinsiyet değiştirme talebinde bulunan kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu şart, kişinin bir yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan da evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine giderek, bu durumun eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde meydana getireceği psikolojik ve ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.⁶³

c. Tarafların İradelerini Açıklamamış Olmaları

Evlenecek nişanlıların karşıt cinslerden olmaları ve resmi memurun evlenmeyi akdetmesi tarafların evlenmiş olmaları için yeterli değildir. Her sözleşme gibi evlenme sözleşmesinde de taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını resmi memur önünde açıklamış olmalıdırlar (M.K. m.109). Her iki tarafın da iradelerini açıklamış olması ve bu iradelerin birbirine uygun olması gerekir. Yani her iki eş de resmi memur önünde nişanlısı ile evlenmeyi kabul edip etmediğine ilişkin soruya olumlu olarak cevap vermelidir. Eşlerden birisi evlenmeyi istediğini bildirir, buna karşın diğer eş herhangi bir açıklamada bulunmamış ya da evlenmek istemediğini açıklamasa bu durumda taraflar arasında kurulmuş bir evlenme yoktur.⁶⁴

Nişanlıların evlenme defterini imzalamış olmaları evliliğin kurulması için yeterli değildir. Daha önce taraflar mutlaka sözlü olarak iradelerini açıklamış olmalıdırlar.⁶⁵

Tarafların, evlenme konusundaki iradelerini bir arada, birbiri ardından ve aynı anda açıklamaları gerekir.⁶⁶ Taraflardan birisi iradesini açıklar, araya bir zaman fasılası girer ve ondan sonra diğeri açıklarsa evlilik doğmaz.⁶⁷ Doktrinde ifade edildiğine⁶⁸ göre taraflardan birisi evlenme için iradesini beyan etmiş ve diğer taraf da tam “evet” diyecekken bayılmış, bir müddet geçtikten sonra toparlanıp “evet” demişse evlenme yine muteber olacaktır.

63 Bkz. Türk Medeni KanunuTasarısı m. 40 (ve gerekçesi)

64 Zevkliler, 752; Feyzioğlu, 110; Akıntürk, 174; Hatemi/Serozan; 75-76 Y2HD. 9.11.1983. E. 8456/K 8390 “...Evlenme akdinin geçerli olabilmesi için evlenecek kişilerin evlenme konusundaki irade beyanlarını birbirine uygun şekilde ve birlikte yetkili memur önünde açıklamaları zorunludur. Yok sayılan bir konuda hak düşürücü süreden bahsedilemez...” (YKD. 1984, C. 10., s. 5552.)

65 Zevkliler, 752.

66 Feyzioğlu, III, Akıntürk, 174; Zevkliler, 752; Tekinay, 108.

67 Zevkliler; 752.

68 Oğuzman / Dural, 88.

İradelerin birbirine uygun olmasından kasıt iradelerin sakatlanmamış olması demek değildir.⁶⁹ Tarafların evlenme yönünde iradeleri mevcutulmakla birlikte sakatlanmışsa ortada kurulmuş bir evlenme vardır ancak nisbi butlanla malüldür⁷⁰.

1. Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması veya İradesini Açıklamadan Ölmesi

a. Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması

Yukarıda da belirttiğimiz gibi taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını resmi memur önünde açıklamalıdır. Taraflardan birisi bu konudaki iradesini açıklamazsa veya açıklamaktan kaçınırsa ortada kurulmuş bir evlenme yoktur.⁷¹

Sadece taraflardan birisinin evlenmeyi kabul ediyorum demesi yeterli değildir. Her iki tarafın da olumlu olarak beyanda bulunmaları gerekir. Bir tarafın kabul etmiyorum, hayır asla gibi olumsuz cevaplar vermesi durumunda evlenme kurulmuş olmaz⁷².

Yine memur önüne taraflardan sadece biri gelmiş ve diğer taraf gelmemişse, beyanını daha sonra yapmışsa ya da hiç beyanda bulunmayıp sadece önüne sonradan getirilen defteri imzalamışsa ortada yine kurulmuş bir evlilik yoktur.⁷³ Tarafların defterleri imzalamaları doktrindeki baskın görüşe⁷⁴ göre evliliğin geçerlilik şartı değildir. Yargıtay⁷⁵ da verdiği kararlarda bu görüşe katılmaktadır. Çünkü evlilik, tarafların iradelerini beyan etmeleriyle kurulmuş olur. Ancak nikah defterinde tarafların imzasının bulunmaması evliliğin ispatını güçleştirir. İspat edilemeyen evlilik ise geçerli bir şekilde kurulmuş olsa bile hiçbir sonuç doğurmaz⁷⁶.

Feyzioğlu, 110-111.

Bkz. Akıntürk, 182 vd.

Akıntürk, 174; Hatemi/Serozan, 75.

Hatemi/Serozan, 75.

Akıncı, Şahin; Türkiye'de İmam Nikahı ve Köylerde Muhtarların Yaptıkları Evlenme Akitlerinin Geçerliliği, Ata Dergisi, s.6 Y.1994'den Ayrı Basım, s.49 vd. s.51-52.

Tekinay 102 vd; Köprülü/Kaneti, 92; Zevkliler, 707.

Y.2HD. 4.6.1986. E 5498/K5784. "...Usulüne uygun olarak gerçekleşmiş olan evlilik nüfusa tescil edilmeden de hukuki sonuç doğurur". (YKD. 1987. S. 3 s. 383).

Planiol, M. (Çev. Halis Özalp); İzdivaç Delili, AD, 1954, S.9, s.1074.

b. Tarafların Birisinin İradesini Açıklamadan Önce Ölmesi

Taraflardan birisinin resmi memur önünde iradesini açıklamasından sonra diğer eş iradesini açıklayacağı sırada ölse evlenme yine kurulmuş değildir. Ölen kişinin evlenmek üzere orada bulunması, yakınları ve hatta memur tarafından evlenmek istediği yönündeki iradesi mevcut olduğu bulunsa dahi henüz iradesini açıklamadan ölmüş olduğu için evlenme kurulmamıştır, yoktur. Nitekim bu husus bir Yargıtay⁷⁷ kararında da açıkça ifade edilmiştir.

2. Tarafların iradelerini Temsilcileri Aracılığı ile Açıklamış Olmaları

Evlenme sözleşmesinin yapılması bir “kişilik işlemi hakkı”nın kullanılmasında sayılmaktadır. Böyle olunca da evlenme konusundaki irade beyanının evlendirme memuru önünde açıklanması gereği, bir kanuni mümessil veya iradi mümessil aracılığı ile bu gereğin yerine getirilmesine elverişli değildir. Kişilik işlemi hakkının kullanılması bir usuli işlem gerektiriyorsa; bu usuli işlem için hakim önünde “temsil” mümkündür. Ancak bu temsilin de kural olarak irade temsil olması “kanuni temsil” olmaması gerekir. Boşanma davasının açılması, manevi tazminat talebinin dava yolu ile ileri sürülebilmesi için bir avukata temsil yetkisinin verilmesi bu kapsamdadır.⁷⁸

Usuli işlem değil de maddi hukuk işlemi yapılması söz konusu ise, bu işlemin yapılması da bir kişilik işlemi hakkının (kişiyi sıkıca bağlı hak, münhasıran şahsa bağlı hak) kullanılması niteliğinde görünüyorsa bu işlemin yapılmasında “iradi temsile” cevaz verilmez. Ancak nişanlanmada olduğu gibi bir beyan nakli söz konusu olabilir. Yani “beyan”da temsil olabilir. İradede temsil söz konusu değildir. Bir hukuki sonuç doğrumaya yönelen bir irade beyanı o beyanın sahibinden sadır olmalıdır. Ondandır olduktan sonra vasıta kullanılmasına - sadece nişanlanmada- cevaz verilebilir. Kişilik işlemi niteliğindeki muamele şekle bağlı ise aracı da kullanılamaz. Nitekim ölüme bağlı tasarruf yapma⁷⁹ ve evlenme işlemlerinde aracı kullanmaya cevaz verilmez⁸⁰.

Dolayısıyla kişi temsilci vasıtası ile evlenme iradesini açıklanmışsa bu durumda da geçerli olarak kurulmuş bir evlenme sözleşmesi yoktur⁸¹.

77 Y.1.HD. 27.10.1986. E. 8684/K: 9357. “... Evlenme tarafların yetkili memur önünde karşılıklı olarak evlenme arzu ve iradelerini uygun biçimde açıklamaları ile meydana gelir. Arzu ne kadar kesin olursa olsun, katılan sağ kalsa idi evlenme iradesini açıklayacağı muhakkak ve mutlak bulunsa bile, bir kişinin ölümünden sonra, mirasçılarının başvurması ile evlendirme memur taraflar arasındaki nikah akdini icra edemeyeceği gibi mahkemece de bu doğrultuda karar verilemez...” (YASA, 1987. S. 11, s. 1062).

78 Hatemi / Serozan, 76.

79 Oğuzman, Kemal; Miras Hukuku 4. Bası, İstanbul 1995 s. 97.

80 Hatemi/Serozan, 77.

81 Akıntürk, 174; Zevkliler, 752, Feyzioğlu, 111; Tekinay 109; Hatemi/ Seroğazn, 77-78.

Özellikle köylerde muhtarın huzurunda yapılan nikah sözleşmelerinde, Eski Hukuk geleneğinin etkisinde kalınarak, sadece müracaat işlemi değil kadın nişanlısının irade açıklaması da kanuni temsilcisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durumda böyle bir evlenme sözleşmesi meydana gelmemiş demektir.⁸²

Eski Hukukumuzun evlenme sözleşmesinde bile temsile cevaz vermesinin⁸³ etkisiyle özellikle köylerde bu alışkanlık devam edegelmiş ve köylülerin resmi nikahı, bir formaliteden ibaret görmeleri ve muhtarların da resmi nikah kıyma işini benimsememiş olmaları sebebiyle de giderek büyümüştür.⁸⁴

Kanaatimizce köylerdeki muhtarlara resmi nikahın önemi ve gerekliliği hakkında seminerler verilmesi, köy imamları ve müftülükler vasıtasıyla da köy halkına resmi nikah ile imam nikahı arasında fark olmadığının anlatılması bu sorunu çözmede faydalı olabilir.

VI. Devletler Özel Hukuk Açısından Evlenmenin Yokluğu

Buraya kadar iki Türk'ün Türkiye'de yapmış oldukları evliliklerin yokluk ile malul olmasını gerektiren durumları inceledik. Burada ise bir Türk ile bir yabancı uyruklunun, yabancı ülkede o ülke kanunlarına göre yaptıkları evliliklerin Türkiye'de geçerli bir evlilik olarak kabul edilebilip edilemeyeceğini inceleyeceğiz.

1. Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmenin Şekil Bakımından Değerlendirilmesi

a. Medeni Evlenmeler Açısından

Türk Medeni Kanunu medeni evlenme şeklini kabul ettiği için, milli hukukları aynı evlenme şeklini öngören yabancıların Türkiye'de evlenmeleri, ya da Türk vatandaşlarının medeni evlenmeyi kabul eden ülkelerde evlenmeleri halinde bir sorun çıkmaz⁸⁵. Dolayısıyla bir Türk ile bir yabancıнын medeni evlenme şeklini benimsemiş bir ülkede o ülke hukukuna göre evlenmeleri durumunda, Türk hukuku bakımından da geçerli olarak kurulmuş bir evlenme vardır.

b. Dini Evlenmeler Açısından

Evlenmenin şekline, evlenme işleminin yapıldığı yer hukukunun uygulanması genellikle kabul edilen bir görüştür. Nitekim MÖHUK m. 12/I'de "Evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir", denilerek uluslararası özel hukuk doktrininde üzerinde ittifak edilen kural kanun metninde de aynen yerini bul-

82 Hatemi/Serozan, 79.

83 Karaman, 265.

84 Akıncı, İmam Nikahı, 51.

85 Sayman, Yücel, Türk devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982, s.137.

muştur. Türk Medeni Kanununun medeni evlenmeye ilişkin hükümleri Türkiye’de evlenen yabancılara doğrudan doğruya uygulanır. Bu nedenle yabancılar Türkiye’de ancak resmi şekilde evlenebilirler⁸⁶. Evlenmenin şekline uygulanacak esas kural locus regit actumdur. Bu nedenle dini evlenmenin geçerli olduğu bir ülkede iki Türk vatandaşı bu usule göre evlenirlerse, evlenme Türk hukuku açısından da geçerli olarak kabul edilir⁸⁷.

Buna karşın Türkiye’de bulunan yabancıların kendi milli hukukları uygun olsa bile yaptıkları dini evlenmeler Türk hukuku açısından geçersizdir, yok hükmündedir⁸⁸.

Bir ülkede hem dini nikahın hem de medeni nikahın yapılması mümkün ise, Türk vatandaşları ister dini nikahla isterlerse medeni nikahla evlenebilirler. Çünkü evlilikleri, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre geçerlidir.⁸⁹

Yurt dışında evlenmenin yapıldığı ülke hukukuna göre akdedilen dini evlenmelerin geçerli olabilmesi için bu hukukun öngördüğü dini şekle uyulmuş olması gereklidir. Eğer bu hukuk dini evlenmenin geçerli olabilmesi için nüfus kütüğüne kayıt ya da resmi bir kamu görevlisinin evlenme anında hazır bulunması gibi ek formaliteler öngörmüşse bu formaliteler de yerine getirilmelidir.⁹⁰

c. Rızai Evlenme Şekli

Mukayeseli Hukukta hiçbir resmi ya da dini makam, kişi katılmaksızın, hatta merasime dahi gerek duyulmaksızın müstakbel eşlerin evlenme iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri ile gerçekleşen evlenme şekillerine rastlanmaktadır. İslam hukukunda evlenme akdi bir nitelik tarafların iki şahit önünde evlenme iradelerini beyan etmeleriyle evlenme geçerli olarak doğmaktadır. Şahitlerin varlığı da “evlenmenin aleniyeti ve üçüncü kişilerin bilgisine sunulması amacını” gütmektedir.⁹¹ Bu açıdan İslam Hukukunun evlenmeyi düzenleyen hükümleri rızai evlenme şekline girmektedir.

Yine Roma Hukukunda da evlenme bazı merasimlere tabi tutularak yapılmaktaydı. Ancak bu merasimler dini amaçlarla ve evlilik müessesesine duyulan saygı sebebiyle yapılmaktaydı. Aslında Roma Hukukunda evliliğin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için her hangi bir şekil şartına gerek duyulmamaktaydı.

86 Sayman, 138.

87 Tekinalp, Gülören; Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları 4. Bası İstanbul 1992 s. 127; Sayman, 138.

88 Nomer, Engin; Devletler Hususi Hukuku 9. Bası İstanbul 1998 s.215-216; Tekinalp, 129.

89 Nomer, 217.

90 Sayman, 140.

91 Sayman, 141.

Tarafların sadece evlenme yönündeki iradeleri (affectio maritalis) yeterli görül-
mekteydi⁹².

Burada karşılaşılabilecek olan sorun, böyle bir evlenmenin geçerli olduğu bir
ülkede, iki Türk vatandaşının bu şekilde evlenmelerinin Türk hukuku açısından
geçerli olarak kabul edilmesine kamu düzeni müdahalesi ile engel olunup oluna-
mayacağıdır. Bir görüşe⁹³ göre Türkiye’de evlenme akdi resmi memur önünde
yapılır ve bu kural Anayasanın 153/4 maddesi ile anayasaya aykırı olarak kabul
edilemez.

Ayrıca, yurt dışındaki Türklerin, buldukları ülkede kabul edilen dini ni-
kahla evlenmelerinin Türkiye’de de kabul edilmesi, bu nikahların dini olmasının
yanında yetkili resmi makam ya da kişi huzurunda yapılmış olmaları sebebiyle-
dir. Bu nedenle hiçbir resmi makam ya da kişinin iştiraki olmaksızın yapılan ni-
kahlar Türk kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmeli ve geçerli sayılmamalı-
dır. Hemen belirtmek gerekir ki kamu düzeninin müdahalesine gerekçe olarak
“ahlaka aykırılık” gösterilmemekte. Türk Anayasasınca da kabul edilen resmi
medeni nikahın gerekliliği ileri sürülmektedir.

Bu görüşe karşın, evlenmenin şeklini, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna
tabi tutan MÖHUK ve muayeseli devletler özel hukuku kurallarına göre, Türk
vatandaşlarının hiçbir şekil şartı gerektirmeyen ve tarafların karşılıklı rızalarıyla
evlenmelerini kabul eden ülkelerde geçerli olarak evlenebilecekleri ileri sürül-
mektedir.⁹⁴

2. Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların Cinsiyetleri Açı- sından Değerlendirilmesi

Eşlerin ayrı cinslerden olmaları evlenmenin kurucu unsurlarındandır. Tüm
Hukuk sistemlerinde, açık bir yasa hükmüyle belirtilmemekle birlikte, evlilik
kurumunun mahiyetinin doğal bir sonucu olarak evlilikten söz edilebilmesi için
Tarafların ayrı cinsiyetten olmaları gerekir. Nitekim bu unsurun yokluğunun Türk
Hukuku açısından evliliğin de yokluğu sonucunu doğuracağını yukarıda incele-
dik.⁹⁵

Bazı ülkelerde aynı cinsiyetten kişilerin evlenebilmesine imkan tanıma e-
ğilimi güçlenmektedir. Bu nedenle yabancı ülkede aynı cinsten iki kişinin evlen-
miş olmasının Türk hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelen-
melidir.

⁹² Akıncı, Şahin, Roma Hukuku, Konya 1999, s.234.

⁹³ Göger, E.: Devletler Hususi Hukuku, 3. Bası, Ankara 1975, s.172; Güral, Kanun İhtilafları, 166-167.

⁹⁴ Bkz. Yukarıda : VI.1,b.

⁹⁵ Sayman, 100.

Aynı cinsten iki Türk vatandaşının ya da iki yabancı ülke vatandaşının Türkiye’de geçerli bir evlilik yapmalarına imkan yoktur. Bu nedenle sorun, yabancı ülkede yapılmış böyle bir evliliğin geçerliliği noktasına ilişkindir.

Bu şekilde yabancı bir ülkede yapılmış olan evlilik kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşır ve Hukukumuz açısından geçerli olarak kabul edilmez.⁹⁶

Çünkü, eş cinsler arası evlenmeye imkan sağlayan ve böyle bir evlenmeyi geçerli sayan yabancı hukuk hükümleri, hem sosyolojik fonksiyonu, hem de Türk hukuk sistemindeki bu fonksiyona uygun yasal çerçevesiyle “kurum olarak evlenme” anlayışına ve bu günkü ahlak anlayışına ters düştüğü için kamu düzenimize aykırıdır.⁹⁷

Buna karşın evliliğin meydana gelmesinden sonra taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi sebebiyle ayrı cinsiyetten olma durumu sona ererse, evliliğin devam etmesine kamu düzeni açısından bir engel olmadığı ifade edilmektedir.⁹⁸

3. Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların İrade Beyanları Açısından Değerlendirilmesi

a. Ölümünden Sonra Evlenme

Evlenmenin hukuken vücut bulabilmesi için tarafların evlenmeye karar vermiş olmaları ve bu konudaki iradelerini açıklamış olmaları gerekmektedir.

MK.m. 108 ve m.109’a göre Türkiye’de evlenen kişilerin iradelerini evlendirme memuru önünde açıklamaları zorunludur. Bunun tabii sonucu olarak, tarafların birisinin ölmesi durumunda, bu evlenmenin ölümünden sonra yapılması Türk hukukuna göre mümkün değildir.

Bazı yabancı ülke hukuklarında ve özellikle Fransa’da Fransız Medeni Kanununun 171. Maddesinin 1959 yılında değiştirilmesinden sonra bazı hallerde, nişanlılardan birisinin ölümünden sonra evlenme yapılabilir. Aranılan şartlar, nişanlıların tüm resmi evlenme işlemlerini tamamlayarak evlenme iradelerini kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtmiş olmaları ve evlenmenin nişanlılardan birinin ölmesine rağmen yapılmasını gerektiren çok önemli bir sebebin varlığıdır.⁹⁹ Bu durumda Devlet Başkanının izniyle evlenme merasimi yapılabilir.

Böyle bir evlenmenin Türkiye’de yapılamayacağı kuşkusuzdur. Ancak yabancı ülkede bu şekilde yapılmış olan bir evliliğin Türk hukuku açısından geçerliliği tartışmalıdır.

96 Sayman, 100.

97 Sayman, 102.

98 Sayman, 27.

99 Sayman- 27-29.

Doktrinde bu şekilde yapılan bir evliliğin her durumda kamu düzenine aykırı düşmeyeceği ve doğurduğu sonuçların incelenerek bu sonuçların kamu düzenine aykırı olması durumunda kabul edilmemesi, aksi takdirde evliliğin geçerli olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Özellikle bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi açısından bu sonuç savunulmaktadır.¹⁰⁰

Kanaatimizce böyle bir evlilik, geçerli olarak görülmemelidir. Çünkü tarafların hayatta olmaları durumunda, irade beyanlarının iradi yada kanuni temsilcileri aracılığı ile açıklanması sureti ile yabancı ülkede yapılan evlenmelerin Türk hukuku açısından geçerli olarak kabul edilmesinin mümkün olmaması karşısında ölümden sonra irade açıklamasının evleviyetle geçerli olmaması gerekir.

Ancak bu ölümden sonra yapılan evlenmelerin gerçek bir evlilik olmadığı ve M.K. m.249' daki gibi çocuğun nesebinin tashihi açısından bazı hukuki sonuçlar doğurabileceği de kabul edilmektedir.¹⁰¹

b. Tarafların İradelerini Temsil Yoluyla Açıklamaları

Türk Hukuku açısından evlenecek kişilerin iradelerini açıklamaları kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak görüldüğünden temsilci vasıtasıyla açıklanması mümkün değildir.¹⁰²

Bir görüşe¹⁰³ göre evlilik için kişinin iradesini bizzat kendisinin açıklaması kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak kabul edilmesi sebebiyle, yurt dışında Türk vatandaşlarının medeni yada dini nikah yaptırması durumunda bile iradelerini temsil veya vekalet yoluyla açıklayamayacaklardır. Böyle bir evlilik o ülke hukukuna göre geçerli olsa bile Türk hukukuna göre geçerli olarak kabul edilmemelidir.

Diğer bir görüşe¹⁰⁴ göre, irade beyanının vekil veya temsilci vasıtasıyla açıklanması şekle ilişkin kabul edilirse evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tabi olmalı, maddi şartlardan kabul edilirse, kişisel statüye tabi tutulmalı ve Türk vatandaşları için mümkün görülmemelidir.

Kanaatimizce irade beyanının temsil veya vekalet yoluyla kullanılmasını ikiye ayırarak incelemek daha uygun olacaktır. Evlenecek olan kişi evlenmek için iradesini beyan etmiş ise bu beyanın nakledilmesi hususundaki temsili, şekle ilişkin kabul etmek ve bu şekilde yapılmış olan bir evliliği Türk Hukuku açısından da geçerli saymak uygun olur. Yani sadece beyanda temsil durumu varsa

100 Nomer, 219.

101 Hatemi /Serozan, 76-77.

102 Sayman, 163.

103 Sayman, 88.

104 Nomer, 219.

Türk hukukunda nişanlanma için kabul edilen¹⁰⁵ bu temsil durumunu yabancı ülkede yapılan evlenmeler için de kabul etmek mümkün olmalıdır. Ancak iradenin beyan edilmesi ve hatta evlenilecek kişinin seçiminin dahi başka birisine bırakılmış olması durumunda bu hali evlenmenin maddi şartlarından saymak¹⁰⁶ yerinde olur. Bu durumda evlenmeyi kişisel statüye tabi tutarak Türk hukuku açısından geçersiz saymanın uygun olacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Evlenmenin yokluğu hükümsüzlük halleri içerisinde ağır sonuçları olan bir yaptırımdır. Tarafların evlenme için gerekli olan irade beyanında bulunmama- ları, temsilci aracılığı ile bu beyanlarını açıklamaları, tarafların cinsiyetinin aynı olması ve kanunun öngördüğü resmi şekle uyulmaması durumunda evlenme yoklukla malüldür.

Toplumumuzda büyük bir yer işgal eden imam nikahı ile evlenmeler, ne- sep, miras ve nafaka açısından büyük sorunlar çıkarmaktadır. Tarafların imam nikahı olarak isimlendirilen nikahın mahiyetini tam olarak bilmemeleri ve resmi nikah karşısında bu nikaha daha fazla önem vermeleri sebebiyle bu uygulama devam edelmektedir.

Resmi nikahın gözardı edilerek imam nikahı kısılması suretiyle meydana gelebilecek telafisi imkansız zararların önüne geçmek için, özellikle kırsal ke- simde yaşayanlar ve köy muhtarları bilinçlendirilmelidir.

Evliliğin devamı sırasında eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesine iliş- kin mahkeme kararının kesinleşmesiyle birlikte evliliğin de sona ereceğine iliş- kin yeni düzenleme Medeni Kanunun evliliğin ancak hakim kararı ile sona erdi- rilebileceği ilkesine aykırıdır. Yeni Medeni Kanun Tasarısında evli kişilerin cinsiyet değiştirme yoluna gidemeyeceklerinin hüküm altına alınmış olması isa- betlidir.

05 Hatemi/Serozan, 77.

06 Bkz. Nomer, 219.