

**TÜRK HUKUKUNDA
YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI GEREKEN
BİR HÜKÜM OLARAK EVLİLİĞİ SONA EREN KADIN İÇİN
BEKLEME SÜRESİ
AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN
27.06.2023 TARİHLİ BAYRAKTAR-TÜRKİYE KARARI**

(Araştırma Makalesi)

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.1642053>

Doç. Dr. Gülşah VARDAR HAMAMCIOĞLU*

Öz

Türk Medenî Kanunu m. 132 uyarınca evliliğin sona ermesinden sonra kadın, yeni bir evlilik yapmak için üçyüz gün beklemek zorundadır. Bekleme süresi içinde yeniden evlenmek isteyen kadın, doğum yaparsa, mahkemeye başvurarak gebe olmadığını ispatlarsa veya eski eşiyle evlenmek isterse beklemek zorunda değildir. Hükümün bugün sözde amacı soybağı karışıklığını engellemektir. Ancak hüküm, kadın bakımından ayrımcılık teşkil etmekte olup Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'ne ve Anayasa'ya aykırıdır. Avrupa Medenî Hukuklarında bu şekilde bir hükme rastlanmazken, İsviçre Medenî Kanunundan bu hüküm 2000 itibarıyla yürürlükten kaldırılmıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 27/06/2023 tarihli Bayraktar-Türkiye kararında TMK m. 132 hükmüne ilişkin Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiş ve hüküm nedeniyle sözleşmede düzenlenmiş olan özel ve aile hayatına saygı hakkının, evlenme hakkının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiği değerlendirmesini yapmıştır.

Çalışmanın yapıma amacı evliliği sona eren kadın için bekleme süresi öngören TMK m. 132 hükmünün yürürlükten kaldırılması gereğini bir defa daha ortaya koymaktadır. Çalışmada ilk önce TMK m. 132 hükmünün Roma ve İslam Hukuklarındaki görünüş şekli ele alınacak devamında hükmün şartları, sonuçla-

* İstanbul (gulshahvardar@gmail.com) ORCID: 0000-0001-8589-6296 (Gönderim Tarihi: 18.02.2025-Kabul Tarihi: 19.03.2025) Yazar, eserinin Derginize ait bilimsel etik ilkelere uygun olduğunu taahhüt eder.

rı ve yürürlükten kaldırılması zorunluluğu irdelenecek, olması gereken hukuka atıfla kadın erkek eşitliği temelinde sonuca varılacaktır.

Anahtar Kelimeler

Kadın Erkek Eşitliği, Bekleme Süresi, Soybağı, Evlilik, Ayrımcılık

A PROVISION IN TURKISH LAW HAVE TO BE REPEALED THAT WAITING PERIOD FOR WOMAN WHOSE MARRIAGE HAS DISSOLVED JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS DATED 27.06.2023 BAYRAKTAR-TURKEY

(Research Article)

Abstract

In accordance with Artikel 132 of Turkish Civil Code, after the dissolution of marriage, the woman has to wait three hundred days to remarry. A woman doesn't have to wait if she gives birth, proves at the court that she's not pregnant, or remarries with her ex-husband. Although the purpose of the provision seems to be to prevent confusion of paternity, it constitutes discrimination against women and is contrary to European Convention on Human Rights, United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women and Turkish Constitution. Likewise, there is no such provision in European Civil codes, as of 2000 this provision was repealed from the Swiss Civil Code.

In Bayraktar-Turkey case dated 27/06/2023, the European Court of Human Rights found violation against Turkey in relation to Article 132 of Turkish Civil Code and assessed that the right to respect for private and family life, right to marry and prohibition of discrimination were violated.

The purpose of this study is to reveal one more time the necessity of repealing of Article 132 of Turkish Civil Code, which stipulates a waiting period for woman whose marriage has been dissolved. In study firstly the appearance of waiting period in Roman and Islamic Laws will be discussed, then the consequences and the justification for repeal of Article 132 of Turkish Civil Code will be examined, and a conclusion will be reached with de lege feranda on the basis of equality between women and men.

Keywords

Equality Between Men and Women, Waiting Period, Paternity, Marriage, Discrimination

GİRİŞ

Ataerkinin kaleme aldığı Medenî Kanunların ilk hallerinde kadın erkek arasında eşitliğin olmadığı somut bir gerçektir. İsviçre Medenî Kanunundan iktibas edilen ve ilk defa 1926 yılında yürürlüğe giren 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi (eMK)¹ de bu eşitliksizlikten nasibini almıştır. 2002 yılında yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda (TMK)² ise köklü değişiklikle bu eşitsizliğin ortadan kaldırılması hedeflemiş olsa da ataerkinin kalıntıları bazı hükümlerde halâ varlığını sürdürmektedir. Bu hükümlerden biri de evliliği sona eren kadın için getirilmiş üçyüz günlük bekleme süresi düzenleyen TMK m. 132 hükmüdür. Hiçbir somut dayanağı kalmamasına rağmen hüküm halen varlığını sürdürmeye devam etmektedir. Kadın için bekleme süresi öngören bu düzenleme İsviçre Medenî Kanunu'ndan -görece geç addedilebilecek bir tarihte- 1.1.2000 tarihinden itibaren yürürlükten kaldırılmıştır³.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) 2023 yılında oldukça isabetli bir yaklaşımla bu hüküm nedeniyle Türkiye aleyhine ihlal kararı vermiştir. Hükümün yürürlükten kaldırılması için muhalefet partisi 2016 yılından bu yana çeşitli tarihlerde kanun teklifi vermiş olsa da bu konuda henüz bir adım atılmış değildir. Bugün elde kalan tek umut, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS)⁴, Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesine (CEDAW)⁵ ve Anayasa⁶ aykırı olan bu hükümün Anayasa Mahkemesi tarafından soyut veya somut norm denetimi sonucu iptal edilmesidir.

I. ROMA VE İSLAM HUKUKLARINDA KADIN İÇİN BEKLEME SÜRESİ

743 sayılı Türk Kanunu Medenisi 1926 yılında İsviçre Hukukundan iktibas edilmiş olup 1926 yılına kadar ise medenî hukuk sahasında İslam Hukuku kuralları uygulanagelmıştır. Bu nedenle gerek Roma Hukuku gerek İslam Hukuku kaynaklarında evliliği sona eren kadın için bekleme süresi

¹ Mülga Türk Kanunu Medenisi, RG. 4.4.1925/339.

² Türk Medenî Kanunu, RG. 8.11.2001/24607.

³ <https://www.fedlex.admin.ch/eli/oc/1999/149/de> (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

⁴ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, RG.19.03.1954/8662.

⁵ Birleşmiş Milletler Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi, RG. 14.10.1985/18898.

⁶ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, RG. 9.11.1982/17863.

öngören düzenlemeler, yürürlükteki hukukla karşılaştırma yapabilmek bakımından önem arz etmektedir.

A. Roma Hukukunda Bekleme Süresi

Roma Hukuku kaynaklarına baktığımızda evliliği sona eren kadın için bekleme süresinin varlığına rastlanmaktadır. Roma Hukukunda evliliğin ölümle sona ermesi halinde kadın için on aylık matem süresi (luctus) söz konusuydu ve bu kural daha sonraları soybağı karışıklığının engellenmesine de hizmet etmesi amacıyla bir yıla çıkarılmıştı⁷. Roma Hukukunda kadın bekleme süresi dolmadan evlenecek olursa evliliği geçersiz olmuyordu, ancak kadın şerefsiz (infamia) ilan ediliyordu⁸. Ölümünden sonraki bekleme süresi boşanma sonrası için de söz konusuydu⁹.

Bu kısa bilgiden anlaşılacağı üzere, Roma Hukukundaki bekleme süresi, TMK m. 132’de yer alan bekleme süresi düzenlemesi ile benzerlik göstermektedir. Yine Roma Hukukunda bekleme süresine uyulmadan yapılan yeni evliliğin geçersiz sayılamaması TMK m. 154’ün “*Kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, evlenmenin butlanını gerektirmez.*” şeklindeki hükmü ile de paraleldir. Roma Hukukunda farklılık arz eden husus, hükmün amacıdır. Roma Hukukunda bekleme süresinin birincil amacı kadına matem, yas tutmak için süre tanımak, buna eklenen amacı ise soybağı karışıklığını engellemektir. TMK’da ise hükmün birincil amacının soybağı karışıklığını engellemek olduğu iddia edilmektedir ki aşağıda gerekçelendirileceği üzere bugün hükmün bu şekilde bir amacından bahsetmek mümkün değildir. Gerçi Roma Hukukunda kadının konumuna baktığımız zaman da ataerkinin bu hukuk sisteminde de kadın bedenini denetleme amacının olduğunu söylemek yanlış olmayacağından her iki hukuk sisteminde hükmün varlık sebebinin benzer olduğu görülmektedir.

⁷ **Domingo**, Rafael: “The Family in Ancient Roman Law”, SSRN Electronic Journal, 2017, s. 11; Matem süresinin Roma’nın eski dönemlerinde daha çok dini inanışlara dayandığı yönünde Bkz. **Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Kadın, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 99, 100.

⁸ **Sütken**, Elvan: “Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2024, s. 189. Evlilik geçersiz olmasa da bu kadının ikinci kocasına dos ya da miras yoluyla mallarının üçte birinden fazlasını veremiyor aynı zamanda bu kadına ölüme bağlı kazandırma yapılamıyordu (**Gönenç**, s. 100).

⁹ **Sütken**, s. 189.

B. İslam Hukukunda Bekleme Süresi

İslam hukukunda evliliği boşanma ile sona eren kadınlar için üç regl kanaması dönemi kadar bekleme süresi söz konusudur¹⁰. Evliliğin sona ermesinden sonra en az altmış gün geçmesiyle regl olan ve bu konuda yemin eden kadının beklemesi süresi yoktur¹¹. Doğurmakla kadının süresi sona ermektedir. Evliliğin ölümle sona ermesi halinde yas tutma amacıyla dört ay on günlük bekleme süresi vardır¹². İslam Hukukunda boşanan, eşi gaip olan, eşi ölen kadın bakımından bekleme süresi getirilmesinin amacı soybağı karışıklığını engellemek, kadının eksi kocasıyla tekrardan evlenme ihtimalini nazara almak, kadına başka bir erkek tarafından evlilik teklifi yapılmasını engellemek ve bu yolla kadının belirli bir süre yas tutmasına izin vermektir¹³.

İslam Hukukunda kadın için düzenlenen bekleme süresinin TMK m. 132 hükmünün ilerisinde olduğunu söylemek yanlış olmaz. Çünkü üç regl dönemi yaklaşık doksan günlük bekleme süresine denk gelmekteyken, gebe olmadığı hususunda yemin eden kadın bekleme süresi ise en az altmış gündür¹⁴. Elbette İslam Hukukunda kadının bekleme süresinin Türk Hukukuna nazaran daha kısa olmasının asıl sebebi, kadına bir özgürlük alanı yaratmak değil, evli olmayan kadının bir başka erkekle evlenmesini daha kısa sürede mümkün hale getirmek ve bu yolla hukukun kadın bedeni ve cinselliği üzerindeki hakimiyetini pekiştirmektir¹⁵. Şu hususun altını da çizmek gerekir ki bugün modern tıp ve DNA teknolojisi karşında İslam Hukukunda da kadının

¹⁰ kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/235/228-ayet-tefsiri (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

¹¹ kuran.diyanet.gov.tr/tefsir/Bakara-suresi/241/234/235-ayet-tesfiri (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

¹² **Erdem**, Suat: “İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikahı”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2013, s. 83.

¹³ **Ebrahimi Boukani**, Naser/**Lofti**, Alireza/**Kiani**, Kamel/**Soltani**, Hatam/**Mozafari**, Fatemeh: “The Effect Of Scientific Progress On Waiting Period Legal Law, Cumhuriyet Üniversitesi Fen Fakültesi Fen Bilimleri Dergisi, Özel Sayı, 2015, s. 3161; Ayrıca bkz. **Tawfik**, Martina: Frauen im österreichischen und islamischen Eherecht: Ein Rechtsvergleich, Graz: 2024, s. 72 vd.; **Gayretli Aydın**, Seda: “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 136, 2018, s. 266 vd.

¹⁴ Bir Yargıtay kararından anlaşıldığı üzere Suriye Hukukunda şeriat mahkemesinin boşanma halinde kadın için hükmettiği bekleme süresi kararın kesinleşmesinden itibaren üç aydır. Yarg. 2. HD.,T. 30.4.2023, E. 2024/1364, K. 2024/3013, (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 10.02.2025).

¹⁵ **Berktaş**, Fatmagül: Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, 9. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2023, s. 139-140.

bekleme süresine ilişkin hükmün yeniden düzenlemesi gerektiği yönünde yenilikçi görüşlere rastlanmaktadır¹⁶.

II. RATIO LEGIS: HÜKMÜN (SÖZDE) AMACI

Hükmün konuluş amacı -modern hukuklarda yas tutma süresi gibi bir amaca rastlamak mümkün olmayacağından- elbette soybağı karışıklığını engellemek gibi görünmektedir¹⁷. Bekleme süresi düzenlemesi, kadının evliliğin son günü kocasıyla cinsel ilişkiye girmiş olması ihtimaline dayanır ve en uzun gebelik süresi olan üçyüz gün boyunca kadının bir başkası ile evlenmesini yasaklar. Böylece evliliğin son gününden sonra üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının eski koca olduğu varsayılabilecektir.

Tıp biliminde ise kadının gebelik süresi kırk hafta, en fazla kırkiki hafta olarak hesaplanır. Bu hesaplamada ise kadın ile erkeğin cinsel ilişkiye girdiği tarih değil kadının son aydaki reglinin ilk günü esas alınır. Eş söylemle kadının gebelik süresi yumurta ile spermin birleştiği günden değil, kadının regl döngüsündeki yumurtasına göre hesaplanır. Bu açıdan baktığımız zaman hukuk bilim ile tıp biliminin muhtemel gebelik süresi hesaplaması birbiri ile örtüşmemektedir.

Kadının son reglinin ilk günü 01.07.2024 ise, kırk haftanın sonu 06.04.2025, 42 haftanın sonu ise 20.04.2025'dir. Ancak kadın ve erkeğin cinsel ilişki tarihi 15.07.2024 ise (bu tarih evliliğin son günü olarak kabul edildiğinde) bekleme süresi hesabında bu tarihe 42 hafta 6 güne denk gelen üçyüz günlük ekleme yapılması gerekir ve süre 10.05.2025 olarak hesaplanır.

Kadının son regl tarihindeki yumurtasına göre değil de kadın ve erkek arasındaki cinsel ilişki tarihine göre yapılan bu hesaplama kadın rahminin tarlaya, erkek sperminin tohumu benzetildiği metaforun¹⁸ görünüş şekli gibi durmaktadır.

Tıp biliminin gebelik hesaplaması ile uyumlu olmayan bu hükümle soybağı karışıklığının engellenmesine aslında gerek de yoktur. Çünkü TMK. m. 285 ve m. 290 soybağı karışıklığını yeter derecede engelleyen hükümlerdir. TMK m. 285 uyarınca "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona erme-*

¹⁶ Örneğin bkz. **Boukani/Lotfi/Kiani/Soltani/Mozafari**, s. 3163.

¹⁷ Mülga hükmün konuluş amacının soybağı karışıklığını engellemek olduğu yönünde İsviçre Hukuku'nda bkz. **Stehlin**, Philipp: Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875-1954), Bern 2018, s. 116.

¹⁸ **Berktaş**, s. 66 vd.

sinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır". TBK m. 290 uyarınca "Çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılır. Bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılır."

Örnekle somutlaştırmak gerekirse E1 ile evli olan K'nın evlilikleri 01.07.2024 tarihinde E1'in ölümü ile sona ermiş, K üçyüz gün beklemeden 01.08.2024 tarihinde E2 ile evlenmiş ve 01.09.2024 tarihinde doğum yapmışsa çocuğun babası yeni evlilikteki koca E2 sayılacaktır (TMK m. 285). E2 ile çocuk arasındaki soybağı sona erecek olursa çocuğun babasının eski evlilikteki E1 olduğu varsayılacaktır.

Bu basit örnekten anlaşıldığı üzere kadın için üçyüz günlük bekleme süresi, daha iyi bir adlandırma ile evlenme yasağının amacı soybağı karışıklığını engellemek ve çocuğu bir babaya bağlamak değildir. Çünkü TMK m. 285 ve m. 290 zaten soybağı karışıklığını engelleme amacına hizmet eden, çocuğu biyolojik veya hukuki bir babaya bağlayan hükümlerdir. Bu iki hükmün varlığı karşısında bekleme süresini düzenleyen TMK m. 132'ye aslında ihtiyaç olmadığı kolaylıkla söylenebilir.

Kanun hükümlerinin de konuluş amaçlarının zaman içinde, toplumun değişen değerleri ile, gelişen teknoloji ile değişebileceği, hukukun yaşayan bir bilim olduğu unutulmamalıdır. 1926 yılında henüz DNA testlerinin bu derece yaygın olmadığı zamanlarda Medeni Kanunu iktibas ettiğimiz İsviçre Hukuku ve birçok Avrupa Hukuku çocuğun soybağını çeşitli karinelerle belirleme yolunu tercih etmiştir. Nitekim bunlardan ilki, evlilik içinde doğan çocuğun babasının koca sayılmasıdır. Bir başkası, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün içinde doğan çocuğun babasının koca sayılmasıdır. Karine getiren bu hükümler aslında çocuğun biyolojik babasının kim olduğu ile pek de ilgilenmez, çocuk evlilik içinde doğmuşsa soybağı meselesini kolay yoldan halletmek ister ve ataerkinin kutsal addettiği aile birliğinin bozulmasını istemez. Çünkü tüm ataerki hukuk sistemlerindeki etkisi hissedilen kural, ailede eşyanın mülkiyetinin, kadının ve çocuğun erkeğe ait olmasıdır ve aile birliğinin bir şekilde bozulması aile reisi erkeğin egemenliğinin sarsılması anlamına gelecektir¹⁹.

Bugün esas alınması gereken, babanın kim sayılacağı değil babanın gerçekten kim olduğudur. Kutsal aile kavramına bu derece tutunmaya devam etmek ise çocuğun üstün menfaatinden uzaklaşılmasına neden olmaktadır.

¹⁹ **Walby**, Sylvia: Patriyarka Kuramı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016, s. 255; **Engels**, Friedrich: Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Yordam Kitap, İstanbul 2019, s. 73 vd.

Bir taraftan çocuğun soybağını karine ile gerçekten babası olmasa da bir erkeğe bağlamak isteyen kanun hükümleri, diğer taraftan kadına biten evliliğin ardından üçyüz gün beklemesini, kimseyle evlenmemesini salık verir. “Biyolojik olmasa da bir çocuğun bir babası mutlaka olmalıdır”, “kadın kocası olmayan biriyle cinsel ilişkiye girmemelidir” mesajları hükmün çelişkisini ortaya koymaktadır. Dolayısıyla mevcut kanun hükümlerinin çocuğun üstün menfaatini korumak gibi bir amacı zaten yoktur, hükümlerin amacı çocuğu mutlaka bir babaya bağlamak, kadının ise evlenme özgürlüğünü kısıtlamaya devam etmektir.

Bekleme süresine ilişkin TMK m. 132 hükmünün AİHS’ne aykırı olduğu sonucuna varan AİHM de kararında²⁰ önemli olanın soybağı karışıklığına mahal vermemek değil biyolojik babanın belirlenmesi olduğunu vurgulamış ve evliliği sona eren kadın bakımından bekleme süresi öngören düzenlemenin artık herhangi bir amaca hizmet etmediği sonucuna varmıştır²¹.

III. DE LEGE LATA: HÜKMÜN UYGULANIŞI

A. Evliliğin Sona Ermiş Olması

TMK m. 132²² uyarınca evliliğin sona ermesinden itibaren kadının yeniden evlenmesi için üçyüz gün beklemesi gerekmekte olup bekleme süresi evliliğin tüm sona erme halleri bakımından söz konusudur. Evlilik; boşanma, butlan kararı, ölüm karinesi veya gaiplik kararına dayalı evliliğin feshi hallerinden biriyle sona ermişse kadın yeniden evlenmeden önce üçyüz gün beklemek zorundadır.

²⁰ hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

²¹ Anayasa Mahkemesi, 6.3.2024 T, E. 2023/135, K. 2024/18 kararında (RG. 6.3.2024/32481) biyolojik baba olduğunu iddia eden kişinin soybağının reddi davası açması şartlarını zorlaştıran TMK m 291 hükmünün Anayasaya aykırı olduğu sonucu varmış ve TMK m. 291’de yer alan “...baba olduğunu iddia eden kişi...” ibaresinin iptaline karar vermiştir. Burada Anayasa Mahkemesi aile birliğinin bütünlüğüne nazaran çocuğun üstün menfaatini tercih etmiştir. Ancak hükümdeki ibarenin iptalinden kısa bir süre sonra ve henüz iptal kararı yürürlüğe girmeden önce TMK m. 291’de değişiklik yapılarak (7531 Sayılı Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, RG. 14.11.2024/32722) TMK m. 291 eski hali ile benzer şekilde sadece cümle dizilimi değiştirilerek aynen yürürlüğe sokulmuştur. Bu süreç yasa koyucunun çocuğun üstün menfaatini esas alan Anayasa Mahkemesi yaklaşımı yerine, ataerkinin kutsal aile kavramını esas almaya devam ettiğini göstermektedir.

²² eMK. m. 95 uyarınca “Kocasının vefatı veya boşanma sebebiyle dul kalan yahut evliliğin butlanına hükmedilen kadın; vefattan, boşanmadan veya butlan hükmünden itibaren üç yüz gün geçmedikçe tekrar evlenemez./ Doğurmakla müddet biter./Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilir.”

1. Evliliğin Boşanma veya Butlan Kararı ile Sona Ermesi

Kadın için bekleme süresi düzenleyen TMK m. 132 uyarınca boşanma kararı sonrası kadının yeni bir evlilik yapmak için üçyüz gün beklemesi gerekmektedir. Ancak hükümden üçyüz günlük sürenin nasıl hesaplanacağını anlamak mümkün değildir. Bekleme süresi ölüm ihtimalinde kolayca hesaplanabilmektedir, ama evliliğin bir mahkeme kararı ile sona erdiği hallerde süre hesabı yapılırken kararın kesinleşmesinin gerekip gerekmediği TMK m. 132 hükmünden doğrudan anlaşılmamaktadır. Nüfus Hizmetleri Kanunu (NHK)²³ bu konuya açıklık getirmektedir. NHK m. 26 uyarınca kadının bekleme süresi, boşanma halinde mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanır²⁴. Dolayısıyla eşler hakkında boşanma kararı verilmiş olsa da karar kesinleşmedikçe kadın için bekleme süresi hesaplaması yapılmaz. Örneğin boşanmaya ilişkin karar tarihi 01.07.2020 olsa, karar istinaf ve temyiz aşamalarından geçse, karar en iyi ihtimalle yaklaşık 01.07.2023 tarihinde kesinleşmiş olsa, bekleme süresinin zaten dolduğu nazara alınmaksızın bekleme süresi 01.07.2023 tarihine eklenen üçyüz gün olarak hesaplanmaktadır.

Belirtmek gerekir ki hükmün olumsuz etkileri en çok boşanma davalarında ortaya çıkar. Çünkü kötüye giden bir evlilikte eşler, dava açılmadan önce büyük ihtimalle ayrı yaşamaya başlamakta, davanın devam ettiği uzun süre boyunca bu durum devam etmekte, davanın 2-3 yıl sürmesi, kararın kesinleşmesinin beklenmesi ile sürecin 4-5 yıla kadar uzamasıyla kadının tekrar evlenip yeni bir hayat kurması hukuk eliyle engellenmektedir.

Evliliğin mutlak butlan veya nisbi butlan kararıyla sona erdiği hallerde de benzer şekilde kararın kesinleşmesinden itibaren üçyüz gün hesabı yapılmaktadır. Örneğin erkek, zaten evli olduğu sırada bir şekilde ikinci evlilik yapmışsa bu durum, TBK m. 145 uyarınca mutlak butlan sebebidir. Evliliğin butlanı davasında ise salt karar verilmesi kadının bekleme süresinin hesaplanması için yeterli olmayıp aynı zamanda bu kararın kesinleşmesi de gerekmektedir.

Sürenin kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren hesaplanıyor olması durumu tam bir kara mizaha çevirmektedir. Hüküm adeta yerel mahkemece boşanma kararı verilmiş olsa bile kadın ve erkeğin kararın kesinleştiği son gün cinsel ilişkiye girebileceği, kararın kesinleşmesi ile artık cinsel ilişkisinin

²³ Nüfus Hizmetleri Kanunu, RG. 25.04.2006/26153.

²⁴ İsviçre Medenî Kanunu m. 103 yürürlükte olduğu sırada bekleme süresinin kararın kesinleştiği tarihten başlayarak hesaplanması gerektiği yönünde **Götz**, Ernst: Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das Eherecht, Art.90-136 ZGB, Verlag Stämpfli, Bern 1964, Art. 103, N. 5.

de son bulacağı ihtimaline tutunmaktadır. Zaten boşanma için zorluk çıkaran bir erkek ya da boşanma sebebini kendisi yaratan erkek, kadının yeni bir hayat kurmasını engellemek için, elinde somut bir sebep olmasa da boşanma kararının kesinleşmesini kolaylıkla uzatabilecektir. Aynı erkek boşanma kararının kesinleşmesiyle hemen evlenme hakkına sahip olacakken, kadının daha üçyüz gün beklemesi gerekecektir. Hukuk, herkes için eşit bir koruma sağlamalıdır. Kadın için var olan bekleme süresi bu dengeyi bozmakta ve kadını birçok alanda sınırlandıran ataerkiyi kuvvetlendirmektedir.

2. Evliliğin Ölüm veya Ölüm Karinesi ile Sona Ermesi

Evliliğin ölümle veya ölüm karinesi ile son bulduğu hallerde kadın için bekleme süresi hesabı ölüm veya ölüm karinesi tarihinden hesaplandığından boşanmada olduğu gibi bir durum yoktur. Ölüm veya ölüm karinesi hallerinde eşini kaybeden bir kadın kendi yasını tuttuğu süre boyunca evlenmeyi tercih etmeyecek dahi olsa ölüm ve ölüm karinesi hallerinde kadın için bekleme süresi düzenlemesine hiçbir şekilde gerek yoktur.

3. Evliliğin Gaiplik Nedeniyle Evliliğin Feshi Davası ile Sona Ermesi

Koca hakkında gaiplik kararı verilmişse bekleme süresine ilişkin hükmün uygulanması pek muhtemel değildir²⁵. Çünkü TMK m. 33 uyarınca gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir. TMK m. 131 uyarınca kişi hakkında gaiplik kararı verilmiş olsa da bu kişinin eşi mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. TMK m. 131/II uyarınca evliliğin feshi davasının gaiplik başvurusuyla veya ayrıca açılacak bir dava ile istenmesi mümkündür²⁶.

²⁵ Götz, Art. 103, N. 13.

²⁶ Evliliğin feshi gaiplik kararı ile birlikte isteniyorsa yetkili mahkeme bakımından TMK m. 32/II hükmü uygulanır, görevli mahkeme ise yukarıda irdelendiği üzere sulh hukuk mahkemesidir. Buna karşılık evliliğin feshi gaiplik kararından sonra ayrı bir dava ile istenecek ise, yetkili mahkeme TMK m. 131/III uyarınca davacının yerleşim yeri mahkemesi, görevli mahkeme ise Aile Mahkemesidir. Gaiplik kararından sonra ikame edilen evliliğin feshi davasında görevli mahkeme Aile Mahkemesidir. Yargıtay gaiplik kararıyla birlikte evliliğin feshi talep edilmişse, tefrik kararı verilerek gaiplik davasının sulh hukuk mahkemesinde, evliliğin feshi davasının Aile Mahkemesinde görülmesi gerektiği yönünde karar vermiştir (Yarg. 17. HD., T. 30.10.2013, E. 2013/13577, K. 2013/14556 (legalbank.net, Erişim Tarihi: 19.01.2025)). Ancak kanımca bu karar isabetli değildir. Zira TMK m. 131'de açıkça evliliğin feshinin, gaiplik başvurusuyla birlikte istenebileceği düzenlenmişken, iki talebi birbirinden ayırmak mümkün olmadığı gibi mantıklı da değildir.

Kadın eş, gaiplik davası ile birlikte evliliğin feshini de istemişse TMK m. 35/II uyarınca gaiplik kararı ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğuracaktır. Ancak evliliğin feshi bakımından bu şekilde bir geriye etki söz konusu olmadığından evliliğin, fesih kararının kesinleşmesi ile sona erdiği ileri sürülebilir. Kanımca gaiplik kararının geçmişe etkili olduğu nazara alınarak feshin de geçmişe etkili olduğunun kabulü gerekmektedir. Aksi halde E ile evli olan K'nın açtığı gaiplik ve evliliğin feshi davasında, E 1.7.2020 tarihinde ölüm tehlikesi içinde kaybolmuş ve gaipliğine 1.7.2024 tarihinde karar verilmişse, fesih kararının 1.7.2024 tarihinde kesinleştiğinden bahisle kadın için bekleme süresi hesaplanması gerekecektir. Feshin geçmişe etkili olmadığı kabul edilecek dahi olsa ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da hakkında uzun süreden beri haber alınmayan erkek ile kadının cinsel ilişkiye girmiş olması ihtimali söz konusu olmayacağından fesih kararı sonrası kadın için bekleme süresi hesabı yapılması abesle iştigal edecektir.

Kadın eşin gaiplik davası ile birlikte evliliğin feshini dava etmediği, bu davayı gaiplik kararından sonra ikame ettiği hallerde fesih kararı sonrası, konu tartışmalı²⁷ olmakla birlikte bekleme süresi söz konusu olmaz.

Evliğin feshine sonradan karar verilmiş olsa da kadın için bekleme süresine gerek yoktur. Zira zaten ölüm tehlikesi içinde kaybolan ya da hakkında uzun süreden beri haber alınmayan erkek ile kadının cinsel ilişkiye girmiş olması ihtimali olmayacağından fesih kararı sonradan verilmiş olsa bile bekleme süresi hesabı yapılması söz konusu olmamalıdır.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki gaiplik kararı sonrası evliliğin sona ermesi için evliliğin feshi davası açılması gereğini düzenleyen TMK m. 131 hükmü İsviçre Medenî Kanunu'nda 2000 yılı itibari ile yürürlükten kaldırılmıştır. Dolayısıyla bu hukuk sisteminde artık gaiplik kararıyla birlikte evlilik de kendiliğinden sona ermekte olup TMK bakımından da benzer düzenlemenin yapılması en mantıklı yoldur²⁸.

²⁷ Bir görüşe göre bu durumda evliliğin feshi kararı ileriye etkili iken (**Sarı Fidan**, Özlem: "Depremde Kaybolanların Hukuki Durumlarının Gaiplik ve Ölüm Karinesi Yönünden Ele Alınması", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı, 2023, s. 224, aksi görüş fesih kararının gaiplik kararı gibi geçmişe olduğunu savunmaktadır (**Erdem**, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı: Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024, s. 60; **Yavuz Tanaydın**, Elif: "Gaiplik Kararının Sağ Kalan Eş Açısından Değerlendirilmesi -Evlilik, Yasal Mal Rejimi ve Mirasçılık-", Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 17, 2023, s. 21).

²⁸ Bu konuda bkz. **Tokat**, Hüseyin: "Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 523-575.

B. Bekleme Süresinin Sona Ermesi

Bekleme süresinin düzenleyen TMK m. 132’de bekleme süresinin henüz dolmadan sürenin sona erebileceği haller de düzenlenmiştir. Buna göre kadın üçyüz geçmeden doğum yaparsa bekleme süresi sona erer ki bu durumda zaten doğan çocuğun soybağı eski kocaya bağlanacağından kanun koyucunun korkulu rüyası sona ermiş olur. Yine kadın bekleme süresinin kaldırılması için dava açmak suretiyle gebe olmadığını ispatlarsa ya da dava açmak suretiyle eski kocasıyla evlenmek için izin isterse hâkim bekleme süresini kaldırabilmektedir²⁹.

Belirtelim ki TMK m. 132 hükmüne karşılık gelen eMK m. 95 hükmü *“Kadının gebe kalması mümkün olmadığı veya boşanma ile ayrılmış olan karı ve koca tekrar birbirleriyle evlenmek istedikleri takdirde, hâkim bu müddeti kısaltabilir”* şeklindeydi. Hükümdeki “kısaltabilir” ifadesi ise hâkimin süreyi kısaltıp kısaltmama bakımından takdir yetkisinin olduğu izlenimini uyandırmakta, hâkimin süreyi üçyüz gün yerine ikiyüz gün olarak belirlemesinin mümkün olduğunu düşündürmekteydi. Bu çelişkiyi ortadan kaldırmak için, hükmün yeni halinde sürenin kısaltılması değil kaldırılması ifadesi kullanılmış ve bu yolla hâkimin bu konuda takdir yetkisinin olmadığı vurgulanmıştır. Keza madde değişiklik gerekçesinde de durum *“...Maddenin son fıkrasında kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması veya önceki eşiyle yeniden evlenmek istemesi hâlinde hâkime süreyi kısaltma yetkisi verilmemiş, hâkimin bu süreyi kaldırması öngörülmüştür. Zira bu iki hâlde de kadının evlenmesini engelleyen süreyi kısaltmanın bir anlamı yoktur. Bu gibi hâllerde mahkemece sürenin tamamen kaldırılması gerekir”* şeklinde ifade edilmiştir.

1. Kadının Doğum Yapması

Kadının bekleme süresi içinde doğum yaptığı hallerde yeni bir evlilik yapmak için dava açmasının gerekli olmadığını TMK m. 132 hükmünün ifadesinden anlamak mümkündür. Bu hükümde doğurmakla sürenin biteceği,

²⁹ Yargıtay kararına konu bir somut olayda kadın eş boşanma kararının kesinleşmesinden sonra bekleme süresinin kaldırılması davası ikame etmiş ve mahkemece bekleme süresinin kaldırılmasına karar verilmiş olmasına rağmen boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren doğan çocukların baba hanesine eski kocanın yazıldığı anlaşılmaktadır (Yarg. 2. HD., T. 19.12.2023, E. 2023/3409, K. 2023/6301 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 20.12.2024). Boşanma kararının kesinleşmesinden sonra 369 gün içinde doğan çocuk ile eski koca arasında soybağı kurulduğu bir olay için bkz. Yarg. 2. HD., T. 24.09.2024, E. 2024/4294, K. 2024/6341 (karararama.yargitay.gov.tr, Erişim Tarihi: 28.12.2024).

kadının gebe olmadığını ispatlamak ya da eski kocasıyla evlenmek için mahkemeye başvurmak zorunda olduğu düzenlenmiştir. Yine Evlendirme Yönetmeliğinden³⁰ de kadının bekleme süresi içinde doğum yaptığı hallerde sürenin sona ereceği ve dava açmaya gerek olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Yönetmeliğin 15/c maddesi uyarınca “... kadın üç yüz günlük süre dolmadan önce doğum yaptığı veya mahkemece bu sürenin kısaltılmasına veya kaldırılmasına karar verildiği takdirde, kadın için bekleme süresi ortadan kalkar...”

Hükümden anlaşıldığı üzere bekleme süresi içinde doğum yapan kadının uygulamada “bekleme süresinin kaldırılması davası” olarak adlandırılan davayı açmasına gerek yoktur. Kadın evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün dolmadan yeni bir evlilik başvurusu yapacak olursa, doğum yaptığını ispatlaması yeterli olmaktadır. Evlenme başvurusu TMK m. 134 uyarınca erkek ve kadın tarafından içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte yapılmaktadır. TMK m. 136 uyarınca “Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır”. Bu belgelerden nüfus kayıt örneğinde kadının doğum yapıp yapmadığı, yapmışsa ne zaman yaptığı bilgisi yer aldığından, evlenmek için başvuran kadının sona eren önceki evliliğine ilişkin belgeye göre henüz bekleme süresi dolmamış olsa da TMK m. 139 uyarınca evlendirme memurunun, evlenme koşullarının varlığını tespit ederek evleneceklerle evlenme gün ve saatini bildirmesi veya talep halinde evlenme izni belgesini vermesi gerekir.

Kadının doğum yaptığı nüfus kayıt örneğinden anlaşılıyor olsa bile, nüfus memuru evlenme iznini vermezse TMK m. 138 uyarınca evleneceklerden her birinin evlendirme memurunun ret kararına karşı mahkemeye başvurusu ve ret kararının kaldırılmasını talep etmesi gerekir.

Kadın ölü doğum yapmışsa, düşük yapmışsa, kürtaj olmuşsa yine bekleme süresinin sona erdiği kabul edilmelidir³¹. Ancak kadının ölü doğum yaptığı, düşük yapmış olduğu ya da kürtaj olduğu evlendirme memuruna sunulan nüfus kayıt örneğinden anlaşılmayacağından kadının bekleme süresinin kaldırılması için yine dava açması gerekebilecektir. Bu durumda mahkemede kadın, gebe olmadığını ispatlayarak bekleme süresinin kaldırılması

³⁰ Evlendirme Yönetmeliği, RG. 7.11.1985/18921.

³¹ Götz, Art. 103, N. 10.

nı talep edecektir. Ancak kanımca bekleme süresi içinde düşük yapan, ölü doğum yapan ya da kürtaj olan kadın, bekleme süresi içinde tekrardan gebe kalacak olursa hâkim bekleme süresini kaldırmalıdır. Çünkü saydığımız bu hallerden sonra kadın bekleme süresi içinde tekrardan gebe kalmışsa, doğacak muhtemel çocuğun soybağını eski kocaya bağlamanın hiçbir temeli olmaz.

2. Kadının Gebe Olmadığını İspatlaması

Kadın eğer bekleme süresi içinde doğum yapmamışsa kadın yeni bir evlilik yapmak için mahkeme başvurmak ve izin almak zorundadır. “Bekleme süresinin kaldırılması davası” adlı dava Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun (AMKGYUK)³² 4. maddesi gereği Aile Mahkemesinde açılmalıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK)³³ m. 382 uyarınca bu dava çekişmesiz olarak ikame edilir. Kadının, açacağı davada gebe olmadığını ispatlaması gerekir ve kadın mahkemeden sürenin tamamen kaldırılmasını talep eder.

Kadın eğer gebe değilse bunu doktor raporu ile ispatlamak zorundadır. Bekleme süresinin kaldırılması davasında kadının, gebe olmadığına ilişkin doktor raporunu da sunarak davayı aile mahkemesinde ikame etmesi gerekir. Hâkim kadının gebe olmadığını ispatlandığı kanaatine varacak olursa bekleme süresini kaldırır, kararın kesinleşmesi ile kadın yeni bir evlilik yapabilir hale gelir. Bu davanın açılması ve kararın verilmesi arasında yargılama sürelerinin uzun olması nedeniyle bekleme süresinin dolması muhtemeldir.

Belirtmek gerekir ki Mülga Medenî Kanununda TMK m. 132 hükmüne karşılık gelen eMK m. 95/III hükmünde kadının gebe kalması mümkün olmadığı takdirde hâkimin süreyi kısaltabileceği düzenlenmişti. TMK m. 132’de ise kadının önce evliliğinden gebe olmadığını anlaşılmaması ile sürenin kaldırılabilmesi düzenlenmiştir. Dolayısıyla bu haliyle ve lafzî bir hukukçulukla evliliği sona eren kadının menopoza girmiş olduğu, örneğin 60 yaşında olduğu ihtimalde yine de gebe olmadığını ispatlaması gerekecektir³⁴.

Hiçbir somut gerekçe yokken, evlenmek için doktora gitmek zorunda kalan, gebe olmadığına ilişkin rapor almak zorunda bırakılan, eş söylemle tıbbî müdahaleye rıza vermek zorunda bırakılan kadının kişilik hakkının ihlal edildiği açıktır. Nitekim bu ihlalin varlığı AİHM kararıyla ortaya ko-

³² Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, RG. 18.1.2003/24997.

³³ Hukuk Muhakemeleri Kanunu, RG. 12.1.2011/27836.

³⁴ Doktor raporuna gerek olmaksızın sürenin kaldırılacağı yönünde **Götz**, Art. 103, N. 14.

nulmuştur³⁵. Kararda boşanmış bir kadının yeniden evlenebilme ehliyetini, bekleme süresine uyulmadan hamile olmadığı yönünde bir sağlık raporu sunmasına bağlı kılmanın mahremiyeti ihlal etme ve cinsel yaşamı da dahil olmak üzere özel hayatının mahremiyetini yetkililerin gözetimine sunma anlamına geleceği değerlendirilmesini yapmıştır.

3. Kadının Eski Kocasıyla Evlenmesi

Kadın, eski kocasıyla yeniden evlenmek istiyorsa yine bekleme süresinin kaldırılması adlı davayı açmak zorundadır. Bu ihtimalde dava açılması gerektiğini yine TMK m. 132 hükmünden ve Evlendirme Yönetmeliğinden anlamaktayız. Aslında TMK m. 134 uyarınca kadın için bekleme süresi devam ederken evlenme başvurusu yapan kadın ve erkeğin sunduğu nüfus kayıt örneğinden ya da bir önceki evliliğin sona erdiğini gösteren belgeden, kadının eski kocasıyla yeniden evlenmek istediği rahatça anlaşılabilir. Buna rağmen yine de uygulamada davanın ikame edilmesi gerekmekte olup bu defa hâkim, sınırlı bir evlenme izni verir ve bu izinle kadın sadece eski kocasıyla evlenebilir. Yani hâkim bu davada aslında bekleme süresinin kaldırılmasına değil, kadının eski kocasıyla evlenmesine izin vermektedir. Kadının eski kocasıyla evlenmek istemesi halinde de davanın yine Aile Mahkemesinde açılması gerekir ve HMK m. 382 uyarınca dava yine çekişmesizdir³⁶.

Kadının eski kocasıyla evlenmek istediği evlendirme başvurusu sırasında anlaşılabilir ve kayıtlardan doğrulanabilir olmasına rağmen, bunun için mahkemeden karar alınması zorunluluğu, ataerkinin hukukunun kadın üstündeki baskıcı elini bir türlü çekememesinin adeta görünüş şeklidir. Hukuk, kadına, parmağını sallayarak, bir taraftan “*Yeniden evlenmek istersen benden izin almalısın.*” derken, diğer taraftan “*Eski kocanla evlenecek olsan dahi yine benden izin almak zorundasın.*” demektedir.

C. Bekleme Süresine Uyulmadan Yapılan Evlilik

Kadın için bekleme süresi düzenlenmiş olmasına rağmen, bekleme süresine uymaksızın evlilik yapılmasının ise kanunda bir yaptırımı yoktur. Kadın, bekleme süresi içinde yeni evlilik başvurusu yapacak olursa ve evlenme izni için başvuruyu kabul eden memur bekleme süresini gözden kaçırarak olursa, yeni evliliğin butlanı söz konusu olmaz. TMK m. 154 uyarınca

³⁵ hudoc.echr.coe.int/eng (Erişim Tarihi: 25.12.2024).

³⁶ Sadece eski koca ile evlenmek isteme hali için davanın çekişmesiz olmadığı ve evlenilmek istenen kocaya yöneltilmesi gerektiği yönünde Gençcan, Ömer Uğur: Aile Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara 2011, s. 304.

kadının bekleme süresi bitmeden evlenmesi, evlenmenin butlanını gerektirmez. Eş söylemle bekleme süresine uyulmaması kesin olmayan evlenme engelidir. Bunun sonucu olarak bekleme süresi dolmadan evlenen kadının yeni evliliği geçerli olur. Dolayısıyla kadın bekleme süresi içinde evlenir ve doğum yaparsa TMK m. 285'in evlilik devam ederken doğan çocuğun babasının koca sayılacağına salık veren ve TMK m. 290'nın bekleme süresi dolmadan evlenen kadının bu sürede doğurduğu çocuğun babasının yeni koca sayılacağına salık veren ve devamında bu karinenin çürütülmesi halinde bu defa eski kocanın baba sayılacağına salık veren karineleri ayağa kalkar.

IV. DE LEGE FERANDA: HÜKMÜN YÜRÜRLÜKTEN KALDIRILMASI GEREĞİ

Medenî Kanun çocuğun menfaati ilkesinden hareketle çocuğun bir baba ile soybağı olmaksızın kalmasını arzu etmez ve kanun koyucu için soybağı karışıklığı adeta bir korkulu rüyadır. Bu nedenle birçok hükümde karineler düzenlenmiştir. TMK m. 285'de evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası koca sayılmıştır. Yine TMK m. 290'da çocuk evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğmuş ve ana da bu arada yeniden evlenmiş olursa, ikinci evlilikteki koca baba sayılmış, bu karine çürütülürse ilk evlilikteki koca baba sayılmıştır. Aslında bu iki hüküm çocuğun baba bakımından soybağı meselesini yeter derecede çözer ve soybağı karışıklığını engellemek için kadının evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün beklemesine gerek yoktur³⁷. Çünkü kadın, evliliğin sona ermesinden itibaren üçyüz gün geçmeden evlenecek olur ve doğum yapacak olursa ikinci evlilikteki koca zaten baba sayılmakta, eğer ikinci evlilikteki koca ile çocuk arasındaki soybağı çürütülürse bu defa ilk evlilikteki koca, baba sayılmaktadır. Her şeyden öte bu karineler tıptaki gelişmeler karşısında eskimiş hükümlerdir ve bir zamanlar çocuğun menfaatine hizmet etmiş olsalar da günümüzde biyolojik babanın belirlenmesi amacından uzaklaşılmasına neden olarak çocuğun üstün menfaati aleyhine sonuçlar doğurmaktadırlar. Baba bakımından hiçbir soybağı karinesinin DNA testinden daha doğru sonuç vermeyeceği bir gerçektir. Doğumun biyolojik bir olay olduğunun kabulü ile karinelerden çok tıp bilimine dayanmak aslında en doğru yoldur. Kadın bekleme süresi içinde yeni bir evlilik

³⁷ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, M. Alper: Aile Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024, s. 61-62; Kılıçoğlu, Ahmet: Aile Hukuku, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2024, s. 60 vd.; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Aile Hukuku, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2024, s. 47-48; Erdem/Makaracı Başak, s. 62-63.

yapsa da yapmasa da bu sürede doğan çocuğun biyolojik babası sadece ve sadece tıp bilimi tarafından ortaya konulabilir³⁸.

TMK m. 285 ve m. 290 hükümleri kanun koyucunun hiç istemediği “*çocuk babasız kalsın*” amacına halihazırda hizmet ederek sorunu zaten çözmektedir. Diğer taraftan bekleme süresine uyulmaksızın yapılan yeni evlilik geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğurduğundan, kanun koyucu adeta kendi içinde çelişmektedir. Kanun kadına “*Yeni bir evlilik yapmadan önce beklemen lazım, beklemezsen de sorun olmaz.*” mesajını vermektedir. Bir hukuk kuralının yaptırımı yoksa bu kuralın sadece bir temenni kuralı olduğu söylenebilir. Bu temenni kuralı ise “*Yeni bir evlilik için beklemeni istiyorum, gerekçesi yok sadece istiyorum.*” şeklindeki altlığı ile kadını seepsiz yere özgürlüğünden mahrum etmektedir.

Boşanma davasının çok uzun sürdüğü hallerde kadını yeni bir hayat kurmak için bu kadar bekletmenin somut hiçbir gerekçesi olmadığı gibi bekleme zorunluluğunun kendisi bugün soybağı karışıklığına neden olur hale gelmiştir³⁹. Çünkü boşanma davasının devam ettiği dönemde kadının halen evli olduğu kocasından değil de hayatına yeni girmiş olan kişiden gebe kalmış olması olasılığı daha yüksektir. Dolayısıyla gebe olan ve boşanma kararının kesinleşmesi ile yeni bir evlilik yapmak isteyen kadının tekrardan üçyüz gün bekletilmesi soybağı karışıklığına daha çok mahal vermektedir.

Avrupa Medenî Hukuklarına⁴⁰ baktığımız zaman kadın için bekleme süresi öngören hükmün 1.1.2000 tarihinde İsviçre Medenî Kanunu’ndan kaldırıldığı görülmektedir. İsviçre’de de babalık karinelerinin çatışması ha-

³⁸ Soybağının tespiti bakımında iki hüküm -isabetli olup olmadıkları tartışmalı olmakla birlikte- önem arz etmektedir. HMK m. 292 uyarınca “*Uyuşmazlığın çözümü bakımından zorunlu ve bilimsel verilere uygun olmak, ayrıca sağlık yönünden bir tehlike oluşturmamak şartıyla, herkes, soybağının tespiti amacıyla vücudundan kan veya doku alınmasına katlanmak zorundadır. Haklı bir sebep olmaksızın bu zorunluluğa uyulmaması hâlinde, hâkim incelemenin zor kullanılarak yapılmasına karar verir*”. Yine TMK m. 284 uyarınca “*Taraflar ve üçüncü kişiler, soybağının belirlenmesinde zorunlu olan ve sağlıkları yönünden tehlike yaratmayan araştırma ve incelemelere rıza göstermekle yükümlüdürler. Davalı, hâkimin öngördüğü araştırma ve incelemeye rıza göstermezse, hâkim, durum ve koşullara göre bundan beklenen sonucu, onun aleyhine doğmuş sayabilir*”. Bkz. ayrıca **Fadıl Yıldırım**, Mustafa: “Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3-4, 2007, s. 383-402.

³⁹ **Yücel Aktürk**, İpek: “Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yasası Sorunu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2023, s. 205.

⁴⁰ Karş. **Pürselim**, Hatice Selim: “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkisi”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 27, 2021, s. 521.

linde zaten kanunda yeterli çözüm olduğundan kadın bakımından bekleme süresine ilişkin hüküm yürürlükten kaldırılmıştır. Yine Alman Medenî Kanununda da kadın için on ay olarak düzenlenmiş bekleme süresi düzenlemesi 1998 yılında yürürlükten kaldırılmıştır⁴¹.

AIHM, 27.06.2023 tarihli Bayraktar-Türkiye (27094/20) kararında, başvurucuya uygulanan bekleme süresinin ve gebe olmadığını ispat etmek amacıyla tıbbî muayeneden geçme yükümlülüğünün AIHS m. 8 ile korunan özel hayata saygı hakkını kullanmasına yönelik müdahale niteliğinde olduğu, aynı zamanda hükmün cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık teşkil ettiği, AIHS m. 12 ve m. 14’te yer alan ayrımcılık yasağını ihlali niteliğinde olduğu sonucuna varmıştır.

AIHS m. 8 uyarınca “*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*”⁴². Konumuz bakımından önem arz eden özel yaşama saygı hakkı kapsamında ele alınması gereken alt kategori bireyin fiziksel ve zihinsel bütünlüğünün korunması ve tıbbî müdahaleyi red hakkıdır. Bir diğer alt kategori bireyin mahremiyetinin korunmasıdır. Mahremiyet hakkı ise bireyin kendisi hakkında bilgileri kontrol etmesi, herhangi bir bilginin rızası olmaksızın açıklanmaması, yayılmaması, buna ilişkin belgelere başkalarının ulaşamaması şeklinde ortaya çıkar⁴³.

AIHM de başvuranın, boşanmasının ardından kadınlara uygulanan üçyüz günlük bekleme süresinin kaldırılmasına yönelik dava açmak durumunda kaldığını ve bu dava çerçevesinde ilgiliden, gebe olmadığına dair rapor istendiğini, bu durumun ise kadın olarak başvuranın özel hayatının en mahrem yönleriyle ilgili olması sebebiyle Sözleşme’nin 8. maddesinin uygulama alanına girdiğini, sürenin kaldırılması için başvuranın gebe olmadığını doğrulamak için tıbbî muayeneden geçme yükümlülüğünün olmasının özel

⁴¹ Bielefeld, Georg Rixe: “Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa”, Familie Partnerschaft Recht, Heft 5, 2008, s. 224.

⁴² AIHS m. 8/(2)’de bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesinin ancak yasayla olabileceği ve hakkın 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 sınırlanabileceği düzenlenmiştir. AIHS m. 8’de temelde dört hak düzenlenmiş olup bunlar özel yaşama saygı hakkı, aile yaşamına saygı hakkı, konuta saygı hakkı ve haberleşmeye saygı hakkıdır. Bu maddede düzenlenmiş olan hakların temel amacının bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerinden korumak olduğu belirtilmektedir. Bkz. Arslan Öncü, Gülay: “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İncoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 300.

⁴³ Arslan Öncü, s. 311.

hayatına saygı hakkının kullanılmasına yönelik müdahale teşkil ettiğini değerlendirmiştir.

Mahkeme kararın devamında sınırlamanın yasayla öngörülüp öngörülmediği ve meşru amaçlardan birinin demokratik toplumun gereklerinden olup olmadığı bakımından değerlendirme yapmıştır. Müdahale zaten kanun hükmünün kendisinden kaynakladığı için Mahkeme, yasallığı tartışmaya gerek olmadığına kanaat getirmiştir. Yine hükümet söz konusu müdahalenin başkasının hak ve özgürlüklerinin korunması ve kamu düzeninin sağlanması, özellikle doğması muhtemel çocuğun soybağının doğru şekilde belirlenmesi amacına hizmet ettiğini ileri sürdüğünden Mahkeme meşru amacı bu açılarından değerlendirmiştir. Mahkeme özetle; soybağı karışımını önlemenin, yani biyolojik babanın belirlenmesinin kadının bir süre evlenmesini engelleyerek sağlanmaya çalışılmasının modern toplumlarda gerçek dışı olduğunu, hukuk sistemlerinde babalığın belirlenmesi amacıyla başkaca hukukî araçların olduğunu, bekleme süresinin boşanma kararının kesinleşmesinden itibaren başlatılması karşısında bekleme süresinin bu amaca hizmet etmesinin zaten mümkün olmadığına hükmetmiştir. Yine Mahkeme boşanmış bir kadının bekleme süresine uymadan evlenmesine ancak gebe olmadığını dair bir rapor sunmasına bağlanmasının mahremiyeti çiğnediği, cinsel hayat dahil olmak üzere özel mahrem hayatı yetkililerin kontrolü altına almakla eş değer olduğu sonucuna varmıştır.

Sonuçta Mahkeme, AİHS m. 8 bakımından yaptığı değerlendirmede bekleme süresi dayatmasının ve tıbbî müdahale dayatmasının zorunlu bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı, izlediği amaçla orantılı olmadığı ve başvuru-cunun özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığına karar vermiştir.

AİHS m. 12 uyarınca “*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir*”. Bu hükümde düzenlenmiş olan evlenme hakkı AİHS m. 8’de yer alan özel yaşam ve aile hakkına saygı hakkı ile yakın irtibat içinde olup, hüküm, evlenme hakkına engel teşkil eden ve hakkın özünü ortadan kaldıran ölçüsüz kısıtlamaların ortadan kaldırılmasını hedeflemektedir⁴⁴.

⁴⁴ **Karan**, Ulaş: “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İncoğlu), Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 425. Sözleşmenin 12. Maddesi karşısında 8. Maddesinin özel hüküm (lex specialis) niteliğinde olup, aile yaşamına yönelik bir müdahale sözleşmenin 8/(2) kapsamında ihlali niteliğinde değilse 12. maddesinin de ihlal edilmediği değerlendirilmektedir. Ancak bir ihlalin hem 8. Maddeyi hem de 12. Maddeyi ihlal etmesi mümkündür. Bkz. **Karan**, s. 426. Ayrıca bkz.

Kararda, evlenme hakkının kullanılmasının sosyal, kişisel ve hukukî sonuçları bulunduğuna, bu hakkın ulusal hukukla düzenlenebileceğine, ancak hukuktan kaynaklanan sınırlamaların hakkını özünü etkileyecek şekilde kısıtlayıcı olmaması gerektiğine, devletlerin evlenme hakkını dilediği gibi kısıtlama yönünde takdir hakkının olmadığına işaret edilmiştir. Mahkeme aynı zamanda AİHS m. 12'nin boşanmış kişilerin makul olmayan kısıtlamalara maruz kalmadan yeniden evlenme haklarını güvence altına aldığına işaret etmiştir⁴⁵.

Ayrımcılık yasağını düzenleyen AİHS m. 14 uyarınca “*Bu Sözleşmede 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*”⁴⁶. Bu hüküm bağlamında eşitlik ilkesi ve ayrımcılık yasağının iç içe geçebilen kavramlar olduğu, eşitlik ilkesinin eşit durumda olanlara eşit, farklı durumda olanlara farklı muamele edilmesini gerektirdiği ve bunun nesnel ve makul bir gerekçe ile sağlanmadığı durumlarda ayrımcılığın söz konusu olduğu belirtilmektedir⁴⁷.

Nitekim AİHM ihlal konusunda iki hükmü birlikte değerlendirmiş, yasaklanmış olan muamelede farklılığının objektif ve makul bir gerekçeden yoksun olması hallerinde, meşru amaç gütmeye hallerde veya kullanılan yöntemle izlenen amaç arasında makul bir orantılılık bulunmadığı hallerde ayrımcı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme belirli bir ülkede hâkim olan geleneklerin, varsayımların ve çoğunluğun sosyal davranışlarının cinsiyete dayalı bir muamele farklılığını haklı çıkarmak için yeterli olmadığını, devletlerin erkeklerin ailede birincil, kadınların ikinci rol oynadığı fikrine daya-

Çakmak, Ufuk Ramazan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 169.

⁴⁵ Ayrıca bkz. **Çakmak**, s. 181.

⁴⁶ Uluslararası insan hakları hukukundan ayrımcılık tanımının şu şekilde yapıldığı belirtilmektedir: “*Kamusal veya özel yaşamda, insan haklarının eşitlik temelinde tanınmasını, haklardan yararlanılmasını veya hakları kullanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacıyla taşıyan veya böyle bir etki doğuran, herhangi bir ayrımcılık temeline dayanan, herhangi bir fark gözetme, dışlama, sınırlama veya kısıtlama ya da öncelik tanıma veya taciz ya da başkasına yönelik ayrımcılık yapılması talimatı veya örneğin engellilik veya din veya inanç temelinde herhangi bir kişinin ya da kuruluşun, bir hükmün, ölçütün veya uygulamasının beraberinde getirdiği dezavantajları kaldırmak için uygun tedbirlerin alınmaması*”. Bkz. Bkz. Ayrıca. **Karan**, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 461, (Ayrımcılık).

⁴⁷ **Karan**, Ayrımcılık, s. 460.

nan geleneklerinin dayatılmayacağını altını çizmiştir. Sonuçta Mahkeme, sadece kadınların gebelikleri nedeniyle farklı muameleye tabi tutulmasının cinsiyete dayalı doğrudan ayrımcılık niteliğinde olduğunu değerlendirmiştir⁴⁸.

⁴⁸ AİHM'deki davada, Aile Mahkemesinin kararı ele alınmış ve bu kararda kullanılan ifadelerin oldukça düşündürücü olduğunun altı çizilmiştir. “Kadının boşanması halinde bir başka şahısla evlenmesi durumunda kadın yönünden gebe olup olmadığı açısından aldırılması istenilen raporun yalnızca kadının özgürlüğünü birebir ilgilendirmeyip bu hususun doğması muhtemel bir çocuğun ve evlenen tarafların da özgürlüğü ile toplumdaki durum, (...) ve geleceği ile ilgisinin bulunduğu, kadının evlenme esnasında hamile olmadığına yönelik almış olduğu raporun bu manada esasen kendisini ve (...) doğması muhtemel çocuğunu da güvence altına aldığı, ileride çocuğun soybağının reddi, tespiti gibi açılması muhtemel davaların belirtilen şahısları daha mağdur bir duruma getireceği, esasen bu tür dava süreçlerinin DNA testi, tıbbi incelemeler ile tarafların birbirlerine ithamları açısından daha yaralayıcı ve örseleyici mahiyette olduğu, kadın erkek arasındaki eşitliğin erdem ve hak eşitliği olarak algılanmasının doğal olduğu, ancak bu şahısların fitri özellikleri gereği doğum, annelik, babalık özelliği gibi özelliğini yok sayabilecek mahiyette bir eşitlik vurgusunun daha olağan bir tabirle “erkek muayene olmuyorsa ben hamile olup olmadığım yönünde niçin muayene olayım” bağlamında savunulmasına itibar edilemeyeceği neticesine varılmıştır.

Ayrıca bu durumun kadını ehliyetli kişi yahut da kısıtlı konumuna getirdiği iddiasına mahkememizce itibar edilmemiştir. Şöyle ki, kadın ve erkek (...) insan olmaları, hak ve talepleri açısından her yönüyle eşittir; ancak (...) bu eşitlik ve özgürlük anlayışı öncelikle tarafların ve doğması muhtemel çocuğun temel dinamiklerini, menfaatlerini, dinginliğini örseleyici mahiyette kabul edilemez, kadın ve erkeğin yukarıda belirtildiği manada eşitliği esas kabul edilmekle birlikte birbirlerine üstün birçok meziyetleri olduğu hususu da gözden ırak tutulmamalıdır; örneğin bir erkeğin gücü ile kadının gücünü bir tutamayacağımız gibi kadının anne rolünde çocuğa karşı hassasiyeti ve hissinin bir erkeğe göre çok güçlü olduğu, (...) doğurma özelliğinin de sırf kadına mahsus bir özellik olduğu da gözden ırak tutulmamalıdır (...)

Kadının gebe olduğunu açıklama zorunluluğu yoktur tezine ise mahkememizce itibar edilmemiştir. Şöyle ki, bazı kurumların mahiyeti gereği, bazı durumların ortaya konulma zorunluluğu (...) öncelikle bu işleme taraf olan şahısların ve dolayısıyla ileride bu işlemden etkilenmesi muhtemel öncelikle evlenen şahıslar ve doğacak çocuk açısından önem arz ettiğinden yine evlenecek bir şahsın evli misin sorunun yahut da bu yönde nüfus kaydının incelenmesine, evli olup olmadığını beyan etmek zorunda değilim yahut da bu manada kayıtların incelenmesinde muvafakatim yoktur beyanı ne kadar normal karşılanamıyor ise, bu bağlamda evlenecek kadının özetlenen nedenlerle bu eyleminin yalnız kendisini değil kendisi dışında birçok şahsı doğrudan ve daha tesirli etkileyeceği muhtemel olduğundan yasa koyucunun bu durumu göz önünde bulundurarak yaptığı ve bu düzenlemenin de yerinde olduğu kanaatine varılmıştır (...)

Nitekim AİHM, Aile Mahkemesinin, boşanmış kadınların, kadınlara özgü biyolojik özellikleri, özellikle de anne rolü ve doğurma özellikleri nedeniyle, yeniden evlenmeden önce gebeliklerini gözler önüne serme konusunda topluma karşı yükümlü olacakları ve doğması muhtemel bir çocuğun ve diğer ilgili kişilerin menfaatlerini korumak için bekleme süresinin dezavantajına katlanmak zorunda kalacakları sonucunun ima edilmesi

CEDAW m. 2 uyarınca taraf devletler kadınlara karşı her türlü ayrımı kınar, tüm uygun yollardan yararlanarak ve gecikmeksizin kadınlara karşı ayrımı ortadan kaldırıcı bir politika izlemeyi kabul eder. CEDAW m. 15'e göre taraf devletlerin kadınlara kanun önünde erkeklerle eşit haklar tanınması, medenî haklar bakımından kadınlara erkeklerinkiyle aynı hukukî ehliyet ve bu ehliyeti kullanmak için eşit fırsatlar tanınması gereğine işaret edilmiştir. Yine m. 16 uyarınca taraf devletlerin kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alması, özellikle kadın-erkek eşitliği ilkesine dayanarak kadınlara evlenmede erkeklerle eşit hak, özgür olarak eş seçme ve serbest ve tam rıza ile evlenme hakkı tanınması gereğine işaret edilmiştir. Nitekim AİHM de kararında CEDAW uygulamasında gerçekleşen ilerlemenin değerlendirilmesi amacıyla kurulan Komitenin 16.10.2010 tarihinde yayımladığı görüşlerinde taraf devleti kadının bekleme süresi düzenlemesinin sözleşmenin 2. ve 16. maddelerine aykırı olması nedeniyle gecikmeksizin gözden geçirmeye ve değiştirmeye teşvik ettiğine vurgu yapmıştır.

Türkiye CEDAW Sivil Toplum Yürütme Kurulunun CEDAW Komitesi'ne sunduğu Gölge Raporunda, bekleme süresine ilişkin kanunî düzenlemenin yürürlükten kaldırılması için uzun zamandır beklendiğine işaret edilmiştir⁴⁹.

Anayasa m. 5 uyarınca “Devletin temel amaç ve görevleri, Türk milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmaktır”. Anayasa m. 10 uyarınca “Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir. Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz...”. Anayasa m. 20 uyarınca “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz”.

konusunda endişe duyduğunu belirterek, bu varsayımın, -esasen kadının üreme işlevleriyle bağlantılı olan- kadın cinselliğine ilişkin geleneksel bir görüşü yansıttığını ve kadının birey olarak gelişimi için fiziksel ve psikolojik önemini göz ardı ettiğini belirtmiştir.

⁴⁹ <https://kadinininsanhaklari.org/wp-content/uploads/2022/02/8.-Golge-Raporu-2022-yilinda-guncellenmis-versiyonu.pdf> (Erişim Tarihi: 15.01.2025).

Anayasa m. 90/son fıkra son cümle “...Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır” şeklinde olup insan haklarını koruyan sözleşmelere öncelik verildiğine işaret etmektedir⁵⁰. Bu hüküm ise hâkime yükümlülük getirmekte olup, hâkim önüne gelen uyuşmazlıkta uygulanacak kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası sözleşme arasında bir çatışma tespit edecek olursa uluslararası sözleşmeyi uygulamak zorundadır⁵¹.

Dolayısıyla evliliği sona eren kadının bekleme süresi bakımından hâkimin önüne gelen uyuşmazlıkta TMK m. 132 hükmünü uygulamak yerine temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası anlaşma hükümlerini uygulayıp uygulamayacağı değerlendirilmelidir. Örneğin bekleme süresinin kaldırılması davasında hâkim, TMK. 132 gereği kadından doktor raporu talep etmeksizin bekleme süresini kaldırılabilir mi? Kanımca hâkimin bu şekilde bir uygulama yapmasının önünde bir engel yoktur. Zira kadının soyadına ilişkin “kadın evlenmekle kocasının soyadını alır” şeklindeki hükmün henüz Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmediği⁵² sırada TMK m. 187 bakımından bu şekilde bir değerlendirme yapılmaktaydı⁵³. Benzer değerlendirmenin TMK m. 132 için yapılmasının önünde bir engel yoktur. Böylece bekleme süresinin kaldırılması davasında mahkeme, doktor raporuna gerek duymayarak doğrudan bekleme süresini kaldırabilir.

Hükmün yürürlükten kaldırılması için 14.3.2016 tarihinde CHP grup başkanlığı kanun teklifi hazırlayarak TBMM’ye sunmuş, teklif en son 7.6.2023 tarihinde yenilenmiştir. Bu çalışmanın yapıldığı sırada kanun teklifinin akıbeti “Komisyonda” olarak görünmektedir.

⁵⁰ **İnceoğlu**, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesi İlişkisi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 8.

⁵¹ **İnceoğlu**, s. 9.

⁵² RG. 28.04.2023/32174.

⁵³ Bu yönde görüş için bkz. **Çakırca**, Seda İrem: “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 2, 2012, s. 157, (Soyadı); **Reyhani Yüksel**, Sera: “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın Erkek Eşitliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2014, s. 185; **Öcal Apaydın**, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözümüne Kavuşturulmuş Mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2015 s. 448. Ayrıca bkz. **Havutçu**, Ayşe/**Kalkancı**, Yasemin: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2020, s. 135-180.

Sonuçta, AİHS, CEDAW ve Anayasamız nazara alındığında hiçbir amaca hizmet etmeyen TMK m. 132'nin yürürlükten kaldırılması gerektiği açık olup⁵⁴ AİHS'e ve AİHM kararlarına atıf yaparak hak ve özgürlüklere önem veren⁵⁵ Anayasa Mahkemesinin TMK m. 132'yi önüne gelmesi halinde yürürlükten kaldıracağı düşünülmekte, hüküm yürürlükten kaldırılana kadar yerel mahkeme hâkimlerinin TMK m. 132'yi uygulamak yerine, doktor rapor alınmasına gerek olmadan bekleme süresini doğrudan kaldırma yönünde karar vermesinin mümkün olduğu değerlendirilmektedir.

SONUÇ

Evliliği sona eren kadın için bekleme süresi getiren TMK m. 132 ataerkil düzenden kalma bir hüküm olarak halen yürürlüktedir. Bu hükmün, AİHS, CEDAW ve Anayasa'ya aykırı olduğu ortadadır. Çalışmada ortaya konulduğu üzere hüküm, bugün sözde konuluş amacı olan soybağı karışıklığını engellemek şeklindeki amaca hizmet etmemekte, tersine soybağı karışıklığına sebep olmaktadır.

Hüküm, yaptırımsız bir hüküm olarak sadece kadınlar bakımından “*Yeniden evlenmeden önce beklemek zorundasın*” altlığı ile hiçbir amaca hizmet etmemekte, toplumun ahlaklı kadının yeniden evlenmek için bir süre beklemesi gerektiği şeklindeki boş inancına, kadının nasıl yaşaması gerektiğini dayatan ataerkil düzene hizmet etmektedir.

AİHM kararından anlaşıldığı üzere bekleme süresine ilişkin karar veren Aile Mahkemesi kararında mealen kadının fitratı gereği doğuran taraf oldu-

⁵⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 61; Kılıçoğlu, s. 47-48; Akıntürk/Ateş, s. 80 vd; Erdem/Makaracı Başak, s. 62-63; Gençcan, s. 301; Çakırca, Seda İrem: “Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?”, Annales de la Facult. De Droit d'Istanbul, Sayı 45, 2013, s. 186; Gayretli Aydın, s. 290; Paksoy Erbaydar/Balseven Odabaşı, Nüket Aysun: “Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi” Fe Dergi Sayı, Sayı 10, 2018, s. 117; Pürselim, s. 539; Yücer Aktürk, s. 207; Yılmaz, Candan: “Remarriage Restriction For Woman Of 300 Days In Türkiye: Review Of The ECtHR's Nurcan Bayraktar v Türkiye Judgment”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3, 2024, s. 2112; Han, Işık Aslı: “TMK m. 132'de Öngörülen Bekleme Süresinin Soybağının Doğru Belirlenmesine Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Nurcan Bayraktar/Türkiye Kararı Işığında Eleştirel Bir İnceleme”, Prof. Dr. Serap Helvacı'nın Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 1978; Hükmün eşitliğe aykırılık yaratmadığı, kadının biyolojik özelliklerinden kaynaklandığı yönünde Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023, s. 50-60; Reyhani Yüksel, s. 187.

⁵⁵ İncoğlu, 20.

ğunu, bu nedenle doğması muhtemel çocuğun gerçek babasının kim olduğunun anlaşılması için beklemesi zorunluluğunun ayrımcılık teşkil etmediğini, erkek gücüyle kadın gücü nasıl aynı değilse kadının annelik rolü gereği çocuğuna hassasiyet ve hissinin erkeğe göre çok güçlü olduğunu belirterek hükmün eşitliğe aykırı olmadığına kanaate getirmiştir. AİHM de Aile Mahkemesinin bu ifadelerinin endişe verici olduğunun altını çizmiştir. CEDAW m. 2’de taraf devletler, kadın haklarının erkeklerle eşit olarak yasal himayesini tesis etmeyi ve yetkili ulusal mahkemeler ve diğer kamu kuruluşları aracılığıyla kadınların her türlü ayırma karşı etkin himayesini sağlamayı taahhüt etmiştir. Aile mahkemesinin bu değerlendirmesi ise kadını, sırf kadın olduğu için topluma karşı özel hayatına ilişkin bir konuda açıklama yapmak zorunda olan taraf olarak ilan ettiğinden oldukça üzücü ve düşündürücüdür.

Yakın zamanlarda Anayasa Mahkemesi tarafından Medenî Kanunun birçok hükmü iptal edilmiştir. Kadın için ayrımcılık teşkil eden bu hükmün de en kısa sürede AYM tarafından iptal edilmesi veyahut kanun koyucu tarafından yürürlükten kaldırılması, yürürlükten kaldırılana kadar mahkemeler tarafından doktor raporu alınmasına gerek duyulmadan bekleme süresinin kaldırılması kararı verilmesi, ümit edilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk**, Turgut/**Ateş**, Derya: Aile Hukuku, 25. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2024.
- Arslan Öncü**, Gülay: “Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 301-333.
- Berktaş**, Fatmagül: Tek Tanrılı Dinler Karşısında Kadın, 9. Basım, Metis Yayınları, İstanbul 2023.
- Bielefeld**, Georg Rixe. “Der EGMR als Motor einer Harmonisierung des Familienrechts in Europa”, Familie Partnerschaft Recht, Heft 5, 2008, s. 222-230.
- Çakırca**, Seda İrem: “Evli Kadının Soyadına İlişkin Güncel Gelişmelerin Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Sayı 2, 2012, s. 145-164.
- Çakırca**, Seda İrem: “Turkish Civil Code and CEDAW: Never Shall the Twain Meet?”, Annales de la Facult. De Droit d’İstanbul, Sayı 45, 2013, s. 145-192.
- Çakmak**, Ufuk Ramazan: “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nde Evlenme Hakkı”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 163-184.
- Domingo**, Rafael: “The Family in Ancient Roman Law”, SSRN Electronic Journal, 2017, s. 1-15.
- Dural**, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, M. Alper: Aile Hukuku, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2024.
- Ebrahimi Boukani**, Naser/**Lofti**, Alireza/**Kiani**, Kamel/**Soltani**, Hatam/**Mozafari**, Fatemeh: “The Effect Of Scientific Progress On Waiting Period Legal Law, Cumhuriyet Üniversitesi Fen Fakültesi Fen Bilimleri Dergisi, Özel Sayı, 2015, s. 3159-3164.
- Engels**, Friedrich: Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni, Yordam Kitap, İstanbul 2019.
- Erbaydar**, Nüket Paksoy/**Balseven Odabaşı**, Aysun: “Medeni Kanunun Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, Fe Dergi, Sayı 10, 2018, s. 112-119.
- Erdem**, Mehmet/**Makaracı Başak**, Aslı: Aile Hukuku, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara 2024.

- Erdem**, Suat: “İslam Hukukuna Göre İddet ve İddet Bekleyen Kadının Nikahı”, Cumhuriyet Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2013, s. 71-95.
- Gayretli Aydın**, Seda: “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 136, 2018, s. 263-292.
- Gençcan**, Ömer Uğur: Aile Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Gönenç**, Fulya İlçin: Roma Hukukunda Kadın, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010.
- Götz**, Ernst: Berner Kommentar, Das Familienrecht, Das Eherecht, Art.90-136 ZGB, Verlag Stämpfli, Bern 1964.
- Han**, Işık Aslı: “TMK m. 132’de Öngörülen Bekleme Süresinin Soybağının Doğru Belirlenmesine Etkisi: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Nurcan Bayraktar/Türkiye Kararı Işığında Eleştirel Bir İnceleme”, Prof. Dr. Serap Helvacı’nın Anısına Armağan, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2024, s. 1963-1979.
- Hatemi**, Hüseyin: Aile Hukuku, 10. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2023.
- Havutçu**, Ayşe/**Kalkancı**, Yasemin: “Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2020, 135-180.
- İnceoğlu**, Sibel: “Anayasa ve İnsan Hakları Sözleşmesi İlişkisi”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 7-23.
- Karan**, Ulaş: “Eşitlik İlkesi ve Ayrımcılık Yasağı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 459-495, (Ayrımcılık).
- Karan**, Ulaş: “Evlenme ve Aile Kurma Hakkı”, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Editör: Sibel İnceoğlu), 3. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2013, s. 425-439.
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Aile Hukuku, 8. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2024.
- Öcal Apaydın**, Bahar: “Son Yargı Kararları Işığında Kadının Soyadı Meselesi Çözüme Kavuşturulmuş Mudur?”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2015, s. 425-458.
- Pürselim**, Hatice Selim: “MÖHUK Kapsamında İddet Müddetinin Soybağının Reddi ve Babalık Davalarına Etkisi”, Marmara Üniversitesi

Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Sayı 27, 2021, s. 513-542.

Reyhani Yüksel, Sera: “Türk Medenî Kanunu Bakımından Kadın Erkek Eşitliği”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2014, s. 175-200.

Sarı Fidan, Özlem: “Depremde Kaybolanların Hukuki Durumlarının Gaiplik ve Ölüm Karinesi Yönünden Ele Alınması”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2023, s. 219-236.

Stehlin, Philipp: Das Personen- und Familienrecht des ZGB von 1912: Eine inhaltliche Untersuchung der Gesetzeskommentare des August Egger (1875-1954), Bern, 2018.

Sütken, Elvan: “Roma Hukukunda Nişanlanma, Evlenme ve Evliliğin Sona Ermesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1, 2024, s. 169-193.

Tawfik, Martina: Frauen im österreichischen und islamischen Eherecht: Ein Rechtsvergleich, Graz 2024.

Tokat, Hüseyin: “Gaipliğin Aile Hukuku Yönünden Sonuçları”. Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2017, s. 523-575.

Walby, Sylvia: Patriyarka Kuramı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016.

Yavuz Tanaydın, Elif: “Gaiplik Kararının Sağ Kalan Eş Açısından Değerlendirilmesi -Evlilik, Yasal Mal Rejimi ve Mirasçılık-”, Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 17, 2023, s. 15-40.

Yıldırım, Mustafa Fadıl: “Gen Analizleri ve Kişilik Haklarının Korunması”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 3-4, 2007, s. 383-402.

Yılmaz, Candan Yılmaz: “Remarriage Restriction For Woman Of 300 Days In Türkiye: Review Of The ECtHR’s Nurcan Bayraktar V. Türkiye Judgment”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 73, 2024, s. 2091-2117.

Yücer Aktürk, İpek: “Kadınlara Özgü Bekleme Süresi ve Sınırlı Evlenme Yaşığı Sorunu”, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 2, 2023, s. 195-208.

Walby, Sylvia: Patriyarka Kuramı, Dipnot Yayınları, Ankara 2016.