

MEDENÎ KANUN'UN KABULÜNÜN 70'NCİ YILINDA AİLE HUKUKU

Bilge ÖZTAN*

I. GENEL OLARAK

1926 yılında hukuk alanında yapılan bir reform ile, İsviçre Medenî Kanunu Türk Hukuku'na dahil edilmiştir¹.

İsviçre Medenî Kanunu'nun, bu şekilde resepsiyon yolu ile kabulündeki en önemli etken -bu husus başka ana kanunlarla da hedeflenmiştir-, Osmanlı toplumuna hâkim olan feodal devlet yapı-

- (*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
1. Resepsiyon ile geniş açıklamalar için bkz.: s:HIRSCH, Ernst,E.:Rezeption als sozialer Prozess.Erläutert am Beispiel der Türkei, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Band 50, Berlin 1981; HIRSCH, Ernst,E.: Das schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, Schweizerische Juristenzeitung , 1954, nr.22, s.337-346; HIRSCH, Ernst, E.: Vom schweizerischen Gesetz zum türkischen Recht, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 95, 1976,s.223-248; JONAS Johannes, G.: Ein zeitgenössischer Rezeptionsprozess am Beispiel des türkischen Rechts, Juristische Schulung 1987, s. 266-270; PRITSCH, Erich: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, Seine Rezeption und die Frage seiner Bewährung, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Stuttgart 1957, s.123-180; NEUMAYER, H, Karl / DOFFEL,P: Ein Jahrhundert türkischer Rezeptionsgeschichte, Annales de la Faculte de droit D'Istanbul,1956, s.53-62; LIPSTEIN, K.: The Reception of Western Law in Turkey, Annales de la Faculté de droit D'Istanbul 1956, s.11-27; KRÜGER, Hilmar: Fragen des Familienrechts: Osmanisch-islamische Tradition versus Zivilgesetzbuch, Zeitschrift für schweizerisches Recht ,Neue Folge ,Band 95, s.287-301; ZWAHLEN, Mary.: L' application en Turquie du Code civil reçu de la Suisse, Zeitschrift für schweizerisches Recht, Neue Folge, Band 95. s. 249-264; ATAYSOY-GÖREN, Zafer: Die Fortbildung rezipierten Rechts, Zeitschrift für schweizerischen Rechts, Neue Folge, Band 95, s.265-286; DAVRAN, B.: Bericht über die nderungen im Türkischen ZGB, Annales de la Faculté de droit d'Istanbul 1956, s.131-143; GÜRİZ, A./BENEDICT,P. Türk Hukuku ve Toplumuna Üzerine İncelemeler, Ankara 1974, s.xviii-xxii; VELLİ-DEDEOĞLU, Hıfzı.V.: İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu, Medeni Kanunun xv.Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s.375, 401-406; Türk Evlilik Hukukunun Bugünkü Meseleleri Üzerinde Düşünceler, Medenî Kanunun xv.Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s.625, 630, 662; GÖNENSAY, Samim: Medeni Kanunun Yeniden Tetkik ve Tashihine ihtiyaç vardır, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, Band VI, İstanbul 1940, s. 51-57; Diğer açıklamalar için, bkz. OEH-RING,Othmar: Bibliographie zum türkischen Recht und den internationalen Beziehungen der türkischen Republik, Berlin, 1982.

sından kurtulmak isteğidir. Cumhuriyet'in ilânından sonra, Devlet'çe, bu yapının değiştirilmesi, liberal bir Devlet politikasının yürütülmesi ve buna bağlı olarak da pazar ekonomisine geçilmesi uygulanması fikri benimsenmiştir. Böyle bir sistemin gerçekleştirilmesinin ise, diğer reformlar yanında, özellikle bir hukuk reformunun yapılmasına bağlı olduğu da âşikârdır. Medenî Kanun'un liberal devlet politikası yürüten bir batı ülkesinden alınmasında bu hususun önemi büyüktür.

Atatürk bir konuşmasında "Ülkeler çeşitlidir; ancak, uygarlık tektir. Bu sebeple, Türkiye bu uygarlığa katılmak zorundadır" demiştir². Türkiye, medeniyet alanında, gelişmiş medenî ülkeler seviyesine ulaşabilmenin, ancak batıdan bir kanunun -özellikle, Medenî Kanun'un- bütün olarak alınmasına bağlı olduğu şuuruna ulaşmıştır.

Avrupa hukuk sisteminin mahsülü olan bir Kanun'un bütünüyle, yani hemen hemen hiç değiştirilmeden tercüme yoluyla alınması, islamî inançlara ilişkin doğmalardan kesinlikle ve hiç vakit geçirmeksizin tamamen kurtulmak ve özel hukuk alanında, tamamen yeni, esaslı bir sistem yaratmak düşüncesine dayanır.

Kanunkoyucu, Batı'dan alınmış bir kanunun kabulünün ve uygulanmasının bir takım güçlüklerle sebebiyet vereceğinin tamamen farkında olarak, bu yola başvurmuştur; zira, kanunkoyucu, bir hukuk reformunun en iyi şekilde, ancak Batı hukuk sisteminden bir kanunun alınması ile gerçekleşebileceğinin şuurundaydı; başka bir yol izleyemezdi. Kanunkoyucu, Batı hukukunda yer alan bir kanunun kabulü ile, aynı zamanda, belli bir toplum seviyesine ulaşmayı ve çağdaş medeniyetin bütün temel ilkeleriyle bütünleşmeyi de amaçlıyordu.

Hasan Âli Yücel, bir konuşmasında³, Türk Medenî Kanunu'nun, bir medeniyet alıştı olduğunu; özellikle, Aile Hukuku'na ilişkin hükümlerin tam bir "geleceği" ifade ettiğini ve yeni bir medenî hayat için düzenleyici rolü oynayacağını, gayet veciz bir şekilde belirtmektedir.

Kanunkoyucunun, diğer batılı ülkeler medenî kanunları içinden İsviçre Medenî Kanunu'nun alınmasını tercih etmesinin sebepleri

2. BERND, Rill : Atatürk, Reinbek 1985, s. 83
3. YÜCEL, Hasan Âli : Açış Konuşması, Medenî Kanun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s.III.

çeşitlidir. Bunların başında, söz konusu Kanun'un basitliği, demokratikliği ve pratikliği gelmektedir. Aynı zamanda, İsviçre Medenî Kanunu, en son yürürlüğe konulmuş, en yeni ilkeleri benimsemiş, modern bir kanundur⁴.

Ancak şurasını da belirtelim ki, İsviçre'den bu şekilde alınan, sadece "İsviçre Medenî Kanunu" olup, kesinlikle "İsviçre Hukuku" değildir; zira, bir ülkenin hukukunun, başka ülkece olduğu gibi ve bütünüyle alınması zaten imkânsızdır.

Medenî Kanun'un alınışından bu yana 70 yıllık bir süre geçmiştir. Bu süre zarfında, Türk toplumu içinde millî bir hukuk doğmuştur. Türk hâkimi, artık günümüzde, Türk kanunlarına, içtihadı birleştirme kararlarına ve örf ve âdetlerine göre karar vermektedir Türk hâkimleri, kararlarında istikrar kazanmış mahkeme kararlarından ve öğretilen yararlanmaktadırlar. Hâkimler, kararlarında, Medenî Kanun'un 1'inci maddesinde düzenlendiği üzere, Türk hukukunun sınırları içinde kalmak kaydıyla, yabancı ülkelerin mahkeme kararlarından ve ilmî içtihatlarından da istifade edebilmektedirler⁵.

Aşağıda, önce, İsviçre Medenî Kanunu kabul edilirken, Aile Hukuku'na ilişkin bazı hükümlerin neden değiştirilerek alındığı, kanunkoyucunun uygulanmasını amaçlayarak aldığı bazı müesseselerin niçin hiç bir uygulama alanı bulamadığı, bazı hükümlerin kabul edildikten sonra hangi sebeplerle değiştirildiği, hangi düşüncenin kanunkoyucuyu özel kanunlar çıkarmak zorunda bıraktığı ve bu özel kanunların içeriğinin ne olduğu gibi meseleler ele alınacak; daha sonra da, son yıllarda Medenî Kanun'da değişiklik yapılmasını gerekli kılan sebepler ve bu yüzden değiştirilen hükümler üzerinde durulacaktır. Nihayet, Anayasa'ya aykırılık nedeniyle kaldırılan hükümlere ve hâkimleri bir kanun gibi bağlayan

4. Fransız Medenî Kanunu (Code Napoleon) çok yaşlı ve ihtiyaçlara cevap vermekte zorlanacak bir kanundur. Alman Medenî Kanunu ise, çok soyut ve filozofiktir. Ayrıntılı bilgi için bkz.: DAVRAN, B.: s. 131-132; BOZKURT, Mahmut Esat: Türk Medenî Kanunu Nasıl Hazırlandı? Medenî Kanun XV.Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s.11 vd.
5. EDİS, Seyfullah : Medenî Hukuku Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 3.Bası Ankara 1967, s. 53-55\$ Eski hukukla ilişkisini kesmek isteyen kanunkoyucu, Kaynak Kanun'un 1'inci maddesin 2'nci fıkrasında düzenlenmiş olan "yerleşmiş hukukî anane ve yerleşmiş kazaî içtihat " ibaresinden bilinçli olarak kaçınmış, bunun yerine, "ilmî içtihatlardan ve kazaî kararlardan" ibaresine yer vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. VELİDEDEOĞLU, H. V. : İsviçre Medenî Kanunu Karşısında Türk Medenî Kanunu, Medenî Kanun, XV. Yıldönümü İçin, İstanbul ,1941 s. 370

ve daha ziyade boşluk doldurmaya yönelik olan, içtihadı birleştirme kararlarına temas olunacaktır.

A- Medenî Kanun Kabul Edilirken Yapılan Değişiklikler:

Kanunkoyucu, Medenî Kanun'un kabulü sırasında, bazı hükümlerin toplumda benimsenmeyeceğini, toplumun ihtiyaçlarına cevap veremeyeceğini farketmiştir. Bu hususa ilişkin olarak şu hükümler örnek verilebilir.

-Medenî Kanun'un 88'inci maddesinin 2'nci fıkrasının 2'nci cümlesi ile, "fevkalâde hallerde ve pek mühim bir sebebin varlığı halinde, hâkim kararı ile küçüklerin evlenebileceğini ve karardan önce, ana- baba veya vasinin dinlenmesinin şart olduğunu" hükme bağlamıştır. Halbuki, İsviçre Medenî Kanunu'nda bu hüküm, karardan önce ana-babanın veya vasinin rızasının alınmasını şart kılmıştır. Bu hükmün değiştirilerek kabulün temelinde, küçüklerin menfaatlerinin hâkim tarafından daha sağlıklı korunacağı düşüncesi yatmaktadır.

- Medenî Kanun'un 266'ncı maddesinin 2'nci fıkrası, "Reşit, dini, intihapta hürdür" derken, İsviçre Medenî Kanunu, 277'nci maddesinde, din değişikliği için 16 yaş yeterli görmüştür. Medenî Kanun'un zina nedeniyle boşanmayı düzenleyen, 129'uncu maddesinin 3'üncü fıkrasına, İsviçre Medenî Kanunu'nun bu maddeye tekabül eden 137'nci maddesinin 3'üncü fıkrasındaki "eşinin zinasına razı olanın... dâva hakkı yoktur" cümlesi kasıtlı olarak alınmamıştır. Kanunkoyucu, bu yolda bir düzenlemenin toplumun ahlâkî telâkkileriyle bağdaşmayacağı görüşünden hareket etmiş; böyle bir cümlenin kabulünün imam nikâhı ile evlilikleri artıracığından söz etmiştir.

- Medenî Kanun'un 139'uncu maddesinde, "ayrılık süresi" en çok üç yıla sınırlandırılmıştır. Halbuki, İsviçre Medenî Kanunu'nun, Medenî Kanun'un 139'uncu maddesine tekabül eden 147'nci maddesinde, ayrılık kararının gayrimuayyen bir süre için öngörülebileceği söylenmektedir. Türk Medenî Kanunu'ndaki bu farklı düzenlemenin nedeni, boşanmanın çok kolay olmasının gerektiği görüşünün toplumca benimsenmiş olması idi.

- Aynı şekilde, terk nedeniyle boşanmaya karar verilebilmesi için, Medenî Kanun'un 132'nci maddesinin 1'nci fıkrasına göre, ayrılığın diğer unsurların yanında, üç ay sürmesi gerekirken, İsviçre Medenî Kanunu'nun 140'nci maddesinde süre iki yıldır.

- Medenî Kanun'un 170'nci maddesinde, kanunî mal rejimi, mal ayrılığı olarak düzenlenmiştir. Halbuki, İsviçre Medenî Kanunu'na göre, kanunî mal rejimi, mal ortaklığıdır(İsviçre MK. eski 178'inci madde). Türk hukukunda, mal ayrılığının kanunî mal rejimi olarak kabulünün sebebi, bu sistemin vaktiyle eski Türk devletlerinde ve İslâm Hukuku'nda da öngörülmüş olması ve toplumun bu sisteme alışmış bulunmasıdır.

- Nesebin reddi dâvasında süre, Türk Medenî Kanunu'nda bir ay ile sınırlanmışken(MK md.242), bu süre İsviçre Medenî Kanunu'nda daha uzun tutulmuş ve üç aylık bir süre içinde nesebin reddedilebileceği hükme bağlanmıştır(İsviçre MK md.253).

B- Medenî Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Sonra Hiç veya Gereği Gibi Uygulama Alanı Bulamayan Müesseseler:

- Bazı hallerde, yabancı bir Kanun'un alınışından sonra, bu kanunda düzenlenmiş olmasına rağmen, bazı müesseselerin hiç uygulamaya alanı bulamadığı görülür. Yeni bir kanunun alınmasından sonra ortaya çıkan güçlülüklerden biri, hiç şüphesiz ki, budur. Nitekim, Medenî Kanun'da yer verilen Aile Vakfı(MK 322), Aile Şirketi Emvali(MK 323 vd.), Aile Meclisi(MK 350) Evlenme Mukaveleleri (MK 171 vd.) gibi müesseseler, Türk Hukuku'nda hiç bir uygulamaya alanı bulamamıştır.

- Medenî Kanun'da düzenlenen bazı müesseseler ise, belli bir ölçüde uygulanma alanı bulmakla birlikte, bu hiç bir zaman kanun koyucunun arzu ettiği şekil ve yoğunlukta olmamaktadır. Meselâ, Medenî Kanun'da çok ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiş olmasına rağmen, gerekli teşkilât bir türlü kurulamadığı için, vesayete ilişkin hükümler gereği gibi uygulanamamaktadır.

C- Medenî Kanun'un Yürürlüğe Girmesinden Kısa Bir Süre Sonra Değiştirilen Maddeler:

Medenî Kanun'un kabulünden bir süre sonra, bazı maddelerinin toplumun ihtiyaçlarını karşılamadığı ve zaman zaman toplumda sıkıntılar yarattığı görülmüştür. Bunun üzerine, kanun koyucu bu gibi maddelerde gerekli değişiklikleri yapmak yoluna gitmiştir. Meselâ, Medenî Kanun'un kabulü sırasında, öngörülen evlenme yaşının yüksek olması nedeniyle yaş büyütme dâvalarının sayısının hızla arttığı izlenmesi, kanunkoyucuyu, Türk toplumunun bu hu-

susla ilgili gerçeklerini daha realist bir şekilde değerlendirerek, indirme yapmaya sevketmiştir⁶.

D- Uygulanması Güçlük Yaratan, Kanunkoyucunun da Yürürlükte Kalmasını Mutlak Olarak İstedığı Müesseseler ve Bu Nedenle Çıkarılan Özel Kanunlar⁷

Medenî Kanun'un kabulünden sonra, kanunkoyucu, eski hukukta mevcut olan, fakat mutlaka kaldırılmasını istediği bazı müesseseler yerine, yeni bazı hukukî müesseseler öngörmüştür. Bu müesseselerin uygulanmasında bazı büyük güçlüklerin çıkacağını bilmesine rağmen, kanunkoyucu geri adım atmamış, uygulamada ısrarcı olmuştur. Kanunkoyucu, bu noktada, toplumun zaman içinde bu müesseseleri mutlaka benimseyeceğini hesaplamıştır ve böylece, aynı zamanda resepsiyonun eğitici yönünden yararlanmak yoluna da gitmiştir. Meselâ, "monogami", "evlenmenin resmî memur önünde yapılması mecburiyeti", "boşanmanın hâkim kararına bağlanması", "imam nikâhı ile evlenmelerin önünü alma", "mirasta kadın ve erkeğe eşit hisse tanıma" vs... gibi.

Ancak, Medenî Kanun'un emredici kurallarına rağmen, bazı eski alışkanlıkların toplumda devam ettiği görülmüştür. Meselâ, imam nikâhı ile yapılan evlilikler gibi. Medenî Kanun'daki emredici kurallar, bu alışkanlıkların tamamen terkini sağlayamamıştır. Bunun üzerine, kanunkoyucu, ortaya çıkan problemleri özel kanunlarla, geçici de olsa, gidermeğe çalışmıştır.

Bütün bu söylenenlere rağmen, Medenî Kanun'un uygulanmasının, esas itibariyle, toplumda büyük bir güçlük yaratmadığı rahatlıkla söylenebilir. Mâmelek Hukuku ile ilgili normlar hiçbir güçlüğü neden olmadan uygulanmıştır. Aile Hukuku'na ilişkin normlar ise, büyük şehirlerde kolayca benimsenirken, kırsal alanlarda ve küçük şehirlerde tepki ile karşılanmıştır. Büyük şehirlerde görülen bu olumlu gelişmenin nedeni, buralarda yaşayanların hayat tarzları,

6. 15.6.1938 tarih ve 3453 sayılı Kanunla Medenî Kanun'un 88'nci maddesi kısmen değiştirilmiştir. Bu değişiklikle evlenme yaşı erkeklerde 18'den, 17'ye, kadınlarda 17'den 15'e ve fevkalâde hallerde ise, hâkimin kararı ile bu yaş, kadınlarda 15'den 14'e indirilmiştir.
7. İmam nikâhı ile yapılan evliliklerden doğan çocukların nesep durumunu düzeltmek için kanunkoyucu özel kanunlar çıkarmıştır. Çıkarılan Kanunlar yıl ve sayı itibariyle şöyledir: 1933 yılında 2330 sayılı Kanun; 1934 yılında 2576 sayılı Kanun; 1945 yılında 4727 sayılı Kanun; 1950 yılında 5524 sayılı Kanun; 1956 yılında 6652 sayılı Kanun; 1965 yılında 554 sayılı Kanun; 1976 yılında 1826 sayılı Kanun; 1981 yılında 2526 sayılı Kanun; 1991 yılında 3716 sayılı Kanun .

sahip oldukları değer hükümleri ve kültür seviyeleri itibariyle, herhangi bir batılı ülke halkının yaşayışından farklı bir durumda olmamalarıdır. Buna karşılık, küçük şehirlerde (kasabalarda) ve kırsal alanlarda yaşayan halk Aile Hukuku'nun yeni kurallarına hemen benimseyecek seviyede değildi. Buralarda yaşayanlar oldukça tutucu, dinî, kültürel, sosyo-ekonomik alışkanlıklarına sıkı bir şekilde bağlı ve üstelik bunlardan vazgeçmek de istemeyen grubu oluşturuyordu. Bunlar, mevcut yenilekleri faydasız ve gereksiz bulmaktaydı.

Kanunkoyucunun ana görevlerinden biri de, toplumun ihtiyaçlarına uygun düzenlemeler yapmaktır. Bu amaçla getirilen kurallar uygulanabilir olduğu ölçüde yasaşayan kurallar olur.

E- Son Zamanlarda Ortaya Çıkan ve Medenî Kanun'da Bir Reform Yapılmasını Zorunlu Hale Getiren Nedenler :

Toplumun ihtiyaçları, ekonomik ve sosyal gelişmelerden kaynaklanır. Özellikle, İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra, teknik ve bilimdeki gelişmeler, toplumların sosyal ve ekonomik değer hükümlerini değiştirmiştir; mevcut değer yargıları süratle eskimiştir. Bütün bu gelişmelerin ise, ister istemez, Aile Hukuku'nu düzenleyen kurallara etkili olacağında hiç şüphe yoktur. Nitekim, bu alandaki normların da değiştirilmesi, yenilenmesi ve güncelleştirilmesi bir zorunluluk olarak ortaya çıkmıştır. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, Aile Hukuku ile ilgili normların gerçek hayatla uyumunun sağlanması hiç de kolay bir iş değildir. Ama bu amaçla yapılması gereken çalışmalardan geri kalmak da aynı şekilde imkânsızdır. Nitekim, uyumlaştırma çalışmaları çoktan başlamıştır ve devam etmektedir.

Kanun koyucu önceleri Medenî Kanun'un bütünüyle değiştirilmesi ilkesini benimsemiştir. Bu amacı gerçekleştirmek için 1951 yılından bu yana çeşitli komisyonlar kurulmuştur. Komisyonlarca çeşitli öntasarılar hazırlanmışsa da, hiç biri kanunlaşmamıştır. Bu hususta son olarak kurulan komisyonun çalışmaları devam etmektedir. Ancak, bir an önce değiştirilmesinde zorunluluk bulunan bazı maddeler özel kanunlarla değiştirilmiştir⁸.

8. 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla; 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanunla; 16.6.1983 tarih ve 2846 sayılı Kanunla; yapılan değişiklikler gibi.

Aile Hukuku ile ilgili hükümlerin tek tek veya toptan değiştirilmesi ihtiyacı başlıca dört temel nedene dayandırılabilir.

- İlk neden, 1982 tarihli Anayasa'dan doğmaktadır.⁹ Bu Anayasa, bir çok konuda Avrupa ülkelerinin sahip oldukları anayasalardakilere benzer hükümler ihtiva etmektedir. Meselâ, temel hak ve özgürlüklerin korunması, kanun önünde eşitlik, ailenin ve özellikle de ananın ve çocuğun korunması ilkeleri gibi.

- İkinci neden, 1982 tarihli Anayasa'nın temel ilkelerine bağlı olarak çıkarılan özel kanunlar, tüzükler ve yönetmeliklerdir. Medenî Kanun'un Aile Hukuku'na ilişkin hükümleriyle, sonradan yürürlüğe konan bu mevzuat arasında uyumsuzluklar meydana gelmiştir. Meselâ, Nüfus Kanunu¹⁰, Evlendirme Yönetmeliği¹¹ gibi.

- Üçüncü ve en önemli neden, Türkiye'deki toplumsal gerçeklerdir. Eskiden olduğu gibi, bugün de alışkanlıklar, an'aneler, Aile Hukuku alanında hukuk şuurunu etkilemektedir. Medenî Kanun, Aile Hukuku müessesesini, meselâ evlenmeyi, boşanmayı, velâyet ve vesayet hakkını İslâm Hukuku'na oranla zorlaştırmış; bunları Devlet'in kontrolü altına koymuştur; hattâ, bu durumun, evlenme konusunda en üst seviyeye çıktığını söylemekte hiç de aşırı bir yön yoktur. Meselâ, Hıfzıssıhha Kanunu¹² ve bu Kanun'a dayanılarak çıkarılan Tüzük'e¹³ göre, evlenmeden önce taraflar evlenmeye engel bir hastalıklarının olmadığını belgeleyen doktor raporu ibraz etmek zorundadırlar. İslâm Hukuku'nda ise durum tamamen farklıdır. İslâm Hukuku, evliliği, boşanmayı, ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkileri tamamen onların özel meselesi olarak mülâhaza eder¹⁴ ve Devlet bu ilişkilere hiç bir şekilde müdahale etmez.

9. 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasa'sı, 7.11.1982 tarih ve 2709 numara ile kabul edilmiş ve 9.11.1982 tarihli ve 17863 nr.lı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

10. 5.5.1972 tarih ve 1587 numaralı Nüfus Kanunu (Resmî Gazete 16.5.1972 tarih ve 14189 sayı); Nüfus Kanununda değişiklik yapan 15.11.1984 tarih ve 3080 sayılı Kanun (Resmî Gazete 21.11.1984 tarih ve nr. 18582).

11. 7.10.1985 tarih ve 85/9747 nr.lı Evlendirme Yönetmeliği (Resmî Gazete 7.11.1985 tarih ve 18921 nr.)

12. 24.4.1930 tarih ve 1593 numaralı Kanun 6.5.1930 tarihli ve 1489 numaralı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

13. 17.8.1931 tarihli Evlendirme Muayenesi Hakkında Tüzük 21.9.1931 tarih ve 11683 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

14. SEMİZ, A.: Eski Hukukta Nikâh ve Talâk, Ankara 1948, s.7 vd.

Aile Hukuku'ndaki emredici kurallara rağmen, bugün evlenmelerin % 5'i hâlâ imam nikâhı ile vuku bulmaktadır¹⁵. Kırsal alanlarda ve kasabalarda, özellikle Güneydoğu Anadolu'da yaşayanlar arasında bu oran yükselmektedir¹⁶. Görüldüğü gibi, gerçek durum ile yürürlükteki kanun hükümleri arasında bir çatışma söz konusudur. Bu uyumsuzluğun ortadan kaldırılması için, Aile Hukuku'ndaki bazı hükümlerin revizyonu şarttır.

- Aile Hukuku alanında bir reformun gerekliliğini ortaya çıkaran dördüncü sebep ise, tamamen Aile Hukuku alanına has yeni akımlardır. Bazı hukukçular, "İnsan Hakları" konusundaki yeni gelişmelerin Aile Hukuku alanında bir reformu kaçınılmaz hale getirdiğini ileri sürmektedirler. Bu görüş taraftarlarına nazaran, Aile Hukuku, çocuğun ve kadının korunması, kadın ve erkek arasındaki eşitlik¹⁷, boşanmada kusur prensibinin terki, Çocuk Hukuku'nda "çocuğun menfaati"¹⁸ gibi prensipler gözönünde tutularak yeniden düzenlenmelidir.

15. Bu sayılar İçişleri Bakanlığı'ndan alınmıştır..

Yıl	Resmî Evlilikler	Af Kanunları ile tescil edilen evlilikler	%
1983	308256	97.687	31.69
1984	336555	85.475	25.39
1985	365109	65867	18
1986	387017	47407	12
1991	459907	11.681	2,5
1992	436121	27387	6.2
1993		28006	
1994		25669	
1995		9.603	

1986 -1991 yılları arasında Af Kanunları çıkarılmamıştır..

16. Bölgelere göre imam nikâhı ile yapılan evliliklerin oranı şöyledir: Batı Anadolu, %1.5; İç Anadolu %2.7; Karadeniz %1.63; Güney Anadolu %4.35; Doğu ve Güney Doğu Anadolu :18.04' dir. Geniş bilgi için bkz.: VELİDEDEOĞLU, Hıfzı,V.:Erfahrungen mit dem schweizerischen Zivilgesetzbuch in der Türkei, ZSchwR 1962, Teilband 1, s. 51-74; YILMAZ,Hamdi, Das Problem der Unehelichkeit in der Schweiz und in der Türkei Insbesondere für den Gesetzgeber, Bern, Frankfurt/M, Las Vegas, 1980, s.81;GÜRPINAR, Nihat,Y.: Die Entwicklung des türkischen Eherechts seit der Rezeption des schweizerischen Zivilgesetzbuches Göttingen 1966 s.129.FN 14
17. YALÇINKAYA, N./KALELİ, Ş. : Boşanma Hukuku, C.I, C.II, Ankara,1987, 1988, C.I, s. 447; ANSAY, T.: Die neuere Entwicklung des türkischen Rechts, FS Murad Ferid, Frankfurt/M 1988, s.2; KOÇHISARLIOĞLU,C.: Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği, A.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Ankara 1989, s.265ff, 268 ff.
18. AKYÜZ, E.: Çocuğun Güvenliği Ankara 1989.

Sosyolojik açıdan bakıldığında, evlenme müessesesi bir değişme süreci içindedir. Son elli yıl içinde insanlar önce, küçük şehirlerden, kasabalardan ve kırsal alanlardan büyük şehirlere, sonra da oralardan özellikle Batı Avrupa ülkelerine göç etmekte; gittikleri yerlerde, ilk plânda, medenîyetin gerekleriyle çatışır hale düşmektedirler Çağdaş medenîyetin yarattığı hava içinde yaşayan, zengin endüstri toplumlarının farklı değer hükümleri ve yaşama şekilleri bu insanların hukuk şuurunu derinden etkilemektedir. Dolayısıyla da, bu kişilerin evliliğe ilişkin değer hükümlerinden esaslı bir takım değişmelerin meydana gelmesi kaçınılmaz olmaktadır. Günümüzün toplumunda, kişiler küçük aile içinde yaşamak istemektedirler. Kadınlar, bir meslek sahibi olmayı arzu etmekte, sadece ev işleriyle ve çocukların yetiştirilmesiyle sınırlı kalmayı düşünmemektedirler.

Kadınların bu şekilde bilinçlenmesi, evlilikteki kişisel ve mâmelekî hakların yeniden ele alınması problemini beraberinde getirmiştir.

Mukayeseli Hukuk açısından bakıldığında, farklı ülkelerin farklı tarih, farklı kültür ve geleneklerine rağmen, özellikle Aile Hukuku alanında benzer prensiplerden hareket ettikleri görülmektedir.

Aşağıda, önce, yürürlüğe girmesinden sonra, çeşitli tarihlerde, Medenî Kanun'da Aile Hukuku ile ilgili olarak yapılan değişikliklere, yine bu Kanun'daki sıra gözünde tutularak, kısaca değinilecek; daha sonra, Anayasa Mahkemesi kararlarıyla kaldırılan hükümler üzerinde durulacak ve nihayet içtihadı birleştirme kararları ele alınacaktır.

II- AİLE HUKUKU HÜKÜMLERİNİN KANUNKOYUCU TARAFINDAN DEĞİŞTİRİLMESİ

A- Nişanlılık:

1. Genel Olarak

Nişanlılık, Medenî Kanun'un, Aile Hukuku başlığını taşıyan ikinci kitabının, "Karı Koca" başlığını taşıyan birinci kısmının, "Evlenme" başlıklı üçüncü Bab'ının, birinci Fıslı içinde, 81-86'ncı maddeleri arasında yer almıştır. Bu hükümler, hemen hemen İsviçre Medenî Kanunu'ndaki hükümlerin aynen tercümesidir; fakat, nişanlılık, hukukun yarattığı bir müessese olmayıp, onun tarafından

kabul edilen ve şekillendirilen bir yaşam olgusu olduğundan, uygulamada, nişanın meydana gelmesinde, ahlâk, âdet, görgü kuralları önemli rol aynar. Hukuk kuralları, sadece, bir nişanlanma aktinin meydana gelmesinde, örf ve âdetin yeterli olmadığı durumlarda müdahale eder; buna karşılık, kanun koyucu, nişanın sona ermesine ilişkin olarak, birtakım hüküm ve neticeler öngörmeyi gerekli bulmuştur. Bu nedenle, nişanlanmanın kuruluşunda, özellikle, kırsal alanda ve küçük şehirlerde, köklerini İslâm Hukuku'nda ve eski Türk devletlerinde bulan bazı âdetler günümüzde de yaşamaya devam etmektedir.

Kanun'da, nişanlanmanın tanımı yapılmamıştır. Öğretide kabul edilen görüşe nazaran, nişanlanma, evli olmayan, ayrı iki cinse mensup kişinin karşılıklı irade beyanı ile meydana gelir.

Nişanlanma, bir evlenme vaadidir. Sadece nişanlılar, böyle bir irade açıklamasında bulunabilirler. Bu açıklamaların yokluğu halinde, bir nişanlanma akdinin varlığından söz edilemez. Esasında, uygulamada, nişanlanmada, nişanlıların ana ve babaları oldukça önemli rol oynuyorlarsa da, ana baba, nişanlanacak kişiler adına bir irade açıklamasında bulunamazlar. Meselâ, günümüzde Doğu Anadolu' da hâlâ yer yer uygulandığı görülen, "yeni doğan çocuklarının ileride evlenecekleri hususunda ana babalarınca yapılan irade açıklamaları"(beşik kertmesi usulü) ile, geçerli bir nişan aktinin doğması kesinlikle mümkün değildir. Aynı şekilde, toplumda yerleşmiş olan "söz kesme" de bir evlenme vaadi değildir; çünkü, burada, nişanlanacak olanların ana, babaları karşılıklı olarak birbirlerine ileride nişanlılığın vuku bulacağına ilişkin olarak, bir irade açıklamasında bulunurlar. Nişan aktinin yapılmasında, temsil geçerli olmadığı için,¹⁹ (İslâm Hukuku'ndakinden farklı olarak) bu irade açıklamalarının hukukî bir bağlayıcılığı yoktur. Kırsal alanlarda, çoğu defa erkeğin ana babası, oğullarının evlenecekleri kızı kendileri beğenirler; bunun nedeni, ana, babanın yaşlılıklarında oğulları ile beraber oturmak istemeleridir. Erkek çocuk, bir anlamda, ana baba tarafından , yaşlılıklarında baş vurabilecekleri bir sosyal sigorta müessesesi olarak görülmektedir.

Nişanlanmanın hukukî mahiyeti tartışmalıdır. Öğretide, hâkim olan görüşe nazaran, nişanlanma, kendine özgü (sui generis) bir

19. HATEMİ/SEROZAN : Aile Hukuku, İstanbul 1993, s.34

Aile Hukuku aktidir²⁰. Bu aktin meydana gelmesine yönelik olarak irade beyanında bulunmak imkânı, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak-tır²¹. Bu haliyle nişanlanma akti, Borçlar Hukuku'nda düzenlenen akit tiplerinden ayrılır.

Nişanlanmanın nasıl meydana geleceği geleneklere bırakılmıştır. Türkiye'de, nişanın meydana gelmesi için, bir törenin yapılması mütat ise de, nişan töreni, nişan aktinin meydana gelmesinde bir geçerlilik şartı değildir. Tören, sadece, nişanlanmanın varlığı konusunda bir isbat vasıtası olarak değerlendirilebilir.

2. Nişanlanma Ehliyeti:

Kanunda, nişanlanma için belli bir yaş şartı öngörülmemiştir. Uygulamada benimsenen fikre nazaran, nişanlanacakların en azından cinsî olgunluğa erişmiş olmaları gerekir²².

Kanun'da açıkça düzenlenmiş olmamasına rağmen, nişanlanacak kişilerin temyiz kudretine sahip bulunmaları lüzumu, gerek öğretilerde, gerek uygulamada kabul edilmektedir; çünkü, evlenme vaa-dinde bulunabilmeleri tarafların iradelerini açıklamalarıyla mümkün olabilir. İrade beyanının varlığı için ise, kişilerin temyiz kudretine sahip olmaları şarttır. Öğretilerde ve uygulamada, nişanlanma aktini yapabilmek için, nişanlanacak kişilerin özel bir temyiz kudretine sahip olmaları gerekli görülmektedir. Bu da tarafların, nişanlılığın anlam ve amacını idrak edebilecek durumda olmalarıdır. Nişanlanacak kişilerin, böyle bir temyiz kudretine sahip olup olmadığı hususunu ana baba veya vasi belirler. Eğer küçük veya kısıtlı bu ehliyete sahip değilse, nişanlanma aktini yapabilmek için yeterli derecede olgunlaşmamışsa ve bu nişanlılık ona zarar verecek ise, geçerli nişanlanma aktinin doğması için gerekli olan irade açıklamasında bulunmaz. Nişanlanma aktini yapmak isteyenler, küçük veya kısıtlı iseler, bu aktin geçerliliği için, kanunî temsilcilerinin rızasının varlığı mutlaka aranacaktır. Velâyet altındaki küçük için ana ve babanın birlikte mi, yoksa sadece babanın rıza açıklamasının yeterli mi olduğu hususunda öğretilerde değişik görüşler ileri sürül-

20. ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 2.Bası Ankara 1986, s.14; ZEVKLİLER, Aydın: Medenî Hukuk, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, İzmir 1992, s.600; TEKİNAY, Selahattin, S.: Türk Aile Hukuku, 7.Bası, İstanbul 1990, s.8

21. HATEMİ/SEROZAN, s.37

22. TEKİNAY, Selahattin, S.: s.15; KÖPRÜLÜ, B. /KANETİ, S.: Aile Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 1989, s.48

mektedir²³. Kanunî temsilcinin rızasını açıklamasından sebepsiz yere kaçınması halinde, temyiz kudretine sahip küçük veya kısıtlı mahkemeye başvurabilir.

Tam ehliyetli olanlar her türlü hukukî işlemi tek başlarına yapabilecekleri için, nişanlanma aktini de ana babalarının iznine gerek olmaksızın tek başlarına yapabilirler. Sınırlı ehliyetliler de kanunî müşavirlerinin iznine gerek kalmaksızın nişanlanabilirler; çünkü, Medenî Kanun'un 379'uncu maddesinde hangi işlemler için kanunî müşavirin iznine ihtiyaç olduğu 9 bent halinde tek tek sayılarak belirtilmiştir. Nişanlanma akti, tâdat edilen işlemler arasında yer almamaktadır. Tam ehliyetsizlerin ise, nişanlanma akti yapmalarına imkân yoktur; çünkü, bunlar temyiz kudretine sahip olmadıkları için, bir irade açıklamasında bulunamazlar. Sınırlı ehliyetlilerin durumu, Medenî Kanun'un 82'nci maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, kişiler, şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkı kullandıkları için, nişanlanma aktini tek başlarına yapabilirler; fakat, bu akit dolayısıyla, yükümlülük altına girmeleri kanunî temsilcilerinin nişanlanma akti için gerekli izni vermesine bağlıdır. Rıza bildirilinceye kadar, nişanlanma akti topal bir muameledir ve sadece, tam ehliyetli taraf bu akitle bağlıdır.

3- Nişanlanmanın Sonuçları

Nişanlanma ile üç önemli hukukî sonuç ortaya çıkar.

-Birinci sonuç: Nişanlanma, tarafları bir evlenme akti yapmaya zorlamaz. Bu husus, Medenî Kanun'un 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında açıkça düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, nişanlanma, kişilere, evlenmeye zorlamak için dâva hakkı vermez.

-İkinci sonuç: Nişanın bozulması halinde, maddî ve mânevî tazminat dâvaları açmak hakkı doğabilir(MK md.84, 85).

-Üçüncü sonuç: Nişanın bozulması ile mütat olmayan hediyelerin iadesi yükümlülüğü ortaya çıkar(MK md.86).

23. Bir görüşe göre, bu durumda babanın evlenmeye müsaade etmesi yeterlidir. bkz. OĞUZMAN, K. / DURAL, M. : Aile Hukuku, İstanbul 1994, s. 332; TEKİNAY, Selahattin, S. : s.15; Diğer bir görüşe göre, ana baba birlikte rıza açıklamasında bulunmalıdırlar. bkz.: ZEVKLİLER, A. : s. 663; KÖKSAL, M. : Das Verlöbniß und seine Auflösung im deutschen und türkischen Recht, unter Berücksichtigung der Rechtsstellung der Eltern, Freiburg 1995, s. 71..

a- Evlenme Akdi Yapma Hususunda Dâva Açılmaması :

Nişanlanma aktinin yapılması ile, nişanlılar ileride evlenme aktini yapacaklarını birbirlerine vaadederek; fakat, nişanlanma akti, tarafları, evlenme akti yapmaya zorlamaz. Nişanlılar, nişanlanma aktinin ifası hususunda bir talep hakkına sahip değildirler. Medenî Kanun'un 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında, evliliğin yapılması için tarafların herhangi bir dâva hakkına sahip olmadığı açıkça belirtilmiştir.

Evlenmeden kaçınma hali için öngörölmüş olan bir cezaî şartın veya cayma tazminatının dâva yolu ile istenemeyeceği hususu da yine Medenî Kanun'un 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu fıkra 14.11.1990 tarih ve 3678 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir. Halbuki, kanunkoyucu, Kanun'un yürürlüğe konulması sırasında, sözkonusu maddeyi, kasıtlı olarak değiştirerek kabul etmiştir. Kanunkoyucu, maddeyi aynen almayarak, kişilerin evlenme hürriyetinin hiç bir şekilde zedelenmemesini amaçlamıştır²⁴. Cezaî şartın veya cayma tazminatının ödenmesi halinde, bunların geri istenemeyişini, kanunkoyucu, evlenme aktinin hür iradelerle yapılması prensibi ile bağdaşır bulmamış ve farklı bir düzenlemeye gitmiştir. Bu düzenlemeyle, "başlık parası" uygulamasının engellenmesine çalışılmıştır; çünkü, İsviçre'deki düzenlemenin aynen kabulü halinde, kız babası bu maddeye dayanarak başlık parasını nişanlanma akti yapılırken istemek ve daha sonra nişanın sona ermesi halinde ise, bu bedeli iade etmemek imkânına sahip olabilirdi.

Medenî Kanun'un 83'üncü maddesinin 2'nci fıkrasına ilişkin olarak 1990 yılında yapılan bu değişikliğin isabetli olduğu söylenebilir. Yeni düzenlemede, cezaî şart ve cayma tazminatı tabii borç olarak kabul edilmiştir. Böylece, önceden bu adlar altında verilmiş bir bedelin iadesi, nişanın bozulması halinde talep edilemeyecektir. Maddenin değişiklik gerekçesinde, "kendisini tazminat ödemek mecburiyetinde hisseden kimsenin (ve ödeyen) sonradan bunu (verdiği şeyi) geri almaya kalkışması ahlâkî bakımdan uygun bulunmamıştır" denmiştir.²⁵ Öğretide ileri sürülen bir görüşe nazaran, kanunkoyucu yaptığı bu değişiklikle bir boşluğu doldurmuştur. Ancak, bu görüşü kabul etmek bize pek de isabetli görünmemekte-

24. ÖZTAN, B.: s.32

25. TBMM Tutanağı s.Sayısı,398 s.2

dir; çünkü, böyle bir hükmün yokluğu halinde, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre, verilen miktarın iadesinin sözkonusu olabileceği durumlar ortaya çıkabilirdi. Yeni düzenleme, bu imkânı tamamen ortadan kaldırmıştır.

b-Tazminat Talebi:

Nişanın sona ermesi halinde, maddî ve mânevî tazminat olmak üzere iki çeşit tazminat talebi doğabilir.

Tazminat talebinde bulunabilmek için, öncelikle geçerli bir nişanlanma aktinin varlığı aranır. Bir diğer ifade ile, taraflar, nişan aktini sonradan imam nikâhı ile evlilik yapmak düşüncesiyle aktetmişlerse, geçerli bir nişanlanma aktinin varlığından söz edilemeyeceği için, böyle bir nişanın bozulması halinde, bir tazminat hakkı doğmaz²⁶.

aa- Maddî Tazminat:

Nişanlanma akti tarafların anlaşmasıyla veya nişanlılardan birinin tek taraflı bir irade beyanı ile bozulabilir. Eğer, nişanlanma akti, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile bozulmuşsa, bir tazminat talebi söz konusu olmaz. Buna karşılık, eğer nişanlanma akti, taraflardan sadece birinin iradesi ile bozulmuşsa, iki halde tazminat talebinde bulunulabilir. Bunlardan biri, nişanın muhik bir sebep olmaksızın bozulmuş olması; diğeri ise, nişanın bozulmasına karşı tarafın kusurlu davranışının sebep olmasıdır.

Kusursuz nişanlının, tazminat talebinde bulunulabilmesi için, diğer nişanlının muhik bir sebep olmaksızın nişanı bozması veya diğer nişanlıya atfedilebilecek bir kusur nedeniyle, tazminat talebinde bulunan nişanlının, nişanı bozması aranır. Kanun'da, "muhik sebep" kavramına nelerin girdiği açıkça belirtilmemiştir. Nişanın bozulmasına yol açan bir muhik sebebin varlığı kesin olarak belirlenemiyorsa, hâkim, takdir yetkisine dayanarak, böyle bir sebebin bulunup bulunmadığına karar verir. Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, her durumun kendine has özelliklerini, bilhassa nişanlıların içinde yaşadıkları sosyal çevreyi, nişanlıların eğitim seviyelerini,

26. YAVUZ, N.: Uygulamada Nişan Davaları, Ankara 1995, s. 246; OĞUZMAN, K. / DURALM.: s.46,47; KÖPRÜLÜ, B. / KANETİ, S.: s.53; KÖKSALM.: s.75; KRÜGER, Hilmar: Grundzüge des türkischen Verlöbnisrechts, StAZ 1990, s.317; Aksi görüş için bkz. : ZEVKLİLER, A.: Nichteeliche Lebensgemeinschaft nach deutschem und türkischem Recht, Würzburg 1989, s.121ff.;

sosyal statülerini gözönünde tutmak zorundadır. Muhik sebep için, bir sayma yoluna gidilemez²⁷. Örnek olarak şu sebepler gösterilebilir. Sadakatsizlik, sevgisizlik, meslekî hayatta tembellik, içki ve kumar düşkünlüğü, diğer nişanlıya veya onun akrabalarına hakaret, tedavisi olmayan bir hastalık hali, aşırı kıskançlık veya devamlı kavga etme arzusu vs... .

Nişanlanma akdi yapılmadan önce, diğer nişanlının bildiği sebepler artık muhik sebep olarak değerlendirilemez. Meselâ, nişanlı, nişandan önce, nişanlının özel hayatını biliyorsa, bu durumu muhik sebep olarak ileri süremez.

Bir tarafın, nişanı kendi kusurlu davranışı ile bozması halinde, muhik sebebin varlığını ileri sürmesine imkân yoktur. "Nişanın kusurlu olarak bozulması", nişanın sebepsiz yere veya muhik bir sebep olmaksızın bozulduğu veya karşı tarafa muhik sebebe dayanarak nişanı bozabilme imkânını veren(meselâ, nişanlının bir başkası ile yaşaması veya yakışsız davranışlarda bulunması hallerinde olduğu gibi) olumsuz bir gelişmeye sebebiyet verilip de, karşı tarafın bundan yararlandığı hallerde sözkonusu olur.

Diğerinin kusurlu davranışı üzerine nişanı bozan taraf, tazminat talebine hak kazanır; çünkü, bu halde nişanlının, nişanı bozmasına, diğer nişanlı sebebiyet vermiştir. Tazminat talebinde, nişanlının yanında, onun ana ve babası veya onlar gibi hareket eden üçüncü kişiler de bulunabilirler.

Tazminat talebinde bulunabilmek için, nişanlının veya Kanun'da belirtilen diğer kişilerin, masrafları, iyiniyetle ve evlenmenin icra olunacağı inancı içinde yaptıklarını isbat etmeleri gerekir. Kanunkoyucu, böyle bir düzenleme öngörerek, maddî tazminatın kapsamını sınırlamak istemiştir.

Medenî Kanun'un 84'üncü maddesine göre, evlenmenin yapılmayacağını bilmesine rağmen, nişanlılardan biri veya Kanun'da belirtilen kişiler, bir takım masraflar yapmışlarsa, bu masraflar için tazminat talebinde bulunamazlar. Bir diğer ifade ile, imam nikâhı ile yapılacak bir evlenmenin masrafları için dâva açılması mümkün değildir.

27. ÖZTAN,B.: s.39 dipn.25.; KRÜGER, s.318; KÖPRÜLÜ,B. / KANETİ,S.: s.54, 55; TEKİNAY, Selahhattin, S.: s.39

Burada tartışmalı olan konulardan biri de, nişan töreni için yapılan masraflara ilişkin olarak, tazminat talep edilip edilemeyeceğidir. Mesele, öğretide²⁸ ve uygulamada²⁹ tartışmalıdır. Yargıtay, önceki kararlarında bu masrafların da maddî tazminatın kapsamı içinde düşünüleceğini kabul ederken ve dolayısıyla tazminini öngörürken, 1981 yılından itibaren, 3'üncü Hukuk Dairesi, istikrar kazanmış kararlarında, nişan töreni için yapılan masrafları Medenî Kanun'un 84'üncü maddesindeki maddî tazminat kavramına dahil etmemektedir. 3'üncü Hukuk Dairesi'nin görüşüne nazaran, nişan merasimindeki harcamalar, evliliğin yapılacağı amacına yönelik değildir. Hukuk Genel Kurulu 24.1.1990 tarihinde verdiği bir kararda, nişanın duyurulması amacı ile yapılan harcamalarla, nişan töreni için yapılan harcamaları birbirinden ayırmakta ve nişanın duyurulması amacı ile yapılan harcamaların Medenî Kanun'un 84'üncü maddesindeki maddî tazminat kavramının kapsamına gireceğini kabul etmektedir. 3'üncü Hukuk Dairesi, daha sonra verdiği bir kararda³⁰, nişan töreni için yapılan masrafların talep edilemeyeceğini yeniden hükme bağlamış; gerekçe olarak da, yine, tören masraflarının evlenmenin yapılmasına yönelik masraflar olmadığı görüşünü göstermiştir.

Hukuk Genel Kurulu ile bir hukuk dairesi arasındaki içtihat uyumsuzluğunun, bir içtihadı birleştirme kararı ile ortadan kaldırılması şüphesiz isabetli olacaktır; çünkü, bu konuda, her iki görüş de savunulabilir. Bir tarafta, nişan töreninin, evlenmenin yapılacağı düşüncesi ile yapılan bir masraf olmadığı ve bu nedenle Medenî Kanun'un 84'üncü maddesindeki masraflar kapsamına girmeyeceği ileri sürülebilir. Diğer taraftan ise, Medenî Kanun'un 84'üncü mad-

28. Nişan töreni masraflarının da Medenî Kanun'un 84'üncü maddesine dahil olması gerektiği yolunda bkz. : TEKİNAY, Selahattin, S. :s.42, Fn.15; ÖZTAN, B.: s.49,Fn. 25; HATEMİ / SEROZAN, s 53. Nişan töreni masraflarının Medenî Kanun'un 84'üncü maddesinin kapsamına girmemesi gerektiği yolunda bkz.: OĞUZMAN,K./DURAL,M.: s.48; KÖPRÜLÜ,B./KANETİ, S.: s.56, dipn. 27.
29. Nişan töreni masrafları maddî tazminatın kapsamına girmez bkz.: 3.HD 16.3.1981, 1149/1482, YAVUZ, N.: s.251; 3.HD 23.11.1983, 4375/4674, YAVUZ, N.: s.250; 3.HD 22.6.1987, 12839/6974, YAVUZ, N. : s.247; 3.HD 24.5.1990, 5667/4790, YAVUZ,N.: s.244; 3.HD 9.5.1994, 6159/7437, YAVUZ, N. : s.241; Nişan töreni masrafları maddî tazminatın kapsamına dahildir .bkz.: 6.HD 21.2.1964, 6390/775, :Gürsel,N./ Ertan,H/ Malatyalıoğlu,K: Yargıtay 6.Hukuk Dairesi Kararları, Ankara 1969, s.447; HGK 24.1.1990, 3/566-10, DALAMANLI, L/KAZANCI, F.: İlmî ve Kazaf İçtihatlarla Açıklamalı Türk Medenî Kanunu, İstanbul 1991, s.6 Bu konuda bir içtihadı birleştirme kararına ihtiyaç vardır.
30. 3.HD 9.5.1994, 6159/7437, YAVUZ,N.: s. 241

desini çok dar yorumlamamak gerekir. Nişan töreni yerleşik âdetlere göre yapılan bir törendir. Bu itibarla, iyiniyetle yapılan bir nişan töreninin masrafları da, Medenî Kanun'un 84'üncü maddesi içinde değerlendirilmelidir. Böyle bir yorum, kanaatimizce hakkaniyete daha uygun düşecektir. Hâkim, duruma göre, takdir yetkisini kullanarak münasip bir tazminata karar vermelidir.

Hâkim, tazminatın miktarını nişanlıların durumunu³¹da gözönünde tutarak ve takdir yetkisini kullanarak belirler. Medenî Kanun'un 84'üncü maddesine göre, "münasip tazminata" nişanın kusurla bozulması halinde hükmedilir³². Nişanın bozulması halinde, istenecek tazminat, menfi zararlarla sınırlıdır³³. Meselâ, gelinlik için verilen bedel, evlenmenin yapılacağı inancı ile alınan eşyalara ödenen paralar, iş ilişkisinin feshi, bir kira aktinin yapılması³⁴ vs.. menfi zarara örnek olarak gösterilebilir. Masraflarla, evlenmenin yapılacağı düşüncesi arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Yargıtay'ın kararlarına göre, nişan törenine ilişkin olarak akrabaların ve arkadaşların yaptığı seyahat masrafları menfi zararın kapsamına dahil değildir.

Bir tazminat dâvasında, kusursuz nişanlı, onun ana, babası veya ana baba yerine hareket üçüncü şahıslar dâvacı olabilirler. Dâvalı ise, sadece nişanı bozan veya bozulmasına sebep olan nişanlıdır. Onun ana babasına veya ana babası gibi hareket eden üçüncü şahıslara karşı dâva açılmaz. Her ne kadar nişanın bozulmasında nişanı bozanın ana babası bazen önemli rol oynuyorlarsa da ve çoğu zaman ödeme gücü onlarda ise de, Medenî Kanun'un 84'üncü maddesinin açık ifadesi karşısında, bunlar 84'üncü maddenin kapsamına dahil edilmezler.

bb- Mânevî Tazminat :

Medenî Kanun'da, maddî tazminat dâvası yanında, mânevî tazminat dâvası da düzenlenmiştir. Mânevî tazminat, maddî tazminattan bağımsız olarak talep edilir. Mânevî tazminatın talep edilebilmesi için, nişanlının, kişilik haklarının ihlâl edilmesi ve bu ihlâlden kişinin aşırı şekilde mutazzarır olması gerekir (MK md. 85). Mânevî

31. HD 13.3.1985, 9973/2112; *HD 17.22.2986, 7913/10108, ŞENER,Esat : Türk Medenî Kanunu, Ankara 1988, s.69 vd

32. HGK 11.3.1959, 21/10, YAVUZ, N.:255; 6.HD 23.1.1962, 8289/535, YAVUZ,N.: s. 254 255, 254

33. Maddî tazminat,sadece menfi zararı karşılar. bkz.:6.HD 8.5.1964, 458 /2227, YAVUZ, N.: s.253 ; 3.HD 10.7.1991, 10062/8301, YAVUZ, N.: s.243.

34. 3.HD 20.3.1989; 1004962897, YAVUZ, N.: s. 246

vî tazminat talebi, sadece, kişilik hakları ihlâl edilmiş nişanlı tarafından ileri sürülebilir³⁵. Uygulamaya ve öğretiyeye göre, bu hak devredilemez ve esas itibariye mirasçılara intikal etmez. Sadece, Medenî Kanun'un 85'inci maddesinin 2'nci fıkrasına göre, miras açıldığında iddia kabul edilmiş veya dâva ikame edilmiş ise, mânevî tazminat talebi mirasçılara intikal eder. Öğretide, Medenî Kanun'a 1988 yılında ilâve edilen 24/a -III maddesi karşısında , bu kuralın uygulanabilirliği tartışma konusudur³⁶.

Mânevî tazminat dâvasını açabilmek için, diğer nişanlının, nişanı kusurlu olarak bozması gerekir. Hernekadar Medenî Kanun'un 85'inci maddesi, nişanlının kusurundan sözetmemiş ise de, gerek öğretide, gerek uygulamada nişanın kusurlu olarak bozulması, mânevî tazminat talebinde bulunabilmek için bir şart olarak aranmaktadır. Esasında, her nişanlı, nişanı bozmak hakkına sahiptir. Bu nedenle de, bir nişanın bozulması, her zaman bir mânevî tazminat talebini beraberinde getirmez. Nişanın bozulmasında, diğer nişanlının ruhen sarsılması, kendini kırılmış hissetmesi, eğer bu üzüntüler bir nişanın bozulmasında mütat olarak ortaya çıkacak üzüntülerin sınırları içinde kalıyorsa, mânevî tazminat talebi için yeterli olmaz. Kanunkoyucu, Medenî Kanun'un 85'inci maddesinde, nişanın bozulması sonucunda karşı tarafın kişilik haklarının aşırı derecede zarar görmüş olup olmadığı noktası üzerinde durmuştur. Meselâ, kişiye hakaret edilmesi, şeref ve namusunun ihlâl edilmiş olması³⁷, mevcut itibarının lekelenmiş bulunması³⁸ gibi. Aşağıda örnek ola-

35. ÖZTAN, B.: s. 57; TEKİNAY, Selahhattin, S.: s.61; ZEVKLİLER, A. s. 680; OĞUZMAN, K./ DURAL, M.: 53; HATEMİ/SEROZAN, s.54; HGK 10.7.1991, 461/172, YAVUZ, N. : s.262
36. MK md 24/a-III karşısında d MK md.85'in, uygulanmasının gerektiği yolunda bkz.: ÖZTAN, B./ÖZTAN,F.:İlga, Boşluk, Birlikte Yürürlükte Olma Kavramları Açısından Medenî Kanun'un 24/a-III'üncü Maddesi Karşısında Medenî Kanun' un 85/İnci Maddesinin, Durumu, Akipek'e Armağan, Konya 1991, s.245 vd.; SEROZAN,Rona: Manevî Tazminat İsteminin Mirasçılara İntikali, Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990,s.287vd.; MK md.24/a-III'e rağmen , MK md.85'in özel hüküm olması nedeniyle uygulanacağı görüşü için bkz.: OĞUZMAN, K.: İşviçre ve Türkiye'de Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu'nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüze Karşı Korunması ve Özellikle Manevî Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler, Tandoğana Armağan, Ankara 1990, s.45,dipn. 24; KÖPRÜLÜ, B./KANETİ, S.: s. 59, Fn.39; ZEVKLİLER, A.: s.464, 677; HATEMİ / SEROZAN: s. 64
37. Manevî tazminat davası açacak taraf için, nişanın bozulması nedeniyle manevî varlıklarında ağır bir zararın bulunması aranır. :HGK 10.7.1991, 466/172 YAVUZ, N.: s.262; Nişanın bozulmasında ortaya çıkan elem ve üzüntü her zaman ağır bir zararın varlığına yol açmaz. bkz.:3.HD 3.12.1990, 3466/9910YAVUZ, N.: s.265; 3.HD 29.11.1988, 4846/10097,YAVUZ, N.: ,s.275
38. 3.HD 15.9.1987, 41/8315, YAVUZ, N.: s.279

rak gösterilen hallerde, hep ağır mânevî bir zararın varlığı kabul olunmaktadır: Nişanlıya veya onun akrabalarına karşı bir cürüm teşebbüsünde bulunulması, nişanlının üçüncü kişilerle çok yakın ilişki içine girmesi³⁹, nişanlının kaçırılması, oturulacak evin tutulmasından, döşenmesinden, düğüne katılacak kişilerin dâvet edilmesinden sonra nişanın bozulması⁴⁰ vs. gibi.

Mânevî tazminat dâvasını açan nişanlının nişanın bozulmasında kusurlu olmaması gerekir⁴¹.

Mânevî tazminatın miktarını hâkim, takdir yetkisini kullanarak belirlerken, her özel durumun hususiyetini, nişanlıların ekonomik ve sosyal durumlarını da gözönünde bulundurur⁴²

Mânevî tazminat ile, kişinin ihlâl edilen mânevî değerlerinin telâfi amaçlanır. Mânevî tazminata toptan hükmedilmeli; irat şeklinde hükmedilmemelidir. Medenî Kanun'un 145'inci maddesinin 2'nci fıkrasının, nişanlanmadaki mânevî tazminata kıyasen uygulanması gerekir.

c- Nişan Hediyelerinin İadesi:

Nişanın bozulmasının üçüncü önemli hukukî sonucu, hediye-lerin iadesidir. Hediyelerin iadesinde Medenî Kanun'un 86'ncı maddesi uygulanır. Madde, 1990 yılında kısmen değişikliğe uğramıştır. Medenî Kanun'un 86'ncı maddesinin yeni içeriği, uygulamada çeşitli güçlüklerle sebep olmaktadır. Maddenin yeni şekliyle, mûtat olmayan hediyelerin istenebileceği öngörülmüştür; fakat, maddede "mûtat olmayan hediye" kavramından ne anlaşılması gerektiği hususunda bir açıklık yoktur. Ayrıca, ülkenin bazı yörelerinde hâlâ devam edilen "başlık parası" uygulamasının mûtat dışı hediye sayılıp sayılmayacağı meselesi de, maddenin bu düzenleniş tarzı karşısında önem kazanmaktadır.

Nişan hediyelerinin iadesi için, nişanın bozulmuş olması ve mûtat dışı nişan hediyelerinin, diğer nişanlının mal varlığında bulunması şarttır.

39. 3.HD 6.12.1993, 8330/1356 in: YKD 1994/Nr. 4,sh.560,561

40. 3.HD 25.10.1990, 1786/8398, YAVUZ, N.: s.266

41. 3.HD 2.3.1989, 9121/2374, YAVUZ, N.: s.273

42. 3. HD 9.5.1994, 6159/7437, YAVUZ, N.: s. 259

Hediyelerin iadesi için, nişanın mutlaka sona ermiş olması aranır. Nişanın kusurlu veya kusursuz sona erdirilmiş olması, hediyelerin iadesi talebinde önem taşımaz⁴³. Nişanın ölüm, gaiplik veya cinsiyet değişikliği ile sona ermiş bulunması, hediyelerin iadesini talebe engel teşkil etmez. Hediyelerin iadesi, sadece, evlenme akdinin yapılması halinde sözkonusu olmaz.

86'ncı Madde, "mûtat dışı" kavramı ilâve edilmek suretiyle değiştirilmiştir. Maddedeki bu değişikliğe göre, nişan sona ermişse, sadece "mûtat dışı hediyeler" geri istenebilir⁴⁴. "Mûtat dışı hediye" kavramı Medenî Kanun'da tanımlanmadığı için, bu hususun açıklanması öğretiyeye ve uygulamaya kalmıştır. Maddenin değişiklik gerekçesinde, "Mûtat hediyeler, nişanlıya örf ve âdete göre veya kendiliğinden verilen ve maddî değeri de günün koşullarına göre fâhiş olmayan hediyelerdir. Değeri mûtadı aşan hediyelerin iadesi söz konusu olacağı gibi, nişanlıya verilen ve onun yönünden haksız kazandırmaya sebebiyet verebilecek olan mücevherat, bono, çek gibi kıymetli evrak ve senedatın da iadesi söz konusu olacaktır"⁴⁵

Değişik 86'ncı maddeye göre, örf ve âdet gereği verilen hediyeler mûtat hediyelerdir ve nişanın bozulması halinde geri istenemez.

Hangi hediyelerin "mûtat dışı" sayılacağı uygulamada güçlük yaratmaktadır. Herşeyden önce, hangi hediyelerin "mûtat hediye" sayılacağı, yöreden yöreye değişeceği gibi, kişilerin sosyal seviyelerine göre farklılık gösterir.

Yargıtay kararlarına göre⁴⁶, hâkim, bir hediyein "mûtat hediye" olup olmadığına karar verirken, aşağıdaki kıstasları gözönünde tutmalıdır:

- Böyle bir hediyein yöresel örf ve âdete göre verilmesi mûtat olmalıdır.

- Hediyein değeri, o zamanki duruma göre, çok fazla olmamalıdır⁴⁷. Hediyein değerinin olağan dışı sayılıp sayılmamasının tes-

43. 3.HD 6.12.1988, 5014/10346, YAVUZ, N.: s. 231

44. 3.HD 29.9.1994, 9360/12301, YAVUZ, N.: s. 215; 3.HD 9.5.1994, 6159/7437, YAVUZ, N.: s. 216; 3.HD 9.6.1992, 11477/11894, YAVUZ, N.: s. 221

45. TBMM Tutanak Dergisi, Dönem18, Yasama yılı,3, s.Sayı,398,s.2

46. 3.HD 27.9.1993, 12337/14927, YAVUZ, N.: s. 217; 3.HD 15.2.1993, 10475/2105, YAVUZ, N.: s. 219

47. 3.HD 14.12.1992, 2853/20629, YKD 1993, Nr.5, s. 693-694

pitinde, nişanlının sosyal ve mâlî gücü de gözönünde tutulmalıdır⁴⁸. Bu hediyeler, nişanlı tarafından veya onun ana ve babası veya ana babanın yerine hareket eden kişiler tarafından da verilmiş olabilir. Eğer bu hediyelerin verilmesi kişilerin malî durumlarını aşırı şekilde etkilemişse, meselâ, hediye verebilmek için, kişi mal varlığının bir kısmını satmak zorunda kalmışsa, hediye "mütat dışı hediye" kavramına girer⁴⁹.

- Hediyelerin, evlenmenin yapılacağı inancı ile verilmiş olması gerekir. Hediye verilmesindeki saik, resmî bir evlenme aktinin yapılacağı hususu olmalıdır. Bu itibarla, evlilik dışı bir ilişkinin kurulması için verilen hediyeler, mütat dışı da olsalar, geçerli olmayan bir nişanlanma akdine dayandığından, Medenî Kanun'un 86'ncı maddesine göre, geri istenemez⁵⁰.

-Hediyelerin nişanlılara verilmesi gerekir. Değişik 86'ncı maddeye göre, hediyelerin iadesini isteyecek kişilerin kapsamı genişletilmiştir. Ancak, bunların hediyelerin iadesini isteyebilmeleri sadece bu hediyeleri, nişanlılara vermiş olmaları halinde sözkonusudur. Nişanlıların, onların ana babalarının veya ana baba yerine hareket eden üçüncü şahısların diğer nişanlının ana babasına veya ana baba yerine geçenlere verdiği hediyeler, nişanın sona ermesi halinde Medenî Kanun'un 86'ncı maddesine dayanarak geri istenemezler. Bu durumda, ancak, şartları varsa, bağıştan rücu ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür(BK md.244).

-Nişanın bozulması nedeniyle hediyelerin iadesini talep edebilecek kişiler, nişanlılar, nişanlıların ana babaları veya onlar yerine hareket eden kimselerdir.

-Geri verme yükümlülüğü, değişik 86'ncı maddeye göre, sadece "mütat dışı hediyeleri" kapsar. Hediyeler diğer nişanlının mal varlığında aynen mevcutsa, kural olarak aynen iade edilmelidir. Hediye aynen mevcut olmaması halinde, değeri tazmin edilir⁵¹. Taraflar hediye değeri hususunda anlaşamazlarsa, bilirkişinin görüşüne başvurulmalıdır. Altın ve gümüş gibi kıymetli madenler-

48. 3.HD 14.12.1992, 2853/20629, YAVUZ, N.: s. 76

49. 3.HD 15.2.1993, 10457/2105, YKD 1993, Nr.12, s.1800-1801

50. 3.HD 6.6.1994, 6004/8583, YAVUZ,N.: s.199; 3.HD 17.5.1993, 16252/69002, YAVUZ, N.: s.199

51. 3.HD 21.11.1988, 4367/9742, YAVUZ, N.: s.233

den yapılan ve her gün değeri değişebilen hediyeler, aynen iade edilemiyorsa, dâva tarihindeki değerlerinin ödenmesi gerekir⁵².

Hediyelerin nişanlıların malvarlıklarında aynen bulunmaması halinde, çözüm için sebepsiz zenginleşme hükümlerinden yararlanır. Buna göre, nişanlı, getirilen hediye iyiniyetle tüketmişse veya hediye elinden çıkmışsa, nişanlının iade yükümlülüğü doğmaz. Elden çıkan değer yerine başka bir şey girmişse, bunun iadesi sözkonusu olur. Ancak, nişanlı, hediye iyiniyetle elinden çıkarılmışsa, değerini tam olarak iade etmekle yükümlü olur.

Hediyenin ahlâka aykırı bir amaçla verilmiş bulunması halinde, iadesi sözkonusu olmaz⁵³ (BK 65).

4. Başlık Parası

Nişanlanma aktinin yapılması sırasında, verilen başlık parası, Kanun'da düzenlenmemiş, fakat kırsal alanlarda ve küçük şehirlerde giderek azalmasına rağmen, hâlâ yaşamaya devam eden bir müessesedir⁵⁴. Başlık, nişanlının veya onun ana ve babasının, diğer nişanlıya veya onun ana, babasına verdiği bir meblâğdır. Başlık parasının hukukî mahiyeti belli değildir. Bu müessesenin kökleri, Orta Asya Türk Devletlerine kadar uzanmaktadır. Toplumdaki sosyo-ekonomik gelişme ve Medenî Kanun'un temel ilkeleri, bu müesseseyi uygulamadan tamamen kaldıramada başarılı olamamıştır. Gayet tabiidir ki, kültür seviyesindeki yükselmeye paralel olarak, müesese gitgide anlamını kaybetmektedir⁵⁵.

Başlık müessesenin kaldırılması zannedildiği kadar kolay değildir; çünkü, bu müesese sosyoljik ve hukukî sebeplere dayan-

52. 3.HD 2.10.1982, 5040/1200, YAVUZ, N.: s.117

53. 3.HD 4.9. 1992, 971/4627, YAVUZ, N.: s. 200; 4.HD 3.4.1990, 8542/2920, YAVUZ, N.: s. 201

54. Başlık hakkında geniş açıklama için bkz.: BENEDİCT. Peter: Hukuk Reformu Açısından Başlık Parası ve Mehr, Türk Hukuku ve Toplum Üzerine İncelemeler, Ankara 1974, s.1-39

55. Bugün evlenenlerin sadece %26.68'i başlık parası ile evlenmektedir. Geriye kalan %73.15'i başlık parası almadan evlenmektedir (Devlet Planlama İstatistikleri, 1992 Nisan, s.103). Bölgelere göre başlık parası ile evlenenlerin oranları aşağıdaki gibidir. Doğu ve Güneydoğu Anadolu Bölgesi: %68.60; Karadeniz Bölgesi: % 28.79; İç Anadolu Bölgesi: % 24.35; Güney Anadolu Bölgesi: %23.56; Batı Anadolu Bölgesi: % 11.99'dur.

maktadır⁵⁶. Başlık, İslâm Hukuku'nda düzenlenmemiş, onun yerine başka bir müessesesi-mehir müessesesi- konulmuş olmasına rağmen uygulanmaya devam etmiştir. İslâm Hukuku'nda, "başlık müessesesi" yerine getirilen "mehir müessesesi" ile, kadının toplumdaki sosyal seviyesi yükseltmek istenmiştir; çünkü, mehir, evlenirken, nişanlının sadece kadına verdiği bir meblâğdır; fakat, Türk toplumunun ekonomik ve sosyal bünyesi, İslâm Hukuku'nda düzenlenen mehir müessesesini özümseyecek seviyede değildi. Kadılar da standart bir hukuku uygulamaktan çok, örf ve âdetlere uymayı tercih etmişlerdir⁵⁷.

Başlık müessesesinin kalkması, patriarkal aile yapısının değişmesine ve ailelerin ekonomik seviyesinin yükselmesine bağlıdır. Ailelere, başlık parasının kaldırılmasını isteyip istemedikleri sorulduğunda, sadece %10'u başlık parasının kaldırılmamasından yana olduklarını açıklamıştır.⁵⁸ Başlık, günümüzde özellikle Doğu Anadolu bölgesinde oldukça yaygındır.

Bu durumda, tabiatıyla şu sorular akla gelmektedir: Başlık parası verileceğine ilişkin bir taahhüt geçerli midir? Böyle bir taahhüt dâva yolu ile talep edilebilir mi? Başlık, Medenî Kanun'da düzenlenen "hediye" kavramının kapsamına dahil edilebilir mi? Evlenme akti yapıldıktan sonra veya yapılmadan önce verilen meblâğın iadesi istenebilir mi?

Medenî Kanun'da "başlık"ın yasak olduğunu belirten bir hüküm mevcut değildir. "Başlık", 25.11.1920 tarih ve 55.no.lu

56. Başlık müessesesi "Sad'k" adı altında arap ülkelerinde de yaşamaktadır. Mehr müessesesi İslâm hukukunda öngörülmüştür. İslâm hukuku, başlık yerine mehri öngörerek kadının sosyal statüsünü yükseltmek istemiştir. Çünkü, mehr, doğrudan doğruya evlenecek olan kadına verilir. Geniş açıklama için bkz.: ORTAYLI, İlber: Anadolu'da XVI Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerine Bazı Gözlemler, Aile Yazıları, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu, Ankara 1990, s. 279-285, özellikle, s. 280-281

57. ORTAYLI, İ.: s.283

58. Yapılan bir araştırmada başlık parasının alınmamasını isteyenlerin oranı % 92.78'dir. Başlık parasının alınmasından yana olanların ise oranı % 7.12' dir. Kırsal alanda başlık parası alınmasını isteyenlerin oranı % 11.99'a kadar yükselmektedir. Şehirlerde başlık parasından yana olanlar, %3.45 civarındadır. Bölgelere göre ise bu oranlar aşağıdaki şekilde değişmektedir.

Bölgeler	Başlık parasından yana olanlar	olmayanlar:
İç Anadolu	%7.33	%92.64
Karadeniz	%6.62	%93.34
Doğu ve Güneydoğu Anadolu	%34.30	%65.68

(Türk Aile Yapısı Araştırması Devlet Plânlama Teşkilâtı, Sosyal Plânlama Genel Müdürlüğü, Ankara 1992, s.103)

"Düğünlerde Men'i İsrifat Kanunu" ile yasaklanmış idi. Bu Kanun'un birinci maddesine göre, "Düğünlerde çeyizin sergilenmesi, erkeğin ikiden çok elbise vermesi, bir günü aşkın süreli çalgı çaldırılması ve ziyafet verilmesi, ağırlık (başlık) ve hediye verilmesi, köçek oynatılması gibi aşırı harcamalar yasaktır". Bu Kanun, 1966 yılında Anayasa'ya aykırılık nedeniyle iptal edilmiştir⁵⁹. Adı geçen Kanun yürürlükte iken, Yargıtay, bu Kanun hükümlerine aykırı olarak alındığı gerekçesiyle, ödenen "başlık"; paralarının sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebileceğini hükme bağlıyordu⁶⁰. (BK md.61 vd.). Bu Kanun'un iptalinden sonra ise, gerek öğretide, gerek uygulamada meseleye ilişkin olarak bir uyum sağlanamamıştır. 6'ncı Hukuk Dairesi, son kararlarında , başlık parasını nişan hediyesi olarak kabul etmeye başlamıştır; dolayısıyla, başlık olarak verilen paranın, nişanın bozulması halinde, hediye kavramına sokularak, Medenî Kanun'un 86'ncı maddesine göre, iadesinin istenebileceği görüşündedir⁶¹. Bir süre, Yargıtay, başlık parasının verilmesinin, ahlâka aykırı olduğunu ileri sürmüştü. Bize göre, başlık parasının verilmesi, ahlâka aykırı bir davranış olarak değerlendirilemez. Her ne kadar başlık , Medenî Kanun'un hükümleri ile bağdaşmıyorsa da ve günümüzdeki değer hükümleri karşısında, kabulü mümkün değilse de, bu müessese halen halk şuurunda yaşamaktadır ve bu nedenle de müessesenin ahlâka aykırılığının ileri sürülmesi isabetli değildir. Bize göre, başlık Medenî Kanun'un 86'ncı maddesi anlamında bir hediye de değildir; çünkü, Medenî Kanun'un 86'ncı maddesine göre, iadesi talep olunacak hediye, nişanlıya verilen hediyedir. Halbuki başlık, nişanlı erkek veya onun babası tarafından, kız babasına verilen bir paradır. Nişanın bozulması halinde bu paranın geri alınabilmesi Medenî Kanun'un 86'ncı maddesine göre mümkün olmamalıdır. Çünkü, 86'ncı madde sadece nişanlıya verilen hediyeleri kapsar. Ancak, diğer taraftan, ödenen başlık parasının iadesinin, Kanun'da düzenlenmemiş olması, ortada hakkaniyete aykırı bir durumun var olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz. İyiniyetle ve evlenebilmek için, verilmesinin gerekli olduğuna inandığı için, başlık parası veren nişanlının, nişan bozulduktan

59. Anayasa Mahkemesi bu kanunu 20.9.1966 tarih ve 156/34 nr. lı kararı ile iptal etmiştir. bkz.: Anayasa Mahkemesi Kararlar Dergisi, 1967, Nr.4, s.192-204

60. HGK 18.5.1955, 3-25,GÜRSEL, N.: Nişanın Bozulması Halinde Maddî ve Manevî Tazminat ve Nişan Hediyelerinin -Ağırlığın -Geri Verilmesi, Adalet Dergisi, 1964, s.30

61. 6.HD 9.6.1986, 3944/10387, YKD 1987, s.688; 3.HD 17.5.1993, 1652/69002, YAVUZ, N.: s.199

sonra, bir anlamda cezalandırılması, hakkaniyet kuralıyla bağdaşmaz. İşte, Yargıtay'ın başlık parasını, Medenî Kanun'un 86'ncı maddesindeki hediye kavramına dahil etmesi herhalde bu hakkaniyet düşüncesiyledir. Başlık, nişanlıya, cihaz olarak verilmişse, başlığın hediye kavramına dahil edilmesi isabetlidir. Burada başlığın, kızının temsilcisi olarak, babaya verildiği veya kızına vermek üzere teslim edildiği isbat olunmalıdır. Aksi halde, başlık parası, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir.

Burada tartışılması gereken ikinci husus, başlık parasının, mutata hediye kavramına dahil edilip edilemeyeceğidir; çünkü, Medenî Kanun'un 86'ncı maddesine göre, sadece, mutata dışı hediyelerin iadesi sözkonusu olabilir. Bize göre, başlık, çoğu zaman, verenin mali durumunu, aşırı derecede zorladığından, mutata dışı hediye olarak kabul edilmesi isabetli olacaktır.

Başlık parası, reşit olmayan bir küçüğün bir erkekle birlikte evlilik dışı yaşaması için verilmişse, burada ahlâka aykırı bir amacın gerçekleştirilmesi için bir bedel ödemesi sözkonusu olduğundan verilen paranın, ne nişan hediyesi olarak, ne de sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenmesi mümkün değildir. Meselâ, taraflar, başlık parasının alınmasından sonra, imamın nikâhı ile bir arada yaşıyorlarsa, imam nikâhı, kanunkoyucunun gözüönünde evlilik dışı birarada yaşama sayıldığından, bu amacın gerçekleşmesi için verilen para da ahlâka aykırı bir amaç için verilmiş sayılacağından iadesi sözkonusu olmayacaktır⁶².

Medenî Kanun'un 86'ncı maddesinin kapsamı, 1990 yılında yapılan değişiklikle genişletilmiştir. Değişik 86'ncı maddeye göre, nişanlıdan başka, nişanlının ana babası veya onların yerine hareket eden kişiler de verdikleri hediyeleri, bunların mutad olmayan hediye kavramına dahil olması halinde, geri isteyebileceklerdir⁶³.

B- Evlenme Akti ve Evlenme Aktinde Şekil Şartları:

1- Evlenme Akti :

Kanun'da, evlenme kavramının tanımı yapılmamıştır. Öğretiye ve uygulamaya göre, evlenme, kadın ve erkeği en sıkı bir şekilde

62. 4.HD 6.6.1989, 1691/5141, YAVUZ, N.: s.201

63. 6.1986, 3944/10387 YKD 1987,s.688; 3.HD 17.5.1993, 16252/69002, YAVUZ, N.: s.199

birbirine bağlayan bağdır⁶⁴. Her ne kadar Kanun'da düzenlenmemişse de, evlenme akti, ayrı cinse mensup kişiler arasında aktedilir. Evlilik, hukukî bir müessesedir. Bu nedenle, kanunkoyucu, kişilerin bir arada yaşamalarını, evlilik olarak, ancak, bu birlikte yaşama belli şartlar altında gerçekleştirilmişse ve bu birlikte yaşamaya Aile Hukuku hükümleri uygulanabiliyorsa, kabul eder.

Evlilikte "monogami prensibi" cârîdir (tek eşlilik). Monogami prensibi, evliliğin mahiyetinden doğar⁶⁵. Medenî Kanun, sadece, resmî evlilikleri, evlilik olarak kabul etmiş, ona hüküm ve netice bağlamıştır. İmam nikâhı ile yapılan evliliklere ve birden fazla kişiyle yapılan evlilik çeşitlerine ise, Medenî Kanun'da hiç bir şekilde yer verilmemiştir.

Evlenme aktinin geçerli olabilmesi için kanunî düzenlemeye uygun olarak yapılması gerekir. İmam önünde yapılan bir evlenme akti, Kanun'da aranan kurucu unsurları taşımadığından, "yok evlilik" hükmündedir. İlgililer istedikleri takdirde, ancak resmî bir evlenme akti yapıldıktan sonra, imam nikâhı da yaptırabilirler (MK md.110). Bir diğer ifade ile, imam nikâhı ile evlilik, sadece resmî olarak meydana gelen bir evlenme aktinden sonra yapılabilir. İmam nikâhı ile evleneceklerin, resmî nikâhın yapıldığına ilişkin belgeyi ibraz etmeleri gerekir. Yetkili resmî evlendirme memuru önünde yapılan bir evlenme aktine dayanmayan her türlü bir arada yaşama, kanunkoyucu tarafından evlilik olarak kabul edilmemiştir.

Anayasa hükümleri ile korunması garanti altında alınan aile, resmî evlenme akti ile kurulan ailedir.

Evlenme akti, tarafların serbest irade açıklamaları ile yapılmış olmalıdır. Evlenme akti yapılırken, tarafların evlenme ehliyetine sahip olmaları ve taraflar yönünden, bir evlenme engelinin bulunmaması aranır.

Evlenme ehliyeti, fiil ehliyetine paralel olarak mevcuttur; fakat, evlenme ehliyetinin şartları, her zaman fiil ehliyetinin şartları ile çakışmayabilir. Bir kimsenin evlenme ehliyetine sahip olması

64. ÖZTAN, B.:s.62; VELİDEDEOĞLU, H.V.:s.51; İçtihatı birleştirme kararı, 14.6.1965, 3/3 Resmî Gazete, 15.7.1965, Nr.12049; 2.HD 9.7.1986, 6588/7038, ŞENER, E.: Açıklamalı-İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 1989, s.221

65. Küçük aile tipi aile tipi olarak giderek yaygınlaşmaktadır. Yıllara göre bu aile tipinin artış oranı şöyledir: 1968 %59.7; 1973 %59.7; 1978 %57.4; 1983 %61.6 (Bu oranlar Türk Aile Yapısı, VI.Beş Yıllık Kalkınma Planı-Devlet Plânlama Teşkilâtı' adlı kitaptan alınmıştır, s.30).

için, temyiz kudretine sahip bulunması, akıl hastası olmaması, evlenme yaşına ulaşmış olması, reşit olmayanlar ve kısıtlılar için ise, kanunî temsilcilerinin rızalarının varlığı gerekir.

Temyiz kudreti, kişinin sadece, evlenme aktinin yapılmasının anlamını değil, aynı zamanda, evlenme ile doğacak sonuçları mantıklı bir şekilde idrak edebilecek durumda olmasını da kapsar.

Evlenme aktini yapabilmeleri için, nişanlıların evlenme yaşına gelmiş olmaları lâzımdır. Evlenecek olan kişiler reşit değilse veya haklarında kısıtlılık kararı alınmış ise, kanunî temsilcilerinin, bu evlenmeye ilişkin olarak rızalarını beyan etmiş olmaları icap eder. Evlenmenin yapılmasına ilişkin olarak açıklanan rıza, sınırlı ehliyetsizin sadece belli bir kimse ile evlenmesine ilişkindir.

Evlenme aktinin yapılması için, bir evlenme engelinin bulunmaması gerekir. Medenî Kanun'un 92, 93, 94, ve 95'inci maddelerinde evlenme engelleri tek tek sayılmıştır. Medenî Kanun'un 92'nci maddesine göre, nesebi sahih olsun veya olmasın, düz hat hısımları ve üçüncü dereceye kadar olan civar hısımları arasında; sıhrî hısımlarda; eşlerden biri ile diğer eşin düz hat hısımları arasında; evlâtlık ile evlât edinen ve bunlardan biriyle diğerinin koca veya karısı arasında evlenme engeli mevcuttur. Medenî Kanun'un 93'üncü maddesiyle, mevcut bir evlilik; 95'inci maddesiyle ise, kadın için, boşandıktan sonraki üçyüz günlük süre evlenme engeli olarak kabul edilmiştir. Umumî Hıfzıssıhha Kanunu da, 123'üncü maddesinde, bazı bulaşıcı hastalıkları evlenme engeli olarak saymıştır.

Evlenme aktinin, düz hat hısımlar ile, üçüncü dereceye kadar olan civar hısımları arasında yapılması kesin olarak yasaklanmıştır. Medenî Kanun'un 92'nci maddesinde, yarım kan amca, dayı, hala ve teyzeden bahsedilmemişse de, örf ve âdetten yararlanılarak⁶⁶, madde geniş yorumlanmış ve evlenme engelinin, yarım kan amca, hala, teyze ve amcaı de içine aldığı kabul edilmiştir. Böylece, maddenin yorum ve uygulamasında İsviçre'dekinden farklı bir yola gidilmiştir.

Sıhrî hısımlar arasındaki evlenme yasağı ile de, kanunkoyucu, ailede birlikte yaşamının devamının sağlanmasını arzu etmiştir.

66. ÖZTAN, B.: s.78; TEKİNAY, Selahattin, S.: s.82; HATEMİ/SEROZAN: s.119; OĞUZMAN, K./DURAL, M.: s.73

Sıhrî hısımlarda mutlak evlenme yasağı, eşlerden biri ile diğer eşin düz hat hısımları arasındadır.

Evlât edinme ile evlât edinen veya bunlardan biriyle diğerinin karı veya kocası arasında evlenme engelinin kabulündeki amaç, kurulmuş olan ilişkinin bozulmamasının istenmiş olmasındandır. Evlât edinen ile evlâtlık arasında bir evlenme akti yine de yapılmışsa, bu akit geçerlidir; ancak, evlâtlık ilişkisi böyle bir evlenme ile sona erer.

Mevcut evlilik de bir evlenme engelidir. Medenî Kanun'un 112'nci maddesine göre, birden fazla evlilik mutlak butlanla sakattır.

Medenî Kanun'da, kadın için boşanmadan sonra öngörülen bekleme süresi, sadece ikinci bir evlilik içinde doğacak bir çocuğun nesebinin tespitinde bir karışıklığa sebebiyet vermemek içindir.

Evliliğin sona ermesinden sonraki cezaî bekleme süresini düzenleyen 142'nci madde, 3444 sayılı Kanun'la kaldırılmıştır. Bu maddeye göre, hâkim, evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmeyerek karşı tarafın boşanma talebinde bulunmasına imkân yaratan kusurlu eşin, boşanmadan sonraki 1 ilâ 2 senelik bir süre içinde yeniden evlenememesini karara bağlayabiliyordu. Dolayısıyla, mahkeme kararı da, duruma göre bir evlenme engeli teşkil edebiliyordu. Ancak, genel olarak kabul edildiği üzere, bu cezaî şart istenen eğitici amacı hiç bir zaman gerçekleştirememiştir.

Medenî Kanun'un kabulünde evlenme rüştü, hâlen mevcut olandan daha farklı düzenlenmişti. Evlenme rüştü, erkekler için 18, kadınlar için 17 ve fevkalâde haller için erkekler ve kadınlar için 15 yaş olarak öngörülmüştü. Medenî Kanun'un 88'nci maddesinde düzenlenen bu hüküm, 1938 yılında çıkarılan 3453 sayılı Kanun'la kısmen değiştirilmiş ve evlenme rüştü, örf ve âdetin baskısı ile indirilmiştir. Medenî Kanun'un 1'inci maddesine göre, bir hukukî meselenin çözümünde, ilk sırada yazılı hukuk kuralları uygulanır. Ancak, konuya uygulanabilecek bir yazılı hukuk kurallarının bulunmaması halinde, örf ve âdet hukuku kuralları tatbik edilir. Örf ve âdet hukuku, hernekadar bir meselenin çözümünde ikinci sırada uygulanıyor ve yazılı hukuk kurallarına aykırı bir örf ve âdet kuralı söz konusu olamıyorsa da, bazı hallerde, yazılı hukuk kurallarına aykırı örf ve âdet kurallarının, yazılı hukuk kurallarının değiştiril-

mesi için kanunkoyucuyu zorlayabildiği görülmektedir⁶⁷. İslâm Hukuku'nda, belli bir evlenme yaşı öngörülmediği için, Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra, yaş büyütme dâvaları mahkemeleri pek fazla meşgul eder olmuştur. Gerçek durum ile olması gereken durum arasındaki bu uyumsuzluk, Medenî Kanun'daki hükmün değiştirilmesi zorunluluğunu yaratmıştır. Bu nedenle, 1938 yılında yapılan değişiklikle erkek 17 yaşını, kadın 15 yaşını tamamladıkları takdirde, ana ve babalarının izniyle evlenebilirler. Ana ve babanın rızalarını bildirmemeleri halinde, bu durum, Medenî Kanun'un 2'nci ve 272' nci maddelerine ters düşüyorsa, hâkim, talep üzerine olaya müdahale edebilir⁶⁸. Fevkalâde hallerde, erkek 15, kadın 14 yaşını tamamlamışlarsa, hâkimin kararı üzerine, evlenme akti yapabilirler.

Aile Hukuku'nda, 1988 ve 1990 yıllarında yapılan değişiklikler arasında evlenme yaşına ilişkin bir yenilik yoktur. Halbuki, gerçek durumda evleme yaşı yükselmektedir⁶⁹.

2. Evlenme Aktinin Yapılmasında Şekil Şartları:

Evlenme, yetkili evlendirme memuru önünde yapılan bir akit ile meydana gelir. Bu akte çok önemli sonuçlar bağlandığı için, kanunkoyucu, bu aktin yapılmasını belli şekil şartlarına ve belli usûllere bağlamıştır. Evlenme akti yapılırken, belli şekil şartlarına uyulmasının istenmesinin sebebi, şeklin, aktin varlığına açıklık getirmesi, nişanlıların bu akti serbestçe yapmaları imkânını, devamlılığı, aleniliği ve isbat kolaylığını sağlamasıdır. Gayet tabiidir ki, bu çeşit şekil şartları, evlenme aktinin yapılmasında bir takım güç-

67. EDİS, S.: s.107

68. 2.HD 22.11.1982, 8624/8679 (yayınlanmamış karar).

69. İstatistik verilere göre, kadınların % 32'si, 15-20 yaş arasında, %43'ü, 20-24 yaş arasında, %16'sı ; 25-29 yaş arasında evlenmektedir. Erkeklerin ise, %5.8'i 15-19 yaş arasında, %38'i; 20-24 ; %36'sı ise 25-29 yaş arasında evlenmektedirler, Evlenme İstatistikleri, 1992. Daha ayrıntılı olarak:

Yaş	Resmî evlilikler		İmam nikâhı ile evlilikler	
	Kadın	Erkek	Kadın	Erkek
15	6.34	1.05	15.23	6.04
16	9.40	1.80	13.72	4.83
17	9.85	2.03	11.47	7.49
18	15.66	5.37	14.93	13.86
19	8.89	4.43	6.50	8.89
20	12.57	8.47	10.64	16.19
21	5.84	4.78	2.49	4.95
22	6.33	10.28	3.33	7.94

lükleri de beraberinde getirmiştir. Meselâ, evlenme aktinin yapılmasına ilişkin başvuruda, aktin yapılması talebini ihtiva eden bir dilekçe vermek, ayrıca, bu dilekçeye ikametgâh ilmühaberini, nüfus cüzdanı örneğini, evlenmek isteyenler küçük veya kısıtlı iseler kanunî temsilcilerinin evlenmeye müsaade ettiklerine ilişkin belgeyi de eklemek gerekir. Bu belgelere ilâveten, ayrıca, yapılacak evliliğin ikinci evlilik olduğu hallerde, ilk evliliğin sona erdiğini gösteren bir belgenin de ilâve edilmiş olması şartı aranır. Meselâ, eşin "ölüm belgesi", evlilik boşanma ile sona ermişse "boşanma belgesi", evlilik gaiplik ile son bulmuşsa ya evliliğin feshine ilişkin olarak mahkemeden alınan "karar" veya nüfus memurluğundan alınacak "belge" de diğerlerine eklenmelidir. Boşanan kadın açısından, bekleme süresi sona ermemişse, doktordan alınacak bir raporun da diğer belgeler arasında bulunması aranır. Bu belgelerin hepsi mevcut ise, tarafların evlenme talepleri hem ikametgâhlarının bulunduğu, hem de nüfusta kayıtlı oldukları yerlerde ilân edilir. Bütün bu işlemler tamamlandıktan sonra, evlenecek kişiler 15 günlük bir ilân süresini beklemek zorundadır. Ancak, bütün bu şekil şartları tamamlandıktan sonradır ki, nişanlıların yetkili evlendirme memuru önünde ve evlendirme dairesinde evlenme aktini yapmaları mümkündür. Evlenme alenî yapılır.

Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu yana, imam nikâhı ile yapılan evlilikleri önlemek için büyük gayret sarfedilmektedir. Bütün bu gayretlere rağmen, resmî evlilikler yanında, imam nikâhı ile yapılan evlilikler hâlâ devam etmektedir. Hattâ, bir zamanlar, Medenî Kanun'un kabulünden uzunca bir süre geçmiş olmasına rağmen, yapılan evliliklerin 1/4'üne yakın bir kısmını imam nikâhı ile yapılan evlilikler meydana getirmekteydi. Kanunkoyucu, bu evlilikleri geçerli evlilik saymamış, bu evliliklerden doğan çocuklar ile tabii babası arasında bir nesep bağı kurmamışsa da, toplum bu birleşmeleri evlilik olarak ve bu birleşmelerden doğan çocukları da evlilik içi doğan çocuklar olarak kabul etmiştir. Dolayısıyla da, toplumdaki hukuk şuuru ile yazılı hukuk kuralları arasında uzunca bir süre devam eden bir uyumsuzluk meydana gelmiştir. 1942 Yılında, İçişleri Bakanlığı tarafından, imam nikâhı ile yapılan evliliklerin toplumda hâlâ neden benimsendiği konusunda yaptırılan bir araştırmada⁷⁰, aşağıdaki sonuçlara varılmıştır:

70. Kanun dışı birleşmeler ve nesebisahi olmayan çocuklar hakkında, Adliye Dergisi, Ankara 1942, nr.12, s.1357 vd.

- Bazı kişilerin imam nikâhı ile evliliklere öncelik vermekte olmalarını, bunların resmî evlilik müessesesini reddetmek istedikleri veya evlilik dışı yaşamayı arzu ettikleri sonucuna bağlamak isabetli değildir.

- Kişilerin resmî evlilik yapmamalarının asıl sebebi, yukarıda açıklandığı üzere, resmî evliliklerin çok sıkı şekil şartlarına bağlanmış olmasıdır.

- İslâm Hukuku'nda evlenmenin çok kolay olmasına karşılık, Medenî Kanun ile getirilen sistemin formaliteleri, resmî evliliklerin benimsenmesini zorlaştırmaktadır. İslâm Hukuku'na göre, nişanlıların veya onların temsilcilerinin karşılıklı irade beyanları ile evlenme akti meydana gelir. Evlenme akti, tıpkı diğer Borçlar Hukuku akitleri gibi, icap ve kabul ile doğar; sadece, bu aktin iki şahit önünde yapılması gerekir. Aktin yapılmasında başkaca bir şekil şartı aranmaz. Hattâ, evlenmenin meydana gelmesi için, din adamının işleme katılması da gerekli değildir. Kısacası, İslâm Hukuku'nda evlenme aktinin en kolay şekilde yapılması öngörülmüştür.

- Toplumun resmî evlilikleri tercih etmemesinin bir diğer sebebi de bu şekil şartlarının karmaşık olması, masraflı olması ve zaman kaybına yol açmasıdır.

- Yapılan inceleme sonucunda varılan sonuç, Medenî Kanun'un evlenmeye ilişkin olarak öngördüğü şekil şartlarının resmî evlilikleri güçleştirdiği ve bu nedenle bu şekil şartlarının kaldırılmasının veya azaltılmasının resmî evliliklerin benimsenmesi yönünden yararlı olacaktır.

Gerçekten, imam nikâhı ile evliliklerin "yok evlilik" olarak kabul edilmesine ve ayrıca bu tip birleşmelere cezaî yaptırımlar uygulanmasına rağmen, bu tip evlenmelerin hâlâ tamamen önlenememesinin sebepleri arasında, bu hususlar çok büyük rol oynamaktadır.

Öte yandan, kanunkoyucu da, haklı olarak, resmî evlilik müessesinden tâviz vermek istememekte; evlenme aktinin geçerli olması için, mutlaka yetkili evlendirme memuru önünde yapılmasını istemektedir. Bununla beraber, kanunkoyucu, toplumun evlenme aktine ilişkin düzenlemeyi görmezliğe geldiği gerçeğini de gözardı edememiş ve resmî nikâha dayanmayan evliliklerin yarattığı problemleri çözmeye yönelik özel kanunlar çıkarma yoluna gitmiştir.

"Af Kanunu" olarak nitelenen ve belli aralarla çıkarılan bu geçici kanunlarla, ilk sırada, evlilik dışı doğan çocukların hukukî durumu düzeltilmek istenmiştir. Buna göre, evlilik dışı çocukların varlığı ve tarafların karı koca gibi birlikte yaşamaları halinde, resmî evlenme aktinin yapılması talebinde bulunulduğu takdirde, durum evlenme kütüğüne tescil edilmektedir. Kanun koyucunun Af Kanunlarını geçici süre ile çıkarmasının nedeni, bu tip evliliklerin zaman içinde kendiliğinden azalacağı ve kalkacağı düşüncesidir. Kanunkoyucu, bu görüşünde haklı çıkmıştır. Nitekim, imam nikâhı ile yapılan evlilikler %25'ten %5'e düşmüştür⁷¹.

Kanunkoyucu, Af Kanunları ile meseleye geçici bir çözüm ararken, diğer yandan da kalıcı çözümlere yönelmiş; bu amaçla, yukarıdaki müllâhazalar altında, 1972 tarihli Nüfus Kanunu ile⁷², Nüfus Kanunu'nda değişiklik yapan 1984 tarihli Kanun'la⁷³ ve 1985 yılında çıkarılan Evlendirme Yönetmeliği⁷⁴ ile Medenî Kanun'un şekil şartlarını içeren maddelerinin bir kısmını kaldırmış

71. İstatistik verilere göre: 1983 yılında, % 31 (Resmî evliliklerin sayısı 308256- Tescil edilen evliliklerin sayısı, 97687); 1984 yılında, %25(Resmî evlilikler, 336.555 tescil edilen evlilikler, 85.475); 1985 yılında %18 (resmî evlilikler, 365.109 tescil edilen evlilikler 65876); 1991 yılında %2,5 (resmî evlilikler 459624 -tescil edilen evlilikler 11681); 1992 yılında %6.2 resmî evlilikler 436121- tesciledilen evlilikler 27387). (resmî evliliklerin sayıları Evlenme İstatistikleri 1992 'den alınmıştır. Tescil edilen evliliklerin sayıları ise, İçişleri Bakanlığı'ndan temin edilmiştir). Diğer bir çalışmaya göre ise, resmî evlilikler %9.6; imam evlilikleri ise ; %4.8'dir. Yapılan evliliklerin %84.92 'ise hem resmî nikâh, hem de imam nikâhı ile ikisi bir arada yapılmaktadır. Bölgelere göre yapılan resmî ve imam nikâhı ile veya her ikisi birlikte olan evliliklerin oranları şöyledir: Batı Anadolu Bölgesi: resmî evlilikler: %14.52; imamnikâhı ile olan evlilikler: %1.50; Her iki evlilik şekli bir arada olan evlilikler %83.30; Güney Anadolu Bölgesi: resmî evlilikler %5.28, imam nikâhı ile yapılan evlilikler %4.35; her ikisi bir aradan yapılan evlilikler %89.59; İç Anadolu Bölgesi: resmî evlilikler %8.51, imam nikâhı ile yapılan evlilikler %2.70, her ikisi birarada yapılan evlilikler %88.40; Karadeniz Bölgesi: resmî evlilikler, % 4.95, imam nikâhı ile olan evlilikler %1.63; ikisi birarada olan evlilikler %92.90; Doğu ve Güneydoğu Anadolu bölgesi: resmî evlilikler %7.11, imam nikâhı ile olan evlilikler, %18.04; her ikisi bir arada olan evlilikler %74.06; şehirlere kıyasla kırsal alanda imam nikâhı ile yapılan evlilikler, resmî evliliklere göre daha revaçtadır. Kırsal alanda imam nikâhı ile yapılan evlilikler %6.89, resmî evlilikler, %5.11, Her ikisi bir arada yapılan evlilikler % 87.33; buna karşılık, şehirlerde imam nikâhı ile yapılan evlilikler %3.09; resmî evlilikler %13.59. Her ikisi birarada yapılan evlilikler %82.70 (Türk Aile Yapısı Araştırması, -Devlet Planlama Teşkilâtı, Sosyal Planlama Genel Müdürlüğü, Ankara Nisan 199: s.98

72. 5.5.1972 tarih ve 1587 sayılı Nüfus Kanunu (Bu Kanun Resmî Gazete'nin 16.5.1972 tarih ve 14189 sayısı ile yayınlanmıştır)

73. 1972 tarihli Nüfus Kanunu'nun bazı maddeleri 15.11.1984 tarih ve 3080 sayılı Kanun'la değiştirilmiştir.

74. 7.11.1985 tarihli ve 85/9747 nr.lı Evlendirme Yönetmeliği, Resmî Gazete'nin 18921 sayısı ile yayınlanmıştır.

veya değiştirmiştir. Böylece, evlenmeye ilişkin şekil şartları basitleştirilmiştir.

- Her şeyden önce, yeni düzenlemelere göre, nişanlıların resmî bir formu doldurmaları ve imzalamaları ve bu formun evlendirme memuru tarafından onaylanması, evlenme işleminin başlaması için yeterlidir. Bu işlemi müteakkip, taraflar evlenme aktini yapabilirler. 15.11.1984 tarih ve 3080 sayılı Kanunla, Nüfus Kanunu'nun 15'inci maddesinin 3'üncü fıkrasında öngörülen bir değişiklikle 15 günlük ilân süresi de kaldırılmıştır. Yeni düzenlemeye göre, nişanlıların yaptıkları evlenme beyanlarının ilânı gerekmez. Bu kanunla, evlenme aktinin yapılması için mutlaka gerekli olmayan şekil şartları kaldırılmıştır; çünkü, eskiden, gereksizleşen birtakım şekil şartları, özellikle kırsal alanlarda yaşayanların resmî evlenme akti yapmak hususunda çekingen davranmalarına neden olmaktaydı. Mesele, kaldırılan ilân süresi, gerçekten anlamını çoktan yitirmişti. Ayrıca, hiç kimse bir başkasının özel hayatı ile ilgilenmemektedir. Maddenin yürürlüğe girmesinden bugüne kadar, bu ilânlarla ilgilenip, okuyan ve itirazda bulunan bir kimse çıkmamıştır. Dolayısıyla, ilân süresine ilişkin hükmün kaldırılması isabetli olmuştur.

- İkinci kolaylık, evlenme beyanının yapılacağı yere ilişkin olarak getirilmiştir. Nişanlılar, artık altı değişik yerdeki evlendirme memurluğuna evlenmek istediklerini bildirebilirler (Evlendirme Yönetmeliği'nin 16'ncı maddesi).

- Üçüncü kolaylık, Evlendirme Yönetmeliği ile getirilmiştir. Yönetmelik'e göre, taraflar özel olarak istemedikleri takdirde, evlenmek için, sağlık raporu ibraz etmek zorunda değildirler (Evlendirme Yönetmeliği, md. 60, b.3). Umumî Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123'üncü maddesine göre, evlenme aktinin yapılması için sağlık raporunun ibrazı şarttır. Bu durumda Yönetmeliğin 20'nci maddesi ile Umumî Hıfzıssıhha Kanunu'nun 123'üncü maddesi çatışmaktadır. Sağlık raporunun istenmesindeki amaç, evlenecek kişilerin ve bu evlilikten doğacak çocukların sağlığını korumaktır; fakat, sağlık raporunun alınması, masraf yapılmasına ve zaman kaybına sebep olmaktadır ve ayrıca bir raporun alınması zahmetlidir. Özellikle, bu yükümlülük, resmî evlilikler yönünden büyük engel oluşturmaktadır. Sağlık raporunun alınmak istenmemesinin hem psikolojik, hem de fiilî nedenleri vardır. Pek çok genç kız psikolojik sebeplerle bir doktor tarafından muayene edilmeyi istememektedir. Fiilî sebep olarak da, özellikle köylerin, doktorların bulunduğu merkezlerden

uzak olması gösterilebilir. Özellikle, kış aylarında, köy yollarının kapalı olması veya şehirlere ulaşmanın güçlüğü, sağlık raporu almayı zorlaştırmaktadır. Toplum, ayrıca, böyle bir raporla çocukların ve evlenecek kişilerin sağlığının korunabileceği görüşünü de benimsememiştir. Onlara göre, böyle bir raporun alınması lüzumsuz ve gereksizdir. Bu nedenle, kanunkoyucu, sonuçta sağlık raporunun aranmasından da vazgeçmiştir.

-Dördüncü kolaylık: Medenî Kanun'un 108'inci maddesine göre, evlenmenin belediyede veya köy ihtiyar heyeti önünde yapılması gerekir. Ancak, evleneceklerden birinin belediye veya ihtiyar heyetine gelemeyecek derecede bir hastalığı varsa ve bu husus doktor raporu ile sâbitse, evlenme başka bir yerde de yapılabilir. Bununla beraber, Evlendirme Yönetmeliği'nin 26'ncı maddesine göre, tarafların isteği üzerine, evlenmenin "a) ikametgâhlarda, özel bina veya salonlarda, b) Tutuklu veya hükümlüler için Cumhuriyet Savcılığınca izin verilmesi üzerine ceza veya tutukevinde, c) Hastalar için baştabibin veya müdürün izin vermesi üzerine hastahanelerde" yapılması (Evl. Yön. md.26) da mümkündür.

Evlendirme, "yetkili evlendirme memuru" tarafından yapılmalıdır. Evlenme iradesi, yetkili olmayan bir kimse önünde açıklanmışsa, geçerli bir evlenme akti yapılamaz. Ancak, Yargıtay'ın 1988 tarihli bir içtihadı birleştirme kararına⁷⁵ göre, kanundaki hükümlere uygun hareket edildiği inancı içinde, köy muhtarı huzurunda yapılan bir evlenme akti, muhtarın kendi idarî görev alanı dışında yapılmış olsa bile geçerlidir.

3. Evlilik Bağının Butlanla Sakat olması ve Evlilik Birliğinin Boşanma ile Sona Ermesi:

a- Evlenme Aktinin Butlanla Sakat Olması:

Evlenme akti prensip itibarıyla hayat boyu devam etmesi için yapılır. Gaiplik kararının alınmış olması evlilik birliğini sona erdirmez. Evlilik birliğinin sona ermesi, ancak hâkim kararı ile mümkündür. Medenî Kanun'un değişik 94'üncü maddesinde düzenlenen gaiplik kararının alınması ve bu karar üzerine nüfusa tescil işleminin yapılmış olması durumunda, sağ kalan eş nüfus idaresine müracaat ederek, evliliğin feshini talep edebilir. Kanun'da, böyle bir düzenlemenin yer alması, evlilik birliğinin ancak hâkim hükmü ile

75. İçtihadı Birleştirme Kararı, 13.12.1985, 4/9, Resmî Gazete nr. 18983

sona erdirilebileceği kuralına ters düşmektedir ve isabetli olmamıştır. Hangi hallerde hâkimin evlilik birliğini sona erdirebileceği ise, Kanun'da tek tek belirtilmiştir. Evlilik birliğinin sona ermesi, açılan butlan dâvası sonucunda verilen butlan kararı ile veya boşanma sebeplerinden biri varsa boşanma kararı ile mümkün olur.

b- Evliliğin Butlan Kararı ile Geçersiz Olması:

Evlenme akti yapılırken taraflardan biri evli ise, evlenme aktinin yapıldığı sırada taraflardan biri akıl hastası ise, temyiz kudretinden devamlı olarak yoksun ise veya evlenenler arasında kanun-koyucunun yasakladığı derecede kan hısımlığı veya sıhrî hısımlık söz konusu ise, evlenme butlan ile sakattır(MK md.112).

Evlenme, Kanun'da belirtilen nisbî butlan sebeplerinden biri ile sakatsa, ilgililer, süresi içinde evlenme aktinin fesh edilmesini talep edebilirler(MK md.115 vd).

Bu sebeplere ilâve olarak, 1988 yılında, 3444 sayılı Kanun'la evlilik birliğinin sona erdirilmesi için yeni bir sebep daha öngörülmüştür. Bu Kanun'la, transseksüeller için bir düzenleme öngörülmüştür. Medenî Kanun'un 29'uncu maddesinin 2'nci fıkrasına göre, "cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur".

C- Boşanma ve Boşanmanın Sonuçları :

1. Boşanma:

Evlilik, hayat boyu devam etmesi amacı ile kurulan bir kader birliğidir; fakat, bazı hallerde, evliliğin sona erdirilmesi zorunluluğu ortaya çıkar. Evlilik, ancak Kanun'da öngörülen sebeplerden birinin varlığı halinde sona erdirilebilir. Kanun'da hükme bağlanan boşanma sebepleri, zina, cana kast, pek fena muamele, cürüm ve haysiyetsizlik, terk, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması veya müşterek hayatın yeniden kurulamaması halleridir.

Medenî Kanun, boşanmayı da, tıpkı evlenmedeki gibi, çok karmaşık ve sıkı birtakım şekil şartlarına bağlanmıştır.

İçişleri Bakanlığının 1942 yılında yaptırdığı bir araştırmanın sonuçları, boşanmanın zor olmasının da imam nikâhı ile yapılan evlilikleri artırdığını göstermektedir. Bu çalışmada, İslâm Huku-

ku'nda boşanmanın son derece kolay oluşunun, buna karşılık Medenî Kanun'un boşanma ile ilgili hükümlerinin boşanmayı çok zorlaştırmış bulunmasının, resmî evlilikten kaçmaktaki başlıca neden olarak işaret edilmektedir. Medenî Kanun'un 134'üncü maddesinin 2'nci fıkrasının değiştirilmesinden önce, boşanmada "kusur preni-bi"ne yer verilmişti. Taraflardan biri evliliğin temelinden sarsılmasında kusurlu ise, o kişi boşanma dâvası açamazdı. Yargıtay kararları, kusurun hâkim tarafından re'sen gözönünde tutulması gerektiği yolundadır. Bir diğer ifade ile, Yargıtay, kusuru bir "itiraz" sebebi olarak kabul etmiştir. Bu yolla Yargıtay, kadının ve çocuğun menfaatini daha iyi korumak istemiştir; çünkü, çalışmayan kadın ve çocuk, boşanma ile çoğu zaman ekonomik açıdan zor duruma düşmektedir. Kadının iş bulması, hele biraz yaşlı ise, hiç de kolay değildir. Boşanmanın kadını bakıma muhtaç hale düşürdüğü çok sık karşılaşılan bir görülmektedir.

Ancak, böyle bir çözüm tarzı, toplumun sosyal ve kültürel yapısı nedeniyle benimsenememiş ve erkeğe yüklenen ağır bir yük olarak değerlendirilmiştir. Toplumun büyük bir kısmının değerlendirmesine göre, temelinden sarsılan bir evliliği kocanın kusurlu da olsa sona erdirememesi, erkek için ağır bir cezadır. Böylece, toplumda yerleşik an'aneler boşanmanın kolaylaştırılması görüşünü giderek kuvvetlendirmiştir.

Boşanmanın kolaylaştırılması veya kolaylaştırılmaması gerektiğine ilişkin iki görüş de öğretilerde savunulmuştur. Sonuçta, boşanmanın kolaylaştırılmasını savunanlar kendi görüşlerini kanunkoyucuya benimsetmişlerdir. Medenî Kanun'un boşanmalarda en çok dayanıldığı görülen 134'üncü maddesinin, bir taraftan birinci fıkrası değiştirilirken, öte taraftan maddeye de üç yeni fıkra ilâve edilmiştir. Yapılan bu değişikliğe göre, diğer eşe nazaran daha ağır kusurlu eş de, belli şartlar altında, boşanma dâvası açabilir. Halbuki, 134'üncü maddenin eski şekline göre, boşanma dâvasını sadece kususuz eş açabiliyordu.

Kanunkoyucu, 134'üncü maddenin birinci fıkrasında esaslı bir değişiklik yapmış ve maddeye iki fıkra ilâve etmiştir. Bu fıkralarda "rızaî boşanma" ve "eşlerden birinin isteği ile boşanma" imkânları düzenlenmiştir. Kanunkoyucu, böylece, maddede yaptığı değişikliklerle, 134'üncü maddenin uygulanmasında "kusur prensibinden" vazgeçmiş ve "evlilik birliğinin sarsılması prensibini" benimsemiştir. Yeni düzenlemeye göre, her iki eş de, evlilik birliği, müşterek

hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, boşanma dâvası açabilirler.

Hâkim, dâvada, kusur unsurunu, karşı taraf bunu ileri sürmediği takdirde, kendiliğinden gözönünde tutamayacaktır. Ancak, dâvalı, diğer eşin kusurlu olduğunu defi olarak ileri sürebilir; fakat bu defi, hakkın kötüye kullanımı niteliğinde ise, meselâ, evlilik birliğinin devamında dâvalı veya çocuklar açısından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa, hâkim ileri sürülen kusur unsurunu nazarı itibara almayacaktır.

Medenî Kanun'un 134'üncü maddesine ilâve edilen 3'üncü fıkraya göre, evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte boşanma dâvasını açmaları veya açılan dâvayı daha sonra diğer eşin kabul etmesi hallerinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Her iki halde de evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kesin karine olarak, yani aksi ispat edilemeyen bir karine olarak kabul edilir. Kanunkoyucu ana prensipten burada da ayrılmamış; evlilik birliğinin sona erdirilmesinde, bu birliğin temelinden sarsılmış olması hususunu yine aramıştır.

Hâkimin evliliği taraf iradelerine dayanarak sona erdirmesinde, kanunkoyucu hâkime önemli bir görev vermiştir.

Hâkim, evliliği sona erdirme kararını vermeden önce, bizzat tarafları dinleyerek, onların boşanmaya yönelik iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırmalı ve boşanmanın malî sonuçları ve çocukların durumu hususlarında taraflarca kabul edilecek düzenlemeleri uygun bulmalıdır. Hâkim, tarafların getirdiği anlaşmayı uygun bulmazsa, kendisi, gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir ve bu değişiklikler taraflarca kabul edilirse, boşanmaya karar verir. Tarafların ileri sürülen bu değişiklikleri kabul etmemeleri halinde, hâkim, boşanmaya karar veremez. Boşanmanın, Medenî Kanunun 134'üncü maddesinin 3 numaralı bendinde yer alan ve öğretide "rızaî boşanma" olarak nitelenen bu şekilde, 150'nci maddenin 3 numaralı bendi hükmünün uygulanmayacağı açıkça ifade edilmiştir.

Medenî Kanun'un 134'üncü maddesinin 4'üncü bendinde ise, şartların gerçekleşmesi halinde, "taraflardan birinin isteği üzerine boşanma" imkânını öngörülmektedir. Böylece, kanunkoyucu 4'üncü fıkra ile, boşanmayı kolaylaştırıcı yeni bir hüküm daha öngörmüş olmaktadır. 134'üncü Maddenin 4'üncü fıkrasına göre,

hâkim, boşanma hangi sebeple açılmış olursa olsun, dâvanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verir.

Medenî Kanun'un 134'üncü maddesindeki değişiklikten, özellikle de 4'üncü fıkranın ilâvesinden sonra, boşanmaların sayısında belli bir artış görülmüştür⁷⁶. Ancak, buna karşılık, resmî evliliklerin sayısında da bir artış gözlenmektedir.

2. Boşanmanın Sonuçları

Boşanma kararının kesinleşmesi ile evlilik sona erer. Evliliğin sona ermesi, karının ismi, vatandaşlığı, miras hakkı, yoksulluk nafakası, maddî ve mânevî tazminat talebi, müşterek çocuklar varsa, bunların velâyetlerinin kime verileceği gibi önemli meseleleri beraberinde getirir.

a- Kadının İsmi:

Medenî Kanun'un eski 141'inci maddesine göre, kadın, boşanmadan sonra, evlenmeden önce taşıdığı aile ismini (soyadını) tekrar alıyordu; eğer evlenmeden önce dul idiyse, kendi aile ismini taşımasına boşanma hükmü ile birlikte müsaade edilebilmekteydi. Bu maddenin, sosyal hayatın ihtiyaçlarını karşılamaktan uzak olduğu açıktır; çünkü, toplumda kocasının soyadıyla tanınan kadın, boşanmadan sonra bu adı taşıyamadığı için, kendi aleyhine ortaya çıkan bir takım durumlarla karşılaşmakta, bazı kazandığı değerleri kaybetmek tehlikesiyle yüz yüze gelmekteydi; bu nedenle de, çoğu kez, boşanma ile kaybettiği ismi, Kanun'daki bir başka hükümden yararlanarak, dolaylı şekilde, yani kanuna karşı hile ile elde etmeğe çalışmakta idi. Bunun için de, Medenî Kanun'un 26'ncı maddesinde düzenlenen, "muhik bir sebebin varlığı halinde kişilerin adlarını değiştirebilmesi" imkânından yararlanılıyordu.

76. Sene	Boşanma(%0)	Sene	Boşanma (%0)
1950	0.37	1988	0.41
1960	0.40	1989	0.46
1970	0.26	1990	0.46
1980	0.38	1991	0.47
1985	0.37	1992	0.46
		199	0.46

Bu nedenle, 1990 yılında, kanunkoyucu Medenî Kanun'un 141'inci maddesini kısmen değiştirmiştir. Maddenin yeni şekline göre, kadın boşanmadan sonra "bekârlık soyadını" alır. Ancak, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğunu ve bu soyadını taşımasının kocasına zarar vermeyeceğini isbatlarsa, talebi üzerine hâkim, kadına kocasının soyadını taşımasına izin verir.

Kadının kocasının soyadını taşımaya devam etmek hususundaki menfaati, meslekî açıdan olabileceği gibi, sosyal açıdan da, meselâ velâyet hakkının kendisinde kalması gibi, olabilir.

Hâkimin, kadının kocasının soyadını taşımasına müsaade ederken, bu durumun kocaya bir zarar verip vermeyeceğini gözönünde bulundurması gerekir. Koca, karının soyadını taşımasını, menfaatlerine zarar vermeye başladığını isbat ederek, her zaman engelleyebilir.

Karı, kocanın soyadını taşımak iznini almışsa, bu izinden sadece kendisi yararlanır. Meselâ, boşanmadan üçyüz gün sonra doğan çocuklar, bu soyadından yararlanamazlar. Onlar, analarının bekârlık soyadını taşırlar.

b- Mâmelekî Haklar:

Evlilik birliğinin boşanma ile sona ermesi üzerine, kusursuz eşin, diğer eşten maddî ve mânevî tazminat ile, yoksulluk nafakası istemek hakkı vardır. Kanunkoyucunun tazminatlara ilişkin olarak hüküm öngörmesinin sebebi, kusursuz eşin ekonomik ve kişisel durumunu kısmen de olsa düzenleyebilmesi imkânını kendisine vermek düşüncesidir. Yoksulluk nafakasının öngörülme sebebi ise, daha çok, eşlerin evlilikteki yardım yükümlülüğünün bir uzantısı olarak, boşanma nedeniyle birinin yoksulluğa düşmesi durumunda diğer eşin zor durumda kalana yardım etmesinin arzu edilmesidir.

Maddî ve mânevî tazminat dâvasını açacak eşin, boşanmada kusursuz olması aranır. Hâkim, maddî ve mânevî tazminat dâvaları açıldığında, duruma uygun olarak ve takdir yetkisini kullanarak, münasip bir tazminata hükmeder. Hâkimin maddî veya mânevî tazminata hükmedebilmesi için, tazminat ödemekle yükümlü tutulacak eşin boşanmada mutlaka kusurlu olması aranır.

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesine göre, yoksulluk nafakasının istenebilmesi için, kusursuz boşanmış eşin, boşanma nede-

niyle yoksulluğa düşmüş olması şarttır. Yoksulluk nafakası ödeyecek eşin ise, boşanmada kusurunun olup olmamasının önemi yoktur. Yoksulluk nafakası eskiden bir yıllık bir süre ile sınırlı iken, 144'üncü maddede yapılan değişiklikle, bu nafakaya süresiz olarak da hükmedilebileceği esası getirilmiştir. Bu değişikliğin sebebi, kanunkoyucunun, Medenî Kanun'un 134'üncü maddesinin yeni şekliyle kolaylaştırılan boşanmanın yaratabileceği sakıncaları, yoksulluk nafakası vasıtasıyla önlemeyi amaçlamasıdır.

Medenî Kanun'un 144'üncü maddesinin yeni şekline göre, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek eş, kendi kusuru karşı tarafın kusurundan daha ağır olmamak şartıyla, onun mâlî gücü oranında ve süresiz olarak nafaka isteyebilir. Madde, boşanma yüzünden yoksulluğa düşmesi halinde erkeğin de karıdan nafaka isteyebileceğini hükme bağlamıştır. Ancak, kocanın, karıdan nafaka isteyebilmesi için, karının "hâli refahta olması" şartı aranır. Maddenin bu düzenleme tarzının Anayasa'ya aykırılığı tartışmaya açıktır.

Hâkim, yoksulluk nafakasının ve maddî tazminatın toptan veya irat şeklinde ödenmesine hükmedebilir. Buna karşılık, mânevî tazminatın ise, mutlaka toptan ödenmesine karar verilmek gerekir. Medenî Kanun'un değişik 145'inci maddesinin 2'nci fıkrasında bu husus açıkça hükme bağlanmıştır.

Medenî Kanun'un değişik 145'inci maddesinde, maddî tazminata veya yoksulluk nafakasına irat şeklinde hükmedilmişse, aksi öngörülmediği takdirde, bu iradın yoksulluğun zâil olması veya eşin haysiyetsizce hayat sürmesi, bir evlenme akti olmadan fiilen karı koca gibi yaşaması, yeniden evlenmesi yahut eşlerden herhangi birinin ölümü ile kesileceği belirtilmiştir. Hâkim, maddî tazminata veya yoksulluk nafakasına irat şeklinde hükmetmiş ise, iradı gerektirecek durumun önemli ölçüde azalması veya borçlunun mâlî gücünde önemli ölçüde azalma olması durumunda, iradın indirilmesine veya kaldırılmasına karar verebileceği gibi, değişen durumlara göre ve hakkaniyet gerektiriyorsa, iradın artırılması yoluna da gidebilir.

D- Evlenmenin Umumî Hükümleri ve Evlilikte Karı, Koca Mallarının İdaresi :

Kanunkoyucu evliliğe bir tüzel kişilik bahşetmemekle beraber, onu "hukukî bir birlik" olarak kabul etmiştir. Evlenmenin umumî

hükümleri, toplumda herhangi bir güçlüğü sebep olmaksızın kolaylıkla uygulama alanı bulmuştur. Bu hükümler, 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanun'daki hükümlerle hemen hemen tamamen aynıdır. Sadece, İsviçre Medenî Kanunu alınırken, İsviçre'deki "kanunî mal rejimi" sisteminden bilinçli olarak vazgeçilmiş ve "mal ayrılığı rejimi", kanunî mal rejimi olarak benimsenmiştir. Eski Türk Devletlerinde ve İslâm Hukuku'nda da uygulanması⁷⁷ ve toplumun daha kolay benimseyeceği düşüncesi, İsviçre'de uygulanan sistemden ayrılılarak, mal ayrılığı rejiminin alınmasında önemli rol oynamıştır. Kanun'da mal ayrılığı rejiminin yanında, diğer mal rejimleri de düzenlenmişse de, bu rejimler hemen hemen hiç uygulama alanı bulmamıştır.

E- Ana Baba ve Çocuk İlişkileri:

Medenî Kanun'daki hükümler, çocuk evlilik birliği içinde doğmuşsa, hiçbir güçlük yaratmadan uygulanmaktadır; fakat, aynı hususu çocuğun evlilik dışında doğması halinde de söyleyebilmek mümkün değildir. İmam nikâhı ile yapılan evlilikler hâlâ mevcut olduğu için, bu birleşmelerden doğan çocuklar hukukî problemleri de beraberlerinde getirmektedirler. Bu çocuklar, imam nikâhı ile evliliklerden doğdukları için, babaya karşı nesepsizdirler. Bunların neseplerinin düzeltilmesi için idarî tedbirler almak yoluna başvurulmuştur. Bugüne kadar birincisi 1933 yılında ve sonuncusu 1991 yılında olmak üzere 7 özel Kanun çıkarılmıştır⁷⁸. Af Kanunları ile kanunkoyucu, toplumda sosyal hakkaniyeti gerçekleştirmek istemiştir; çünkü doğan çocukların babasız kalmasında ne çocukların, ne de toplumun bir yararı vardır.

77. ORTAYLI, İ. s.283 (naklen JENNİGS, R.: Women in the Early 17th. Century, JESHO Vol.XVIII, Part.I, s.101.

78. 8.5.1991, nr.3716 yürürlüğe giren Af Yasası 16.5.1996 'da yürürlükten kalkacaktır.

<u>Kanun nr.</u>	<u>Çocuk sayısı</u>
2330 und 2576 (1933, 1934)	3.227.138
4727(1945)	1.183.707
5524(1950)	1.443.374
6652(1956)	1.870.520
554(1965)	2.275.533
1826(1974)	613.520
2526 (1981)	1.689.422
3716(1991)	321.776 (Bu sayı 1.7. 1995 tarihine kadardır)

Statistik verilere göre, imam nikâhı ile yaşamalardan doğan çocukların, resmî evliliklerden doğanlara oranı başlangıçta %25 iken, daha sonara bu oran%15'e gerilemiştir.1991-1993 yıllarında ise istatistik verilere göre verilerine göre bu oran %11'dir

Af Kanunları olarak nitelenen bu özel kanunlar, sadece, imam nikâhı ile yapılan evliliklerden doğan çocukları değil, aynı zamanda imam nikâhı olmaksızın sürekli olarak devam eden, evlilik dışı birleşmelerden doğan çocukları da kapsamaktadır. Evlilik dışı doğan çocukların Af Kanunlarına göre, babaya sahih nesepe bağı ile bağlanması sağlanır ve bu çocuklar sahih nesepli çocuk olarak babanın nüfus hanesine kaydedilir. Nüfusa kaydedilen çocuklar doğdukları günden itibaren sahih nesepli olarak kabul edilir. Geçici evlilik dışı birleşmelerden doğan çocuklar ise, bu Kanun'un kapsamına girmezler.

Erkek evli değilse, eğer bu ilişkiden hayatta olan evlilik dışı doğmuş çocuk varsa, evlilik dışı ilişki de, talep üzerine evlilik olarak kütüğe kaydedilir.

Gayet tabiidir ki, Af Kanunları, evlilik dışı çocukların neseplerinin düzeltilmesi açısından, büyük kolaylıklar sağlar; bir haksızlığı ortadan kaldırarak, toplumda huzuru sağlar. Ancak, diğer yandan, Af Kanunları, imam nikâhı ile evliliklerin devamını kolaylaştırır; çünkü imam nikâhı ile evlenenler bu evliliğin beraberinde getirdiği sıkıntıları hissetmemektedirler; kanunkoyucunun meseleye nasıl olsa günün birinde çözüm getireceği hususunda güven içindedirler.

F- Vesayet:

Vesayet, çocuklar üzerinde velâyetin tesisinin mümkün olması halinde, onun yerini alan bir müessesedir. Bu konuya ilişkin hükümler, Medenî Kanun'un yürürlüğe girmesinden bu yana hiç bir değişikliğe uğramamıştır. Öte yandan, gerekli müesseselerin kurulmaması nedeniyle, bu hükümler arzulan uygulama alanı da bulamamıştır.

G-Evlât Edinme:

1983⁷⁹ ve 1990⁸⁰ Tarihlerinde yürürlüğe giren Kanunlarla, Medenî Kanun'un evlât edinmeye ilişkin hükümlerinin bir kısmında değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden en önemlisi, evlât edin-

79. Evlât edinmeyle ilgili hükümlerde ilk değişiklik 16.6.1983 tarih ve 2846 sayılı Kanunla yapılmıştır. Bu Kanun Resmî Gazetesinin 18.6.1983 tarihli ve 18081 sayısı ile yayımlanmıştır.

80. Evlât edinme ile ilgili olarak ikinci değişiklik, 14.11.1990 tarihli ve 3678 sayılı Kanunla öngörülmüştür.

me yaşının indirilmiş olmasıdır. Evlât edinme yaşı, 2846 sayılı Kanun'la evlât edinecek açısından otuzbeşe indirilmiştir. Yine bu Kanunla, evlât edinilenin küçük olması ve karı kocanın küçüğü birlikte evlât edinmeleri halinde, küçüğün nüfus kaydında ana, baba adı olarak, evlât edinen karı kocanın adlarının yazılabileceği öngörülmüştür (MK d.257 f.2). Çocuğun, reşit olduktan sonra, tabii ana babasının ismini kullanması hakkı saklı tutulmuştur (MK md.257, f.4). Kanunkoyucu, isabetli olarak, evlât edinme ile ilgili kayıtların gizli olduğunu da hükme bağlamıştır.

3678 sayılı Kanun'la da yine evlât edinmeye ilişkin hükümlerin bir kısmında değişiklik yapılmış, Medenî Kanun'a bazı maddeler, fıkralar ilâve edilmiştir. Bu Kanun'la evlât edinme hükümlerine eklenen 254/a maddesine göre, ana babanın kim olduğunun veya nerede bulunduğu uzun süreden beri bilinmemesi, ya da bu kişilerin sürekli olarak temyiz kudretinden mahrum olması halinde, bunların rızası aranmaz. Aynı kural, velâyetin kaldırılmasını gerektirecek ölçüde çocuğu ile ilgisiz olan ana veya baba için de geçerlidir.

Yine 3678 sayılı Kanun'la, Medenî Kanun'un 255'inci maddesinde yapılan değişiklikten sonra, eşlerden birinin evlât edinmek istemesi ve diğer eşin devamlı olarak temyiz kudretinden mahrum olması halinde, onun rızasının aranmayacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda, hâkim, temyiz kudretinden mahrum eşin kanunî mümessilini dinler, haklı sebeplerin varlığı halinde talebin kabulüne karar verir.

III- ANAYASA'YA AYKIRI BULUNDUĞU İÇİN ANAYASA MAHKEMESİ TARAFINDAN İPTAL EDİLEN HÜKÜMLER:

1982 Tarihli Anayasa'da, bir müessese olarak aile özel bir şekilde korunmuş (Anayasa md.41); ananın ve çocuğun korunması prensibi açıkça vurgulanmıştır. Bir taraftan bu Anayasa'da yepyeni bazı prensipler yer aldığından, öte yandan da bunların Medenî Kanun'un maddeleri içinde yer almasına imkân olmadığından, Aile Hukuku'ndaki bazı hükümler, Anayasaya aykırı hale düşmüştür. Bunların bir kısmı hakkında Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla iptal dâvası açılmış ve iptallerine karar verilmiştir. Meselâ, Medenî Kanun'un 310'uncu maddesinin 2'nci fıkrası, 292'inci 159'uncu maddeleri gibi.

Anayasa Mahkemesi, Medenî Kanun'un 310'uncü maddesinin 2'nci fıkrasındaki "Münasebet-i cinsiye zamanında nüddeialeyleh evli ise, hâkim, babalığa hükmedemez" hükmü iptal edilmiştir⁸¹. Anayasa Mahkemesi, kararının gerekçesinde, bu hükmün, Anayasa'da düzenlenen eşitlik, ailenin korunması prensiplerine ve Anayasa'nın "başlangıç" kısmında öngörülen ilkelere aykırı olduğunu belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi, daha sonra, Medenî Kanun'un 292'nci maddesini de, yukarıda belirtilen prensiplere aykırılık taşıdığı gerekçesiyle kısmen iptal yönüne gitmiştir⁸². Böylece, babanın evli de olsa, evlilik dışı çocuğunu tanıyabilmesi imkân dahiline girmiştir. Yeter ki, çocuk fücür mahsülü olmasın veya ana yönünden zina ürünü bulunmasın; çünkü, fücür mahsülü çocuklar için babalık dâvası açılmasının veya bu çocuklarının baba tarafından tanınmasının yasak olduğunu belirten hükümler, Anayasa'ya aykırı olmalarına rağmen, hâlâ yürürlüktedir. Bunların hukukî durumlarını düzeltmek de oldukça zor görünmektedir; zira, toplum nazarında bu çocuklar aşağılanmaktadır. Dolayısıyla, babasız kalmaları bu gibi çocukların kendi menfaatlarına daha uygundur.

Anayasa Mahkemesi, 1990 yılında verdiği bir kararla⁸³, Medenî Kanun'un 159'uncü maddesini de Anayasa'ya aykırı bulunduğunu belirtmiş ve iptal etmiştir. Medenî Kanun'un bu maddesine göre, "karı koca mallarını idare için hangi usûlü kabul etmiş olurlarsa olsunlar, karı kocasının sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir"di. Mahkeme, iptal kararının gerekçesinde, bu hükmün, "eşitlik ilkesine" aykırı olduğunu, "kişinin maddî ve mânevî varlığını geliştirme hakkına sahip olması prensibi" ile de bağdaşmadığını belirtmiştir.

IV- İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI

Yargıtay, içtihadî birleştirme kararlarıyla, kanundaki boşlukları doldurmaya, toplumun ihtiyaçlarına hakkaniyeti uygun çözümler getirmeye amaçlamaktadır. Aile Hukuku alanıyla ilgili bazı içtihadî birleştirme kararlarına aşağıda yer verilmiştir.

-
81. 21.5.1981, 29/21 (Karar, Resmî Gazete'nin 18.8.1981 tarih ve 17432 sayılı ile yayımlanmıştır).
 82. 2.1.1991, 90/15-5 (Karar, Resmî Gazete'nin 27.3.1992 tarih ve 21184 sayısında yayımlanmıştır).
 83. 29.11.1990, 30/31 (Karar, Resmî Gazete'nin 2.7.1992 tarih ve 21272 sayısından yayımlanmıştır).

A. Büyük anne ve Babanın Torunla İlişki Kurmak Hakları

Büyük anne ve babanın çocuklarının ölümünden sonra, torunlarıyla şahsî ilişkiler kurmak haklarının bulunup bulunmadığı hususu Aile Hukuku ile ilgili hükümlerle düzenlenmemiştir. Bu boşluk, Yargıtay'ca bir içtihadı birleştirme kararı verilerek doldurulmuştur. Söz konusu kararda, büyükbabanın, oğlunun ölümünden sonra torunu ile şahsî ilişki kurmağa hakkının olduğu görüşü benimsenmiştir⁸⁴. Kararın gerekçesine göre, çocuğun büyükbaba ile şahsî ilişki kurması bir taraftan çocuğun ruhî gelişmesi bakımından gereklidir; oğlunun ölümünden sonra dedenin torunu ile ilişki kurmak isteğine saygı gösterilmelidir; çünkü, bir ilişkinin kurulmasının arzulanması, bir bakıma, eşyanın tabiatı icabıdır.

B. Boşanmadan Sonra Manevî Tazminat Talebi:

Yargıtay, 1988 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı ile⁸⁵, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra da mânevî tazminat dâvası açılabileceği fikrini benimsemiştir. Kararda, gerekçe olarak, Anayasa'daki hak arama özgürlüğünün zaman itibarıyla de sınırlanamayacağı, kişinin haklarını istediği zaman arayabileceği görüşlerine yer verilmiştir.

C. Yetkisiz Bir Evlendirme Memuru Tarafından Yapılan Evlendirme:

1985 tarihli bir içtihadı birleştirme kararı ile⁸⁶, Yargıtay, Kanun'daki hükümlere uygun hareket ettiği inancı ile köy muhtarı huzurunda yapılan evlenme akitlelerinin, muhtarın kendi idarî görev alanı dışında yapılmış bulursa, bile, geçerli olacağına hükmetmiştir.

SONUÇ

Objektif bir değerlendirmeye, Cumhuriyet'in ilânını müteakip, İsviçre Medenî Kanunu'nun kabulüyle başlatılan Medenî Hukuk alanındaki resepsiyonun, amaçlarına ulaşmış olduğu günümüzde rahatlıkla söylenebilir. Bu yeni Kanun'un iktibasıyla başlayan Medenî Hukuk, özellikle de Aile ve Miras Hukukları tutunmuş, yerleşmiş ve hattâ kendi kendini geliştirmeğe dahi başlamıştır. Aradan geçen 70 yıl, millî hukukun gelişmesi için yeterli olmuş; halkın hukuk şuurunu etkileyen islâmî an'aneler yavaş yavaş terkedilmiş-

84. 18.11.1959, 12/29, Resmî Gazete nr.10482

85. İçtihadı birleştirme kararı 22.1.1988, 5/1 Resmî Gazete 15.6.1988, nr.19843

86. İçtihadı birleştirme kararı, 13.12.1988, 4/9, ŞENER, E.: s. 219.

tir. İmam nikâhıyla yapılan evlenmeler ve evlilik dışı çocuklarla ilgili istatistik rakamları bunu açıkça göstermektedir. İmam nikâhıyla yapılan evlenmelerin toplam evlenmeler içindeki oranı, Medenî Kanun'un kabulünün ilk yıllarında takriben % 25 iken, bu oran 1990 yılında % 5'e gerilemiştir. Keza, buna bağlı olarak, 1933 yılında % 25 civarında olan evlilik dışı çocuk oranı, 1990 yılında % 11'e inmiştir.

Aynı şekilde, halkın hukuk şuurunda uzun yıllar yer etmiş bulunan "başlık" müessesesi de, eski uygulanırlığını hızla kaybetmektedir. Nitekim, bir araştırmaya göre, 1968 yılında, kırsal alanda % 63.3'e ulaşan "başlık" oranı, istatistik rakamlarına göre 1988 yılında % 26.68'e düşmüştür.

Bu arada, evlilik içi ve evlilik dışı çocuklar arasında fark yaratan kanun hükümleri kaldırılmıştır.

Aile Hukuku alanında, yeni eğilimler gözönünde tutularak yapılması gereken değişiklikler, adım adım gerçekleştirilmektedir; bu amaçla, kurulan bir Komisyon devamlı çalışma halindedir. Bu şekilde, yeni eğilimlerin takip ve tespit edilerek kanuna yansıtılması, gerekli kanunî değişikliklerin gerçekleştirilmesi, sadece ve sadece toplumun Medenî Kanun'u benimseyip, kabul etmesinin mümkün kıldığı bir gelişmedir; zira, şeriat düzeninin hâkim olduğu bir sistemde, bu husus asla mümkün olamazdı.

Bununla beraber, itiraf etmek gerekir ki, bazı müesseseler bir reforma muhtaçtır. Meselâ, "kanunî mal rejimi", "mal ayrılığı" sistemlerinin günümüz toplumunun ihtiyaçlarını çözüm getiremediği açıkça görülmektedir. Boşanma Hukuku yeni baştan düzenlenmelidir; zira, Boşanma Hukuku alanında "kusur prensibi" ve "evliliğin temelinden sarsılması esası" birlikte uygulanırken, boşanmanın mâlî sonuçları konusunda sadece "kusur prensibi"ne yer verilmiştir.

Ana-baba ve çocuk arasındaki ilişkiler, tamamen yeni bir prensip olan "çocuğun menfaati" esası gözönünde tutularak yeniden düzenlenmelidir. Meselâ, "ana-babının velâyet hakkını müştereken kullanması prensibi", "üvey çocuklara karşı her iki eşin birlikte velâyet hakkına sahip olmaları prensibi" gibi.

Aynı şekilde, karı ve kocanın hak ve yükümlülükleri konusunun da "eşitlik prensibi" gözönünde tutularak yeni baştan düzenlenmesine ihtiyaç vardır.