T.C.
MARMARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
İLAHİYAT ANABİLİM DALI
İSLAM HUKUKU BİLİM DALI

İSLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Yüksek Lisans Tezi

ABDURRAHMAN SAVAŞ

Danışman
Prof. Dr. CELAL ERBAY

İstanbul, 2006

Marmara Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Tez Onay Belgesi

ILAHIYAT Anabilim Dalı ISLAM HUKUKU Bilim Dalı Yüksek Lisans öğrencisi ABDURRAHMAN SAVAŞ nın ISLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENI HUKUKUNDA EVLENMENIN HÜKÜMSÜZLÜGÜ VE HUKUKI SONUÇLARI adlı tez çalışması ,Enstitümüz Yönetim Kurulunun 22.06.2006 tarih ve 2006-6/13 sayılı kararı ile oluşturulan jüri tarafından Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

	Ö(:ıretim Üyesi Adı Sovadı	imzası
Tez Savunma Tarihi	: *08/11/2006*	
1) Tez Danışmanı:	PROF. DR. CELAL ERBAY	.....
2) Jüri Üyesi	PROF. DR. FAHRETTiN ATAR	.....
3) Jüri Üyesi	PROF. DR. iSMAiL KARA	.....



İÇİNDEKİLER

KAYNAKÇA xii
KISALTMALAR xx

GİRİŞ
KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. Konunun Takdimi 1
II- Konunun Önemi 2
III. Kanunun Sınırlandırılması 3

BİRİNCİ BÖLÜM
İSLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜK TEORİLERİ

§ 1-İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ 5
I- Genel Olarak 5
II- İslam Hukukunda Sözleşmenin Unsurları ve Şartları 6
A) Sözleşmenin Kurucu Unsurları 6
1- Genel Olarak 6
2-Taraflar 7
3- İrade Beyanları 9
4- Sözleşmenin Konusu 11
B) Sözleşmenin Sıhhat (Geçerlilik) Şartları 12
1- Genel Olarak 12
2- Sözleşmenin Konusunun ve Bedelinin Belirlenmiş Olması 13
3-Sözleşmede Garar Bulunmaması 14
4- Sözleşmede İkrah Bulunmaması 15
5- Sözleşmede Zarar Olmaması 16
6- Müfsid (Bozucu) Şart Olmaması 16
7- Faiz 16
C) Sözleşmenin Nefaz (Etkinlik) Şartları 17

D) Sözleşmenin Lüzum (Bağlayıcılık) Şartları 18
III- İslam Hukukunda Hükümsüzlük Teorileri 19
A) Genel Olarak 19
B) Butlan 20
C) Fesad 24
D) Mevkuf Olma 26
§ 2- TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ 28
IV- Türk Hukukunda Sözleşmenin Unsurları ve Şartları 28
A) Sözleşmenin Kurucu Unsurları 28
1- Genel Olarak 28
2- İrade Beyanları 29
3- Sözleşmenin Konusu 31
4- Hukuki Sonuç 32
5- Diğer Kurucu Unsurlar 32
B) Sözleşmenin Geçerlilik Şartları 32
1- Tarafların Ehliyeti 33
2- Kişilik Haklarına Aykırı Olmama 33
3- Şekil Şartlarına Aykırı Olmama 34
4- Hukuka Aykırı Olmama 34
5- Ahlaka Aykırı Olmama 35
6- Kamu Düzenine Aykırı Olmama 35
7- İmkansızlık 36
8- Sözleşmenin Muvazaalı Olmaması 36
C) Sözleşmenin Bağlayıcılık Şartları 37
1- Genel Olarak 37
2- Hata 39
3- Hile 39
4- İkrah 40
5- Gabin 41
D) Sözleşmenin Etkinlik Şartları 41
1- Kanuni Temsilcinin Onayı 42
2- Şartın Gerçekleşmesi 43
V- Türk Hukukuna Hükümsüzlük Teorileri 44

A) Genel Olarak 44
B) Yokluk.....44
C) Butlan.....45
D) Yokluk ve Butlanın Karşılaştırılması 47
E) İptal 49
F) Eksiklik.....50

II. BÖLÜM
İSLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

§- 3 İSLAM HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ.....52
I-Genel Olarak.....52
II- Evlenme Sözleşmesinin Rükünleri, Unsurları ve Şartları.....54
A) Evlenme Sözleşmesinin Rükünleri.....54
1- Taraflar.....54
2-İrade Beyanları 55
B) Evlenme Sözleşmesinin İn'ikat Şartları (Kurucu Unsurları) 56
1- Genel Olarak 56
2 Taraflara İlişkin Şartlar 56
a) Ehliyet 56
b) Evlenmede Velayet ve Velinin Yetkileri 58
c) Evlenmede Vekalet 59
3- İrade Beyanlarına İlişkin Şartlar.....61
a) İrade Beyanlarının Yapılış Şekli.....61
b) İrade Beyanlarının Sıygası 63
c) İrade Beyanlarının Uyuşması 63
d) İrade Beyanlarının Aynı Mecliste Yapılmış Olması 64
e) İrade Beyanlarının Geciktirici Şarta Bağlı Olmaması 66
4- Taraflar Arasında Evlenme Engelinin Olmaması 66
C) Evlenme Sözleşmesinin Sıhhat (Geçerlilik) Şartları 66
1-Şahitler.....67
a) Genel Olarak.....67

b) Şahit Olma Ehliyeti....68
aa) Temyiz Gücü....68
bb) Büluğ....69
cc) Müslüman Olmak....69
dd) Hür Olmak....70
ee) Şahitlerin Sayısı....70
ff) Şahitlerin Konuşulanı Duyması ve Anlaması....70
gg) Adaletli Olma....71
2-İrade Beyanlarının Fesada Uğramamış Olması....71
3- Taraflar Arasında Evlenme Engelinin Olmaması....72
4- Sözleşmenin Süreli Olmaması....72
D) Evlenme Engelleri....73
1- Genel Olarak....73
2- Sürekli Evlenme Engelleri....73
a) Kan Hısımlığı....74
aa) Kişinin Usulü (Üstsoyu)....74
bb) Kişinin Furuu (Altsoyu)....74
cc) Anne ve Babanın Furuu (Altsoyu)....75
dd) Dede ve Ninenin İlk Furuu (Altsoyu)....75
b) Sıhri Hısımlık....75
aa) Karının Usulü (Üstsoyu)....75
bb) Karının Furuu (Altsoyu)....76
bbb) Zina ve Evlenme Engeli....77
cc) Erkek Usulün Eşleri....77
dd) Furuun (Altsoyun) Eşi....78
c) Süt Hısımlığı....79
aa) Nesep Hısımlığı Açısından Süt Hısımlığı....79
aaa) Süt Usul (Üstsoy)....79
bbb) Süt Furuu (Altsoy)....79
ccc) Süt Anne ve Babanın Furuu (Altsoyu)....80
ddd) Süt Dede ve Süt Ninelerin Birinci Derece Furuu (Altsoyu)....80
bb) Sıhri Hısımlık Açısından Süt Hısımlığı....80
aaa) Eşin Süt Usulü....80

bbb) Eşin Süt Furuu....80
ccc) Süt Usulün Eşleri....80
ddd) Süt Furuun Eşi....81
3- Geçici Evlenme Engelleri....81
a) Kadının Evli Olması....81
b) İki Akraba İle Birden Evlenme....82
c) Üç Kere Boşama....82
d) Beşinci Kadın İle Evlenme....83
e) Lanetleşme (Lian)....84
f) Din Farkı....85
4-Evlenme Engellerinin Sözleşmeye Etkisi....85
III- Geçerlilik Bakımından Evliliğin Türleri....86
A) Sahih Evlilik....87
B) Sahih Olmayan Evlilik....87
1-Batıl Evlilik....88
2- Fasid Evlilik....89
§ 4 Türk Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü....89
I- Genel Olarak....89
II- Evlenmenin Yokluğu....90
A) Evlenmenin Yok Sayılmasını Gerektiren Haller....91
1- Evlenmenin Yetkili Memur Önünde Yapılmaması....91
a) Evlenme Merasimini Yapan Kişinin Resmi Evlendirme Memuru Sıfatını Taşımaması....91
b- İmam Nikahı....92
c) Evlendirme Memurunun Evlenme Merasimini Yetki Bölgesi Dışında Yapması:....94
2- Tarafların Cinsiyetlerinin Aynı Olması....96
a) Tarafların Cinsiyetlerinin Sözleşme Anında Aynı Olması....96
b- Taraflardan Birinin Cinsiyetini Sonradan Değiştirmesi....97
3- Tarafların İradelerini Açıklamamış olması....100
a- Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması veya İradesini Açıklamadan Ölmesi....102
aa) Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması.....102
bb) Tarafların Birisinin İradesini Açıklamadan Önce Ölmesi....103

b- Tarafların iradelerini Temsilcileri Aracılığı ile Açıklamış Olmaları.....103
B) Devletler Özel Hukuk Açısından Evlenmenin Yokluğu.....104
1- Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmenin Şekil Bakımından Değerlendirilmesi 105
a) Medeni Evlenmeler Açısından 105
b) Dini Evlenmeler Açısından 105
c) Rızai Evlenme Şekli.....106
2- Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların Cinsiyetleri Açısından Değerlendirilmesi 107
3- Yabancı ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların İrade Beyanları Açısından Değerlendirilmesi 108
a) Ölümden Sonra Evlenme.....108
b) Tarafların İradelerini Temsil Yoluyla Açıklamaları.....109
III. EVLENMENİN BUTLANI.....110
A) Genel Olarak 110
B) MUTLAK BUTLAN – NİSBİ BUTLAN AYRIMI.....112
C) MUTLAK BUTLAN 114
1- Genel Olarak 114
2- Mutlak Butlan Sebepleri 116
a) Eşlerden Birinin Evlenme Sırasında Evli Olması.....116
b) Eşlerden Birinin Evlenme Sırasında Sürekli Olarak Temyiz Gücünden Yoksun Olması 118
c) Eşlerden Birinin Evlenme Sırasında Akıl Hastası Olması 119
d) Eşler Arasında Evlenmeye Engel Olacak Derecede Hısımlık Bulunması 120
aa) Kan Hısımları Arasındaki Evlenme Engeli 120
bb) Sıhri Hısımlar Arasında Evlenme Engeli 122
cc) Evlatlık İlişkisinden Doğan Evlenme Engeli.....122
3- Mutlak Butlan Davası 124
a) Davanın Hukuki Niteliği 124
b) Davanın Tarafları.....124
aa) Davacı.....124
bb) Davalı 125
c) Dava Hakkının Kalkması 125
d) Mutlak Butlan Davasına Uygulanacak Yargılama Usulü.....126

D) Evlenmenin Nisbi Butlanı 126
1- Genel Olarak 126
2- Nisbi Butlan Sebepleri 127
a) Ayırt Etme Gücünden Geçici Yoksunluk 128
b) İrade bozukluğu 129
aa) Yanılma 130
aaa) Evlenmenin Mahiyetinde Yanılma 131
bbb) Eşin Kimliğinde Yanılma 132
ccc) Eşin Niteliğinde Yanılma 133
bb) Aldatma 136
aaa) Namus ve Onur Hakkında Aldatma 138
bbb) Tehlikeli Bir Hastalık Hakkında Aldatma 139
cc) Korkutma 141
c) Yasal Temsilcinin İzninin Bulunmaması 143
3- Nisbi Butlan Davası 145
a) Davanın Hukuki Niteliği 146
b) Davanın Tarafları 146
aa) Davacı 146
bb) Davalı 148
c) Dava Hakkının Ortadan Kalkması 148
d) Butlan Davasında Görev, Yetki ve Yargılama Usulü 149

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 5 İslam Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğünün Sonuçları 151
I- Batıl Evliliklerin Hukuki Sonuçları 151
A) Zifaftan Önce 151
B) Zifaftan Sonra 152
II- Fasid Evliliklerin Hukuki Sonuçları 154
A) Zifaftan Önce 154
B) Zifaftan Sonra 154
1-Taraflara Zina Haddi Uygulanmaz 155

2- Erkeğin Mehir Ödemesi Gerekir 155
3- Evlilik Evlenme Engeli Doğurur 156
4- Nesep Sabit Olur 156
5- Kadının İddet Beklemesi Gerekir 157
§ 6 Türk Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğünün Sonuçları 157
I- Evlenmenin Yokluğunun Hukuki Sonuçları 157
A) Yokluğun Tespiti 157
B- Evliliğin Yok Sayılmasının Aile Hukuku Açısından Sonuçları 158
1- Genel Olarak 158
2- Çocuk İle Anne Arasında Nesep Bağının Kurulması 158
3- Tabii Baba ile Çocuk Arasında Nesep Bağının Kurulması 159
a) Nesebin Tarafların Evlenmeleri ile Kurulması 160
c) Nesebin İdari Yolla Kurulması (Düzeltilmesi) 160
d) Tanıma 162
aa) Genel Olarak 162
bb) Tanımanın Şartları 163
aaa) Ehliyet 163
bbb) Çocuğun Tanınması Yasak Çocuklardan Olmaması 163
ccc) Tanıma Beyanının Şekle Uygun Olarak Yapılması 165
e) Babalık Davası 165
f) Yok Evliliğin Evlatlık İlişkisine Etkisi 166
C- Evliliğin Yok Sayılmasının Miras Hukuku Açısından Sonuçları 167
1. Bir Eşin Diğerine Mirasçı Olması 167
2. Yok Sayılan Evlenmeden Meydana Gelen Çocuğun Ana ve Babasına Mirasçı Olması 167
a) Anaya Mirasçı Olması 167
b) Babaya Mirasçı Olması 167
D) Evliliğin Yok Sayılmasının Ceza Hukuku Açısından Sonuçları 167
II- Evlenmenin Butlanının Hukuki Sonuçları 168
A) Eşler Bakımından Sonuçları 169
B) Çocuklar Bakımından Sonuçları 172
C) Üçüncü Kişiler Bakımından Sonuçları 172

SONUÇ.....173

KAYNAKÇA

Abdülhamid, Muhammed Muhyiddin, El Ahvalüş Şahsiye Fi-ş Şeriatil İslamiyye, Mısır 1966.

Acar, İbrahim H., İslam Hukukunda Evliliğin Sona Ermesi, Erzurum 2000.

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

Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2005. (Akıncı, Borçlar)

Akıncı, Şahin, Roma Hukuku Dersleri, Konya 2003. (Akıncı, Roma)

Akıncı, Şahin; Türkiye'de İmam Nikahı ve Köylerde Muhtarların Yaptıkları Evlenme

Akıntürk Turgut: Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.I, İstanbul, 2004.

Akyol, Şener, Borçlar Hukuku, İstanbul 1995.

Altunkaya, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Ankara 2005.

Ansay, Sabri Şakir, Hukuk Tarihinde İslam Hukuku, 4. bası, Ankara 2002.

Apaydın, Yunus, İslam Hukukunda Hukuki İşlemlerin Hükümsüzlüğü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1989.

Apaydın, Yunus, Fesad, DİA, C. 12, İstanbul 1995, s. 417-421. (Apaydın, Fesad)

Arsebük Esat; Medeni Hukuk Aile Hukuku C.II, Ankara 1940.

Ataay, Aytekin ; Medeni Hukukun Genel Teorisi Temel Bilgiler- Genel Kavramlar, İstanbul 1965

Atar, Fahrettin, DİA, C. 31, İstanbul 2006, s. 6-8..

Ayan, Nurşen; Evlat Edinmenin Hükümsüzlüğü ve Sona Ermesi Halil Cin'e Armağan, Konya 1995, s.617 vd

Aydın, Mehmet Akif, İslam-Osmanlı Aile Hukuku, İstanbul 1985. (Aydın, Aile)

Aydın, Mehmet Akif, Türk Hukuk Tarihi, 2. Baskı, İstanbul 1996. (Aydın, Hukuk Tarihi)

Ayiter, Nusin/Kılıçoğlu, Ahmet M; Miras Hukuku, Ankara 1993

Bardakoğlu, Ali, Butlan, DİA, C. 6, İstanbul 1992. s. 476-478

Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998.

Berki, Şakir; Alman, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarında Evlat Edinme, Ankara 1962.

Birsen, Kemalettin; Medeni Hukuk Dersleri (Umumi Esaslar Şahsın Hukuku-Aile Hukuku- Miras Hukuku) İstanbul 1963

Cin, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme , İkinci Baskı, Konya 1988. (Cin, Evlenme)

Cin, Halil/Akgündüz, Ahmet, Türk Hukuk Tarihi, Özel Hukuk, Konya 1995.

Curti/Forrer; Kanunu Medeni Şerhi (Şahsın Hukuku-Aile Hukuku) C. 1 İstanbul 1930.

Çeker, Orhan, İslam Hukukunda Akidler, İstanbul 2006. (Çeker, Akidler)

Çeker,Orhan, Çocuk ve Hakları, 2. Baskı, İstanbul 2004. (Çeker, Çocuk)

Dağcı, Şamil, İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri Sürekli Evlenme Engelleri, AÜİFD. Sayı 50, Yıl 2000, 175-237. (Dağcı, I)

Dağcı, Şamil, İslam Aile Hukukunda Evlenme Engelleri Geçici Evlenme Engelleri, AÜİFD. Sayı 51, Yıl 2000, 137-194. (Dağcı, II)

Dalgın, Nihat, İslam Hukukuna Göre Müslüman Gayri Müslim Evliliği, Samsun 2005.

Döndüren, Hamdi, Delilleriyle Aile İlmihali, İstanbul 1995. (Döndüren, Aile)

Döndüren, Hamdi, Delilleriyle İslam Hukuku, Konya 1977.

Dönmezer, Sulhi; Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 13. Bası, İstanbul 1990

Dural, Mustafa; Miras Sözleşmeleri, İstanbul 1975

Dural, Mustafa, El Yazılı Vasiyetname, İstanbul 1697. (Dural, El Yazılı)

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku, C. 2, Kişiler Hukuku, İstanbul 2002.

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, C. 3, Aile Hukuku, İstanbul 2005.

Ebu Zehra, Muhammed, El Ahvalüş Şahsiye, Kahire 1957.

Edis, Seyfullah; Medeni hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri 4. Basıdan Tıpkı Basım, Ankara 1993.

Erbay, Celal, İslam Hukukunda Küçüklerin Himayesi, Bakü 1995.

Erdoğan, İhsan; Evlilik Dışı Çocuğun Tabii Babası Kolu Hısımlarına Mirasçı Olması ve Baba Kolu Hısımların Ona Mirasçı Olması, GÜHFD. Y.1998, C.II, S.1-2 (İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan) s.35. vd.

Eren, Fikret; Borçlar Hukuku, c. I, Gözden Geçirilmiş 6. Bası İstanbul 1998

Erman Hasan; Türk Miras Hukukunda Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi, İBD, Y. 1991, C.65, s.10-12, s.816 vd (Erman Değerlendirme)

Erman, Hasan; Evlilik Dışı Çocuğun Mirasçılığı, İBD, 1988, C.62, s.7-9, s.437 vd

Farac, Es Seyyid Ahmed, Ez Zevac Ve Ahkamuhu Fi Mezhebi Ehli's Süne, Mısır 1989.

Feyzioğlu, Feyzi N/Doğanay, Ümit/Aybay, Aydın; Medeni Hukuk Dersleri (Temel İlkeler-Kişinin Hukuku- Aile Hukuku-Miras Hukuku) 2. Bası, İstanbul 1973.

Feyzioğlu, Feyzi N; Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1979

Göğer, E.; Devletler Hususi Hukuku, 3. Bası, Ankara 1975

Gönensay, Samim; Medeni hukuk, Aile Hukuku, İstanbul 1937

Günay, H. Mehmet, İslam Hukukunda Hükümsüzlük Teorisi ve Şüphe Doktrini Bağlamında Evlenme Engelleri II, Örneklem Tahlilleri, İHAD, Sy. 5, 243-266. (Günay, II)

Günay, H. Mehmet, İslam Hukukunda Hükümsüzlük Teorisi ve Şüphe Doktrini Bağlamında Evlenme Engelleri I (Hanefi Mezhebi Özelinde Bir İnceleme), İHAD, Sy. 3, 2004, 167-192. (Günay, I)

Güral, Jale, ; Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk medeni Kanununun Sistemi, Ankara 1953

Güral, Jale; Evlenmeden Doğan Kanun İhtilafları, AHFD, 1946 C. III, s.1 s.148 vd.

Hallaf, Abdülvehhab, Ahkamül Ahvalil Şahsiye, Kuveyt 1990.

Hatemi, Hüseyin, Aile Hukuku, İstanbul 2005. (Hatemi, Aile)

Hatemi, Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı, İstanbul 1976.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona; Aile Hukuku İstanbul 1993

Hatemi, Hüseyin; Medeni Hukuka Giriş, İstanbul 1997

İbrahim Bek, Ahmed, El Muamelatü'ş Şer'iyye'l Maliyye, Mısır 1936.

İbrahim Bek, Ahmed/ Ahmed İbrahim, Vasıl Alaüddiyn, Ahkamül Ahvaliş Şahsiye fiş Şeriatil İslamiyye Vel Kanun, 5. Baskı, Mısır 2003.

İmre, Zahit/Erman, Hasan; Miras Hukuku, İstanbul 1995

İnal Nihat: Türk Medeni Kanunu, C.I, Ankara, 1997.

İnan, Ali Naim, ; Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ankara 1979

Jaeschkle, Gothard (Çev. Ahmet Mumcu); Türkiye'de İmam Nikahı S. Ansay'a Armağan, Ankara 1964, s.11 vd

Kaneti, Selim ; Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvil), İstanbul 1972

Kaplan, Yavuz, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara 1987.

Karaman, Hayrettin, Akid, DİA, C. 2, İstanbul 1989. s. 251-256 (Karaman, Akid)

Karaman, Hayrettin; Mukayeseli İslam Hukuku, C.1, C. 2, İstanbul 1991

Kaşdibi, Ahmet, İslam Hukukunda İfa İmkansızlığı, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) İstanbul 2001.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I-II, Ankara 2001.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku, İstanbul 1999. (Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Miras Hukuku 2. Ve 3. Baskılara Ek Kitap, İstanbul 1992 (Kocayusufpaşaoğlu, Ek Kitap)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Miras Hukuku 3. Bası, İstanbul 1987

Koçhisarlıoğlu, Cengiz; Biyolojik Babalı ve Yasal Mirasçılık, AÜHFD Y.1991-1992, c.42, s.1-4 s.141 vd.

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim; Aile Hukuku 2. Bası, İstanbul 1989

Köse, Saffet, İslam Hukukuna Göre Evlenmede Velayet, İHAD, Sy. 2, Y. 2003, S. 101-116.

Köteli, M. Argun:; Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, Ankara 1991.

Kuleysi, Ali Ahmed, Ahkamül Üsrati C.1, Ahkamüz Zevac, San'a 1993.

Nomer, Engin; Devletler Hususi Hukuku 9. Bası İstanbul 1998

Oğuzman Kemal / Dural Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul, 1998.

Oğuzman, Kemal, Miras Hukuku, İstanbul 1998

Oğuzman, Kemal/ Öz, Turgut; Borçlar Hukuku, İstanbul 1995

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 9. Bası, İstanbul 2002.

Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa; Aile hukuku 2. Bası İstanbul

Oğuzman, Kemal; Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu, (İlhan Öztrak'a Armağan) AÜSBFD Ocak-Haziran 1994, s.300 vd. (Oğuzman, Öztrak'a Armağan)

Oğuzman, Kemal; Miras Hukuku 4. Bası, İstanbul 1995 (Oğuzman, Miras)

Öztan Bilge: Aile Hukuku, Ankara, 2004.

Öztan, Bilge; Aile hukuku 2. Bası Ankara, 1983

Paçacı, İbrahim, İslam Hukukuna Medeni Müeyyideler, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1998.

Planiol, M. (Çev. Halis Özalp); İzdivaz Delili, AD, 1954, S.9, s.1074-1083

Pulaşlı, Hasan, Şarta Bağlı İşlemler Ve Hukuki Sonuçları, Ankara 1989.

Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri Borçlar Hukuku, İstanbul 1987.

Rayyan, Ahmed Ali Taha, Fıkhül Üsrati, I, U.S.A.

Sayman, Yücel; Türk Devletler Hususi Hukukunda Evlenmenin Kuruluşu, İstanbul 1982

Saymen Ferit H/Elbir, Halit K.; Aile Hukuku, II Bası, İstanbul 1940

Senhuri, Abdürrezzak, Masadirul Hakk Fil Fıkhil İslamiyyi, C. 1-6, Beyrut 1997.

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

Sirmen, Lale, Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara 1992.

Şaban, Zekiyüddin, El Ahkamüş Şer'iyye Lil Ahvaliş Şahsiye, Libya 1993.

Şahin, Emin: Aile Hukuku Davaları, Ankara, 2004.

Şelebi, Muhammed Mustafa, Ahkamül Üsrati Fil İslam, Beyrut 1977.

Şener, Esat: Türk Medeni Kanunu, C.I, Ankara, 1998.

Tekinalp Gülören; Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları 4. Bası İstanbul 1992

Tekinay, Selahattin S, ; Medeni Hukuka Giriş Dersleri 5. Bası, İstanbul 1987 (Tekinay, Giriş)

Tekinay, Selahattin S.; Türk Aile Hukuku 7. Bası İstanbul 1990

Tekinay, Selahattin S/Akman, Sermet/Burcuoğlu, Haluk/Altop, Atilla Tekinay; Borçlar Hukuku 7. Bası, İstanbul 1993

Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 1972.

Velidedeoğlu, H. Veldet; Türk Medeni Hukukunun Aile Hukuku C.2, 2. Bası İstanbul 1950

Von Tuhr, Andreas, Borçlar Hukuku, Çev: Cevatr Edege, Ankara 1983**.**

Yalman, Süleyman, Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

Yaman, Ahmet; İslam Aile Hukuku, Konya 1998

Zerka, Mustafa Ahmed, el Medhalil Fıkhiyyul Aam, C.1-2, Şam 1998.

Zevkliler Aydın: Medeni Hukuk (Giriş ve Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku – Aile Hukuku), Ankara, 1989.

Zevkliler, Aydın; Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku-Aile Hukuku) 4. Bası, Ankara 1995

Zevkliler,Aydın; Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası, TBBD, 1988, S.2, s.258vd. **(Zevkliler, Cinsiyet Kargaşası)**

Zeydan, Abdülkerim, El Mufassal Fi Ahkami-l Mer'eti ve-l-Beyti l Müslim , Fi-ş Şeriatil İslamiyye, C. 6, C.7, Beyrut, 1994.

Zuhayli, Vehbe, İslam Fıkıh Ansiklopedisi, (terc: Ahmet Efe ve Diğerleri) C. 5, C.9, İstanbul 1991.

KISALTMALAR

ABD	:Ankara Barosu Dergisi.
AD	: Adalet Dergisi
AD	:Adalet Dergisi.
AÜHFD	:Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
AÜİFD	: Ankara Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	:Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	:Bakınız.
C.	:Cilt
DİA	: Diyanet İslam Ansiklopedisi
EMK	: Eski Medeni Kanun
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
İHAD	: İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi
İHFM	:İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası
İBD	:İstanbul Barosu Dergisi
Karş.	: Karşılaştırınız
MK.	: Medeni Kanun

m. : Madde

MÖHUK :Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun.

s :Sayfa

S. :Sayı

T. :Tarihli

TBBD : Türkiye Barolar Birliği Dergisi.

YHD : Yargıtay Hukuk Dairesi

YİBK : Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı

TVK :Türk Vatandaşlık Kanunu

Y. :Yıl

Y.2HD :Yargıtay 2. Hukuk dairesi

YASA :Yasa Hukuk Dergisi

YKD :Yargıtay Kararları Dergisi

YTL :Yeni Türk Lirası

GİRİŞ

KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ VE SINIRLANDIRILMASI

I. KONUNUN TAKDİMİ

Evlenmenin Hükümsüzlüğü konusu gerek İslam Hukukunda gerekse Türk Hukukunda en önemli konuların başında gelmektedir. Her iki hukuk sistemi de kendisine özgü bir hukuk mantığına ve vazgeçilmezlere sahiptir. Hedefledikleri amaç her ikisinde de insanın ve toplumun menfaati, rahatı, huzuru ve güvenliğidir. Bunun gerçekleşmesi için de bazı kurallar çerçevesinde kişilerin istedikleri amaca ulaşmak için gerekli işlemleri yapmalarına izin verilmiştir. Daha güzel bir ifadeyle kişilerin yapmamaları gereken hususlar belirtilmiş ve onlara bir hareket alanı çizilmiştir. Genel olarak hukuki işlemlere ilişkin kuralların belirlendiği genel sözleşme teorisi ile özel olarak evlenme hukukuna ilişkin evlenme sözleşmesi teorileri her iki hukuk sisteminde de birbirinde farklı özelliklere sahiptir. Bu, her iki hukuk sisteminin de aileye özel bir önem vermesi ve toplumun temel yapı taşı olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.

Toplumun huzur ve barış içerisinde yaşaması için gerekli olan hukuk kuralları belirlenmiş, bunlar aile hukukunu ilgilendiren evlenme alanında daha ayrıntılı ve özel olarak düzenlenmiştir. Bunun sonucunda aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin anlaşılması için öncelikle genel sözleşme hukukuna ait prensiplerin anlaşılması ve kavranması gerekmektedir.

Tarafların ulaşmayı hedefledikleri amaca hukukun gösterdiği ve aydınlattığı yoldan gitmeleri halinde herhangi bir sorunla karşılaşmaları söz konusu değildir. Ancak taraflar hukukun çizdiği sınırları aşıp başka yolları takip ederlerse veya hukukun istemediği bir sonuca ulaşmak isterlerse o zaman da bazı yaptırımlar devreye girmektedir. Bu yaptırımların bir kısmını ceza hukukundaki suç ve ceza ile ilgili

kurallar belirlemektedir. Ancak hukukun uyguladığı yaptırımlar sadece ceza kuralları ile sınırlı değildir. Ceza hukukunu ilgilendirmeyen alanlarda hukukun çizdiği serbest hareket alanının dışına çıkılması hukukun bu ihlale müdahale etmesini gerektirmektedir. Genel sözleşme hukuku için belirlenen bu müdahale şekli evlenmeye yönelik kuralların ihlalinde farklılaşabilmektedir. Bu sebeple Evlenme hukukuna ait en önemli konulardan olan evlenme sözleşmesinin niteliği, şartları, yapılışı, sonuçları ve bu şarlara uymamanın yaptırımları incelenmelidir. Çalışmada bu amaca ulaşılmak istenmiştir.

II- KONUNUN ÖNEMİ

İslam hukuku ve Türk hukuku evlenme sözleşmesini özel kurallarla düzenlemişlerdir. Bu kurallara riayet hem bu sözleşmelerin ve dolayısıyla hukukun uygulanması açısından hem de iyi ve sağlam bir topluma ulaşmak açısından önemlidir. Nüfusun hızla arttığı, görüş, düşünce ve inanışların farklılaştığı günümüzde hukukun koyduğu ve koruduğu kuralları bilmek, bunların konuluş ve korunuş amaçlarını kavramak kuralların uygulanması açısından büyük bir öneme sahiptir. Hangi kuralların değişmez olduğu, hangilerinin genel kabul gördüğü, hangilerinin farklı düşüncelere neden olduğu veya onlardan neşet ettiği oldukça önemlidir. Her hukuk sistemi için kendisine ait kurallar ayrı bir öneme sahip iken Türkiye ve bazı Ortadoğu ülkeleri gibi nüfusunun büyük bir kısmını Müslümanların oluşturduğu ancak ülkedeki uygulanan kanunların ise menşeinin Avrupa oluşu her iki hukuk sisteminin de önemini artırmaktadır. Doğu toplumlarının kendi dini, örfi ve ahlaki değerlerine bağlılıkları karşısında ülke içerisinde uygulanan hukukun bu düşünce karşısındaki yeri ve konumu oldukça önemlidir. Özellikle toplumumuz açısından imam nikahı olarak isimlendirilen ve dini bir yanının olduğuna inanılan bu uygulama, dini olduğuna ilişkin inanış sebebiyle İslam Hukukunu, sonuçları ve toplumda işgal ettiği yer ve düşünce yapısı ve sonuçları itibariyle de Medeni Hukuku ilgilendirmektedir. Her iki hukuk sisteminin de konuya bakışı ayrı ayrı incelenmeli, toplumdaki anlayışın gerçeği yansıtıp yansıtmadığı tespit edilmelidir. İşte bu sebeple Evlenme Sözleşmesine ilişkin hususlar hem İslam Hukuku hem de Türk Hukuku Açısından ayrı ayrı ele alınmalı ve benzerliklerle ayrılıklar ortaya konmalıdır. Bu amaçla İslam Hukuku ve Türk Medeni Hukukunda Evlenmenin Hükümsüzlüğü isimli bu çalışmanın yapılması gerekliliği ortaya çıkmıştır.

Hükümsüzlük halleri ile bunun sonuçları da birlikte değerlendirilmeli, her iki hukuk sisteminin de vazgeçilmezleri tespit edilerek evlenme sözleşmesinin konumuna uygun bir mukayese yapılmalıdır. .

III. KANUNUN SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamız üç Bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde genel olarak sözleşmelerin hükümsüzlüğü konusu incelenmiştir. Bu konunun incelenmesi evlenmenin de bir sözleşme olması sebebiyle temelinin daha iyi anlaşılması ve genel sözleşme hukukuna ilişkin kurallardan farklılık arzeden hususların daha iyi saptanabilmesi içindir. Çalışma İlahiyat Anabilim Dalında yapılan bir çalışma olduğu için öncelikle İslam Hukukundaki durum incelenmiş daha sonra Türk Hukukundaki düzenlemelere geçilmiştir. Diğer iki bölümde de aynı usul takip edilmiştir. İslam hukukunda sözleşmelerin unsur ve şartlarının neler olduğuna bakılmış, bunlara riayet etmemenin sonuçlarının neler olduğu incelenmiştir.

İkinci ölümde ise hükümsüzlük nazariyelerinin evlilik hukukuna yansıması üzerinde durulmuştur. Bu amaçla evlenme sözleşmesi için gereken unsur ve şartların neler olduğu tespit edilmeye çalışılmış, bunlara uymamanın sonuçları belirlenmiştir. İslam hukukunda genel bir hükümsüzlük teorisinin olmayışı konunun sistematik bir çatı altında toplanmasını zorlaştırmaktadır. Bu amaçla bazı noktalarda kişisel görüşlerimize de yer verilmiştir. Türk Hukuku açısından ise konunun ortaya konması nispeten daha kolaydır. Medeni Kanunda hükümsüzlük hallerinin genel olarak yazılmış olması, bunların sebeplerinin maddeler halinde belirlenmesi ve zaten genel bir hükümsüzlük teorisine sahip olması işi kolaylaştırmaktadır. Evlenmenin yokluğuna ilişkin hususların kanunda yer almaması ise herhangi bir sorun çıkarmamaktadır. Çünkü doktrinde bunun da bir hükümsüzlük hali olduğu kabul edilmekte ve hemen her medeni hukuk kitabında değinilmektedir.

Üçüncü bölümde ise evlenmenin hükümsüz sayılması hallerine bağlanan sonuçlar her iki hukuk sistemi açısından da ayrı ayrı incelenmiştir.

Çalışmanın bir yüksek lisans çalışması olması karşısında ayrıntılı tartışmalara girilmemiş, yeri geldiğinde çok kısa olarak tartışma üzerinde durulmuş ve ilgili

referanslara yollama yapılmıştır. Bazı yerlerde ise çalışmanın mukayeseli olmasının gerektirdiği tartışma ve eleştirilerle kişisel görüşlere değinilmiştir. Birkaç istisna dışında şahsımıza ait görüş ve değerlendirmeler yapılmamıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

İSLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜK TEORİLERİ

§ 1-İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

I- GENEL OLARAK

1982 Anayasasının 48. maddesine göre herkes istediği alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptir. Temel hak ve özgürlükler içerisinde yer alan sözleşme yapma özgürlüğü aynı zamanda kişiliği geliştirme özgürlüğünün de bir alt türüdür[1].

İrade özerkliği prensibinin bir sonucu olan sözleşme özgürlüğüne işlerlik kazandıran araç hukuki işlem ve özellikle sözleşmedir[2]. Ancak kişilere tanınan bu sözleşme yapma özgürlüğü sınırsız bir özgürlük değildir. Anayasada kural olarak getirilen özgürlük, Borçlar Kanununun 19. maddesinde sınırlandırılmıştır. Bu sınırlamaya rağmen asıl kural irade özerkliğinde serbestliktir. Sınırlama istisnai nitelikte olduğu için dar yorumlanması gerekir[3].

Hukuk düzeni kişilere tanıdığı sözleşme özgürlüğü ile istedikleri sonuca ulaşmalarına imkan tanıyan hukuki işlemler yapmalarına izin vermiş ancak yine kendisinin koyduğu sınırların aşılması durumunda da buna bazı yaptırımlar bağlamıştır[4]. Hukuk düzeninin bu ihlallere bağlamış olduğu yaptırımlar, yapılan ihlalin niteliğine göre değişmektedir. Hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin istenilen

---

1 Eren, 18-20; Başpınar, 13.

2 Eren, 18; Paçacı, 147.

3 Eren, 18-19.

4 Başpınar, 19-20,

amaca ulaşması için hukuk düzeninin istemiş olduğu şartları yerine getirmesi gerekmektedir. Hukuk düzenleri de sözleşmelerde hangi unsur, şart, özellik ve şekillerin bulunmasını gerektiğini belirlemiş bu kurallara uyan sözleşmeleri geçerli kabul etmiş, uymayanları ise yapılan ihlale gere farklı sonuçlara bağlamıştır.

Hukuk düzeninin bu ihlallere bağlamış olduğu yaptırımları incelemeden önce genel olarak sözleşmelerde aranan unsur ve şartların neler olduğuna kısaca değinmek yerinde olacaktır. Çalışmamızın mukayeseli bir çalışma olması sebebiyle öncelikle İslam hukukunda sözleşmenin kurulması ve geçerliliği için aranan unsur ve şartların neler olduğuna değinilecek ve buna ilişkin ihlallere bağlanan yaptırımlar incelenecek, ardından da Türk Hukukundaki durum aynı sistem içerinde ele alınacaktır.

II- İSLAM HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN UNSURLARI VE ŞARTLARI

A) SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI

1- Genel Olarak

İslam hukukunda hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin kurulabilmesi için aranan unsurlar farklı hukukçular tarafından farklı şekillerde isimlendirilmektedir[5]. Bunlardan taraflar, irade beyanları ve sözleşmenin konusu, rükün olarak isimlendirilmiş[6] bunlara ilişkin aranan şartlar da in'ikat şartları olarak kabul edilmiştir[7]. Bununla beraber hem rükün olarak isimlendirilen hem de in'ikat şartı olarak isimlendirilen bu şartların eksikliği durumunda hukuki işlem için kabul edilen yaptırım butlandır[8]. Yapılan bu ayrımın yanında bazı çalışmalarda[9] ise rükün yerine unsur ifadesi kullanılmış ve unsur olarak sadece irade beyanından bahsedilmiş taraflar ve ilgili diğer şartlar ise in'ikat şartları olarak ele alınmıştır. Yine aynı konudaki başka bir çalışmada[10]

---

5 Karaman , C.2, 62.

6 Bardakoğlu, 476.

7 Günay, I, 169.

8 Karaman, C.2, 260.

9 Paçacı, 148 vd.

10 Apaydın, 8 vd.

akdin rükünleri olarak veya tabii unsurları olarak taraflar, akdin konusu ve irade beyanları incelendikten sonra bunların bulunmaması halinde sözleşmenin de yok olduğu ifade edilmiştir[11]. Bununla beraber bu asli unsurlarda bulunması gereken bir takım özelliklerin de olduğu ifade edilmiş, bunlar da akdin kuruluş şartları olarak ele alınmıştır[12]. Kuruluş şartları olarak belirlenen bu şartların olmaması halinde de sözleşmenin varlık kazanamayacağı ifade edilmiş dolayısıyla sözleşmenin asli unsurları ve kuruluş şartlarını ayırmanın pratik önemi kalmamıştır. Kavramlar arasında birliğin sağlanması çalışmamızın sınırı dışında olduğu için böyle bir tercih yapılmamış, ancak Türk hukuk sistemi ile bir mukayese yapılacağı için benzerlik arzetmesi açısından bunların hepsi sözleşmenin kurucu unsurları (İn'ikat şartları) olarak ele alınmıştır. İslam hukukunda sözleşmenin tabii unsurları veya rükünleri olarak kabul edilen bu unsurlar konu başlıkları olarak incelenmiş bu rükün veya unsurlarda bulunması gereken vasıf ve özellikleri ifade eden sözleşmenin in'ikadına ilişkin şartlar da hemen o başlık altında incelenmiştir. Çünkü sözleşmenin rükünleri ve kurucu unsurları olarak ayrı ayrı ele alınan bu şartların tamamındaki hukuki yaptırımlar aynıdır.

2-Taraflar

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki tarafa ihtiyaç vardır. Türk hukukunda tartışmasız kabul edilen bu sonuç[13] sözleşmeyi tanımlayan BK. m. 1/I'den çıkmaktadır. Ancak bu sonuç İslam hukukunda bu kadar tartışmasız değildir. Tek taraflı iradeden de bazı sözleşmelerin doğabileceği tartışmalı da olsa kabul edilmektedir[14]. Sözleşme için taraflar ile birlikte irade beyanlarının da karşılıklı ve birbirine uygun olması arandığına göre sözleşme, İslam hukukunda da iki taraflı bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir[15].

---

11 Apaydın, 9.

12 Apaydın, 18 vd.

13 Bkz. Eren, 185, 203-204; Oğuzman/Öz, 41; Akıncı, Borçlar, 64.

14 Karaman , C.2, 47-48.

15 Zerka, I, 381-382; Apaydın, 9; Paçacı, 150. İslam Hukukunda kullanılan akit kavramı bazen genel olarak borç ilişkisi kavramını da karşılamaktadır. Bu sebeple tek taraflı irade beyanından doğan bazı borç ilişkileri de akit olarak isimlendirilmiştir. Ancak bunların teknik anlamda akit(=sözleşme) olmadıklarını belirtmek gerekir.

Tarafların varlığının aranmasındaki diğer bir husus da sözleşmenin her iki tarafının da (kendilerinin veya temsilcilerinin) olduğu ve irade beyanlarının bizzat bunlar tarafından serdedildiği bir sözleşmenin kurulmasının istenmiş olmasıdır[16]. Dolayısıyla taraflardan birisinin kendisi için asıl, bir başkası için de temsilci olması halinde sözleşmenin iki tarafı olmaması sebebi ile kurulmuş olmayacağı genellikle kabul edilmektedir[17]. Bunun gibi bir kişinin her iki tarafın da temsilcisi olarak (kendisinin kendisiyle) sözleşme yapması da aynı şekilde caiz değildir[18]. Türk hukuku böyle bir durumda bir kişinin kendisiyle diğer tarafı temsilen veya her iki tarafı da temsilen (çifte temsil) sözleşme yapmasını kabul etmektedir[19]. Ancak Türk hukukunda böyle bir sözleşmenin yapılabilmesi için temsil olunan tarafından açıkça buna müsaade edilmiş olması veya temsil olunan için bunun hiçbir tehlike arzetmemesi gerekmektedir. Sözleşmenin konusunun borsaya kayıtlı ve fiyatı belli bir mal olması temsil olunan için bu tehlikeyi ortadan kaldırmaktadır[20].

İslam hukukunda tarafların sadece bulunması sözleşmenin kurulması için yeterli olmamakta ayrıca taraflarda bazı özelliklerin bulunması gerekmektedir.

Tarafların hukuki işlem yapmaya ehil olmaları yani hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları gereklidir. Taraflardan birisinin veya her ikisinin temyiz gücü yoksa hukuki işlem ehliyetleri de yok demektir. Temyiz gücü hukuki işlem ehliyetinin en öncelikli şartıdır[21]. Temyiz gücünün olmamasındaki başlıca sebepler yaş küçüklüğü, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, bunama ve sarhoşluktur[22]. Bunlar ve buna benzer sebeplerle temyiz gücünü kaybetmiş kişilerin yaptıkları hukuki işlemler batıl olur[23].

---

16 Zerka, I, 400.

17 Apaydın, 29.

18 Apaydın, 29.

19 Oğuzman/Öz, 179-180; Eren, 204.

20 Oğuzman/Öz, 179.

21 Apaydın, 21.

22 İslam hukukunda temyiz gücü denilince genellikle küçük çocukların ayırt etme gücü anlaşılmaktadır. Yetişkinlerin temyiz gücünü ifade etmek için ise âkil olma kavramı kullanılmaktadır. Türk Hukukunda ise temyiz gücü her yaş için ayırt etme gücü anlamında kullanılan bir kavramdır. Ayrıca akıl hastalıkları çok çeşitli olup temyiz gücünü kaldıranları ve kaldırmayanları vardır. Âkil olmayan ancak temyiz gücü yerinde olan kişiler olabilir.

Yaş küçüklüğü temyiz gücünün olmamasındaki sebeplerin başında yer alır. Temyiz gücünün belli bir yaşı olmamasına rağmen genellikle yedi yaş bunun başlangıcı olarak kabul edilmiştir. Bununla beraber çocuk temyiz gücüne sahipse yapacağı bazı hukuki işlemler geçerli olabilmektedir[24].

Akıl hastalığı da temyiz gücünü ortadan kaldıran sebeplerdendir. Akıl hastalığı sürekli veya geçici olabilir[25]. Akıl hastalığının sürekli olması halinde temyiz gücü olmayacağından kişinin hukuki işlem ehliyeti de yoktur. Ancak geçici akıl hastalığına maruz kalan bir kişinin akıl hastalığının nüksetmediği dönemlerde yaptığı hukuki işlemler geçerli, ayıklığın tam olmadığı ama hastalığın da var denemeyeceği dönemlerdeki işlemlerinin kanuni temsilcinin onayına bağlı olduğu ifade edilmektedir[26].

3- İrade Beyanları

İrade beyanı hukuki işlemin temel kurucu unsurunu oluşturur. İrade, belli bir davranışta bulunup bulunmama konusunda kişinin zihninde ve iç dünyasında oluşan karardır[27]. Bu kararın oluşması hukuki işlemin kurulması için yeterli değildir. Aynı zamanda bu kararın açığa vurulması da gerekir. Buna irade açıklaması adı verilir[28]. İrade açıklaması bir üst kavram olup onun altında irade beyanı ve irade faaliyeti kavramları yer almaktadır[29]. İrade beyanının sözlü olması durumunda iradeyi açıkça belirtmesi yeterlidir[30]. İrade beyanı sözlü olabildiği gibi yazılı hatta zımni dahi

---

Çalışmanın mukayeseli hukuk açısından yapılmış olması sebebiyle temyiz gücü kavramı her iki hukuk sisteminde de her yaş gurubu için ayırt etme gücü anlamında kullanılmıştır.

23 Apaydın, 22; Çeker, Çocuk, 72; Karaman, C.1, 177 vd.

24 Çeker, Çocuk, 72.

25 Mecelle m. 944.

26 Mecelle, 980.

27 Akıncı, Borçlar, 55.

28 Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 121; Eren, 112; Akıncı, Borçlar, 55.

29 Eren, 118

30 Paçacı, 149.

olabilir[31]. Sözleşmelerde karşılıklı olarak beyan edilen iradelere icap ve kabul adı verilir.

İcap, sözleşmenin yapılması teklifini içeren ve bu amaçla muhataba iletilen, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulmasını sağlayan varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır[32]. İcap aynı zamanda bu beyanlardan zaman itibariyle önce yapılanıdır[33].

Kabul ise, icaba uygun olarak sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran yöneltilmesi ve varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır[34].

İradelerin beyan edilmesi sözleşmenin kurulması için tek başına yeterli değildir. Beyan edilen bu iradelerin de birbirine uygun olması gerekmektedir[35]. İcaba uygun olmayan irade beyanı kabul olarak değerlendirilememesine rağmen icabın reddi ve eğer şartları taşıyorsa yeni bir icap olarak da değerlendirilebilir[36].

İrade beyanının yapılması ve bunların da muhteva bakımından birbiriyle uyuşması aynı mecliste gerçekleşmelidir[37]. Meclisin değişmesi ile neyin anlaşılması gerektiği hususu tartışmalıdır. Bazı hukukçular meclisin değişmemesi ile kastedilenin aynı mekân üzerinde olma durumunun sona ermesi şeklinde değerlendirmişlerdir[38]. Ancak içerisinde Hanefi hukukçularında olduğu diğer bir kesim akit meclisinden kastedilenin taraflar arasında zaman birliği ve özellikle sözleşme görüşmelerinin bu

---

31 Apaydın, 12; İrade beyanının yapılış şekillerine göre çeşitleri ve fıkıh mezheplerinin zımni irade beyanlarına bakışı için için bkz. Apaydın, 13; Çeker, Akitler, 50 vd; Karaman, C.2, 67 vd.; Senhuri, I, 76 vd.

32 Zerka, I, 382; Eren, 219; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 82; Kılıçoğlu, 38; Oğuzman/Öz, 49; Von Tuhr, 176; Kocayusufpaşaoğlu, 165; Akyol, 66; İbrahim Bek, 75.

33 Çeker, Akidler, 49; Zerka, I, 382; İbrahim Bek, 75; Eren, 219; Oğuzman/Öz, 49; Apaydın, 16. Ancak İslam hukukunda zaman öncelikli olup olmadığına bakılmaksızın satıcının beyanını icap olarak kabul edenlerde vardır. Bkz. Apaydın, 16, dn. 74.

34 Eren, 228; Kocayusufpaşaoğlu, 182; Akyol, 82.

35 Çeker, Akitler, 59; Karaman, C.2, 90; Paçacı, 150; Bardakoğlu, 476; Apaydın, 42.

36 Oğuzman/Öz, 60; Eren, 228; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 94; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 183; Apaydın, 42.

37 Paçacı, 150; Bardakoğlu, 476; Karaman, C. 2, 81.

38 Bu hukukçular ve görüşleri için bkz. Apaydın, 17, dn. 78; Karaman, C. 2, 83.

zaman aralığında değişmeden ve kesilmeden devam etmesi olduğunu ifade etmektedirler[39].

4- Sözleşmenin Konusu

Sözleşmenin konusu, mahallül akd veya el-ma'kûdü aleyh olarak da ifade edilmektedir[40]. Diğer bir ifadeyle kendisi hakkında sözleşme yapılan şeye veya hususa verilen isimdir[41]. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde semen olarak ifade edilen edimin sözleşmenin konusu olup olmadığı İslam hukukunda tartışmalıdır[42]. Sözleşmenin konusu bir şeyin verilmesi, bir şeyin yapılması ve yapılmaması şeklinde üç genel başlık altında toplanabilir[43]. Türk hukukunda borç ilişkisinin bir unsuru olarak incelenen bu kavrama edim adı verilmektedir. Borç ilişkisinin, sözleşmenin konusu yine hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde olmalı ve kendisinde bazı özellikler bulunmalıdır. Bu özelliklerin bulunması en az sözleşmenin konusunun olması kadar önemli kabul edilmektedir. Dolayısıyla nasıl ki konusu olmayan bir sözleşme kurulmuş olmazsa konusunda istenen bu özelliklerde olmayan sözleşme de kurulmuş olmaz[44].

Sözleşmenin konusunun mevcut olması sözleşmenin kurulması için aranan şartlardandır[45]. Bu mevcudiyet genellikle sözleşmenin kurulduğu anda aranmaktadır. Klasik İslam hukukçuları tarafından daha sıkı şekilde aranan bu şart ihtiyaçların yöneltmesi sebebiyle son zamanlarda üzerinde titizlikle durulmayan bir şart haline gelmiştir[46].

Sözleşmenin konusunun var olmasının yanında mümkün yani teslim edilebilir olması da aranmaktadır[47]. Sözleşmenin konusunun imkânsız olması sözleşmenin

---

39 Apaydın, 17, 43; Çeker, Akitler, 59-60; Karaman, C. 2, 83-84.

40 Apaydın, 10; Çeker, Akitler, 59-60; Karaman, C. 2, 83-84; İbrahim Bek, 84; Zerka, I, 400.

41 Çeker, Akitler, 69; Karaman, C. 2, 158. Benzer bir tanım için bkz. Apaydın, 10.

42 Apaydın, 10. Semenin niteliği ile ilgili tartışmalar için bkz. Apaydın, 10-11.

43 Paçacı, 151; Karaman, C. 2, 159; Eren, 94-95..

44 Apaydın, 19.

45 Karaman, C. 2, 159; Çeker, Akitler, 71; Paçacı, 151; Apaydın, 32.

46 Apaydın, 36.

47 Karaman, C. 2, 170; Apaydın, 32,37.

kurulmasına engel olur. İmkânsızlık objektif ve sübjektif imkânsızlık olarak ikiye ayrılır. Objektif imkânsızlık sözleşmenin konusunun hiç kimse tarafından ifa edilememesini ifade eder[48]. Sözleşmenin konusu borçlu açısından imkânsız ise yani imkânsızlık sübjektif ise durum yine aynıdır ve sözleşme batıldır[49]. Sözleşmenin konusunun başlangıçta imkânsız olması ile sonradan imkânsız hale gelmesi arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Başlangıçtaki imkânsızlık halinde sözleşme batıl iken konunun sonradan imkânsız hale gelmesi halinde sözleşme infisah eder[50] ve borçlu borcundan kurtulur[51]. Sözleşmenin konusunun ölüyü diriltmek gibi tabii olarak imkânsız veya evli bir kadınla evlenmek gibi hukuken imkânsız bir konu olması arasında fark yoktur[52].

Sözleşmenin konusunun teamüle uygun olması gerekmektedir. Teamüle uygun olmaktan maksat sözleşmenin konusunun kendisinden yararlanılabilir bir menfaat olması, hukuka ahlaka adaba kamu düzenine uygun olmasıdır. Sözleşmenin konusu her şeyden önce hukuken korunan bir menfaat olmalıdır. Kendisinden yararlanılması ve bu malın temiz olması da bununla beraber aranan bir özelliktir[53]. Sözleşmenin konusunun hukuka uygun olması gerekmektedir. Bu ise sözleşmenin bizzat kendisinin veya konusunun ya da amacının yasaklanmamış olması ile gerçekleşir[54].

B) SÖZLEŞMENİN SIHHAT (GEÇERLİLİK) ŞARTLARI

1- Genel Olarak

Yukarıda da belirtildiği gibi İslam Hukukçularının büyük bir çoğunluğu sözleşmenin unsurları arasında aslı unsurlar ve bunlarda olması gereken vasıflar şeklinde bir ayrımı kabul etmemektedirler. Bunun da sonucu olarak sözleşmeler

---

48 Apaydın, 37; Kaşdibi, 48 vd.

49 Kaşdibi, 49; Altunkaya, 56.

50 Apaydın, 38.

51 Kaşdibi, 72.

52 Apaydın, 38-39.

53 Çeker, Akidler, 70; Apaydın, 40; Karaman, C.2, 182-183.

54 Apaydın, 42.

mün'akit ve gayri mün'akit olmak üzere ikiye ayrılmıştır[55]. Hanefiler ise sözleşmenin rükünleri ile bu rükünlerin taşıması gereken özellikleri sözleşmenin in'ikat şartları olarak kabul etmişler ayrıca bu rükün ve şartlarda bulunması gereken vasıfları da belirtmişlerdir. Rükün ve inikat şartı olarak kabul edilen hususların varlığı halinde kurulmuş bir sözleşmenin varlığını kabul etmekle birlikte hukuk düzenince geçerli hukuki sonuçlar doğurabilmesi için de bazı şartlar aramışlardır. Bu şartlara da sıhhat şartları adı verilmiştir[56]. Bu da Hanefiler açısında iki dereceli bir hükümsüzlük teorisinin ortaya atılması sonucunu doğurmuştur. Sözleşmenin unsur ve in'ikat şartlarından birisi veya bir kaçı yoksa sözleşme batıl, bu unsur ve şartlar var olmakla beraber bunlarda olması gereken vasıflar yoksa bu hükümsüzlük türüne de fasid demişleridir[57]. Sözleşmenin vasfına ilişkin bu şartlar daha çok konu üzerinde ortaya çıkar[58]. Her sözleşme tipine göre farklılık arzeden bu şartların neler olduğu genel sözleşme tipleri teker teker incelendiğinde ortak başlıklar halinde tasnif edilebilir[59]. Cehalet, Garar, İkrah, Zarar, Fasit Şart sayılabilecek belli başlı fesad sebeplerindendir.

2- Sözleşmenin Konusunun ve Bedelinin Belirlenmiş Olması

İslam hukuku çalışmalarında cehalet olarak da isimlendirilen bu şarta göre sözleşmenin konusu belli olmalıdır. Bu belirsizlik sözleşmenin konusunun var olup olmamsında değil varlığında şüphe duyulmayan konunun ne olduğu, ne kadar olduğu, nasıl olduğu konularındaki belirsizliktir[60]. Buradaki belirsizliğin ve bilinmezliğin aşırı olması gerekmektedir. Bir sürü içerisindeki koyunun belirlenmeden satılması buna örnektir. Satıcı en zayıf olanını teslim etmek isteyecek alıcı ise en bakımlı olanını almak isteyecektir. Aşırı olmayan belirsizlik sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Örneğin bir evde bulunan eşyaların toptan satılması durumunda eşyaların teker teker dökümünün

---

55 Apaydın, Fesad, 417.

56 Günay,I, 169.

57 Günay, I, 169.

58 Apaydın, Fesad, 417.

59 Paçacı, 151; Apaydın, 133.

60 Karaman, Akid, 254; Apaydın, Fesad, 419; Apaydın, 133.

yapılmamış olması sözleşmenin geçersizliğine neden olmaz[61]. İşte belirsizliğin giderilmesinin sözleşmelerde geçerlilik şartı olarak aranması ve aksi durumun fesada sebep olması hukuki güvenliğin saklanması, adaletin ve hakkaniyetin sağlanması amacına yöneliktir[62].

Sözleşmenin geçerliliğine engel olan cehalet genellikle sözleşmenin konusunda cehalet, semende cehalet, bağlayıcı süreli akitlerin süresinde cehalet (örneğin kira süresinin belirsiz oluşu) , sözleşmeye şart olarak koşulan teminatlarda cehalet (örneğin satıcı tarafından kefil getirilmesi şartına karşılık kimin kefil olduğunun belli olmaması) şeklinde gerçekleşir[63].

3-Sözleşmede Garar Bulunmaması

Garar sözlük anlamı ile aldatmak demektir. Terim anlamı olarak ise sözleşmenin güvensiz ve sonu belirsiz olacak şekilde kurulması demektir[64].

Sözleşmeyi geçersiz kılan yani fesadına sebep olan garar vasıftaki garardır. Örneğin bir ineğin sütünün varlığı belli olup da sütün miktarı şart edilerek yapılan satım da garar vardır ve sözleşme batıldır. Sütün olup olmaması noktasındaki garar ise sözleşmenin konusunun aslında olan garardır ki bu in'ikad şartlarına aykırılık teşkil edeceği için butlan sonucunu doğurur[65].

Bir açıdan bakıldığında cehalet ile garar birbirine benzemektedir ve bazı çalışmalarda aynı başlık altında ele alınmaktadır.

---

61 Apaydın, 133. Nitekim Hanefi mezhebinde muavazalı (synallagmatik=her iki tarafa borç yükleyen) sözleşmelerde tayin muhayyerliği şart koşma esnekliği tanınmıştır. Taraflardan birisine verilen belirleme yetkisi ile sözleşmenin konusu önceden belirlenmiş şeylerden birsinin seçilmesi ile belirli hale gelmektedir. Seçilmek için tanınan alternatifler taraflarca önceden belirlendiği için herhangi bir belirsizlik bulunmamaktadır. Apaydın, Fesad, 419.

62 Karaman, Akid, 254.

63 Zuhaylî, C.5, 170; Apaydın, 134.

64 Paçacı, 152; Apaydın, 134; Apaydın, Fesad, 419; Karaman, Akid, 254.

65 Paçacı, 152; Apaydın, 134-135.

4- Sözleşmede İkrah Bulunmaması

İkrah bir kişiyi korkutarak rızası olmaksızın bir işi işlemeye haksız olarak icbar etmektir[66]. Bu kişi zorlanmış olduğu işi kendi haline bırakıldığı takdirde yapmayacaktır[67].

İkrah iki kısma ayrılmaktadır. İkrah-ı mülci' ve ikrah-ı gayri mülci'. İkrah-ı mülci' uygulandığı kişide herhangi bir kuvvetin veya seçim hakkının kalmadığı ikrah türüdür. Birisini ölümle veya bir organını kesmekle tehdit etmek ikrah-ı mülci'e örnek olarak verilebilir. Böyle bir ikrah hali iradeyi sakatlayarak sözleşmedeki rızayı yok eder[68].

İkrahın sözleşmeye etkili olabilmesi için ikrahta bulunan kişinin buna muktedir olması, ikrahın kişiyi dayanılmaz derecede zorlaması, tehdidin derhal vuku bulacak bir tehlike arzetmesi, ve ikrah olarak ileri sürülen hususun hukuka aykırı olması gerekmektedir[69].

İkrahın sözleşmelere etkisi İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Hanefilerin dışındaki İslam hukukçuları ikrahın sözleşmenin esasına etki etmesi sebebiyle sözleşmeyi batıl kılacağını ifade etmektedirler. Hanefilerden Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammed'e göre ikrah olmaması sözleşmenin geçerlilik şartıdır ve ikrahın olması sözleşmeyi fasit hale getirir. Malikiler ile Hanefilerden İmam Züfer'e göre ise ikrah bir geçerlilik şartı değil bağlayıcılık (Lüzum) şartıdır. Dolayısıyla ikrah ile yapılan sözleşme kurulmuştur, geçerlidir ancak bağlayıcı değildir. Günümüz hukukundaki ikrah ile yapılan sözleşmelere getirilen çözüm ile de paralel olan bu sonuç son zamanlardaki İslam hukukçularının da kabul ettikleri çözümdür[70].

---

66 İbrahim Bek, 86; Cin/Akgündüz, 171; Zerka, I, 452; Bkz. Mecelle, m. 948.

67 Zerka, I, 452; Zuhaylî, C.5, 159.

68 Zuhaylî, C.5, 159-160; İbrahim Bek, 86; Zerka, I, 453.

69 Cin/Akgündüz, 172; Zuhaylî, C.5, 160; İbrahim Bek, 87; Zerka, I, 452-453.

70 Apaydın, Fesad, 420; Cin/Akgündüz, 172; Zuhaylî, C.5, 160; Karaman, C.2, 275.

5- Sözleşmede Zarar Olmaması

Sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için aranan şartlardan birisi de ifanın yapılmasının zarara sebebiyet vermemesidir. İslam hukuku kitaplarında bu konuda verilen klasik örnek bir evin çatı veya tavanında mütemmim cüz olarak bulunan bir ağacın (kalasın) satılması ve teslim edilmesidir[71]. Böyle bir satışta eve ve çatıya zarar vermeden satılanı teslim etmek mümkün değildir. Bu sebeple tarafların irade beyanlarının buluşması ve sözleşmenin de konusunun olması sebebiyle kurulmuş olan bu akit sonucunun zarar içermesi sebebiyle geçerli olmayacaktır. Ancak borçlu kişi sonunda maruz kalacağı zarara rağmen sözleşmeyi ifa ederse akit sahih hale gelir[72].

6- Müfsid (Bozucu) Şart Olmaması

Müfsid veya fasid şart olarak isimlendirilen bu şart, tek tarafa yarar sağlayan, yasaklanmış bir edimi içeren, sözleşmenin içerik ve amacına aykırı olan şart demektir[73].

Bir malın başka birine satılması veya bağışlanması şartını ihtiva eden bir satım sözleşmesi, faiz ödenmesi hususunda bir şart içeren satım sözleşmesi, ikinci bir sözleşmenin yapılması şartını içeren ilk sözleşmedeki şartlar hep fasid şart niteliğindedir ve sözleşmeyi geçersiz kılar.

Sözleşmeyi geçersiz hale getiren ve taraflardan sadece birinin lehine olan fasid şart, halk arasında örf haline gelecek olursa müfsid olma özelliği sona erer[74].

7- Faiz

Sözleşmenin içerisinde faiz ödenmesi şart koşulmuşsa veya ribevi mallar olarak isimlendirilen malların birbirine denk olmadan alınıp satılması durumunda faiz gerçekleşmiş ve sözleşme geçersiz olmuştur. Yine sarf sözleşmesi olarak isimlendirilen

---

71 Karaman, Akid, 254; Zuhaylî, C.5, 170; Paçacı, 153.

72 Paçacı, 153.

73 Karaman, Akid, 254;

74 Zuhaylî, C.5, 171; Karaman, Akid, 254..

paranın para ile satılmasında taraflar borçlarını aynı anda ifa etmelidirler. Eğer tarafların ifası aynı anda(aynı mecliste) gerçekleşmezse yine faizli sözleşme yapılmış olur[75].

C) SÖZLEŞMENİN NEFAZ (ETKİNLİK) ŞARTLARI

Nefaz, Hukuki bir işlemin sonuçlarını derhal doğurması anlamına gelmektedir[76]. Türk hukukunda bu şartlara etkinlik unsurları adı verilmektedir[77]. Etkinlik (Nefaz) şartları sözleşmenin kurulması veya geçerliliği ile ilgili şartlar olmayıp[78] geçerli olarak kurulmuş bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarını doğurması için aranan şartlardır[79]. Bu sözleşmelerde tek taraflı bağlamazlık ilkesi geçerlidir[80]. Sözleşmenin nafiz (Etkin, yürürlüğe girmiş) olması için iki şart aranmaktadır; Yetki ve başkasının hakkı. .

İslam hukukunda nefaza ilişkin bu iki şart dikkatli bir şekilde değerlendirildiğinde her ikisinin de sözleşmeyi yapan kişinin yetkisi ile ilgili olduğu görülmektedir. Sözleşme ya bizzat kişinin kendisi veya yetkili temsilcisi tarafından yapılmalıdır. Temsilci kanuni temsilci olabileceği gibi haberci de olabilir[81]. Sözleşmenin tasarruf ehliyetindeki eksiklik sebebiyle yetkisiz bir kişi (çocuk veya kısıtlı) tarafından yapılmış olması durumunda sözleşme tasarruf yetkisindeki bu eksikliğin giderilmesine kadar yürürlüğe girmez[82].

Sözleşmenin yetkisiz temsilci tarafından yapılmasında buna benzer bir durum vardır. İslam Hukukunda fuzuli'nin akdi olarak isimlendirilen yetkisiz temsilcinin yaptığı sözleşme de kendisi için sözleşme yapılan kişiyi (Temsil olunan) bağlamaz.

---

75 Paçacı, 154.

76 Cin/Akgündüz, 180.

77 Akıncı, Borçlar, 60; Eren, 115.

78 Eren, 115.

79 Akıncı, Borçlar, 60.

80 Cin/Akgündüz, 180.

81 Cin/Akgündüz, 180. Haberci esasında sözleşmeyi kurmaz. Sözleşmenin kurulmasına yol açacak irade beyanını taşır, ifade edilmesinde hiçbir katkısı yoktur. Bu sebeple habercinin hukuki işlem ehliyetine sahip olması aranmamaktadır. Bkz. Kıncı, Borçlar, 128.

82 Cin/Akgündüz, 185.

İslam hukukunda yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu sözleşmelerde batı hukukundan farklı bir yön bulunmaktadır. Aciliyet ve zaruret gibi sebeplerle başkası adına iş yapan kişinin bu tasarrufu temsil olunanı bağlamaz ve icazet vermek durumunda değildir[83].

D) SÖZLEŞMENİN LÜZUM (BAĞLAYICILIK) ŞARTLARI

Sözleşme karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile kurulan bir hukuki işlemdir. Arapçada akid olarak ifade edilen bu kelimenin sözlük anlamı bağlamak demektir[84]. Şu anda İngilizce ve almanca başta olmak üzere pek çok Latin kökenli dilde hala yaşayan obligation kelimesinin kökeni de Latince de ligare olarak ifade edilen zincire vurmak bağlamak kelimesinden gelmektedir[85]. Sözleşmeyi ifade etmek üzere kullanılan bu kelimelerden de anlaşılacağı üzere taraflar adeta birbirlerine bağlanmaktadırlar. Bu bağın çözülmesi ise kural olarak taraflardan birisinin rızasına bağlanmamıştır. Ancak bu kural mutlak değildir. Satım, kira, sulh, havale, evlenme gibi bazı sözleşme tipleri her iki tarafı da bağlar. Rehin gibi bazı sözleşme tiplerinde ise taraflardan birisi (rehin veren) bağlanırken diğer taraf rehin alan) aksi öngörülse bile sözleşme ile bağlı değildir. Bazı sözleşme tipleri vardır ki bunlarda tarafların birbirlerine duymaları gereken güven daha fazla ön plana çıkmaktadır. Taraflardan birisi diğerine duyduğu güveni kaybederse sözleşme ile bağlı kalma eziyetine maruz bırakılmamalıdır. Bu sebeple taraflardan her biri bu sözleşmeleri kendisine tanınan fesih hakkını kullanmak suretiyle sona erdirebilir. Şirket, vekalet, ariyet, emek-sermaye şirketi bu tür sözleşmelere örnek olarak verilebilir[86].

Yapılan bu açıklamalardan sonra sözleşmenin bağlayıcı olması "sözleşmenin taraflardan birinin tek taraflı irade beyanıyla ortadan kaldırılamayacak ve feshedilemeyecek olması" şeklinde tanımlanabilir.

Tarafları bağlayan sözleşme tiplerinde taraflardan her birine sözleşme ile bağlı olmama yönünde bir tercih yapma imkanı tanıyan bazı haklar vardır. İslam hukukunda

---

83 Cin/Akgündüz, 186.

84 Paçacı, 148.

85 Rado, 14.

86 Bkz. Cin/Akgündüz, 181.

hıyarat olarak ifade edilen bu hakların kendisine tanındığı taraf, tek taraflı irade beyanıyla sözleşme ilişkisini sona erdirebilir. Bu muhayyerlik hakları şart muhayyerliği, tayin muhayyerliği, görme muhayyerliği ve kusur muhayyerliği olarak sayılabilir. Esasında sözleşmenin bağlayıcı olması ve hıyar hakları sözleşmelerin hükümsüzlüğü ile ilgili olmadığı için daha fazla üzerinde durmuyoruz.

III- İSLAM HUKUKUNDA HÜKÜMSÜZLÜK TEORİLERİ

A) GENEL OLARAK

Hukuk düzeni kişilere hukuki işlem ve özellikle sözleşme yapabilecekleri bir alan belirleyerek bu hukuki işlemlerin geçerliliği için bazı kurallar koymuştur. Bu konulan kurallara uyulmaması halinde ise bu aykırı davranışları müeyyidelerle karşılamıştır.

Klasik İslam hukuku doktrininde müstakil bir başlık altında sözleşme teorisi geliştirilmediği için sözleşmelerin kurulması, geçerli olması, yürürlüğe girmesi ve bağlayıcı olması için ne gibi şartların gerektiği ve bunlara uyulmaması halinde nasıl bir yaptırımın uygulanması gerektiği ayrıntılı olarak incelenmemiştir. Hanefi mezhebi dışındaki hukukçular sözleşmelerin kurulmasında riayet edilmesi gereken kurallara uyulmaması halinde tek bir geçersizlik türü kabul etmişler ve sözleşmelerin batıl olduğunu ifade etmişlerdir[87]. Hanefi hukukçular ise sözleşmelerin taşıması gereken özellikleri farklı gruplar halinde tasnif etmişler bu gruplardan her birindeki eksikliğin yaptırımını farklı olarak belirlemişlerdir[88].

Sözleşmenin rükünleri ve kurucu unsurlarındaki bir eksiklik sebebiyle meydana gelen hükümsüzlük haline butlan adını vermişlerdir. Sözleşmenin sıhhat şartlarının yerine getirilmemesi durumunda ise uygulanması gereken yaptırımın daha farklı olması gerektiğini ifade etmişler ve bu tür hükümsüzlüğe de fesad adını vermişlerdir. Bundan başka belki bir hükümsüzlük hali olarak değerlendirilmesi gereken sözleşmenin nefaz şartlarındaki eksiklik haline de tavakkuf veya mevkuf olma

---

87 Apaydın, Fesad, 417; Bardakoğlu, 476; Apaydın, 90, 100; Cin/Akgündüz, 182.

88 Senhuri, IV, 90.

adını vermişlerdir. Aşağıda Hanefilerin kabul etmiş oldukları bu ayrıma bağlı kalınarak hükümsüzlük halleri kısaca incelenmiştir. Sözleşmenin bağlayıcı olmaması durumu herhangi bir hükümsüzlük hali ifade etmediği için ayrıca değinilmemiştir.

B) BUTLAN

Butlan kelime anlamı olarak boşa gitme, heder ve heba olma anlamlarına gelmektedir[89]. Sözleşme serbestîsinin sınırlarını aşılmasında uygulanan en ağır müeyyide olan butlan, sözleşmenin rükün ve unsurlarının bulunmaması ve in'ikat şartlarındaki eksiklik sebebiyle hükümsüz olmasını ifade eder[90]. Sözleşmenin taraflarından birisinin temyiz gücüne sahip olmaması, domuz, şarap gibi sözleşmeye konu edilemeyecek bir mal üzerinde sözleşme yapılması ve irade beyanlarının uyuşmaması gibi konularda meydana gelen eksiklikler birer butlan sebebidir[91].

Sözleşmenin batıl olması sebebiyle kendisinden beklenen hukuki sonuçlar doğmaz. Mecellenin 25. maddesinde de belirtildiği gibi bir şeyin batıl olması o şeyin kapsamına giren ve onun üzerine bina edilen şeylerin de batıl olması sonucunu doğurur[92]. Örneğin teati olarak isimlendirilen ve tarafların zımni irade beyanları ile edimlerini karşılıklı olarak ifa etmeleriyle kurulan bu sözleşme batıl bir sözleşmeye dayanılarak yapılan ifa ile kurulmaz. Yine batıl bir sözleşmeye eklenen şartlar, buna bağlı olarak yapılan ödemeler, kabz ve bu sözleşme sebebiyle yapılan ibra ve ikrarlarda herhangi bir hüküm ifa etmezler[93].

Sözleşmenin batıl olması sonucunda taraflar sözleşmedeki butlan sebebini öğrenmişlerse ve sözleşmeyi buna rağmen geçerli kılmak istemişlerse ve amaçla sözleşmeye icazet vermiş olabilirler. Sözleşmenin batıl olması butlan bir çocuğun ölü doğmasına benzetilebilir. Nasıl ki ölü doğan bir çocuk diriltilemezse batıl olan bir

---

89 Paçacı, 160.

90 Şelebi, 95; Paçacı, 160.

91 Bardakoğlu, 476.

92 Bkz. Apaydın, 104.

93 Paçacı, 162; Apaydın, 105.

sözleşme de icazet vermekle veya ifa etmekle geçerli hale gelmez[94]. Yapılması gereken tek şey bu sözleşmedeki butlan sebebini ortadan kaldıracak şekilde sözleşmeyi yeniden yapmaktır[95].

Butlanı ileri sürme yetkisi taraflara tanındığı gibi ilgili olan diğer kişilere de tanınmıştır. Butlanı, ileri sürmekte çıkarı olan herkes ileri sürebilir[96].

Batıl olan bir sözleşmenin belli bir süre sonra geçerli hale gelip gelemeyeceği de üzerinde durulması gereken konulardan biridir. Sözleşme ifa edilmemişse batıl sözleşmenin üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin sözleşmenin hukuki varlık kazanması ve geçerli olması mümkün değildir[97]. Dolayısıyla sözleşmenin yapılmasının üzerinden onbeş yıl geçmiş olsa bile satıcı taraf muhatabını satılanı teslim almaya ve semeni ödemeye davet edip dava edemez. Davalı sözleşmenin butlanını itiraz olarak ileri sürebilir[98].

Batıl olan sözleşmenin ifa edilmesinin üzerinden belli bir zaman geçmiş olsa da genellikle kabul edilen fikre göre sözleşme geçerli hale gelmez. Ancak her iki tarafın da edimini ifa ettiği sözleşmelerin üzerinden uzunca bir süre (genellikle 33 yıl) geçtikten sonra mülkiyeti devreden tarafın sözleşmenin batıl olduğunu ileri sürerek edimi geri istemesi durumunda muhatap sözleşmenin batıl olduğunu ileri sürmeksizin zamanaşımı ile buna malik olduğunu belirterek davayı reddettirebileceği ifade edilmektedir[99]. Hemen şunu belirtmek gerekir ki burada sözleşme geçerli hale gelmemiş sadece mülkiyeti devreden tarafın istirdat hakkı sona ermiştir.

---

94 Başpınar, 23; Cin/Akgündüz, 183; Apaydın, 106.

95 Apaydın, 106.

96 Senhuri, IV, 81; Apaydın, 109. Örneğin batıl bir satım sözleşmesi ile mal satan bir kişinin mirasçıları satılanın terekede kalmasını sağlamak için bu sözleşmenin butlanını ileri sürme hakları vardır.

97 Eren, 301; Bardakoğlu, 478; Başpınar, 23.

98 Senhuri, IV, 81-82; Apaydın, 111;. Sözleşmenin kurulmadığının ileri sürülmesi def'i değil itirazdır. Yazar satıcının sözleşmenin kurulmadığını def'i olarak beyan edebileceğini ifade etmiş olsa da bunu itiraz anlamında kullanmış olmalıdır.

99 Apaydın, 111.

Batıl olan bir sözleşme üzerinden ne kadar zaman geçerse geçsin geçerli hale gelemeyeceği gibi sözleşmenin batıl olmasını sağlamak için bir dava açmaya da gerek yoktur[100]. Ancak gerekirse butlanın tespiti için bir dava açılabilir[101].Mahkemenin böyle bir müracaat karşısında vereceği karar bildirici (ihbarî) nitelikte olup kurucu (inşaî) nitelikte değildir[102].

Sözleşme taşıdığı şartlar ve hükümler itibariyle kısmen sözleşme özgürlüğü ve buna bağlı olarak ortaya konulan kuralların çizdiği sınırlar içerisinde kalırken kısmen bu sınırın dışına çıkabilir. Böyle durumlarda sözleşmenin tamamen mi batıl sayılması gerektiği yoksa sınırların dışına çıkan kısmının mı batıl sayılması gerektiği tartışmalıdır. Kısmî butlan[103] olarak isimlendirilen bu durumda sözleşmedeki edimlerin bölünüp bölünemeyeceği temelinden hareketle konu çözümlenmeye çalışılmıştır. Sözleşmenin tamamen batıl olması gerektiğini ileri süren İslam hukukçuları olduğu gibi sözleşmedeki edimlerin bölünebilmesi halinde batıl olan kısmın ayrılabileceği ve diğer kısmın sahih olarak kalabileceği de ifade edilmektedir. Sözleşmenin ayrılabilir edimleri arasında taraflar açısından bir bağlılık varsa yani biri olmasaydı diğeri de olmazdı şeklinde bir düşünce varsa sözleşmenin tamamen batıl olması gerektiği ifade edilmiştir[104]. Bu durumun Türk hukukunda da geçerli olan ve Borçlar Kanununun 20. maddesinde de ifade edilen kuralla uyum içerisinde olduğunu belirtmek gerekir.

Batıl olan sözleşme, kurulması istenilen sözleşme olarak hiçbir hukuki sonuç doğurmamakla birlikte bünyesinde taşıdığı başka sözleşmelerin veya hukuki işlemlerin özellikleri dikkate alınarak ayakta tutulmak istenebilir. Hem İslam hukuku hem de batı hukuku bu konu üzerinde durmuş ve bazı sonuçlara ulaşmaya çalışmıştır. Türk

---

100 Eren, 301; Paçacı, 163; Apaydın, 112; Gürel, 39; Oğuzman/Öz, 127; Bardakoğlu, 478.

101 Bardakoğlu, 478; Eren, 301; Apaydın, 113; Paçacı, 164.

102 Senhuri, IV, 82; Apaydın, 114.

103 Kısmî Butlan, bir sözleşmenin içeriğinin bir kısmının imkânsızlık veya hukuka ya da ahlaka aykırılık sebebiyle sakat olması halinde yalnız bu kısmın batıl olup sakat olmayan diğer kısımlarının, tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazi iradelerinin de dikkate alınarak geçerliliğinin korunmasına denilmektedir. Bu tanım ve diğer tanımlar için bkz. Başpınar, 28 vd.

104 Bu tartışmalar için bkz. Apaydın, 119 vd.

hukukunda hukuki işlemlerin çevrilmesi[105] veya tahvil olarak isimlendirilen bu durum için bazı şartlar aranmaktadır. Öncelikle çevrilmek istenen hukuki işlem batıl olmalıdır. Çevrilmek istenen hukuki işlem geçerliyse taraflar isteseler dahi tahvil gerçekleşmez[106]. İkinci olarak batıl olan hukuki işlem başka bir hukuki işlemin geçerli olası için aranan bütün şartları taşımalıdır[107]. Yeni bir unsurun ilavesi gerekirse tahvil gerçekleşmez[108]. Bu konuda aranan son şart tarafların farazi iradelerinin bu sözleşmeyi yapacakları yönünde olması gerekir. Yani taraflar batıl olan işlemin bu durumunu bilmeleri durumunda kendisine dönüştürülmek istenen hukuki işlemi yaparlardı şeklinde bir kanaate sahip olmaları gerekmektedir[109].

İslam hukukçuları sözleşmelerin çevrilmesine çok sıcak baktıkları söylenemez. Sözleşmelerin çevrilmesi olarak ifade edilen hususlarda teker teker incelendiğinde bunların batı hukukunda anlaşıldığı anlamda tahvil olmadığı birer düzeltme oldukları da görülmektedir[110]. Ancak kanaatimizce İslam hukukunda özellikle Hanefi mezhebi dışındaki mezheplerde çevrilmeye sıcak bakılmaması, kabul etmiş oldukları tek dereceli hükümsüzlükten kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla batıl olarak isimlendirdikleri, varlığını kabul etmedikleri, herhangi bir hukuki sonuç bağlamadıkları geçersiz olan işlemlerin çevrilerek başka işlemler olarak ayakta tutulması sistemin kendi içerisinde çelişkiler doğuracağından çok sıcak karşılanmamıştır. Ancak tek dereceli hükümsüzlük teorisini kabul etmeyen Hanefi hukukçular bu konuda daha kolay çözüm önerileri getirebilmişlerdir.

Mecellede "akitlerde itibar elfaz ve mebaniye değil, makasıd ve maniyedir"[111] ve "sözün i'mali ihmalinden evladır"[112] şeklindeki kurallardan da hareket edilerek

---

105 Bu konuda bkz. Kaneti, 1 vd.; Senhuri, IV, 73 vd.

106 Apaydın, 115; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 110 vd; .Senhuri, IV, 74; Kaneti 152 vd; Oğuzman/Öz, 139..

107 Oğuzman/Öz, 139; Apaydın, 115; Kaneti 152 vd.; Senhuri, IV, 74.

108 Apaydın, 116.

109 Kaneti, 152 vd; Apaydın, 115; Oğuzman/Öz, 139; Senhuri, IV, 76..

110 Bu konuda bkz. Apaydın, 116.

111 Mecelle m.3.

112 Mecelle m. 60

Hanefi hukukçular tarafından sözleşmelerde tahvil kabul edilmiştir. Bu konuda verilen en klasik örnek, semenin ödenmeyeceği şartını içeren bir satım sözleşmesinin bağışlama (hibe) sözleşmesine, ücret ödenmemesi kararlaştırılan bir kira sözleşmesinin de ariyet sözleşmesine dönüşeceği şeklindedir. Bu örneklerden hareketle tahvili kabul edenler bunu geçerli saymışlar kabul etmeyenler ise geçersiz saymışlardır. Yine geçerli bir vasiyetten sonra aynı konuda hukuken geçersiz bir vasiyet yapan kişinin ikinci vasiyetinin batıl olması durumunda bunun ilk vasiyette rücu olarak değerlendirileceği ifade edilmekte buna da tahvil adı verilmektedir. Kanaatimizce bu ve bunun gibi durumlarda sözleşmelerin çevrilmesinden çok sözleşmelerin ve daha genel ifadeyle hukuki işlemlerin yorumlanmasından[113] bahsedilmelidir. Semenin ödenmemesi şartıyla satım sözleşmesi taraflar buna satım deseler dahi satım olmaz ancak bağışlama olur. Çünkü tarafların kullandıkları sözlere değil gerçek arzularına bakmak gerekir. Bu husus Borçlar Kanununun 18. maddesinde şu şekilde ifade edilmektedir. "Bir akdin şekil ve şartlarını tayinde iki tarafın gerek sehven gerek akitteki hakiki maksatlarını gizlemek için kullandıkları tabirlere ve isimlere bakılmayarak onların hakiki ve müşterek maksatlarını aramak lazımdır." .

Sözleşme batıl olmasına rağmen teslim gerçekleşmişse veya daha genel olarak sözleşme ifa edilmişse bunun da bazı maddi vakıalara sebep olacağı ifade edilmektedir. Malı elinde bulunduran alıcının bu kullanması ve tüketmesi durumunda semen mi yoksa tazminat mı gerektiği meselesi tartışılmıştır[114]. Bunun gibi nikah akdinde de maddi vakıa olarak bazı sonuçların doğacağı ifade edilmektedir. Bu konu ikinci bölümde daha geniş olarak ele alındığı için burada değinmiyoruz.

C) FESAD

Fesad kelime anlamı olarak bir şeyin önce düzgün, düzenli ve yararlı iken sonradan bu özelliklerini kaybederek değişmesi ve bozulması anlamına gelmektedir[115]. Mecelle ise terim anlamı ile fesadı şu şekilde tanımlamıştır:" Bey-i fasid aslen sahih olup da vasfen sahih olmayan yani zaten mün'akid olup da bazı evsaf-ı hariciyesi

---

113 Bu konuda Bkz. Kaplan, 15 vd.

114 Bu tartışmalar için bkz. Apaydın, 125.

itibariyle meşrü olmayan bey'dir"[116]. Daha önce de belirttiğimiz gibi butlan-fesad ayrımı Hanefi hukukçular tarafından geliştirilmiş olup diğer mezhepler butlan ile fesadı aynı anlamda ve tek hükümsüzlük türü olarak kullanmışlardır.

Fasid sözleşme rükün ve unsurları itibariyle kurulmuş, ancak bazı vasıfları eksik olduğu için sakat doğmuştur ve sahih(geçerli) değildir.

Yukarıda sözleşmenin sıhhat (geçerlilik) şartlarının neler olduğunu açıklamıştık. İşte genellikle sözleşmenin konusuna ilişkin özelliklere mebni olan bu şartların bulunmaması durumunda sözleşme fasid olarak nitelendirilmektedir.

Fasid olan sözleşme kurulmuş olmakla birlikte hukuk düzeninin bu özellikte bir sözleşmenin kurulmasına rıza göstermez. İlke hukuk düzeninin gereklerine uygun olmayan bu sözleşmenin ortadan kaldırılması gerekmektedir. Bu da fasid olan sözleşmelerin ortadan kaldırılması feshi olarak isimlendirilir. Bu gereklilik fesadın hukuk düzeninin gereklerine aykırılık taşıması ve bu aykırılığın giderilmesinin yolunun sözleşmenin ortadan kaldırılması ile gerçekleşebileceği temeline dayanmaktadır[117]. Sözleşmedeki hukuk düzeninin gereklerine aykırılık sözleşme sona erdirilmeden de giderilebiliyorsa sözleşmenin sona erdirilmesi yönüne gidilmez. Genellikle sinallagmatik olarak ifade edilen iki tarafa bor yükleyen sözleşmelerde veya mülkiyeti devir sonucu doğuran sözleşmelerde görülmektedir[118].

Fasid olarak kurulmuş bir sözleşmeden doğan borç ifa edilmemişse örneğin satım sözleşmesinde satılan teslim edilmemişse taraflardan her birisi bu sözleşmeyi feshedebilir. Çünkü sözleşme bu haliyle hiçbir hüküm taşımamaktadır[119]. Sözleşmeye sonradan icazet (onay) verilmesi de sözleşmeyi geçerli hale getirmez[120].

---

115 Apaydın, Fesad, 417; Paçacı, 165.

116 Mecelle m. 109; ayırca bkz. Cin/Akgündüz, 183; Apaydın, Fesad, 417.

117 Apaydın, 137.

118 Cin/Akgündüz, 184; Apaydın, Fesad, 418.

119 Paçacı, 166; Apaydın, 138; Cin/Akgündüz, 185; Karaman, C.2, 268; .

120 Karaman, C.2, 268; Cin/Akgündüz, 184.

Fasid olarak kurulmuş olan bir sözleşmeden doğan borçlar ifa edilmişse yani kabız gerçekleşmişse sözleşme hukuki sonuç doğurur. Sözleşmenin fesada rağmen ifa edilmesi tarafların bu sözleşmenin devam ettirilmesi konusunda ki kararlılıklarını gösterir ve sözleşme kısmen güçlenir[121].

Kabzdan sonra da taraflar kabzdan önceki sözleşmeyi feshedebilirler. Ancak tarafların kabz ile tamamlanmış olan bu sözleşmeyi feshedebilmesi için iki şart aranmaktadır. Her şeyden önce malı teslim alan taraf bu malı başkasına devretmemiş, yapısında bir değişiklik meydana getirmemiş olmalıdır. Malda meydana gelen mülkiyet değişikliğinin yanı sıra malın kendisindeki değişiklerde feshe engel olur. Pamuğun ip, ipin kumaş, kumaşın elbise yapılması üzümün sıkılıp suyunun zeytinin yağının çıkarılması gibi durumlarda sözleşme feshedilemez. Ancak aynen veya nakden tazmin edilir[122].

Sözleşmenin ikrah sebebiyle fasid olması durumunda ikrahın sözleşmelere etkisi İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Hanefilerin dışındaki İslam hukukçuları ikrahın sözleşmenin esasına etki etmesi sebebiyle sözleşmeyi batıl kılacağını ifade etmektedirler. Hanefilerden Ebu Hanife, Ebu Yusuf ve Muhammede göre sözleşmenin geçerlilik şartıdır ve sözleşmeyi fasit hale getirir. Malikiler ile hanefilerden İmam Züfere göre ise ikrah bir geçerlilik şartı değil bağlayıcılık (Lüzum) şartıdır. Dolayısıyla ikrah ile yapılan sözleşme kurulmuştur, geçerlidir ancak bağlayıcı değildir. Günümüz hukukundaki ikrah ile yapılan sözleşmelere getirilen çözüm ile de paralel olan bu sonuç son zamanlardaki İslam hukukçularının da kabul ettikleri çözümdür[123].

D) MEVKUF OLMA

Sözleşmenin rükünleri in'ikat şartları ve sıhhat şartları tam olarak yerine gelmişse ancak sözleşmenin nefaz şartı olarak incelediğimiz şartlardan birisi eksikse bu sözleşmeye mevkuf sözleşme adı verilir. Mevkuf olan sözleşmenin hükümleri

---

121 Paçacı, 167.

122 Karaman, C.2, 269-273; Paçacı, 168; Kasani, C.5, 300, 304.

123 Apaydın, Fesad, 420; Cin/Akgündüz, 172; Zuhaylî, C.5, 160; Karaman, C.2, 275.

başlangıçta yürürlüğe girmez, ancak bu eksik olan şartın tamamlanmasından sonra yürürlüğe girer.

Sözleşmenin mevkuf olması, genel olarak ehliyet eksikliği ve yetkisizlik sebepleriyle ortaya çıkmaktadır. Sözleşmelerin tam olarak kurulabilmesi için tarafların hukuki işlem ehliyetine (Eda Ehliyeti) sahip olmaları gerekmektedir. Temyiz gücüne sahip olmayanların yaptığı hukuki işlemler hiçbir hukuki sonuç doğurmazken[124] temyiz gücüne sahip olmakla birlikte reşit olmamış çocukların yaptıkları işlemler çeşitli kategorilere ayrılmaktadır[125]. Yapılan işlem sırf çocuğun yararına ise mümeyyiz küçük bu işlemi tek başına yapabilir. Örneğin kendisine yapılan bir bağışlamayı kabul edebilir. Bu konuda kanuni temsilcisinin izin veya icazetinin olup olmaması önemli değildir[126]. Aynı prensip Türk Medeni Kanununun 16. maddesinde de kabul edilmiştir. ".Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazandırmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir"[127]. Çocuğun yapacağı işlem sırf çocuğun zararına ise çocuğun bu işlemi yapması herhangi bir sonuç doğurmayacağı gibi kanuni temsilcisinin buna izin veya icazet vermesi de bu işlemleri geçerli hale getirmez[128]. Örneğin çocuğun vakıf kurması veya kefil olması geçerli değildir. Türk Hukukunda da aynı sonuç benimsenmiş Medeni Kanunun 449. maddesinde mümeyyiz küçüklerin önemli bağışlama, vakıf kurma ve kefalet işlemlerini yapamayacakları açıkça ifade edilmiştir[129]. Mümeyyiz küçüklerin tek başlarına yapabilecekleri ve velilerinin onayıyla

---

124 Çeker, Çocuk, 72; Erbay, 115-116; İbrahim Bek, 77; Dural/Öğüz, 63..

125 Çeker, Çocuk, 74 vd.; Erbay, 116 vd.; Dural/Öğüz, 85 vd.

126 Erbay, 117; İbrahim Bek, 77; Ayrıca Bkz. Mecelle. m. 967.

127 Medeni kanunda bu prensip kabul edilmekle birlikte borçlar kanununda kanuni temsilcinin küçüğe yapılan bağışlamayı kabul etmesini yasaklayabileceği ifade edilmektedir. Bu düzenleme küçüğün hukuki işlem ehliyetinin kısıtlanması olarak değil onu koruma ve kollama hak ve yükümlülüğünün bir uzantısı olarak gerçekleşmektedir. Örneğin çok zararlı olabilecek veya çok masrafı gerektirebilecek ve bunun karşılığında küçüğe hiçbir fayda sağlamayacak bir şeyin bağışlanması karşısında küçüğü bu bağışlamayı kabulden men etmek onun yararınadır. Aynı uygulama İslam hukukunda da mevcuttur. Bkz. Ali Haydar, C.2, 660 vd.

128 Çeker, Çocuk, 76-77; Erbay, 117; İbrahim Bek, 78; Ayrıca bkz. Mecelle m. 967

129 Doktrinde Medeni Kanunda İslam hukukunda kabul edilen ve mecelle'nin 967. maddesindeki düzenlemenin paralelini oluşturan bir düzenlemenin olmadığı ileri sürülse de bkz. Çeker, Çocuk, 77, MK. m. 449 da bu durum vesayet açısından açık bir şekilde düzenlenmiştir.

dahi yapamayacakları bu işlemlerden başka her iki tarafa da borç yükleyen sözleşmelerde durumun biraz daha farklı olduğu görülmektedir. Çocuğun hem lehine hem de aleyhine sonuçlar taşıyan bir sözleşme yapması durumunda yapılan işlem askıda dır[130]. Kanuni temsilcinin onayıyla mevkuf olma durumundan kurtulan ve geçerli olan bu işleme kanuni temsilci onay vermezse işlem baştan itibaren batıl hale gelir[131]. Türk Hukukunda da durum aynıdır.

Sözleşmelerin mevkuf olmalarını gerektiren ikinci durum yetkisiz temsilci olarak nitelenebilecek olan fuzuli'nin yapmış olduğu sözleşmelerdeki durumdur. Yetkisiz temsilci başkası adına bir hukuki işlem yaparsa bu işlem kendisi adına yapılan kişinin icazetine bağlıdır[132]. İcazet verilince sözleşme baştan itibaren geçerli hale gelir ve fuzuli, temsilci sıfatını kazanır[133].

§ 2- TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

IV- TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN UNSURLARI VE ŞARTLARI

A) SÖZLEŞMENİN KURUCU UNSURLARI

1- Genel Olarak

Dış dünyada meydana gelen değişiklere olay adı verilir. Bu olaylardan bazısı hukuku ilgilendirmezken bazıları hukukun sınırları içerisinde yer almaktadır. Bu hukuki olaylardan insan davranışının ürünü olanlara hukuki fiil adı verilir. Bunlar da kendi içerisinde hukuka uygun fiiller ve hukuka aykırı fiiller olmak üzere iki kısma ayrılırlar. Hukuka uygun fiillerin en önemlisi hukuka işlemlerdir[134].

---

130 Erbay, 118; İbrahim Bek, 78.

131 Erbay, 118; Çeker, Çocuk, 78.; İbrahim Bek, 78

132 Paçacı, 170. Ayrıca bkz. Mecelle m. 368.

133 Paçacı, 171. Ayrıca bkz. Mecelle m. 1453.

134 Bkz. Akıncı, Borçlar, 54; Oğuzman/Barlas, 114-115.

Hukuki işlem hukuk düzeninin öngördüğü sınırlar içerisinde gerektiğinde diğer ek kurucu unsurlarla birlikte hukuki sonuçlar doğurmaya yönelmiş bir veya daha fazla kişinin irade açıklamalarında oluşan hukuki bir olgudur[135].

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere hukuki işlemin kurulması için mutlaka bulunması gereken bazı unsurlar vardır. Bunlara hukuki işlenin kurucu unsurları adı verilmektedir. Sözleşmeler açısından baktığımızda bunlar, irade beyanları, edim ve hukuki sonuçtur.

2- İrade Beyanları

Belli bir davranışta bulunup bulunmama yönündeki kişilerin kafalarında oluşan düşünce ve bunun sonucunda ulaşılan karara irade adı verilir[136]. Hukuki işlemin oluşabilmesi için iradenin tek başına oluşması yeterli değildir bunun dış dünyaya açıklanması da gerekmektedir[137]. Buna da irade açıklaması[138] adı verilir[139].

İrade beyanları yazı, söz ve hatta zımni bir şekilde yapılabilir[140]. Sözleşmeler iki taraflı hukuki işlemlerdir. Bunun tabii sonucu olarak bir sözleşmenin kurulabilmesi için en az iki irade beyanına ihtiyaç vardır.

Borçlar Kanunumuzun Sözleşmenin 1. maddesinde sözleşme tanımlanmıştır. Buna göre "İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde akit tamam olur". Kanunun bu tanımında sözleşmede bulunması gereken unsurlar irade beyanları, bunların karşılıklı olması ve birbirine uygun olmaları şeklinde

---

135 Eren, 111 vd; Kılıçoğlu, 28; Oğuzman/Barlas, 115; Akıncı, Borçlar, 54; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 79 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 38; Oğuzman/Öz, 33; Tunçomağ, 76.

136 Akıncı, Borçlar, 55; Eren, 112.

137 Feyzioğlu, Borçlar, 47.

138 İrade açıklaması irade beyanı ve irade faaliyeti olmak üzere iki kısma ayrılır. İrade, eğer açıklamaya yarayan vasıtalarla açıklanmışsa buna irade beyanı adı verilir. İrade bu şekilde beyan edilmeyip doğrudan doğruya icra edilmişse buna irade faaliyeti adı verilmektedir Akıncı, Borçlar, 55. Biz, bu kavramlar arasındaki farklılığın çalışmamızın konusu dışında yer alması ve doktrinde genel olarak kullanılan terimin irade beyanı olması sebebiyle irade açıklaması yerine irade beyanı kavramını kullanacağız.

139 Oğuzman/Barlas, 126; Akıncı, Borçlar, 55; Eren, 112.

140 Bu konuda bkz. Oğuzman/Barlas, 126 vd.

üç başlık halinde açıklanabilir. Ancak sözleşmenin en önemli kurucu unsuru olan irade beyanlarının tek başına bulunması sözleşmeyi kurmaz. Bunlarında aynı zamanda hukuki bir sonuca yönelmiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla kanunun sözleşme t6anımı bu unsuru içermediği için eksiktir[141].

İslam hukukunda sözleşmenin kurucu unsurları kısmında incelediğimiz taraflar başlığında sözleşmenin iki tarafının olmasına ilişkin husus burada iki irade beyanının olması şeklinde yer almaktadır.

İcap, sözleşmenin yapılması teklifini içeren ve bu amaçla muhataba iletilen, muhatabın kabulü ile sözleşmenin kurulmasını sağlayan varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır[142]. İcap sözleşmenin kurulması için ilk önce yapılan irade beyanıdır[143].

Kabul ise, icaba uygun olarak sözleşmenin kurulması sonucunu doğuran yöneltilmesi ve varması gerekli tek taraflı bir irade beyanıdır[144].

İrade beyanlarının olması sözleşmenin kurulması için yeterli değildir. Bu beyanlar karşılıklı olmalıdır[145]. Karşılıklı olmayan beyanlar sözleşmenin kurulmasına imkan vermez. İrade beyanlarının karşılıklı olması demek tarafların yüz yüze gelmeleri demek değildir. Taraflar telefonla, yazışma yoluyla ve hatta internet üzerinden de sözleşmenin kurulmasını sağlayabilirler. Yine taraflar temsilcileri aracılığı ile sözleşme kurabilirler. İslam hukukunda yapılması mümkün görülmeyen temsilcinin kendisi ile sözleşme yapması veya her iki tarafın da temsilcisi olarak sözleşme yapması günümüz hukukunda da kural olarak geçerli değildir. Ancak sözleşmenin tarafı olacak temsil olunanın buna izin vermiş olması halinde veya tarafların zararına olmayacağı kesin olan

---

141 Eren, 185.

142 Eren, 219; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 82; Kılıçoğlu, 38; Oğuzman/Öz, 45; Von Tuhr, 176; Kocayusufpaşaoğlu, 165; Akyol, 66; Tunçomağ, 128; Feyzioğlu, Borçlar, 69..

143 Oğuzman/Öz, 46; Eren, 219; Feyzioğlu, Borçlar, 69.

144 Eren, 228; Kocayusufpaşaoğlu, 182; Akyol, 82; Oğuzman/Öz, 57; Feyzioğlu, Borçlar, 89; Tunçomağ, 136; Akıncı, Borçlar, 81; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 93.

145 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 70; Eren, 186; Oğuzman/Öz, 57.

bir konuda sözleşme yapılacaksa sözleşme tek kişi tarafından da kurulabilir[146]. Ancak burada da iki adet karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı vardır[147].

İrade beyanlarına ilişkin diğer bir şart da karşılıklı olan bu beyanların birbirine uygun olması gerekmektedir[148]. Beyanlar birbirine uygun olmazsa ve bu hususta taraflar hem fikirse sözleşme kurulmuş olmaz[149]. Taraflar anlaştıklarını zannettikleri halde yine irade beyanları birbirine uygun olmazsa gizli uyuşmazlık var demektir ve sözleşme yine kurulmaz[150].

3- Sözleşmenin Konusu

Borç ilişkisinin konusuna edim adı verilir ve edim aslında borç ilişkisinin bir unsurudur. Borç ilişkisine dayanarak alacaklının borçludan talep etmeye yetkili olduğu, borçlunun da yerine getirmek zorunda olduğu davranışa edim denir[151].

Bir borç ilişkisinin kurulabilmesi için mutlaka bir konusunun olması yani bir edim içermesi gerekmektedir. Konusu olmayan bir borç ilişkisinden ve özellikle sözleşmeden bahsedilemez[152]. Borç ilişkisinin konusu bir şeyin verilmesine veya yapılmasına yönelik olabileceği gibi bir şeyin yapılmamsına yönelik de olabilir[153].

Sözleşmenin konusunun kararlaştırılmış (mevcut) olması ile bu edime ilişkin bulunması gereken özellikler farklıdır. Dolayısıyla edimde bulunması gereken özellikler sözleşmenin geçerliliği ile ilgili olmasına karşın, sözleşmenin konusunun olması sözleşmenin kurulması yani varlığı ile ilgilidir.

---

146 Oğuzman/Öz, 179-180; Eren, 204; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 70.

147 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 70;

148 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 70-71; Oğuzman/Öz, 58, 61; Eren, 187.

149 Oğuzman/Öz, 61.

150 Oğuzman/Öz, 61.

151 Tunçomağ, 39; Eren, 89; Akıncı, Borçlar, 24; Oğuzman/Öz, 5; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 32.

152 Feyzioğlu, Borçlar, 52.

153 Akıncı, Borçlar, 27-28; Oğuzman/Öz, 5-6; Feyzioğlu, Borçlar, 232. Roma hukukunda buna dare (verme), yapma (facere) ve yapmama (non facere) adı verilmektedir.

4- Hukuki Sonuç

Hukuki işlemin kurulabilmesi için irade açıklamaları ve bunların karşılıklı olarak birbirine uyuşması yeterli değildir. Aynı zamanda bu iradelerin bir hukuki sonuca yönelik olması da gerekmektedir[154].

Tarafların yaptıkları sözleşme ile ulaşmak istedikleri amaca, hukuki işlemin sonucu adı verilir. Bu sonuç, bir hakkın ya da hukuki ilişkinin kurulması, değiştirilmesi, devredilmesi ya da ortadan kaldırılması şeklinde olabilir[155].

5- Diğer Kurucu Unsurlar

İrade beyanlarının bir hukuki sonuca yönelik olarak açıklanması sözleşmenin kurulması için genellikle yeterli olmakla birlikte bazı sözleşmeler açısından arana ek kurucu unsurlar da bulunmaktadır. Örneğin taşınmaz satımında tapuda tescil yapılması kurucu unsurdur. Bunun gibi Türk Ticaret Kanununun 768. maddesinin ilk fıkrasındaki taşıma sözleşmesi ayni bir sözleşmedir ve kurulabilmesi için taşınacak malın taşıyıcıya teslim edilmesi gerekmektedir[156]. Bu şekilde kurulan sözleşmelere real sözleşme adı verilmektedir. Roma hukukunda oldukça çok kullanılan bu sözleşme tipi modern hukuklarda çok kullanılmamaktadır.

B) SÖZLEŞMENİN GEÇERLİLİK ŞARTLARI

Yukarıda sayılan unsurları tam olarak taşıyan bir sözleşme kurulmuştur. Ancak sözleşmenin kurulmuş olması onun tek başına geçerli olması ve uygulanmasını gerektirmez. Sözleşmenin geçerli olabilmesi için bir takım şartları taşıması gerekmektedir. Bu şartlar sözleşmenin taraflarına, konusuna ve yapılış şekline ilişkin olabilir.

---

154 Eren, 116; Akıncı, Borçlar, 58; ayrıca bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 126 vd..

155 Eren, 116; Akıncı, Borçlar, 58.

156 Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 126; Eren, 299.

1- Tarafların Ehliyeti

Sözleşmelerin geçerli olabilmesi için tarafların sözleşme ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Ehliyet, kişiler hukukunun konusunu ilgilendirdiği için burada ayrıntılı olarak üzerinde durmayacağız. Ancak ehliyetin gerçek kişiler yönünden en temel şartı temyiz gücüdür ve temyiz gücü yerinde olmayan kişinin yaptığı sözleşme geçerli olmaz[157].

Temyiz gücü olmakla beraber reşit olmayan veya kısıtlı olan kişilerin yaptıkları sözleşmelerin hüküm ifade etmesi ise kanuni temsilcilerinin onayına bağlıdır. Bununla beraber, mümeyyiz küçük mutlak lehine olan bir sözleşme yapmışsa örneğin bir bağışlamayı kabul etmişse bu kanuni temsilcisinin onayına bağlı olmaksızın geçerli olur. Mümeyyiz küçüğün mutlak olarak zararına olan bağış yapma kefil olma gibi sözleşmeler ise kanuni temsilcisinin onay verip vermemesiyle ilgisi olmaksızın geçersizdir. Vakıf kurma'nın da dahil edilebileceği bu işlemler yasak işlemler olarak kabul edilmiştir[158].

2- Kişilik Haklarına Aykırı Olmama

Yapılan sözleşme kişilik haklarına aykırı olmamalıdır. Kişilik haklarının içeriği hak ve fiil ehliyeti, kişisel özgürlükler, beden bütünlüğü ve manevi bütünlük olarak özetlenebilir.

Kişilerin hak veya fiil ehliyetlerinden vazgeçmelerine ilişkin sözleşmeler geçersiz olduğu gibi kendi özgürlüklerini sona erdiren veya kısıtlayan sözleşmeler de geçersizdir[159].

Beden bütünlüğünü ihlal eden kişilerin hayat ve sağlıkları ile oynayan sözleşmeler de geçersizdir. Örneğin çocuk düşürmeye, düello yapmaya veya öldürülmeye razı olmaya ilişkin sözleşmeler geçersizdir[160].

---

157 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 384; Oğuzman/Öz, 70; Eren, 300.

158 Dural/Öğüz, 85-88.

159 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 391-392.

3- Şekil Şartlarına Aykırı Olmama

Bir iradenin beyan edilmesi amacıyla kullanılan kalıp ve ifade ediş biçimine şekil adı verilmektedir[161]. Konuya bu anlamda yaklaşıldığında her irade beyanının mutlaka bir şeklinin olduğu sonucuna ulaşılır[162]. Ancak irade beyanının şekle bağlı olması denilince Borçlar Kanununun şekil serbestisi prensibinin karşısında irade beyanlarının kanun veya taraflarca belirli bir form ve kalıba bağlanması akla gelmektedir[163].

BK. m. 11/ f.2 "Kanunun emrettiği şeklin şumül ve tefsiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz" hükmünü içermektedir. Madde metninde geçen sahih olmaz ifadesinin ne anlama geldiği hususunda doktrinde birliği sağlanamamış olsa da genellikle kabul edilen görüşe göre sözleşmenin geçerlilik şartı olarak değerlendirilmiştir. Bunun da sonucu olarak şekle aykırılığın müeyyidesin butlan olduğu ifade edilmektedir[164]. Bununla beraber bunun kendine özgü bir geçersizlik türü olduğunu ifade eden yazarlar da vardır[165].

4- Hukuka Aykırı Olmama

BK. m. 20/f.I'de "Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik veyahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır" denilmektedir. Özel kanunlarla ilgili emredici kurallara, şekil zorunluluğuna, kişilik haklarına ve kamu düzenine ilişkin kurallara aykırı sözleşmeler hukuka aykırı olarak kabul edilirler[166].

Hukuk kurallarından maksat emredici nitelikteki hukuk kurallarıdır.

---

160 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 393.

161 Atlaş, 60; Eren, 236; Tuğ, 3.

162 Eren, 236; Atlaş, 60.

163 Tuğ, 3; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 99.

164 Nomer, Haluk, 598; Feyzioğlu, Borçlar, 306; Tuğ, 136; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 100-102; Oğuzman/Öz, 116; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 250.

165 Eren, 262-263.

166 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 395; Oğuzman/Öz, 72-73.

5- Ahlaka Aykırı Olmama

BK. m. 20'de ahlaka aykırı olan sözleşmelerin de batıl sayılacağı ifade edilmiştir. Bir sözleşme aydın, vicdanlı, makul ve namuslu insanların doğruluk ve inaf duygularını inciten taahhütler içeriyorsa ahlaka aykırı olarak kabul edilmektedir[167]. Bu ahlak seviyesinin belirlenmesinde orta zekalı dürüst ve aklı başında kişilerin ahlak anlayışının esas alınması gerektiği belirtilmektedir[168].

Borçlar kanununun metni sözleşmenin konusunun ahlaka aykırılığından bahsetmiş olsa da, amacının da ahlaka aykırı olması durumunda sözleşmenin geçersiz olması gerektiği doktrinde belirtilmektedir[169]. Örneğin genelev işletmek için şirket kurmak hiçbir hukuk kuralına aykırı değilken güttüğü amaç itibariyle ahlaka aykırıdır ve bu sözleşme geçersizdir. Genelev işletmeye yönelik olarak bir yerin kiralanması durumunda devletten izin alınmışsa bunun hukuka ve ahlaka uygun hale geleceği alınmamışsa sözleşmenin geçersiz olacağı ifade edilmektedir[170].

6- Kamu Düzenine Aykırı Olmama

Toplumun menfaatini koruyan hükümlerle ortaya çıkan hukuki düzenin bütünü kamu düzeni olarak ifade edilebilir[171]. Başta Anayasa hukukunun temel prensipleri ve Ceza Hukukunun suç saydığı fiillerin kamu düzenine ilişkin olduğunda şüphe bulunmamaktadır[172]. Bununla beraber medeni kanunun evlenmeye ilişkin düzenlemeleri özel hukuk alanında kamu düzenine ilişkin düzenlemelere örnek olarak verilebilir[173].

---

167 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 398;

168 Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, 83 vd., 126 vd.; Oğuzman/Öz, 74, dn. 112.

169 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 399; Oğuzman/Öz, 75; Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, 83 vd.

170 Bununla beraber devletten izin alınmış olması durumunda bunun ahlaka aykırılığı gidermeyeceği de ileri sürülen görüşler arasındadır. Tartışmalar için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 399, dn. 7; Oğuzman/Öz, 75, dn. 116; Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık, 118-119, dn, 44.

171 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 402-403; Oğuzman/Öz, 73.

172 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 403.

173 Oğuzman/Öz, 73

7- İmkansızlık

Bir sözleşmede taraflardan birisinin diğerine taahhüt ettiği edimin yerine getirilmesi imkansız ise sözleşme geçersiz olur. Bu imkansızlık doğal, fiili olabileceği gibi hukuki imkansızlık da olabilir. Daha önce yanmış bir tablonun satılması durumunda fiili imkansızlık, 200 metrekareden aşağı parsellere izin vermeyen imar mevzuatına aykırı olarak 100 metrekarelik parsel yapmayı ve satmayı konu edinen işlemlerde hukuki imkansızlık vardır[174]. Burada önemle işaret etmek gerekir ki bu imkansızlık sözleşmenin kurulmasından önce mevcut olan imkansızlıktır[175]. Tarafların bunun farkına sonradan varmış olmaları sonucu etkilemez[176].

Sözleşmenin yapıldıdığı sırada imkansız olan husus herkes için imkansız olmalıdır. Yani burada aranan imkansızlık objektif imkansızlıktır[177]. yoksa sözleşmenin sadece taraflarca ifa edilemeyecek olması yani sübjektif imkansızlık halinde sözleşme geçerlidir[178].

8- Sözleşmenin Muvazaalı Olmaması

Muvazaa, tarafların yaptıkları sözleşmenin hiç hüküm doğurmaması veya görünüşteki sözleşmeden başka bir sözleşmenin hükümlerini doğurması hususunda anlaşmalarıdır[179].

Muvazaa tarafların yaptıkları sözleşmenin hiçbir hüküm doğurmayacağını kararlaştırmaları şeklinde gerçekleşiyorsa buna mutlak (Adi) muvazaa adı verilir. Taraflar görünürde bir işlem yapmakla birlikte bunun arkasında esas yapmak istedikleri

---

174 Oğuzman/Öz, 76-77.

175 Eren, 295; Dural, İmkansızlık, 79; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 404;,Oğuzman/Öz, 77; Tunçomağ, 178; Feyzioğlu, Borçlar, 267.

176 Oğuzman/Öz, 77.

177 Altunkaya, 110 vd.; Eren, 295; Oğuzman/Öz, 78; Feyzioğlu, Borçlar, 269; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 404.

178 Sözleşmenin konusunun başlangıçta imkansız olduğunu bilen ve bunu karşı tarafa söylemeyen taraf culpa in contrahendo sorumluluğuna göre muhatabın uğradığı zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Bu konuda bkz. Yalman, 95 vd.

179 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 407-408; Oğuzman/Öz, 108; Feyzioğlu, Borçlar, 187; Tunçomağ, 197.

işlemi gizliyorlarsa buna mevsuf (nisbi) muvazaa adı verilir[180]. Muvazaa, sözleşmenin niteliğinde[181] olabileceği gibi sözleşmenin konusunda[182], şartlarında veya taraflarında[183] da olabilir[184].

Muvazaalı işlemin geçerliliği ise mutlak muvazaa ve mevsuf muvazaa açısından ayrı ayrı ele alınmalıdır.

Mutlak muvazaada taraflar tek bir sözleşme yapmaktadır ve zaten yaptıkları gizli muvazaa anlaşmasıyla bu görünürdeki sözleşmenin geçersiz olmasını arzu etmektedirler. Bu sebeple mutlak muvazaada yapılan sözleşme geçersizdir. Ayrıca BK. m. 18/I'de de bu konu düzenlenmiş ve tarafların gerçek arzularına bakmak gerektiği ifade edilmiştir[185].

Mevsuf muvazaada ise iki işlem vardır ve görünürdeki işlem yukarıda açıklandığı gibi geçersizdir. Gizli işlem ise kural olarak geçerli olmakla birlikte taşıması gereken geçerlilik şartları açısından ayrıca değerlendirilir. Özellikle şekle bağlı bir sözleşme değilse ve diğer geçerlilik şartlarını taşıyorsa sözleşme geçerlidir[186].

C) SÖZLEŞMENİN BAĞLAYICILIK ŞARTLARI

1- Genel Olarak

Sözleşmenin kurulması için gerekli olan şartlarla geçerli olabilmesi için gerekli olan şartlar tamamlanınca sözleşme kurulur ve kural olarak tarafları bağlar. Ancak irade

---

180 Feyzioğlu, Borçlar, 192; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 410.

181 Taraflar bağışlama sözleşmesi yapmışlar ancak satım gibi göstermişlerse sözleşmenin niteliğinde muvazaa vardır.

182 Tapuda yapılan taşınmaz satım sözleşmesinde bedeli olduğundan az veya fazla göstermek konuda yapılan muvazaadır ve kısmi muvazaa olarak da bilinmektedir.

183 Kendisine taşınmaz almak isteyen bir kişi bu taşınmazı çok güvendiği bir arkadaşı adına alıyor ve onun üzerine tescil ediliyor. Bu husus nam-ı müstear olarak da bilinmektedir. Ve sözleşmenin taraflarında muvazaa vardır.

184 Feyzioğlu, Borçlar, 192-194.

185 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 411; Oğuzman/Öz, 109; Feyzioğlu, Borçlar, 195; Eren, 321.

186 Eren, 325; Oğuzman/Öz, 111; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 412; Feyzioğlu, Borçlar, 199 vd.

beyanlarının yapılması sözleşmenin kurulması açısından, irade beyanlarını yapanların hukuki işlem ehliyetine sahip olması sözleşmenin geçerliliği açısından önemlidir. Bununla beraber bu sözleşmenin tarafları bağlaması için irade beyanlarının fesada uğramamış olması, diğer bir ifade ile sakatlanmamış olması gerekmektedir[187]. İrade sakatlığı, iradesi açıklamasına bağlıdır ve iradeye sahip olamayan temyiz gücünden yoksun kişilerin iradesinin sakatlığından da bahsedilemez[188].

İradeyi sakatlayan hallerdeki yaptırımın niteliği tartışmalı olmakla birlikte Türk Hukuku açısından bu geçersizliğin müeyyidesi sözleşme ile bağlı olmamam şeklinde özetlenebilir. Zaten İsviçre Medeni Kanununun tercüme edilerek alınması neticesinde irade sakatlığı hallerini düzenleyen BK.m. 23-29 da "…ilzam olunamaz…", "…sözleşme ile ilzam olunamaz…", "…kendi hakkında lüzum ifade etmez…" ifadeleri kullanılmıştır. Kanunun tercüme edilmesinde görevli kişilerin uzun yıllar İslam Hukukuna göre hazırlanmış olan mecelle ile uğraştıkları ve onun sözleşme ile ilgili terimlerine alıştıkları da göz önünde tutulursa bunun bağlayıcılık (lüzum) şartı olarak ele alınması yerinde olur. Nitekim doktrinde bu şartlardaki eksikliğin müeyyidesinin, niteliği tartışmalı da olsa tek taraflı bağlamazlık müeyyidesi geçerli olarak ifade edildiğini görmekteyiz[189]. İradeyi sakatlayan hallerdeki yaptırımın tek taraflı bağlamazlık olduğu yönündeki sonucun diğer bir sebebi de bu hallerin kaynağını teşkil eden Roma Hukukundaki irade sakatlığı halleridir[190].

---

187 Oğuzman/Öz, 79.

188 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 427.

189 Eren, 370.

190 Akıncı, Roma, 117 vd. Roma Hukukunun ilk dönemlerinde daha şekilci bir yapıya sahip olan Ius Civile, irade sakatlığı hallerinde herhangi bir yaptırım uygulamıyor ve sözleşmeyi tamamıyla geçerli ve bağlayıcı kabul ediyordu. Daha sonraları praetor adı verilen hukukçular, özellikle hile ve ikrah hallerinde hileye ve ikraha maruz kalan kişileri korumak için bazı tedbirler getirdiler. Bu tedbirler sözleşmenin geçersiz olması veya iptal edilmesi gibi bir müeyyide olmayıp, sonuç itibariyle ilgili tarafın bu sözleşme ile bağlı olmamasını sağlayabilecek veya uğradığı zararı tazmin edebilecek imkanlardı. Bu kuralların ve imkanların zaman içerisinde gelişmesi ve sistematik hale gelmesiyle bu günkü irade fesadı halleri ve bunlara uygulanacak yaptırımlar ortaya çıkmıştır. Bkz. Akıncı, Roma, 136-137.

2- Hata

İrade ile beyan arasındaki istemeden meydana gelen uygunsuzluğa hata adı verilmektedir[191]. Hatada tasavvur edilen şey gerçeğe uymamaktadır[192]. İrade beyanının gerçek arzuya uymaması durumunda beyan hatasından, iradenin oluşumunda etken olan düşüncenin gerçek duruma uymamasında ise saik hatasından bahsedilir[193]. Hata sözleşmenin niteliğinde yapılabileceği gibi sözleşmenin konusunda, karşı âkidin şahsında ve sözleşmenin konusunun temel niteliklerinde de olabilir[194].

Hatanın bir müeyyide olarak sözleşmeye etki edebilmesi için belli bir düzeyde olması gerekmektedir. Bu sebeple hata esaslı hata ve esaslı olmayan hata ayrımında tabi tutulmuş ve esaslı hatanın sözleşmenin geçerliliğine etki edebileceği kabul edilmiştir. Esaslı hata sübjektif görüşe göre hata eden kişinin gerçek durumu bilseydi yapmayacağı hatadır. Objektif görüş ise o iş çevresindeki anlayışlar ve uygulamalar dikkate alınarak makul bir değerlendirme yapılması gerektiğini ile sürmektedir. Doktrinde ise her iki görüşün birlikte değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir[195].

3- Hile

Hile, bir kişinin hukuki işlem yapmasını sağlamak için onu kasten yanıltmaktır[196]. Bu yanıltma sözleme yapma fikri yokken yanlış kanaatler uyandırmak şeklinde olabileceği gibi o kişinin zihninde oluşmuş yanlış kanaatin devamını sağlamak şeklinde de olabilir[197].

Hilenin gerçekleşmesi için aldatma fiili ve aldatma kastının olması ayrıca aldatma fiili ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağının kurulması

---

191 Akıncı, Borçlar, 117

192 Eren, 340; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 427; Oğuzman/Öz, 80.

193 Oğuzman/Öz, 80; Eren, 341-342.

194 Oğuzman/Öz, 82-83; Eren, 346-349.

195 Eren, 345; Akıncı, Borçlar, 105.

196 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 444.

197 Eren, 358; Feyzioğlu, Borçlar, 147; Tunçomağ, 230.

gerekmektedir[198]. Aldatma fiili olumlu bir davranış (yalan söylemek gibi) olabileceği gibi susma veya bilgi vermeme, aydınlatmama şeklinde gerçekleşecek olumsuz bir davranış da olabilir[199].

Hileye maruz kalan taraf aldatma fiilini öğrenmiş olsaydı yine bu sözleşmeyi yapacak idiyse bu durumda hileden bahsedilemez. Çünkü aldatma fiili ile sözleşmenin kurulması arasında illiyet bağı kurulmamıştır[200].

4- İkrah

İkrah, sözleşmenin taraflarından birisini sözleşmeyi yapmadığı takdirde kendisine veya yakınlarından birisine bir zarar verileceği tehdidi ile korkutmaktır[201].

İkrah maddi ve manevi ikrah olmak üzere iki kısma ayrılır. Maddi ikrahta ikraha maruz kalan kişiye maddi cebir uygulanmaktadır ve ilgili kişinin iradesi hiç oluşmamaktadır. Dolayısıyla iradenin olmadığı yerde iradenin sakatlanmasından da bahsedilemeyeceği için sözleşme hiç kurulmaz[202]. Bu sebeple doktrinde ikrah denince manevi ikrah akla gelir.

İkrahın gerçekleşebilmesi için öncelikle ikraha yönelik bir tehdit olmalı ve bu tehdit ciddi olmalıdır[203]. Derhal gerçekleşmesi gereken bu tehlike sözleşmenin taraflarından birine veya yakınlarına yapılmalıdır[204]. Ayrıca bu tehdit hukuka aykırı bir tehdit olmalıdır[205]. İkrah ile sözleşmenin kurulması arasında bir illiyet bağının da yine olması gerekir[206].

---

198 Eren, 359-361.

199 Eren, 360; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 446-447; Oğuzman/Öz, 94; Tunçomağ, 231-232; Feyzioğlu, Borçlar, 155 Yazar bu iki ayrımı aktif hile pasif hile şeklinde vermektedir.

200 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 447; Eren, 361; Oğuzman/Öz, 95; Tunçomağ, 233.

201 Feyzioğlu, Borçlar, 164; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 449; Oğuzman/Öz, 97; Tunçomağ, 233.

202 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 449; Feyzioğlu, Borçlar, 165-166.

203 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 449-450; Oğuzman/Öz, 97; Feyzioğlu, Borçlar, 167; Tunçomağ, 234; Eren, 364-365.

204 Eren, 364.

205 Tunçomağ, 234; Eren, 366; Feyzioğlu, Borçlar, 169; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 451.

5- Gabin

Sözcük olarak aldatmak anlamına gelen gabin iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin, diğer tarafın zor durumundan , işi hafife almasından veya tecrübesizliğinden yararlanarak edimler arasında açık bir orantısızlık oluşturması ve böylece onu sömürmüş olması halidir[207].

Gabin objektif ve sübjektif unsurlardan oluşmaktadır. Edimler arasındaki orantısızlık objektif unsuru oluşturmaktadır[208].

Sübjektif unsur ise zarar görenin istismar edilmesidir. Bu ise üç şekilde gerçekleşebilir. Zarar gören zor bir durumdaysa veya işi hafife alıyorsa ya da o konuda tecrübesiz ise bu şart da gerçekleşmiş demektir[209]. Muhatabın tecrübesizliğinden kasten yararlanılması gabini oluşturduğu gibi hileyi de oluşturabilir[210].

D) SÖZLEŞMENİN ETKİNLİK ŞARTLARI

Sözleşmenin veya daha genel ifadesiyle hukuki işlemin meydana gelmesi ve geçerli bir şekilde kurulabilmesi için gerekli olan kurucu unsurların ve geçerlilik şartlarının varlığı tek başına hukuki işlemin hukuki sonuç doğurması için yeterli değildir. Hukuki işlemler geçerli bir şekilde kurulmuş olmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurması için bazı tamamlayıcı olgulara gerek vardır[211]. Bu olgular sözleşmenin kurulması veya geçerliliği ile ilgili olmadıkları için kurucu unsur

---

206 Oğuzman/Öz, 99; Eren, 367; Feyzioğlu, Borçlar, 172-173.

207 Feyzioğlu, Borçlar, 248; Tunçomağ, 243; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 458-459; Eren, 377..

208 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 459; Tunçomağ, 244; Eren, 378.

209 Oğuzman/Öz, 114; Eren, 379 vd.

210 Eren, 381.

211 Sirmen, 15; Eren, 115.

değillerdir[212]. Sözleşmenin tamamlanmasını ve hukuki etki yapmasını sağlayan[213] bu olgulara etkinlik şartları adı da verilmektedir[214].

Etkinlik şartları ya taraf kanundan yada tarafların bu yöndeki iradelerinden doğar[215]. Mümeyyiz küçüklerin yapmış oldukları hukuki işlemlerde kanuni temsilcilerinin vermiş oldukları izin veya icazet kanunda düzenlenmiştir[216]. Buna karşılık BK.m. 149 vd. anlamında şarta bağlı bir hukuki işlemde şart, taraf iradeleri ile tamamlayıcı olgu haline gelmiştir[217].

1- Kanuni Temsilcinin Onayı

Mümeyyiz küçüklerin yapmış oldukları hukuki işlemlerin hüküm ve sonuç doğurabilmesi için önceden kanuni temsilcisinden bu yönde izin alınmalıdır. Mümeyyiz küçüğün kanuni temsilcisinin izni olmadan bir hukuki işlem yapması durumunda bu işlem kanuni temsilcinin onayına bağlıdır. İşte kanuni temsilci tarafından verilmesi gereken onay etkinlik unsurudur[218].

Yetkisiz temsilcinin temsil olunan adına yapmış olduğu kurulmuş olmakla birlikte hüküm ve sonuçlarını doğurmaz. Ancak temsil olunan böyle bir sözleşmeye onay verebilir. Bu durumda sözleşme baştan itibaren hüküm ifade eder[219].

Temsil olunanın onayının olmadığı bir işlem eksiktir ve icazet verilinceye kadar askıda hükümsüzlük söz konusu olmaktadır[220].

---

212 Sirmen, 15; Eren, 115.

213 Sirmen, 16.

214 Akıncı, Borçlar, 60; Eren, 114.

215 Sirmen, 16.

216 Sirmen, 16.

217 Sirmen, 16; Eren, 1116.

218 Eren, 115.

219 Eren, 412.

220 Eren, 411.

2- Şartın Gerçekleşmesi

Şart gerçekleşip gerçekleşmemesi objektif olarak şüpheli bir olaydır[221]. Taraflar belli bir sözleşmenin sonuçlarını doğurmasını veya ortadan kalkmasını gelecekteki belirsiz bir olayım gerçekleşmesine bağlayabilirler. Bu ilişkideki borca şarta bağlı borç adı verilir[222]. Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurması için öngörülen şarta geciktirici şart[223], kurulmuş ve hüküm ve sonuçlarını doğuran sözleşmenin sona ermesi için öngörülen şarta ise bozucu şart[224] adı verilir.

Geciktirici şarta bağlı işlemde şart gerçekleşmediği sürece hukuki işlem askıdadır. Hukuki işlemin şarta bağlanmış olması işlemin kurulmadığı anlamına gelmemektedir. Taraflar bu işlem için iradelerini açıkladıklarında sözleşme kurulmuştur ve şartlı iradeleri ile bağlıdırlar[225].

Geciktirici şartın gerçekleşmesi ile hukuki işlem kendiliğinden (ipso iure) hüküm ve sonuçlarını doğurur. Hatta tarafların bunu bilmelerine bile gerek yoktur[226]. Geciktirici şarta bağlı işlem kural olarak taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa şartın gerçekleşmesinden itibaren hüküm ve sonuçlarını doğurur[227].

Bozucu şarta bağlı hukuki işlem şartın gerçekleşmesiyle birlikte sona erer[228]. Dolayısıyla şartın gerçekleşmesine kadar hukuki işlem hükümlerini doğurur. Bozucu şart da geciktirici şartta olduğu gibi geleceğe ilişkin olarak hüküm ve sonuçlar doğurur[229].

---

221 Eren, 1115; Pulaşlı, 8.

222 Sirmen, 30; Pulaşlı, 8; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 328.

223 Eren, 1124; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; 330; Pulaşlı, 57; Sirmen, 53.

224 Eren, 1125; Pulaşlı, 63; Sirmen, 54; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop; 330.

225 Pulaşlı, 143-144; Eren, 1126.

226 Pulaşlı, 217.

227 Pulaşlı, 219.

228 Pulaşlı, 220.

229 Pulaşlı, 222.

V- TÜRK HUKUKUNA HÜKÜMSÜZLÜK TEORİLERİ

A) GENEL OLARAK

Sözleşmelerin ve daha genel olarak hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü çeşitli görüşlerin ileri görüldüğü tartışmalı bir konudur. Hükümsüzlük Borçlar Kanununda ayrıca düzenlenmemiş, çeşitli maddelerde bazı hükümsüzlük hallerine değinilmiştir[230].

Geniş anlamı ile hükümsüzlük sözleşmelerdeki eksiklikler ve sakatlıklarla, sözleşmelerin sonradan etkisizleştiği hallerin tamamını kapsar. Buna mukabil hükümsüzlük dar anlamıyla sözleşmenin muteber olmadığı halleri ifade eder.[231]

Hükümsüzlük bir üst kavram olup sözleşmenin kurulmamış olması halini veya geçersiz bir şekilde kurulup hukuki hüküm ve sonuçları yerine getirmediği halleri ya da sözleşmenin kurulmasına rağmen sonradan geçersiz hale geldiği halleri kapsar[232]. Bunlar aslında hukukun koymuş olduğu emredici kurallara aykırı davranmanın bir sonucudur. İhlal edilen kuralın niteliği ve hukukun bu kurala bakışına göre kabul edilen müeyyide farklı olmaktadır[233].

Medeni Hukukta hükümsüzlük çeşitleri olarak genellikle yokluk, butlan, eksiklik ve iptal edilebilirlik şeklinde dörtlü bir ayırım yapılmaktadır.[234]

B) YOKLUK

Yukarıda da açıklandığı üzere borç sözleşmesinin kurucu unsurları tarafların belli bir hukuki sonuca yönelmiş karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıdır[235]. Sözleşmenin konusunun da bu kapsamda değerlendirilmesi de yerinde olur[236]. Sözleşmenin kanuni unsurlarının bulunmaması halinde hukuki işlem yoktur, meydana

---

230 Oğuzman/Öz, 136.

231 Oğuzman/Öz, 136.

232 Eren, 298-299; Oğuzman/Öz, 136.

233 Apaydın, 5.

234 Eren, 298 vd.; Hatemi, 126, vd. Edis, 163.

235 Eren, 298.

236 Feyzioğlu, Borçlar, 52; Ayrıca bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 378..

gelmemiştir.[237] Sözleşmenin kurucu unsurlarını teşkil eden karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının olmaması halinde sözleşme varlık kazanamaz ve yok hükmündedir.[238] Sadece irade beyanlarının olmaması veya birbirine uygun olmaması durumunda sözleşmenin yok olması durumunun tek istisnası vardır. Ticaret Kanununun 768. maddesindeki taşıma sözleşmesi real sözleşmelerdendir. Taraflar sözlü veya başka bir şekilde anlaşmış olsalar bile eşya teslim edilmemişse sözleşme kurulmamış yani yok demektir[239].

Bir sözleşmenin yokluğu her zaman ilgili herkes tarafından ileri sürülebilir. Bu hususta bir dava açmaya gerek yoktur[240]. Ancak gerekli görülürse hukuki işlemin yokluğunun tespiti için bir dava açılabilir[241]. Hakim davada ileri sürülmemiş bile olsa yokluğu res'en nazara alır.[242] Dolayısıyla yokluk bir def'i değil itirazdır[243].

C)- BUTLAN

Kurucu unsurların olması sözleşmenin kurulmasına yol açar. Artık hukuk sahnesinde bir sözleşme vardır. Ancak bu sözleşmenin istenilen hukuki sonuca ulaşabilmesi için hukukun aramış olduğu bazı şartları ve özellikleri taşıması gerekir[244].

Kurucu unsurlarının olması sebebi ile kurulmuş olan bir sözleşme, geçerlilik şartlarından kamu düzenini ilgilendirecek önemde bulunanların gerçekleşmemiş olması halinde batıldır[245].

Bir sözleşmenin batıl olmasını gerektiren sebepler irade beyanında bulunan kimsenin, temyiz kudretinin bulunmaması, sözleşmenin konusunun emredici hukuk

---

237 Hatemi, 126;Güral, 61;Oğuzman/Barlas, 140; Oğuzman / Öz 137; Zevkliler, 28, Edis, 161; Eren, 299; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 378; Akıncı, Borçlar, 120.

238 Oğuzman/Öz, 137; Eren, 298.

239 Eren, 299; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar, 126.

240 Güral, 61; Oğuzman/Öz, 137; Akıncı, Borçlar, 120.

241 Akıncı, Borçlar, 120.

242 Oğuzman / Öz, 137; Hatemi 126; Bkz. Güral, 61.

243 Hatemi, 126.

244 Akıncı, Borçlar, 121.

kurallarına kamu düzenine, genel ahlaka (adaba) ve şahsiyet haklarına aykırı veya imkansız olması, sözleşmenin geçerliliği için aranan şekle uyulmaması ve sözleşmenin muvazaalı olmasıdır[246].

Batıl olan hukuki işlem başlangıçtan itibaren geçersiz olup hiçbir hukuki sonuç doğurmaz[247]. Belli bir sürenin geçmesi veya sakat unsurun düzeltilmesiyle batıl olan sözleşme geçerli hale gelmez[248]. Butlana sebep olan husus daha sonra ortadan kalksa ve sözleşme bu haliyle yapılmış olsaydı geçerli olacak idiyse bile sözleşme geçerli hale gelmez.[249] Sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için tekrar yapılması gerekmektedir.[250] Borç doğuran sözleşmeler bakımından yoklukta olduğu gibi, butlan durumda ilgili herkes tarafından her zaman ileri sürülebilir ve bir dava açmaya ihtiyaç yoktur[251]. Fakat hukuki işlemin batıl olup olmadığı hususunda bir anlaşmazlık ortaya çıkarsa bir tespit davası açılabilir[252]. Hakim önüne gelen davada butlan durumunu resen dikkate alır[253].

Butlan kendi içerisinde tam butlan ve kısmi butlan olmak üzere iki kısma ayrılmaktadır. Sözleşmenin tamamı batıl ise buna tam butlan veya kısaca butlan adı verilir[254]. Kısmi butlan ise sözleşmenin içeriğinin bir kısmının imkânsızlık, hukuka veya ahlaka aykırılık sebebiyle sakat olması halinde yalnız bu kısmın batıl sayılması

---

245 Oğuzman / Öz, 137; Başpınar, 23, 25; Oğuzman/Barlas, 141; Eren, 300..

246 Oğuzman / Öz, 137; Eren, 300-301; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 383-407; Akıncı, Borçlar, 122; Oğuzman/Barlas, 141.

247 Akıncı, Borçlar, 122; Eren, 301.

248 Eren, 301; Edis, 162; Ataay, 352; Zevkliler, 30; Akıncı, Borçlar, 122; Oğuzman / Öz, 137; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 376.

249 Akıncı, Borçlar, 122.

250 Edis, 162; Ataay, 352; Zevkliler, 30; Oğuzman / Öz, 137; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 376; Eren, 301..

251 Eren, 301; Akıncı, Borçlar, 123. Bununla beraber bazı butlan durumlarının dava yoluyla ileri sürülmesi ve butlanın gerçekleşebilmesi için mahkemece bu yönde karar verilmesi gerekir. Evlenme ve ölüme bağlı tasarrufların geçersiz kılınması bu şekilde bir butlan müeyyidesine tabiidir.

252 Akıncı, Borçlar, 123.

253 Hatemi, 127; Oğuzman/Öz, 138; Akıncı, Borçlar, 123; Başpınar, 23;

254 Başpınar, 25.

demektir[255]. Sözleşmenin kısmi butlanına hükmedebilmek için tarafların farazi iradelerinin bu yönde olması gerekir[256]. Taraflar bu kısım olmaksızın bu sözleşmeyi yapmayacak idiyseler sözleşmenin tamamı batıl olur[257].

Batıl olan sözleşme, kesin olarak hükümsüz ise de, eğer yakın bir amaca yönelik başka bir hukuki işlemin geçerlilik şartlarını taşıyorsa ve taraflar sözleşmenin batıl olduğunu bilselerdi diğer geçerli sözleşmeyi yapacakları kabul edilebiliyorsa, batıl olan sözleşmenin, geçerlilik şartları tamam olan sözleşmeye tahvili ve bu şekilde hüküm doğurması kabul edilmektedir.[258]

D) YOKLUK VE BUTLANIN KARŞILAŞTIRILMASI

Borçlar hukuku alanında yokluktan bahsedilip bahsedilmeyeceği doktrinde görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Baskın olan fikre göre borçlar hukuku alanında hükümsüzlüğün kesin ve en ağır şekli butlandan ibarettir. Bu nedenle batıl olan işlem zaten hiç yapılmamış sayılmalıdır.[259]

Diğer bir görüşe göre sözleşme batılda olsa mevcuttur. Butlan ile yokluk arasındaki fark butlanda hukuki işlem ölü doğmuş, buna karşılık yoklukta ise işlem hiç doğmamıştır.[260]

Doktrinde, hukuki işlemlerin hükümsüzlüğü için kullanılan yokluk kavramının yanlış olduğu ve bir hukuki işlemin yok olmasının mümkün olmadığı ifade edilmektedir.[261]

Bu fikre göre hem bir hukuki işlemden bahsedilmekte hem de bu işlemin yok olduğu ifade edilmektedir. Hukuki işlemin temel kurucu unsuru olan irade beyanının

---

255 Başpınar, 29; Eren, 303; Oğuzman/Öz, 141.

256 Başpınar, 29; Eren, 301.

257 Eren, 303.

258 Kaneti, 1 vd; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 110, 377; Oğuzman/Öz, 138-139.

259 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, 377-378; Güral, 67; Tekinay, Giriş, 121.

260 İnan, 149; Güral, 64; Eren, 298.

261 Güral, 76 vd.

olmaması durumunda ortada bir hukuki işlem zaten bulunmamaktadır ve bu işlemin yokluk ile malul olduğunu ifade etmek yersizdir. Yine yokluk ile mutlak butlan arasındaki fark da hem sunidir hem de yok denecek kadar basittir[262].

Kanaatimizce hem borçlar hukuku hem de medeni hukuk özellikle aile hukuku alanında hükümsüzlüğü yokluk ve butlan olarak ele almak gereklidir. Belki borçlar hukuku alanında yokluk ile butlan arasında fark çok belirgin bir farkın olmaması bu iki kavramın aynı anlama gelmesi şeklinde ifade edilmiş olsa da bunlar arasında önemli farklılıklar vardır. Ancak özellikle aile hukuku alanında evlenmenin yokluğu ile butlanı arasındaki farklar küçümsenemeyecek ölçüde önemlidir. Medeni Kanunumuzun batıl evliliklere özel bir değer vermesi ve diğer batıl işlemlerden farklı sonuçlar bağlaması da başka bir şekilde izah edilemez.

Yokluk ile butlan arasındaki teorik ayırım, yoklukta herhangi bir sözleşmenin olmaması buna karşın butlanda ölü doğmuş da olsa bir sözleşmenin olmasıdır[263]. Bu teorik ayırımdan başka pratikte de bazı farklılıklar bulunmaktadır. Butlanın ileri sürülmesi için bir dava açmaya gerek olmamsı genel kural olmakla birlikte bazı hallerde sözleşme butlana rağmen dava açılıp butlan kararı alınıncaya kadar geçerli olarak kalır[264]. Yoklukta ise sözleşme hiçbir şekilde ortada bulunmadığı için herhangi bir istisna söz konusu değildir. Butlanda batıl sözleşmenin bir kısmı ayakta tutulabilmekteyken yokluk durumunda böyle bir iman bulunmamaktadır. Kısmi yokluk diye bir kavram hukukumuzda yoktur[265].

Yoklukla butlan arasında diğer bir fark da tahvilde kendisini göstermektedir. Yukarıda belirtildiği gibi batıl olan sözleşme tahvil ile kendisine benzeyen ve asgari şartları tamamlanmış başka bir sözleşmeye dönüştürülebilmektedir. Yok olan bir sözleşmenin tahvil ile başka bir sözleşmeye dönüşmesi mümkün değildir[266].

---

262 Güral, 77.

263 Akıncı, Borçlar, 124.

264 Akıncı, Borçlar, 124.

265 Akıncı, Borçlar, 124.

266 Akıncı, Borçlar, 124.

Yargıtay içtihatlarında da belirtildiği gibi butlan dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürülemez. Hukuki işlem batıl olmakla birlikte bunun ileri sürülmesinin hukuk tarafından engellenmesi sanki hukuki işlem geçerliymiş gibi bir sonuç doğurur. Oysa yokluğun ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olması gibi bir durum söz konusu değildir[267]. Butlanda, butlana sebep olan olay ortadan kalsa bile butlan ortadan kalkmaz. Ancak MK.m. 145/I'de evli olan bir kişinin tekrar evlenmesi halinde ikinci evliliğin batıl olduğunu ancak ikinci eşin iyi niyetli olması ve bu sırada ilk evliliğin ortadan kalkması durumunda ikinci evlilik geçerliliğini korumaktadır. Yoklukta böyle bir sonuç söz konusu değildir[268].

E) İPTAL

Bazı hukuki işlemler kuruldukları andan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaya başlamakla birlikte bünyelerinde taşıdıklar birtakım sakatlıklar, bu hukuki işlemlerin daha sonra ortadan kalkması sonucunu doğurabilir. Bu durumdaki hukuki işlemlerin ortadan kalkması sakatlıktan etkilenen tarafa tanınan bir yetkinin kullanılması ile gerçekleşir[269]. İlgili tarafa tanınan bu yetkiye iptal adı verilir. Dolayısıyla iptal, geçerli olarak kurulmuş bir hukuki işlemin kendisine bu yetki tanınan kişi tarafından geçmişe etkili olarak ortadan kaldırılması demektir[270]. Sözleşme iptal edilinceye kadar geçerlidir ve bu geçerlik askıda bir geçerliktir[271].

İptal hakkı yöneltilmesi gerekli tek taraflı bir irade beyanıyla kullanılan bozucu yenilik doğuran bir haktır[272]. Kural olarak bu hakkı kullanmak için bir dava açmaya

---

267 Akıncı, Borçlar, 124-125.

268 Akıncı, Borçlar. 125.

269 Tunçomağ, 123; Akıncı, Borçlar, 125; Başpınar, 22.

270 Eren, 309; Oğuzman/Öz, 139; Edis, 163; Başpınar, 22; Tunçomağ, 123; Oğuzman/Barlas, 144; Akıncı, Borçlar, 125.

271 Başpınar, 22.

272 Tunçomağ, 123, 125; Oğuzman/Öz, 139; Başpınar, 22; Eren, 309; Akıncı, Borçlar, 126.

gerek yoktur[273]. İptal hakkı bir def'i niteliğindedir. Bu sebeple hakim kendiliğinde dikkate alamaz[274].

İptalin önemli bir özelliği de bu hakkın belli bir süre içerisinde kullanılmasıdır[275]. Bu süre içerisinde iptal hakkı sahibi hakkını kullanmazsa sözleşmeye icazet verdiği anlamına gelir[276].

Hukuki işlemler genellikle hata, hile, ikrah ve gabin hallerinde iptal edilebilir. Ancak iptal sebepleri sadece bunlarla sınırlı değildir.

F) EKSİKLİK

Sözleşmenin kanun tarafından öngörülen unsurlarındaki bazı eksiklikler sözleşmenin kurulmasını engellemez. Ancak sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasını engeller. Sözleşmenin başlangıcında eksik olan bu husus giderildiğinde sözleşme hüküm ve sonuçlarını başlangıçtan itibaren doğurur[277]. Bu gibi eksikliklerin meydana getirdiği hükümsüzlük hali için eksiklik deyimi kullanılmaktadır.

Mümeyyiz küçük veya yetkisiz temsilcinin yapmış olduğu işlemler kanuni temsilci veya temsil olunan tarafından icazet verilmedikçe eksik işlemlerdir. Kanuni temsilci daha sonra icazet verdiği takdirde sözleşme baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurur (MK.m. 451/I). Keza yetkisiz temsilcinin taptığı işlemler temsil olunan tarafından icazet verilince baştan itibaren hüküm ve sonuç doğurur (BK.m. 38).

Geciktirici şarta bağlı işlemlerde eksik işlemlerdir. Bu işlemler şartın gerçekleşmesi ile hüküm ifade ederler[278].

---

273 Eren, 311; Akıncı, Borçlar,125. Bununla beraber bazı iptali gerektiren durumların dava yoluyla ileri sürülmesi ve iptalin gerçekleşebilmesi için mahkemece bu yönde karar verilmesi gerekir. Evlenme ve ölüme bağlı tasarrufların iptali bu şekilde yani dava yoluyla kullanılması gereken bir iptal müeyyidesine tabiidir.

274 Eren, 310.

275 Eren, 310; Akıncı, Borçlar, 125; Tunçomağ, 124; Oğuzman/Öz, 139

276 Akıncı, Borçlar , 125; Eren, 310, Tunçomağ, 125; Oğuzman/Öz, 140.

277 Başpınar, 21; Eren, 300; Oğuzman/Öz, 140.

278 Oğuzman/Öz, 141.

Söz konusu icazetler verilmezse veya geciktirici şarta bağlı sözleşmelerde şart gerçekleşmezse sözleşme kesin olarak hükümsüz hale gelir.

Mesafeli sözleşmelerde teyit yazısının ve aile konutuna ilişkin işlemlerde diğer eşin onayının bulunmadığı işlemler de eksiktir[279].

[279] Oğuzman/Öz, 141.

II. BÖLÜM

İSLAM HUKUKU VE TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

§- 3 İSLAM HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

I-GENEL OLARAK

Hukuk düzeninin getirmiş olduğu kurallar içerisinde kişiler istedikleri gibi hukuki işlemler yapabilmektedirler. Sözleşme özgürlüğü olarak ifade edilen bu serbestinin çizmiş olduğu sınırlar aşıldığında hukuk düzeni bu ihlallere yaptırımlar uygulamaktadır. Birinci bölümde incelemiş olduğumuz yaptırımlar genel olarak hukuki işlemlerde uygulanan yaptırımlardır. Bu yaptırımlar ihlal edilen hukuki değerin niteliğine göre sonuçlar doğurmakta, işlemi tamamen geçersiz kılabildiği gibi hüküm ve sonuçlarını doğurmasını engellemekte ya da hukuki işleme bağlayıcılık tanımamaktadır. Hukuki işlemler için gerekli olan hususlar sözleşmelerin kurulması, geçerli olması, bağlayıcı ve etkin olmaları için aranan şartlar şeklinde her iki hukuk sistemi için ayrı ayrı incelenmiştir. Bununla beraber evlenme sözleşmesi her iki hukuk sistemi içerisinde de çok önemli bir yere sahiptir. Bu sebeple her iki hukuk sistemi de sözleşmelerde aradığı şartlardan farklı olarak evlenme sözleşmesinde başka şartlar aramaktadır. Yine bu şartların ihlal edilmesi durumunda öngörmüş oldukları müeyyideleri de farklılaştırmaktadırlar[280]. Bu sebeple evlenme sözleşmesine ilişkin olan hükümsüzlük hallerini de ayrıca incelemek gerekmektedir.

---

[280] Günay, I, 167

Hanefiler dışındaki İslam hukukçularının konuya yaklaşımı sistem olarak sözleşme hukukuna ilişkin hükümsüzlük teorileri ile uyuşmaktadır. Buna göre bu hukukçular, evlenme sözleşmesinin kurulması ve geçerli olmasına ilişkin olarak inikat şartları ve sıhhat şartlarını kabul etmekle birlikte bunlara uymamanın yaptırımını eşit tutmuşlardır. Dolayısıyla bu hukukçulara göre belirlenen şartları taşımayan bir sözleşme batıl veya bu anlamda fasittir[281].

Hanefi Mezhebi içerisinde de Ebu Hanife ile İmameyn arasında evlenmenin inikat şartlarına uymama ile sıhhat şartlarına uymama arasında farklılıklar olduğu belirtilmektedir. Buna göre Ebu Hanife inikat şartlarına uymamanın yaptırımını butlan ve sıhhat şartlarına uymamanın yaptırımını ise fesad olarak değerlendirmiştir. Ebu Yusuf ile Muhammed ise diğer mezhep hukukçuları ile aynı fikirdedir[282].

Bu bağlamda değerlendirilmesi gereken diğer bir husus da Evlenme sözleşmesine ilişkin in'ikad şartları ile sıhhat şartlarının hangileri olduğudur. Zaten evlenme sözleşmesinin biricik rüknü olarak ifade edilen icap ve kabul hususunda tartışma yoktur[283]. Esas tartışma hangi hususların in'ikat şartı olduğu hangilerinin ise sıhhat şartı olduğu hususunda yoğunlaşmaktadır[284]. Bu tartışmalar ise genellikle evlenme engelleri alanında ortaya çıkmaktadır[285].

Geçersiz olan evlenme sözleşmesini batıl evlenmeler ve fasid evlenmeler şeklinde iki kısma ayırıp sonuca göre bir tasnif yapmak yerine önce evlenme sözleşmesine ilişkin şartları sözleşmeden hareketle belirlemek ve sonra bu şartlara riayetsizliği ele almak daha uygun görünmektedir. Çünkü modern hukukta evlenmeye yönelik şartlar belirlenmiş ve bunlara uymamanın yaptırımı yokluk, mutlak butlan ve nisbi butlan (iptal edilebilirlik) şeklinde ele alınmıştır. Çalışmamızın mukayeseli bir çalışma olması sebebiyle benzer bir metot takip edilmiştir.

---

281 Atar, 8; Günay, I, 168.

282 Bardakoğlu, 477; Cin/Akgündüz, 81; Aydın, Aile, 30; Aydın, Hukuk Tarihi, 312-313; Günay, I, 171.

283 Şaban, 86; Şelebi, 80; Hallaf, 22; Karaman, C.1, 263; Aydın, Aile, 15; Döndüren, 109;

284 Atar, 8; Günay, I, 182; Apaydın, Fesad, 418.

285 Günay, I, 172 vd; Dağcı, I, 194 vd; Apaydın, Fesad, 418-419.

Konunun önemi sebebiyle önce evlenme sözleşmesinin rüknü ve kurucu unsurları incelenmiş ardından sıhhat şartları incelenmiştir. Evlenme engelleri konusu ise ayrı bir başlık halinde biraz daha geniş olarak ele alınmıştır. Ardından da Türk Hukukundaki durum aynı düzen içerisinde ele alınmıştır.

II- EVLENME SÖZLEŞMESİNİN RÜKÜNLERİ, UNSURLARI VE ŞARTLARI

A) EVLENME SÖZLEŞMESİNİN RÜKÜNLERİ

Rükün bir şeyin oluşmasındaki temel yapı taşına verilen, o şeyin oluşmasında varlığı zaruri olan unsura verilen isimdir[286]. Evlenme sözleşmesinin oluşması ve kurulması için mutlaka bulunması gereken unsurlara rükün adı verilir. Evlenme sözleşmesinin en esaslı rüknü İrade beyanlarıdır ve Hanefi hukukçular tarafından yegane rükün olarak ifade edilirler[287]. Bununla beraber evlenme sözleşmesinin iki unsurunun daha olduğu genellikle ifade edilmektedir. Bunlar taraflar ve mahallül akd olarak ifade edilebilecek olan sözleşmenin konusu.

1- Taraflar

Taraflar evlenme sözleşmesinde bulunması gereken unsurlardandır[288]. Bazı çalışmalarda tarafların açıkça rükün olarak ifade edilmediği, özellikle Hanefi mezhebine ait kaynaklarda sadece irade beyanlarının sözleşmenin rüknü olarak belirtildiği görülmektedir[289]. Ancak bu şekildeki bir açıklama tarafların zaten irade beyanlarını bizzat veya bil vekale beyan etmeleri sebebiyle zaten var olduklarının bir sonucudur[290].

İslam hukukunda evlenme sözleşmesine ilişkin açıklamalar yapılırken ve evlenme tanımlanırken, evlenme, evlenmeleri yasak olmayan bir erkekle bir kadın

---

286 Zeydan, I, 80; Zerka, I, 389; Şaban, 85; Karaman, C.1, 263; Hallaf, 22; Günay, I, 182; Kuleysi, 49; Farac, 87; Rayyan, 81; Döndüren, Aile, 156.

287 Zeydan, I, 80; Farac, 78; Şelebi, 80; Ebu Zehra, 41; Şaban, 86; Hallaf, 22; Apaydın, 12; Aydın, Aile, 15; Rayyan, 81-82; Döndüren, Aile, 156.

288 Cin/Akgündüz, 64.

289 Bkz. Zerka, I, 390.

290 Şaban, 86; Zeydan, I, 80; Aydın, Aile, 15.

arasında, müşterek hayat ve nesli sürdürmek için yapılan bir sözleşmedir[291] şeklinde tanımlar yapılmıştır[292]. Bu tanımlarda bir erkek ve bir kadından bahsedilmemiş olması bunların rükün olmadığı anlamına gelmez. Dolayısıyla taraflardan birisinin erkek olması ve diğer tarafın da kadın olması en az irade beyanlarının varlığı kadar önemli bir husustur ve bunun da evlenmenin esasına ilişkin şartlardan olması gerekir[293]. Aksinin düşünülmesi yani iki erkek ile iki kadının evlenmesi düşünülemeyeceği için bu unsur üzerinde durulmamıştır[294].

2-İrade Beyanları

Evlenme sözleşmesi karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanları ile oluşan rızaî bir sözleşmedir[295]. Bu rızaî sözleşme hiçbir dini yanı olmayan tamamıyla medeni hukuku ilgilendiren bir sözleşmedir[296]. Sözleşme olması sebebiyle tarafların icap ve kabulleri olmalıdır[297].

İcap, irade beyanlarının zaman itibariyle önce olanı, kabul ise diğer taraftan gelen sonraki beyandır[298]. Bu beyanın önce erkekten veya kadından veya bunların

---

291 Bkz. Mısır ve Suriye birleşik ahvali şahsiye kanunu tasarısı m.1. Ayrıca İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 65, dn. 1.

292 Bu ve diğer tanımlar için bkz Döndüren, 100; Günay, I, 183; Rayyan, 76..

293 Cin, Evlenme, 59.

294 Cin/Akgündüz, 65; Zeydan, VI, 80. Yazar tarafların varlığının zaten gerekli olduğunu söylerken karı ve koca ifadelerini kullanmaktadır. Dolayısıyla bu şartı da aramış olmaktadır. Zaten diğer mezheplerde tarafların, sözleşmenin rüknü olduğu görülmektedir. b; Bkz. Günay, 183-184. Yazar Ebu Hanife'ye göre evlenme sözleşmesinde, sözleşmenin konusunun taraflardan birisinin kadın olması gerektiğini ifade etmektedir. Dolayısıyla bir erkekle veya bir hünsa-i müşkil ile yapılan evliliğin in'ikat şartına riayetsizlik sebebiyle batıl olduğunu ifade etmektedir. Kanaatimizce buradaki dar ve teknik anlamda butlan değil yok anlamındaki butlandır. Bilindiği gibi İslam hukukunda yokluk ile butlan aynı kavram ile ifade edilmektedir. Hatta bazı mezheplerde fesad dahi butlan ve yokluk anlamında kullanılmaktadır. Ayrıca kadının evlenmenin tarafı olması le evlenmenin mahalli olması aynı şey değildir. Taraf olan kadın aynı zamanda mahallül akd de olmaktadır. Bu yönüyle in'ikat şartı olan kadınlık taraflık açından bakıldığında rükün olarak değerlendirilmedir.

295 Cin, Evlenme, 59.

296 Cin, Evlenme, 59; Döndüren, 104; Şaban, 61.

297 İcap ve kabule ilişkin genel nitelikteki açıklamalar birinci bölümde yapıldığı için burada sadece evlenme sözleşmesine ilişkin olanlardan bahsedeceğiz. Bkz. § 1, II, A, 3 ve § 2, IV, A, 2.

298 Zeydan, VI, 81; Abdülhamid, 10; Rayyan, 89, dn. 2..

vekillerinden gelmesi arasında icap veya kabul olma açısından fark yoktur[299]. İrade beyanının yapılması yani varlığı sözleşmenin rüknü olduğu için bu beyanın mutlaka taşıması gereken bazı özellikler de bulunmaktadır. İşte bu özellikler irade beyanlarına ilişkin şartlar olarak sözleşmenin inikat şartları (Kurucu Unsurları) arasında açıklanmıştır.

B) EVLENME SÖZLEŞMESİNİN İN'İKAT ŞARTLARI (KURUCU UNSURLARI)

1- Genel Olarak

Evlenme sözleşmesinin in'ikat şartları olarak farklı eserlerde farklı tasnifler yapılmaktadır. Ancak in'ikat şartı denince sözleşmenin rüknünde bulunması gereken özelliklerle evlenme sözleşmesinin üzerine bina edildiği temeller anlatılmak istenir[300]. Bu sebeple konunun daha iyi anlaşılabilmesi için in'ikat şartlarını teker teker saymak yerine bunları tasnif ederek açıklamayı tercih ettik. Nitekim son zamanlardaki çalışmalarda da bu yöntem takip edilmektedir[301].

2 Taraflara İlişkin Şartlar

a) Ehliyet

Evlenme ehliyeti denilince akla ilk önce temyiz gücü gelmektedir. Bu sebeple evlenme sözleşmesi ister baliğ bir kişi tarafından yapılacak olsun isterse baliğ olmayan bir küçük tarafından yapılacak olsun temyiz gücü şarttır[302]. Temyiz gücü olmakla birlikte tam fiil ehliyetine sahip olmayan küçüğün yaptığı evlenme sözleşmesi mevkuftur[303].

Evlenme ehliyeti kişilere göre farklı kategorilere ayrılır. Tam evlenme ehliyetine sahip olan kişiler kendileri evlenebilirler. Mümeyyiz akil ve baliğ olan kişiler

---

299 Abdülhamid, 10.

300 Şaban, 97.

301 Şaban, 100 vd.; Yaman, 31 vd.; Şelebi, 97 vd.; Abdülhamid, 18 vd.

302 Kasani, II, 232; Şaban, 100; Şelebi, 97; Aydın, Aile, 17, Döndüren, Aile, 155.

Hanefilere göre tam evlenme ehliyetine sahiptirler. Bunların erkek veya kadın olması arasında fark yoktur[304]. Ancak diğer mezhepler kadınların kendilerinin nikah sözleşmesi yapamayacaklarını ifade etmektedirler[305].

Eksik ehliyetliler ise mümeyyiz küçükler, matuhlar ve kölelerdir. Hanefiler bunların da evlenme sözleşmesi yapabileceklerini ancak kanuni temsilcilerinin izin veya icazetlerinin gerekli olduğunu ifade etmektedirler[306]. Mümeyyiz küçük statüsünün sona ermesi ve yetişkin sayılmanın alt sınırı kızlarda 9, erkeklerde 12 üst sınır ise her iki grup için 15 dir. Ebu Hanife üst sınırı kızlarda 17 erkeklerde 18 olarak belirlemiştir[307]. Hanefilerin evlenme ehliyetinin kazanılmasında oldukça özgürlükçü olarak ifade edilebilecek bu görüşleri toplumun büyümesi, yapının karışması ve başkaca sebeplerle kötüye kullanılır hale gelmiştir. Bunun sonucunda Osmanlı İslam hukuku uygulamasında önemli bir yere sahip olan Aile hukuku Kararnamesi 1917 yılında çıkarılmıştır. Bu kararnameye göre erkekler 18, kızlar 17 yaşını bitirmeden evlenemezler. Erkekler bu yaşa gelince diledikleri gibi evlenebilmekle beraber kızlarda durum biraz daha farklıdır. Hakim kızın kanuni temsilcisine durumu bildirip itirazı olup olmadığını sorar. Herhangi bir itiraz gelmez veya yapılan itiraz makul görülmezse hakim evlenme iznini verir[308]. Velinin izin verip vermemesi de denklikle ilgilidir[309].

Kararname küçüklerin evlendirilmelerinde kızlar için 9, erkekler için 12 yaşını alt sınır olarak getirmiş ve bu yaşların altındaki kişilerin kanuni temsilcileri tarafından dahi evlendirilemeyecekleri hükme bağlanmıştır[310].

Temyiz gücüne sahip olmayan kişiler ise kendileri evlenme ehliyetine sahip değillerdir[311]. Bunlar küçük veya akıl hastalarıdır. Hanefi hukukçular akıl hastalarının

---

303 Şelebi, 97; Döndüren, Aile, 155.

304 Yaman, 31; Zeydan, VI, 95-96.

305 Zeydan, VI, 96; Yaman, 31.

306 Cin/Akgündüz, 65.

307 Yaman, 31-32; Bilmen, II, 7; Cin/Akgündüz, 65.

308 Yaman, 32; Cin/Akgündüz, 65-66.

309 Cin/Akgündüz, 66.

310 HAK. m. 7.

velileri tarafından evlendirilebileceklerini kabul etmekle birlikte bunun hakimin izni ile de yapılması gerektiğini de belirtenler olmuştur[312]. Aile Hukuku Kararnamesinde akıl hastalarının zaruret olmadıkça evlendirilemeyeceği ifade edilmiştir.[313]. Evlenme sözleşmesi için icapta bulunan bir kişi icabına kabul beyanı bitişmeden temyiz gücünü yitirerek ehliyetsiz sınıfına girerse icap geçersiz olur. Böyle bir icaba uygun olarak sonradan verilecek kabul beyanı ile sözleşme kurulmaz[314].

b) Evlenmede Velayet ve Velinin Yetkileri

İslam hukuku evlenmede velayeti kabul etmiştir. Velayet kelime anlamı itibariyle kişinin elinde bulundurduğu yetki anlamına gelmektedir[315]. Terim anlamı itibariyle velayet, başka bir kişinin onayına gerek kalmaksızın geçerli ve etkin hukuki işlemler yapabilme yetkisidir[316]. Bu açıdan bakıldığında velayet, kişinin kendisi için geçerli ve etkin evlenme sözleşmesi yapabilme yetkisi ve başkaları için kanun koyucu tarafından kendisine verilen temsil yetkisi ile evlenme sözleşmesi yapabilme yetkisi olarak iki kısma ayrılır[317]. Akıl ve baliğ olan erkeklerin kendileri için evlenme sözleşmesini başkalarının rızasına bağlı olmaksızın yapabilecekleri ittifakla kabul edildiği[318] gibi Hanefiler baliğa kadınların da kendi rızaları ile evlenebileceklerini kabul etmiştir[319]. Hatta Hanefilere göre kadınlar başkaları için veli dahi olabilirler[320]. Biz burada kişinin başkalarını evlendirme yetkisi anlamındaki velayet üzerinde duracağız.

Başkasına veli olma durumu kendisi içerisinde velayeti nedb ve velayeti icbar olarak iki kısma ayrılır. Velayeti icbar, buna razı olsun veya olmasın başkasını

---

311 Cin/Akgündüz, 65; Döndüren, Aile, 155.

312 Yaman, 31.

313 HAK: m. 9. Ayrıca bakınız, Yaman, 31; Cin/Akgündüz, 66.

314 Zeydan, VI, 99.

315 Şaban, 205; Köse, 102.

316 Şaban, 205; Şelebi, 253; Köse, 102-103.

317 Şelebi, 253-254; Şaban, 205-206.

318 Şelebi, 258.

319 Kasani, II, 248; Cin/Akgündüz, 66; Şaban, 207; Cin, Evlenme, 70 vd.; Şelebi, 258; Köse, 105 vd.

320 Şaban, 207; Cin/Evlenme, 73; Köse, 103.

kendisinin (velinin) dilediği kişiyle evlendirme yetkisine verilen isimdir. Bu yetkiye sahip veliye veliyi mücbir adı verilir[321]. Bu çeşit velayet tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler hakkında geçerlidir. Hanefi dışındaki mezhepler bakire[322] kızı da bu kapsamda değerlendirmişlerdir[323].

Velayeti nedb[324] ise velayeti altındaki kişiyi ancak onun rızası ile evlendirebilme yetkisi veren velayet türüdür. Buluğa ermiş kızlar bu çeşit velayetin altına girerler[325].

Evlenmede veliler iki grupta toplanırlar. Birinci grubu velayeti has olarak isimlendirilen özel yetkili veliler oluşturmaktadır. Diğer gruba ise velayeti âmm adı verilir[326]. Bu tür velayet hakkı bir kişi için özel yetkili veli bulunmadığı takdirde genel yetkili olarak devreye giren devlet başkanı ve kadılar için kabul edilmektedir[327].

c) Evlenmede Vekalet

Evlenmede vekalet, evlenecek olan kişilerin bu yetkilerini vekil veya temsilci aracılığı ile kullanabilmelerine denir[328]. İslam Hukuku, Türk-İsviçre hukukundan farklı olarak evlenme sözleşmesinde irade beyanlarının temsilci ve haberci aracılığı ile

---

321 Şaban, 211; Cin/Akgündüz, 67.

322 Bakire kelimesi ile sözlük anlamında bekaret kastedilmemektedir. Buradaki bakirelik fasid veya mehri gerektiren nikah şüphesi ile dahi olsa meşru cinsel ilişki sonucunda bekaretin kaybedilmemesi demektir. Yoksa çarpma, vurma, atlama gibi sebeplerle bakireliğin yok olması o kişinin bakire olarak kabul edilmesine engel olmaz. Zina sebebiyle bekareti kaybolmuş birisi ihtilaflı olmakla birlikte çoğunluk görüşüne göre bakire olarak kabul edilmemektedir. Bkz. Şelebi, 282-284; Şaban, 218; Cin, Evlenme, 75-76, 82; İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 139 vd.

323 Cin/Akgündüz, 67; Şaban, 215.

324 Bu çeşit velayet hakkı velayeti şirket veya velayeti iştirak olarak da isimlendirilmektedir.

325 Cin/Akgündüz, 66-67. Bu konudaki tartışmalar için bkz. Şelebi, 276.

326 Köse, 103.

327 Bkz. Cin, Evlenme, 79 vd.; Cin/Akgündüz, 67-68; Köse, 103.

328 Cin/Akgündüz, 69; Şelebi, 309; Şaban, 232; Cin, Evlenme, 91; Hallaf, 65 vd.

açıklanabilmesini kabul etmiştir[329]. Hem erkek hem de kadın temsilci aracılığı ile evlenme sözleşmesi yapabilir[330].

Temsilci aracılığı ile evlenme sözleşmesi yapabilmenin temel şarlarından birisi bu sözleşmeyi kendisinin yapabilecek durumda olmasıdır. Temyiz gücüne sahip, baliğ ve hür olanlar yani tam ehliyetliler kendileri evlenebilecekleri gibi temsilci aracılığı ile de evlenebilirler. Tam ehliyetsizler ve sınırlı ehliyetsizler ise kendileri bizzat evlenme sözleşmesi yapamayacakları için temsilci aracılığı ile de evlenemezler. Çünkü bir şeye sahip olmayan bunu başkasına veremez[331]. Buna karşılık temsilci olan kişinin tam ehliyetli olmasına gerek yoktur. Sınırlı ehliyetsiz bir kişi temsilci sıfatı ile evlenme sözleşmesi yapabilir[332]. Çünkü bu sözleşmenin hüküm ve sonuçları temsil olunan üzerinde doğacağından sınırlı ehliyetsizin korunmasına gerek yoktur. Temsilci erkek olabileceği gibi kadın da olabilir[333]. Velayet hakkı sahibi bu hakkın dayanarak temsilci atayabilir[334].

Evlenme hususunda aksi belirtilmemişse veya genel içerikli bir temsil yetkisi verilmemişse vekil olan kişi bu konuda başkasını görevlendiremez. Yani aksi belirtilmedikçe alt vekalet caiz değildir[335].

Temsil yetkisi yazılı olabileceği gibi sözlü dahi olabilir. Şahitler huzurunda yapılması ispat hukuku açısından önemli olup vekaletin geçerliliğine etki etmez[336].

Burada dikkati çeken diğer bir husus da bir kişinin hem erkeğin hem de kadının vekili olarak nikah sözleşmesini tek başına yapabilmesidir. Bu yetki iradi temsilde olduğu gibi kanuni temsil yetkisine sahip olan veliler için de geçerlidir[337].

---

329 Cin, Evlenme, 94.

330 Ebu Zehra, 130; Yaman, 32.

331 Hallaf, 65-66; Şelebi, 309; Şaban, 232; Cin, Evlenme, 91; Cin/Akgündüz, 69; Ebu Zehra, 130.

332 Cin, Evlenme, 91.

333 Ebu Zehra, 130; Şelebi , 310; Cin, Evlenme, 91.

334 Şaban, 232; Cin, Evlenme, 91.

335 Hallaf, 66.

336 Şelebi 310; Cin, Evlenme, 91

Temsil yetkisine sahip olmadığı halde başkaları adına evlenme sözleşmesi yapan kişiye fuzuli adı verilmektedir. İslam hukukunda fuzuli'nin yapmış olduğu sözleşme Hanefi ve maliki mezhebine göre kurulmuş olmakla birlikte mevkuftur. Yani bu sözleşme temsil olunan tarafından icazet verilinceye kadar askıdadır. İzaset ile sıhhat kazanır. İcazet sarih olabileceği gibi zımni de olabilir. Yetkisiz temsilcinin icazet verilmeden ölmesi icazet ile sözleşmenin nefaz bulmasına engel değildir[338].

3- İrade Beyanlarına İlişkin Şartlar

Evlenme sözleşmesinin en önemli unsurunun irade beyanları olduğunu söylemiştir. Hatta Hanefiler bunu yegane rükün olarak kabul etmektedirler. İrade beyanlarından maksat icap ve kabuldür. Bunlara sıyğa adı verilmektedir[339].

a) İrade Beyanlarının Yapılış Şekli

İrade beyanlarından önce yapılan icap sonraki kabul olarak isimlendirilir[340]. Evlenme sözleşmesi nikah ve zevac kelimeleri ile kurulabileceği gibi mahalli örfte evlenmek için kullanılan diğer lafızlarla da kurulabilir[341]. Sözleşmenin Arapça veya başka bir dilde yapılması arasında fark yoktur[342].

İrade beyanları sözlü olarak yapılabileceği gibi yazılı olarak da yapılabilir[343]. İrade beyanlarının yazılı olması hazırlar ve gaipler arasında olmak üzere iki kısımda değerlendirilir. Gaip olan kişilerin irade beyanlarını yazılı olarak yapmaları mümkündür. Ancak sözleşmenin kurulabilmesi için icabın şahitler huzurunda okunup kabulün de yine şahitlerin duyacağı bir şekilde verilmesi gerekir[344].

---

337 Şaban, 94 vd.; Cin, Evlenme, 93; Kasani, II, 233.

338 Cin, Evlenme, 95.

339 Bkz. Şaban, 101; Şelebi, 98;

340 Cin/Akgündüz, 69;Zeydan, VI, 81; Rayyan, 81-82; Döndüren, Aile, 157; Kasani, C.2, 229.

341 Cin, Evlenme, 60; Evlenme sözleşmesinin kurulmasında kullanılabilecek kelime ve ifadeler için bkz. Zeydan, VI, 81; Ebu Zehra, 42-43; Döndüren, Aile, 157.

342 Bu konudaki görüşler için bkz. Ebu Zehra, 43; Zeydan,VI, 85.

343 Yaman, 37; Zerka, I, 411.

344 Ebu Zehra, 44; Zeydan, VI, 90.

Hazır olan kişiler arasında -eğer konuşabiliyorlarsa- sözleşmenin yazılı olarak yapılması durumunda kurulup kurulmadığı hususu tartışmalıdır. Kanaatimizce buradaki tartışmanın sebebi beyanların yazılı olup olmaması ile ilgili olmaktan çok konuşmaya muktedir olan kişinin neden konuşmayıp yazılı beyanda bulunduğu ile ilgilidir. Bu durumda söz konusu kişinin evlenme beyanının geçerliliğinden öte evlenme iradesine sahip olup olmadığı konusunda tereddütler ortaya çıkmaktadır[345].

Konuşamayan kişinin herkesçe bilinen ve anlaşılan işareti ile de sözleşme kurulur. Ancak Şahitler dilsizin işaretlerini anlamamışlarsa şahitlik gerçekleşmemiş demektir ve sözleşme sahih değildir[346]. Dilsizin yazabilmesi halinde ise yazmasının gerekli olduğu çünkü yazının işaretten daha kuvvetli olduğu yönünde görüşler bulunmakla birlikte konuşamayan kişiler için iradeyi beyana yarayan araçların hepsinin eşit olması sebebiyle işaret ile yazının arasında fark olmadığını belirtenler de vardır[347].

Burada irade beyanlarında hezl olarak isimlendirilen bir konuya da temas etmek gerekir. İrade beyanında bulunan kişi hezl olarak isimlendirilen latife beyanı veya şaka beyanı olarak isimlendirilebilecek bir tarzda ciddi olmayan bir beyanda bulunursa durum ne olacaktır? İslam hukukunda genel prensip icabın hüküm ve sonuç doğurması için bunu yapan kişinin yaptığı icap ile bağlı olduğunu bilmesi ve bu amaçla icapta bulunmasıdır[348]. Türk Hukukunda latife beyanı veya şaka beyanı olarak isimlendirilen be icabı yapan kişinin bu beyanı ile bağlı olmadığını söylemesi veya hissettirmesi veya durumun gereklerinden böyle bir sonucun ortaya çıkması durumunda sözleşmenin kurulmayacağı ifade edilmektedir. Ancak güven teorisine göre muhatap böyle bir beyanın ciddi olduğuna inanır ve bunda da haklı olursa icap yapanı bağlar. Belki sözleşmeyi hata hükümlerine göre sona erdirebilir ancak bu durumda da muhataba

---

345 Karş. Hallaf, 24; Rayyan, 92; Benzer bir durum Türk Hukuku açısından el yazılı vasiyetnamede ortaya çıkmaktadır. Elleri sağlam olan birisinin ayakları veya başka bir organı ile yazılı vasiyetname yapıp yapamayacağı tartışılırken esas problemin vasiyetname yapma iradesinin (animus testandi) tespiti olduğu ifade edilmiştir. Bkz., Oğuzman, Miras, 119, dn. 172; Dural, El yazılı Vasiyetname, 17.

346 Zeydan, VI, 88-89.

347 Ebu Zehra, 44; Zeydan, VI, 89

348 Zerka, I, 447.

tazminat ödemesi gerekebilir[349]. İslam hukukundan da prensip olarak aynı durum geçerli olmakla beraber irade beyanlarındaki ciddiyetsizliğin evlenme sözleşmesinde sözleşmenin kurulmasına engel olmadığı belirtilmektedir. Çünkü Hz. Peygamber "Üç şeyin ciddisi de ciddi şakası da ciddidir: Nikah, Talak ve Rac'a (Bir rivayette rac'a yerinde ıtq –azad etme- zikredilmiştir.). Bu hadisten yola çıkarak İslam Hukukçuları evlenme sözleşmesinde yapılan beyanların bağlayıcılığı ve hüküm doğurması açısından şaka olmasının veya ciddi olması arasında fark olmadığını belirtmektedirler[350] [351].

b) İrade Beyanlarının Sıygası

İrade beyanlarının kesinlik ifade eden açık lafızlar olması gerekir[352]. Arapça olarak yapılan sözleşmelerde en azından beyanlardan birisinin mazi sigasıyla söylenmiş olması gerekmektedir[353]. Çünkü Arapçada muzari olarak ifade edilen siga hem şimdiki hem de gelecek ve geniş zaman için kullanılır. Hatta zaman kayması sebebiyle genellikle gelecek zaman için kullanılır. Bu sebeple sözleşmedeki kesinlik ihlal edilmiş olmaktadır. Türkçe açısından ise evlendim veya evleniyorum şeklinde ifade edilebileceği gibi kabul ettim veya kabul ediyorum şeklindeki beyanlarla da sözleşme kesin olarak kurulabilir. Soru sıygası icap sayılmadığı için sözleşmenin kurulmasını sağlamaz[354]. Belki şarları varsa icaba davet sayılabilir[355].

c) İrade Beyanlarının Uyuşması

İcap ile kabul muhteva yönünden tam olarak uyuşmalıdır[356]. Bu uyuşma sözleşmenin konusunda ve mehir üzerinde tarafların tamamen anlaşmaları ile

---

349 Akıncı, Borçlar, 98-99; Eren, 313; Oğuzman/Öz, 79.

350 Zeydan, VI, 98; Kasani, C. 2, 232; Zerka, I, 446-447.

351 Taraflardan her ikisinin de beyanlarında ciddi olmaması durumunda –örneğin muvazaa- gibi veya taraflar gibi herkesin irade beyanlarındaki bu durumu bilmesi durumunda da aynı sonucun geçerli olup olmadığı çalışmamızın sınırı dışındadır. Bu sebeple konuya fazla değinilmemiştir.

352 Yaman, 37; Ayrıca bkz Zerka, I, 403-404.

353 Ebu Zehra, 45.

354 Senhuri, I, 69.

355 Döndüren, Aile, 158; Kasani, C.2, 231.

356 Şaban, 102; Hallaf, 25; Şelebi, 99; Cin, Evlenme, 61; Yaman, 37; Cin/Akgündüz, 69-70; Zerka, I, 407.

gerçekleşir[357]. Eğer icap ve kabul sözleşmenin konusunda gerçekleşirse sözleşme hiçbir şekilde kurulmaz[358]. Örneğin beni kızın Ayşe ile evlendir şeklindeki icaba seni kızım Fatma ile evlendirdim şeklindeki bir kabul eklenirse sözleşme kurulmuş olmaz. Ancak taraflar mehrin miktarında anlaşamazlarsa bu durumda iki farklı sonuç ortaya çıkar. Bu anlaşmazlık eğer icapçının lehine ise sözleşme kurulur, aleyhine ise kurulmaz. Örneğin beni kızın Ayşe ile 1000 YTL mehir ile evlendir demiş, muhatap da seni kızım Ayşe ile 2000 TYL mehir ile evlendirdim demişse sözleşme kurulmaz[359]. Mehir sözleşmenin rüknü olmadığı gibi inikat şartı da değildir. Dolayısıyla sözleşmenin esaslı noktası olmadığından tarafların bu konu üzerinde konuşmamış olması durumunda sözleşme kurulur. Ancak taraflardan biri sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarından birisini icaba dahil eder ve bunu esaslı nokta haline getirirse tarafların bu hususta anlaşmaları gerekir. Eğer anlaşamazlarsa sözleşme kurulmaz[360] (BK. m. 2/I).

İcap ile kabul görünüşte uyuşmamış olmasına rağmen bu uyuşmazlık icapçının lehine ise sözleşme kurulur. Örneğin beni kız kardeşin ile 10000 YTL mehir karşılığında evlendir şeklindeki icaba seni kız kardeşimle 5000 YTL mehir karşılığında evlendirdim şeklindeki bir kabul ile sözleşme kurulur[361].

d) İrade Beyanlarının Aynı Mecliste Yapılmış Olması

İrade beyanların bulunması gereken diğer bir şart da meclis birliğidir[362]. Meclis birliğinden maksat hazırlar arasında yapılan bir sözleşmede icap ile kabulün aynı ortamda yapılmış olmasıdır[363]. İcabın yapılmasından sonra taraflar başka bir işle uğraşmadan, sözleşme meclisini terk etmeden veya değiştirmeden kabul beyanı gelirse

---

357 Şaban, 102.

358 Şaban, 102.

359 Şelebi, 100.

360 Şelebi, 100; Akıncı, Borçlar, 84-85;Tekinay/akman/Burcuoğlu/Altop, 79-80; Eren, 213-214; Oğuzman/Öz, 64-65; Akyol, 112 vd; .

361 Şelebi, 100; Zerka, I, 408. Bunun gibi kız kardeşimi seninle 5000 YTL mehir karşılığında evlendirdim şeklindeki bir icaba ben de onula 10000 YTL mehir karşılığında evlendim derse yine sözleşme kurulur.

362 Hallaf, 24-25; Şelebi, 98; Kasani, II, 232; Ebu Zehra, 41; Şaban, 101; Aydın, Aile, 17; Cin, Evlenme, 60; Cin/Akgündüz, 70.

363 Şaban, 101; Şelebi, 99; Hallaf; 24; Cin, Evlenme, 60.

sözleşme kurulur[364]. Burada meclis birliğinden amaçlanan tarafların irade beyanlarının arasında fasıla girmeden bu beyanlara kesinlik kazandırmak veya diğer bir ifadeyle beyanların kesinliğini kaybetmelerine engel olmaktır[365].

Sözleşme hazır olmayanlar arasında yapılıyorsa ve irade beyanı bir mesajın ulaştırılması veya bir yazının okunması şeklinde karşı tarafa iletilmişse sözleşme meclisi bu not ve yazıların karşı tarafa ulaştırıldığı meclistir[366]. Bu noktada sözleşmenin geçerli olması için kabulün de icap mesajının okunduğu/öğrenildiği mecliste yapılmış olması gerekir[367].

Meclis birliği için aranan diğer bir kıstas da bu meclisin hükmen de olsa sona ermemiş olmasıdır. Bu değişiklik tarafların sözleşme konusunu bırakıp başka şeylerle uğraşması, ya da güzel ifade ile sözleşmenin mahiyetine uygun olmayan söz ve davranışlara girişmesi ile gerçekleşir. Özellikle Hanefilerce[368] kabul edilen bu görüşe göre mucip veya muhatap başka şey ve işlerle uğraşmaya başlarsa bu fasıla icabın bağlayıcılığını ortadan kaldırır ve sözleşme bu icap ile kurulmaz[369]. Bu noktada sözleşmenin kurulmasına engel olan işler ile engel olmayan işler arasında belirleyici ve

---

364 Zerka, I, 432.

365 Cin, Evlenme, 60; Şaban, 101.

366 Şelebi, 99; Kasani, C.2, 231.

367 Cin, Evlenme, 61.

368 Hanefi mezhebinin irade beyanlarının bağlayıcılığını kaybetmesi için icap ile kabul arasında ufacık bir engel girmesi, taraflardan birinin duraksaması, beklemesi, havadan sudan konuşması gibi hususlar yeterli olmaktadır. Hatta Hanefiler bu konuda biraz daha ileri giderek sözleşme meclisinin oturulan veya en azından ayakta durulan bir yer olması gerektiğini ifade etmişlerdir. Bunun da sonucu olarak yürüyerek, bir hayvana veya araca binerek –aynı hayvan veya araç da olsa- sözleşmenin kurulmayacağını çünkü meclisin devamlı değiştiğini ileri sürmüşlerdir. Hatta tarafların yatarak sözleşme yapması da irade beyanlardan dönmek anlamı taşıdığı ve buranın meclis (oturulan yer) olmaması sebebiyle sözleşmenin kurulamayacağı ifade edilmektedir. Ancak bu noktada çok aşırıya gitmek işin özünü kaçırıp şekil içerisinde boğulmak demektir ki bu da evlenme sözleşmesi ile ulaşılmak istenen amaca terstir. Bkz. Şaban, 102; Cin, Evlenme, 60, dn. 8.

369 Cin, Evlenme, 60-61.

kesin bir ayırım yapmak zordur[370]. Belirleyicilikte en uygun olanı yerel örf ve uygulamaları temel almaktır[371].

e) İrade Beyanlarının Geciktirici Şarta Bağlı Olmaması

İrade beyanlarında bulunması gereken son şart bu beyanların müncez yani hemen hüküm ve sonuçlarını doğuran kesin beyanlar olmalarıdır[372]. İrade beyanlarının taliki şarta yani ileride gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli olan bir olaya bağlanması sözleşmenin kurulmasına engeldir. Çünkü evlenme sözleşmesi İslam hukukunda temlik ifade eden bir sözleşmedir ve temlik bir şarta bağlanmayı kabul etmez[373]. Bununla beraber taliki (geciktirici) şart değil de takyidi (kayıtlandırıcı) şarta bağlanıp bağlanamayacağı meselesi tartışmalıdır. Özellikle Hanbelîler ve son dönem Osmanlı uygulamasında kayıtlandırıcı şartların evlenme sözleşmesinin ve İslamın gayesine aykırı olmamak üzere getirilebileceği ifade edilmektedir[374].

4- Taraflar Arasında Evlenme Engelinin Olmaması

Bu şartın sözleşmenin kurulması ile mi ilgili olduğu yoksa sözleşmenin geçerliliği ile mi ilgili olduğu hususu tartışmalıdır. Bazı Kaynaklarda sıhhat şartı[375] olarak kabul edilirken bazı kaynaklar bunu inikat şartı[376] olarak kabul eder. Konunun önemine binaen bu başlık aşağıda ayrıca ele alınmıştır.

C) EVLENME SÖZLEŞMESİNİN SIHHAT (GEÇERLİLİK) ŞARTLARI

Evliliğin sahih olmasından maksat hukuki sonuçların bu evlilik üzerinde gerçekleşmesidir[377]. Yukarıdaki şartların yerine gelmesi halinde sözleşme kurulur.

---

370 Şaban, 101.

371 Şaban, 101.

372 Cin/Akgündüz, 70; Şaban, 105 vd.; Şelebi, 101; Yaman, 37.

373 Şelebi, 101.

374 Cin/Akgündüz, 70; Bu konudaki farklı mezhep görüşleri ileri sürülebilecek olan şartlar,bunların nitelikleri, bu şartların hükmü ,için özellikle bkz. Şaban, 105-110.

375 Şelebi, 102 vd.; İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 80 vd

376 Şaban, 100.

377 Şelebi, 102.

Ancak kurulan sözleşmenin geçerli (sahih) olması için de bazı şartlara ihtiyaç bulunmaktadır. İşte bu şartlara sıhhat (geçerlilik) şartları adı verilmektedir.

Evlenme sözleşmesinin genelde kabul edilen iki sıhhat şartı vardır: Evlenmenin şahitler huzurunda yapılması ve irade beyanlarının fesada uğramamış olması.

1-Şahitler

a) Genel Olarak

Evlenmenin şahitler huzurunda yapılması bir sıhhat şartıdır. Evlenme sözleşmesinde şahitlerin bulunmasının gerekliliği hususunda bütün Sünni mezhepler ittifak halindedir[378]. Ancak bazı konularda özellikle şahitlerin bulunma zamanı ve şekli hakkında farklı görüşler bulunmaktadır[379].

Maliki mezhebi, şahitlerin evlenme sözleşmesinin yapıldığı anda yani icap ve kabullerin yapılışı sırasında bulunmasını gerekli görmezler. Bunlara göre şahitlerin sözleşme sırasında veya zifaf sırasında evliliğe şahitlik yapması yeterlidir[380]. Şahitlik ne sözleşme ne de zifaf sırasında yapılmamışsa sözleşme fasid olur ve taraflarca yapılan bu birleşme günahtır[381].

Diğer mezhepler ise şahitlerin sözleşmenin yapıldığı ve taraflar beyanlarını açıkladıklarında bulunmalarını gerekli görmektedirler[382]. Sözleşmenin yapılmasından sonra yapılacak olan şehadet geçerli değildir[383].

Medeni hukuk alanındaki diğer sözleşmelerde şehadet kurumunun aranmaması ve bunun sadece evlenmeye ilişkin olmasının toplumsal açıdan pek çok önemi

---

378 Şaban, 111; Şelebi, 106.

379 Şelebi, 104.

380 Ebu Zehra, 53; Şelebi, 107; Şaban, 112.

381 Şaban, 112.

382 Cin/Akgündüz, 75; Cin, Evlenme, 96; Şaban, 112; Şelebi, 104.

383 Cin/Akgündüz, 75. Taraflar sadece bir şahit önünde evlenmiş olsalar ve bu durumu başka bir şahide daha anlatsalar bu şahitlik geçerli olmaz. Çünkü sonraki şahit evlenme sözleşmesinin değil tarafların ikrarının şahididir.

bulunmaktadır. Meydana gelen evliliklerin zina ve fuhuştan ayırt edilmesi, miras ve nesep durumlarının sabit olması bir evliliğin varlığına ve başkaları tarafından bilinmense bağlıdır. Hz. Peygamber evlenmenin yapılması kadar bunun ilan edilmesi ve örften kaynaklanan meşru merasimlerinin yapılmasına da önem vermiştir[384]. Bu sebeplerle evlenmenin şahitler huzurunda yapılması ve ilan edilmesi hem sözleşme hukuku hem de toplumun gereklerini yerine getirme açısından önemlidir[385].

b) Şahit Olma Ehliyeti

Şahitlerde bulunması gereken bazı özellikler vardır. Şahitliğin işlevi tarafların evlenmeye yönelik irade beyanlarını duymak ve anlamaktır. Bu amacın gerçekleşmesi için de şahitlerin bazı özellikleri olmalıdır.

aa) Temyiz Gücü

Şahitler temyiz gücüne sahip olmalıdırlar. Temyiz gücü olmayan küçük çocukların veya akıl hastalarının önünde yapılan evlenme sözleşmesi geçerli değildir[386]. Çünkü islamda velayet müessesesi vardır ve temyiz gücü yerinde olmayan kişilerin kendileri üzerinde velayet yetkisi olmadığı için bunlara başkaları veli olarak atanmışlardır. Evlenme önemli işlerdendir ve insanlar arasında sözle yayılır. Bunun için

---

384 Bkz. Şaban, 113.

385 Maliki mezhebine göre, taraflar evlenme sözleşmesini şahitler huzurunda yapsalar ve şahitlere bunu başkalarına anlatmamaları hususunda tavsiyede bulunsalar sözleşme geçersiz olur. Çünkü bu durumda sözleşme gizli bir statü almaktadır ve bu da şahitlik kurumunun özü ile bağdaşmaz. Hanefi, Şafii, Hanbeli ve Zahirilere göre ise bu durum evlenmenin sıhhatine engel değildir, Şaban, 125-126; Şelebi, 108-109. Çünkü evlenme hadisesine taraflar ve şahitlerden oluşan en az dört kişilik bir gurup vakıf olmuştur Şelebi, 109. Ancak her halükarda böyle bir durumun İslamın özü ve evliliğin ilan edilmesi ile ilgili prensiplerle bağdaştığı söylenemez. Özellikle fitne ve fesadın arttığı son zamanlarda sadece taraflar ve iki şahidin önünde yapılan gizli evlenmelerin İslamın ruhuna uygun olduğunu söylemek zordur. Bunlar sadece iki şahidin yeterli olmasına ilişkin hakkın kötüye kullanılması olarak bile değerlendirilebilir. Taraflar arasında sözleşmenin geçerliliği ve eşler arasındaki ilişkinin helalliği açısından bire sorun olmasa bile evlilik toplumun en önemli kurumudur ve temel yapı taşıdır. Bu temelin sağlam olması toplumun ve fertlerin de sağlam ve sağlıklı olmalarını beraberinde getirir.

386 Ebu Zehra, 55; Şaban, 113, 116; Cin, Evlenme, 98; Şelebi, 109; İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 81; Hallaf, 26; Kasani, II,.

de burumun önemi kavranmalıdır. Bu önemi kavrayamayacak olan kişilerin başkalarına şahitlik etmesi de caiz olmaz[387].

bb) Büluğ

Şahitlerin sadece temyiz gücüne sahip olmaları yeterli değildir. Aynı zamanda baliğ olmalıdırlar[388].

cc) Müslüman Olmak

Evlenme sözleşmesinin her iki tarafı da Müslüman ise şahitlerin de Müslüman olmaları şarttır. Çünkü şahitlik velayet kapsamında değerlendirilir ve Müslüman olmayanın Müslüman üzerinde velayet hakkı olamaz[389]. Evlenme sözleşmesinde şahitliğin amacı bu durumun Müslümanlar arasından yayılmasını sağlamaktır. Müslüman olmayanların böyle bir görev icra etmesi ise düşünülemez[390].

Ebu Hanife ile Ebu Yusuf evlenme sözleşmesinde bayanın ehli kitap olması karşısında şahitlerin de ehli kitap olabileceğini ifade etmektedir. Bu durmda eşin Hıristiyan ve şahitlerin Yahudi olması mümkün olduğu gibi tersi durum da olabilir[391]. İmam Muhammed, İmam Züfer ve diğer mezhep imamları gayrimüslimin şahitliğini kabul etmemişlerdir[392].

---

387 İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 81; Ebu Zehra, 55.

388 Şelebi, 109-110; 253; Şaban, 113; Yaman, 38; Hallaf, 26; Kasani, II, 253.

389 Nisa suresi, 141.

390 Kasani, II, 253; Şelebi, 110; Şaban, 114.

391 Hallaf, 26; Şaban, 114; Şelebi, 110.

392 Cin, Evlenme, 99; Şelebi, 110. Bu imamlara göre taraflar evlenme sözleşmesine ve taraflara şahitlik etmektedirler. Taraflardan biri Müslüman olduğuna göre burada gayrimüslimin şahitliğinin kabule edilmesi durumunda onlara Müslümanlar üzerinde velayet hakkı tanınmış olur ki bu da dinin emredici kuralları ile bağdaşmaz. Ebu Hanife ile Ebu Yusuf ise burada şahitliğin taraflara olması ile birlikte daha ziyade kadın olan tarafadır. Çünkü bu iki imama göre taraflar evlilik ile birbirlerinden meşru şekilde yararlanma hakkını elde ederler. Bu durum ise kadın üzerinde daha fazla ortaya çıkar. Dolayısıyla kadının bu durumuna daha fazla şahitlik tapan şahitlerin kadının kitabi olması durumunda kitabi olmalarında bir sakınca yoktur.Bkz. Şelebi, 111-0-111.

dd) Hür Olmak

Şahitlerin yaptığı şahitliğin geçerli olması için şahitlerin özgür olması gerekmektedir[393]. Hür olmaktan maksat köle olmamaktır. Yoksa hürriyeti bağlayıcı ceza alarak mahkum kişiler kastedilmemektedir. Kölelik sistemi kalktığı için bu Konya daha fazla değinmiyoruz.

ee) Şahitlerin Sayısı

Kuran-ı Kerim'de muamelata ilişkin sözleşmelerde iki erkek şahidin veya bulunmazsa bir erkek ile iki kadın şahidin olması istenmiştir. Bu istek İslam hukukçularınca (zahiriler hariç) nedep olarak yorumlanmıştır**.** Evlenme sözleşmesi gibi bundan daha önemli olan bir konuda ise şahitlik müessesesi daha önemlidir ve sözleşmenin geçerlilik şartlarından kabul edilmiştir. Bununla beraber hem yukarıdaki ayet-i kerimede hem de peygamberimizin bu konudaki hadislerinde evlenmede "şahitler"den bahsedilmektedir. Bu sebeple şahitlerin sayısı varlığı kadar önemlidir[394].

İslam hukukçularının büyük bir çoğunluğu evlenme sözleşmesinde şahitlerin hepsinin erkek olması gerektiğini ileri sürmektedirler. Onlara göre yukarıdaki ayetteki husus muamelata ilişkindir. Hanefiler ise ayetin düzenlemesinin genel olduğunu ve iki erkek yada bir erkek ve iki kadın şahit ile sözleşme yapılabileceğini ifade etmektedirler[395].

ff) Şahitlerin Konuşulanı Duyması ve Anlaması

Şahitlerin tarafların sözlerini duymaları gerektiği gibi anlamaları da gerekmektedir. Bu sebeple uyuyan bir kişinin, sağır bir kişinin, sarhoş olduğu için temyiz kudreti yerinde olmayan bir kişinin şahitliği geçerli değildir[396]. Sağır kişilerin şahitlik yapamayacaklarına ilişkin yasak sözlü olarak yapılan evlenme sözleşmeleri için

---

393 Hallaf, 26; Cin, Evlenme, 99 Kasani, II, 253.

394 Kasani, II, 254-255; Hallaf, 26; Şelebi, 111-112; Şaban, 115.

395 Abdülhamid, 22; Kasani, II, 255; Cin,Evlenme, 99-100; Şelebi, 111-112; Şaban, 115; Hallaf, 26; Ebu Zehra 54.

396 Hallaf, 26; Şaban, 116; Şelebi, 113-114.

gereklidir. Sözleşmenin işaretle yapılması durumunda şahitlerin sağır olması şahitliklerine etki etmez. Ancak bu durumda da şahitlerin kör olmamaları gerekir. Çünkü kör olan kişiler işaretle yapılan evliliği göremez ve ne olduğunu anlayamazlar[397]. Bununla beraber taraflar sağırların kullandığı işaret dilini kullanarak sözleşme yapıyorlarsa sağır olan şahitlerin de bu dili bilmeleri gerekli olmalıdır. Çünkü genel olarak herkesin anlayabileceği bir dil olmayıp sadece ehli olan ve o dili bilen kişilerin anlayabileceği işaretledir[398].

gg) Adaletli Olma

Bu özellik Hanefiler dışındaki diğer mezheplerin aradığı bir şarttır. Hanefiler evlenme sözleşmesinin şahitleri için adalet şartını aramazlar[399].

2-İrade Beyanlarının Fesada Uğramamış Olması

İslam hukukçuklarının çoğunluğuna göre evlenmede irade beyanlarında ikrahın olması sebebiyle iradenin sakatlanması sözleşmenin geçerliliğine etki eder. Bu görüşte olan Şafii, Hanbeli ve Malikiler irade beyanlarında ikrahın olmamasını sıhhat şartı olarak ele alırlar[400]. Hanefi hukukçular ise iradedeki irade ve rıza unsurlarını ayırarak iradenin olduğunu ama rızanın olmadığını ancak bu durumun evlenmenin geçerliliğine etki etmeyeceğini iler sürerler[401]. Üç mezhep imamı delil olarak bu konudaki Hz. Peygamberin "ümmetimin üzerinden hata, unutma ve zorlanarak yaptıkları şeylerin günahı kaldırılmıştır" şeklindeki hadisine dayanmaktadırlar. Hanefiler ise burada mükrehin durumunu hazile benzetirler ve kıyas ile istemese de sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğunu ifade ederler[402].

Burada hakkında hadis olan bir konuda kıyas yapmanın ve aksi sonuca ulaşmanın doğru olmadığını ve sonuçta ikrah le yapılan evliliklerin geçerli olmadığını

---

397 Şelebi, 114.

398 Karş. Hatemi, Aile, 32.

399 Ebu Zehra 55; Şaban, 116.

400 Aydın, Aile, 20-21; Şaban, 123.

401 Şaban, 123; Cin, Evlenme, 167.

402 Şaban, 124; Cin, Evlenme, 167-168.

söyleyen üç mezhep imamının görüşünün daha doğru olduğunu ifade etmek isteriz[403]. Nitekim Osmanlı Aile Hukuku Kararnamesinde de ikrah ile yapılan evlenmeler fasid sayılmış dolayısıyla diğer üç mezhebin görüşleri doğrultusunda ikrahın olmayışı sıhhat şartı olarak kabul edilmiştir[404].

3- Taraflar Arasında Evlenme Engelinin Olmaması

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bazı hukukçular evlenme engellerini sözleşmenin inikat şartları arasında saymışlar, bazıları da sıhhat şarları arasında saymışlardır. Bazı hukukçular ise bunları kendi içerisinde guruplara ayırarak bir kısmını inikat şartlarında diğer kısmını da sıhhat şartlarında saymışlardır[405]. Konunun önemine binaen bu şart aşağıda ayrı bir başlık halinde ele alınmıştır[406].

4- Sözleşmenin Süreli Olmaması

Evlenme sözleşmesi için yapılan irade beyanlarının herhangi bir zaman dilimi ile sınırlı olmaması gerekir. Evliliğin bir ay veya bir yıl gibi bir süreyle sınırlandırılması sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını engeller[407]. Sürenin kısa veya uzun olmaı önemli değildir. Tarafların yaşaması mümkün olmayan örneğin seninle yüz yıllığına evlendim şeklindeki bir evlenme sözleşmesi de geçersizdir[408].

Uygulamada mut'a nikahı olarak biline bu nikah Sünni mezheplerde geçersiz olmakla birlikte şii imamiyye mezhebinde geçerlidir[409].

---

403 Şaban, 124.

404 HAK. m. 57.

405 Bkz. Günay, I, 172 vd.; Atar, 8; Dağcı, I, 193.

406 Çağdaş İslam hukuku çalışmalarında da bu konu ayrı başlıklar halinde ele alınmaktadır.

407 Şaban, 119; Döndüren, Aile,, 161.

408 Şaban, 119.

409 Şaban, 119-120.

D) EVLENME ENGELLERİ

1- Genel Olarak

Evlenme engeli İslam hukukunda muharremat başlığı altında ele alınır. Muharremat hürmet kelimesinden türetilmiş olup yasaklananlar anlamına gelmektedir. Geniş anlamı ile dinde yasaklanmış olan her şeyi içine alan bu kavram özel ve dar anlamda kendisiyle evlenilmesi yasak olan kadınları ifade etmektedir[410].

Evlenme engellerinin genellikle İslam Hukukçularının ittifakla kabul ettikleri evlenme engelleri ve ittifak etmedikleri evlenme engelleri şeklinde iki guruba ayırdıklarını birinci guruba girenleri inikadının şartı diğerlerini de sıhhat şartı olarak ele aldıklarını görmekteyiz[411].

Bununla birlikte konuyu ele alırken takip edilen yol evlenme engellerinin ortadan kalkıp kalkmayacağı üzerine yapılan bir ayırımdır. Dolayısıyla evlenme engellerini sürekli evlenme engelleri ve geçici evlenme engelleri şeklinde iki kısma ayırabiliriz[412].

2- Sürekli Evlenme Engelleri

Sürekli evlenme engelleri Nisa Suresinin 23. ayetinde açıkça ifade edilmiştir. Ayette "Analarının, kızlarınız, kız kardeşleriniz, halalarınız, teyzeleriniz, erkek kardeşlerin kızları, kız kardeşlerin kızları, sizi emziren sütanneleriniz, sütkardeşleriniz, karılarınızın anneleri ve kendileriyle zifafa girdiğiniz karılarınızın (önceki evliliklerinden olan) sizin himayenizdeki kızları ile evlenmek sizlere haram kılınmıştır." buyrulmaktadır. Bu ayette geçen haram kılınan kişiler üç gurupta toplanmaktadır[413]. Kan hısımlığı, süt akrabalığı ve sıhri hısımlık sebebiyle yasaklananlar.

---

410 Atar, 6.

411 Şaban, 100; Şelebi, 102; Aydın, Aile, 18.

412 Bkz. Şaban, 140; Ebu Zehra 63; Kasani, II, 256; Aydın, Aile, 28; Dağcı, I, 195; Dağcı, II, 137; Günay, II, 245; İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 91; Acar, 235; Yaman, 33; Döndüren, 131.

413 Kasani, II, 256.

a) Kan Hısımlığı

Semavi dinlerde ve neredeyse tüm hukuk sistemlerinde ve ahlak anlayışlarında belli derecedeki kan akrabaları ile evlenmek yasaklanmıştır[414]. Kuran da erkek merkezli olarak düzenlenen kan hısımları dört gurup olarak ele alınabilir[415]. Usul-furu hısımlığı açısından derecenin önemi yoktur ve ne kadar yukarı çıkılırsa çıkılsın ve ne kadar aşağı inilirse inilsin evlenmek yasaktır. Ancak hısımlık usul furu ilişkisi ile değil de civar hısımlığı şeklindeyse bunlarla da üçüncü dereceye kadar (bu derece dahil) evlenmek yasaktır. Ancak amca kızı veya hala kızı gibi dördüncü dereceden olan ve dedenin furuu kısmına giren kişilerle ve bunların alt soyuyla evlenmek caizdir[416].

aa) Kişinin Usulü (Üstsoyu)

Usul kişinin kendi sulbünden geldiği kişileri ifade etmektedir. Ayette geçen anneler ifadesi gerçek anlamda doğuran kadını ifade ettiği gibi onun da annesini ve onun da annesini ifade etmektedir. Dolayısıyla ne kadar yukarı çıkılırsa çıkılsın bu durum değişmez[417]. Aynı zamanda baba tarafında bulunan bütün nineler de bu kapsamdadır[418].

bb) Kişinin Furuu (Altsoyu)

Ayetteki kızlarınız ifadesi kişinin kendi kızını içeren bir ifade olduğu gibi onun kızları ve ne kadar aşağı inilirse inilsin aynı kökten gelen kızları da içermektedir[419].

---

414 Atar, 6;

415 Dağcı, 196. Fıkıh kitaplarında muharremat başlığında ele alına evlenme engellerindeki erkek merkezlilik başlıktan da anlaşılmaktadır. Biz yatığımız çalışmanın mukayeseli olması ve Türk Hukukundaki ifadenin evlenme engelleri olması sebebiyle konu başlığını evlenme engelleri olarak belirledik.

416 Dağcı, I, 198-199.

417 Dağcı, 196;

418 Atar, 6. İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 91; Ebu Zehra, 63; Şaban, 141.

419 Şaban, 141; Dağcı, I, 196; İbrahim Bek/Ahmed İbrahim, 91; Ebu Zehra, 63; Şelebi, 165; Acar, 235; Yaman, 33; Aydın, Aile, 28.

cc) Anne ve Babanın Furuu (Altsoyu)

Bunlar ana ve baba bir olsun veya olmasın kız kardeşler ile kız ve erkek kardeşlerin kızlarını kapsamaktadır. Ne kadar aşağıya inilirse inilsin bu yasak devam eder[420].

dd) Dede ve Ninenin İlk Furuu (Altsoyu)

Bunlar dede ve ninenin ilk derece çocuklarıdır. Diğer bir ifade ile Amca, hala, dayı ve teyzeyi kapsayan üçüncü derece kan hısımlarıdır[421]. Bunların çocukları dördüncü derece yan kan hısımları oldukları için bunlarla evlenmek yasak değildir[422].

b) Sıhri Hısımlık

Sıhriyet eşlerden birini diğerinin hısımlarına bağlayan hukuki bir bağdır[423]. Bunun sonucunda karı, kocasının akrabaları ile akraba olmakta, koca da karısının akrabaları ile akraba olmaktadır[424]. Sıhriyetten doğan evlenme engeli usul furu ekseninde yani dikey olarak gerçekleşen bir engeldir. Dolayısıyla kişi ile sıhri usul ve furuu arasında bir evlenme engeli doğar. Sıhri civar hısımları ile arasında böyle bir engel doğmaz[425]. Burada da erkek eksenli bir tasnif tapılmıştır ve evlenme engeli taşıyan sıhri hısımlar dört gurupta toplanmıştır.

aa) Karının Usulü (Üstsoyu)

Nisa suresinin 23. ayetindeki "…eşlerinizin (karılarınızın) anneleri… sizlere haram kılındı" şeklindeki düzenleme gereği kişinin kayın validesi ve bunun da üstsoyu

---

420 Şaban, 141; Dağcı, I, 196; Atar, 6-7.

421 Şaban, 141; Cin, Evlenme, 102; Dağcı, I, 197; Şelebi, 165; Atar, 7.

422 Dağcı, I, 197; Atar, 7.

423 Cin, Evlenme, 102; Dağcı, I, 200.

424 Dağcı, I, 200.

425 Dağcı, I, 200.

ile evlenmesi yasaktır[426]. Bu usul karının baba tarafından anneleri (Karının babasının annesi gibi) olabileceği gibi anne tarafından anneleri (Annesinin annesi) de olabilir[427].

Kayınvalide ve onun ada ustsoyu ile evlenme engelinin doğması için eş ile evlenme sözleşmesinin kurulmasının yeterli mi olduğu yoksa cinsel ilişkiye girilmiş olmasının da gerekip gerekmediği hususu akla gelmektedir. Bu konuda baskın görüş sözleşmenin mücerret yapılmasıyla bu evlenme engelinin doğduğudur. Eş ile ilişkiye girme şartı aranmamaktadır[428]. Bunun sonucunda İslam hukukçuları "kızlarla yapılan evlenme sözleşmesi anneleri yasaklar (anne ile kızın kocası arasında evlenme engeli doğurur) şeklinde bir kural ortaya koymuşlardır[429].

bb) Karının Furuu (Altsoyu)

Evlilik ilişkisi ölüm, boşanma ve fesih gibi sebeplerle sona erdikten sonra kadının bu evlilikten olan çocukları sonradan evlendiği eşinin üvey çocukları olmaktadır. Bu erkek ile karısının önceki evliliğinden olan çocukları arasında evlenme engeli doğar. Karının altsoyundan kastedilen de budur[430]. Ayeti kerimede geçen evlerinizde bulunan üvey kızlarınız sizlere haram kılındı ifadesi ile, kızların mutlaka evde anneleri ile beraber bulunmasının gerekli olup olmadığı hususu tartışılmıştır. Bu konuda ulaşılan sonuç, ayeti kerimede sosyolojik bil olguya işaret edildiği, kızların genelde anneleri ile birlikte üvey babalarının evlerinde oldukları, dolayısıyla bu evde olmayan kızlarla evlenilebilir gibi bir sonucun çıkmadığı ifade edilmektedir[431]. Ayetin ikinci kısmındaki eğer kendileri (eşlerinizle) ile ilişkiye girmemişseniz kızları ile evlenebilirsiniz şeklindeki ifadenin mutlak oluşu, evde bulunan kızlar şeklinde kayıtlanmamış olması da bu konuda ileri sürülen delillerdendir[432].

---

426 Atar, 7; Şelebi, 169; Ebu Zehra, 67Dağcı, I, 200-201..

427 Şaban, 147.

428 Ebu Zehra, 67; Şelebi, 169-170; Şaban, 148-149.

429 Şaban, 149; Şelebi, 170; Cin, Evlenme, 103; Döndüren, 133.

430 Şelebi, 170; Şaban, 149; Dağcı, I, 202.

431 Şaban, 149-150; Dağcı, I, 203; Şelebi, 170.

432 Şelebi, 170; Şaban, 150.

Bu konuda acaba fasid bir evliliğe dayanarak yapılan birleşme ve nikahsız yapılan birleşmeler de böyle sonuçlar doğurur mu sorusu akla gelmektedir. Bunu farklı farklı ele almak uygun olur.

aaa) Fasid (Geçersiz) Bir Evlilik ve Evlenme Engeli

Evlilik sözleşmesinin şahitsiz yapılması gibi durumlarda fasid olduğu ve fasid bir evlenmenin neticesindeki birleşmenin de sahih bir evlenme gibi aynı evlenme engelini doğuracağı ifade edilmektedir[433].

bbb) Zina ve Evlenme Engeli

Erkek ile kadının zina yapması sonucunda kadının usulü ile furuu ve erkek arasında herhangi bir evlenme engelinin doğup doğmadığı tartışmalıdır. Hanefi, Hanbeli ve Maliki hukukçulara göre kadın ile erkeğin zinasından sonra her ikisi ile diğerinin usul ve furuu arasında evlenme engeli doğmaktadır[434]. İmam Şafii ise aksi görüştedir ve ona göre zina eden kadın ile erkeğin her biri ile diğerinin usul ve furuu arasında herhangi bir evlenme engeli doğmamaktadır. Hatta imam şafi biraz daha ileri giderek bu zinanın mahsulü olan kız ile kadın ile zina eden erkek yani biyolojik baba arasında bile evlenme engelinin olmadığını ifade etmektedir[435].

Zina eden taraflar arasında ise herhangi bir evlenme engeli doğmamaktadır[436].

cc) Erkek Usulün Eşleri

Kişi kendi babasının veya anne ve babasının babalarının eşleri ile evlenemez. Yani kişi üvey anneleri ve üvey nineleri ile evlenmesi yasaktır[437]. İslam çok eşliliğe izin

---

433 Şaban, 151; Dağcı, I, 204.

434 Hallaf, 46; Dağcı, I, 204.

435 Şaban, 151-152; Dağcı, I, 205.

436 Dağcı, I, 204.

437 Atar, 7; Dağcı I, 211

verdiği için buradaki üvey anne ve üvey nine ifadelerini kişinin kendi annesi ve kendi ninesi olan babası ve dedesinin eşleri dışındaki diğer eşleri olarak algılamak gerekir[438].

Bu yasağın doğması için evlenme sözleşmesinin yapılması yeterli olup zifafın gerçekleşmesi gerekli değildir[439].

Eski arap âdetinde babanın vefatı sonrasında babanın anne dışındaki diğer işlerini nikâhlama adeti bulunmaktaydı. Nisa suresinin 22. ayeti ile bu durum yasaklanmış geçmişteki uygulamalara herhangi bir sorumluluğun yüklenmediği ifade edilmiştir[440].

dd) Furuun (Altsoyun) Eşi

Altsoyun eşleri demek kaçıncı derecveden olursa olsun gelinler demektir. İster kendi oğlunun eşi isterse torununun eşi veya daha altsoyun eşi olsun aynıdır[441]. Evlenme engelinin oluşması için mücerret sözleşme yeterli olup zifaf şart değildir[442]. Altsoy'un eşleri ile olan evlenme yasağı oğlun eşini kapsadığı gibi kızın oğlunun eşini de kapsar[443]. Süt oğulların eşleri ve süt oğullardan olan torunların eşleri de aynı şekilde yasak kapsamındadır. Çünkü oğul kelimesi kan hısımlığına dayanan oğlu ifade ettiği gibi süt hısımlığına dayanan oğulluğu da ifade etmektedir[444].

Bir cahiliye adeti ve uygulaması olan evlat edinme ise İslam hukukunda kabul edilmediği için bunun sonucunda herhangi bir evlenme engeli doğmamaktadır[445].

---

438 Dağcı, I, 212.

439 Şelebi, 169; Dağcı,I, 212.

440 Bkz. Dağcı, I, 212.

441 Şelebi, 169; Atar, 7; Dağcı, I, 212; Şaban, 147.

442 Şaban, 147; Şelebi, 169; Dağcı, I, 213; Ebu Zehra, 67.

443 Ebu Zehra, 67; Şaban 148.

444 Şaban, 148.

445 Dağcı, I, 214; Şaban, 148.

c) Süt Hısımlığı

İslam hukuku diğer hukuk sistemlerinden farklı olarak süt hısımlığını kabul etmiş ve bunu bir evlenme engeli olarak görmüştür[446]. Sözlükte rada' olarak ifade edilen bu kavram çocuğun belli bir süre içerisinde bir kadının sütünü emmesini ifade etmektedir[447]. Öz çocuk olmasa bile süt emme çağındaki bir yabancı çocuğun bir kadının sütünü emmesi ile bu ikisi arasında sütannelik sütoğulluk veya sütkızlık bağı kurulmaktadır. Aynı kadının sütünü emen iki yabancı çocuk ise sütkardeş statüsünü kazanmaktadır. Kadının sütünün gelmesine sebep olan kişi de sütbaba olmaktadır[448]. Bu da taraflar arasında ve emziren kadının bazı akrabaları ile emenler arasında evlenme engeli doğurmaktadır[449]. Süt Akrabalığı iki ana kategoride toplam sekiz başlık altında ele alınmaktadır.

aa) Nesep Hısımlığı Açısından Süt Hısımlığı

aaa) Süt Usul (Üstsoy)

Kişi ile süt annesi, onun da annesi ve ne kadar yukarı çıkılırsa çıkılsın usuldeki anne kategorisindeki tüm kadınlar arasında evlenme engeli doğmaktadır[450].

bbb) Süt Furuu (Altsoy)

Bunlar da kızı, kızının kızı, kızının oğlunun kızı gibi altsoyu içermektedir[451]. Kadının emzirdiği çocuk ile süt babanın kardeşleri ve babası arasında da bir evlenme engeli doğar. Bunlar süt amca ve süt dede olmaktadırlar[452].

---

446 Dağcı, I, 215.

447 Dağcı, I, 215.

448 Atar, 7; Dağcı, I, 217.

449 Atar, 7; Dağcı, I, 215.

450 Atar, 7; Dağcı,I, 217; Şelebi, 179.

451 Dağcı, I, 218.

452 Dağcı, I, 218.

ccc) Süt Anne ve Babanın Furuu (Altsoyu)

Bir kadının emzirdiği nesebi başkasına ait bir çocuk ile kadının kendi çocukları arasındaki süt akrabalığına süt kardeşliği denilmektedir ve süt akrabalığının ayetteki temelini bu ilişki oluşturmaktadır[453].

Sütkardeşliğin doğması için her iki çocuğun da diğer anneden emmesine gerek olmayıp tek çocuğun diğerinin annesinden emmesi yeterlidir. Emziren kadının diğer çocukları da bu çocuğa kardeş olmaktadır[454].

ddd) Süt Dede ve Süt Ninelerin Birinci Derece Furuu (Altsoyu)

Bunlar sütanne ve süt babanın erkek ve kız kardeşleri yani süt hala ve süt teyzelerdir[455].

bb) Sıhri Hısımlık Açısından Süt Hısımlığı

aaa) Eşin Süt Usulü

Erkek için karısının süt annesi ve onun annesi… ile kadın için eşinin süt babası ve onun babası … arasında evlenme engeli doğmaktadır[456].

bbb) Eşin Süt Furuu

Kişi kendi eşi ile fiilen birleştikten sonra eşinin süt kızı, ve bu kızdan olan süt torunları ile arasında evlenme yasağı doğar[457].

ccc) Süt Usulün Eşleri

Kişi ile Süt babasının diğer eşleri arasında da evlenme engeli doğmaktadır. Ayni kişinin süt üvey anneleri ve süt üvey nineleri yasak kapsamındadır[458].

---

453 Dağcı, I, 219.

454 Bkz. Dağcı, I, 220.

455 Atar, 7; Dağcı, I, 220.

456 Dağcı, I, 221.

457 Atar, 7; Dağcı, I, 221.

ddd) Süt Furuun Eşi

Sıhri hısımlıktan doğan evlenme engeli gibi süt hısımlığında da kişi oğlunun karısı ile ve torununun karısı ile evlenemediği gibi süt oğlunun karısı ve süt torunun karısı ile de evlenemez[459].

3- Geçici Evlenme Engelleri

Bu kapsamda değerlendirilen evlenme engelleri de yine evlenilecek olan kişide bulunan bir özellikten kaynaklanmaktadır. Ancak bu özellik sürekli evlenme engellerinde olduğu gibi değişmesi ve sona ermesi mümkün olmayan bir nitelik arzetmez. Engelin niteliğinin değişmesi mümkündür ve bu değişme sonucunda engel ortadan kalkar. Bunlar aşağıda kısaca ele alınmıştır

a) Kadının Evli Olması

İslam erkeğin aynı anda birden fazla kadınla evli olmasına izin vermiş ancak kadınlar için aynı şeyi kabul etmemiştir. Bu sebeple kadın başkası ile evli ise başka bir erkekle evlenmesi açısından mevcut evlilik bir evlenme engeli olmaktadır. Ancak bu evliliğin sona ermesi ve kadının iddetini beklemesi sonucunda evlenme engeli ortadan kalkar[460]. Bir kişi boşadığı ve iddet bekleyen kadınla eğer boşama ric'i talakla gerçekleşmişse yeni bir mehre ve sözleşmeye gerek kalmaksızın, eğer boşama bain talakla gerçekleşmişse yeni bir sözleşme ve mehir ile evlenebilir. Ancak üç talakla boşadığı karısı ile artık başkası ile evlenip bu evlilik ve iddeti sona ermedikçe evlenemez[461].

---

458 Atar, 7.

459 Dağcı, I, 222.

460 Atar, 7; Dağcı, II, 184; Şaban, 169; Şelebi, 206-207.

461 Şelebi, 207-208.

b) İki Akraba İle Birden Evlenme

Bir kadınla evli olan bir erkek karısının belli derecedeki akrabalarıyla aynı anda evlenemez[462]. Bu yasağın sosyolojik temeli bu evlilik sebebiyle akrabalık ilişkilerinin zedelenmesini önlemektir[463]. Bu yasağın kapsamı Kuran-ı Kerimde iki kız kardeş ile aynı anda evli olma şeklinde ifade edilmiş olsa da yasak sadece kız kardeşlerle kısıtlı değildir. Bir erkek bir kadınla evli iken bu kadının –erkek olsaydı kendisi ile evlenmesi yasak olan- başka akrabaları ile de evlenemez[464]. Dolayısıyla karısı ile aynı anda karısının kız kardeşi ile evlenemeyeceği gibi karısının halası, teyzesi ile de evlenemez.

c) Üç Kere Boşama

Bakara suresinin 230. ayeti kerimesinde de buyrulduğu gibi, bir erkek üç kere boşadığı eşi ile bu kadın başka erkek ile evlenip zifaf gerçekleşmedikçe ve bu evlilik normal yollardan sona erip iddet sona ermedikçe tekrar evlenemez[465]. Dolayısıyla eski karısı ile evlenememesi karısının başkası ile evlenip bunun sona ermesine bağlı olarak geçici bir şekilde yasaktır. Üç kere boşamanın ric'i veya bain[466] talakla olması arasında fark yoktur. İkinci kocanın karıyı boşamak maksadıyla alıp sonra tekrar boşaması durumunda yapılan sözleşme geçersizdir ve haramdır[467].

---

462 Şaban, 180; Dağcı, II, 181; Atar, 7; Aydın, Aile, 29; Cin, evlenme, 128.

463 Cin, Evlenme, 129; Dağcı, II, 181.

464 Atar, 7; Cin, Evlenme, 128; Şaban, 181; Şelebi, 211; Ebu Zehra, 84.

465 Atar, 7; Aydın, Aile, 29; Şaban, 173; Acar, 71; Dağcı, II, 169-170; Ebu Zehra, 88.

466 Erkeğin boşadığı karısına yeni bir sözleşmeye ve yeni bir mehire gerek kalmaksızın dönmesini sağlayan boşama şekline verilen addır. Bain talak ise erkeğin boşadığı karısı ile yeniden evlenebilmesi için yeni bir sözleşme ve yeni bir mehir belirlemesi gereken boşama türüdür, Acar, 66. Boşamanın ric'i veya bain oluşu boşamanın sonucu ile ilgilidir. Yoksa kaçıncı boşama olduğu ile ilgili değildir. Boşama ilk olmasına rağmen bain ve ikinci olmasına rağmen ric'i olabilir. Üçüncü boşama ise her zaman baindir çünkü artık dönme imkanı kalmamıştır, Abdülhamid, 232; Hallaf, 139; Şelebi, 498-499. Bu sebeple Dağcı'nın yapmış olduğu ric'i ve bain talak tanımlarına katılamıyoruz, Bkz. Dağcı, II, 168-169.

467 Acar, 71; Dağcı, II, 171.

Üçüncü boşamanın sonucunda meydana gelen evlenme engeline beynune kübra adı verilir[468].

Elbette ki üç kere boşanmış olan kadın için geçerli olan evlenme engeli eski kocasına karşıdır. Bu kadın başka bir erkekle iddeti sona erinde evlenebilir.

d) Beşinci Kadın İle Evlenme

İslam hukuku erkekler açısından çok eşle evliliğe izin vermiş olmakla birlikte bunu da belli bir sayıyla sınırlamıştır. Bir erkek aynı anda en fazla dört kadınla evli olabilir. Dolayısıyla beşinci bir kadınla evlenebilmesi mümkün değildir. Buradaki evlenme engeli kadından değil erkeğin durumundan doğmaktadır.

İslam çok eşle evliliğe erkek açısından izin vermekle birlikte emretmek bir yana tavsiye bile etmemektedir. Bu sadece belli durumlarda kullanılabilecek bir çıkış noktasıdır[469]. Bu sebeple bazı ülkelerde çok eşle evlilik sıkı şartlara bağlanmış bazılarında ise tamamen yasaklamıştır[470].

Dört karısı olan erkeğin karılarından birisi ölürse hemen akabinde beşinci (ama karılarından birisi öldüğü için artık dördüncü) bir kadınla evlenebilir. Ancak karılarından birini boşarsa bu kadın ile aralarındaki bağ bir nevi devam ettiği için bu kadın iddetini tamamlamadan erkek bir beşinciyle evlenemez[471]. Kadınların birisinin veya dördünün de boşanmış olması durumu arasında fark yoktur. Yani dört karısı olan hepsini aynı anda boşasa beşinci ile evlenebilmek için bunlardan birisinin iddetini bitirmesi gerekir[472]. İmam Şafi ise bain talakla yapılan bir boşama ile evlilik tamamen sona erdiği için başka bir kadınla evlenilebilir demektedir[473].

---

468 Dağcı, II, 170.

469 Bu konuda geniş bilgi için bkz. Şaban, 189-204.

470 Dağcı, II, 180 ve dn. 166.

471 Atar, 7; Dağcı, II, 180; Şaban, 184-185; Şelebi, 233; Ebu Zehra, 89.

472 Şelebi, 233.

473 Ebu Zehra, 89; Dağcı, II, 180.

e) Lanetleşme (Lian)

Kelime anlamı itibariyle karşılıklı lanetleşmek anlamına gelen lian, terim olarak erkeğin karısına doğrudan zina isnat etmesi veya doğurduğu çocuğun nesebini reddederek aralarındaki anlaşmazlığın mahkeme kanalıyla çözümlenmesi sürecini iade etmektedir[474]. Lianın sebebi kocanın karısını zina ile suçlamakla beraber bunu dört şahitle ispat edememesi[475], sonucu ise erkek ile kadın arasındaki evlilik bağının sona ermesi, çocuğun baba açısından nesepsiz olması kadının ve çocuğun erkeğe mirasçı olamamasıdır[476].

Mülaane sonucundaki evlenme engelinin niteliği tartışmalıdır. Ebu Hanife ile İmam Muhammed'e göre liandan sonra koca karısını boşamamışsa evlilik kendiliğinden sona ermez, hakim bu evliliğin sona erdiğine de karar vermelidir. Mahkemenin kararı bain talak hükmündedir[477]. Evlilik mahkeme kararına kadar devam ettiği için bu aradaki bir ölüm ile taraflar birbirine mirasçı olurlar[478]. Ayrıca taraflar arasındaki bu ayrılık bain talak hükmünde olduğu için bu geçici bir evlenme engeli teşkil eder[479]. Kadının iddeti sona erinceye kadar erkek nafaka vermekle yükümlüdür[480].

İmam Ebu Yusuf ile İmam Züfer'e göre ise lianın bizzat kendisi bain talak hükmünde olup evlilik lian ile sona erer, kocanın karısını boşamasına gerek yoktur. Ayrıca eşler arasındaki evlenme engeli de geçici değil sürekli bir evlenme engelidir[481].

Şafii, Hanbeli, Maliki, Zahiri ve Caferilere göre ise lian ile sürekli bir evlenme engeli doğmaktadır[482].

---

474 Atar, 7; Dağcı, II, 188; Ansay, 232.

475 Dağcı, II, 188; Atar, 7; Ansay, 232-233.

476 Ansay, 233; Dağcı,II 188.

477 Ansay, 233; Dağcı, II, 192.

478 Dağcı, II, 192.

479 Dağcı, II, 193.

480 Ansay, 233.

481 Dağcı, II, 192.

482 Dağcı, II, 191-192.

f) Din Farkı

Din farklılığına dayalı evlenme engeli sadece İslamın değil 12. yüzyıla kadar Hıristiyanlığın, Yahudiliğin de kabul ettiği evlenme engellerinden biridir[483]. Hatta Hıristiyanlıkta mezhepler arasında bile evlenme engel bulunmaktadır[484]. Bu mezhep ve dinlerdeki yasak evliliğin her iki tarafı için de geçerli iken İslam bu yasağı sadece eşlerden birisi için tanımıştır. Buna göre Müslüman bir erkek Hıristiyan veya Yahudi bir kadınla evlenebilir. Ancak putperestlerle evlenme bakımından taraflardaki yasak eşittir[485].

Bir Müslüman ile bir müşrikin evlenmesi mümkün olmadığı[486] gibi eşlerden birisinin sonradan müşrik olması durumunda da evlilik sona erer[487].

Müslüman olan bir erkek ise ehli kitap olan bir kadın ile evlenebilir. Yani Müslüman bir erkeğin Hıristiyan veya Yahudi bir kadınla evlenmesi caizdir[488]. Buna karşılık Müslüman bir bayanın ehli kitap da olsa Müslüman olmayan bir bayanla evlenmesi caiz değildir[489].

4-Evlenme Engellerinin Sözleşmeye Etkisi

Evlenme sözleşmesi sırasında evlenme engelinin bulunmasının sözleşmeye nasıl etki edeceği konusu İslam hukukçuları arasında tartışmalıdır. Bunun temel sebebi evlenme engellerinin bazı İslam hukukçuları tarafından sözleşmenin inikat şartı, bazıları tarafından ise sıhhat şartı olarak kabul edilmesidir[490]. Bazı hukukçular[491] ise bu konuda

---

483 Dalgın, 17-20; Döndüren, 140; Cin, Evlenme, 111; Dağcı, II, 138.

484 Cin, Evlenme, 111.

485 Cin, Evlenme, 111-112; Dağcı, II, 138-139.

486 Dalgın, 38; Cin, Evlenme, 112; Döndüren, 140; Dağcı, II, 145; Atar, 7 Ebu Zehra, 98-99.

487 Dalgın, 38.

488 Dağcı, II, 151; Dalgın, 68 vd, 81 Ebu Zehra, 99.

489 Dalgın, 136; Dağcı, II, 154; Ebu Zehra, 101; Hallaf, 55. Eşlerden birisinin sonradan Müslüman olması durumunda evliliğin akıbetinin nasıl olacağına ilişkin tartışmalar çalışmamızın sırını aşmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Dalgın, 165 vd; Dağcı, II, 154 vd.

490 Atar, 8; Günay, I, 172 vd.; Apaydın, Fesad, 418-419.

bazı ayrımlar yapmaktadırlar. Üzerinde ittifak edilen evlenme engellerinin inikat şartı olarak kabul edilmesi dolayısıyla buna riayet etmemenin yaptırımının butlan olduğu ileri sürülmektedir. Bunun karşısında üzerinde ittifak edilmeyen evlenme engellerinin varlığı sözleşmenin kuruluşunu değil geçerliliğini etkileyecek dolayısıyla buna uymamanın yaptırımı da fesad olacaktır.

Bununla beraber bu kıstasın da istisnasız bir şekilde işlediğini söylemek güçtür. Örneğin bir bayanla evli iken onun kız kardeşi ile evlenmek ya da Müslüman bir erkeğin Müslüman veya kitabi olmayan bir bayanla evlenmesinin yasak oluşu hususunda İslam Hukukçuları arasında herhangi bir görüş yoktur. Çünkü bunlar sarih naslarla belirlenmiştir. Ancak her iki evlilik de bu ayırıma göre batıl olması gerektiği halde fasit nitelemesi yapılmaktadır[492].

Aile Hukuku Kararnamesinde ise Müslüman bir bayanın Müslüman olmayan bir erkekle evlenmesi batıl[493], diğer evlenme engellerine riayet edilmeden yapılan evliliklerin ise fasid[494] olduğu hükme bağlanmıştır.

Sonuç olarak evlenme engellerinin sözleşmeye etkisi konusunda İslam Hukukçuları arasında kabul edilmiş bir genel kuralın olduğunu söylemek güçtür. Özellikle Ebu Hanife dışındaki diğer Hanefi hukukçular ile diğer mezhep hukukçularının butlan-fesad ayrımını kabul etmemeleri de böyle bir sonucun ortaya çıkmasını kolaylaştırmıştır[495]. Öyleyse her bir evlenme engelinin ayrı ayrı değerlendirilmesi ve o engele riayet etmemenin yaptırımı da ayrıca belirlenmelidir.

III- GEÇERLİLİK BAKIMINDAN EVLİLİĞİN TÜRLERİ

Evlilik, geçerli olup olmaması açısından sahih evlilik ve sahih olmayan evlilik şeklinde iki ana kategoriye ayrılır. Çalışmamızın birinci bölümünde genel sözleşme

---

491 Şaban, 100; Şelebi, 100; Aydın, Aile, 18,20; Aydın, Hukuk Tarihi, 300,302; Cin, Evlenme, 100-101; Cin/Akgündüz, 71.

492 Günay, I, 180.

493 HAK. m. 58.

494 HAK. m. 52-57.

495 Bardakoğlu, 477; Apaydın, Fesad, 418.

hukukunda sözleşmelerin kurulması, geçerli olması, etkin ve bağlayıcı olması için gereken şartlar incelenmiş buna bağlı olarak hükümsüzlük halleri dörtlü bir ayrıma tabi tutulmuştur. Bununla beraber sözleşmelerin hükümsüzlüğü deyince ilk planda akla gelen kurulup kurulmadıkları ile kurulmuşlarsa geçerli olup olmadıklarıdır. O kısımda konunun daha iyi kavranması açısından etkinlik ve bağlayıcılık bakımından sözleşmelerde bulunması gereken hususları açıklamıştık. Ancak burada evlilik sözleşmesinin nefaz ve lüzum şartlarında sahip olmaması o sözleşmenin kurulmasını engellemediği için bunu ayrı bir hükümsüzlük hali olarak ele almadık. Aşağıda kısaca sahih olan ve sahih olmayan evlilik türleri incelenmiştir. Bu tür evliliklerin hukuki sonuçları ise üçüncü bölümde ayrıca ele alınmıştır.

A) SAHİH EVLİLİK

Sahih evlilik, rükün, inikat şartları ve sıhhat şartları tamam olarak kurulmuş olan evliliktir[496]. Böyle bir evlilik kendisinden beklenen tüm hukuki sonuçları doğurur. Taraflar arasında ilişki meşru olur, mehir sabit olur, nesep sabit olur, taraflar birbirlerine mirasçı olabilir, boşama sonucunda nafakaya hükmolunur, taraflar arasında sıhri hısımlık ilişkisi doğar.

B) SAHİH OLMAYAN EVLİLİK

Sahih olmayan evlilik ise kendi içerisinde farklı guruplara ayrılır. Esasında bu ayırım Hanefi mezhebi içerisinde Ebu Hanife'ye aittir. Diğer Hanefi hukukçular ile diğer mezhep hukukçuları evlenme sözleşmesini sahih ve gayri sahih olarak iki kısma ayırırlar. Sahih olmayan evliliği ise kendi içerisinde tekrar kısımlara bölmezler. Bu anlamda da batıl ve fasid kelimelerini birbirlerinin yerine eş anlamlı olarak kullanırlar[497].

Ebu Hanife ise evlilik sözleşmesinin taşıması gereken unsur ve şartları ayrı ayrı ele aldıktan sonra bunlardan unsur (rükün) ve inikat şartı olanlara riayetsizliği

---

496 Aydın, Hukuk Tarihi, 311; Aydın, Aile, 29-30.

497 Cin, Evlenme, 146; Cin/Akgündüz, 80; Apaydın, 130; Aydın, Aile, 30; Ebu Zehra, 147.; Günay, I, 170

butlan sebebi, sıhhat şartlarına olan riayetsizliği ise fesad olarak değerlendirmiştir[498]. Batıl olan evlenmenin hiçbir hukuki sonuç doğurmadığı kabul edilmektedir. Bu kavram ise Türk hukukundaki Mutlak Butlan ve nispi butlan kavramları ile karışmaktadır. Sonuç olarak da konu tam anlaşılamamaktadır. Çünkü Türk Hukukunda hangi butlan türü olursa olsun ortadan kalkana kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçları doğar. Dolayısıyla İslam hukukundaki butlanı "yokluk" kavramını da içine alan geniş bir kavram olarak değerlendirmek gerekir. Bu önemli nokta Arapça eserlerdeki butlan kavramının Fransızca eserlere inexistant = yokluk olarak tercüme edilmesinde de görülmektedir.

1-Batıl Evlilik

Batıl evlilik rükün veya inikat şartları eksik olan evlilik türüne verilen bir isimdir. Hanefi ekolu dışındaki mezhepler ise tek hükümsüzlük türü olarak batıl evliliği kabul ederler. Burada evlenmenin rüknü olan irade beyanları, tarafların ayrı cinslerden olması hususlarına riayetsizlik de batıl kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak bu tür batıl dar anlamda batıl değil yokluk anlamında batıl olarak ele alınmalıdır[499]. Kural olarak batıl evlilik yok hükmünde ise hiçbir hukuki sonuç doğmaz. Ancak dar anlamda butlan hükmünde ise zifafın gerçekleşip gerçekleşmediğine göre kendisine bazı hukuki sonuçlar yüklenmektedir. Ancak şu husus gözden uzak tutulmamalıdır ki batıl olan evlilikte taraflar ayrılmalı ve bu birliktelik hemen sona erdirilmelidir. Batıl olan bu evlenmenin her hangi bir şekilde sahih evliliğe dönüşmesi mümkün olmadığı gibi devam etmesi de mümkün değildir[500]. Taraflar kendileri ayrılmazlarda mahkeme tarafından ayrılırlar[501]. Batıl evliliğin hukuki sonuçları da üçüncü bölümde ele alınmıştır.

---

498 Bardakoğlu, 477.

499 Günay, I, 176-177.

500 Cin, Evlenme, 149; Aydın, Aile, 30; Aydın, Hukuk Tarihi, 312; Ebu Zehra, 147; Hallaf, 39; Şaban, 135-136; Şelebi, 320.

501 Hallaf, 39.

2- Fasid Evlilik

Evlenme sözleşmesinin sıhhat şartlarından birisinin eksik olması durumunda evlilik fasiddir[502]. Evlenme sırasında şahitlerin olmayışı, süreli evlilik ve sıhhat şartı kabul edenlere göre bir kadın ve onun teyzesi ile aynı anda evli olma gibi[503]. Fasid evlenme de batıl gibi sona erdirilmesi gereken evliliklerdendir. Taraflar ayrılmazlarsa mahkemece ayrılırlar[504]. Fasid evlilik, borçlar hukukundaki fesaddan farklı olarak fesad sebebinin ortadan kalkması ile geçerli hale gelmez. Fasid evliliğin batıl evlilikten ayrıldığı bazı noktalar bulunmaktadır. Bunlar hükümsüzlüğün hukuki sonuçları kısmında ele alınmıştır.

§ 4 TÜRK HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜ

I- GENEL OLARAK

Türk Hukukunda evlenmeye ilişkin şartlar ve bu şartlara uymamanın yaptırımı İslam hukukunda olduğu gibi farklıdır. Evlenmenin gerçekleşmesi için aranan şartlar farklı türlerde gruplandırılmış ve bunlara uymamanın sonuçları da Medeni Kanunda belirtilmiştir. Evlenme ehliyeti, evlenme engellerine riayet etmeme şeklindeki şartlara uymama mutlak butlan, temyiz gücünün geçici olarak kaybı sırasında sözleşmenin yapılması veya aldatma gibi sebeplerle sakat olan evlenme ise nisbi butlan yaptırımına tabi kılınmıştır. Bununla beraber kanunda evlenmenin mutlak butlanına veya nispi butlanına sebep olan haller tahdidi olarak tadat edilmiş (sınırlı sayıda belirtilmiş) ve bunların artırılmasına imkân tanınmamıştır[505]. Bununla beraber genel sözleşme hukukuna ilişkin hükümsüzlük teorileri ise sahip olduğu özel önem sebebiyle evlenme hukukuna doğrudan uygulanamamaktadır[506]. Doktrinde eleştirilmekle birlikte evlenme

---

502 Hallaf, 39; Şaban, 134; Aydın, Hukuk Tarihi, 312; Şelebi, 321; Aydın, Aile, 30.

503 Şaban, 134.

504 Hallaf, 39.

505 Akıntürk, 194; Dural/Öğüz/Gümüş, 82; Oğuzman/Dural, 90-91.

506 Birsen, 231-232.

hukukunda da sözleşmenin yokluğu, mutlak butlan ve nispi butlan şeklinde bir ayırım üzerinden konu incelenmektedir[507].

II- EVLENMENİN YOKLUĞU

Evlenmenin yokluğu kavramı Medeni Kanunumuzda yer almayan ve tamamen doktrin tarafından ortaya çıkarılmış bir kavramdır[508]. Alman hukukçular tarafından ilk defa ele alınan bu kavram Medeni Kanunumuzda evlenmenin hükümsüzlüğüne ilişkin olarak mutlak butlan ve nisbi butlan hallerinin sınırlı olarak sayılmış olması ve bunlardan hiçbirine girmeyen ama daha önemli olan hususların ortaya çıkması ile kabul edilmiştir[509]. Yani bazı durumlar vardır ki kanunda sınırlı sayıda belirlenen (numerus clausus) bu mutlak ve nisbi butlan hallerinin dışında kalmaktadır. Borçlar hukuku alanındaki butlan ve yokluk yaptırımlarının sonucu itibari ile yanı olmasına karşın aile hukuku alanında evlenmenin batıl olması durumunda bile bazı önemli sonuçlar doğurmaktadır. Evlenmenin mutlak butlan veya nisbi butlanla malul olduğu haller sınırlı sayıda belirlendiğine göre [510] bu hallerden hiçbirisine girmeyen ve görünürde bir evlilik olmasına rağmen hukuk batıl bir evlilik bile kabul edilemeyen birliktelikler yapılmaktadır. Bu nedenle yoklu kavramı aile hukukunda özel bir yer işgal etmektedir. Doktrinde yokluk kavramını yanlış, tehlikeli ve tezatlarla dolu bir kavram olarak niteleyen yazarlar olması[511] yanında birçok yazar evlenmenin yokluğundan bahsetmekte yani yokluk durumunu bir hükümsüzlük hali olarak incelenmektedir.[512]

---

507 Velidedeoğlu, 250; Akıntürk, 194.

508 Akıntürk, 194.

509 Dural/Öğüz/Gümüş, 72.

510 Akıntürk, 172; Oğuzman/Dural, 90-91; Zevkliler, 756; Curti/Forrer, 206.

511 Güral, 55 vd.

512 Dural/Öğüz/Gümüş, 72; Akipek, 194; Oğuzman/Dural, 87; Velidedeoğlu, 250; Tekinay, 108; Feyzioğlu, 103; Köprülü/Kaneti, 96, Zevkliler, 749; Hatemi/Serozan, 84; Birsen, 232; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 185 vd.

A) EVLENMENİN YOK SAYILMASINI GEREKTİREN HALLER

1- Evlenmenin Yetkili Memur Önünde Yapılmaması

Evlenme şekle bağlı bir sözleşmedir. MK.m.. 141'e göre evlenme sözleşmesi resmi sıfatı bulunan yetkili bir memur, yani belediye başkanı veya başkanın evlendirme işlerine memur tayin ettiği, vekili yada köy muhtarı tarafından yapılması gerekir. Yetki verilmişse nüfus memuru, köy ve kasabalarda eğitim-öğretim hizmetleri sınıfındaki devlet memur ile yurt dışında başkonsolos ve konsoloslarda evlenme sözleşmesi yapabilirler. Bu kimselerin huzurunda yapılmamış örneğin bir imamın veya papazın ya da hahamın önünde yapılmış bir evlilik hukuken evlilik olarak kabul edilemez ve yok hükmündedir.[513]

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

a) Evlenme Merasimini Yapan Kişinin Resmi Evlendirme Memuru Sıfatını Taşımaması

Geçerli bir evliliğin doğabilmesi için, evlenmenin kanunen evlendirmeye yetkili memur önünde yapılması gerekmektedir. Medeni kanunumuza göre evlendirmeye yetkili resmi memur, belediye kuruluşu olan tüm yerlerde belediye başkanı ya da onun evlenme işleriyle görevlendirdiği memur, belediye kuruluşu olmayan köylerde de muhtardır. (MK. m. 141). Fakat medeni kanunun bu maddesi 1587 sayılı nüfus kanununda değişiklik ve eklemeler yapan 21 Kasım 1984 tarih ve 2080 sayılı kanunla değişikliğe uğramıştır.[514] Bundan sonra da eski evlendirme talimatnamesi yürürlükten kaldırılarak yeni evlenme yönetmeliği yürürlüğe sokulmuştur.[515] Bu yeni düzenlemelere göre evlendirme yetkisi içişleri bakanlığınca nüfus idarelerine, belediye

---

513 Akıntürk, 195; Oğuzman/Dural, 87; Birsen, 232-233; Velidedeoğlu, 250; Feyzioğlu/Doğanay/ Aybay, 186; Hatemi/Serozan, 87 vd; Zevkliler, 753; Hatemi, Aile, 34 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, 77; Öztan, 321.

514 RG. 21.11.1984, s. 18582.

515 RG. 7.11.1985, s. 18921.

başkanlıklarına, köy muhtarlarına ya da gerektiğinde köy ve kasabalarda eğitim ve öğretim sınıfına giren devlet memurlarına (öğretmen ve okul idarecileri) verilebilir. (Nüfus K. 15/II. Evlendirme Yönetmeliği 7)

Bir yerde içişleri bakanlığınca sayılan bu kişilerden hangisi evlendirme işiyle görevlendirilmişse o yerde ancak o kişinin akdedeceği evlenmeler geçerli olur.[516] Bunun dışında başka resmi memurların yapacağı evlilikler de yok hükmündedir[517]. Toplumumuzda önemli bir yer işgal eden imam nikahı ile yapılan evlilikler de, bu evlenmeyi akdeden kişinin yukarıda sayılan resmi memurlardan olmaması sebebi ile yok hükmündedir. Kanunun önemi sebebi ile imam nikahı üzerinde biraz durmak istiyoruz.

b- İmam Nikahı

İslam Hukukunda evlenme sözleşmesi birbirleriyle evlenmelerine hukuk bir engel bulunmayan bir erkek ile bir kadının sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere aralarını birleştiren ve bunun için karşılıklı hak ve görevler belirleyen bağdır.[518]

İslam hukuku kurallarına bakıldığında evlenme sözleşmesinin geçerli olarak kurulabilmesi için bir imam veya dini kimliğe sahip birinin huzurunda yapılmasının gerekli olmadığı görülür. Yine bu sözleşmenin camide de yapılması şart değildir.[519] Esas ve şartlarının dini naslar ve bunlara dayanan içtihatlarla belirlemiş olması, evlenmenin dini bir sözleşme olmasını gerektirmez.[520]

Denilebilir ki İslam hukukuna göre nikah kendi sistemi içerisinde özellikleri olan bir sözleşme olmakla birlikte[521], medeni bir sözleşme yani ibadet hükümleri

---

516 Zevkliler, 753.

517 Öztan, 321; Hatemi/Serozan, 89; Hatemi, Aile, 34-35.

518 Yaman, 33.

519 Karaman, 236; Ayrıca bkz. Köteli, 84-85.

520 Karaman, 236; Velidedeoğlu, 44.

521 Yaman, 35.

dışında kalan ve insanlar arası ilişkilerin konu edildiği muamelat bahsine ait bir sözleşmedir.[522]

Medeni Kanunumuza göre yapılan bir evlenmenin süt akrabalar arası evlenmeler ve sadece iki kadın şahit huzurunda yapılanlar müstesna İslam hukuku bakımından da geçerli olduğu ifade edilmektedir.[523]

Görüldüğü gibi İslam hukuku içerisinde dini nikah yada imam nikahı diye bilinen bir nikah kavramı yoktur[524]. Dolayısı ile dini nikah denince akla kilise de kayılan nikah gelmelidir. Nitekim doktrinde, resmi memur olarak kabul edilebilecek kişiler arasında ülkemizdeki müftülerinde sayılmasında bir sakınca olmadığı ve bunun laiklik ilkesini zedelemeyeceği çünkü müftünün kıydığı nikahın dini değil, medeni bir nikah olacağı ifade edilmektedir.[525]

İmam nikahı, medeni kanunumuzun açık hükümleri karşısında hukuki bir kimliğe erişemeyecek olsa da inkar edilemeyecek bir gerçekliktir.[526] Yapılan araştırmalarda, bazı bölgelerimizde neredeyse yüzde ellilere varan oranda imam nikahı ile birlikteliklerini devam ettiren kişiler bulunmaktadır.[527] Bu vatandaşlarımız çok değişik nedenlerle resmi nikah yapmaktan kaçınmaktadırlar.[528] Bunda imam nikahının geleneksel özelliğinin etkisiyle, toplumun dini nikahı hoşgörüyle karşılaması ve bazı yörelerde imam nikahına, resmi nikaha eşdeğer bir anlam vermesi rol oynamaktadır.[529]

---

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

523 Karaman, 236.

524 Hatemi, Aile, 30.

525 Hatemi/Serozan, 88; Hatemi, Aile, 30..

526 Serozan, 293.

527 Akın, 183.

528 Gotthard, 27.

529 Zevkliler, 754.

c) Evlendirme Memurunun Evlenme Merasimini Yetki Bölgesi Dışında Yapması:

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

Resmi sıfatı olduğu halde, sadece, idari görev alanı dışında akdettiği için memurun kıymış olduğu nikahı "yok hükmünde" kabul etmek, hakkaniyete tarafların menfaatlerine ve ailenin korunması ilkesine aykırı düşmektedir.[530] Bu konuda doktrinde farklı görüşler ileri sürüldüğü gibi farklı Yargıtay kararlarında rastlamak mümkündür. Doktrinde ileri sürülen bir fikre göre eşlerin iyiniyetli olması ve evliliğin evlendirme dairesinde yapılması halinde evlenmeyi geçerli saymak gerekir.[531] Kendi yetki bölgesi dışında nikah merasimi icra eden memura da ayrıca disiplin cezası uygulanmalıdır.[532] Evlenmenin resmi memur olmayan bir kişi huzurunda yapılması veya resmi memur olmasına rağmen yetki bölgesi dışında nikah merasimini icra etmesi durumunda sonucun ne olacağı konusunda ileri sürülen değer bir fikre göre ise evlendirme memuru görevini yapan kişi evlenmesi tescil etmişse, evlenme geçerlidir. Tescil işlemi yapılmamışsa evlenme yok hükmündedir.[533]

---

530 Zevkliler, 754; Hatemi, Aile, 36.

531 Oğuzman/Dural, 87; Akıntürk, 173; Tekinay, 110; Feyzioğlu, 106; Köprülü/Kaneti, 95; Zevkliler bu durumda iyi niyetin aranmasının gerekliliğini, iyi niyetin varlığının zaten asıl olması sebebi ile kötü niyetli olmama şeklinde anlamaktadır. Bkz. 754-755.

532 Zevkliler, 754.

533 Hatemi/Serozan, 55; Hatemi, Aile, 36; Tekinay, Aile, 110.

Yargıtay kararlarına bakıldığında da bu konu hakkında bir görüş birliği yoktur. Bazı kararlarda eşlerin iyi niyetine bakmaksızın memurun idari görev alanı iyi niyetine bakmaksızın memurun idari görev alanı dışında yapılan evlenmeleri yok saymıştır.[534]

Bu kararlardan sonra çıkan daha yeni tarihli kararlarında ise aksi görüş savunulmuş ve eşlerin iyiniyetli olmaları durumunda yapılan evlenmeyi geçerli saymıştır[535].

Yargıtay tarafından savunulan bu iki zıt görüş karşısında Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu ikinci görüşü benimsemiş ve memurun idari görev alanı dışında icra edilen evlenmelerin, eşlerin iyi niyetli olmaları ve geçerli bir evlilik kurulduğu kanaatiyle hareket etmeleri durumunda geçerli sayılacağı sonucuna varmıştır[536].

Kaldı ki hiç kimse bile bile, yok sayılacak evlenmeyi yapmaya, özellikle resmi memur önünde yapmaya yanaşmaz. Çoğu zaman resmi memurun ihmali sonucu doğacak sakıncanın cezasını evlenecek vatandaşlar çekmemelidir[537].

Burada belirtilmesi gereken bir husus da deniz yolculuklarında kaptanların evlendirme yetkisine sahip oldukları şeklindeki yanlış inanıştır. Bu kişilere evlendirme

---

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

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

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

536 Y.İ.B.K. 13.12.1985, E.85/4 K. 85/9.Yargıtay'ın bu kararının köy muhtarları ile ilgili olmasına rağmen belediye başkanları ve vekilleri için de uygulanması gerektiği belirtilmektedir Hatemi, Aile, 36.

537 Zevkliler,755; Tekinay, 110-111; Feyzioğlu, 106-110.

yetkisi veren herhangi bir hukuk kuralı bulunmamaktadır. Bu sebeple gemi kaptanlarının kıydıkları nikah da yok hükmündedir[538].

2- Tarafların Cinsiyetlerinin Aynı Olması

Evlenen kişilerin cinsiyetlerinin farklı olması, evlilik birliğinin tabii ve ahlaki fonksiyonlarının zorunlu bir sonucudur[539]. Sadece farklı cinsiyetteki kimselerin evlenmeleri mümkün ve caizdir. Bu nedenle, iki erkek veya iki kadının birbiriyle evlenmeyi istemeleri, evlendirme memuru tarafından kabul edilemez.[540] Ancak her nasılsa böyle bir talep evlendirme memuru tarafından kabul edilmişse ve cinsiyetleri aynı olan iki kişinin evlenme merasimi şeklen yapılmış olsa bile bu sözleşme yok sayılır[541].

a) Tarafların Cinsiyetlerinin Sözleşme Anında Aynı Olması

MK.m.. 97 "Birbirleriyle evlenecek erkek ve kadından" söz etmektedir. Müteakip maddelerde de erkek ve kadının evlenmesinden ve bu evlilik için yapmaları gereken işlemlerden söz edilmektedir. Evlenmenin amacı ve mahiyeti ile medeni kanundaki düzenlemelerden çıkan dolaylı anlam evlenmenin karşıt iki cins arasında yapılacağını ortaya koymaktadır[542]. Ayrıca MK.m. 134'de "birbirleriyle evlenecek erkek ve kadın" ifadelerine yer verilmektedir. Bu da Medeni Kanunun evlenmeyi erkek ve kadın cinsine sahip iki taraf arasında düzenlemiş olduğunu göstermektedir[543].

Bu sebeple aynı cinsten iki kişinin birleşmesiyle evlilik kurulmuş olmaz. Bu kişiler kanunda belirtilen tüm şartları yerine getirseler ve hatta resmi memur da bu

---

538 Hatemi, Aile, 37.

539 Feyzioğlu, 104.

540 Feyzioğlu, 104.

541 Velidedeoğlu, 250; Akıntürk, 172; Oğuzman/Dural, 88; Hatemi, Aile, 32; Dural/Öğüz/Gümüş, 72 vd; Öztan, 321.

542 Zevkliler, 750.

543 Hatemi, Aile, 32.

evlenmeyi akdetse, yine bir evlenme meydana gelmiş olmaz. Bu durumda hukukumuza göre ortada bir evlenme yoktur[544].

Böyle bir durumda evlenmenin yokluğu için bir dava açmaya gerek yoktur[545]. Tarafların yanı cinsten olduğu bir evlenme akdi yapılmışsa ve daha sonra taraflardan biri cinsiyetini değiştirse ve karşı cinsten olma şartı gerçekleşse bile yok hükmünde olan bir evliliğin sonradan geçerli hale gelmesi mümkün değildir.[546]

b- Taraflardan Birinin Cinsiyetini Sonradan Değiştirmesi

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

Bu durum doktrinde MK.m. 29'un 3444 Sayılı Kanunla değiştirilmesinden önce tartışılmıştı. Bu konuda ileri sürülen görüşe göre başlangıçta geçerli olarak kurulmuş olan bir evlenmenin, taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda yok sayılamayacağı şeklindedir[547]. Ancak evliliğin bu şekilde devamı da uygun bulunmamış ve ortaya çıkan durumun hangi açıdan çözülebileceği tartışılmıştır.

Bu durum için getirilen çözüm önerilerinden birisi şu şekildeydi[548]: Sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olmadığı ve sonradan gerçekleştiği için vasıf hatası sebebi ile evliliğin feshi istenemez. Evliliğin mutlak butlanı sebepleri arasında sayılmaması sebebiyle de bu imkanlardan yararlanılamaz, yine şiddetli geçimsizlik yada haysiyetsizlik gibi bir boşanma sebebine de dayanmak mümkün değildir. Bu durumda evliliğin sona erdiğini kabul etmek ve bu durumun bir tespit davası ile belirlenebileceği

---

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

545 Öztan, 320.

546 Akıntürk, 172; Hatemi/Serozan, 97; Öztan, 320.

547 Feyzioğlu, 104.

548 Feyzioğlu, 104-105.

ileri sürülmektedir. Ayrıca savcı da evlilik kayıtlarını iptal edilmesi için dava açabilmelidir

Bazı yazarlar[549] da evliliğin cinsiyet değişikliğine kadar olan bölümünün geçerli olarak kabul edilmesi gerektiğini ve cinsiyet değişikliğinden itibaren ileriye yönelik olarak (ex nunc) yoklukla malul olacağını ileri sürmüşlerdi. Ancak bu görüş, yokluğun anlam ve özellikleri ile bağdaşmaması sebebiyle eleştirilmiştir. Gerçekten de yokluk bir hukuki işlemin kuruluşu safhasında ve kurucu unsurlarındaki eksikliklerden kaynaklanır. İşlem bir kere meydana gelmiş ise artık (ex nunc) ileriye yönelik olarak yokluktan değil, ex nunc etkili fesihten bahsedilir. Aksi halde ex nunc etkili yokluk anlayışı yokluk kavramı ile çelişir.[550] Yine bu dönemde bazı yazarlar[551] yokluk tabirini kullanmamakla birlikte cinsiyet değişikliği anında evliliğin de sona ereceğini ifade etmişlerdir.

Nitekim 3444 sayılı kanunla[552] MK.m. 29'a eklenen fıkrada, doğumdan sonra cinsiyet değiştiren kimse evli ise cinsiyet değişikliğinin nüfus kaydına işlenmesi yolundaki mahkeme kararının kesinleşmesi ile, evliliğinde kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmiştir. Ancak bu düzenleme birkaç açıdan eleştirilmiştir.

Öncelikle bu düzenlemenin MK.m.. 29'a değil ahvali şahsiye sicillerinin ancak hakim kararı ile düzeltilebileceğini düzenleyen m. 38'e eklenmesi gerektiği ifade edilmektedir.[553]

Yine madde metnindeki "doğumdan sonraki" ibaresinin ne amaçla konulduğu da anlaşılamamaktadır[554]. Bu ifade cinsiyet değiştirme işleminin sanki doğumdan önce de yapılabileceği intibaını uyandırmaktadır. Kanun koyucunun bu ifadeyi fizyolojik

---

549 Öztan, 179 dn 1

550 Güven, 52 dn.28.

551 Köprülü/Kaneti, 65.

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

553 RG 12.5.1988 s. 19812

554 Hatemi/Serozan, 98.

olarak doğum ile kazandığı cinsiyetinde sonradan değişiklik meydana gelen transseksüelin hukuki durumunu konu etmek istediği şeklinde yorumlamak gerekir.[555]

Ayrıca eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi halinde evlilikten beklenen amacında ortadan kalktığı ifade edilmekle beraber bu durumda evliliğinde kendiliğinden sona ermesinin kabul edilemeyeceği ve bunun medeni kanunun sistemine aykırı olduğu ifade edilmektedir. Bu nedenle evliliğin cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihte kendiliğinden sona ermiş sayılmasının yerine, evliliğin feshedilmesi yolunda bir düzenlemenin getirilmesinin daha isabetli olacağı belirtilmektedir. Bu görüşte olanlar cinsiyet değişikliği için verilen mahkeme kararının yanında, evliliğin sona ermesine ilişkin ayrı bir kararında verilmesi yolunda düzenleme istemektedirler.[556]

Buna karşın diğer bir görüş savunulmuş[557] ve cinsiyet değişikliğine ilişkin verilen mahkeme kararının da evliliğin sona ermesi için yeterli nitelikte "mahkeme kararı" olduğu usul ekonomisi de gözetilerek, ayrıca evliliğin sona erdirilmesi için yeni bir karara daha gerek olmadığı ifade edilmiştir.

Bir görüşe[558] göre de evlilik, cinsiyet değişikliği ile birlikte kendiliğinden sona ermektedir. Bu bakımdan mahkemenin cinsiyet değişikliği hakkındaki kararının evliliğe etkisi maddi açıdan kurucu değil belirleyici niteliktedir.

Bu konudaki tartışmaların sona ermesi açısından cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının verilmesi sırasında, hakkında karar verilen kişi evli ise evliliğin de sona erdiği yönünde bir karar daha verilmesi yolunda Medeni Kanunun sistemi açısından daha uygun bir düzenlemenin getirilmesi tavsiye edilmekteydi[559].

Yeni Medeni Kanunda cinsiyet değişikliğine ilişkin hüküm 40. maddede düzenlemiştir. Bu maddeye göre cinsiyet değiştirmek isteyen kişi 18 yaşını doldurmuş

---

555 Güven, 58 dn. 49.

556 Zevkliler, 751.

557 Güven, 68-69.

558 Köprülü/Kaneti, 65.; Feyzioğlu, Aile, 106; Aksi görüşte, Güven, 69.

olmalı ve evli bulunmamalıdır. Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılması önlenmek amacıyla öncelikle cinsiyet değiştirme talebinde bulunan kişinin evli olmaması öngörülmesi, Bu şart, kişinin bir yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan da evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin yada çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur[560] .

Kanunun cinsiyet değişikliği için evli olmamanın yanında on sekiz yaşını doldurmayı, transseksüel yapıda olup cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu olmasını, üreme yeteneğinden sürekli bir şekilde yoksun olmayı ve hem ruh hem de beden yapısındaki bu durumun doktor raporu ile belgelendirilmesini istemektedir. Ancak kanun evli olmamayı aramakla birlikte evli olan kişiler fiilen cinsiyetlerini değiştirmiş olabilirler. Bunun sonucunda buna nasıl bir çözüm getirilmelidir sorusu ile karşılaşılmaktadır. İsviçre'de taraflardan birisinin cinsiyetini sonradan değiştirmesi halinde tarafların buna razı olması durumunda evliliğin devam edeceği şeklinde akıl almaz bir karar verilmiştir. Doktrinde de bunu destekleyen yazarlar bulunmaktadır. Türk Hukuku açısından ise mutlak butlan sebeplerinin sınırlı sayıda olması ve aralarında cinsiyet değişikliği bulunmadığı için bu yola gidilemeyeceği açıktır. En kolay ve olması gerekene yakın çözüm cinsiyetin sonradan değiştirilmesi durumunda cinsiyet değişikliği ile birlikte başkaca bir karara gereke kalmadan evliliğin de kendiliğinden sona erdiğinin kabulüdür[561]. Tarafların birlikteliklerine devam etmek istemeleri durumunda ise savcılık aracılığı ile buna son verilmeli ve evliliğe ilişkin kayıtların iptal ettirilmesi gerektiği de ileri sürülmektedir[562].

3- Tarafların İradelerini Açıklamamış olması

Evlenecek nişanlıların karşıt cinslerden olmaları ve resmi memurun evlenmeyi akdetmesi tarafların evlenmiş olmaları için yeterli değildir. Her sözleşme gibi evlenme sözleşmesinde de taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını resmi memur

---

559 Zevkliler, 751.

560 Bkz MK.m. 40 gerekçesi.

561 Dural/Öğüz/Gümüş, 77; Feyzioğlu, Aile, 106.

562 Feyzioğlu, Aile, 106.

önünde açıklamış olmalıdırlar. (MK.m. 109) Her iki tarafın da iradelerini açıklamış olması ve bu iradelerin birbirine uygun olması gerekir. Yani her iki eş de resmi memur önünde nişanlısı ile evlenmeyi kabul edip etmediğine ilişkin soruya olumlu olarak cevap vermelidir. Eşlerden birisi evlenmeyi istediğini bildirir, buna karşın diğer eş herhangi bir açıklamada bulunmamış yada evlenmek istemediğini açıklamasa bu durumda taraflar arasında kurulmuş bir evlenme yoktur.[563]

Nişanlıların evlenme defterini imzalamış olmaları evliliğin kurulması için yeterli değildir, daha önce taraflar mutlaka sözlü olarak iradelerini açıklamış olmaları gerekir.[564]

Taraflar, evlenme konusundaki iradelerini bir arada, birbiri ardından ve aynı anda açıklamaları gerekir.[565] Taraflardan birisi iradesini açıklar, araya bir zaman fasılası girer ve ondan sonra diğeri açıklarsa evlilik doğmaz.[566] Doktrinde ifade edildiğine [567] taraflardan birisi evlenme için iradesini beyan etmiş ve diğer taraf da tam "evet" diyecekken bayılmış, bir müddet geçtikten sonra toparlanıp "evet" demişse evlenmenin yine muteber olacağı ifade edilmektedir.

İradelerin birbirine uygun olmasından kasıt iradelerin sakatlanmamış olması demek değildi.[568] Tarafların evlenme yönünde iradeleri mevcutsa ama sakatlanmışsa ortada kurulmuş bir evlenme vardır ancak nisbi butlanla sakatlanmıştır.[569]

---

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

564 Zevkliler, 752.

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

566 Zevkliler; 752.

567 Oğuzman / Dural, 88.

568 Feyzioğlu, 110-111.

569 Bkz. Akıntürk, 182 vd.

a- Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması veya İradesini Açıklamadan Ölmesi

aa) Taraflardan Birisinin İradesini Açıklamaktan Kaçınması.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi taraflar karşılıklı ve birbirine uygun irade buyanlarını resmi memur önünde açıklamalıdırlar. Taraflardan birisi bu konudaki iradesini açıklamazsa veya açıklamaktan kaçınırsa ortada kurulmuş bir evlenme yoktur.[570]

Sadece taraflardan birisinin evlenmeyi kabul ediyorum demesi yeterli değildir. Her ikisi tarafında olumlu olarak beyanda bulunmaları gerekir. Bir tarafın kabul etmiyorum, hayır asla gibi olumsuz cevaplar vermesi durumunda evlenme kurulmuş değildir.[571]

Yine memur önüne taraflardan sadece biri gelmiş ve diğer taraf gelmemişse, beyanını daha sonra yapmışsa yada hiç beyanda bulunmayıp sadece önüne sonradan getirilen defteri imzalamamışsa ortada yine kurulmuş bir evlilik yoktur.[572] Tarafların defterleri imzalamaları doktrindeki baskın görüşe[573]göre evliliğin geçerlilik şartı değildir. Yargıtay[574] da verdiği kararlarda bu görüşe katılmaktadır.

Çünkü evlilik, tarafların iradelerini beyan etmeleriyle kurulmuş olur. Ancak nikah defterinde tarafların imzasının bulunmaması evliliğin ispatını güçleştirir. İspat edilemeyen evlilik ise geçerli bir şekilde kurulmuş olsa bile hiçbir sonuç doğurmaz.[575]

---

570 Akıntürk, 174; Hatemi/Serozan, 75.

571 Hatemi/Serozan, 75.

572 Akıncı, 51-52.

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

574 Y2HD. 4.6.1986. E 5498/K5784. "... Usulüne uygun olarak gerçekleşmiş olan evlilik nüfusa tescil edilmeden de hukuki sonuç doğurur.(YKD. 1987. S. 3 s. 383).

575 Planiol, 1074.

bb) Tarafların Birisinin İradesini Açıklamadan Önce Ölmesi

Taraflardan birisinin resmi memur önünde iradesini açıklamasından sonra diğer eş iradesini açıklayacağı sırada ölse evlenme yine kurulmuş değildir. Ölen kişinin evlenmek üzere orada bulunması, yakınları ve hatta memur tarafından evlenmek istediği yönündeki iradesi mevcut olduğu bulunsa dahi henüz iradesini açıklamadan ölmüş olduğu için evlenme kurulmamıştır, yoktur. Nitekim bu husus bir Yargıtay[576] kararında dda açıkça ifade edilmiştir.

b- Tarafların iradelerini Temsilcileri Aracılığı ile Açıklamış Olmaları

Evlenme sözleşmesinin yapılması bir "kişilik işlemi hakkı"nın kullanılması sayılmaktadır. Böyle olunca da evlenme konusundaki irade beyanının evlendirme memuru önünde açıklaması gereği, bir kanunu mümessil veya iradi mümessil aracılığı ile bu gereğin yerine getirilmesine elverişli değildir. Kişilik işlemi hakkının kullanılması bir usuli işlem gerektiriyorsa; bu usuli işlem için hakim önünde "temsil" mümkündür. Ancak bu temsilin de kural olarak irade temsil olması "kanuni temsil" olmaması gerekir. Boşanma davasının açılması, manevi tazminat talebinin dava yolu ile ileri sürülebilmesi için bir avukata temsil yetkisinin verilmesi bu kapsamdadır. [577]

Usuli işlem değil de maddi hukuk işlemi yapılması söz konusu ise, bu işlemin yapılması da bir kişilik işlemi hakkının (kişiye sıkıca bağlı hak, münhasıran şahsa bağlı hak) kullanılması niteliğinde görünüyorsa bu işlemin yapılmasında "iradi temsil" cevaz verilmez.Ancak nişanlanmada olduğu gibi bir beyan nakli söz konusu olabilir. Yani "beyan" da temsil olabilir. İradede temsil söz konusu değildir. Bir hukuki sonuç doğurmaya yönelen bir irade beyanı o beyanın sahibinden sadır olmalıdır. Ondan sadır olduktan sonra vasıta kullanılmasına - sadece nişanlanmada- cevaz verilebilir. Kişilik

---

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

577 Hatemi / Serozan, 76.

işlemi niteliğindeki muamele şekle bağlı ise aracı da kullanılamaz. Nitekim ölüme bağlı tasarruf yapma[578] ve evlenme işlemlerinde aracı kullanmaya cevaz verilmez.[579].

Dolayısı ile temsili vasıtası ile evlenme iradesi açıklanmışsa bu durumda da geçerli olarak kurulmuş bir evlenme sözleşmesi yoktur.[580]

Özellikle köylerde muhtarın huzurunda yapılan nikah sözleşmelerinde, Eski Hukuk geleneğinin etkisinde kalınarak, sadece müracaat işlemi değil kadın nişanlısının irade açıklaması da kanuni temsilcisi tarafından gerçekleştirilmektedir. Bu durumda böyle bir evlenme sözleşmesi meydana gelmemiş demektir.[581]

Eski hukukumuzun evlenme sözleşmesinde bile temsile cevaz vermesinin[582] etkisiyle özellikle köylerde bu alışkanlık devam edegelmiş ve köylülerin resmi nikahı bir formaliteden ibaret görmeleri ve muhtarların da resmi nikah kıyma işini benimsememiş olmaları sebebiyle de giderek büyümüştür.[583]

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

B) DEVLETLER ÖZEL HUKUK AÇISINDAN EVLENMENİN YOKLUĞU

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

---

578 Oğuzman, 97.

579 Hatemi/Serozan, 77.

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

581 Hatemi/Serozan, 79.

582 Karaman, 265.

583 Akıncı, 51.

1- Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmenin Şekil Bakımından Değerlendirilmesi

a) Medeni Evlenmeler Açısından

Türk medeni kanunu medeni evlenme şeklini kabul ettiği için, milli hukukları aynı evlenme şeklini öngören yabancıların Türkiye'de evlenmeleri, ya da Türk vatandaşlarının medeni evlenmeyi kabul eden ülkelerde evlenmeleri halinde bir sorun çıkmaz.[584] Dolayısı ile bir Türk ile bir yabancının medeni evlenme şeklini benimsemiş bir ülkede o ülke hukukuna göre evlenmeleri durumunda, Türk hukuku bakımından da geçerli olarak kurulmuş bir evlenme vardır.

b) Dini Evlenmeler Açısından

Evlenmenin şekline, evlenme işleminin yapıldığı yer hukukunun uygulanması genellikle kabul edilen bir görüştür. Nitekim MÖHUK m. 12/I'de "Evlenmenin şekli yapıldığı yer hukukuna tabidir." denilerek milletlerarası özel hukuk doktrininde üzerinde ittifak edilen kural kanun metninde de aynen yerini bulmuştur. Türk Medeni Kanununun medeni evlenmeye ilişkin hükümleri Türkiye'de evlenen yabancılara dorudan doğruya uygulanır. Bu nedenle yabancılar Türkiye'de ancak resmi şekilde evlenebilirler.[585] Evlenmenin şekline uygulanacak esas kural locus regit actumdur. Bu nedenle dini evlenmenin geçerli olduğu bir ülkede iki Türk vatandaşı bu usule göre evlenirlerse, evlenme Türk hukuku açısından da geçerli olarak kabul edilir.[586]

Buna karşın Türkiye'de bulunan yabancıların kendi milli hukukları uygun olsa bile yaptıkları dini evlenmeler Türk hukuku açısından geçersizdir yok hükmündedir.[587]

Bir ülkede hem dini nikahın hem de medeni nikahın yapılması mümkün ise, Türk vatandaşları ister dini nikahla isterlerse medeni nikahla evlenebilirler. Çünkü evlilikleri, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna göre geçerlidir.[588]

---

584 Sayman, 137.

585 Sayman, 138.

586 Tekinalp, 127; Sayman, 138.

587 Nomer, 215-216; Tekinalp, 129.

Yurt dışında evlenmenin yapıldığı ülke hukukuna göre akdedilen dini evlenmelerin geçerli olabilmesi için bu hukukun öngördüğü dini şekle uyulmuş olması gereklidir. Eğer bu hukuk dini evlenmenin geçerli olabilmesi için nüfus kütüğüne kayıt ya da resmi bir kamu görevlisinin evlenme anında hazır bulunması gibi ek formaliteler öngörmüşse bu formalitelerde yerine getirilmelidir.[589]

c) Rızai Evlenme Şekli

Mukayeseli hukukta hiçbir resmi yala dini makam, kişi katılmaksızın, hızı dair merasime gerek duyulmaksızın müstakbel eşlerin evlenme iradelerini karşılıklı beyan etmeleri ile gerçekleşen evlenme şekillerine rastlanmaktadır. İslam hukukunda evlenme akdi bir nitelik tarafların iki şahit önünde evlenme iradelerini beyan etmeleriyle evlenme geçerli olarak doğmaktadır. Şahitlerin varlığı da "evlenmenin aleniyeti ve üçüncü kişilerin bilgisine sunulması amacını" gütmektedir.[590] Bu açıdan İslam Hukukunun evlenmeyi düzenleyen hükümleri rızai evlenme şekline girmektedir.

Bu tür uygulamalara Amerikanın bazı eyaletlerinde de rastlanmaktadır.

Burada karşılaşılacak olar sorun, böyle bir evlenmenin geçerli olduğu bir ülkede, iki Türk vatandaşının bu şekilde evlenmelerinin Türk hukuku açısından geçerli olarak kabul edilmesine kamu düzeni müdahalesi ile engel olunup olunamayacağıdır. Bir görüşe [591] göre Türkiye'de evlenme akdi resmi memur önünde yapılır ve bu kural Anayasanın 153/4 maddesi ile anayasaya aykırı olarak kabul edilemez.

Ayrıca, yurt dışındaki Türklerin, bulundukları ülkede kabul edilen dini nikahla evlenmelerinin Türkiye'de de kabul edilmesi, bu nikahların dini olmasının yanında yetkili resmi makam yada kişi huzurunda yapılmış olmaları sebebiyledir. Bu nedenle hiçbir resmi makam yada kişinin iştiraki olmaksızın yapılan nikahlar Türk kamu düzenine aykırı olarak kabul edilmeli ve geçerli sayılmamalıdır. Hemen belirtmek gerik

---

588 Nomer, 217.

589 Sayman, 140.

590 Sayman, 141.

591 Göğer, 172; Güral, Kanun İhtilafları, 166-167.

ki kamu düzeninin müdahalesine gerekçe olarak "ahlaka aykırılık" gösterilmemekte. Türk Anayasasınca da kabul edilen resmi medeni nikahın gerekliliği ileri sürülmektedir.

Bu görüşe karşın, evlenmenin şeklini, evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tabi tutar. MÖHUK ve mukayeseli devletler özel hukuku kurallarına göre, Türk vatandaşlarının hiçbir şekil şartı gerektirmeyen ve tarafların karşılıklı rızalarıyla evlenmelerini kabul eden ülkelerde geçerli olarak evlenebilecekleri ileri sürülmektedir.[592]

2- Yabancı Ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların Cinsiyetleri Açısından Değerlendirilmesi

Eşlerin ayrı cinslerden olmaları evlenmenin kurum unsurlarındandır. Tüm Hukuk sistemlerinde, açık bir yasa hükmüyle belirtilmemekle birlikte, evlilik kurumunun mahiyetinin doğal bir sonucu olarak evlilikten söz edilebilmesi için Tarafların ayır cinsiyetten olmaları gerekir. Nitekim bu unsurun yokluğunun Türk hukuku açısından evliliğin de yokluğu sonucunu doğuracağını yukarıda inceledik.[593].

Bazı ülkelerde aynı cinsiyetten kişilerin evlenebilmesine imkan tanıma eğilimi güçlenmektedir. Bu nedenle yabancı ülkede aynı cinsten iki kişinin evlenmiş olmasının Türk hukuku açısından nasıl değerlendirilmesi gerektiği incelenmelidir.

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

Bu şekilde yabancı bir ülkede yapılmış olan evlilik kamu düzeni müdahalesi ile karşılaşır ve Hukukumuz açısından geçerli olarak kabul edilmez.[594]

Çünkü, eşcinsler arası evlenmeye imkan sağlayan ve böyle bir evlenmeyi geçerli sayan yabancı hukuk hükümleri, hem sosyolojik fonksiyonu, hem de Türk hukuk

---

592 Bkz. Yukarıda D, II, 1.

593 Sayman, 100.

594 Sayman, 100.

sistemindeki bu fonksiyona uygun yasal çerçevesiyle "kurum olarak evlenme" anlayışına ve bu günkü ahlak anlayışına ters düştüğü için kamu düzenimize aykırıdır[595].

Buna karşın evliliğin meydana gelmesinden sonra taraflardan birinin cinsiyetini değiştirmesi sebebiyle ayrı cinsiyetten olma durumu sona ererse, evliliğin devam etmesine kamu düzeni açısından bir engel olmadığı ifade edilmektedir[596].

3- Yabancı ülkede Yapılan Evlenmelerin Tarafların İrade Beyanları Açısından Değerlendirilmesi

a) Ölümden Sonra Evlenme

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

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

Bazı yabancı ülke hukuklarında ve özellikle Fransa'da Fransız Medeni Kanununun 171. Maddesinin 1959 yılında değiştirilmesinden sonra bazı hallerde, nişanlılardan birisinin ölümünden sonra evlenme yapılabilir. Aranılan şartlar, nişanlıların tüm resmi evlenme işlemlerini tamamlayarak evlenme iradelerini kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirtmiş olmaları ve evlenmenin nişanlılardan birinin ölmesine rağmen yapılmasını gerektiren çok önemli bir sebebin varlığıdır.[597] Bu durumda Devlet Başkanını izniyle evlenme merasimi yapılabilir.

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

---

595 Sayman, 102.

596 Sayman, 27.

597 Sayman- 27-29.

Doktrinde bu şekilde yapılan bir evliliğin her durumda kamu düzenine aykırı düşmeyeceği ve doğurduğu sonuçların incelenerek bu sonuçların kamu düzenine aykırı olması durumunda kabul edilmemesi aksi takdirde evliliğin geçerli olduğunun kabul edilebileceği ifade edilmektedir. Özellikle bir çocuğun nesebinin düzeltilmesi açısından bu sonuç savunulmaktadır.[598]

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

Ancak bu ölümden sonra yapılan evlenmelerin gerçek bir evlilik olmadığı ve MK.m. 249' daki gibi çocuğun nesebinin tashihi açısından bazı hukuki sonuçlar doğurabileceği de kabul edilmektedir.[599]

b) Tarafların İradelerini Temsil Yoluyla Açıklamaları

Türk Hukuku açısından evlenecek kişilerin iradelerini açıklamaları kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak görüldüğünden temsilci vasıtasıyla açıklanması mümkün değildir.[600]

Bir görüşe[601] göre evlilik için kişinin iradesini bizzat kendisinin açıklaması kişiye sıkı surette bağlı bir hak olarak kabul edilmesi sebebiyle, yurt dışında Türk vatandaşlarının medeni yada dini nikah yaptırması durumunda bile iradelerini temsil veya vekalet yoluyla açıklayamayacaklardır. Böyle bir evlilik o ülke hukukuna göre geçerli olsa bile Türk hukukuna göre geçerli olarak kabul edilmemelidir.

---

598 Nomer, 219.

599 Hatemi /Serozan, 76-77.

600 Sayman, 163.

601 Sayman, 88.

Diğer bir görüşe[602] göre, irade beyanının vekil veya temsilci vasıtasıyla açıklaması şekle ilişkin kabul edilirse evlenmenin yapıldığı yer hukukuna tabi olmalı, maddi şartlardan kabul edilirse, kişisel statüye tabi tutulmalı ve Türk vatandaşları için mümkün görülmemelidir.

Kanaatimizce irade beyanının temsil veya vekalet yoluyla kullanılmasını ikiye ayırarak incelemek daha uygun olacaktır. Evlenecek olan kişi evlenmek için iradesini beyan etmiş ise bu beyanın nakledilmesi hususundaki temsili şekle ilişkin kabul etmek ve bu şekilde yapılmış olan bir evliliği Türk hukuku açısından da geçerli saymak uygun olur. Yani sadece beyanda temsil durumu varsa Türk hukukunda nişanlanma için kabul edilen[603] bu temsil durumunu yabancı ülkede yapılan evlenmeler için de kabul etmek mümkün olmalıdır. Ancak iradenin beyan edilmesi ve hatta evlenilecek kişinin dahi başka birisine bırakılmış olması durumunda bu hali evlenmenin maddi şartlarından saymak[604] ve kişisel statüye tabi tutarak evlenmeyi Türk hukuku açısından geçersiz saymak yerinde olur.

III. EVLENMENİN BUTLANI

A) GENEL OLARAK

Evlilik birliği, eşlerden birinin ölümü, hakkında gaiplik kararı alınan kişinin eşinin evlilik birliğinin sona erdirilmesi talebi üzerine verilecek fesih kararı, evliliğin butlanı, iptali veya boşanma kararı ile sona erer. [605]

Eşler yaşadıkları sürece, evlilik birliği ancak bir mahkeme kararı ile sona erdirilebilir. Eşlerden birinin veya her ikisinin müşterek kararı ile evlilik kendiliğinden sona ermez[606].

---

602 Nomer, 219.

603 Hatemi/Serozan,77

604 Bkz. Nomer,219.

605 Öztan, 319; Oğuzman/Dural, 90; Akıntürk, 198; .

606 Velidedeoğlu, 250;

Evliliğin sona erme nedenlerinden biri, evlenmenin butlanıdır. Evlenmenin butlanı, kurulmuş bir evliliğin hakim kararı ile iptal edilmesi demektir.[607] Yani evlenmenin butlanı dendiğinde, şeklen meydana gelmiş olan bir evliliğin sonradan ortadan kaldırılmasını gerektiren bazı eksikliklerin bulunduğu ifade edilmektedir. Bu durumda evlilik ilişkisi mevcuttur. Fakat kanunun taraflarda yada tarafların iradelerinde aradığı niteliklerden bazıları gerçekleşmemiştir. Butlanla sakatlanmış olan evlenmeler, hakim hükmüyle iptal edinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğururlar. (MK md. 156)

Evlenmenin butlanı, Borçlar kanunundaki akitlerin butlanına ait hükümlerden ayrılır. Borçlar Kanunda düzenlenen ve borç akitlerine ait butlan, herhangi bir hakim kararına ihtiyaç olmadan hukuki muamelenin yapıldığı andan itibaren kendiliğinden hükümsüz olmasını ifade eder[608]. Bu durum da gerekirse bir uyuşmazlık halinde hakimden sözleşmenin batıl olduğunun tespiti istenebilir veya hakim herhangi bir davada, dava dosyasındaki bilgilerden dava konusu sözleşmenin batıl olduğunu anlarsa hiçbir iddia olmasa dahi bu durumu re'sen nazara alır[609].

Evlenmenin butlanı tamamen farklı esaslara tabidir. Evlenme bir butlan sebebinin bulunmasına rağmen, mahkemeden bir butlan kararı alınıncaya kadar, geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur. (MK md. 156) Yani butlanla sakat bir evlilik ancak hakim kararıyla ortadan kalkar ve bu durumun sonuçları ileriye yöneliktir. Kararın geriye etkisi yoktur[610].

Ayrıca evlenmenin butlanında hakimin, evlenmenin butlanına karar verebilmesi için bu hususta dava açma hakkına sahip olanlar tarafından, butlan davasının açılmış olması şarttır. Hakim başka bir davada (örneğin: boşanma davasında) evliliğin butlanını gerektiren bir sebebe rastlarsa, bu durumu re'sen nazara alıp butlan kararı veremez. Ancak butlan davası açma hakkı olanlar tarafından açılan davada butlan kararı verebilir.

---

607 Oğuzman/Dural, 90; Dural/Öğüz/Gümüş, 80.

608 Oğuzman / Dural, 90.

609 Dural/Öğüz/Gümüş, 81; Oğuzman/Dural, 90.

Borçlar Kanunda, butlan sebepleri genel olarak ifade edilmiştir (BK md. 20)[611] Evlenmenin butlanı sebepleri ise kanunda ayrı ayrı gösterilmiştir ve bu sebepler tahdididir (sınırlı sayıdadır)[612]. Yani ancak kanunda sayılan sebeplerden birinin varlığı evlenmenin butlanına yol açar. Bunun dışındaki sebepler evlenmenin butlanına yol açmaz. Örneğin; kadının bekleme süresine uymadan evlenmiş olması, tanığın ergin olmaması gibi sebepler evlenmenin butlanına sebep olmaz[613].

B) MUTLAK BUTLAN – NİSBİ BUTLAN AYRIMI

Medeni kanunumuz evlenmenin butlanını "Mutlak butlan" ve "nisbi butlan" olmak üzere ayrı ayrı düzenlemiştir. Kanun koyucunun kamu düzeninin korunması amacıyla koyduğu evlenme şartlarından biri veya birkaçı gerçekleşmemiş ise (MK md. 145) yapılan evlilik mutlak butlanla sakattır. Fakat evlenme sözleşmesi yapılırken aranan şartlardan bazılarının eksikliği kamu düzenini etkileyecek mahiyetle olmamakla birlikte eşlerden birinin menfaatini zedeleyecek mahiyette olabilir. Bu durum da evlilik nisbi butlanla sakattır.[614]

Mutlak butlanla nisbi butlan arasında, dava sebepleri, dava süresi, dava hakkı, ortadan kaldırılması bakımından önemli farklar vardır. Fakat her iki butlanında doğurduğu sonuç aynıdır. Evliliğin sona erdirilmesi (ortadan kaldırılması) Ayrıca evliliğin sona erdirilmesinin sonuçları açısından her iki butlan türü arasında herhangi bir fark yoktur.

Her iki butlan türünde de ancak kanunda öngörülen bir butlan sebebine dayanabilir. Ancak kanunen dava açma yetkisi bulunanlar dava açabilir ve evlenme ancak hakimin kararıyla hükümsüz hale gelir ve hakimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur.

---

610 Dural/Öğüz/Gümüş, 81.

611 BK md. 20'e göre bir akdin konusu imkansız veya kamu düzenine yahut ahlaka aykırı ise o sözleşme batıldır.

612 Öztan, 324; Oğuzman/Dural, 91; Akıntürk. 201; Feyzioğlu, Aile, 112; Tekinay, Aile, 114.

613 Öztan, 324.

614 Öztan, 324.

Mutlak butlan sebepleri ile nisbi butlan sebepleri farklıdır. Mutlak butlanda kamu yararı ve kamu düzeni düşüncesi hakim olduğu halde, nisbi butlanda ilgililerin özel menfaatleri söz konusudur[615].

Mutlak butlan kamu düzeniyle ilgili olduğundan butlan davası açma hakkı sadece eşlere değil, Cumhuriyet Savcısı ve her ilgiliye tanınmıştır. Bazı istisnalar dışında bir süreyle dava açma hakkı sınırlandırılmamıştır. Evliliğin meydana gelmesinden sonra ne kadar uzun süre geçmiş olursa olsun mutlak butlan davası açılabilir[616].

Nisbi butlan sebepleri kamu düzenini ilgilendirmeyip eşlerin özel menfaatine ilişkin olduğundan dava açma hakkı, ancak eşlerden birinin geçici bir sebeple temyiz kudreti bulunmadığı sırada evlenmiş olması ve rıza beyanını sakatlayan bir bozukluk bulunması halleri için sadece bu durumda olan eşe, küçük ve kısıtlının yasal temsilcilerinin izni olmadan evlenmeleri halinde yasal temsilciye tanınmıştır. Nisbi butlan davası açma hakkı altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerle sınırlandırılmıştır. (MK md. 152)

Mutlak butlan, eşlerin veya ilgililerin istek ve iradesiyle ortadan kaldırılamaz. Yani mutlak butlan nedeniyle sakatlanmış olan evlilik, eşlerin, savcı veya ilgililerin dava açmamalarıyla geçerlilik kazanamaz[617]. Nisbi butlan durumunda ise nisbi butlan davasını açıp açmamak eşlerin ve yasal temsilcilerin isteğine bırakılmıştır. Bunlar dava açmamak suretiyle nisbi butlan sebebin etkisiz hale getirebilirler ve artık başlangıçta sakat olan evlilik geçerli hale gelmiş olur[618].

Bu farklar dışında, mutlak butlan ve nisbi butlan aynı esaslara tabidir, davada aynı usul uygulanır ve verilecek butlan kararı aynı hükümleri doğurur.

---

615 Akıntürk, 200; Dural/Öğüz/Gümüş, 80.

616 Dural/Öğüz/Gümüş, 81.

617 Akıntürk, s. 201; Öztan, 353; Oğuzman/Dural, 99; Dural/Öğüz/Gümüş, 81.

618 Akıntürk, s. 201; Öztan 353; Oğuzman / Dural, s. 104.

C) MUTLAK BUTLAN

1- Genel Olarak

Evlenmenin mutlak butlanı, kurulmuş olan bir evliliğin, MK. m. 145'de sayılan sebeplerden birinin bulunması sebebiyle hakim kararıyla iptal edilmesidir[619]. Borçlar hukukunda bir sözleşmenin batıl sayılması için tarafların dava açmasına gerek yoktur. Ayrıca bu işlemler butlan sebebinin varlığı anından itibaren geçersiz olan işlemlerdir. Ancak evlenme sözleşmesinin mutlak butlanla batıl olması durumu bundan farklıdır. Bu hükümsüzlük ancak belli sebeplerin varlığı halinde hakimin vereceği karar ile ilerisi için hüküm doğuran bir geçersizlik halidir[620]. Medeni Kanunun 145. maddesi mutlak butlan sebeplerini sınırlı olarak saymıştır. Buna göre, Eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması, eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması, eşlerden birinde evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması ve eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlığın bulunması mutlak butlan sebepleridir.

Mutlak butlan sebeplerini açıklamaya geçmeden önce kısaca muvazaalı evlenme konusuna da değinmek yerinde olur. Genellikle tarafların birlikte yaşamak, aile kurmak amacıyla değil de başka bir amacı gerçekleştirmek için yaptıkları evlenmeye cali (muvazaalı) evlenme adı verilmektedir[621].

Bu türdeki evlenmelerin en büyük örneği yabancı bir devletin vatandaşlığını kazanmak için yapılan göstermelik evliliklerdir. Bu tür evlilikler evlenme sözleşmesinin kurulması için gerekli olan tüm unsurları taşımaktadırlar. Evlenme ayrı cinsten iki kişi arasında, resmi ve yetkili memur önünde ve bizzat tarafların beyanları ile yapılmaktadır. Ayrıca evlenmenin mutlak butlan veya nispi butlanla sakat olmasını gerektirecek herhangi bir eksiklik de bulunmamaktadır. Dolayısıyla sınırlı sayı prensibinin geçerli olduğu evlenmenin hükümsüzlüğünü düzenleyen kurallara göre bu evliliklerin ortadan

---

619 Dural/Öğüz/Gümüş, 81; Öztan, 329; Tekinay, Aile, 114; Feyzioğlu, Aile, 112; Akıntürk, 201; Velidedeoğlu, 250; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 187.

620 Dural/Öğüz/Gümüş, 81; Birsen, Aile, 235.

621 Dural/Öğüz/Gümüş, 82; Oğuzman/Dural, 91; Öztan, 329; Köprülü/Kaneti, 99.

kaldırılması mümkün değildir[622]. Yargıtay da bu görüşü desteklemektedir[623]. Bu evliliklerin yok sayılması da mümkün değildir. Bu sorunun çözümünde evlenmenin hükümsüzlüğü imkanlarından yararlanmak mümkün olmadığı için kanuna karşı hile üzerinde durulmakta ve bu şekilde sorun çözülmeye çalışılmaktaydı. Bu sebeple öncelikle evlenmenin geçerli olması gerektiği kabul edilmekte ve bununla beraber tarafların ulaşmak istedikleri sonucun gerçekleşmediği kabul edilmekteydi[624]. Bununla beraber burada Medeni Kanunun ikinci maddesindeki hakkın kötüye kullanılması yasağından hareketle de sorunun çözülmesi gerektiği ileri sürülmekte[625] ve buna da karşı çıkılmaktadır[626]. Konunun çözümü için kanuna bir maddenin eklenmesi gerektiği de ileri sürülen çözümler arasındadır[627].

Bu sorun 4.6.2003 tarih ve 4866 sayılı kanunla Türk Vatandaşlığı Kanununun 5. maddesinin değiştirilmesi ile kısmen çözümlenmiştir. Getirilen çözüm vatandaşlığın muvazaalı evlilikle kazanılması açısından olduğu için kısmidir. Genel bir çözüm içermemektedir[628]. Aynı hüküm Türk Vatandaşı İle Evlenme Nedeniyle Türk Vatandaşlığının Kazanılmasına Ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti Vatandaşlarının Türk Vatandaşlığını Kazanmalarına İlişkin Yönetmelik[629] ile de desteklenmiştir.

---

622 Dural/Öğüz/Gümüş, 82-83; Öztan, 329; Oğuzman/Dural, 91; Feyzioğlu, Aile, 130; Köprülü/Kaneti, 99;Tekinay, Aile, 131-132.

623 Y2HD. 11.04.1974 tarih ve E.1315/K.2185 (YKD. 1975, C.1, 1216)

624 Tekinay, Aile, 132; Feyzioğlu, Aile, 130.

625 Dural/Öğüz/Gümüş, 83.

626 Tekinay, Aile, 131.

627 Öztan, 330; Akıntürk, 206.

628 Kanunun eski 5. maddesi bir yabancı uyruklu bir kadının evlenme sırasında veya sonradan beyan etmesi halinde Türk Vatandaşlığını kendiliğinden ve hemen kazanacağını düzenlemiştir. Kanunun yeni hali ise "Bir Türk vatandaşı ile evlenme, kendiliğinden Türk vatandaşlığını bahşetmez. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenme nedeniyle Türk vatandaşlığını kazanmak isteyen yabancılar, en az üç yıldan beri evli olmaları, fiilen birlikte yaşamaları ve evliliğin devamı kaydıyla, yurt içinde en büyük mülkî idare amirliklerine, yurt dışında ise Türk konsolosluklarına yazılı olarak başvuruda bulunabilirler. Başvuru üzerine İçişleri Bakanlığınca yapılacak inceleme ve soruşturma sonucunda, aranan şartları taşıdıkları anlaşılan kişiler, bu durumun tespitine ilişkin karar tarihinden itibaren Türk vatandaşlığını kazanırlar. Ancak, bir Türk vatandaşı ile evlenen yabancı, evlenmekle eski vatandaşlığını kaybediyorsa Türk vatandaşlığını kendiliğinden kazanır." şeklindedir.

629 24/5/2004 tarihli ve 25471 sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

2- Mutlak Butlan Sebepleri

a) Eşlerden Birinin Evlenme Sırasında Evli Olması

Bu düzenleme Türk Hukukunda kabul edilen tek eşle evlilik kuralının bir sonucudur ve MK.m. 130 daki kuralın müeyyidesidir[630].

Kanunun açık ifadesi karşısında ikinci evlilik sözleşmesinin yapıldığı sırada halen geçerli olan bir evliliğin olması gerekmektedir. Evlilik için başvurunun yapıldığı sırada evli olmak ve ikinci evliliğin yapıldığı sırada önceki evliliğin sona ermiş bulunması sonraki evliliğin geçerliliğine etki etmez[631].

Eşlerden birinin gaip olması durumunda gaibin eşi sadece gaipliğe karar aldırmış evliliğin feshini istememişse ikinci evlilik mutlak butlanla sakat olur. Gaiplik kararı ile birlikte evlilik de feshettirilmişse ikinci evlilik geçerlidir ve sonradan gaibin çıkagelmesi bu evliliği sakatlamaz[632].

Evliliğin yapıldığı sırada ilk evlilik eşlerden birinin nüfus kütüğünde ölü kaydının bulunması sebebiyle sorunsuz olarak yapılmış olsa da ölü zannedilen ve kayda o şekilde geçen eş sonradan çıkagelse ikinci evliliğin mutlak butlanla batıl olması gerekir[633]. Ancak burada kanaatimizce bir ayrım yapılmalıdır. Bu durum ilk evliliğin gaiplik sebebiyle sona erdirilmesi ile ikinci evliliğin yapılması ve sonradan gaip olan kişinin tekrar çıkagelmesi durumuna benzemektedir. Nasıl ki bu durumda ikinci evlilik geçerli olarak kalmaya devam ediyorsa ilk evlilikteki eşin ölü kaydı bir mahkeme kararına veya buna benzeyen resmi bir belgeye dayanıyorsa evliliğin sona erdiğinin kabul edilmesi daha uygun olur. Ölü kaydı ilgililerin beyanına dayanılarak konulmuşsa evliliğin devam ettiğinin kabulü yerinde olur[634].

---

630 Dural/Öğüz/Gümüş, 84; Akıntürk, 202.

631 Dural/Öğüz/Gümüş, 84.

632 Feyzioğlu, Aile, 116, 120-121; Tekinay, Aile, 115, Yazar hakimin vereceği süre içerisinde ilk evliliğin feshettirilmesi ile ikinci evliliğin geçerli olarak ayakta tutulabileceğini ifade etmektedir. ; Ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, 84.

633 Oğuzman/Dural, 94; Dural/Öğüz/Gümüş, 84-85.

634 Karş. Tekinay, Aile, 121-122.

Burada üzerinde durulması gereken esas sorun ikinci evlilik yapıldıktan sonra ilk evlilik herhangi bir nedenle sona erecek olursa bunun ikinci evliliği geçerli hale getirip getirmediğidir. Esas kural ikinci evlilikteki eşin iyi niyetli olup olmadığının araştırılmaksızın ikinci evliliğin mutlak butlanla batıl olduğu yönünde ise de MK.m. 147 bunu biraz yumuşatmıştır. Buna göre ikinci evlilik yapıldıktan sonra ilk evlilik boşanma, butlan, ölüm gibi sebeplerle sona ererse, ikinci evlilikteki eş de eşinin evli olduğunu bilmiyor ve bilecek durumda da değilse ikinci evliliğin butlanına karar verilemez[635]. Ancak bu ikinci evlilikteki eş hata veya hile sebebiyle nispi butlan davası açabilir[636]. İkinci evlilikteki eşin kötü niyetli olması durumunda gerek savcı ve gerekse diğer ilgililer mutlak butlan davası açıp devam edebilirler[637].

Diğer bir durum da iki evli olan eşin ölmesidir. Böyle bir durumda ikinci eşi kötüniyetli ise zaten bu evlilik mutlak butlanla geçersiz olduğu için herhangi bir sorun çıkmaz. Yine bu evliliğin butlanına karar alınabilir. Ancak ikinci eş iyi niyetli ise ve iki evli eş ölmüşse durum daha karışıktır. Bir görüşe[638] göre kanunun ikinci eşin iyi niyetli olması durumunda evliliğin devam edeceğini fiilen buna imkan olduğu için kabul ettiği açıktır. Ancak iyiniyetli olan ikinci eşin evliliğinin devam etmesi imkanı ortadan kalkmıştır. Bu durumda ilk eş isterse ikinci evliliğin butlanını dava edip tek başına eşine mirasçı olabilmelidir[639]. Bunun karşısında bizimde katıldığımız diğer bir görüş[640] ise burada hem MK.m.147/1'i hem de MK.m.147/III'ü ilgilendiren bir durum söz konusudur. Her iki maddenin birlikte değerlendirilmesinden dava açma hakkının ortadan kalkması sonucu çıkmalıdır Dolayısıyla buna göre her iki eşin de eşit olarak mirasçı olması gerekir..

---

635 Öztan, 331; Oğuzman/Dural, 94; Dural/Öğüz/Gümüş, 85.

636 Öztan, 331; Akıntürk, 202; Oğuzman/Dural, 94.

637 Tekinay, Aile, 118; Feyziolğu, Aile, 118.

638 Feyzioğlu, Aile, 119; Tekinay, Aile, 121.

639 Feyzioğlu, Aile, 119; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 190-191. Y2HD'nin 2.6.1981 tarih ve E.2838/K.4288 sayılı kararında MK.m. 147/III (eski 114/III) 'ün sadece ilk eşin ölmesi durumunda uygulanacağını iki kere evlenen kişinin ölümü halinde uygulanamayacağını belirtmiştir. Bkz. YKD. Y. 1981, C. VII, 1107.

640 Dural/Öğüz/Gümüş, 94; Oğuzman/Dural, 98; Tekinay, Aile, 121.

b) Eşlerden Birinin Evlenme Sırasında Sürekli Olarak Temyiz Gücünden Yoksun Olması

MK.m. 145/II de düzenlenen temyiz gücünden sürekli olarak mahrum olan kişinin evliliğinin mutlak butlanla batıl olması MK.m. 125'in bir müeyyidesidir. Burada dikkat edilmesi gereken durum temyiz gücünün evlenmenin yapıldığı anda olmaması ve bunun da süreklilik arz etmesidir. Temyiz gücünü ortadan kaldıran sebep önemli değildir. Bu akıl hastalığı olabileceği gibi akıl zayıflığı veya başka bir sebep de olabilir[641].

Temyiz gücünün olmaması yaş küçüklüğünden de kaynaklanabilir. Beş veya altı gibi bütün hukuki işlemler için geçersizlik sebebi olabilecek küçük yaş sebebiyle temyiz gücünün olmaması durumu evlenme sözleşmesindeki önem sebebiyle biraz daha yukarı taşınmıştır. Dolayısıyla kanunun aramış olduğu en alt sınır olan (olağanüstü evlenme yaşı olan) 16 yaşından küçük olan kişilerin evlenme sözleşmesi yapmak, evlenmenin mahiyetini anlamak ve kavramak, evliliğin gereklerini anlayıp yerine getirebilmek gibi açılardan temyiz gücüne sahip olmadıkları kabul edilmeli ve bu evlilikler mutlak butlanla batıl sayılmalıdır. Bu yoldan başka bu evlilikleri batıl sayma imkanı bulunmamaktadır[642].

Daimi şekilde temyiz gücünü kaybetmiş birisinin yapmış olduğu evlilik ölümle sona ererse artık savcı mutlak butlan davası açamayacak, bu hak sadece ilgili kişilere kalacaktır. Çünkü artık savcının dava açmakta menfaati kalmamıştır[643].

Temyiz gücünü sürekli olarak kaybetmiş kişinin sonradan temyiz gücünü kazanması ve iyileşmesi durumunda dava açma hakkı sadece iyileşen eşe[644] ait

---

641 Dural/Öğüz/Gümüş, 86.

642 Oğuzman/Dural, 95; Öztan, 332-333, dn. 49. Yazarın eseri 2004 tarihli olmasına rağmen 2002 tarihinde yürürlüğe giren yeni Medeni Kanunda öngörülen yaş sınırları değil eski kanunun kabul ettiği yaş sınırları zikredilmektedir. Bunun kitabın yeni baskısının yapıldığı sırada gözden kaçan bir düzeltme hatası olduğu belirtmek yerinde olur. Buna göre hakimin izni ile de olsa yapılması mümkün olmayan en alt sınır olan her iki cins için 15 yaş ve altı için, hakimin izni olmadan yapılan 16 yaşın tamamlanmasından önceki evlilikleri de aynı şekilde değerlendirmek gerekir. Aksi görüşte, Velidedeoğlu, 251.

643 Tekinay, Aile, 125; Öztan, 333; Akıntürk, 203.

olmaktadır (MK.m. 147/II). Diğer eş de dahil olmak üzere başkalarının dava açma hakkı sona erer. Dolayısıyla bu durumda ki hükümsüzlük nispi butlan haline dönüşür. İyileşen eş de belli süre içerisinde dava açmazsa dava açma hakkı düşer[645].

c) Eşlerden Birinin Evlenme Sırasında Akıl Hastası Olması

Medeni Kanun akıl hastalığını bir evlenme engeli olarak görmekle birlikte her akıl hastalığını da bu kapsam da değerlendirmemiştir. Buna göre akıl hastalıkları çok çeşitli olup, bunlardan evlenmeye engel olanların olması durumunda yapılan evlenmeler mutlak butlanla sakattır. Bu sebeple sağlık kuruluşlarından bu yönde raporlar istenmektedir. Rapor getirmediği halde evlenmesi yapılan bir akıl hastasının yaptığı evlilik eğer hastalığı evlenmeye engel olacak derecedeyse evlenme batıl olduğu gibi sahte rapor getiren bu durumdaki kişilerin yaptıkları evlenmeler de batıldır[646].

Kanun koyucu akıl hastalığını evlenme engeli olarak kabul ederken sadece tarafların menfaatlerini gözetmemiş aynı zamanda toplumun menfaatlerini de dikkate almıştır. Dolayısıyla da kalıtım yoluyla sonraki nesillere geçebilecek türden olan bir akıl hastalığının evlenmeye engel olduğunu kabul etmiştir. Alınan sağlık raporu ile tarafların yanında toplumun ve ilerdeki nesillerin de zarara uğramayacakları tespit edildikten sonra kişilerin evlenmelerine izin vermiştir[647]..

Akıl hastalığının geçmesi ve akıl hastası olan eşin iyileşmesi ile bu engel ortadan kalkar ve dava açma hakkı sadece iyileşen eşe ait olur. Burada da temyiz gücünün yokluğu sırasında yapılan ve daha sonra temyiz gücünün kazanılmasında olduğu gibi mutlak butlanın nispi butlana dönüşmesi durumu vardır[648].

---

644 Medeni Kanunun 2002 yılında değişmesinden önce yürürlükte olan eski MK'ya göre bu durumda iptal hakkı her iki eşe birden verilmekteydi. Ancak bu durum doktrinde eleştirilmekte ve sorunun bu günkü düzenlemede olduğu gibi halledilmesi gerektiği ileri sürülmekteydi, Tekinay, Aile, 126-127.

645 Dural/Öğüz/Gümüş, 86.

646 Dural/Öğüz/Gümüş, 86.

647 Oğuzman/Dural, 96; Feyzioğlu, Aile, 126; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 192.

648 Dural/Öğüz/Gümüş, 86.

d) Eşler Arasında Evlenmeye Engel Olacak Derecede Hısımlık Bulunması

Medeni Kanunumuz diğer hukuk sistemlerinde[649] olduğu gibi belli derecedeki hısımlar arasında evlenmeyi yasaklamıştır. Buna göre kanunun belirttiği yasak kapsamında olan kan veya kayın hısımlarının evlenmeleri mutlak butlanla batıldır. Tarafların iyiniyetli olup olmadıkları herhangi bir önem taşımaz[650]. Hısımlık kan hısımlığı olabileceği gibi kayın hısımlığı da olabilir. Ayrıca evlatlık ilişkisini de burada değerlendirmek gerekir.

aa) Kan Hısımları Arasındaki Evlenme Engeli

Medeni Kanunun 129. maddesi evlenme engellini sayarken hısımlık başlığı ile üç gurup halinde arasında evlenme engeli olan kişileri saymıştır. Buna göre ne kadar çıkılırsa çıkılsın Üstsoy ile ve ne kadar inilirse inilsin altsoy arasında evlenme engeli vardır. Buna düz çizgi hısımlığı adı verilmektedir[651].

Usul furuu hısımlığı adı da verilen bu hısımlıktan başka üçüncü dereceye kadar yan soy kan hısımları ile de evlenmek yasaklanmıştır[652]. Yani baba (anne) birinci derecede üstsoy, dede (nine) ikinci derecede üstsoy, dedenin çocukları ise üçüncü derecede yansoy hısımlarıdır. Amca, hala, dayı ve teyze bu kapsamda yer almaktadır (MK.m. 129). Amca, hala, dayı ve teyze çocukları ise dördüncü dereceden yansoy hısımları oldukları için bunlarla evlenmek yasak değildir.

Dedenin babası üçüncü dereceden üstsoy kan hısımı olmaktadır. Büyük dedenin çocuğu olarak isimlendirebileceğimiz kişi ise dördüncü dereceden yan soy hısımı olmaktadır. Büyük amca (hala, dayı veya teyze de olabilir) olarak da isimlendirebileceğimiz bu kişi ile evlenmek yine dördüncü dereceden yan soy kan hısımı olan amca çocukları ile evlenmek gibimi değerlendirilmelidir? Bazı Avrupa ülkelerinde buna cevaz verilebilmektedir. Ancak İslam hukukunda da yasak olan bu kişilerle evlenmenin Türk örf ve adetlerine uymadığı, Türk toplumunun bunu kabul

---

649 Atar, 7.

650 Öztan, 333

651 Tekinay, Aile, 79; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 187; Feyzioğlu, Aile, 113.

edemeyeceği ve amca tabirini geniş yorumlayarak bu kişilerinde amca kapsamına dahil edilmesi gerektiği iler sürülmektedir[653]. Biz de bu çözüm tarzına katılıyoruz.

Şunu da hemen burada belirtmek gerekir ki kan hısımlığının oluşmasında soybağının evlilik içi olması veya evlilik dışı olması arasında herhangi bir fark bulunmamaktadır. Soybağının kurulmuş olması yeterlidir[654]. Ancak soybağı kurulmamışsa yani çocuk hukuken babasız ise yine de evlenme engeli doğar mı? Bu konuda yukarıda da bahsettiğimiz gibi Ülkemizin örf ve adetleri ile ahlak anlayışımız bu soruya evlenme engelinin doğacağı ve bu erkek ile evlilik dışı olan tabii kızı arasında veya bu adamın diğer çocukları arsında evlenme engelinin doğması gerektiğini ifade etmeliyiz. Eski medeni kanun döneminde sahih ve gayri sahih nesep ayrımı olduğu sırada kanunun sahih olsun veya olmasın kardeşler arasında evlenmek yasaktır şeklindeki ifadesinden bu evlenme engelinin doğduğu kabul edilmekteydi[655]. Ulaşmak istenen amaç itibariyle tamamen katıldığımız bu görüş maalesef kendi içerisinde sağlam temellere dayanmamaktadır. Çünkü sahih olmayan nesep kavramı ile babalık davası veya tanıma ile çocuk ile babası arasında soybağı kurulmaktaydı. Bu soybağı evlilik dışı olduğu için gayri sahih olarak isimlendirilmekteydi. Ancak herhangi bir dava açılmadan, tabii baba da çocuğu tanımadan çocuk ile erkek ve onun çocukları arasında nasıl bir soybağının kurulacağı tartışmaya açıktır. Bunun da sonucu olarak kanunun düzenleniş şekline ve mantığına göre hukuken babasız olan bu çocuk ile babası ve kardeşleri arasında herhangi bir şekilde soybağı kurulmadığı takdirde herhangi bir evlenme engelinin olduğunu söylemek zordur[656].

---

652 Öztan, 334; Feyzioğlu, Aile, 113; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, 187.

653 Hatemi/Serozan, 119; Öztan, 334; Velidedeoğlu, 64; Tekinay, Aile, 82-83; Feyzioğlu, Aile, 114; Hatemi, Aile, 49.

654 Tekinay, Aile, 81,83; Aynı anlamda Feyzioğlu, Aile, 113, dn. 25.

655 Velidedeoğlu, 64-65.

656 Feyzioğlu, Aile, 113, dn. 25. İslam hukukunda İmam Şafi'nin zina ürünü olan çocuklarla evlenme engeli doğmayacağına ilişkin görüşü ile paralellik arzeden bu düşünceye belki salt hukuk mantığı ile katılmamak mümkün değildir. Ancak belki psikolojik ve sosyolojik nedenlerle böyle bir şeyi kabul etmek fıtraten mümkün olmamalıdır. Bu sebeple sorunun hukuki açıdan da çözümü için bazı önlemlerin alınmasının faydalı olacağı kanaatindeyiz.

bb) Sıhri Hısımlar Arasında Evlenme Engeli

Kayın hısımlığı olarak da ifade edilen bu hısımlık ilişkisinde evlenme engeli sadece kayın üstsoy ile kayın altsoy arasındadır. Yani eşler birbirlerinin üstsoyu ve altsoyu ile evlenemezler. Zaten tek eşle evliliğin kesin kural şeklinde belirlenmesi karşısında kanunun 129. maddesinin 2. bendindeki "evlilik sona ermiş olsa bile" şeklindeki ifadeyi anlamak mümkün değildir. Evlilik devam ederken ister kayın olsun ister kan hısım olsun isterse yabancı olsun başka bir kişi ile evlenmek zaten yasaktır. Belki bu ifade bu engelin evlilikten sonra da devam ettiğini belirtmek ve üstüne dikkat çekmek istemiştir. Evlenmenin sona ermiş olması da kayın peder, kayın valide ve üvey çocuk ile oluşan evlenme yasağını kaldırmaz[657][658].

cc) Evlatlık İlişkisinden Doğan Evlenme Engeli

Evlat edinme müessesesi çocuğu olmayan kişilerin bir çocuğa sahip olmalarını, ana ve babadan mahrum olan çocukların ise sıcak bir aile yuvasına kavuşmalarını ve

---

657 Öztan, 334; Hatemi, Aile, 49 vd. Yarım kan kardeş ile üvey kardeş kavramları birbirleriyle karıştırılmaktadır. Yarım kan kardeş ana veya baba bir kardeştir. Bunlar da "kardeş" kapsamında oldukları için evlenme engeli zaten vardır. Ancak üvey kardeş eşlerin başka eşlerinden olan çocuklarının birbirlerine karşı durumlarını ifade eder.. Bunlar arasında hısımlık ilişkisi yoktur ve evlenme engeli doğmaz. Bu açıklamalar ve özellikle bazı Avrupa ülkelerindeki sıhri hısımlık ilişkilerinin evlenme engeli olmaktan çıkarılmasına ilişkin düzenlemeler ve bunlara getirilen eleştiriler için bkz. Hatemi, Aile, 49 vd diğer ülkeler için bkz , Tekinay, Aile, 84 vd..

658 İslam hukukunda da buna benzer bir evlenme engeli kabul edilmiştir. Bkz. § 3, II, D, 2, b. Ancak İslam hukukundaki bu sınırlama Kuran-ı Kerimde gerdeğe girilmeden ayrılınan eşlerin kızları ile evlenmekte herhangi bir günah olmadığına ilişkin düzenleme ile nispeten hafifletilmiştir. Doktrinde İslam Hukukundaki bu düzenlemenin çok adil ve yerinde olduğu ifade edilmektedir. Çünkü kapalı bir toplumda yetişen kişi evlenmek istediği kızı son ana kadar görmemekte, evlenme yaşı küçük olduğu için anne ve kızlar birbirlerine benzemekte veya başkaca sebeplerle de kişi evleneceği kişide yanılabilmektedir. Dolayısıyla gerdek gecesi evleneceği kızı değil de annesini karşısında gören kişi bu evliliği sona erdirip istediği "kız" ile evlenebilme imkanına sahiptir. Ancak aynı imkan Türk Hukuku açısından mümkün değildir. Evlenme sözleşmesi buna engeldir. Gerdeğe girip girmemek sonucu değiştirmez. Evlenmenin hata sebebiyle iptal edilmesi de (nisbi butlan) geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracağı için herhangi bir çözüm sunmamaktadır Bkz. Tekinay, Aile, 84 .

aile ortamında yetişmelerini sağlamayı amaçlamaktadır[659]. Evlat edinme hukuki mahiyeti bakımından bir medeni hukuk ve daha özelde bir aile hukuku sözleşmesidir[660].

Türk Medeni Kanununun 282. maddesinde evlat edinme ile evlat edinenle evlatlık arasında soybağı kurulur. Taraflar artık birbirlerinin kan hısımı gibi olurlar ve dolayısıyla evlenme engeli doğar. Bu evlenme engeli biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasındadır(MK.m. 129/III).

Medeni Kanun 2002 yılındaki değişiklikle evlat edinme müessesinde oldukça önemli değişikleri kabul etmiştir. Bunlardan birisi de evlatlık ilişkisinin evlenme engeli olarak üstlendiği rolün derecesidir. Eski kanun döneminde de evlatlık ilişkisi bir evlenme engeli olarak görülmekteydi. Ancak yine kanun bu engele rağmen taraflar her nasılsa evlenmişlerse evlatlık ilişkisinin hükmünün kalmayacağını hükme bağlamıştı. Tabii hukuka ve örf ve adetlerimize daha uygun olan bu düzenleme[661] 2002 değişikliği ile ortadan kaldırılmış ve tarafların evlenmesi ile evlenmenin mutlak butlanla malul olacağı, evlenmenin ortadan kaldırılması gerektiği şeklinde bir düzenleme getirilmiştir.

Eski kanun döneminde ki yasak sadece evlatlık ile evlat edinen arasında iken şimdi evlatlığın ve evlat edinenin altsoyları ve eşleri de bu kapsama dahil edilmiştir. Hatta doktrinde bunun geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmiş ve evlat edinilen birden fazla kişinin kardeş oldukları ve bunlar arasında da evlenme engelinin doğacağı ifade edilmektedir[662].

Tarafların her nasılsa evlenmeleri evlatlık ilişkisinin temelinden çöktüğünü göstermektedir. Birbirleri ile evlenmiş, aynı yatağı paylaşmış, ilişkiye girmiş ve belki de bu ilişkiden çocuk sahibi olmuş kişilerin nasıl olup da tekrar baba-kız veya ana-oğul gibi yaşamaya devam edecekleri izaha muhtaçtır. Türk toplumunun büyük bir kısmının Müslüman olması, İslam hukukunun ve örfünün hala doğrudan veya dolaylı etkisini hissettirmesine sebep olmaktadır. Özellikle imam nikahı gerçeği bu etkinin en çarpıcı

---

659 Ruhi, 19.

660 Ruhi, 19. Gerçi yani medeni kanunda evlat edinme müessesesinin sözleşme olma özelliği muhafaza edilmekle birlikte mahkeme de bu ilişkinin kurulmasında önemli rol oynamaktadır.

661 Hatemi, Aile, 52.

örneğidir. İslam hukukunda ve dolayısıyla Osmanlıda evlat edinme kurumunun kabul edilmemiş olması[663] da toplumda evlatlıkla evlat edinen arasında evlenme engelinin olmaması şeklinde bir anlayışa götürebilir. Medeni kanunun ilk düzenlemesinin de nispeten bu sonuçla paralel bir düzenleme içerdiği söylenebilir. Yeni düzenleme hala canlı olan evlenmeyi öldürmekte, ölmüş olan evlatlık ilişkisini ise diriltmeye çalışmaktadır. Bu ise biraz önce de saydığımız sorunların da ortaya çıkmasıyla birlikte büyük toplumsal sorunlara yol açacaktır[664]. Bu nedenle evlatlık ilişkisinin evlenme engeli oluşturması şeklindeki düzenlemenin, konunun ruhuna ve toplumumuza daha uygun olan önceki kanunun içerdiği şekilde değiştirilmesi gerektiğini düşünüyoruz[665].

3- Mutlak Butlan Davası

a) Davanın Hukuki Niteliği

Mutlak butlan davası bozucu yenilik doğuran bir dava , bu dava sonucunda verilen karar da yenilik doğuran bir karardır. Çünkü bu dava ile ortada mevcut olan bir hukuki durum sona ermekte evlilik ortadan kalkmaktadır[666].

b) Davanın Tarafları

aa) Davacı

MK. m. 146'ya göre mutlak butlan davası savcı tarafından re'sen açılır. Diğer ilgililer de dava açabilir. Maddeden de anlaşılacağı gibi mutlak butlan davasında davacılar savcı ve ilgililerdir. İlgililerden maksat evlenmenin butlanını istemekte maddi ve manevi menfaati bulunan her şahıs girer[667]. Ancak dikkat edilmelidir ki savcı dava

---

662 Öztan, 118.

663 Y2HD. 22.04.1986 tarih ve E.3965/K.4257 sayılı kararından " Türk Kanunun Medenisinin kabulünden önce eski hukukumuzda (Mecelle Döneminde) evlat edinme müessesesi bulunmadığından, Emine'nin Hacı İbrahim'in manevi evladı olduğuna ilişkin nüfus kütüğündeki kayıt herhangi bir hüküm ifade etmez…" Bkz. Ruhi, 20, dn. 5.

664 Bkz. Hatemi, Aile, 52-53.

665 Aksi fikirde Ruhi, 62;

666 Dural/Öğüz/Gümüş, 92.

667 Oğuzman/Dural, 97.

açmakla yükümlü iken ilgililer sadece dava açma hakkına sahip yani yetkilidirler[668]. Savcı dava açmak zorundayken ilgililer kendilerine kanunen tanınan bu yetkiyi isterlerse kullanırlar istemezlerse kullanmazlar.

bb) Davalı

Dava savcı veya ilgililer tarafından açılıyorsa davalı her iki eştir. Eşlerden birisi ölmüşse dava diğer eşe ve ölen eşin mirasçılarına karşı açılır. Her iki taraf da ölmüşse dava tarafların mirasçılarına karşı açılır[669].

c) Dava Hakkının Kalkması

Mutlak butlan davası, Nisbi butlan davasının aksine herhangi bir süre ile kısıtlanmadığından her zaman açılabilir[670]. Çünkü mutlak butlanla sakat evlilikler belli bir sürenin geçmesiyle geçerli hale gelmez[671].

MK.m.147/I'e göre sona ermiş bir evliliğin mutlak butlanı Cumhuriyet savcısı tarafından re'sen açılamaz. Çünkü savcının amacı kamu menfaatini gözetmektir ve evlilik zaten sona erdiği için bu kendiliğinden gerçekleşmiştir. Ancak ilgililer isterlerse evlilik sona ermiş olsa bile mutlak butlan davası açabilirler. Evliliğin boşanma, gaiplik veya ölümle sona ermesi arasında bir fark yoktur[672].

MK.m.147/II'de ise temyiz gücünü sonradan kazanılması veya akıl hastalığına müptela olan birisinin sonrada iyileşmesi durumlarında dava açma hakkının sadece sonradan temyiz gücünü kazanan eşe veya akıl hastası olup da iyileşen eşe tanımaktadır. Eş iyileşmeden önce savcı ve ilgililer bu davayı açabilecekken iyileşmeden sonra sadece kendisi açabilir. Bu davayı açmasında ise herhangi bir süre öngörülmemiştir[673].

---

668 Dural/Öğüz/Gümüş, 92; Oğuzman/Dural, 97.

669 Dural/Öğüz/Gümüş, 93.

670 Öztan, 334; Dural/Öğüz/Gümüş, 93; Oğuzman/Dural, 98.

671 Öztan, 334.

672 Dural/Öğüz/Gümüş, 93.

673 Dural/Öğüz/Gümüş, 93. Kanaatimizce eşin iyileşmesinden sonra kuruluşunda mutlak butlanla malül olan bu evliliğin iyileşen eş tarafından mutlak butlan davasıyla sona erdirilmesi için belli

MK.m.147/III evli olan ve tekrar evlenen eşin önceki evliliğinin sona ermesi ve ikinci eşin de iyiniyetli olması durumunda artık bu evliliğin mutlak butlanla malül olduğuna ilişkin bir dava açma hakkının kalmadığını düzenlemektedir. İkinci evlenmedeki eş, eşinin önceden evli olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa o zaman diğer ilgililer dava açma hakkını kaybetmezler.

d) Mutlak Butlan Davasına Uygulanacak Yargılama Usulü

Gerek mutlak butlan olsun gerekse nisbi butlan olsun her iki butlan türüne de uygulanacak olan yargılama usulü aynıdır. Bunlar da boşanmaya uygulanacak olan hükümlerin kıyas yoluyla uygulanmasıdır. Bu sebeple bir sonraki başlıkta nisbi butlan incelenmiş ve yargılama usulü orada daha geniş olarak ele alınmıştır[674].

D) EVLENMENİN NİSBİ BUTLANI

1- Genel Olarak

Nisbi butlan evliliğin sona erdirilmesi sonucunu doğurur. Evliliğin nisbi butlanla sona ermesi ve bunun sonuçları Medeni Kanunun Aile Kitabı'nda 148 ve 160 maddeleri arasında özel olarak düzenlenmiştir.

Borçlar Kanununun irade fesadı hallerini öngören genel hükümleri, Borçlar Kanununun 18'inci maddesindeki muvazaa'ya ilişkin hükümler ve Tük Medeni Kanununun 15. maddesine göre, ayırt etme gücü bulunmayan kimsenin fiillerinin hukuki sonuç doğurmayacağı hükmü burada uygulanmaz[675].

Kanunda aranan nisbi butlan nedenlerinin birinin varlığı halinde temyiz kudretini sonradan kazanan eş ile, iradesi kanunda aranan sebeplerden dolayı hasar gören eş, küçük veya kısıtlının yasal temsilcilerinin rızası olmadan evlenmeleri halinde

---

bir süre öngörülmesi yerinde olur. İyileşen eşe boşanmayı düşünmesi ve bu sebeple karşı tarafa tazminat ve nafaka ödemesi ihtimaline karşı böyle bir yükümlülüğe kendisini sokmayacak olan evlenmenin butlanını dava etme silahını uzun süreli olarak tanınması uygun değildir. Belki konu MK.m.2 anlamında makul bir süreye bağlanabilir. Ancak her olayda buna ayrı ayrı karar vermek yerine kanuni bir sürenin olması yerinde olur.

674 Bkz. § 4, III, D, 3,d.

675 Öztan, 335.

yasal temsilci evliliğin nisbi butlanla sakat olmasına dayanarak evliliğin iptalini dava edebilirler. Bu durumda hakimin iptal kararı vermesi ile evlilik sona erer (hükümsüz olur). Ancak nisbi butlanla geçersiz hale gelen evlilik, hakim kararıyla ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurur.

Evliliğin nisbi butlanla sona ermesini gerektiren sebepleri ve bunun sonucunda açılan nisbi butlan davasını ve dava sonucu verilen iptal kararının hüküm ve sonuçlarını ayrı ayrı inceleyelim.

2- Nisbi Butlan Sebepleri

Nisbi butlan sebepleri MK md. 148 – 153 md. Arasında sınırlı şekilde belirtilmiştir. Bunlar dışındaki nedenler nisbi butlan nedeni sayılmaz. Bu sebepler genişletici yoruma tabi tutulamaz.

Evlenme akdi yapılırken taraf iradelerinde eksiklik veya uygunsuzluk bulunmamalıdır. Kanun koyucu hangi hususların iradeyi bozan sebepler sayılacağını Türk Medeni Kanun'da (md. 148-153) hükme bağlamıştır. Bu sebeplerden birinin bulunması evlenmenin "nisbi butlanla" sakatlanmasına sebep olur. Nisbi butlan da kanun koyucu "tarafların menfaatlerini" korumuştur.

Nispi butlan sebeplerini, ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, irade bozukluğu (yanılma, aldatma, korkutma) halleri ve yasal temsilcinin izninin bulunmaması olarak üç grup altında toplayabiliriz[676].

Köprülü/Kaneti'ye göre eşlerden birinin akıl hastası olması veya temyiz kudretinden yoksun bulunması durumundan kaynaklanan mutlak butlan nedeni daha sonra akıl hastalığının iyileşmesi veya temyiz kudretini kazanma sonucu ortadan kalktığında üçüncü kişinin veya savcının dava hakkının ortadan kalkacağını belirterek sadece eşe dava açma hakkı tanınacağını söylemiş. Bu durumda mutlak butlanını nispi butlana dönüşeceğini belirtmiştir[677].

---

676 Zevkliler, 830; Öztan, 336; Akıntürk, s. 206; Köprülü/Kaneti, 99; Oğuzman/Dural, 98

677 Köprülü/Kaneti, 106.

a) Ayırt Etme Gücünden Geçici Yoksunluk

MK md. 148'e göre, evlenme sırasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir.

Yani bir kimse, sarhoşluk, yüksek ateş, ipnotizma, uyuşturucu madde alma gibi bir nedenle ayırt etme gücünü geçici bir nedenle kaybetmiş olduğu bir sırada evlenmek üzere iradesini açıklamış ve evlenmiş ise bu evlilik nisbi butlanla sakattır; yani temyiz kudretini geçici olarak kaybetmiş olması dolayısıyla o esnada karar verme yeteneğini yitirmiş olan taraf, sonradan ayırt etme gücünü tekrar kazandığında, bu evlenmenin iptalini talep edebilecektir.

Bu durumda evliliğin iptalini talep etme hakkı ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden ve bu durumdayken evlenen eşe tanınmıştır. Diğer eş nisbi butlan davası açamaz.

Evlenme sırasında geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun olan eş ayırt etme gücünü yeniden kazandıktan sonra evlenme akdinin devamını istiyorsa, dava hakkını kullanmayarak herhangi bir işlem yapmasına gerek olmaksızın evlenme sözleşmesi geçerliliğini korur.

Bu durumda eşin sahip olduğu iptal hakkı iptal sebebini öğrendiği tarihten itibaren altı ay ve her halde akdin yapıldığı tarihten itibaren beş senedir. (MK md. 152) kanunda öngörülen bu süreler, hak düşürücü süredir. Temyiz kudretinden geçici mahrumiyet sonucu evlenen eş bu süreler içinde iptal hakkını kullanmazsa evliliği iptal ettirme hakkı artık düşer.

Eş temyiz kudretini kazanamadan ölmüş ise durumun ne olacağı konusunda doktrinde savunulan genel görüşe göre, bu durumda artık ayırt etme gücünün geçi bir sebeple kaybedilmesinden söz edilmeyecektir. Böyle bir durumda ayırt etme gücünden sürekli bir sebeple yoksun olmaya ilişkin MK md. 145/II hükmü uygulanmalı ve evliliğin mutlak butlanla sakat olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu durumda evlenme

butlan kararından önce ortadan kalktığından savcı MK md. 147/I hükmü uyarınca dava açma hakkına sahip bulunmamalıdır[678].

Eş temyiz kudretini kazandıktan sonra fakat dava açmadan ölürse, bu durumda nisbi butlan davası açma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan yapacak bir şey yoktur; kimse dava açamaz[679]. Çünkü, dava açma hakkı bu durumda sadece temyiz kudretinden geçici olarak mahrum olan eşe tanınmıştır. Ayrıca mirasçıların MK md. 159'a göre evlenmenin butlanını dava etme hakları yoktur. Mirasçılar ancak açılmış olan bir davayı sürdürebilirler.

b) İrade bozukluğu

Bir kimsenin iç iradesi ile onun dışa açıklanması arasında istenmeyen bir uygunsuzluk meydana gelmiş ise o kimsenin iradesinin bozukluğundan (fesada uğradığından) söz edilir. Bu istenmeyen uyumsuzluğu doğuran hallere "irade bozukluğu (fesadı)" halleri denir[680].

İrade bozukluğu halleri MK md. 149,150,151'de, yanılma (hata), aldatma (hile), korkutma (tehdit) olarak düzenlenmiştir. İrade bozukluğu halleri genel olarak Borçlar Kanunda düzenlenmiştir (BK md. 23-31)

Borçlar Kanunu'nun düzenlenmesine göre, bir sözleşme yapılırken taraflardan birinin yanılması (hataya düşmesi) veya aldatılması ya da korkutularak sözleşmenin yapılması durumunda yapılan sözleşme "tek taraflı bağlamazlık" yaptırımına tâbi olan sakat bir sözleşmedir. İradesi fesada uğrayan taraf yanıldığını veya aldatıldığını öğrendikten sonra yahut korkunun etkisinden kurtulduktan sonra bir yıl içinde sözleşmeyle bağlı olmadığını karşı tarafa bildirirse sözleşme iradesi sakatlanmış olan tarafı bağlamaz ancak karşı tarafa 1 yıl içinde bildirmezse sözleşme onun içinde bağlayıcı olur. (BK md. 31)

---

678 Akıntürk, s. 207; Öztan, 337; Oğuzman / Dural, s. 99.

679 Oğuzman / Dural, s. 99

680 Akıntürk, s. 207.

Borçlar Kanunu irade fesadı ile ilgili genel hükümleri (BK md. 23-31) evlenmedeki irade bozukluğu hallerinde evlenmenin mahiyetiyle bağdaşmadığı için esas itibariyle uygulanmaz. Bu nedenle kanun koyucu farklı bir düzenleme yoluna gitmiştir.

Evlenme akdi, diğer akitlere nazaran bir özellik gösterir. Aile hukukundaki hükümlerin çoğu amir hükümlerdir. Borçlar Hukuku'nda şahsın menfaati ön planda iken, Aile Hukuku'nda ön planda olan kamu, menfaatidir. Evlenme akdinde irade fesadı halleri (yanılma, aldatma, korkutma) kendine özgü hüküm ve neticeler taşır ve ayrı esaslara tabidir[681].

Evlenme akdini yaparken kişinin iradesi ile beyanı arasında bilmediği veya istemediği bir uygunsuzluğun bulunması (hata, aldatma, korkutma) yapılan evlenmenin iptalini mümkün kılar. Evlilik açılacak bir nisbi butlan (iptal) davası ile ortadan kaldırabilir. Üstelik MK'da öngörülen nisbi butlan halinde, evlilik, hakimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur.

aa) Yanılma

Bir kimsenin yanılma sonucu, gerçek iradesine uymayan bir beyanla hukuki muamele yapması halinde, yanılma söz konusudur[682].Yanılma MK md. 149'da hükme bağlanmıştır.

MK md. 149'a göre, kişinin yanılmaya düşmesinde karşı tarafın kusurunu aramadığı gibi, yanılgıya düşen tarafın kusurunun mazur görülebilir olması üzerinde de durmamıştır. Yani yanılmanın kusurdan ileri gelmiş olması veya hiç kusur bulunmaması ya da yanılmasının üçüncü bir kişinin fiiliyle meydana gelmiş olması arasında hiçbir fark yoktur[683]. Fakat her yanılma evliliğin iptaline neden olmaz. Kanun koyucu sınırlı bir şekilde hangi hallerde evlenmede yanılmanın söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bu haller şunlardır; taraflardan biri evlenmeyi veya o kişi ile evlenmeyi istememediği halde

---

681 Akıntürk, s. 208; Öztan, 338,339;

682 Öztan, 339.

683 Öztan, 339; Akıntürk, s. 211.

yanılarak bu evlenmeye razı olmuşsa (MK md. 149b1). Eşin, kendisiyle birlikte yaşamayı çekilmez hale koyacak derecede önemli bir niteliğinde yapılarak evlenmişse (MK md. 149 b.2)

Bu haller de yanılmaya düşen eşe evlenmenin iptalini dava etme hakkı tanınmıştır.

Yanılma nedeniyle açılan iptal davasında davacı eş, yanılmaya yol açan nedeni ispatla yükümlüdür. Davalı eşe ise, davacı tarafından ileri sürülen nedenin evlenme aktinin yapılmasında rol oynamadığının ispatı düşer. Ayrıca davalı davacının yanılmaya düşmediğini, mevcut şartlara göre yanılmanın imkansız olduğunu ispat edebilir.

MK md. 149'un birinci bedinde, evlenmenin mahiyetinde ve şahısta yanılma hali ikinci bendinde ise, nitelikte yanılma hali düzenlenmiştir.

aaa) Evlenmenin Mahiyetinde Yanılma

Evlenmenin mahiyetinde yanılma, eşlerden birinin iradesini açıklarken yaptığı işlemin evlenme sözleşmesi olduğunu fark etmemesi yani evlenmeyi hiç düşünmediği halde evlenme sözleşmesini yapmasıdır. Örneğin; Bir kimsenin evlenme merasimine şahit olarak katıldığını düşünmesi fakat evlenme akdinin bizzat kendisiyle yapılmış olması[684], bir kimsenin piyes temsil ediyor zannetmesi oysa gerçekte evlenme töreninin yapılmakta olması[685], bir kimse din değiştirme merasimi zannetmiş halbuki aynı zamanda evlenme merasiminin söz konusu olması[686], bir kimsenin nişanlandığını sanarak evlenmesi[687], yapılan bir törende tanıklar, evlendirme memuru ve hatayla evlendiği kişi ile bir masada oturarak yemin edip, derneğe ya da örgüte girdiğini sanan kişinin sorulan sorulara olumlu yanıtlar vermesi[688].

---

684 Öztan, 340

685 Akıntürk, s. 208

686 Oğuzman/Dural, s. 99

687 Köprülü / Kaneti, s. 101.

688 Zevkliler, s. 845.

Bu tür bir yanılma nadir olarak gerçekleşir. Zira evlenme, resmi bir törenle ve iki ergin tanığın katılmasıyla evlendirme memuru önünde yapılabilen merasime tabi bir sözleşmedir. Bu nedenle yaptığı sözleşmenin evlenme sözleşmesi olduğunu fark edemeyecek ayırt etme yeteneğine sahip bir kişinin mevcut olabileceği pek düşünülemez.

bbb) Eşin Kimliğinde Yanılma

Eşin kimliğinde yanılma, eşlerden birinin diğeri ile evlenmeyi düşünmediği, kastetmediği halde, yanılarak evlenme iradesini açıklamasıdır. Bu durumda (A) ile evlendiğini zanneden bir kimsenin (B) ile evlenmesi hali söz konusudur. Örneğin, mektuplaşma sonucu (A) yerine (A) ile evlendiğini zannederek (B) ile evlenen kimse evlendiği kimsenin şahsında yanılmıştır[689]. Koca iki kardeşten küçüğü ile evlenmek istediği halde yüzünü bir tül duvakla örten büyüğü ile evlenmiş ise yine şahısta yanılma vardır.[690] Birbirine benzeyen ikiz kardeşlerden biri yerine diğeriyle evlenmede de şahısta yanılma vardır.[691]

Doktrinin de şahısta yanılma halinin sadece kişinin fiziki varlığında yanılmadan ibaret mi olduğu, yoksa onun medeni kimliğinde yanılmayı da mı içine aldığı hususu tartışmalıdır. Örneğin, bir hasta bakıcının doktor, bir tezgahtarın patron sanılarak evlenilmesi halinde yanılma medeni kimlikte yanılmalıdır.

Doktrininde bir görüşe göre, evlenilecek kişinin medeni kimliğinde düşülen yanılma da şahısta yanılmanın bir türüdür. Aksi görüşe göre, burada kişide ve açıklamada yanılma değil kişinin niteliğinde, yani rızanın oluşumunda yanılma vardır ve bu durum MK md. 149/b.1'i değil md. 149/b.2'yi ilgilendirir.[692]

---

689 Öztan, 340

690 Akıntürk, s. 209

691 Zevkliler, s. 846.

692 Akıntürk, s. 209; Öztan, 341; Oğuzman / Dural, s. 100

ccc) Eşin Niteliğinde Yanılma

Yanılma "nitelikte yanılma" şeklinde de ortaya çıkabilir. Nitelikte yanılma MK md. 149 b.2'de düzenlenmiştir. Nitelikte yanılmada kişinin iç iradesi yanlış bir bilgi, yanlış bir kanaat, yanlış bir saik etkisi altında oluşmuştur.[693]

Nitelikte yanılmanın evlilik sözleşmesinin bozulma nedeni sayılabilmesi için, sözleşmeden önce var olması gerekir. Ayrıca kişinin nitelikte yanılmaya dayanarak evliliğin iptalini dava etmesi için bu durumu evlenme akdinden önce bilmemesi gerekir yani kendisinden bu husus gizlenmiş olmalıdır.

Evlilikte yanılma, eşlerden birinin diğerinin niteliğinde düşmüş olduğu her türlü yanılma değildir. Evlenecek olanların eşlerinde bulunmasını arzu ettikleri niteliklerin varlığı her zaman gerçekleşmeye bilir. Her eş diğer eşte onun çalışkan, dürüst olduklarını zannederek evlenmiş olabilir. Fakat kısa bir zaman sonra istedikleri vasıfların eşlerinde mevcut olmadığını görebilirler.

Nitelikte yanılma nedeniyle butlan davalarının olabildiğine açılmasına mani olmak için, her nitelikte yanılma butlan sebebi olarak kabul edilmemiştir. Kanun koyucu, nitelikte yanılma nedeniyle butlan davası açılabilmesi için, bazı şartların varlığını aramış ve mümkün olduğu kadar, evliliği ayakta tutmaya çalışmıştır.

Kanun koyucunun bu konuda yanılmanın eşin niteliğiyle ilgili olmasını, yanılmanın esaslı olmasını ve eşin niteliğinde düşülen yanılma yüzünden eşler arasındaki ortak hayatın çekilmez hal olmasını aramıştır. (MK md. 149 b.2)

1/a) Yanılma Bizzat Eşin Kendi Niteliği ile İlgili Olmalıdır

Yanılma bizzat eşin şahsına ait vasıflarda olmalıdır. Eşlerden biri bizzat diğer eşin bir niteliğinde yanılmış olmalıdır. Eşten başka kişilerin (eşin anne ve babasının, kardeşlerinin) niteliğinde yanılmış olan eş MK. Md. 149 b.2'ye dayanarak evliliğin iptalini isteyemez. Ayrıca hata, eşin parasal durumu ve çevresi ile ilgili olmamalı tersine

---

693 Öztan, 341.

sağlığı, namusu ve saygınlığı ile ilgili kişisel niteliklerinde yanılmaya düşülmüş olmalıdır[694].

Eşin şerefsiz ve onursuz bir hayat sürmesi, tedavisi imkansız bir hastalığa tutulmuş bulunması[695], içkiye düşkünlüğü eşin bizzat kendi şahsına ait vasıflarda yanılmaya ilişkin durumlardır[696].

1/b) Yanılma Esaslı (Önemli) Olmalıdır

Yanılma evlenmenin yapılıp yapılamaması üzerinde etkili olarak derecede önemli olmalıdır (MK. Md. 149 b.2) Eğer bir eş diğer eşin niteliğinde yanılgıya düşmemiş olsaydı, onunla evlenmeyecek idiyse yanılma subjektif bakımdan esaslı mahiyettedir. Buna karşılık orta düzeyde normal zekalı bir insan dahi bu durumu bilseydi evlenmeyecek idiyse yanılma objektif bakımdan esaslı mahiyettedir.

Düşülen yanılmanın esaslı olup olmadığının tespit için yanılmanın hem objektif hem de subjektif bakımdan esaslı mahiyette olması aranır[697].

Doktrinde ve uygulamada esaslı yanılmaya örnek olarak gösterilen hallerden bazıları şunlardır;[698] "karının bakire olmaması"; "karının cinsel ilişki meydana

---

694 Zevkliler, s. 847; "İstek, evlenmenin hata sebebiyle feshine ilişkindir. Medeni Kanunun 116/2 (YMK 149.b.2) maddesine göre eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir hale koyacak derecede önemli bir niteliği hakkında hataya düşerek evlenen karı kocadan her biri, evlenmenin feshini dava edebilir. Bundan anlaşılacağı gibi hata eşin niteliklerine, özellikle fiziki ve ahlaki niteliklerine ilişkin olmalıdır. Eşin ekonomik durumunun ve toplumdaki sosyal yerinin önemi olamaz. Olayda Medeni Kanunun 116. maddesinin öngördüğü şartlar gerçekleşmemiştir. Bu itibarla isteğin reddi gerekirken evliliğin feshine karar verilmesi yanlıştır" 2.HD. 14.10.1986 8668/8776 (Şener, Esat, Türk Medeni Kanunu, C.I, Ankara, 1998 s.347)

695 "Davanın mahiyetine ve dosyada bulunan hastane raporlarında; evlenmeden önce kadında bulunduğu tesbit edilen illetin mevcudiyeti, bundan haberdar olmayan koca için. Medeni Kanunun 116. maddesinde (YMK md. 149) yazılı feshi mucip vasıfta hata hallerinden maduddur. Sara hastalığı evlenmenin feshi sebebi olur" HGK 12.7.1980 E. 1950 / 2-152 K 1950/40 (Şahin Emin, Aile Hukuku Davaları, Ankara 2004, s. 110).

696 Öztan, 342

697 Öztan, 342; Akıntürk, s. 210.

698 Akıntürk, s. 210

gelmesini sağlayacak bir organa sahip olmaması";[699] kocanın cinsel ilişkiyi yerine getirecek kudretten yoksun oluşu[700]"; "kocanın işsiz güçsüz, asker kaçağı olması"; "eşlerden birini sar'a hastalığına tutulmuş olması"; "kadının evlenmeden önce başkasından gebe kalmış olması"; "erkekte bir cinsi sapıklık halinin bulunması"; "şeref ve haysiyete bağdaşmayan bir san'atla uğraşma"; "kaçaklık, ırza geçme veya hırsızlık gibi yüz kızartıcı bir suçtan dolayı mahkum olma"; "kadın vücudundaki anormallik" [701].

Yargıtay 2.HD 29.12.1986 gün E. 1986/10355 K. 1986/11434 sayılı kararında; cinsel iktidarın mevcut olmasına rağmen çocuk yapma kabiliyetinin bulunmamasını (kısırlık) durumunun MK md. 116/2 (YMK md. 149.b.2)'de evliliğin butlanını gerektirecek nitelikte vasıfta hatayı oluşturmayacağını belirtmiştir.[702]

Durumu evlenmeden önce bilen kişi için yanılma söz konusu olmaz. Bu durumda durumdan evlenmeden önce haberdar olan kişi evlenmenin iptalini talep edemez.

1/c)- Ortak Hayat Çekilmez Hal Almalıdır

Eşin niteliğinde düşülen yanılma yüzünden eşler arasındaki ortak hayat çekilmez bir hal almalıdır. Nisbi butlan davası açarak evliliğin feshini isteyebilmek için

---

699 "Evlendiği kadının cinsel organın bozuk olduğunun meydana çıkması, evliliğin feshi davası açılmasına nedendir. Sonradan ameliyatla cinsel organın cinsel ilişkiye elverişli hale gelmesi dava hakkını ortadan kaldırmaz" H.G.K. 18.1.1969 2/835-52 (İnal, Nihat, Türk Medeni Kanunu, C.1, Ankara, 1997; s. 673)

700 "Karı veya kocasında bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez bir hale koyacak derecede önemli bir niteliği hakkında hataya düşerek evlenen karı kocadan biri, evlenmenin feshini dava edebilir (MK. 116) Evlenmenin sosyal amacı yanında nesli devam ettirme ve cinsel istekleri tatmin etme gayesi de vardır. Kocanın cinsel organı normal yapıda olmasına rağmen psikolojik sebeple dahi olsa dört ayı geçen evlilik süresi içinde kabul edilebilir hiçbir sebep yokken eşinin kızlığını bozamamış olması karşısında kocanın davacıya karşı cinsi ilişkiyi yerine getirebilecek kudretten yoksun olduğunun kabulü zorunludur. Bu sebeple evliliğin feshine karar verilmesi gerekirken isteğin red edilmesi isabetsizdir" 2.H.D. 2.5.1985 4080/4201 (Şener, s. 348).

701 "Eşlerin birbirine her yönü ile yakınlaşmaları, böylece gerçek duyuma ulaşmaları evlilik yaşamında asıldır. Erkek görünşlü ve ömür boyu ilaç gücüyle kişiliğini korumaya çalışan bir kadına karşı kocadan doğan soğukluk ve haklı kaçınma duyguları karşısında evlenmenin bozulması (iptali) gerekir" 2.H.D. 14.5.1981 2375/3728 (İnal, s. 684)

702 Şahin, s. 114.

sırf yanılmaya düşmüş olmak yeterli değildir. Düşülen yanılma yüzünden kurulan evlilik birliği dolayısıyla hayat çekilmez hale gelmelidir.

Esaslı nitelik yanılmalarında kanunun aradığı "çekilmezlik" unsuru çoğunlukla vardır. Hakim, müşterek hayatın çekilmez hale gelip gelmediği hususunda karar verirken, tarafların sosyal mevkilerini, karakterlerini, ahlaki ve dini inançlarını göz önünde bulunduracaktır[703].

Eş, yanılmaya düşlüğünü öğrendikten sonra, evliliği devam ettirmek istediğini bildirmiş ise veya aradan uzun bir süre geçmesine rağmen evliliğin iptali için dava açmamış ise artık çekilmezlik unsuru da ortadan kalkmış olur ve yanılmaya düşen eş artık bu sebeple evliliğin iptali talebinde bulunamaz[704].

bb) Aldatma

Aldatma (hile) bir kimsenin diğer bir kimseyi bir irade beyanında bulunmağa sevketmek için onun zihninde yanlış bir tasavvur uyandırmak üzere kasden bazı hususları uydurması veya gizlemesidir.[705]

Aldatma durumunda da kişi hataya düşmektedir, ancak bu hataya başkaları tarafından yanıltılarak düşürülmektedir. Taraflardan biri diğerini aldatmak suretiyle kendisiyle evlenmeye bizzat ikna edebilir; aldatmanın illa diğer eş tarafından yapılmasına gerek yoktur; aldatma fiili tamamen üçüncü kişilerden de kaynaklanabilir. Yanılma durumunda, diğer eşin veya üçüncü şahısların aktif bir tutumu yok iken; aldatmada bir tarafın veya üçüncü şahsın karşı tarafı aldatmaya yönelik aktif bir davranışı vardır[706].

Eşlerden biri aldatılarak evlenmeğe yöneltilmiş bulunursa; onun evlenmeye yönelik iradesi sakatlanmış olur. Bu durumda iradesi sakatlanan eşe evlenmeyi iptal ettirme imkanı verir (MK md. 150).

---

703 Öztan, 343

704 Öztan, 343 Akıntürk, s. 211; Zevkliler, s. 847.

705 Akıntürk, s. 211.

706 Öztan, 344.

Medeni Kanun aldatmayı da nisbi butlan sebeplerinden biri saymıştır. Aldatılarak evlenmeye razı edilen eşe MK md. 150'de belirtilen iki halde evlenmenin iptalini dava etme imkanı tanınmıştır.

MK md. 150'de belirtildiği üzere eşlerden biri, eşinin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından evlenmeye razı edilmiş ise veya davacı eşin yada onun altsoyunun, sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık kendisinden gizlenmiş ise bu hallerde, iradesi sakatlanan eş evlenmenin iptalini dava edebilir.

Aldatma ve yanılma durumları kanunda ayrı ayrı düzenlenmiştir. Her iki irade bozukluğu halinin unsurları birbirinden farklıdır. Gerçekten Aldatma halinde düşülen yanılmanın esaslı olması şart kılınmadığı gibi, aldatılan eş için ortak hayatın bu yüzden çekilmez hale gelmiş bulunması da aranmamaktadır.[707] Çünkü aldatmanın varlığının evlilik birliğinin devamının karşı taraftan beklenemeyeceği sonucunu beraberinde getirdiği kabul edilmektedir[708].

Aldatma sonucu yapılan evlenmelerde, yapılan aldatma ve evlenme arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Yani eğer kişi söz konusu hali (gerçek durumu) bilseydi evlenme akdini yapmayacak olmalıdır.

Evlenmenin aldatma sonucu meydana geldiğinin ispat yükü aldatılan davacı eştedir. Ancak davalı, söz konusu durumun diğer eş tarafından evlenme akdi yapılırken bilindiğini veya akit yapılırken mevcut durumdan böyle bir sonuç çıkarmanın hiç de güç olmadığını iddia edebilir.[709] Örneğin, genelevde çalışan bir kadınla bunu bilerek evlenen erkek eşinin namus ve onuru hakkında aldatıldığını ileri sürerek evliliğin iptalini talep edemez.

Kanunumuz aldatma sebebiyle evliliğin iptal edilmesine ancak iki halde imkan tanımaktadır.

---

707 Öztan, 344; Akıntürk, s. 212; Zevkliler, s. 848.

708 Öztan, 344.

709 Öztan, 345.

aaa) Namus ve Onur Hakkında Aldatma

MK md. 150 b.1'e göre, eşlerden biri, diğer eşin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi altında bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı olmuşsa evlenmenin iptalini dava edebilir.

Namus ve onur, iyi şöhret, lekesiz bir geçmiş ve yaşayış biçimi anlamına gelir.[710] Yani eşlerden biri, diğerinin yaşayış biçimi ve geçmişi hakkında aldatılmış, kandırılmış ise evlenmenin iptalini talep edebilir. Örneğin; randevculuk yapan veya daha önce yüz kızartıcı bir suçtan dolayı hüküm giyen bir erkek çok namuslu ve iyi şöhret sahibi bir insan olarak tanıtılmış ve hakkında övücü sözler söylenerek nişanlı kız onunla evlenmeye yönlendirilmiş ise; uzun süre genelevde çalışan bir kadın son derece namuslu ve dindar olarak tanıtılmış ise durum böyledir.[711]

Eşlerden biri, diğerinin namus ve onuru hakkında bizzat karşı tarafça veya onun bilgisi altında üçüncü bir kimse tarafından yanıltılmış olabilir. Örneğin, cinsi sapıklıktan dolayı mahkum olmuş bir erkeğin nişanlısına kendisini namuslu ve onurlu bir insan olarak tanıtmış olmasıyla aynı şeyin onun yakınları; kardeşleri, arkadaşları, anne ve babası tarafından yapılmış olması arasında fark yoktur. Her iki durumda da nişanlı kız evlenmenin iptalini dava edebilir. Ancak, aldatmanın üçüncü kişiler tarafından yapıldığı ikinci durumda nişanlı kızın evliliğin iptalini dava edebilmesi için namus ve onuru söz konusu olan eşin, üçüncü kişilerin aldatmasını bilmesi gerekir.[712]

Namus ve onura ilişkin bir konuda, diğer eş açıklamada bulunmamış ise ve yalnızca susmuş ise bu bir aldatma mı dır? Doktrinde bu sorunun cevabı bir ayrım yapılarak verilmektedir. Kural olarak yalnızca susma aldatma sayılmaz. Fakat bazen dürüstlük kuralı gereği olan hususları söylememek ve bu konularda susmak aldatma sayılır.[713] Örneğin, kumarbaz ya da ayyaş bir erkekle asla evlenmeyeceğini nişanlısı

---

710 Akıntürk, s. 212.

711 Akıntürk, s. 212,213; Köprülü / Kaneti, s. 103; Zevkliler, s. 848.

712 Akıntürk, s. 213.

713 Akıntürk, s. 213; Öztan, 346; Zevkliler, s. 848; Köprülü/Kaneti, 103; Aksi yönde Oğuzman/Dural, s. 101.

tarafından defalarca söylenmesine karşın, böyle bir geçmişi olan, nişanlısının susması aldatma sayılır.[714]

Namus ve onur hakkında aldatma bakımından, eşin mali durumunda aldatmanın MK md. 150 kapsamına girip girmeyeceği doktrininde tartışmalıdır. Genel olarak mali durum hakkında aldatmanın bu hükmün kapsamına girmediği kabul edilmiştir.[715] Oğuzman/Dural'a göre ise, kişinin mali durumu hakkında aldatma olayın durumuna göre bazen haysiyetle aldatma teşkil edebilecektir.[716]

bbb) Tehlikeli Bir Hastalık Hakkında Aldatma

MK md. 150 b.2'ye göre, davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık kendisinden gizlenmiş ise, hastalık kendisinden gizlenen eş evlenmenin iptalini dava edebilir.

Kanunumuz bazı hastalıkların eşlerden gizlenmesini nisbi butlan sebebi saymıştır. Kanun koyucu eşlerden birinin yakalanmış bulunduğu herhangi bir hastalığı değil, sadece diğer eşin veya altsoyunun sağlığı bakımından ağır tehlike oluşturan hastalıklardan birinin gizlenmiş olmasını nisbi butlan sebebi saymıştır.

MK md. 150 b.2 hükmüne dayanılarak evliliğin iptal edilebilmesi için bazı şartlar aranmaktadır; öncelikle hasatlık eşit bizzat kendisinde bulunan bir hastalık olmasıdır. Ancak duruma göre eşin anasının veya babasının soya çekimle geçen hastalığında buraya dahil edilebilir.[717]

Hastalık diğer eşin veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık olmalıdır. Burada hastalığın ağırlığından maksat hastalığın ciddiyeti değil, gelecek nesil ve diğer eşler yönünden gösterdiği tehlike halidir[718]. Bu anlamda bir kalp

---

714 Zevkirler, s. 848; Akıntürk, s. 213.

715 Öztan; s. 346.

716 Oğuzman / Dural, s. 101,102.

717 Akıntürk; s. 214; Öztan, 347; Zevkliler, s. 849.

718 Akıntürk, s. 214; Öztan; s. 347

hastalığı ağır tehlike teşkil etmez[719]. Çoğunlukla zührevi (cinsel) hastalıklarda örneğin, frengi, AIDS, bulaşıcı verem ve cüzamda bu tehlike vardır. Hakim davacının ileri sürdüğü hastalığın böyle ağır tehlike oluşturun oluşturmadığını saptamak üzere Adli Tıp Kurumuna başvurmalıdır.

Hastalık diğer eşten gizlenmiş olmalıdır. Burada hastalığın diğer eşten saklanmış olması yeterlidir. Burada kanun koyucu prensip olarak böyle bir hastalığın evlenmeden önce diğer tarafa söylenmesi mükellefiyeti yüklüyor[720]. Yani kendisinde bu derece ağır tehlike oluşturan bir hastalık bulunan taraf bu durumu dürüstlük gereği evlenmeden önce diğer tarafa söylemek durumundadır. Bu gereği yerine getirmeyen taraf diğerini aldatmış olur.

Hastalık hakkındaki aldatmanın mutlaka diğer eş tarafından yapılmış olması gerekmez. Üçüncü kişilerin aldatması da aynı sonucu doğurur[721]. Ancak namus ve onur hakkındaki aldatmanın aksine, burada hasta eşin üçüncü kişinin aldatmasından haberdar olup olmaması önemli değildir yani o, üçüncü kişinin hastalığın diğer eşten gizlemiş olduğunu bilmese bile, diğer eş yine evliliğin iptalini dava edebilir. Çünkü; diğer eş hastalık hakkında bildirme yükümlülüğünü ihlal etmiştir ve bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi iptal davası için yeterlidir.

---

719 "Davada Medeni yasanın 117 nci maddesinin 2 nci bendinde istinat edilmiş ve evlenmenin feshi istenmiştir. Bu bentteki fesih sebebi davacının veya neslinin sıhhati için vahim tehlike arzeden bir hastalığın davacı eşten gizlenmiş olmasıdır. Bu bentte iki unsur vardır. Biri burada nitelik belirtirken bir hastalığın evlenme zamanında mevcut olması, diğeri ise bu hastalığın davacı eşten gizlenmiş bulunmasıdır. Mahkeme gizlenmiş olmak unsuru üzerinde, durmuş Yargıtay özel dairesi de olayda hastalığın niteliği bakımından davanın kabul şartı mevcut olmadığını kabul etmiştir. Dosyada müteaddit raporlar bulunmaktadır. Fakat bunlarda hiç biri hastalığın niteliği ve davacının veya neslinin sıhhati için vahim bir tehlike arzedip etmediği bu vahametin evlenme zamanında mevcut olup olmadığını belirtmemektedir. Bu itibarla bu hususların, mevcut raporlar göz önünde tutularak ve icabında davalı tekrar muayene edilerek mütehassıs bilirkişiden tahkik edilmesi ve gerektiği takdirde Adli Tıp Meclisinden mütalaa alınması, bundan sonra Medeni Yasanın 117nci maddesinde aranan şartların olayda tahakkuk edip etmediğinin takdiri cihetine gidilmesi lazımdır…" Y.H.G.K. 18.10.1967 1966/2-399-465 (İnal, s. 660)

720 Oğuzman/Dural; s. 101.

721 Akıntürk; s. 214; Öztan; s. 347; Zevkliler, s. 849.

Mevcut hastalık doktor raporuna göre iyileşmiş ise veya hiç olmazsa eş ve çocuklar için artık bir tehlike arz etmiyorsa, diğer eşin iptal talebi ortadan kalkar[722].

Davalı kendi hastalığını bilmiyorsa ve bilmesi gerekmiyorsa, aldatma dolayısıyla dava açılamaz. Çünkü, kanun koyucu aldatmada kast unsurunu aramıştır.[723]

Bu durum da, davacı eş, diğer eşin önemli bir vasfında yanıldığını ileri sürerek yani MK md. 149. b.2'e göre iptal davası açamayacaktır[724].

cc) Korkutma

MK md. 151'e göre kendisinin veya yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve unsuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş eş, evlenmenin iptalini dava edebilir.

Korkutma da irade bozukluğu hallerinden biridir ve nisbi butlan sebeplerindendir. Evlilik evlendirme memuru ve şahitlerin huzurunda aleni olarak yapıldığından evlenmede maddi korkutma pek mümkün değildir.[725]

Ama gene de böyle bir korkutma mevcut ise, korkutma altında evlenme akdini yapan eş MK md. 151'e dayanarak evlenmenin iptalini dava edebilecektir.

Korkutma ile yapılan evlenmelerde daha çok manevi korkutma söz konusudur. Korkutma ile evlenmeye yönelik iradesi sakatlanan kimse, kendisi veya yakınları için o anda mevcut olan veya çok yakın ve önemli bir tehlikenin varlığına inanmış olmalıdır.

---

722 Köprülü/Kaneti; s. 103; Öztan, 348.

723 Öztan; s. 348.

724 Öztan; s. 348.

725 "Toplanan delillerden, tarafların, evlendirme memurunun huzurunda evlenme iradelerini açıklamaları ile evlenme akdinin gerçekleştiği anlaşılmaktadır. Davacının kaçırılması, evlenme akdinin tehdit altında yapıldığını gösteremez. Özellikle erkeğin babasının saatte bulunması, davacının iradesini evlenme defterinin taraflarca önceden imzalanmış olması şekil eksikliği olup akdi geçersiz kılmaz. Onun için davanın reddine karar verilmesi gerekirken olaya uymayan sebep ve düşüncelerle evlenme akdinin feshine karar verilmesi yanlıştır." 2.HD. 19.11.1987 7231/8955 ('Şener, s. 336)

Kanunumuz her türlü korkutmayı değil, bazı nitelikleri bulunan korkutmayı nisbi butlan sebebi saymıştır. Öncelikle korkutma ya bizzat eşe veya onun yakınlarından birine karşı yapılmış olmalıdır. Yakınların kimler olduğu hakimin takdirine bırakılmıştır. Yakın kavramının her olayda ayrıca tespit edilmesi gerekir. Hısımların dışında kalan kimseler de "yakın" kavramına girebilir.[726] Örneğin, yakın bir arkadaş, ticari ortaklar gibi.

Korkutma hayat, sağlık, namus ve onura yönelik olmalıdır. Örneğin, seni öldürürüm, iki kolunu keserim, dağa kaldırır ve iğfal ederim gibi[727]. Borçlar Kanunundaki korkutmadan farklı olarak burada mala karşı korkutma md. 151 hükmünün kapsamına girmez. Bu nedenle mirastan mahrum bırakmak, işten çıkarmak gibi tehditler, kanun koyucunun bu konuda aradığı tehditler değildir.[728]

Korkutma ağır bir tehlikeye yönelik olmalıdır. Ciddiye alınabilecek nitelikte olmayan bir korkutma ağır tehlike oluşturmadığından evlenmenin iptalini gerektirmez. Örneğin, öldürme, ırza geçme, kollarını ve bacaklarını kesme ağır tehlike oluşturduğu halde; saçını kökünden kazıma, okuyup üfleyeceğini çaresiz dertlere düşüreceğini söylememe ağır bir tehlike niteliğinde değildir.[729] Yani korkutma konusu tehlikenin objektif açıdan ciddi ve esaslı olması şarttır.[730]

Korkutma mevcut veya pek yakın bir tehlikeye yönelik olmalıdır. Uzak bir tehlikeye karşı yapılan korkutma nisbi butlan sebebi oluşturmaz. Örneğin, benimle evlenmesen iki yıl sonra seni kaçırırım gibi.

---

726 Öztan, 349; Akıntürk, s. 214; Zevkliler; s. 849; Oğuzman/Dural, s. 102.

727 Zevkliler, s. 849.

728. Öztan,s. 349.

729 Akıntürk, s. 215; Zevkliler, s. 849.

730 Köprülü / Kaneti, s. 104, Aksi görüşte, Öztan, 350; Korkutmaya uğrayanın ruhi durumu da göz önünde tutulmalıdır önemli olan karşı tarafın korkutmayı ciddiye almasıdır yani burada objektif değil, sübjektif bir ölçü uygulanır. Sübjektif olarak inanmak şartı aranır.

Korkutmanın diğer eş yada üçüncü kişiler tarafından yapılmış olması önemli değildir. Örneğin; anne ve babasının korkutmasıyla evlenen kız bu nedenle evlenmenin iptalini talep edebilir.[731]

Korkutma nedeniyle evlenmenin iptalini dava edebilmek için korkutmak ile evlenme arasında illiyet bağının bulunması gerekir. Yani evlenmenin bu korkutmanın etkisiyle yapılmış olması gerekir. Eğer kişi korkutma olmasaydı evlenmeyecek idiyse riayet bağının bulunduğu kabul edilir ve bu durumda korkutularak rızası sakatlanan eş evlenmenin iptalini dava edebilir.

c) Yasal Temsilcinin İzninin Bulunmaması

MK md. 126,127'de belirtildiği üzere, evlenme yaşına erişmiş olan ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar ancak yasal temsilcilerinin izniyle evlenebilirler. Bu evlenmenin maddi şartlarından biridir. Eğer bir küçük, ana ve babasının; bir kısıtlı vasisinin iznini almadan evlenmiş iseler, izni alınmayan yasal temsilci MK md. 153/I'e göre evlenmenin iptalini dava edebilir.[732]

Kanunumuz yasal temsilcinin izninin bulunmamasını da bir nisbi butlan sebebi olarak saymıştır. Ancak evlenmenin iptaline karar verilmeden önce izin olmadan evlenen eş yasal temsilcinin iznine muhtaç olmaktan kurtulur, örneğin, küçük on sekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur, kısıtlıda vesayet altından çıkarsa veya karı gebe kalırsa, artık nisbi butlan sebebiyle evlenmenin iptaline karar verilemez. (MK md. 153/II)

---

731 "Olayda ölüm tehdidinin ciddi olmayacağını mahkeme mütalaa eylemekte ise de, bunu evvel, emirde davacının haline ve sübjektif durumuna yani tehdidin ciddiyetine samimi olarak inanmış olması keyfiyetine göre takdir etmek gerektiğinden hata edilmiş bulunmaktadır. Öte yandan afakî bakımdan babanın kızı öldürebileceğini imkânsız görmenin mesnetleri nelerse bunları mahkemenin açıklatması gerekirken bu yapılmamıştır. Baba kızı üzerinde en ziyade nüfus sahibi kimsedir. Onun kızı üzerinde baskısının ve bir zaman nişanlılık ilişkisi devam ettiğinden, sonunda evlenmenin tahakkuk etmesini namus davası haline getirecek, namusunu temizlemek cehaleti içerisinde kızını öldürmeye kalkışabileceği göz önünde tutulmaması isabetsizdir…" 2.HD. 13.3.1967 1369/1395 (İnal, s. 663)

732 Nisbi butlan davasını savcı açamaz bkz. 2.HD. s. 10.1992 8346/9006 (Şener, s. 340)

Yargıtay verdiği bazı kararlarda[733], evlenme yaşına ulaşanlar için yasal temsilcinin izninin aranmasını gerekli görmemiştir. Ancak bu kararlar doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Çünkü Türk Medeni Kanunu'nun 124. maddesi sadece evlenme yaşının indirilmesini öngörmektedir. Evlenme yaşına erişmiş fakat rüşt yaşına erişmemiş bir kimsenin evliliği için, yasal temsilcinin iznini öngören MK md. 158 maddesi yürürlüktedir. Buna göre evlenme yaşına erişmiş olan ve fakat henüz 18 yaşını doldurmamış bulunan bir kimse, evlenme yaşına erişmekle küçük olmaktan çıkarak ergin (reşit) kimse durumuna geçemez[734].

MK md. 128'e göre, haklı bir sebep olmaksızın evlenmeye izin vermeyen yasal temsilcinin bu tutumuna karşı küçüğe veya kısıtlıya mahkemeye başvurma imkanı sağlanmıştır. Hakim yasal temsilciyi dinledikten sonra başvuruda bulunan küçüğün veya kısıtlının evlenmesine izin verebilecektir.

MK md. 153/I'de düzenlenen nisbi butlan nedenine dayanarak yasal temsilcinin evliliğin iptali davası açması izni olmaksızın evlenen ayırt etme gücüne sahip küçük veya kısıtlılar yani 17 yaşını (evlenme yaşını) doldurmuş erkek ve kız çocuklarının yaptıkları evlenme akdinin iptali içindir. Henüz evlenme yaşına varmamış ayırt etme gücüne sahip küçükler evlenmiş iseler bu evlenmenin sonucunun ne olacağı hususu açık olarak kanunda belirtilmemiştir. Gerçekten henüz on altı yaşındaki bir kız veya erkek hukuken mümkün olmamasına karşı her nasılsa evlenmiş iseler yapılan evlenme butlanla sakat mı olacaktır, yoksa geçerli mi sayılacaktır? Doktrinde, olağan evlenme yaşını (17) henüz doldurmamış olan fakat ayırt etme gücüne sahip bulunan küçüklerin yapmış oldukları evlenmelerin nisbi butlan yaptırımına tabi tutulması ve buraya MK md. 153'ün kıyas yoluyla uygulanması ileri sürülmüştür.[735]

---

733 "Davalı Melâhat evlilik anında 16 yaşını bitirmiş olduğu nüfus ve evlenme kayıtlarından anlaşılmaktadır. Medeni yasanın değişen 88.nci maddesine nazaran bu yaştaki evlenmelerde ana babanın izni aranamayacağı kabul edildiği halde aksi düşünce ile nikahın feshine karar verilmesi yolsuzdur…" 2.HD. 16.3.1967 1396/1480 (İnal, s. 666); Aynı yönde 2 HD. 16.1.1967 97/200; 2.HD. 16.5.1952 3325/2958

734 Akıntürk, s. 216; Öztan, 337, 338; Zevkliler, s. 850-851

735 Akıntürk, s. 216; Öztan, 337, 338; Zevkliler, s. 851

Öztan'a göre, erkeğin ve kadını onaltı yaşını tamamlamamış olmaları halinde tarafların ayırt etme gücüne sahip olmadığı fazolunur ve bu nedenle bu durumda yapılan evlenme mutlak butlanla sakattır. Aynı şekilde on altı yaşını tamamlamış olmakla birlikte hakimin izni olmaksızın yapılan evlilikte mutlak butlanla sakattır. Fakat olağan evlenme yaşını (17) doldurmamış olan fakat ayırt etme gücüne sahip küçüklerin yapmış olduğu evlilik nisbi butlan yaptırımına tabidir[736].

Yasal temsilcinin izni alınmaksızın evlenme durumunda, bu evliliğin nisbi butlan nedeniyle iptalini isteme hakkı, yasal temsilciye aittir. Yasal temsilcinin açacağı iptal davası altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü süreye bağlı değildir. Bu nedenle yasal temsilcinin evlenen kişinin velayet ve vesayetten kurtulmasına yada kadının gebe kalmasına kadar bu davayı açabileceğini kabul etmek gerekir.[737] Yasal temsilcinin iznini alma zorunluluğundan kurtulma durumunda, tam ehliyetli hale gelen kişinin, evliliğin geleceğini belirlemeyi bizzat kendisine bırakmanın doğru olacağı düşüncesi söz konusu iken kadının gebe kalması durumun da ailenin ve doğacak çocuğun çıkarlarının korunması düşüncesi söz konusudur.

3- Nisbi Butlan Davası

Nisbi butlan sebeplerinden birinin varlığı halinde açılan nisbi butlan davası evliliğin ortadan kaldırılması sonucunu doğurur. Nisbi butlanla geçersiz evlilik hakim kararı ile ortadan kaldırılıncaya kadar geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurur. Hakimin evliliğin ortadan kaldırılması konusunda verdiği karara "iptal kararı" ve evliliğin bu yolla, ortadan kaldırılmasına "evliliğin iptali" denilir.[738]

Nisbi butlan davasında davacı ve davalı konumunda bulanacak kişiler, dava hakkının ortadan kalkması, butlan davasında görev, yetki ve yargılama usulünü ayrı ayrı inceleyelim.

---

736 Öztan, 338

737 Zevkliler, s. 851

738 Zevkliler, s. 853

a) Davanın Hukuki Niteliği

Mutlak butlan davası bozucu yenilik doğuran bir dava , bu dava sonucunda verilen karar da yenilik doğuran bir karardır. Çünkü bu dava ile ortada mevcut olan bir hukuki durum sona ermekte evlilik ortadan kalkmaktadır[739].

b) Davanın Tarafları

aa) Davacı

Nisbi butlan davası açma hakkı ayırt etme gücünden geçici yoksunluk ve rızayı sakatlayan sebeplerden birinin varlığı halinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olan ve sonradan ayırt etme gücünü yeniden kazanan eşe ve evlenme konusundaki iradesi yanılma aldatma ya da korkutma nedeniyle sakatlanan eşe tanınmıştır. (MK md. 148,149,150,151).

Küçük ve kısıtlılar yasal temsilcilerinden izin olmadan evlenmişlerse, bu durumda nisbi butlan davası açma hakkı ancak yasal temsilcisi olan veli yada vasiye aittir (MK md. 153/I)[740].

Mutlak butlandakinin aksine burada, kamu davası açma hakkı veya diğer ilgililerin dava açma hakkı söz konusu değildir. Nisbi butlan davası açma hakkı şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır ve sadece davayı açacak kişinin kendi menfaatlerini ilgilendirir.

Yasal temsilci ayırt etme gücüne sahip küçük veya ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar için evlenme izni vermemiş veya verdiği izni evlenme akdi yapılmadan geri almış ise bu evliliğin iptali için dava açabilir[741]. MK. Md. 124/I'e göre kişiler 17 yaşını bitirmiş olmadıkça evlenemez. Buradaki yaş normal (olağan) evlenme yaşıdır, fakat kişi 18 yaşına ikmal ederse kadar evlenmek için ana ve babasının veya vasisinin rızasını almak durumundadır.

---

739 Dural/Öğüz/Gümüş, 92.

740 Öztan, 356

741 Öztan, 356.

Ana ve babanın evlenme iznini birlikte vermeleri gerekir. Bu durumda ana veya babadan biri izin vermemiş ise izin vermeyen anne veya baba evliliğin iptali için dava açabilir.

Evlenen kişi vesayet altındaysa, evlenmesi için vasisinin izni aranır. Vasisinin izin vermemesi halinde vasi evliliğin iptali için dava açabilir.

Davanın yasal temsilcisi tarafından açılması halinde de evlenen kişilerin menfaati esas alınmıştır. Bu nedenle, kadının bir çocuk beklemekte bulunması veya sonradan ergin olması veya kısıtlılığının ortadan kalkması durumlarında, yasal temsilcinin dava hakkı ortadan kalkar.

Kadının hamile kalması veya eşlerin sonradan ergin olmaları yada kısıtlılık halinin ortadan kalkması durumları, açılan davaya ilişkin kararın kesinleştiği anda aranır. Hamilelik hali doktor raporu ile doğrulanmalıdır. Ayrıca kadın "eşinden" hamile kalmalıdır.[742]

Kişi evlendikten sonra ayırt etme gücünü kaybetmiş ise, yasal temsilci evliliğin iptali davası açamaz. Çünkü iptal davası açma şahsa sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Ancak evlenme sözleşmesinde karşı tarafın namusuna, onuruna veya tehlikeli hastalıklara ilişkin bir yanılma ve aldatma varsa, açabilir. Yoksa yasal temsilci eşlerden biri adına dava açamaz.[743] Eş davayı açtıktan sonra ayırt etme gücünü kaybetmiş ise yasal temsilci davaya devam edebilir.[744]

İptal davası açma hakkı bu hakka sahip olan eşin ölümü üzerine onun mirasçılarına geçmez. Ancak eş ölmeden önce iptal davası açmış ise, mirasçılar bu davaya devam etme hakkına sahiptir (MK md. 159)

---

742 Öztan, 357.

743 Öztan, 357,358; Oğuzman / Dural s. 105.

744 Öztan, 358.

bb) Davalı

Ayırt etme gücünden geçici olarak yoksunluk veya irade bozukluğu hallerinde nisbi butlan davası diğer eşe karşı açılır. İzinleri alınmadan yapılan evlenmelerin iptali için yasal temsilcilerin yani ana, baba veya vasinin açacakları nisbi butlan davalarında ise davalı, her iki eştir[745].

c) Dava Hakkının Ortadan Kalkması

Medeni kanunda nisbi butlan davası açma hakkının temyiz kudretinden geçici mahrumiyet de ve rızayı sakatlayan sebepler de bir hak düşürücü sürenin geçmesi ile, yasal temsilciler için, bazı durumların gerçekleşmesi ile düşeceğini kabul etmiştir. Bunun yanında dava hakkı sahibinin dava açma hakkından feragat etmesi veya diğer bir tabirle sakat evlenmeye icazet vermesi, durumunda kanunda düzenlenmemiş olmamakla birlikte mahiyet icabı dava hakkını düşürür.

Eşlerin nisbi butlan davası açma hakları belli bir sürenin geçmesi ile veya onama (icazet) ile ortadan kalkar. Kanun eşlerin nisbi butlan davası açma hakkını belli bir süre ile sınırlamıştır. (MK md. 152). Kanunumuz hak düşümü süresi olarak biri altı ay, diğeri ise, beş yıl olmak üzere iki türlü süre öngörmüştür. Altı aylık süre iptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin ortadan kalktığı tarihten itibaren, beş yıllık süre ise evlenme sözleşmesinin yapıldığı andan itibaren işlemeye başlar. Nisbi butlan davası açma hakkı olan eş, bu surelerinin geçmesinden sonra artık dava hakkını kaybeder. Bu süreler hak düşürücü süre olduğu için, hakim tarafından re'sen göz önünde tutulur. Yasal temsilcinin izni alınmaksızın evlenme hallerinde yasal temsilcinin dava açma hakkı bu sürelerle bağlı değildir.

Eşlerin nisbi butlan davası açma hakları onama icazet ile de ortadan kalkar. Bu hal kanunda hüküm altına alınmış değildir. Nisbi butlan davası açma hakkına sahip olan kimsenin hak düşürücü süreler içerisinde dava açmayarak evlenmeyi sakatlıktan kurtarması nasıl mümkünse, henüz süre geçip dava hakkı düşmeden evlenmeye icazet

745 Öztan, 359.

vermesi de mümkündür.[746] Butlan sebebini öğrenmesine rağmen ortak hayatı devam ettiren eş bu davadan örtülü olarak feragat etmiş yani sakatlanmış evliliğe icazet vermiş sayılır.[747]

Oğuzman/Dural'a göre, hakimin bu konuda çok titiz davranması ve ancak kesin kanıtlara dayanarak onamayı (icazeti) göz önüne alması gerekir. Sadece susmak ve normal ilişkiye devam etmek evlenmeye icazet verildiği anlamına gelmez. Ancak bütün şartlar değerlendirilerek sonuca varılabilir.[748]

Yasal temsilcilerin dava hakkının düşmesi MK md. 153/II'de düzenlenmişti. Buna göre, izne tabi olanın iptal kararı verilinceye kadar izne tabi olmaktan kurtulması, küçüğün ergin olması, kısıtlının kısıtlılık halinin ortadan kalkması veya izne tabi olan eş ister kadın ister erkek olsun evliliğin iptali kararı verilinceye kadar karının hamile kalması halinde iptal kararı verilemez. Bu haller henüz dava açmadan ortaya çıkmış ise yasal temsilcinin dava hakkı düşer. Ayrıca yasal temsilcinin dava hakkı evliliğine icazet vermesi ile de ortadan kalkar.[749]

Taraflardan her ikisinin de ölümü halinde, dava açma hakkı sona erer. Ancak taraflardan birinin ölmesi, diğerinin dava açma hakkını ortadan kaldırmaz. Öztan'a göre bu durumda dava diğer mirasçılara karşı açılır.

d) Butlan Davasında Görev, Yetki ve Yargılama Usulü

Medeni kanun butlan davasında yetki ve yargılama usulü bakımından boşanma hükümlerine atıfta bulunmuştur (MK md. 160).

MK md. 160'ın boşanma hükümlerine yaptığı atıf neticesinde yetkili mahkemenin MK md. 168 hükmüne göre belirlenmesi gerekir. MK md. 168'e göre yetkili mahkeme eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.

---

746 Oğuzman / Dural, s. 104; Akıntürk, s. 220; Köprülü / Kaneti, s. 108

747 Akıntürk, s. 220

748 Oğuzman/Dural, s. 104.

749. Oğuzman/Dural, s. 104

Medeni kanunumuz butlan davasında görevli mahkemeyi belirtmemiştir. 4787 sayılı kanun md. 4'e göre görevli mahkeme aile mahkemesidir. Aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde asliye mahkemesidir.[750]

Evliliğin sona erdirilmesi için açılan nisbi butlan davasında uygulanacak yargılama usulü MK md. 160'ın boşanma hükümlerine yaptığı yollama neticesinde MK md. 169 ve 184 hükümleri burada uygulanacaktır.[751] Gerçekten hakim butlan davası açıldıktan sonra gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına geçimine, malların yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alacaktır. Çünkü, butlan davası süresinde eşler ayrı yaşama hakkı kazanırlar.[752]

MK md. 160 açık hükmü karşısında MK md. 184. kıyas yoluyla butlan davasında uygulanacaktır. Örneğin; hakim butlan davasında da tarafların ikrarı ile bağlı olmayacak ve onlara yemin teklif edemeyecektir[753].

---

750 Öztan, 359; Akıntürk, s. 221; Zevkliler, s. 856; Oğuzman / Dural, s. 106; Köprülü / Kaneti, s. 108

751 Akıntürk, s. 221; Öztan, 359; Oğuzman / Dural, s. 106,107.

752 "Evliliğin feshi davasında usulü muhakeme boşanmadaki hükümlere tabidir. (MK 128) Evliliğin feshi davası açıldıktan sonra da eşler boşanma ve ayrılık davasında olduğu gibi (MK 162/II), davanın devamı süresince diğerinden ayrı yaşama hakkı kazanır. Bu sebeple istek tarihinden başlamak ve dava hakkında verilen kararın kesinleşmesine kadar devam etmek üzere davacı yararına uygun bir nafakanın takdiri zorunludur. Bu yön gözetilmeden ve taraflardan hangisinin haklı olduğu boşanma davasında tartışılacağından söz edilerek davacının nafaka istediğinin reddi isabetsizdir." 2.HD. 15.5.1986 4874/5150 (Şener, s. 1998)

753 Özkan, s. 360

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

§ 5 İSLAM HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN SONUÇLARI

İslam Hukukunda evlenmenin hükümsüzlüğü ile batıl ve fasid evlilikler kastedilmektedir. Bu iki tür de sahih olmayan evlilikler şeklinde bir üst başlık altında birleşirler. Batıl olan ve fasid olan evliliklerin neler oldukları ikinci bölümde incelenmişti. Burada ise sadece bu evliliklerin hukuki sonuçları değerlendirilmiştir.

I- BATIL EVLİLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI

Batıl olan evlenmeleri zifafın yapılıp yapılmamış olmasına göre iki kısımda değerlendirmek yerinde olur.

A) ZİFAFTAN ÖNCE

Evlenmenin rükünlerinde veya inikat şartlarındaki bir eksiklik evlenmenin batıl olması sonucunu doğurur. Bu durumda evlenmenin hiç yapılmamış olduğu kabul edilir[754]. Yani bu durumda evlenmenin butlanı ile yokluğu aynı anlama gelmektedir[755]. Batıl olan sözleşmeden fiili ayrılık zamanına kadar kadın erkekten nafaka isteyemeyecek, taraflardan birisi ölürse sağ kalan taraf ona mirasçı olamayacaktır. Halveti sahiha da zifaf yerine geçmez[756]. Mehir sabit olmaz, kadının kocasına itaat

---

754 Cin, Evlenme, 149.

755 Hallaf, 39.

756 Cin, Evlenme, 149.

etmesi gerekmez[757]. Erkeğin kadına yönelik talak ifadeleri hukuki sonuç doğurmaz[758].Ayrılıktan sonra kadının iddet beklemesine gerek yoktur[759].

Tarafların ayrılmaları gerekir. Bu ayrılık fiili birlikteliğin sona ermesi anlamındadır. Yoksa herhangi bir hukuki işlemin yapılmasına ez cümle hakimin butlan kararına gerek yoktur. Burada kanundan doğan bir durum söz konusudur[760]. Taraflar kendiliklerinden ayrılmazlarsa hakim aynı zamanda kamu düzeninin de koruyucusu olduğu için tarafların fiilen ayrılmalarını sağlar[761]. Ayrıca herkes bu durumu mahkemeye bildirebilir[762]. Hakim de bu beraberliği sona erdirmek için gerekli tedbirleri alır, çünkü bu birliktelik ortadan kaldırılması gereken zina hükmündedir[763].

B) ZİFAFTAN SONRA

Zifaf gerçekleşmiş olsa bile batıl bir evlilik geçerli hale gelmez. Batıl olarak kalmaya devam eder.

Burada butlan sebebini de değerlendirmek ve sonucunu ona göre vermek yerinde olur. Kanaatimizce evlenmenin butlanı rükünlerinin olmaması sebebiyle gerçekleşmişse zifafın olması da burada hiçbir şeyi değiştirmez. İrade beyanlarının olmaması veya uyuşmaması gibi sebeplerle evlenme batıl (yok) ise zifaf da zina hükmündedir ve ceza gerekir[764].

Evlenmenin butlanı mahallül akd olan kadının erkeğe kati bir şekilde müebbet yasak olmasından kaynaklanıyorsa burada da hukukçular arasında farklı görüşler vardır.

---

757 Şelebi, 320; Şaban, 136.

758 Şelebi, 320.

759 Şelebi, 320; Şaban, 136.

760 Cin, Evlenme, 149.

761 Cin, Evlenme, 149. Yazar hakimin evlenmenin iptaline ilişkin bir karar vereceğinden bahsetmektedir. Ancak unutulmamalıdır ki burada iptal edilmesi gereken değil zaten olmayan bir evlenme vardır. Dolayısı ile hakimin vereceği karar bir tespit hükmü olup bozucu yenilik doğuran bir karar niteliğinde değildir.

762 Şelebi, 320; Cin, Evlenme, 149.

763 Şelebi, 320.

764 Ebu Zehra, 150.

Örneğin bir kişi kız kardeşi, teyzesi veya halası gibi bir kadınla bu durumu bilerek evlenmişse ne olacaktır. Tarafların bu birlikteliğinin zina olduğu hususunda İslam hukukçuları hemfikirdir[765]. Ancak bu zina sayılan birlikteliğe had cezasının uygulanıp uygulanamayacağı hususunda fikir ayrılığına düşmüşlerdir. Ebu Hanife dışındaki hukukçular burada tarafların zina yaptıkları ve had cezasıyla cezalandırılmaları gerektiği görüşündedirler[766]. Ebu Hanife ise burada taraflar geçersizliğini bilerek de olsa bir nikah kıymışlardır ve az da olsa nikah yani sözleşme şüphesi mevcuttur. Bu da zinayı düşürmese bile had cezasının düşmesini sağlar. Çünkü Hz. Peygamberimizin şüphe halinde had cezalarını düşürün şeklinde hadisi bulunmaktadır[767]. Bununla beraber taraflara en ağır tazir cezasının verilmesi gerektiği çünkü yaptıkları işin çok kötü bir davranış olduğu ifade edilmektedir[768].

Bu birliktelikten nesep sabit olmaz ve taraflar birbirlerine mirasçı olamazlar[769]. Nafaka, mehir, nesep, iddet ve hürmeti müsahera gibi hususlar sabit olmaz[770]. Bir birleşmeden dolayı ya mehir yada had gerekir şeklindeki kural gereği Ebu Hanife burada kadının mehr-i misle müstehak olacağını ifade eder[771]. Taraflar arasındaki birlikteliğe had uygulanmasa da bu bir zinadır ve bu birleşmeden dolayı tarafların usul ve furuuları ile diğer taraf arasında evlenme engeli doğar[772]. Şafiiler ise burada evlenme engelinin doğmayacağı kanaatindedirler[773].

---

765 Şelebi, 320. Erkek ile kadın arasında evlenme engelinin geçici olması durumunda taraflar bunu bilerek evlenmişlerse evlenmenin batıl, bilmeden evlenmişlerse evlenmenin fasid olduğu da ifade edilmektedir, Bkz. Abdülhamid, 42.

766 Şaban, 136; Şelebi, 320.

767 Şaban, 136; Şelebi, 320.

768 Şelebi, 320; Şaban, 136.

769 Hallaf, 39.

770 Acar, 212.

771 Şelebi, 321; Şaban, 137.

772 Cin, Evlenme, 150; Hallaf, 46.

773 Hallaf, 46.

Taraflar kanunun yasaklayıcı hükmünü veya gerçek durumu bilmiyorlarsa zina haddi uygulanmaz[774].. Hanefiler dışındakiler kadının iddet beklemesi gerektiğini söylerler.

II- FASİD EVLİLİKLERİN HUKUKİ SONUÇLARI

A) ZİFAFTAN ÖNCE

Evlenme sözleşmesinin rükünleri ve inikat şartları tamam olmasına rağmen sıhhat (geçerlilik) şartları eksikse sözleşme fasittir[775]. Fasid sözleşme sonucunda tarafların kendiliklerinden ayrılmaları gerekir[776]. Eğer taraflar kendiliklerinde ayrılmazlarsa mahkeme bu evliliğin sona erdirilmesini sağlar ve onları ayırır[777]. Bu davanın açılmasında herkes yetkilidir. Tarafların bu durumunu bilen herkesin bunu mahkemeye iletmesi gerekir. Çünkü bu durum kamu düzeninden olup Müslümanların hem dini hem de dünyevi yararları söz konusudur[778]. Taraflar zifaftan önce kendiliklerinden ayrılırlar veya mahkeme ayrılmalarına karar verirse hiçbir hukuki sonuç doğmaz[779].

B) ZİFAFTAN SONRA

Taraflar fasid bir evlilikle evlenmişler ve bu evliliğe dayanarak gerçek anlamda cinsel ilişki[780] gerçekleşmişse bazı hukuki sonuçların doğacağı kabul edilmektedir. Bu sonuçlar dikkatli bir şekilde incelenirse fasid sözleşmeden değil gerçek anlamdaki cinsel ilişkiden kaynaklanmaktadır ve sosyo-psikolojik bir amaç gütmektedir[781]. Bunlar

---

774 Cin, Evlenme, 149; Şelebi, 321;

775 Aydın, hukuk Tarihi, 312; Şelebi, 321; Şaban, 134; Hallaf, 39; Aydın, Aile, 30; Abdülhamid, 42.

776 Abdülhamid, 43; Hallaf, 39; Şaban, 134; Şelebi, 322; Aydın, Aile, 30.

777 Hallaf, 39.

778 Abdülhamid, 43.

779 Abdülhamid, 43; Hallaf, 39.

780 Bu sonuçların doğması için cinsel ilişkinin gerçekleşmesi gerekir. Taraflar arasındaki halveti sahiha fasid evlilikte cinsel ilişkinin sonuçlarını doğurmaz. Ancak bu evlilik sahih bir evlilik olsaydı halveti sahiha cinsel ilişkinin bazı sonuçlarını doğuracaktır Şelebi, 322, dn. 1.

781 Apaydın, 130.

beş başlık altında toplanabilir[782]. Bunlardan başka evlilikte ulaşılmak istenen hiçbir hukuki sonuç gerçekleşmez. Taraflar birbirlerine mirasçı olamazlar, nafaka yükümlülüğü doğmaz.

1-Taraflara Zina Haddi Uygulanmaz

Taraflar arasındaki nikah şüphesinden dolayı zina haddi ittifakla uygulanmaz[783]. Ancak fasid nikahla yapılan birleşmeler günah olarak kabul edilir. Dolayısıyla hakimin tarafları ve başkalarını bu ve buna benzer fiillerden alıkoyacak caydırıcı tedbirleri alması gerekir[784].

2- Erkeğin Mehir Ödemesi Gerekir

Evlenme sözleşmesinin yapılması sırasında taraflar bir mehir belirlemişlerse bu durumda mehr-i misil ile mehr-i müsemma arasında hangisi daha az ise erkek bu miktarı ödemek zorunda kalır[785]. Çünkü bir kadınla yapılan cinsel ilişkinin iki sonuçtan birisini doğurması kaçınılmazdır: Mehir veya hadd[786].

Evlenme sırasında veya sonradan bir mehir belirlenmemişse bu durumda erkek mehri misil ödemek zorunda kalır[787]. Bu görüş taraf iradelerine daha fazla önem vermektedir[788]. Dolayısıyla kadın mehri müsemma daha az ise mehri misli dururken ona razı olmuştur. Mehri müsemma mehri misilden fazla ise fasid sözleşmeyle böyle bir hukuki sonuca ulaşma imkanı yoktur.

---

782 HAK.m. 76.

783 Hallaf, 39-40; Şelebi, 322; Şaban, 134; Ebu Zehra, 150

784 Şaban, 134

785 Abdülhamid, 43; Şelebi, 322; Şaban, 134-135; Cin, Evlenme, 149.

786 Ebu Zehra, 150; Şaban, 135; Abdülhamid, 43; Hallaf, 39-40; Apaydın, 130.

787 Abdülhamid, 43; Şelebi, 322; Hallaf, 39.

788 Apaydın, 131.

İmam Züfer ise fasid olan sözleşmenin mehrin belirlenmesinde de etkisini göstereceğini, mehir belirlenmiş olsa bile bunun da fasid olacağını ve dolayısıyla her halükarda mehri misil gerekeceğini ifade emektedir[789].

3- Evlilik Evlenme Engeli Doğurur

Hanefi mezhebi taraflar arasında gayri sahih de olsa bir evlilik olmadığı halde gerçekleşen cinsel ilişki ile hısımlık ilişkisi ve dolayısıyla evlenme engelinin doğacağını kabul etmektedirler[790]. Dolayısıyla zinadan dolayı evlenme engeli doğmaktaysa fasid de olsa yapılan bir evlilikten dolayı bu engel evleviyetle doğmaktadır[791]. Bunun sonucu olarak da erkek kadının usul ve furuuyla evlenemez. Kadın da erkeğin usul ve furuuyla evlenemez[792].

4- Nesep Sabit Olur

Fasid evlilikten doğan çocukların nesebi sabittir ve bu evlilikteki kocaya aittir[793]. Bu çocuğun menfaati gözetilerek kabul edilmiş bir kural olup onun yaşatılması ve haklarının kaybedilmemesi amacını gütmektedir[794]. Nesebin sabit olması çocuğun babasına mirasçı olması sonucunu doğuracaktır.

Çocuğun nesebi İmam Muhammed'e göre eşlerin ilk ilişkide bulundukları andan itibaren başlar ve en az altı ay süre içerisindeki doğumla nesep sabit olur[795]. Çünkü Peygamberimiz "Çocuk kimin yatağında doğmuşsa ona aittir" buyurmuştur. Bu kural Türk Medeni Hukukundaki "Kocanın Babalığı Karinesi" ile de paralellik arz etmektedir.

---

789 Apaydın, 131; Şelebi, 322; Şaban, 134-135; Acar, 211.

790 Hallaf, 46.

791 Hallaf, 39.

792 Acar, 211-212.

793 Abdülhamid, 43.

794 Acar, 211.

795 Acar, 211.

5- Kadının İddet Beklemesi Gerekir

Fasid evlilikte şüphe hakikat yerine konulara kadının iddet beklemesi gerekir. Çünkü nesebin karışması tehlikesi vardır[796]. İddetin başlangıcı taraflar kendiliklerinden ayrılmışlarsa fiili ayrılık anından itibaren, taraflar mahkeme kararıyla ayrılmışlarsa karar tarihinden itibaren başlar[797]. Züfer ise iddetin son cinsel ilişki tarihinden başlayacağını ifade etmektedir[798].

§ 6 TÜRK HUKUKUNDA EVLENMENİN HÜKÜMSÜZLÜĞÜNÜN SONUÇLARI

I- EVLENMENİN YOKLUĞUNUN HUKUKİ SONUÇLARI

A) YOKLUĞUN TESPİTİ

Yok olan evlenme baştan itibaren hukuk alanında yer almadığı için kendiliğinden hükümsüzdür. Bunun için herhangi bir dava açmaya gerek yoktur[799]. Taraflar arasında yapılmış olan bir evliliğin kurucu unsurları olmaması sebebiyle yok sayılması gerekiyorsa her ilgili yokluğun tespiti için dava açabilir. Bu davayı iligili olan herkes açabilir[800]. Böyle bir evlenmenin her nasılsa kütüğe tescil edilmiş olması durumu değiştirmez. [801].

Mahkemenin yokluk kararı sadece "evlenmenin yokluğunu" tespit eder[802]. Kararın rolü sadece açıklayıcıdır[803]. Evlenme hiçbir hüküm doğurmaz. Herhangi bir

---

796 Şaban, 135; Abdülhamid, 43; Acar, 211.

797 Şaban, 135; Apaydın, 132.

798 Apaydın, 132.

799 Dural/Öğüz/Gümüş, 79.

800 Dural/Öğüz/Gümüş, 79.

801 Oğuzman/Dural,89; Akıntürk,174; Hatemi/Serozan,87; Dural/Öğüz/Gümüş, 79.

802 Dural/Öğüz/Gümüş, 79; Öztan, 320.

803 Oğuzman/Dural,89; Akıntürk,174; Dural/Öğüz/Gümüş, 79.

davada durum dava dosyasından anlaşılırsa hakim re'sen nazara alır[804]. Yokluğun ileri sürülmesi herhangi bir süreye tabi değildir[805]

B- EVLİLİĞİN YOK SAYILMASININ AİLE HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

1- Genel Olarak

Evliliğin yok sayılmasının aile hukuku ve özellikle nesep hukuku açısından önemli sonuçları vardır. Çocuk ile annesi ve tabii babası arasında bir soybağının kurulması mümkün müdür? Medeni kanunun 2002 yılında değişmeden önce soybağını sahih ve gayri sahih (Düzgün-düzgün) olmayan soybağı şeklinde iki kısımda incelediğini görüyoruz. Ancak buna yapılan eleştiriler ve anayasa mahkemesinin miras hukuku açısından bu ayrımı ortadan kaldırmasından sonra yeni medeni kanunda tek bir tür soybağı ilişkisi kabul edildi. Kanaatimizce de uygun olan bu düzenlemeye göre soybağı varsa vardır, yoksa yoktur. Kendi içerisinde düzgün veya düzgün olmaya soybağı şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutulmamıştır. Bu hem sistemi kolaylaştırmış hem de kişiler arasında eşitliği sağlamıştır.

2- Çocuk İle Anne Arasında Nesep Bağının Kurulması

Medeni Kanunun değişiklikten önceki 290. maddesi "nesebi sahih olmayan çocuğun anası doğuran kadındır" şeklindeki bir düzenlemeyle, çocuk ile anası arasındaki nesep bağını tespit etmişti. Buna göre evliliğin yok sayılması sonucu, bu beraberlikten bir çocuk meydana gelmişse anaya karşı gayri sahih nesep bağı ile bağlı olduğu kabul edilmekteydi. Çünkü kurulan bu nesep bağı olmasına rağmen evlilik dışı bir bağdı ve bu yüzden gayri sahihdi.

Medeni Kanunumuz 282. maddesi de aynı düzenlemeyi içermektedir. Buna göre "Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur".

---

804 Dural/Öğüz/Gümüş, 79; Oğuzman/Dural, 89.

805 Öztan, 320; Dural/Öğüz/Gümüş, 79; Oğuzman/Dural,89

Çünkü evlilik dışı doğmuş olan çocuğun anası hukukça bilinir. Bu sebeple çocuk ile ana arasındaki bağın tespiti için herhangi bir dava açmaya gerek yoktur.[806] Nüfus kütüğüne çocuğun annesi olarak başka bir kadının yazılmış olması o kadınla çocuk arasında soybağı ilişkisi kurmaz. Ancak bu durum MK.m.39 anlamında bir dava ile düzeltilebilir[807]. Bu bir düzeltme davası niteliğinde olup nesebin reddi anlamını taşımamaktadır.

3- Tabii Baba ile Çocuk Arasında Nesep Bağının Kurulması

Evlilik dışında doğan çocuk ile biyolojik baba arasında hukuken bir nesep ilişkisi meydana gelmez. Çünkü evlilik dışında doğan bir çocuğun babasının tespiti, anasının tespiti kadar kolay değildir. Bu nedenle doğum anında çocuk ile anası arasında nesep bağı kurulmuşken baba ile hiçbir nesep ilişkisi meydana gelmez. Baba ile çocuk arasında tabii bir nesep ilişkisi kurulmuştur. Bu nedenle de çocuk kendisinden olan babaya tabii baba denmektedir.[808]

Evliliğin yokluğunun tespit edilmesinden sonra çocuğun babaya karşı nesepsiz olması bu durumun sonradan değişmesine engel değildir. Çocuk ile tabii baba arasında nesep ilişkisi kurulabilir. Biz burada çocuk ile babası arasında nesep bağının kurulmasını sağlayan durumları kısaca inceleyeceğiz.

Tabii babaya karşı nesepsiz olan çocuk üç durumun gerçekleşmesi halinde nesep ile babasına bağlanabilir ve babası ile arasında nesep ilişkisi kurulmuş olur. Taraflar önceden evliyse zaten çocuk evlilik içerisinde doğmuş olacak ve babası ile arasında soybağı kurulmuş olacaktır. Bu abalık Karinesi olarak isimlendirilen bu durum bizim konumuzun dışında genel soybağı konusuna girdiği için bauda daha fazla değinmiyoruz.

---

806 Oğuzman/Dural, 324; Akıntürk, 372; Dural/Öğüz/Gümüş, 437.

807 Dural/Öğüz/Gümüş, 438

808 Akıntürk, 373.

a) Nesebin Tarafların Evlenmeleri ile Kurulması

EMK m. 247'ye göre "Evlilik haricinde doğan çocukların nesebi, ana babanın birbirleri ile evlenmeleri ile kendiliğinden sahih olur" MK.m. 292 de benzer bir düzenleme ile çocuk ile babası arasında annesi ile evlenmesi halinde evlilik içerisinde doğan çocukların statüsüne tabi olacağını belirtmiştir. Eski Medeni Kanun sahih olur demekle soybağının düzgün hale geleceğini ifade etmek istemiştir. Nesebin bu yoldan düzeltilmesi kanunda belirtildiği gibi kendiliğinden meydana gelmekte ve bunun için ayrıca bir irade beyanına gerek kalmamaktadır. Tarafların düzeltmeye rıza göstermemelerinin de hukuki bir etkisi yoktur.[809]

Evlenmeyle soybağı ilişkisinin kurulması tarafların evlilik dışı doğmuş bütün sağ ve ölmüş olan çocuklarını kapsar.[810]

Tarafların evlenmesinin, çocukların baba ile soybağını kurabilmesi için, yapılan evliliğin mutlaka geçerli bir evlilik olması gerekmez. Evlilik mutlak butlanla sakat dahi olsa butlan kararına kadar geçerli bir evliliğin tüm sonuçlarını doğuracağından çocuklarla babaları arasında soybağı kurulur[811]. Ancak tarafların yaptıkları evliliğin yine yoklukla sakat olması durumunda bu düzeltme gerçekleşmez.[812]

Sadece evlilik dışı bir çocuğun annesi ve babasının evlenmeleriyle babası ile arasında soybağının kurulması mümkündür. Tarafların, evlenmeden önceki ilişkisinden olan çocuk evlenmeden sonra doğarsa nesebin düzeltilmesi yoluna gidilemez. Çünkü bu durumda evlilik içinde doğan bu çocuk sahih neseplidir. [813]

c) Nesebin İdari Yolla Kurulması (Düzeltilmesi)

Eski medeni Kanun döneminde nesebin düzeltilmesinin bir diğer yolu da af kanunu niteliğindeki kanunlarla nesebin sahih hale getirilmesiydi. Bu amaçla Medeni

---

809 Oğuzman/Dural, 226; Tekinay, 432; Öztan, 319; Akıntürk, 305, Zevkliler, 871.

810 Dural/Öğüz/Gümüş, 457; Tekinay, 433, Feyzioğlu, 454; Zevkiler, 871; Öztan, 319, Köprülü/Kaneti, 220; Oğuzman/Dural, 226.

811 Dural/Öğüz/Gümüş, 547.

812 Köteli, 156.

Kanunun kabulünden sonra 7 adet af kanunu çıkarılmış ve bunlardan sonuncusu da 16.5.1996 tarihinde 5 yıl geçerli kaldıktan sonra kendiliğinden yürürlükten kalkmıştır[814].

Bu tür nesebin düzeltilmesine ilişkin kanunların çıkarılması doktrinde eleştirilmekte[815] ve Medeni Kanuna göre evlenmenin önüne geçtiği ve adeta bu yönde halkı teşvik ettiği ifade edilmektedir. Yeni Medeni Kanun yürürlüğe girdikten sonra ise herhangi bir Soybağının kurulmasına yönelik kanun çıkarılmamıştır. Ancak eleştirilerde de belirtildiği gibi imam nikahı olgusu ve buna bağlı olarak yapılan evlilikler devam ettiği sürece bu amaçla başka kanunların da çıkarılması gerekecektir.

---

813 Oğuzman/Dural, 226-227

814 3726 Sayılı Bu son kanunun ilk maddesine göre "Bu kanunun amacı, aralarında bir evlilik akdi olmaksızın birleşip karı koca gibi yaşayanların, evlenmelerine yasal bir engel bulunmadığı takdirde bu beraberliklerinin evlilik olarak evlilik dışında doğan çocukların neseplerinin ise ana ve babaya göre düzeltilerek tescilini sağlamaktır."

Buna göre, 3716 Sayılı Kanun aralarında geçerli bir evlilik olmaksızın karı koca gibi birlikte yaşayan kadın ile erkeğin birlikte yaşamalarından doğan çocukların neseplerinin düzeltilmesi ile nüfusta baba hanesine sahih nesepli olarak tescil edilmediğine imkan tanımaktadır. (m. 7) kanun bu tescil için karı-koca gibi yaşama şartını ve çocukların bu beraberlikten olması şartını aramaktadır.

Kanun bu düzeltme için olabilecek ihtimalleri şöyle sıralamıştır:

aa) Evli olmayan bir erkekle, evli olmayan bir kadının birlikte yaşamalarından olan çocuklar (m. 4/a)

bb) Evli olan bir erkekle, evli olmayan bir kadının birlikte yaşamalarından doğmuş olan çocuklar ana babanın her ikisi de ölmüş olsa bile düzgün nesebli olarak babanın nüfus hanesine tescil edilirler. (m. 4/b)

cc) Evli olan bir erkekle evli olmayan bir kadının birlikte yaşamaları sırasında ana rahmine düşen çocukların nesebi de birlikte yaşama ölüm ve başka sebeplerle sona ermiş olsa bile düzgün nesep olarak düzeltilir. (m.4/c)

dd) Evli bir kadınla evli olmayan bir erkeğin birlikte yaşamalarından olan çocuklar kadının evliliğinin boşanma ile son bulması ve boşanma kararında çocuğun kocadan olmadığının açıkça belirlenmesi veya ortak çocuklar arasında gösterilmemesi, yahut da ortak çocukların bulunmadığının hüküm altına alınması halinde bu çocukların nesebi, koca tarafından nesebi reddedilmiş çocuklar gibi gerçek babaya göre düzeltilerek tescil edilirler (m. 4/d)

815 Oğuzman/Dural, 234, dn. 531; Zevkliler, 875 vd.

d) Tanıma

aa) Genel Olarak

Tanıma, evlilik dışı çocuğun babasının kanunda öngörülen şekil şartlarına uyarak yapılması durumunda çocuk ile babası arasında soybağının kurulması sonucunu doğuran tek taraflı bir irade beyanıdır[816].

Tanıma, kurucu yenilik doğuran tek taraflı bir hukuki işlemdir ve tanımanın bu yoldaki iradesini açıklamasıyla hüküm ifade eder. Muhataba yöneltilmesi ve ona ulaşması gerekli olmadığı[817] gibi tanıyan çocuğun, çocuğun annesinin veya eşinin onayını da almak zorunda değildir[818].

Tanıma ancak kanunun kendilerine bu yetkiyi verdiği kimseler tarafından kullanılabilen, münhasıran şahsa bağlı bir haktır. Yenilik doğuran bir hak olması sebebiyle şarta bağlanamaz ve bazı irade fesadı halleri dışında bu beyandan dönmek mümkün değildir.[819]

Bir irade beyanının tanıma sayılabilmesi için babanın çocuğun kendi çocuğu olduğunu açıklaması gerekir. Böyle bir açıklama söz konusu olmadan çocuğa nafaka verme taahhüdü ya da çocuğu mirasçı nasbetme tanımayı gerçekleştirmez.[820]

Tanıma herhangi bir hak düşürücü süreye tabi olmadığı için her zaman yapılabilir. Hatta ölmüş ya da henüz doğmamış bir çocuğun (cenin) da tanınması mümkündür[821].

---

816 Dural/Öğüz/Gümüş, 462; Oğuzman/Dural, 326; Tekinay, Aile, 520; Hatemi/Serozan, 377; Saymen/Elbir, 411.

817 Akıntürk, 375; Oğuzman/Dural, 326; Tekinay, 521; Zevkliler, 899, Köprülü / Kaneti, 264, Köteli, 158.

818 Dural/Öğüz/Gümüş, 462; Hatemi/Serozan, 377.

819 Köteli, 158; Dural/Öğüz/Gümüş, 463; Tekinay, Aile, 521; Hatemi/Serozan, 378..

820 Dural/Öğüz/Gümüş, 462; Oğuzman/Dural, 327.

821 Dural/Öğüz/Gümüş, 463; Oğuzman/Dural, 327; Köprülü/Kaneti, 264; Köteli, 266.

Bir irade beyanının "Tanıma" olabilmesi için kanunda belirtilen şartlara uygun olarak yapılmış olması gerekir.

bb) Tanımanın Şartları

aaa) Ehliyet

Evlilik dışı çocuğun tanınması yetkisi münhasıran tabii babaya aittir[822]. (MK 295/I). Tanıma münhasıran şahsa bağlı bir hak olduğu için bizzat bu hakkın sahibi tarafından yapılması gerekir.[823] Tanıyanın tam fiil ehliyetine sahip olması gerekli değildir. Temyiz kudreti yeterlidir[824]. Bu nedenle sınırlı ehliyetsizler de kanuni temsilcilerinin katılmasına gerek olmadan tek başlarına evlilik dışı çocuklarını tanıyabilmeleri gerekir[825]. Ancak MK.m.295/II mümeyyiz küçüğün tanıma beyanının geçerli olabilmesi için kanuni temsilcisinin onayını aramaktadır.Ölüme bağlı tasarrufla tanıma da yapılabileceğinden 15 yaşını doldurmuş bir küçük kanuni temsilcisinin onayına gerek kalmadan vasiyetname ile tanıma yapabilir[826]. Tam ehliyetsizler ise kendileri adına tanıma beyanında bulunmayacakları gibi onlar adına kanuni temsilcileri de tanıma işlemini gerçekleştiremez.[827]

bbb) Çocuğun Tanınması Yasak Çocuklardan Olmaması

EMK m.292'de "... veya evli erkek ve kadınların zinasından doğan çocuk tanınamaz" denilmek suretiyle evli olan erkek ile evli olan kadının zinasından doğan çocuğun tanınamayacağını düzenlemişti. Ancak Anayasa Mahkemesi kanundaki "...

---

822 EMK tanıma yetkisini bazı hallerde babanın babasına da tanımıştı. EMK m.291/I'e göre baba ölmüşse ya da sürekli olarak temyiz kudretini kaybetmişse babanın babası evlilik dışı çocuğu tanıyabilirdi. Bu hüküm babanın gaipliği halinde de uygulanacağı ifade edilmekteydi, Oğuzman/Dural, 327; Köprülü/Kaneti, 266. Şu anda artık babanın babası tanıma beyanında bulunamayacaktır.

823 Köteli, 158; Oğuzman/Dural, 327.

824 Dural/Öğüz/Gümüş, 463. Tanıma işlemi açısından temyiz gücünün 15-16 yaşlarında kazanılacağı ifade edilmektedir Dural/Öğüz/Gümüş, 463, dn. 108.

825 Dural/Öğüz/Gümüş, 463; Eski kanunun metni herhangi bir kısıtlama getirmediği için mümeyyiz küçüğün veli veya vasisinin onayına ihtiyaç duyulmamaktaydı Bkz. Hatemi/serozan, 523; Akıntürk, 376; Köprülü/Kaneti, 265; Oğuzman/Dural 32.

826 Dural/Öğüz/Gümüş, 463.

827 Akıntürk, 376; Oğuzman/Dural 32; Köprülü/Kaneti, 265.

erkek ve ..." sözcüklerini 28.2.1991 tarihinde 15/5 Sayılı kararıyla iptal etti.[828]. Gerekçe olarak da: "... Çünkü babası tarafından tanınmayan çocuk, toplum içinde horlanacak, ekonomik yönden güçsüz bırakılıp korunmayacaktır" ifadelerine yer verilmiştir. Bu iptalden sonra evli erkeğin zinasından doğan çocuğun tanınması için bir engel kalmamıştır.

Evli kadının zinasından doğan çocuğun tanınamayacağına ilişkin hüküm ise EMK döneminde geçerli olarak kalmıştır. Aynı durum şimdi de geçerlidir. Çünkü kadın evli iken zina mahsülü de olsa bir çocuk doğursa, bu çocuk evlilik içinde doğmuştur ve babası kadının kocasıdır (EMK m. 241/MK. m. 285).

MK.m. 295/son başka bir erkekle soybağı bulunan bir çocuğun bu bağ geçersiz kılınmadıkça tanınamayacağını hükme bağlamıştır. Buna göre tabii baba, evlilik içinde doğan çocuğun nesebinin kadının kocası tarafından reddedilmesinden sonra çocuğu tanıyabilir[829]. Başka bir erkekle çocuk arasında ya evlilikten doğan bir soybağı vardır ki bu da soybağının reddi ile ortadan kalkar; ya da tanıma ile gerçekleşmiş bir soybağı vardır ki buda tanımanın iptali ile ortadan kalkar[830]. Soybağı bir de evlat edinme ile kurulmuş olabilir. Bizim hukukumuzda evlat edinme evlatlığın kendi ailesi ile olan ilişkisini ortadan kaldırmamaktadır. Bu sebeple bu bağın kurulmasına yönelik bir beyan niteliğindeki tanıma işlemi başka birinin evlatlığı için de yapılabilir[831].

Yeni Medeni Kanun başkası ile soybağı bulunan kişiler dışında tanınması yasak olan herhangi bir gurup kabul etmemiştir (MK.m. 295)[832].

---

828 Tekinay, 527; Oğuzman/Dural, 330, Öztan, 415; Hatemi/Serozan, 381; Akıntürk, 377.

829 Dural/Öğüz/Gümüş, 465; Tekinay, 527; Oğuzman/Dural, 330, Öztan, 415; Hatemi/Serozan, 381; Akıntürk, 377.

830 Dural/Öğüz/Gümüş, 462.

831 Dural/Öğüz/Gümüş, 465, dn. 116.

832 EMK'da tanınması yasak olan çocuklar kapsamına giren diğer bir grup ise fucur mahsulü olan çocuklardı. EMK m. 292'de birbirleriyle evlenmeleri yasak olanlardan doğan çocukların tanınamayacağı hükme bağlanmıştı. Birbirleriyle evlenmeleri yasak olanların kimler olduğu EMK m.92'de üç bent halinde sayılmıştı. Birinci bentte kan hısımlar, yani hala dayı, amca ve teyze ile yengenin evlenmesi yasaklanmıştı. İkinci bent ise sıhri hısımlar arası evlenme yasağını düzenlemekteydi. Son bentte de kesin bir evlenme engeli tescil etmeyen evlatlık ilişkisi düzenlenmişti. Bir kısım yazarlar (Saymen/Elbir, 417; Köprülü/Kaneti, 265.) kanundaki

ccc) Tanıma Beyanının Şekle Uygun Olarak Yapılması

MK m.295/I tanımayı geçerlik yönünden şekil şartına bağlamıştır. Buna göre tanıma işlemi babanın nüfus memuruna veya mahkemeye yazılı başvurusu ya da resmi senette veya vasiyetnamesinde yapacağı bir beyanda olur. Resmi senet noter tarafından NK m.89'daki şekil şartlarına uyularak yapılır. Ölüme bağlı tasarrufla yapılan tanıma da tek taraflı bir hukuki işlem olması sebebiyle kural olarak vasiyetname şekillerinden birine uyularak yapılacaktır. Ancak tek taraflı içeriğini teşkil edecek şekilde, miras sözleşmesiyle yapılmasında da bir engel yoktur.[833]

e) Babalık Davası

Evlilik dışı doğan çocuğun tanınması yetkisi babaya tanındığı için bu yetkinin baba tarafından kullanılmaması veya kullanılamaması durumunda çocuk babaya karşı nesepsiz olarak kalmaya devam mı edecektir?. Bu durumda kanun çocuk ile babası arasında nesep bağının kurulabilmesi için çocuğa ve anasına, babaya karşı dava açma imkanı tanımıştır. MK m. 301'e göre "Çocuk ile baba arasında soybağının mahkemece belirlenmesini ana ve çocuk isteyebilirler. Dava babaya baba ölmüşse mirasçılarına karşı açılır."

Bu hükme göre babanın tanıma beyanında bulunmaması veya buna imkan bulaması halinde mahkemece bir hüküm verilmektedir. Bu dava yenilik doğuran bir davadır[834].

Babalık davası veya "babalığa hüküm" sonucunda hukuken belli olan baba ile evlilik dışı çocuk arasında bir nesep ilişkisi kurulmuş olur. Böylece çocuk, babasının soyadını ve vatandaşlığını kazanır. Onun ailesine girer, babasının ve onun hısımlarının kanuni mirasçısı olur. Babalık davası açılabilmesi için çocuğun bir ana ile soybağı

---

birbirleriyle evlenmeleri memnu olanlar ifadesini geniş yorumlamakta ve kan hısımları arasındaki evlenmelerden doğan çocuklar gibi ikinci bentte yer alan sıhri hısımlar arası evlenmelerden de doğan çocukların fücur mahsulü olduğunu ileri sürmekteydiler. Bazı yazarlar (Tekinay, s.25, Zevkliler, 901; Öztan, 415.) ise kanundaki yasağın sadece kan hısımlarına şamil olduğunu ve bunların evlenmelerinden doğan çocukların fücur mahsulü olup tanınmayacağını belirtmekteydiler.

833 Dural/Öğüz/Gümüş, 465; Dural, Miras, 105 vd; Oğuzman/Dural, 330.

ilişkisinin olması gerekir. Anası belli olmayan çocuklar için babalık davası açılması mümkün değildir[835].

f) Yok Evliliğin Evlatlık İlişkisine Etkisi

Eski Medeni Kanuna göre evlatlık ile evlat edinen arasında bir evlenme engeli meydana gelmekteydi. Ancak EMK m.92/b.3'de belirtilen bu engel kesin bir evlenme engeli değildi. Bu yasağa aykırı davranılarak evliliğin gerçekleşmesi durumunda evlilik geçerli olmakta ve fakat evlatlık ilişkisi sona ermekteydi (EMK m.121).

Yeni Türk Medeni Kanununun 282. maddesinde evlat edinme ile evlat edinenle evlatlık arasında soybağı kurulur. Taraflar artık birbirlerinin kan hısımı gibi olurlar ve dolayısıyla evlenme engeli doğar. Bu evlenme engeli biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasındadır(MK.m. 129/III).

Bu engel aynı zamanda evlenmenin butlanına da yol açmaktadır. Yani evlatlık ile evlat edinen her nasılsa evlenirlerse artık evlatlık ilişkisi geçerli olarak kalmakta evlenmenin butlanına karar verilerek sona erdirilmektedir[836].

Ancak evlat edinen ile evlatlığın yaptığı evlenme yok bir evlenme ise durum ne olacaktır. Bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte evlenmenin hukuk sahnesinde belirmemiş (keenlemyekün) olması sebebiyle evlatlık ilişkisi geçerli olarak devam etmelidir[837]. Evliliğin yok olması bir yana mutlak butlanla batıl olmasında bile evlatlık ilişkisini devam ettirmek kanaatimizce toplumumuzun ahlak anlayışı ile bağdaşmamaktadır.

---

834 Dural/Öğüz/Gümüş, 471.

835 Dural/Öğüz/Gümüş, 471-472.

836 Bkz. § 4, III, C, 2, d, cc.

837 Ayan, 633-634; Berki, 175.

C- EVLİLİĞİN YOK SAYILMASININ MİRAS HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

1. Bir Eşin Diğerine Mirasçı Olması

Evlenme yok olarak tespit edilmişse taraflar arasında bir mirasçılık da söz konusu olmaz. Çünkü kanun eşin mirasçılığını eşin ölümü anında evli olmasına bağlamıştır. Aralarında mutlak butlanla batıl bir evlenme dahi olmayan kişiler yok sayılan evlenmeden dolayı birbirlerine mirasçı olamazlar.

2. Yok Sayılan Evlenmeden Meydana Gelen Çocuğun Ana ve Babasına Mirasçı Olması

a) Anaya Mirasçı Olması

Evlenme yoklukla malul olsa bile çocuk ile anası arasında doğumla nesep ilişkisi kurulmuş olacağı için çocuğun anasına mirasçı olması mümkündür (MK m.282, 495).

b) Babaya Mirasçı Olması

Yok olan bir evlenme bu haliyle baba ile çocuk arasında herhangi bir nesep ilişkisi kurmaz. Dolayısıyla herhangi bir mirasçılık sıfatının da kazanılması mümkün değildir. Ancak MK.m. 498'de de belirtildiği gibi "Evlilik dışında doğmuş ve soybağı tanıma veya hakim hükmüyle kurulmuş olanlar baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olurlar".

D) EVLİLİĞİN YOK SAYILMASININ CEZA HUKUKU AÇISINDAN SONUÇLARI

Evlenme yok sayılmışsa evli gibi yaşayan kişilerin birbirlerine karşı suç işlemesi durumunda karı koca arasında işlenmesi halinde ağırlaştırıcı sebep teşkil eden hükümler tatbik edilmez. Nitekim TCK.m. 82/ETCK m.449'a göre kasten adam öldürme suçu karı-koca tarafından diğerine karşı işlenmişse, suçun nitelikli halidir

(ağırlaştırıcı nedendir) ve ağırlaştırılmış müebbet hapis gerekir. Ancak yok olan bir evlenme bu ağırlaştırıcı sebebe zemin oluşturmaz[838]

II- EVLENMENİN BUTLANININ HUKUKİ SONUÇLARI

Gerek mutlak butlan gerekse nisbi butlan davasının amacı meydana gelen butlanla sakat evlenmeyi ortadan kaldırmaktır. Buna göre butlan (iptal) kararının hukuki sonucu evliliğe son verilmesidir. (MK md. 156)

Mutlak veya nisbi butlanla sakatlanmış olan evlilik, butlan kararı verilmesi (veya iptal) anına kadar geçerli bir evlenmeni bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur (MK.m. 156/2). Evlilik hakimin hükmü ile sadece ileriye doğru olmak üzere ortadan kalkar[839.] Bu itibarla batıl olan evlenme butlan kararına (veya iptal edilinceye) kadar, evliliğin genel hükümleri, özellikle eşlerin hak ve yükümlülükleri devam eder. Bunun sonucu olarak eşler varsa çocuklarının bakım ve geçimini sağlamak, onları eğitmek, evlilik birliğini temsil etmek ve oturtacakları ortak konutu (aile konutunu) birlikte seçmek ve karı kocanın soyadını taşımakla yükümlüdür.[840]

Butlan kararı verilinceye kadar, eşler karşılıklı olarak evliliğin beraberinde getirdiği haklara sahiptirler ve yükümlülükleri taşırlar. Bu en azından davanın açıldığı ana kadar böyledir. Ancak, dava açıldıktan sonra, eşler bir arada kalmayı istemeyebilirler[841].

Butlan davası sonucu hakimin verdiği evliliğin butlanı (iptali) kararı geçmişe etkili değildir. Butlan (iptal) kararının kesinleşmesi ile birlikte evlilik kurulduğu ilk günden itibaren batıl olmaz. Yani batıl olan evliliğin evvelce meydana getirmiş olduğu hüküm ve sonuçlar butlan (iptal) kararı ile ortadan kalkmaz. Butlan (iptal) kararı ileriye dönük sonuç doğurur (MK.m. 156/I).

---

838 Dönmezer, 36.

839 Dural/Öğüz/Gümüş,, 97.

840 Akıntürk, s. 222

841 Öztan, 362

Butlan davası sonucunda mahkemenin vereceği butlan (iptal) kararı bozucu yenilik doğurucu mahiyette, yani sakatlanmış olan mevcut evliliği ortadan kaldırıcı onun hüküm ve sonuçlarını gelecek bakımından son verici mahiyette bir karardır.[842]

Butlan (iptal) kararının hukuki sonuçlarını eşler, çocuklar ve üçüncü kişiler bakımından ayrı ayrı ele alıp incelemek yerinde olur..

A) EŞLER BAKIMINDAN SONUÇLARI

Butlan davası sonucunda verilen butlan (iptal) kararı, eşler arasında o güne kadar mevcut olan batıl evliliğe son verir. Bu itibarla eşlerden her biri bu andan itibaren yeni bir evlenme yapabilme imkânına sahip olurlar. Ancak butlan kararından sonra kadın hakkında üç yüz günlük yasal bekleme (iddet) süresi uygulanır. Yani MK md. 132/5 hükmü burada uygulanır[843].

Evlilik butlan ile sakat olması sonucu iptal edilmiş olsa bile iptal kararı evlenme dolayısıyla meydana gelmiş olan kayın hısımlığı ilişkisini sona erdirmez. Yani iptal kararından sonrada kayın hısımlığı ilişkisi devam eder. (MK md. 18/II). Dolayısıyla bu hısımlar ile eşler arasındaki evlenme yasağı da devam eder (MK md. 129.b.2)[844]

MK md. 158'de evlenme iptal edilmiş ve dolayısıyla evlilik ortadan kalkmış olsa bile, iyi niyetli olan eşin bu evlenmeyle kazanmış olduğu kişisel durumunu koruyacağı hükme bağlanmıştır. Yani eşin evlenme ile kazanmış olduğu kişisel durumunu koruyabilmesi onun evlenirken iyiniyetli olması şartına bağlanmıştır. Eşin iyi niyetli olması ile kastedilen, eşin evlenme töreni sırasında butlan sebebinin mevcudiyetini bilmemesi veya gerekli özeni göstermiş olmasına karşı öğrenememiş olmasıdır.[845]

---

842 Akıntürk, s. 222; Öztan, 361; Zevkliler, s. 857; Köprülü / Kaneti, s. 109.

843 Dural/Öğüz/Gümüş, 97; Akıntürk, s. 222; Öztan, 362.

844 Dural/Öğüz/Gümüş, 97; Akıntürk, s. 222; Öztan, 362

845 Akıntürk, s. 223.

Evlenme yoluyla Türk vatandaşlığını kazanmış olan eş, evlenme sırasında iyi niyetli ise vatandaşlığını muhafaza eder. Kötü niyetli ise kazanmış olduğu vatandaşlığı kaybeder. (TVK md. 5/III)

MK md. 158/II evliliğin butlanına karar verildiğinde, soyadı hakkında boşanmaya ilişkin hükümlerin uygulanacağı belirtilmiştir. Yani evliliğin nisbi butlan nedeniyle iptali halinde, kadın evlenme ile kazandığı soyadını, iyiniyetli olsa bile kullanmaya devam edemez, evlenmeden önceki soyadını geri alır. (MK md. 173). Eğer kadın evlenmeden önce dul idiyse hakimden bekarlık soyadını taşımasına izin verilmesini isteyebilir (MK md. 173/I) Ancak, kadın kocasının soyadını kullanmaya devam etmekte menfaati bulunduğunu ve bunun kocaya zarar vermeyeceğini ispat ederse, hakim kadının kocasının soyadını taşımaya devam etmesine izin verebilir (MK md. 173/II) Fakat şartların değişmesi durumunda koca bu iznin kaldırmasını isteme hakkına sahiptir (MK md. 173/III)

Evliliğin butlan kararı ile sona erdirilmesi halinde, eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi, maddi manevi tazminat ve nafaka konusunda boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır (MK md. 158/II) Burada kötü niyetli eş, tıpkı kusurlu boşanmış eş gibi muamele görür. Kişinin iyiniyetli olduğu yolunda karinenin varlığı MK md. 3'te kabul edilmiştir. Kişinin kötüniyetli olduğunu iddia eden iddiasını ispatla yükümlüdür. Kişinin iyi veya kötüniyetli olduğuna hakim takdir hakkını kullanarak karar verecektir. Eşin kötüniyetli olması onun aleyhine sonuç yaratır, çünkü; maddi ve manevi tazminat veya nafaka ile ilgili hükümlerin uygulanmasında talepte bulunan tarafın iyi niyeti göz önünde tutulur. Burada eşin iyi veya kötüniyetli olması, verilecek meblağın tespitinde rol oynar.[846]

Butlan kararı Miras Hukuku yönünden de önemli sonuçlar doğurur. Butlan kararının kesinleşmesiyle eşler birbirine mirasçı olma hakkını kaybederler. Mirasçı olma hakkı kanuna veya ölüme bağlı bir tasarrufa da dayanabilir. Her iki durumda da eş mutlak butlan veya nisbi butlan davası sonucu verilen iptal kararıyla mirasçı olma hakkını kaybeder. Burada önemli olan butlan davası açmadan veya dava açılmış olsa

[846] Öztan, 363,364

bile henüz butlan veya iptal kararı kesinleşmeden eşlerden birinin ölmesi durumunda, sağ kalan eşin ölen işin mirasçısı olup olamayacağı hususudur. Bu husus MK md. 159'da açıkça düzenlenmiştir.

MK md. 159'a göre, eşin dava açmadan ölmesi durumunda ilgililer doğrudan doğruya butlan kararının alınması için dava açamayacaklardır. Mirasçılar ancak eşlerden birinin açmış olduğu butlan davasını sürdürebilirler. Dava sonunda evlenme sırasında eşin iyiniyetli olmadığı belirlenirse, sağ kalan eş, ölen eşin yasal mirasçısı olamayacağı gibi daha önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflardan kendisine sağlanan hakları da kaybeder. Ancak, tabiî ki ölüme bağlı tasarrufu yapan eş, evliliğin butlanla sakat olmasına rağmen eşin ölüme bağlı tasarruftan yararlanacağını öngörebilir.

Kanun koruyucu butlan davası henüz sonuçlanmadan ölen davacının mirasçılarına diledikleri takdirde davayı sürdürme hakkını tanımıştır. Mirasçıların davayı sürdürmesindeki amaç evliliğin ortadan kaldırılmasını sağlamak değildir. Zaten batıl olan evlilik davacı eşin ölümüyle kendiliğinden ortadan kalkmıştır. Burada davayı sürdürmedeki amaç davalı eşin iyiniyetli olmadığını tespit ettirtip davalı eşin mirasçı olmasına engel olmayı sağlamaktır.[847]

Eşlerin butlanla sakat olan evlenme ile kazanmış olduğu erginliğin (MK md. 11/II) butlan veya iptal kararından sonra devam edip etmeyeceği yani evlenme yaşına erişmiş olmakla birlikte henüz ergin olmamış bulunan eş, evlenme dolayısıyla kazanmış olduğu erginliği koruyup koruyamayacağı hususu doktrininde tartışmalıdır.

Bir görüşe[848] göre, evlenme ile kazanılan erginlik evlenmenin iptaline rağmen korunmalıdır. Başka bir görüşe[849] göre ise; evlenme ile kazanılan erginlik evlenmenin mutlak butlan kararı veya iptali ile ortadan kalkmalıdır. Çünkü bu kabul edilmezse küçük ergin olarak kalmaya devam edecek ve butlan (iptal) kararından hemen sonra ergin olduğu için velisine sormadan bu evlenmeyi tekrar kendi başına ve bu sefer geçerli olarak yapabilecektir. Biz de bu sön görüşe katılıyoruz.

---

847 Akıntürk, s. 224

848 Öztan, 364

849 Dural/Öğüz/Gümüş, 100; Oğuzman/Dural, s. 109

B) ÇOCUKLAR BAKIMINDAN SONUÇLARI

Mutlak butlan veya nisbi butlan davası sonucunda ortadan kalkan veya iptaline karar verilen bir evlilikten doğan çocuklar, ana baba iyiniyetli olmasalar bile evlilik içinde doğmuş sayılırlar (MK md. 157/I). Bu hüküm sadece butlan (iptal) kararının kesinleşmesinden önce doğmuş olan çocukları değil, fakat butlan (iptal) kararının kesinleşmesinden önceki bir tarihte ana rahmine düşen çocukları da kapsar. Yani butlan (iptal) kararının kesinleşmesinden sonraki üç yüz gün içinde doğan çocuklar da evlilik içinde doğmuş sayılacaklardır (MK md. 285)

Mutlak butlanına veya iptaline karar verilmiş olan bir evlilikten doğan çocuklar ana ve baba iyiniyetli olmasalar bile Türk vatandaşlığını korurlar (TVK md. 5/IV)

İptal kararıyla sona eren bir evlilikten doğan çocuklarla ana ve baba arasındaki ilişkilere boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır (MK md. 157/II). Yani çocukların velayeti, çocuğun velayetini alamayan anne ve babayla kişisel ilişki kurulması, çocuk için tayin edilecek nafaka, konusunda boşanmaya ilişkin hükümler uygulanacaktır.

C) ÜÇÜNCÜ KİŞİLER BAKIMINDAN SONUÇLARI

Evlenme sözleşmesi butlan kararı kesinleşinceye kadar, sadece eşler bakımından değil, üçüncü şahıslar yönünden de geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurur. Üçüncü şahıslara karşı eşler, evli bir erkeğin ve evli bir kadının sahip olduğu hak ve yükümlülüklere sahiptir.[850]

Evlilik, butlan veya iptal kararırın kesinleşmesiyle birlikte sadece eşler ve çocuklar için değil, üçüncü kişiler bakımından da ortadan kalkar.

---

[850] Öztan, 366; Akıntürk, s. 225; Köprülü / Kaneti, s.s 110.

SONUÇ

Sözleşme özgürlüğü ilkesi Anayasa'nın 48. maddesinde düzenlenmiş olan kişinin istediği alanda çalışma ve sözleşme yapma özgürlüğünün bir sonucudur. Hukuk düzeni kişilere sözleşme yapma imkanı tanımış olmakla birlikte bu özgürlüğün sınırlarını da çizmiştir.Bu sınırlar içerisinde yapılan sözleşmeleri geçerli kabul etmiş, sınırı aşanlara ise farklı yaptırımlar uygulamıştır. Hukuk düzeninin uygulamış olduğu yaptırımın derecesi, sözleşmenin ihlal ettiği prensip ile doğru orantılıdır.

Sözleşmelerin hukukun çizmiş olduğu sınırlar içerisinde kurulması ve kendilerinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurabilmeleri için bazı özelliklere sahip olması gerekir. Bunlar sözleşmelerin kuruluşu ve geçerliliği için aranan şartlardır. İslam Hukukunda sözleşmelerin kurulabilmesi için gerekli olan vazgeçilmez unsurlara rükün adı verilmektedir. Rükünlerin taşıması gereken ve en az rükünlerin varlığı kadar önemli olan bazı şartlar daha vardır bunlar da sözleşmenin inikat şartlarıdır. Bu unsur ve şartları taşıyan sözleşmeler kurulur. ancak kendilerinden beklenen hüküm ve sonuçları doğurabilmeleri için bazı şartlara daha ihtiyaç vardır. Bunlar da sözleşmenin sıhhat (geçerlilik) şartlarıdır.

Sözleşmenin rükünleri icap ve kabuldür. Ayrıca taraflar ve sözleşmenin konusu da rükünler arasında sayılmalıdır. Ancak İslam Hukuku kitaplarında taraflar ayrı birer rükün olarak sayılmamaktadırlar. Bunun sebebi zaten irade beyanları ile tarafların da varlığının aranmış olmasıdır.

Tarafların varlığından başka fiil ehliyetine sahip olmaları gerekir. Bu ehliyetin en önemli unsuru temyiz gücüdür. Temyiz gücüne sahip olmayan kişilerin hiçbir şekilde hukuki işlem yapmaları mümkün değildir.

İrade beyanları kişinin iç dünyasındaki düşüncelerin belli bir hukuki sonuca yönelik olarak dışa vurulmasından ibarettir. Bunlar sözlü olarak beyan edilebileceği gibi

yazılı ve zımni olarak da beyan edilebilir. Hatta işaret dahi bu beyanların yerine geçebilir. Susma kural olarak beyan sayılmazken, açıkça beyan yapılması gereken yerlerde susulması beyan sayılır.Zaman itibariyle önce yapılan beyana icap, buna uygun olarak sonradan yapılan ve sözleşmenin kurulmasını sağlayan beyana da kabul adı verilir. Ayrıca bu beyanların hakikaten veya hükmen aynı mecliste yapılması gerekir.

Sözleşmenin konusu da sözleşmenin kurulması için mutlaka bulunması gereken hususlardandır. Sözleşmenin konusu bir şeyin yapılması, bir şeyin verilmesi veya bir şeyin yapılmaması şeklinde olabilir. Sözleşmenin konusu mevcut, teslim edilebilir, mümkün, hukuka ve ahlaka uygun olması gerekir. Bu belirlenen hususlara uygun olmayan bir sözleşme kurulmaz.

Buraya kadar sayılan şartlara uygun olarak kurulan bir sözleşme aynı zamanda geçerli olabilmesi için bazı özelliklere de sahip olmalıdır. Bunlara da sıhhat şartları adı verilir. Sözleşmenin geçerli olabilmesi için konusunun belirlenmiş olması gerekir. Konusunda şüphe olmamalı, aldatma bulunmamalıdır. Ayrıca sözleşmenin kurulması için yapılan irade beyanlarının da fesada uğramamış olması gerekir Yani ikrah, hile ve hata gibi irade fesadı hallerinden uzak olmalıdır. Ayrıca sözleşme bir zararı beraberinde getirmemeli ve İslam Hukukunda bozucu şart olarak kabul edilen bir şarta bağlı da olmamalıdır. Ayrıca sözleşme faiz de içermemelidir.

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarının hemen yürürlüğe girmesi için de sözleşmeyi yapan kişinin buna yetkisinin olması gerekir. Nefaz (etkinlik) şartları olarak da ifade edilebilecek bu şartlar tam fiil ehliyetine ve başkası için sözleşme yapma yetkisine sahip olmayı ifade eder. Ayrıca sözleşmeyi tek taraflı olarak ortadan kaldırma yetkisi veren bazı hakların da olmaması gerekir. Bazı sözleşme tipleri taraflardan her birine istedikleri zaman sözleşmeyi sona erdirme imkanı vermektedirler.

Sözleşmeklerin taşıması gereken rükün, inikat şartı ve sıhhat şartlarını taşımamaları durumunda sözleşmenin niteliğine hükümsüzlük adı verilmektedir. Bu hükümsüzlük halleri sözleşmenin bu şartlarından hangisinin eksik olduğuna göre değişiklik arzetmektedir. Hanefi mezhebi dışındaki İslam mezhepleri sözleşmedeki bulunması gereken bu şartların olmaması halinde tek bir geçersizlik=hükümsüzlük türü

kabul etmişlerdir. Buna da bazen butlan bazen de fesad adını vermişler ve bu iki kelimeyi eş anlamlı olarak kullanmışlardır.

Hanefi mezhebi ise sözleşmenin rükün ve inikat şartlarındaki eksikliği butlan olarak tanımlamış, sıhhat şartlarındaki eksikliği ise fesad olarak belirlemiştir. Bununla beraber bu ayrıma da düzenli bir şekilde uydukları da söylenemez.

Butlan en ağır yaptırım hali olarak sözleşmedeki giderilemez eksiklikten kaynaklanmaktadır. Butlanı herkes ileri sürebilir ve butlan bu eksikliğin giderilmesi veya belli bir sürenin geçmesiyle düzelmez.Butlan sözleşmenin tamamına uygulanabileceği gibi belli bir kısmına da uygulanabilir. Batıl olan sözleşme şartlarını taşıyorsa ve taraflar isterse başka bir sözleşme olarak ayakta tutulabilir. Buna tahvil adı verilir.

Sözleşmenin geçerlilik (sıhhat) şarlarını taşımaması fesad olarak isimlendirilir. Tarafların bu sözleşmeyi feshetmeleri gerekmekle birlikte fesad sebebi ortadan kalkmışsa sözleşme geçerli hale gelir.Nefaz şartları eksik olan sözleşme mevkuf (askıda) ve lüzum şartları eksik olan sözleşme de gayrı lazım olarak isimlendirilir.

Türk hukukunda da sözleşmelerin kurucu unsurları, geçerlilik unsurları ve etkinlik unsurları vardır. Türk hukukunda sözleşmenin kurucu unsurlarının başında irade beyanları gelir. İrade beyanlarının taşıması gereken hususlar İslam hukukundakiyle paralellik arzetmektedir. Kısacası sözleşmenin kurulması için belli bir hukuki sonuca yönelim olan irade beyanları oluşmalı, buluşmalı ve uyuşmalıdır. Bazen sözleşmenin kurulması için ek kurucu şartlar da aranabilmektedir.

Sözleşmenin geçerli olabilmesi için konusu İslam hukukundaki gibi Hukuka, ahlaka, adaba uygun olmalı, taraflar sözleşme ehliyetine sahip olmalıdır. Ayrıca sözleşme kamu düzenine aykırı olmamalı, konusu imkansız olmamalı ve sözleşmenin kuruluşu sırasında kanunun aradığı şekil şartlarına da uyulmalıdır. Sözleşmelerin kurulmasından sonra tarafların her ikisini de bağlaması için bazı özelliklere de sahip olması gerekir. Bunlar iradenin fesada uğramaması olarak özetlenebilir.

Bu belirlenen şart ve unsurlara uyulmamsı halinde de Türk Hukuku sözleşmeye bazı yaptırımlar uygulamaktadır. Bunlar İslam hukukundaki hükümsüzlük teorilerine göre daha sistematik olarak tespit edilmiştir. Sözleşmenin kurucu unsurları olarak belirlene irade beyanları, sözleşmenin konusu ve hukuki sonuç yoksa sözleşme de yoktur. Yok olan bir sözleşme hiçbir sonuç doğurmaz. Sözleşmenin geçerlilik unsurları olmayan bir sözleşme ise batıldır. Kurulmuştur ancak herhangi bir sonuç doğurmaz. Borçlar hukuku alanında yokluk ile butlan genellikle aynı sonucu doğurmakla birlikte aralarında bazı farklılıklar da bulunmaktadır. Sözleşmenin irade beyanını sakatlayan bir etkiyle yapılmış olması durumunda ise sözleşme bağlayıcı değildir. Buna da iptal edilebilirlik adı verilmektedir. Kanuni temsilci veya iradi temsilcinin onayının eksik olduğu veya bir şarta bağlı olan sözleşmeler de eksik sözleşme olarak isimlendirilir.

Sözleşme hukukuna ilişkin olarak belirlenen bu prensipler kendisi de bir sözleşme olması sebebiyle evlenmeye de tatbik edilmektedir. ancak her iki hukuk sistemi de evlenme sözleşmesi için farklı bir statü belirlemiştir. İrade beyanları, ayrı cinse ait taraflar her iki hukuk sisteminde de olmazsa olmaz şartlardandır.

İslam hukuku içerisinde özellikle Hanefi ekolü evlenme sözleşmesi için irade beyanlarını yegane rükün olarak görür. Bununla beraber iki tarafın olması ve bunların ayrı cinsiyetten kişiler olması da gereklidir. Taraflar sözleşme yapmaya ehil olmalı iradelerini kendileri veya kanuni ya da iradi temsilcileri aracılığı ile beyan etmelidirler. İrade beyanları karşılıklı ve birbirine uygun olmalı, kesinlik ifade eden lafızlar kullanılmalı, irade beyanları hakikaten veya hükmen aynı mecliste yapılmalı ve geciktirici şarta bağlanmamış olmalıdır. Ayrıca niteliği tartışmalı olmakla birlikte taraflar arasında evlenme engeli de olmamalıdır.

Evlenme sözleşmesinin kurulması için bu şartlar olması gerekmekle birlikte sözleşmenin geçerli olabilmesi için de şahitlerin olması, ikrahın olmaması, sözleşmenin süre sınırlamasına bağlanmamsı ve bazı hukukçulara göre evlenme engelinin olmaması gerekir.

Evlenme engelleri kan hısımlığına, sıhri hısımlığa veya süt hısımlığına dayanabilir. Bu engellerden bir kısmı daimi evlenme engeli mahiyetindedir. Kız kardeş,

hala teyze ile veya kayın valide ile evlenmek böyledir. Bazı engeller ise geçicidir. Din farkından doğan evlenme engeli veya yakın akrabalardan iki kadın ile aynı anda evlenme halinde geçici engeller vardır. Evlenme engellerinden bazısı üzerinde ittifak edilerek engel oluşturur. Bazıları ise ekoller arasında tartışmalıdır.

Evlilik taşıması gereken bütün şartları taşıyıp taşımaması açısında sahih evlilik ve sahih olmayan evlilik olarak iki kısma ayrılır. Sahih olmayan evlilik de batıl ve fasid evlilik olmak üzere iki kısma ayrılır. İn'ikad şarlarından biri eksik olan evliliğe batıl evlilik, sıhhat şartlarından birisi eksik olan evliliğe de fasid evlilik adı verilir. Sona erdirilmesi açısından her iki evlilik türü arsında fark olmamakla birlikte sonuçları açısından bazı farklar bulunmaktadır.

Türk Hukukuna evlenmenin kurucu unsurları kanunda açık bir şekilde sayılmamakla birlikte doktrinde tartışmasız bir şekilde kabul edilmektedir.

Evlenmenin Yokluğu hükümsüzlük halleri içerisinde ağır sonuçları olan bir yaptırımdır. Tarafların irade beyanında bulunmadan ya da temsilci vasıtasıyla kullanmaları suretiyle evlenmeleri, aynı cinsiyetten olan kişilerin evlenmeleri ve evlenme merasiminin kanunun aradığı resmi şekil dışında mesela imam önünde yapılmış olması durumunda evlenme yoktur.

Toplumumuzda büyük bir yer teşkil eden imam nikahı ile evlenmeler, nesep, miras ve nafaka açısından büyük sorunlar çıkarmakta tarafların imam nikahının mahiyetini bilmedikleri için resmi nikahtan kaçınmaları veya ihmal etmeleri sebebiyle devam edip gitmektedir. Bunların önüne geçmek için özellikle kırsal kesimde yaşayanlar ve köy muhtarları bilinçlendirilmeli ve resmi nikah ile imam nikahı arasında bir iki nokta dışında fark olmadığının anlatılması gereklidir.

Cinsiyet değişikliği için evli olmama şartı aranmış olmakla birlikte evli birisi cinsiyet değiştirirse sonucun ne olacağı tartışmalıdır. En uygun çözüm cinsiyet değişikliği ile birlikte evliliğin de kendiliğinden yok hale geldiğinin kabulüdür.

Evlenme ayrı cinsiyetteki tarafların irade beyanlarını bizzat kendilerinin yetkili memur önünde beyan etmeleri ile kurulmuşsa ortada bir evlilik vardır. Kanun bu

evliliğin geçerli olabilmesi ve devam edebilmesi için bazı şartlar aramıştır. Bu şarları da olmaması gerekenler şeklinde olumsuz bir şekilde düzenlemiş bunlara uymamanın yaptırımına da mutlak butlan demiştir. Evlenme sırasında taraflardan birisinin daimi olarak temyiz gücünden mahrum olması, veya akıl hastası olması, taraflar arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlık olması evlenmenin batıl olmasını gerektirir.

Diğer bir yaptırım ise nisbi butlandır. Evliliğin nisbi butlanla sona ermesi MK md. 148-160 arasında düzenlenmiştir. Kanunumuzda nisbi butlan sebepleri tek tek sayılmıştır. Nisbi butlan sebeplerini ayırt etme gücünden geçici yoksunluk, irade bozukluğu halleri ve yasal temsilcinin izninin bulunmaması olarak üç grup altında toplayabiliriz.

Kanunda aranan nisbi butlan sebeplerinden birinin varlığı halinde ayırt etme gücünü sonradan kazanan eş, iradesi kanunda aranan sebeplerden dolayı sakatlanan eş ile, küçük veya kısıtlının yasal temsilcilerinin rızası olmadan, evlenmeleri halinde yasal temsilci evliliğin nisbi butlanla sakat olmasına dayanarak evliliğin iptalini dava edebilir.

Nisbi butlan davası açma hakkı ayırt etme gücünden geçici yoksunluk ve rızayı sakatlayan sebeplerden birinin (yanılma, aldatma, korkutma) varlığı halinde sadece ayırt etme gücünden yoksun olan ve sonradan ayırt etme gücünü yeniden kazanan eşe ve evlenme konusundaki iradesi yanılma, aldatma veya korkutma nedeniyle sakatlanan eşe tanınmıştır.

Küçük ve kısıtlıların yasal temsilcilerinin rızalarını almadan evlenmeleri halinde bu durumda nisbi butlan davası açma hakkı ancak yasal temsilci olan veli yada vasiye aittir.

Ayırt etme gücünden geçici olarak yoksunluk veya irade bozukluğu hallerinde nisbi butlan davası diğer eşe karşı açılır. İzinleri alınmadan yapılan evlenmelerin iptali için yasal temsilcilerin açacakları nisbi butlan davası ise her iki eşe karşı açılır.

Nisbi butlan davası açma hakkı temyiz kudretinden geçici mahrumiyette ve rızayı sakatlayan sebeplerden birinin varlığı halinde belli bir hak düşürücü sürenin geçmesi ile sona erer. İptal sebebinin öğrenildiği veya korkunun etkisinin kalktığı

tarihten itibaren altı ay ve her halde evlenme sözleşmesinin yapıldığı tarihten itibaren beş yıl geçmekle iptal davası açma hakkı düşer.

Bunun yanında dava hakkı dava sahibinin dava açma hakkından feragat etmesi yani sakat evlenmeye icazet vermesi durumunda da kanunda düzenlenmemiş olmakla birlikte mahiyeti icabı düşer.

Bunun yanında yasal temsilcinin dava açma hakkı küçüğün sonradan eriğin olması kısıtlının kısıtlı olmaktan çıkması veya karının hamile kalması durumunda düşer. Bu durumda dava açılmış olsa bile iptal kararı verilmeden yukarıda belirttiğimiz durumlar gerçekleşmiş ise artık iptal kararı verilemez.

Evlenmenin butlanı davasında yetki ve yargılama usulü bakımından boşanmaya ilişkin hükümler uygulanır. Butlan davasında görevli mahkeme aile mahkemesidir. Aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde asliye mahkemesidir.

İslam Hukukunda batıl olan evlilik hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Bazı durumlarda taraflar arasındaki ilişki zina olarak kabul edilmemekte, bazen de zina olarak kabul edilmekle beraber verilecek ceza düşülmektedir. Bunda evlilik şüphesi etkin rol oynamaktadır. Fasid olan evlilik ise kadının mehire hak kazanması, çocuğun nesebinin sabit olması, kadının iddet beklemesi ve taraflar arasında evlenme engeli doğurması şeklinde dört grup sonuç doğurur. Ayrıca taraflar arasındaki ilişki zina olmaktan çıkar. Batıl evlilik gibi fasid evliliğin de ortadan kaldırılması gerekir.

Türk Hukukunda yok olan evlenmeler hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Doğan çocuk ile ansı arasında kanundan doğan bir nesep ilişkisi kurulur. Tabii baya karşı nesepsiz olan çocuk ile babası arasında tanıma, babalık davası gibi yollarla nesep ilişkisi kurulabilir. Ayrıca tarafların evlenmeleri de çocukları evlilik içinde doğmuş statüsüne sokar. Evlilik mutlak butlanla malül ise savcı da dahil olmak üzere bu evliliği sona erdirmek için her ilgili dava açabilir. Nisbi butlanda ise bu imkan sadece bir tarafa verilmiştir.

Butlan davasının amacı meydana gelen butlanla sakat evlenmeyi ortadan kaldırmaktır. Nisbi butlan davası ile de evliliğe son verilmek istenmektedir. Gerek

mutlak butlan ve gerekse nisbi butlanla sakatlanmış olan evlilik hakimin vereceği butlan (iptal) kararına kadar geçerli bir evlenmenin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Butlanla sakat olan evlilik ancak hakim kararı ile ileriye dönük olarak sona erer.