



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

EVİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Serkan AYAN



TÜRKİYE BAROLAR BİRLİĞİ

**EVİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI**

Serkan AYAN

Türkiye Barolar Birliği Yayınları: 58

Evlilik Birliğinin Korunması

ISBN:975-6689-41-4

© Türkiye Barolar Birliği

Birinci Baskı: Mart 2004

Türkiye Barolar Birliği
Karanfil Sokağı 5/62
06650 Kızılay - ANKARA
Tel: (312) 425 30 11 Faks: 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-posta: admin@barobirlik.org.tr
yayin@barobirlik.org.tr

Sayfa Tasarımı ve Ofset Hazırlık
Düş Atelyesi (0312.215 70 37)

Baskı
Şen Matbaa
(0312. 229 64 54 - 230 54 50)

İÇİNDEKİLER

Kısaltmalar	XVII
Önsöz	XIX
Giriş.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM GENEL OLARAK EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI VE EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 1. EVLENME KAVRAMI İLE EVLENMENİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	5
I. Evlenme Kavramı	5
II. Tanımı	9
III. Hukuki Niteliği	10
§ 2. EVLİLİK BİRLİĞİ VE AİLE KAVRAMLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ, AİLE TÜRLERİYLE İLİŞKİSİ	12
I. Evlilik Birliği Kavramı	12
II. Hukuki Niteliği	14
III. Aile Kavramı, Türleri ve Evlilik Birliğinin Aile Türleriyle İlişkisi	16
A. Genel Olarak	16
B. Dar Anlamda Aile	18
C. Geniş Anlamda Aile	18
D. En Geniş Anlamda Aile	19

E.	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Aile Anlayışı	19
§ 3.	EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASININ ÖNEMİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINDA GÖZ ÖNÜNDE TUTULAN İLKELER	21
I.	Evlilik Birliğinin Korunması Kavramı	21
A.	Genel Olarak	21
B.	Evlilik Birliğinin Korunmasına Yönelik Hükümlerin Türleri	27
II.	Evlilik Birliğinin Korunmasının Önemi	32
III.	Evlilik Birliğinin Korunmasında Göz Önünde Tutulan İlkeler	33
§ 4.	EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ	36
I.	Genel Olarak	36
II.	Önceki Medeni Kanunumuzda	38
III.	Yürürlükteki Medeni Kanunumuzda	44
A.	Evlilik Birliğinin Mutluluğunu Elbirliğiyle Sağlama Yükümlülüğü	47
B.	Çocukların Bakım, Eğitim ve Gözetimine Özen Gösterme Yükümlülüğü	48
C.	Birlikte Yaşama Yükümlülüğü	49
D.	Sadakat Yükümlülüğü	49
E.	Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü	50
F.	Aile Konutunu Seçme Yükümlülüğü	51
G.	Evlilik Birliğini Birlikte Yönetme Yükümlülüğü	52
H.	Evlilik Birliğinin Giderlerine Güçleri Oranında Katılma Yükümlülüğü	53

İKİNCİ BÖLÜM
TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN, EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK DOĞMASINDAN ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK OLAN EVLİLİK BİRLİĞİNİ
KORUYUCU HÜKÜMLERİ

§ 5. BAZI HUKUKİ İŞLEMLERDE DİĞER	
EŞİN RIZASININ ARANMASINA	
İLİŞKİN HÜKÜMLER	57
I. Genel Olarak	57
II. Aile Konutuna İlişkin Hukuki İşlemlerde	60
A. Aile Konutu Kavramı	60
B. Aile Konutunun Önemi ve Unsurları.....	62
1. Önemi	62
2. Unsurları	63
a. Aile	64
b. Konut	65
c. Konutun, Ailenin Yaşamının Odak Noktası	
Olarak Belirlenmiş Olması	66
C. Aile Konutuna İlişkin Olarak Türk Medeni	
Kanunu'nun 194. Maddesinde Yapılan Düzenleme ...	69
1. Genel Olarak	69
2. Amacı	71
3. Hukuki Niteliği	72
a. Fiil Ehliyeti Sınırlaması Niteliğinde	
Olduğu Görüşü	73
b. Sözleşme Özgürlüğünün Kanundan Doğan Bir	
Sınırlaması Niteliğinde Olduğu Görüşü	74
c. Katılma Hakkı Görüşü	74
d. Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Görüşü	76
e. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	78
aa. Fiil Ehliyetine İlişkin Sınırlamalar Bakımından	78
bb. Tasarruf Yetkisine İlişkin Sınırlamalar Bakımından ...	80
4. Eşlerden Birinin, Aynı Hak Sahibi Olduğu Aile	
Konutuna İlişkin Hukuki İşlemlerde	86
a. Genel Olarak	86

b.	Aile Konutunun Eşlerden Birinin	
	Mülkiyetinde Olması	88
aa.	Genel Olarak	88
bb.	Aile Konutu Şerhi	88
aaa.	Şerhin Tapu Siciline İşlenmesi	89
bbb.	Şerhin Etkisi	91
aaaa.	Tapu Sicilinde İşlem Yapılabilmesi Bakımından	92
bbbb.	İyiniyetle Aynı Hak Kazanılması Bakımından	93
i.	Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunmaması	
	Gerektiği Görüşü	93
ii.	Üçüncü Kişinin İyiniyetinin Korunması	
	Gerektiği Görüşü	96
iii.	Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç	98
c.	Aile Konutunun, Eşlerin Birlikte	
	Mülkiyetinde Olması	107
aa.	Aile Konutunun Paylı Mülkiyet Konusu Olması	107
bb.	Aile Konutunun Elbirliği Mülkiyetinin Konusu	
	Olması	108
d.	Aile Konutu Üzerinde, Eşlerden Birinin Sınırlı	
	Aynı Hakkı Olması	109
5.	Eşlerden Birinin, Kişisel Hak Sahibi Olduğu Aile	
	Konutlarına İlişkin Hukuki İşlemlerde	110
a.	Genel Olarak	110
b.	Aile Konutunun, Eşlerden Biri Tarafından Kira	
	Sözleşmesiyle Sağlanmış Olması	112
aa.	Aile Konutuna İlişkin Kira Sözleşmesinin	
	Feshinin, Diğer Eşin Rızasına Bağlı Olması	112
bb.	Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşin, Kiralayana	
	Yönelteceği Tek Taraflı Bildirimle Sözleşmenin	
	Tarafı Hâline Gelmesi	114
III.	Eşlerin Paylı Mülkiyetinde Olan Mallara İlişkin	
	Hukuki İşlemlerde	117
A.	Genel Olarak	117
B.	Koşulları	118
IV.	Evlât Edinme İşleminde	122
A.	Eşlerden Birinin Evlât Edinmesinde	122
B.	Eşlerden Birinin Evlât Edinilmesinde	124

V. Mal Ortaklığı Rejimine İlişkin Bazı Hukuki İşlemlerde	125
§ 6. DİĞER HÜKÜMLER	126
I. Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Birliğini Koruyucu Diğer Hükümleri	126
A. Boşanma Davalarının Özel Bir Yargılama Usulüne Bağlı Olması	126
1. Genel Olarak	126
2. Sulh Teşebbüsü	128
3. Aile Mahkemeleri ve Yargılama Usulü	129
4. Türk Medeni Kanunu'nun 184. maddesinde Düzenlenen Özel Yargılama Usulleri	135
B. Evlilik Birliğinin, Ancak Hâkim Kararıyla ve Kanunda Belirtilen Sebeplerden Biriyle Sona Erdirilebilmesi	141
C. Terk Nedeniyle Boşanma Davası Açılabilmesi İçin, Terk Eden Eşe İhtarda Bulunulması	144
D. Evlenmenin, Henüz Ergin Olmayan Eşleri Ergin Kılması	147
E. Evli Kişilerin Cinsiyet Değiştirmelerinin Yasak Olması	148
1. Genel Olarak	148
2. Evli Kişilerin Cinsiyet Değiştirmesinin Evliliğe Etkisi	150
II. Önceki Medeni Kanunumuzun Evlilik Birliğini Koruyucu Diğer Hükümleri	154
A. Eşlerin Birbirleriyle Yapacakları veya Evli Kadınların Üçüncü Kişilerle Yapacakları Bazı Hukuki İşlemlerin, Hâkimin Onayına Bağlı Tutulmuş Olması	154
1. Evlilik Birliğinin Kurulmasından Sonra Yapılan Mal Rejimi Sözleşmeleri	156
2. Mal Birliğinde Kadının Kişisel Mallarına ve Mal Ortaklığında Ortaklığa Giren Mallara İlişkin Olarak Eşler Arasında Yapılan Sözleşmeler	157
3. Evli Kadının, Kocasını Yararına Üçüncü Kişilerle Yaptığı Borçlandırıcı İşlemler	158

B.	Eşler Arasında Cebrî İcranın Yasak Olması	165
C.	Evli Kadının, Önceki Medeni Kanunumuzun 159. maddesinin Anayasa Mahkemesince İptalinden Önceki Dönemde, Ancak Eşinin İzniyle Bir Meslek veya Sanatla Uğraşabilmesi	168
D.	Velâyetin Yürütülmesi Konusunda Ortaya Çıkan Bir Uyuşmazlıkta Kocanın Oyunun Üstün Olması	171
§ 7. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KONUSUNDA, İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NUN, TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE FARKLI OLAN HÜKÜMLERİ		
I.	Çalışmayan Eşe Cep Harçlığı Verilmesi	177
II.	Eşlerden Birinin, Evlilik Birliğine Olağanüstü Katkısı Nedeniyle, Diğerinden Tazminat İstemesi	178
III.	Eşlerin, Birbirlerine Bilgi Verme Yükümlülüğünün Bulunması	181
IV.	Kefalet Sözleşmesinde Diğer Eşin Rızasının Aranması	184

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM EŞLER ARASINDA BİR UYUŞMAZLIK DOĞMASINDAN SONRA UYGULANABİLECEK HÜKÜMLER

§ 8. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN, EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA, HÂKİMİN MÜDAHALESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ		
I.	Genel Olarak	187
II.	Hâkimin Müdahalesinin Koşulları	190
A.	Eşlerden Biri, Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerine Aykırı Davranmalıdır	191

B.	Eşler Arasında, Evlilik Birliğini İlgilendiren Önemli Bir Konuda Uyuşmazlık Doğmalıdır	197
C.	Eşlerden Biri, Hâkimin Evlilik Birliğine Müdahalesini İstemiş Olmalıdır	200
III.	Hâkim Tarafından, Evlilik Birliğinin Korunması Amacıyla Alınabilecek Önlemler	202
A.	Genel Olarak	202
B.	Hâkim Tarafından, Eşler Birlikte Yaşarken Alınabilecek Önlemler	211
1.	Eşlerin, Ailenin Geçimi İçin Yapacakları Parasal Katkının Belirlenmesi	211
2.	Eşlerden Birinin, Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması	215
a.	Genel Olarak	215
b.	Koşulları	218
aa.	Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş, Temsil Yetkisini Aşmış Olmalıdır	219
bb.	Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş, Temsil Yetkisini Kullanmada Yetersiz Kalmış Olmalıdır	220
cc.	Diğer Eş, Hâkimden Eşinin Temsil Yetkisinin Kaldırılmasını veya Sınırlanmasını İstemiş Olmalıdır	221
c.	Sonuçları	221
d.	Süresi ve Temsil Yetkisinin Geri Verilmesi	223
3.	Çocuğun Ana ve Babadan Alınması	223
a.	Bedensel ve Zihinsel Gelişmesi Tehlikede Bulunan Çocuğun Ana ve Babadan Alınması	223
b.	Ailenin Huzurunu Bozan Çocuğun Ana ve Babadan Alınması	224
C.	Hâkim Tarafından, Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumunda Alınabilecek Önlemler	225
1.	Genel Olarak	225
2.	Koşulları	225
a.	Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Haklı Bir Sebebe Dayanmalıdır	226

b.	Eşlerden Biri, Haklı Bir Sebep Olmaksızın, Ortak Hayatı Terk Etmiş Olmalıdır	235
c.	Ortak Hayatın Sürdürülmesi, Başka Bir Sebeple Olanaksız Hâle Gelmiş Olmalıdır	236
d.	Eşlerden Biri, Hâkimden Önlem Alınmasını İstemiş Olmalıdır	237
e.	Boşanma Davası Açılmamış Olmalıdır	237
3.	Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler	240
a.	Eşler Arasındaki Parasal Katkının Belirlenmesi	241
b.	Konut ve Ev Eşyasından Yararlanma Şeklinin Düzenlenmesi	245
c.	Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler Alınması	249
d.	Çocuklarla İlişkilerin Düzenlenmesi	250
D.	Hâkim Tarafından, Hem Eşlerin Birlikte Yaşaması, Hem de Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumlarında Alınabilecek Önlemler	253
1.	Hâkimin, Eşlerden Birinin Borçlarına, Borçlarını Diğer Eşe İfa Etmelerini Emretmesi	253
2.	Eşlerden Birinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması	256
a.	Genel Olarak	256
b.	Koşulları	258
aa.	Ailenin Ekonomik Varlığının Tehlikeye Düşmesi	258
bb.	Evlilik Birliğinden Doğan Malî Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi	260
cc.	Diğer Eş, Hâkimden Önlem Alınmasını İstemiş Olmalıdır	263
c.	Eşlerden Birinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması Kararıyla Birlikte Alınabilecek Önlemler	264
d.	Sonuçları	266
3.	Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Mal Ayrılığına Dönüştürülmesi	269
4.	Eşine Borçlu Olan Diğer Eşe, Borcunu Yerine Getirmesi İçin Süre Verilmesi	272
IV.	Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemlerin Hukuki Niteliği	274

V.	Önlemlerin Ortadan Kaldırılması veya Değiştirilmesi	277
VI.	Önlemleri Alma Konusunda Yetkili ve Görevli Mahkeme	280
A.	Yetkili Mahkeme	280
B.	Görevli Mahkeme	281

§ 9. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONA ERDİRİLMESİ AMACIYLA AÇILMIŞ BİR DAVANIN GÖRÜLDÜĞÜ SIRADA UYGULANABİLECEK OLAN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU DİĞER HÜKÜMLERİ

I.	Boşanma İstemiyle Açılan Davada Ayrılık Kararı Verilebilmesi	282
A.	Genel Olarak	282
B.	Koşulları	285
C.	Değerlendirme	288
II.	Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davalarında Geçici Önlemler Alınması	289
A.	Genel Olarak	289
B.	Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler	291
1.	Eşlerin Barınması	295
2.	Eşlerin Geçiminin Sağlanması	295
3.	Eşlerin Mallarının Yönetilmesi	296
4.	Çocukların Bakımı ve Korunması	297
5.	Diğer Önlemler	298

§ 10. 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'UN, EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA, HÂKİMİN MÜDAHALESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

I.	4320 Sayılı Kanun İle Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Birliğini Koruyucu Hükümleri Arasındaki İlişki	298
----	---	-----

II.	4320 Sayılı Kanun İle Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Birliğini Koruyucu Hükümleri Arasındaki Farklılıklar	302
III.	4320 Sayılı Kanunun Uygulanması	307
A.	Kanunun Uygulanma Koşulları	307
1.	Fiil Bakımından	307
2.	Fail ve Mağdur Bakımından	309
3.	Başvuru	313
B.	Usule İlişkin Özellikler	315
C.	Cezaî Yaptırım	320
D.	Kanunda Öngörülen Önlemler	322
1.	Genel Olarak	322
2.	Kusurlu Eşin Uyarılması	323
a.	Şiddet Uygulamaması ve Korkuya Yönelik Davranışlarda Bulunmaması Konusunda	323
b.	Ortak Konuta ve Diğer Eş İle Çocukların İşyerlerine Yaklaşmaması Konusunda	324
c.	Aile Bireylerinin Eşyalarına Zarar Vermemesi Konusunda	327
d.	Diğer Aile Bireylerini İletişim Araçlarıyla Rahatsız Etmemesi Konusunda	328
e.	Silah ve Benzeri Araçlarını Zabıtaya Teslim Etmesi Konusunda	329
f.	Alkollü veya Uyuşturucu Herhangi Bir Madde Kullanmış Olarak Ortak Konuta Gelmemesi veya Ortak Konutta Bu Maddeleri Kullanmaması Konusunda	330
3.	Nafakaya Hükmedilmesi	331
4.	Hâkimin, Uygun Göreceği Benzer Önlemleri Alabilmesi	332
	Sonuç	333
	Bibliyografya	339

KISALTMALAR

AAK	: Aile Araştırma Kurumu
ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AKK	: 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun
aşa.	: aşağıda
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: bakınız
BTHAE	: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
C.	: Cilt
c.	: Cümle
CD.	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
DEÜ	: Dokuz Eylül Üniversitesi
dn.	: Dip notu
E.	: Esas
EMK	: 743. sayılı eski Medenî Kanunumuz
f.	: fıkra
GÜHFD	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜSBD	: Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi
HD	: Yargıtay Hukuk Dairesi

HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İÜHF	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İÜMH	: İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Enstitüsü
İz. BB	: İzmir Barosu Bülteni
İz. BD	: İzmir Barosu Dergisi
K.	: Karar
Karş.	: Karşılaştırınız
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
mad.	: madde
MBD	: Manisa Barosu Dergisi
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
MÜHFHA	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları
RG	: Resmi Gazete
S.	: sayı
s.	: sayfa
SHÇEK	: Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu
SK	: sayılı Kanun
SÜHFD	: Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TAY	: Türkiye Aile Yılığ
TBBB	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	: Türkiye Büyük Millet Meclisi
THED	: Türk Hukuk Enstitüsü Dergisi
TKGM	: Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve saire
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK Hukuk Bölümü	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları Hukuk Bölümü
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
yuk.	: yukarıda

ÖNSÖZ

Akademik hayatın çiraklık çalışması olarak değerlendirilen ve bu nedenle hatalarının ve eksiklerinin mazur görülebileceğini temenni ettiğimiz bu yüksek lisans çalışmamızda "*Evlilik Birliğinin Korunması*" konusunu incelemeye çalıştık. Aile hukukuna ilişkin genel eserler dışında bu güne dek monografik bir çalışmada ele alınmamış bir konu olan evlilik birliğinin korunması, özellikle 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'yla oldukça önem kazanmıştır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun evlilik içinde eşleri eşit konumda değerlendirip, eşler arasındaki uyuşmazlıkların çözümünde mahkemelere arabulucu, uzlaştırıcı işlevi yüklemesi nedeniyle evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin önemi artmıştır.

Türk Medeni Kanunu ve aile içi şiddeti önlemek amacıyla kabul edilip 17.1.1998 tarihinde yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la öngörülen aileyi koruyucu hükümlerin incelenmesi araştırmamızın temel amacını oluşturmaktadır.

6.8.2003 tarihinde Prof. Dr. Nevzat Koç, Prof. Dr. Şeref Ertaş ve Yrd. Doç. Dr. Meltem Kutlu Gürsel'den oluşan jüri önünde savunularak oy birliğiyle kabul edilen bu çalışmanın konusunun seçiminden, baskısının hazırlanmasına kadarki uzun ve yorucu dönemde büyük emeği olan ve değerli eleş-

tirileriyle çalışmama ışık tutan tez danışmanım sayın hocam Prof. Dr. Nevzat Koç'a en derin saygılarımı sunmaktan kıvanç duyarım. Gerek çalışmanın çatısının oluşturulması ve gerekse baskısının gerçekleştirilmesinde büyük destek ve yardımlarını gördüğüm sayın hocalarım Prof. Dr. Şeref Ertaş'a ve Yard. Doç. Dr. Mehmet Beşir Acabey'e olan minnettarlığımı da bu vesileyle belirtmek isterim. Yapıcı eleştirileri ve manevi destekleri nedeniyle sayın hocalarım Doç. Dr. Ayşe Havutçu'ya, Yard. Doç. Dr. Meltem Kutlu Gürsel'e ve Yard. Doç. Dr. Hakan Albaş'a ve ayrıca ağabeyim avukat Serdar Ayan'a da teşekkürlerimi sunarım.

Bu çalışmanın kitap haline gelmesini sağlayan TBB Başkanı sayın avukat Özdemir Özok ve değerli yönetim kurulu üyelerine şükranlarımı sunarım.

Ayrıca, tüm çalışmam boyunca büyük manevi desteğini gördüğüm sevgili eşim Ar. Gör. Özge Ayan'a da teşekkürlerimi sunarım.

20.12.2003 / İzmir
Serkan Ayan
Dokuz Eylül Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Araştırma Görevlisi

GİRİŞ

"*Evlilik Birliğinin Korunması*" bu araştırmanın konusu olarak seçilmiştir. Anayasa'nın 41. maddesinde, Türk toplumunun temeli olarak nitelendirilen ve özel olarak düzenlenen ailenin korunması ilkesi çerçevesinde, evlilik kurumunun dağılmasının önlenmesi ve evlilik birliğinin karşı karşıya kaldığı sorunların, boşanma aşamasına geçilmeden, barışçı yollardan çözümlenmesini sağlamak üzere konulmuş bulunan hükümlerin incelenmesinin büyük bir önemi vardır.

Evlilik birliğinin korunması konusunda, Aile Hukuku'na ilişkin genel eserler dışında, bugüne kadar monografik bir çalışmanın yapılmamış olması, böyle bir araştırmanın gerekliliğini ve yararını göstermektedir. Ayrıca, 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun, Aile Hukuku alanında yaptığı önemli değişiklikler de, evlilik birliğinin korunmasının, monografik bir araştırmanın konusu olarak seçilmesinin en önemli sebeplerinden biridir. Özellikle, evlilik birliğinde eşler arası eşitliğin tam anlamıyla sağlanması ve eşlerin, evlilik birliğine ilişkin kararların alınmasında eşit olarak değerlendirilmesi, Medeni Kanun'da düzenlenen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin önemini artırmıştır.

Araştırmada, Medeni Kanun'da yapılan düzenlemelerin, evlilik birliğinin korunması ilkesiyle ilişkisi ortaya konulmaya çalışılmıştır.

GİRİŞ Araştırmada ele alınan ve çözümlenmeye çalışılan başlıca hukuki problemler şunlardır:

- Aile konutuna ilişkin olarak Medeni Kanun'un 194. maddesinde yapılan düzenlemenin amacının, hukuki niteliğinin ve aynı maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen aile konutu şerhinin etkisinin ne olduğu,

- Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, her iki eşin de paydaş olmasının gerekli olup olmadığı,

- Medeni Kanun'un 40. maddesinde yasaklanmış olmasına rağmen, eşlerden birinin, hukuka aykırı yollardan cinsiyetini değiştirmesi durumunda, evliliğin kendiliğinden sona erip ermeyeceği,

- Önceki Medeni Kanun'da yer verilen ve evli kadınların, eşlerine karşı korunması amacını taşıyan hükümlerin, 4721 sayılı Medeni Kanun'a alınmamış olmasının yerinde olup olmadığı,

- Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin Medeni Kanun'un 195. ve devamındaki maddelerinin uygulanabilmesi için, eşlerden birinin kusurlu olmasının gerekip gerekmediği,

- Birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için, hâkimin izninin gerekli olup olmadığı,

- 4721 sayılı Medeni Kanun ile 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun arasında ilişkinin nasıl yorumlanması gerektiği,

- 4320 sayılı Kanun gereğince hangi mahkemenin yetkili olduğu.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin Medeni Kanun'un "*Birliğin Korunması*" kenar başlıklı 195. ve devamı maddeleri yanında, amacı evlilik birliğinin korunması olan diğer hükümlerin ve bazı özel kanun hükümlerinin de ele alınıp değerlendirilmesi zorunludur.

Bu düşünceden hareketle, araştırma üç bölüme ayrılmıştır. Birinci bölümde, "*Genel Olarak Evlilik Birliğinin Korunması ve Evlilik Birliğinde Eşlerin Yükümlülükleri*" incelenmiştir. Dört paragraftan oluşan bu bölümde, evlenme, evlilik birliği ve aile kavramları, bunların hukuki nitelikleri, evlilik birliği ile aile türleri arasındaki ilişki, evlilik birliğinin korunmasının önemi ve bu korumada göz önünde tutulan ilkeler ile evlilik birliğinde eşlerin yükümlülüklerini ele alınmıştır.

İkinci bölümü, Medeni Kanun'un, eşler arasında bir uyumsuzluk doğmasından önce de uygulanabilecek olan evlilik birliğini koruyucu hükümlerine ayrılmıştır. Üç paragraftan oluşan bu bölümde, ilk olarak, bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlanmasına ilişkin evlilik birliğini koruyucu hükümler daha sonra, evlilik birliğini koruyucu diğer hükümler ve evlilik birliğinin korunması konusunda, İsviçre Medeni Kanunu'nun, Türk Medeni Kanunu'na göre farklı olan hükümleri açıklanıp değerlendirilmiştir.

Araştırmanın üçüncü ve son bölümünde, eşler arasında bir uyumsuzluk doğmasından sonra uygulanabilecek evlilik birliğini koruyucu hükümlere yer verilmiştir. Üç paragraftan oluşan bu bölümde, önce Medeni Kanun'un evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin müdahalesine ilişkin hükümleri, evlilik birliğini sona erdirmek amacıyla açılmış bir davanın görülmekte olduğu sırada uygulanabilecek olan evlilik birliğini koruyucu diğer hükümler ve son olarak da 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da öngörülen evlilik birliğini koruyucu hükümler incelenmiştir.

Evlilik birliğinin korunması konusunda ortaya çıkabilecek başlıca hukuki problemlerin çözüm yollarına ilişkin değerlendirme sonuçları, araştırmanın sonuç bölümünde maddeler halinde özetlenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI VE EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

§ 1. EVLENME KAVRAMI İLE EVLENMENİN TANIMI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

I. Evlenme Kavramı

Evlenme ve ailenin temelleri, tarihin en eski dönemlerine kadar uzanmaktadır. Aile, tarihin her aşamasında ve farklı kültürlerde hep gündemde olan, özel ilgi gösterilen bir kurum olmuştur.¹

Evlenme; kişilerin hayatlarında çok önemli bir yer tutan, tarihin her döneminde özel önem gösterilen bir işlem olmasına rağmen, Medeni Kanun'da evlenmeyi tanımlayan açık bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat doktrinde, evlenmenin birbirine benzer birçok tanımı yapılmıştır.² Bu tanımların bazı ortak noktaları bulunmakta ve bu ortak noktalar, evlenmenin temel unsurlarını oluşturmaktadır.³ Bu nedenle kanaatimce, bu unsurlar incelendikten sonra bir tanım verilmesi yerinde olur.

¹ Akıntürk, Turgut, Türk Medeni Hukuku, *Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku*, C. II, İstanbul 2002, s. 5.

² Bu tanımlar için bkz. aşa. 1, II.

³ Zevkililer, Aydın-Acabey, M. Beşir-Gökyayla, K. Emre, *Medeni Hukuk*, Ankara 2000, s. 707; Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, Ankara 2000, s. 94; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, *Türk Medeni Hukuku*, C. II, *Aile Hukuku*, İstanbul 1965, s. 49; Saymen, Ferit Hakkı-Elbir, Halid Kemal, *Türk Medeni Hukuku*, C. III, *Aile Hukuku*, İstanbul 1957, s. 30; Schwarz, Andreas, *Aile Hukuku*, Çev. Davran, Bülent, İstanbul 1946, s. 27; Gürkan, Ülker, "Medeni Kanun Eleştirileri: I. Karının İktisaden Korunması", *AÜHFİD*, 1973/1-4, s. 323.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Evlenme, cinsiyetleri farklı iki kişi⁴ (kadın ve erkek) arasında gerçekleşebilir. Hukukumuzda, farklı cinsiyetlere sahip olmayanların birliktelikleri evlenme olarak nitelendirilemez. Bu nedenle, aynı cinsiyetteki iki kişinin evlenmesi yasak olduğu halde, her nasılsa böyle bir evlenme gerçekleşmişse, bunun yokluk yaptırımına tabi tutulması gerektiği için, hiçbir hüküm ve sonuç doğurmayacağı konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır.⁵ Fakat, bazı Avrupa ülkelerinde, aynı cinsten kişilerin birliktelikleri, bazı koşullar altında evlenme olarak tescil edilebilmektedir.⁶

⁴ Evlenmede "tek eşlilik" (monogami) usulü geçerlidir. Buna göre evlenme, bir kadınla bir erkeğin oluşturabilecekleri bir tek birliktir. Eski hukukumuzda geçerli olan "çok eşlilik" (poligami, teaddüd-ü zevcat) usulü, 4.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren 743 sayılı Medeni Kanun'la ortadan kaldırılmıştır. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Arsebük, Esat, *Medeni Hukuk*, C. II, Ankara 1940, s. 546, dn. 2; Schwarz, s. 30; Göktürk, Hüseyin Avni, *Türk Medeni Hukuku*, 2. Kitap, Aile Hukuku, Ankara 1954, s. 269; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Türk Evlilik Hukukunun Bugünkü Meseleleri Üzerinde Düşünceler", *Medeni Kanun'un XV. Yıl dönümü İçin*, İstanbul 1944, s. 637; Cin Halil, "Tarih Boyunca Kadının Hukuki Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış", *Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan*, Konya 1991, s. 19.

⁵ Bkz. Akıntürk, s. 195; Öztan, (Aile) s. 225; Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 834 vd.; Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*, İstanbul 1999, s. 26; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona, *Aile Hukuku*, İstanbul 1993, s. 79; Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi, *Aile Hukuku*, Baskıyı hazırlayanlar: Özakman, Cumhuri-Sarıal, M. Enis, İstanbul 1986, s. 96 vd.; Tandoğan, Halûk, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ankara 1965, s. 51.

⁶ Bkz. Hatemi-Serozan, s. 23; Alıcı, Burhan, "Hollanda Aile Hukukunda Evlilik İle İlgili Yeni Gelişmeler", *AD*, 2001/8, s. 76 vd. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, eşcinsellerin evlenme hakkından yararlanamayacağını, çünkü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesinin sadece farklı cinsiyetlerden olan iki kişi arasındaki geleneksel evliliği koruma altına aldığını kabul etmiştir. Bu konuda bkz. Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulanması*, Ankara 2003, s. 232. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 17.11.1986 tarihli K. Rees/İngiltere, 12.12.1984 tarihli R. Rees/İngiltere davalarında, bu konuyu açıkça belirtmiş, ayrıca eşcinsellere evlenme hakkının tanınmamasını sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkının ihlali niteliğinde saymamıştır. Çünkü, sözleşmenin 12. maddesi farklı cinsiyetten iki kişi arasındaki geleneksel evliliği korumaktadır. Bkz. Gölcüklü, A. Feyyaz-Gözübüyük, A. Şeref, *AİHS ve Uygulanması*, Ankara 2002, s. 344; Tezcan, Durmuş/Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002, s. 283.

Evlenme, sürekli bir hayat ortaklığı oluşturur. Evlenmenin iki temel özelliği, sürekli olması ve tam bir hayat ortaklığı kurmasıdır.⁷ Eşler evlilik birliğini, hayatlarının tamamını birlikte geçirmek, hayatın acı ve tatlı yönlerini birlikte yaşamak amacıyla kurarlar. Her bağıllık gibi evlilik de bir gün sona erebilir. Fakat bu durum, evlilik ilişkisinin geçici olduğu anlamına gelmez.⁸ İstisnai durumlar hariç, hiç kimse belli bir süre devam etmek amacıyla evlenmez. Bu nedenle evlenmeye, eşler arasında sürekli bir hayat ortaklığı kurulur. Hatta, evlenmenin niteliğinde, bir "ebediliğin" gizli olduğu bile ifade edilmektedir.⁹

Evlenmeyle, taraflar arasında tam bir birliktelik doğar. Eşler, yaşamlarını birleştirirler ve gerçek anlamda bir hayat ortaklığı kurmayı amaçlarlar.¹⁰ Evlenmenin temel amacı, sadece cinsel birliktelik değil, eşlerin tüm varlıklarını içine alan bir hayat ortaklığı oluşturmaktır.¹¹ Evlenmeyle, eşler arasında

⁷ Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 671; Acabey Mehmet Beşir, *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi*, İzmir 1998, s. 1; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, İstanbul 1989, s. 5, 62; Feyzioğlu, s. 84; Velidedeoğlu, s. 45; Egger, August, *Aile Hukuku*, Evlenme Hukuku, mad. 82-240, Çev. Çağa, Tahir, İstanbul 1943, s. 13; Schwarz, s. 28; Birsen, Kemaleddin, *Medeni Hukuk Dersleri*, Genel İlkeler-Şahsın Hukuku Aile Hukuku, İstanbul 1966, s. 252; Tandoğan, s. 1; Belgesay, Mustafa Reşit, "Karı Koca Arasında Karşılıklı Vazifeler", *Medeni Kanun'un XV. Yıl dönümü İçin*, İstanbul 1944, s. 695, 696; Yüce, "Turhan, Evlilik Hukukunda Nafaka", *AD*, 1951/12, s. 1823. Evlenmenin bu özelliği, Roma hukukunda da kabul ediliyordu. Bu konuda bkz. Koschaker, Paul/Ayiter, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları*, İzmir 1993, s. 302; Somer, Pervin, "Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları", *MÜHFD*, 2002/2, s. 159.

⁸ Velidedeoğlu, s. 49; Schwarz, s. 28; Tandoğan, s. 1.

⁹ Akıntürk, s. 53; Öztan, (Aile) s. 95; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 708; Akgün, Zerrin, *Boşanma Hukuku*, İstanbul 1949, s. 11.

¹⁰ İslam hukuku'nda da, evlenmenin, bir hayat ortaklığı kurduğu ve sürekli bir nitelik taşıdığı kabul edilmektedir. Bkz. Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya 1988, s. 40 vd.; Akgündüz, Ahmet, *Mukayeseli İslam ve Osmanlı Hukuku Külliyyatı*, Diyarbakır 1986, s. 150 vd.

¹¹ Öztan, (Aile) s. 95; Acabey (Yasal Mal Rejimi) s. 1; Feyzioğlu, s. 84; Bozovalı, Halûk, *Türk Medeni Hukuku'nda Bakım Nafakaları*, İstanbul 1990, s. 3; Velidedeoğlu, s. 49; Schwarz, s. 28; Aksoy, Muammer, *Mukayeseli Hukuk Açısından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı*, Ankara 1964, s. 17; Acabey M. Beşir, "Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Hayri*

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

bir ömür boyu sürecek manevi bir ortaklık, bir his, düşünce, kader ve amaç ortaklığı oluşur.¹²

Evlenme, kanun tarafından belirlenmiş olan formalitele-
rin yerine getirilmesini gerektirir.¹³ Kişilerin yaşamlarını bir-
leştirmeleri, ne kadar samimi ve gerçek olursa olsun, hukuk
tarafından aranan şekli koşullar yerine getirilmemişse geçerli
bir evlilikten söz edilemez.¹⁴ Evlenmenin geçerli olarak kuru-
labilmesi için, nişanlıların evlenme iradelerini, evlendirmeye
yetkili resmi memur (TMK, mad. 134/II) huzurunda gerçek-
leşen bir törende açıklamaları gerekir. Evlenme, ancak Mede-
ni Kanun hükümlerine uygun olarak yapılmışsa evlilik birliği
oluşur. Aslında burada evlenme demek yanlıştır. Çünkü, Me-
deni Kanun'na uygun olmayan birleşmeler,¹⁵ evlenme niteliği

Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2001, s. 778; Şener, Esat, "Aile Kavramı ve İslam Hukukunda Evlenme", *AD*, 1979/1-2, s. 2; Berki, Şakir, "Boşanma ve Ayrılık", *AÜHFD*, 1975/1-4, s. 135; Doğanay, İsmail, "Muhtelif Nafaka Davaları", *AD*, 1948/2, s. 122. Egger'e göre (s. 13) evlilik birliği, eşlerin karşılıklı olarak bütün varlıklarıyla kişiliklerini aileye özgülemelerine dayanır.

¹² Öztan, (Aile) s. 95; Saymen-Elbir, s. 31.

¹³ Evlenmenin şekli koşulları için bkz. Akıntürk, s. 77 vd.; Zevkliler, Aydın-Havutçu, Ayşe, "Yeni Medeni Kanun'na Göre Medeni Hukuk", *Temel Bilgiler*, Ankara 2002, s. 232 vd.; Kötelı, Argun, *Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, İstanbul 1991, s. 82 vd.

¹⁴ Ruhi, Ahmet Cemal, *Türk Hukuku'nda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, Ankara 2003, s. 21; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 708, 733; Oğuzman, Kemal-Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, İstanbul 1998, s. 7; Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, İstanbul 1990, s. 63; Hate-mi-Serozan, s. 80; Fezyioğlu, s. 84, 156; Kötelı, s. 17; Velidedoğlu, s. 49; Öztan, Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulününün 70. Yılında Aile Hukuku", *AÜHFD*, 1995/1-4, s. 105; Kruger, Hilmar, *Aile Hukuku Sorunları*, Osmanlı İslam Geleneği, Çev. Giritlioğlu, Necla, *İBD*, 1979/7-8-9, s. 524; Arcak, Ali, "Karnın Müstakil Mesken İsteği", *AD*, 1950/12, s. 1639.

¹⁵ Yokluk yapırımına tabi tutulan evlenmeler, doktrinde üç halde toplanmaktadır. Bunlar: 1. Aynı cinsten iki kişinin evlenmesi, 2. Evlenecek kişilerin evlenme konusundaki iradelerini, karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamamış olmaları, 3. Evlenmenin, resmi sıfatı bulunan yetkili memur tarafından akdedilmemiş olması. Bkz. Zevkliler-Havutçu, s. 264; Akıntürk, s. 194; Öztan, (Aile) s. 225; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 833; Oğuzman-Dural, s. 87; Fezyioğlu, s. 95.

taşımazlar. Bu koşullar yerine getirilmeden sürdürülen birlik-telikler, evlilik dışı birlikte yaşam ilişkisi olarak adlandırılır.¹⁶

Görüldüğü gibi evlenme bir hukuki işlem¹⁷ olarak, kadın ile erkek arasında bazı hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Bu hukuki sonuçlar, sıradan hukuki işlemlerin sonuçlarının aksine, evlenmenin sürekli ve tam hayat ortaklığı oluşturma işlevi gereğince, çok kapsamlı ve etkili olmaktadır.¹⁸ Çünkü evlenme, eşler arasında manevî bir bağ kurmakla kalmaz, aynı zamanda iktisadi bir birlik de oluşturur.¹⁹ Bu nedenle evlenme, eşler arasında kapsamlı hukuki sonuçlar doğuran, eşler için hayati önem taşıyan bir hukuki işlemdir.

Anayasa ve Medeni Kanun, evlenmenin eşler, çocuklar ve toplum için arz ettiği önemi göz önünde tutarak, evlenmeyle ortaya çıkan birliği özel olarak düzenlemiş ve korumuştur.

II. Tanımı

Doktrinde yapılan bir tanıma göre²⁰ evlenme, cinsiyetleri farklı iki kişinin iradelerinin, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere, hukukun aradığı koşullara uygun olarak birleşmesidir. Evlenmenin bir hukuki işlem olma özelliğini öne

¹⁶ Oğuzman-Dural, s. 19; Köteli, s. 17, 99 vd.; Köprülü-Kaneti, s. 64; Hatemi-Serozan, s. 261; Feyzioğlu, s. 153; Burcuoğlu, Haluk-Altıp, Atilla-Ünan, Samim, "Çağdaş Aile ve Sorunları", *MBD*, 1983/7, s. 10; Serozan, Rona, "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam İlişkisi", *İBD*, 1983/1-2-3, s. 5; Saymen-Elbir, s. 34; Arsebük, s. 555.

¹⁷ Hukuki işlem, bir veya daha çok kişinin, bir hakkın ya da hukuki ilişkinin kurulmasına, değiştirilmesine, devredilmesine veya ortadan kaldırılmasına yönelik irade açıklaması veya açıklamalarından oluşan bir hukuki olgudur. Bkz. Von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı*, C. I-II, Çev. Edege, Cevat, Ankara 1983, s. 133 vd. Evlenme, nişanlıların bu yöndeki irade beyanlarıyla oluştuğu için, evlenme de her şeyden önce bir hukuki işlemdir. Bkz. Oğuzman-Dural, s. 56.

¹⁸ Schwarz, s. 180.

¹⁹ Acabey (Yasal Mal Rejimi) s. 2; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 742; Aksoy, s. 17.

²⁰ Zevkliler-Havutçu, s. 222.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLÜĞÜNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

çıkararak başka bir tanıma göre²¹ evlenme, nişanlıların evlilik birliğini meydana getirmelerini sağlayan hukuki işlemidir. Aynı şekilde benzer bir tanıma göre²² evlenme, bir erkek ile bir kadının, şekli ve koşulları hukuken düzenlenen bir sözleşmeyle, tam bir hayat ortaklığı yaratmak üzere hayatlarını birleştirmeleridir.²³

Görüldüğü gibi, doktrinde birbirine yakın tanımlar yapılmaktadır. Bu nedenle tüm bunları kapsayan bir evlenme tanımı kanaatimce şöylece verilebilir:

Evlenme, bir erkek ile bir kadının, süreklilik taşıyan, tam bir hayat ortaklığı kurmak üzere, hukuken kabul edilebilir ve geçerli bir şekilde yaşamlarını birleştirmeleridir.

III. Hukuki Niteliği

Evlenmenin hukuki niteliği, doktrinde tartışmalıdır.²⁴ Doktrinde hâkim olan görüşe göre,²⁵ evlenme kendine özgü niteliği olan bir medeni hukuk sözleşmesi olup, nişanlıların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulur. Borçlar Hukuku anlamındaki sözleşmelerden bazı farklılıklar taşımakla birlikte, evlenme sözleşmesi, eşler arasında bazı hak ve yükümlülükler doğurur. Genel nitelikli sözleşmelerden farklı olarak eşler, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne ve bu ilişkiyi diledikleri anda sona erdirmeye hakkına sahip değillerdir. Evlenme sözleşmesinin yapılmasıyla, içeriği Medeni Kanun tarafından belirlenen hak ve yükümlülük-

²¹ Oğuzman-Dural, s. 57.

²² Feyzioğlu, s. 83.

²³ Benzer tanımlar için bkz. Saymen-Elbir, s. 30; Arsebük, s. 546; Egger, s. 21; Velidedeoğlu, s. 45; Koschaker-Ayiter, s. 302.

²⁴ Evlenmenin hukuki niteliğine ilişkin tartışmanın bir benzeri de nişanlanma için yapılmaktadır. Bu tartışmalar için bkz. Koç, Nevzat, *Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi*, İzmir 2002, s. 13 vd.

²⁵ Bkz. Akıntürk, s. 54; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 708; Öztan, (Aile) s. 96; Tekinay, (Aile) s. 63; Oğuzman-Dural, s. 58; Hatemi-Serozan, s. 75; Köprülü- Kaneti, s. 63; Feyzioğlu, s. 95; Velidedeoğlu, s. 50.

ler, taraflar için etkili olmaya başlar.²⁶ Bu nedenle, evlenme kendine özgü nitelikler taşıyan bir Medeni Hukuk (Aile Hukuku) sözleşmesidir.²⁷ Nitekim Yargıtay da, evlenmenin bir sözleşme olduğu görüşündedir²⁸.

Doktrinde, evlenmenin bir kurum olduğunu²⁹ ve evlenmenin bir şart tasarruf niteliği taşıdığını ileri süren yazarlar da vardır.³⁰ Evlenme ile evlilik kavramlarını birlikte değerlendiren kurum (müessese) görüşü bir kenara bırakılacak olursa, şart-tasarruf görüşünün, bağımsız sözleşme görüşünden temel farkı, belirtilen görüşte, evlenmenin eşlerin iradesiyle kurulmadığının, evlenmenin kurulabilmesi için, görevli memurun irade açıklamasında bulunması gerektiğinin kabul edilmesidir.³¹ Kanaatimce, Türk Kanun koyucusu, 4721 sayılı Medeni Kanunu'ndaki düzenlemeyle, bu konudaki³² bir tutumu benimsemiştir. Gerçekten, Medeni Kanun'un 142. maddesine göre, "evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar." Bu açık düzen-

²⁶ Ruhi, s. 22; Akıntürk, s. 101; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 741; Öztan, (Aile) s. 96; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 43; Köteli, s. 32; Velidedeoğlu, s. 50.

²⁷ Zevkliler-Havutçu, s. 224; Öztan, (Aile) s. 98; Velidedeoğlu, s. 51; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, "Aile Hukuku", *Medeni Hukuk II*, Ankara 1963, s. 81; Tekinay'a göre, (Aile, s. 65) evlenme akdi, bir temeldir. Taraflar, bu temeli atıp atmamakta serbesttir, fakat bu temeli atacaklarsa, onun üzerine kurulan binanın hukuki yapısı kanunkoyucu tarafından emredici hükümlerle belirlenir. Tarafların, bu binanın yapısında, diledikleri değişiklikleri yapma yetkileri bulunmamaktadır. Fakat yazara göre, tüm bu özellikler, evlenmenin bir sözleşme sayılmasını engellemez, sadece evlenmeye sui generis bir nitelik verir.

²⁸ YİBK, 14.06.1965, 3/3, (RG, 15.07.1965, S. 12049) ve YİBK, 13.12.1985, 4/9, (RG, 09.01.1996, S. 18983)

²⁹ Evlenmenin hukuki niteliğini "kurum" olarak açıklayan görüş, evlenme ile evlilik kavramları arasındaki farkı görmezden geldiği için eleştirilmektedir. Bkz. Oğuzman-Dural, s. 57; Tekinay, (Aile) s. 64.

³⁰ Bkz. Saymen-Elbir, s. 70.

³¹ Öztan, (Aile) s. 98; Oğuzman-Dural, s. 58; Tekinay, (Aile) s. 64; Saymen, Ferit Hakkı, "Evlenmenin Hukuki Mahiyeti", *İBM*, 1942/10, s. 647.

³² Evlenmenin hangi anda tamamlanmış olacağına ilişkin bu tartışma için bkz. Akıntürk, s. 94; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 738; Oğuzman-Dural, s. 59; Feyzioğlu, s. 171.

lemeden, evlenmenin, evlenecek olan kişilerin bu yöndeki iradelerini açıkladıkları anda kurulacağı, evlendirme memurunun açıklamasının ise, evlenmenin kurulması bakımından kurucu değil, açıklayıcı bir nitelik taşıdığı sonucu kolaylıkla çıkartılabilir.³³ Bu nedenle evlenmenin, artık bir şart tasarruf olarak kabulü mümkün değildir. Bu durumda, evlenmenin kendine özgü nitelikleri olan bir Aile Hukuku sözleşmesi olduğu görüşünün benimsenmesi yerinde olur.

Eşler, evlenme sözleşmesinin kurulduğu anda, evlilik denilen bir hukuki statü içine girerler. Bu nedenle, evlenme işleminin bir sözleşme, evlilik statüsünün ise, bir hukuki kurum olarak nitelendirilmesinin daha uygun olacağı söylenebilir.³⁴ Nişanlanma ve nişanlılık kavramlarında olduğu gibi,³⁵ evlenme, bir hukuki işlemi, evlilik ise bu hukuki işlem sonucu eşlerin içine girdikleri statüyü ifade eder.

Ş 2. EVLİLİK BİRLİĞİ VE AİLE KAVRAMLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ, AİLE TÜRLERİYLE İLİŞKİSİ

I. Evlilik Birliği Kavramı

Evlilik birliği, evlenmeyle eşler arasında oluşan bir birliktir.³⁶ Nitekim, Medeni Kanunu'nun 185. maddesinin birinci fıkrasına göre: "Evlenmeyle, eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur." Buna göre, evlenme sözleşmesinin kurulduğu, yani evlenecek olan kişilerin evlendirmeye yetkili resmi memur

³³ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 94; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 737; Öztan, (Aile) s. 139; Oğuzman-Dural, s. 59; Feyzioğlu, s. 172; Tekinay, (Aile) s. 64.

³⁴ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 709; Tekinay, (Aile) s. 64; Aksi görüşte olan Köteli, (s. 21) evlenmeyi ve evliliği birlikte düşünmekte ve hukuki niteliği açısından, bunların bir bütün olduğunu ifade etmektedir.

³⁵ Koç'un da (s. 13) haklı olarak belirttiği gibi, nişanlanma, karşı cinsten ve evlenmeleri hukuken mümkün olan iki kişinin, birbirleriyle evlenmeyi karşılıklı olarak vaat ettikleri sözleşmenin adıdır. Nişanlılık ise, nişanlanma işlemi sonucunda ortaya çıkan bir Medeni Hukuk ilişkisidir.

³⁶ Zevkliler-Havutçu, s. 236; Akıntürk, s. 87, 88, 101; Öztan, (Aile) s. 20; Hatemi-Serozan, s. 178; Tekinay, (Aile) s. 295; Schwarz, s. 180; Oğuzoğlu, s. 140.

huzurunda bu yöndeki rızalarını açıkladıkları anda, evlilik birliği de (eheliche Gemeinschaft) kurulmuş olur.

Evlilik birliğinin kendine özgü bir niteliği ve anlamı bulunmaktadır. Evlenme işlemine kadar "hukuken ve ahlaken birbirinin yabancı olan kadın ile erkek"³⁷ evlenme sözleşmesinin tamamlanmasıyla oluşan evlilik birliğinde, kalben, fikren ve cismen kaynaşmış tek bir varlık durumuna girer.³⁸ Bu birlikte kadın ile erkek, bir bütün halinde ve tek vücutta birleşmişler gibi düşünülür.³⁹

Evlilik birliği, kadın ile erkek arasında kurulan, kanunun tanıyıp koruduğu ve kamu vicdanının saygı duyduğu bir hayat ortaklığıdır.⁴⁰

Evlenme sözleşmesinin yapılmasıyla kurulan birlik, evlenmenin; fesih, ölüm, boşanma veya iptal sebepleriyle ortadan kalktığı ya da kaldırıldığı güne kadar,⁴¹ varlığını sürdürür ve bu tarihe kadar, eşler arasında hüküm ve sonuçlarını doğurur.⁴²

³⁷ Feyzioğlu, s. 176.

³⁸ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 741; Feyzioğlu, s. 176; Velidedeoğlu, s. 94; Egger, s. 13.

³⁹ Oğuzoğlu'na göre, (s. 141) evlilik birliğinin amacı, her şeyden önce bir hayat ortaklığı oluşturmak, eşlerin ölene dek gerçek bir hayat arkadaşı olarak yaşamalarını sağlamaktır. Yazara göre, çocuk sahibi olmak, birliğin amacını değil, doğal bir sonucunu oluşturur.

⁴⁰ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 741; Bozova, s. 4; Schwarz, s. 180 vd.; Aksoy, s. 16.

⁴¹ Katolik kilisesi tarafından uzun süre uygulanmış olan anlayışa göre, evlenmenin ancak ölümle ortadan kalkacağı, evlenmenin ölümden önce hiçbir şekilde ortadan kaldırılmasının mümkün olmadığı kabul ediliyordu. Günümüzde ise, bu anlayışın yavaş yavaş ortadan kaldırıldığı görülmektedir. Mesela, 1970'e kadar İtalya'da, 1987'ye kadar İspanya'da ve çok daha yakın bir tarihe kadar İrlanda'da, boşanmanın yasak olduğu kabul ediliyordu. Bu konuda bkz. Akıntürk, s. 228; Cin, Halil, *Eski Hukukumuzdan Boşanma*, Konya 1988, s. 16; Köteli, s. 59; Akgün, s. 14 vd.; Çandarlı, Zahid/Berki, Osman Fazıl, *Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukukunda Boşanma-Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları*, Ankara 1949, s. 2; Schwarz, s. 162; Gönensay, A. Samim, *Medeni Hukuk, C. II, Aile Hukuku*, Kısım I Karı Koca, İstanbul 1937, s. 72; Çakın, s. 5; Cansel, Erol, *Boşanmanın dayandığı Esaslar, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı*, C. II, Boşan-

Evlenme, mutlak butlanla geçersiz olsa bile, hâkimin kararına kadar, geçerli bir evliliğin bütün sonuçları doğurur. (TMK, mad. 156) Bu nedenle, evlilik birliği, evlenmenin mutlak butlan yaptırımına bağlı olduğu durumlarda da kurulur.

MK'nın "*Evlilik Hukuku*" başlığı altındaki, 118-281. maddelerini kapsayan hükümleri, evlilik birliğine ilişkindir.

II. Hukuki Niteliği

Medeni Kanun'da, evlenmeyle eşler arasında kurulan evlilik birliğinin hukuki niteliğine ilişkin doğrudan bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, evlilik birliğine ilişkin hükümlerden, söz konusu birliğin niteliği çıkarılabilir. Buna göre, evlilik birliği, eşler arasında kurulan, eşlere çeşitli haklar vermekle birlikte, yükümlülükler de yükleyen, tüzel kişiliği olmayan, hem Anayasa'da hem de Medeni Kanun tarafından özel olarak korunan bir birliktir.⁴³ Daha sonra⁴⁴ incelenecek olan evlilik birliğinin temsili konusunda da açıkça görüleceği üzere, her ne kadar eşlerin birliği temsilinden söz edilse de, bu gerçek anlamda bir temsil değildir. Sadece, ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması amacını güden bir yetkidir.⁴⁵

ma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 72; Gürsoy, Kemal Tahir, "Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde Yeni Eğilimler", *AÜHF Ellinci Yıl Armağanı*, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 2 vd; Şener, Esat, "Türkiye'de Boşanma Problemi var mıdır?", *AD*, 1975/5-6, s. 661.

⁴² Akıntürk, s. 101; Öztan, (Aile) s. 7, 144; Ruhi, s. 18; Oğuzman-Dural, s. 151; Hatemi-Serozan, s. 208.

⁴³ Akıntürk, s. 10; Zevkliler-Havutçu, s. 236; Öztan, (Aile) s. 20, 144; Saymen-Elbir, s. 8; Oğuzoğlu, s. 140; Hatemi, s. 1; Hatemi-Serozan, s. 3; Feyzioğlu'na göre de (s. 176'da) evlilik birliği bir dernek veya şirket gibi tüzel kişiliğe sahip değildir; fakat buna rağmen maddi ve manevi yönleriyle, toplumun çekirdeğini teşkil eder. Karı ile koca, bu birlikte bir bütündür; bir tek vücut halinde birleşmişlerdir. Aynı yönde bkz. Velidedeoğlu, s. 94; Aksoy, s. 15; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, "Evlilik Birliğini Temsilde Medeni Kanun'un dayandığı Esaslar", *AÜHF*, 1950/3-4, s. 312).

⁴⁴ Bkz. aşa. § 8, III, a.

⁴⁵ Akıntürk, s. 115; Öztan, (Aile) s. 176; Tekinay, (Aile) s. 302; Hatemi, s. 63; Feyzioğlu, s. 188; Velidedeoğlu, s. 108; Tandoğan, s. 117.

Medeni Kanun'da, evlenmeyle oluşan bu birliğin devamına büyük bir önem verilmiş, ⁴⁶ bir tüzel kişiliği olmadığı halde, evlilik birliği eşlerden ayrı bir varlığı bulunan bir tüzel kişiye benzetilerek düzenlenmiştir.⁴⁷

Medeni Kanun'daki eşlerin yükümlülüklerine ilişkin hükümler, evlenme sonucu ortaya çıkan evlilik birliğinin, birlik olma niteliğinin ön planda tutulduğunu göstermektedir.⁴⁸

4721 sayılı Medeni Kanun'da, eşler arasında eşitlik ilkesi kabul etmiştir. Ayrıca aynı kanunda, evlilik birliğinin yönetilmesi ile evlilik birliğine ilişkin kararların alınması konusunda, eşlerin birlikte hareket etmeleri esası yanında, evlilik birliğinin huzur ve yararını göz önünde bulundurma kıstasına da yer verilmiştir. Medeni Kanun'da, eşlerin her türlü eylem ve işlemünde, evlilik birliğinin huzur ve yararının gözetilmesi gereğinin öngörülmesi, evlilik sonucu ortaya çıkan birliğin, birlik olma özelliğini ortaya koymaktadır.

Sonuç olarak, evlilik birliği eşlerden oluşan, fakat onlardan ayrı bir varlığa sahip olduğu için Medeni Kanun'da özel olarak korunan ve tüzel kişiliği bulunmayan bir birlik olarak nitelendirilebilir.⁴⁹

⁴⁶ Akıntürk, s. 121; Velidedeoğlu, s. 94, 120.

⁴⁷ Saymen-Elbir, s. 8; Oğuzoğlu, s. 3; Belgesay, Mustafa Reşit, "Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyei Muhkeme İtirazı", *Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hatırasına Armağan*, Ankara 1958, s. 237; Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 724.

⁴⁸ Bu hükümler dışında, özellikle; Medeni Kanun'un 185., 186., 188., 189., 192., ile 195.-201. maddeleri, evlenme sonucu ortaya çıkan birliğin, birlik olma niteliğinin ön plana çıkarıldığı hükümlerdir. Ayrıca, Velidedeoğlu'na göre, (s. 94) önceki Medeni Kanun, kocaya daha üstün bir konum vermek suretiyle, evliliğin, birlik olma niteliğini vurgulamıştır.

⁴⁹ Bkz. Akıntürk, s. 10; Öztan, (Aile) s. 144; Feyzioğlu, s. 176; Köprülü-Kaneti, s. 111; Saymen-Elbir, s. 119; Arsebük, s. 668; Schwarz, s. 180; Oğuzoğlu, s. 3; Birsen, s. 299; Belgesay, Mustafa Reşit, "Türk Kanunu Medenisi Şerhi", *Aile Hukuku*, C. I, İstanbul 1950, s. 113.

III. Aile Kavramı, Türleri ve Evlilik Birliğinin Aile Türleriyle İlişkisi

A. Genel Olarak

Tarihin değişik dönemlerinde, birbirinden farklı birlik-telikler aile olarak adlandırılmıştır. Aile kavramı, niteliği ve yapısı zamanla değişen bir kurumu ifade etmektedir.⁵⁰ Aile kavramına, yer ve zamana göre farklı anlamlar verilmiştir. Genel olarak, ülkelerin kültürlerine göre farklı aile anlayışları bulunmaktadır. Toplum, geniş aile tipinden, daha dar aileye doğru bir gelişim seyretmiştir.⁵¹

Aile denilince, her şeyden önce, aralarında kan bağı bulunan kişilerin oluşturduğu topluluk akla gelmektedir.⁵² Ayrıca, evlenme ve evlat edinmeyle de, aralarında kan bağı bulunmayan kişilerin bir aile oluşturdukları kabul edilmektedir.⁵³ Bu nedenle, aile tanımı yapılırken, bu yönlerin de göz önünde tutulması gerekir. Buna göre aile, aralarında kan bağı dolayısıyla hısımlık ilişkisi bulunan, veya evlilik ya da evlat edinme sonucunda hısımlık ilişkisi kurulan kişilerden oluşan, temel bir toplumsal kurumdur.⁵⁴ Aile genellikle, aynı çatı altında yaşayan bireylerden oluşur; bu bireylerin biyolojik, psikolojik, sosyal, kültürel ve ekonomik ihtiyaçları aile tarafından karşılanır ve bireylerin topluma uyumları ile katılımları sağlanır.

⁵⁰ Akıntürk, s. 4; Zevkliler-Havutçu, s. 217; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 666; Öztan, (Aile) s. 3; Oğuzman-Dural, s. 1; Tekinay, (Aile) s. 1; Velidedeoglu, s. 4; Köteli, s. 21 vd.; Saymen-Elbir, s. 2; Egger, s. 6; Dinçkol, Bihterin, "Devlet-Aile", *MÜHFHA*, 1995/1-3, s. 114.

⁵¹ Akıntürk, s. 4; Feyzioğlu, s. 3; Köteli, s. 13; Velidedeoglu, s. 4; Egger, s. 7; Schwarz, s. 19; Gönensay, s. 6; Birsen, s. 231; Belgesay, (Şerh) s. 7; Bilgin, Vedat, "Yapısal Özellikleri İtibariyle Ailenin Görünümü", *TAY*, Ankara 1991, s. 45.

⁵² Bilgin'e göre, (s. 41) aile; aralarında evlilik bağıyla oluşmuş, kan ya da hısımlık gibi yakınlıklara dayalı olarak birlikte yaşayan kişilerin oluşturduğu bir topluluktur. Aynı yönde bkz. Schwarz, s. 17; Tandoğan, s. 1.

⁵³ Schwarz, s. 18; Oğuzoğlu, s. 3.

⁵⁴ Ayhan, Rıza, "Aileye Yönelik Hukuki Düzenlemeler", *TAY*, Ankara 1991, s. 81; benzer bir tanım için bkz. Oğuzoğlu, s. 4.

Kısaca aile, toplumun temeli ve en küçük birimidir.⁵⁵ Ailenin toplum için büyük bir önemi vardır.⁵⁶ Burada, ailenin önemini güzel bir şekilde ortaya koyduğu için, Feyzioğlu'nun şu sözlerinin⁵⁷ aynen aktarılması yerinde olacaktır: *"Aile esasına dayanmayan bir toplum, harçsız yapılmış bina gibidir; en küçük bir sarsıntıya dayanamaz; öyle bir toplumda yaşayan insanlar, rüzgârın esintisine göre yön değiştiren, sokaklarda sürüklenen yapraklar gibidir. Bu tür kişilerin oluşturduğu toplumlar ise, düzenden, faziletten, ümit ve çalışma azminden yoksun olurlar."*

Anayasa'nın 41. maddesinde, önemi göz önünde tutularak aile, özel olarak düzenlenmiş ve anayasal koruma altına alınmıştır.⁵⁸ Gerçekten, Anayasa'nın 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı Kanun'la değişik *"Ailenin Korunması"* kenar başlıklı 41. maddesine göre: *"Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."*

Medeni Kanun'un çeşitli maddelerinde, birbirinden farklı aile türleri düzenlenmiştir. Bu maddelerin incelenmesinden, Aile Hukuku'nda, üç farklı aile türüne yer verildiği sonucuna varılabilir.⁵⁹

⁵⁵ Akıntürk, s. 5; Ruhi, s. 17; Öztan, (Aile) s. 4; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 665; Köteli, s. 5; Saymen-Elbir, s. 3; Oğuzman-Dural, s. 2; Köprülü-Kaneti, s. 3; Arsebük, s. 356; Bozovalı, s. 1; Velidedeoğlu, s. 7; Oğuzoğlu, s. 3.

⁵⁶ Feyzioğlu'na göre, (s. 2) ailenin şu üç işlevi vardır: Birincisi, kadın ile erkeğin yasal olarak birleşmesi ve neslin devamının sağlanmasıdır. İkincisi, ekonomik işlevi olup aile bireylerinin geçinme, oturma, yeme-içme, eğitim ve giyim gibi ihtiyaçlarına cevap vermektir. Ailenin üçüncü işlevi ise, ahlaki işlevi olup, yeni yetişen çocukların iyi bir eğitim ve görgü süzgecinden geçirilerek büyütülmesini sağlama amacını taşımaktadır. Aynı yönde bkz. Ruhi, s. 17; Saymen-Elbir, s. 4; Köteli, s. 55; Köprülü-Kaneti, s. 4; Egger, s. 5; Bozovalı, s. 3; Gönensay, s. 5; Bilgin, s. 42; Cansel, Erol, *"Sosyal Devlet ve Aile"*, AÜHFĐ, 1969/3-4, s. 11; Gürkan *(İktisaden Korunma)* s. 319.

⁵⁷ s. 1.

⁵⁸ Akıntürk, s. 4; Öztan, (Aile) s. 5; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 665.

⁵⁹ Akıntürk, s. 5-6; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 667; Öztan, (Aile) s. 3; Feyzioğlu, s. 4; Velidedeoğlu, s. 6; Bozovalı, s. 2; Oğuzoğlu, s. 3; Birsen, s. 228; Tandoğan, s. 1; Ayhan, s. 82; Cansel, *(Sosyal Devlet)* s. 13.

B. Dar Anlamda Aile

Dar anlamda aile, sadece eşlerden oluşan birliği ifade eder. Dar anlamda aile ile evlilik birliği, iç içe geçmiş kavramlar olarak kullanılmaktadır.⁶⁰ Evlilik birliği, evlenmeyle oluştuğuna göre, dar anlamdaki aile de evlenmeyle oluşur. Dar anlamdaki aile kavramına, çocuklar dahil değildir. Medeni Kanun'da dar anlamda aile, 118-281. maddeler arasında, "Evlilik Hukuku" başlığı altında düzenlenmiştir.⁶¹

Dar anlamdaki aile sadece eşlerden oluşan bir aile tipi olduğu için, evlilik birliği, dar anlamda aile kavramıyla aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu nedenle, bu çalışmada, evlilik birliği kavramı, dar anlamda aileyi ifade etmek amacıyla kullanılmıştır.

C. Geniş Anlamda Aile

Geniş anlamda aile, eşlerden ve çocuklardan oluşan birliği ifade eder. Başka bir ifadeyle geniş anlamda aile, ana baba ve çocuklardan oluşan topluluktur.⁶² Medeni Kanun'un, 282-363. maddelerinde geniş anlamda aileyi ilgilendiren düzenlemelere yer verilmiştir. Bu hükümlerde, genellikle velayet ilişkileri düzenlenmektedir. Bu nedenle, geniş anlamdaki aileye, doktrinde "velayet ailesi" de denilmektedir.⁶³

⁶⁰ Akıntürk, s. 5-6; Zevkliler-Havutçu, s. 218; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 667; Öztan, (Aile) s. 3; Hatemi-Serozan, s. 72; Feyzioglu, s. 4; Velidedeoğlu, s. 6; Bozovalı, s. 2; Birsen, s. 231; Tandoğan, s. 1; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 4.

⁶¹ Önceki Medeni Kanun'da, bu kısmın başlığında, "Karı Koca" ibaresi kullanılmıştı.

⁶² Akıntürk, s. 6; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 667; Öztan, (Aile) s. 3; Feyzioglu, s. 5; Velidedeoğlu, s. 6.

⁶³ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 667; Bozovalı, s. 2.

D. En Geniş Anlamda Aile

En geniş anlamda aile ise, aralarında bir kan bağının bulunması zorunlu olmayan, bir ev başkanının otoritesine bağlı olarak aynı çatı altında yaşayan kişilerin oluşturduğu birliği ifade eder.⁶⁴ Medeni Kanun'un "Ev Düzeni" kenar başlıklı 367. maddesinde, bir ev başkanının otoritesi altında birlikte yaşayan, aralarında kan ya da kayın hısımlığından veya sözleşme ilişkisinden kaynaklanan bir bağ bulunan kişilerin oluşturduğu birlik düzenlenmiştir. Bu nedenle, en geniş anlamda aile kavramına, kan veya kayın hısımlığıyla birlikte yaşayan akrabalar dışında, bir sözleşme nedeniyle birlikte yaşayan hizmetçi, çırak gibi kimseler de dahildir. En geniş anlamda aile, eski aile tipinin bir uzantısı olarak nitelendirilebilir.⁶⁵

Medeni Kanun'a göre en geniş anlamda aile, Anayasa'nın 41. maddesinde belirtilen aileyi karşılamaktadır. Çünkü, Anayasa'nın 41. maddesi, sadece dar ve geniş anlamda aileyi değil, en geniş anlamda aileyi de koruma altına almıştır. Anayasa'nın anılan maddesinde, ailenin korunması yanında, özellikle ananın ve çocukların korunması da devlete bir görev olarak yüklendiği için, evlendirmeye yetkili memur huzurunda gerçekleştirilmeyen birlikteliklerden doğan çocuklar da Anayasa'nın 41. maddesindeki korumanın kapsamına girer.

E. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Aile Anlayışı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, ailenin öncelikle eşler ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmektedir. Mahkemeye göre bunların dışında, aile kavramı, dede ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın hısımlar arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır. Ayrıca, evli olmayan ana ile çocuk arasındaki ilişki de sözleşmenin 8. maddesi kapsamında aile olarak değerlendirilmiştir.⁶⁶

⁶⁴ Akıntürk, s. 6; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 668, 1029; Öztan, (Aile) s. 4; Feyzioğlu, s. 5, 572; Velidedeoğlu, s. 6; Tandoğan, s. 2.

⁶⁵ Bkz. Öztan, (Aile) s. 4.

⁶⁶ Bkz. Tezcan, Durmuş - Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz, *Avrupa*

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Mahkeme, Cruz Varas et autres/İsviç kararında, sözleşmenin 8. maddesinde belirtilen ailenin otonom bir kavram olduğunu belirtmiş, Marck/Belçika, Jonhston et autres/İrlanda, Keegan/İrlanda ve Kroon et autres/Hollanda kararlarında, nikahsız olarak birlikte yaşayan kadın ile erkekten oluşan fiili (de facto) birlikteliği de 8. maddedeki aile içinde değerlendirmiştir.⁶⁷ Aynı şekilde mahkeme, 11.10.2001 tarihli Şahin/Almanya davasında, sözleşmenin 8. maddesinde öngörülen aile kavramının sadece evlilik temeline dayanan ilişkilerle sınırlı olmadığını, tarafların evlenme olmaksızın birlikte yaşamalarının da fiili olarak aile şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁶⁸ Mahkemece, 7.8.1996 tarihli Johansen/Norveç kararında, evliliğin ortadan kalkmasından sonraki dönemde bile çocukla ana babası arasındaki aile ilişkisinin varlığını sürdürdüğü belirtilmiştir.

Mahkemeye göre, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle koruma altına alınan özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında, eşlerin, velayeti kendisine verilmeyen çocuklarıyla kişisel ilişkilerinin hakkaniyete uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Aynı şekilde Mahkeme, ana babanın çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkının, evlilik dışı doğan çocuklar yönünden de bulunduğuna işaret etmiştir.⁶⁹

Ailenin korunması ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde şöylece açıklanmıştır: "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı,*

İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, Ankara 2000, s. 286. Kanaatimizce, Türk Hukuku bakımından aile kavramının kapsamı belirlenirken, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aile anlayışına uygun ve genişletici bir yorum yapılması yerinde olur.

⁶⁷ Bkz. Gölcüklü, A. Feyyaz-Gözübüyük, A. Şeref, *AİHS ve Uygulanması*, Ankara 2002, s. 336.

⁶⁸ Bkz. Akıllıoğlu, Tekin, *AİHS, AİHM İçtüzüğü, Başvuru Koşulları*, Ankara 2002, s. 30.

⁶⁹ Bkz. Akıllıoğlu, s. 30; Gölcüklü-Gözübüyük, s. 340; Tezcan-Erdem-Sancaktar, s. 289.

dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir".⁷⁰ Aynı şekilde, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 12. maddesine göre: "Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin, bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır." Aynı bildirgenin 16. maddesine göre: "Evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkını haizdir. Her erkek ve kadın evlenme konusunda, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesinde eşit hakları haizdir. -Evlenme akdi, ancak müstakbel eşlerin serbest ve tam rızasıyla yapılır- Aile, cemiyetin tabii ve temel unsurudur; cemiyet ve Devlet tarafından korunmak hakkını haizdir."

§ 3. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASININ ÖNEMİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINDA GÖZ ÖNÜNDE TUTULAN İLKELER

I. Evlilik Birliğinin Korunması Kavramı

A. Genel Olarak

Nişanlıların, evlendirme memuru huzurunda açıklayacakları evlenme iradeleriyle oluşan ve kendine özgü özellikler taşıyan bir sözleşme olan evlenmeyle, eşler arasında oluşan evlilik birliği, toplum için taşıdığı önem nedeniyle devlet tarafından özel koruma altına alınmış ve devlete, aileyi koruma görevi verilmiştir.⁷¹

⁷⁰ Bu konuda bkz. Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*, Ankara 2003, s. 180; Akıllıoğlu, s. 28; Gölcüklü-Gözübüyük, s. 330.

⁷¹ Türk ailesinin bütünlüğünü korumak ve güçlendirmek amacıyla, 29.12.1989 tarihinde yayımlanan 396 sayılı Kanun hükmünde kararnama ile kurulan Aile Araştırma Kurumu, Anayasa'yla devlete verilen bu görevin yerine getirilmesi amacıyla faaliyette bulunmaktadır. Aile Araştırma Kurumu'nun başlıca görevi; ailenin bütünlüğünün korunma-

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Evlilik birliğinin korunması, hem Anayasa'nın 41. maddesinin amacını oluşturmakta, hem de Aile Hukuku'nun en temel ilkelerinden birini teşkil etmektedir. Aile Hukuku'ndaki süreklilik ve birlik düşüncesi, evlilik birliğini korumaya yönelik düzenlemelerin temelini oluşturur.⁷²

Evlilik birliğinin korunması kavramından ne anlaşılması gerektiğine geçmeden önce, korunacak olan kurumun, Medeni Kanun hükümlerine göre kurulmuş bulunan, evlendirmeye yetkili evlendirme memuru huzurunda gerçekleştirilen evlilikler olduğunu belirtmekte yarar vardır.⁷³ Çünkü, daha önce⁷⁴ de açıklandığı gibi, ancak kanunun aradığı formaliteleri (şekli koşulları) yerine getirmiş olan birliktelikler, evlenme adını alabilir. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik düzenlemeler, ancak kanunen kurulmuş bulunan evliliklere uygulanabilir. Bu nederle, resmi nikaha dayanmayan fiili birliktelikler, bu korumadan yararlanamaz.⁷⁵

şı, güçlendirilmesi ve sosyal refahının artırılması için araştırma yapmak veya yaptırmak, bu konuda projeler geliştirerek uygulamaya konulmasını sağlamaktır. Ayrıca, görevleri arasında "ailenin bütünlüğünü korumak" da olan, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu da, Anayasa'nın 41. maddesi gereğince kurulmuş olan kuruluşlardandır. Aile Araştırma Kurumu ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Yılmaz, Niyazi, "Aileye Yönelik Örgütler Örgütlenmeler Faaliyetler", TAY, 1991, Ankara 1991, s. 103 vd.; Ayhan, s. 88 vd.

⁷² Feyzioğlu, s. 16. Ayrıca bu ilkeler için bkz. Akıntürk, s. 9 vd.; Öztan, (Aile) s. 19; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 671; Hatemi-Serozan, s. 14 vd.; Egger, s. 13 vd.; Velidedeoglu, s. 9 vd.; Tandoğan, s. 3.

⁷³ Bkz. Öztan, Bilge: "Medeni Kanun'un Kabulününün 70. Yılında Aile Hukuku", AÜHF, 1995/1-4, s. 105); Dinçkol, Bihterin, "Devlet-Aile", MÜHF-HA 1995/1-3, s. 125; Ayhan, s. 87; Burcuoğlu/Altıp/Ünan, s. 13.

⁷⁴ Bkz. yuk. § 1, I.

⁷⁵ Ayrıca, "Evlilik Birliğinin Korunması" kavramına göre bir üst kavram olarak nitelendirilebilecek olan "Ailenin Korunması" kavramıyla dahi, sadece resmi nikaha dayanan aile birlikteliklerinin kastedildiği genellekle kabul edilmektedir. Bkz. Öztan, (Aile) s. 6; Cansel, Erol, "Türk Ailesinin Anayasa'nın 41. Maddesine Göre İncelenmesi", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 406 vd.; Ayhan, s. 87; I. Aile Şurası, Raporlar, Görüşmeler, Kararlar, Aile ve Hukuk Komisyonu Raporu, Ankara 1990, s. 152. Fakat kanaatimizce, Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan ailenin korunması ilkesi, sadece Medeni Kanun hükümlerine göre kurulan evlilikleri değil, fiili birleşmeleri de kapsar. Çünkü, Anayasa'nın 41. mad-

Evlenme mutlak butlanla geçersiz olsa dahi, hâkim kararıyla iptal edilene dek geçerli bir evliliğin bütün hukukî sonuçlarını doğuracağı için (TMK, mad. 156) evlilik birliğinin korunmasına yönelik hükümler, bu evliliklere de uygulanır. Fakat, evlilik hukuken yok olarak nitelendiriliyorsa,⁷⁶ ortada bir evlilik bulunmadığı için, evlilik birliğinin korunmasına yönelik hükümler, bu tür birlikteliklere uygulanamaz.⁷⁷ Bunun yanında, evlilik birliğinin korunması dışında, özel olarak düzenlenen çocukları korumaya yönelik hükümler, bu tür birlikteliklerden doğan çocuklara da uygulanacaktır.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin çift yönlü işlevi bulunmaktadır. Bunlardan ilki, evlilik birliği içinde eşlerin bireysel olarak korunmasıdır. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler, öncelikle eşlerin kişilik haklarını birbirlerine karşı korumaktadır. Çünkü, eşlerin kişisel ve bireysel olarak korunması evlilik birliğinin temelini teşkil etmektedir. Fakat, bu bireysel korumanın yanında, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler, bir tür hayat ortaklığı olarak nitelenen evlilik birliğinde, eşler arası uyumsuzlukları çözüp, eşleri boşanma aşamasına sürüklemeyen, aile ve evlilik hayatının huzurlu bir şekilde devamını da sağlamaya yöneliktir. Gümüş, İsviçre Hukuk öğretisinin, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin ilk ve bireysel işlevini ön plana çıkardığını belirtirken, Türk Hukuku bakımından her iki boyutun da aynı öneme sahip olduğunu isabetli olarak vurgulamaktadır.⁷⁸

desinde sadece ailenin değil, özellikle de ananın ve çocuğun korunması da devlete bir görev olarak yüklenmiştir. Bu nedenle, inceleme konumuz olan Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri, sadece Medeni Kanun'a göre kurulan evlilikleri kapsadığı halde, Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında aile, Medeni Kanun anlamında en geniş anlamda aileye kadar genişlemektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de, aileyi bu şekilde yorumlamaktadır. Bkz. yuk. § 2, III, E.

⁷⁶ Yokluk yaptırımına bağlanan evlenmeler için, bkz. yuk. § 1, I, dn. 15.

⁷⁷ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da, en geniş anlamda aileyi koruyucu düzenlemelere de yer verilmiştir. Bkz. aşağıda § 10, II ve III.

⁷⁸ Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yeni Şerhler*, Ankara 2003, s. 68.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Evlilik birliğinin korunması kavramından, evlilik birliğinin sona ermesinin önlenmesi, evlilik birliğinin karşılaştığı sorunların, evlilik boşanma aşamasına sürüklenmeden, aile içinde -bazen de mahkeme veya çeşitli uzmanlar⁷⁹ aracılığıyla- çözülmesi anlaşılır.⁸⁰

Hâkimin evlilik birliğine müdahalesi, eşleri, yükümlülüklerini aynen ifaya zorlamak için değil, ailenin menfaatlerini daha uygun bir şekilde düzenleyerek, eşler arasındaki sorunları ortadan kaldırmak için kabul edilmiştir. Feyzioğlu'nun⁸¹ da haklı olarak ifade ettiği gibi, mahrem bir nitelik taşıyan evlilik birliğine resmi kurumların müdahalesi, gerçekte evlilik kurumunun ruhuna ve bünyesine aykırı düşer. Fakat, evlilik birliğine dışarıdan müdahalenin zorunlu olduğu durumlarda, mesela, müdahale edilmediği zaman evlilik birliğinin dağılması ve çökmesi ihtimali bulunan hallerde, hâkim tarafından gerçekleştirilecek müdahaleyle, hem aile kurtulacak, hem de toplumun temel taşları yerinden oynamayacaktır. Çünkü hâkim, yalnız mahkemeye başvuran eşi değil, aileyi düşünerek karar vermelidir.⁸²

Doktrinde,⁸³ evlilik birliğini korumaya yönelik hükümlerin, ilk olarak tehlikeyle karşılaşan evlilik birliğinin devamını sağlamak, ikinci olarak da ortak hayatları güçleşmekle

⁷⁹ Evlilik birliğinin korunması amacıyla hakime, eşlerin ortak rızasını alarak, uzman kişilerin yardımını isteme yetkisi verilmiştir. (TMK, mad. 195/II) Önceki Medeni Kanun'da böyle bir hüküm yoktu. Bkz. aça. § 8, III, A.

⁸⁰ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 68; Akıntürk, s. 121; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 762; Öztan, (Aile) s. 212; Hatemi, s. 65 vd.; Feyzioğlu, s. 201; Köteli, s. 98; Saymen-Elbir, s. 145; Oğuzman-Dural, s. 161; Köprülü-Kaneti, s. 125; Tekinay, (Aile) s. 337; Velidedeoğlu, s. 121; Arsebük, s. 698; Birsen, s. 306; Belgesay (Serh) s. 130 vd.

⁸¹ s. 201.

⁸² Bkz. ve karşı. Oğuzoğlu, s. 159. Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 718.

⁸³ Tour, Pierre, *İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı*, Çev. Artus, Amil, Ankara 1956, s. 180; Köprülü-Kaneti, s. 124; Saymen-Elbir, s. 145; Oğuzoğlu, s. 159; Göktürk, s. 338; Güven, Kudret, "4320 sy. Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler", *GÜHFD*, 1998/1-2, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, s. 2.

birlikte, boşanma veya ayrılık yoluna başvurmak istemeyen eşlerin menfaatlerini korumak amacını taşıdığı, haklı olarak ileri sürülmektedir.

Evlilik, çeşitli sebeplerden ötürü⁸⁴ bazı sıkıntılı süreçlere girebilir. Mesela, eşler bazı önemli konularda anlaşamaya-bilir veya eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan bazı yükümlülüklerine aykırı davranabilir. İşte böyle durumlarda ortaya çıkan sorunların giderilmesi amacıyla, kanun koyucu tarafından bazı düzenlemeler yapılmıştır.⁸⁵ Evlilik birliğinin korunması amacıyla yapılan bu düzenlemelerle, ortaya çıkan sorunların çözümlenmesine çalışılır, eşler arasındaki evlilik bağının devamının sağlanması ve evliliğin boşanmayla sonuçlanmasının önlenmesi amaçlanır.

Velidedeoğlu'nun⁸⁶ da güzel bir şekilde ifade ettiği gibi, her şeyden önce manevi bir birlik olan evlilik birliği, bazen dağılma tehlikesiyle karşı karşıya kalabilir. Hatta, eşlerden biri, bu durumda kusurlu bile olabilir. Medeni Kanun, böyle hallerde kusursuz eşe, boşanmayı talep etme gibi olanaklar vermişse de bu yetmez; çünkü, evlilik birliğini meydana getirmenin amacı, sadece eşlerin haklarını korumak değildir. Aynı zamanda, toplumun çıkarını da gözetmek gerekir. Bu nedenle, birliği bozmak değil, mümkün olduğu kadar kuvvetli bir şekilde ayakta tutmak gerekir. İşte bunun sağlanabilmesi için de, başka önlemlere ihtiyaç vardır. Bu nedenle, Medeni Kanun'da, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri getirmekle, evlilik birliğini ayakta tutma amacını gütmüştür.⁸⁷ İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında,⁸⁸

⁸⁴ Bilgin'e göre, (s. 51) toplumun geçirdiği sanayileşme çabalarının, aile yapısını bozucu (evlilik bağı ve aile yapısını çözücü) bir etkisi vardır. Aynı yönde, *Seznel*, "İhsan, Kent Ailesinin Ekonomik ve Sosyal Sorunları", TAY, Ankara 1991, s. 58 vd.

⁸⁵ Akıntürk, s. 121; Saymen-Elbir, s. 8; Bozovalı, s. 19; Velidedeoğlu, s. 120.

⁸⁶ s. 120.

⁸⁷ Aynı yönde bkz. ve karşı. Köprülü-Kaneti, s. 124; Belgesay, (Şerh) s. 111 vd.; Güven, (Ailenin Korunması) s. 2; Ayhan, s. 85; Cansel, (Sosyal Devlet) s. 15; Belgesay, Mustafa Reşit, "Barcelona Milletlerarası Hukuk Kongresi", AD, 1957/2, s. 150.

⁸⁸ BGE, 116, II 28. (Gümüş, s. 68)

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin işlevini şöylece açıklamıştır: "Evliliği koruyucu önlemler, eşlerin barışmasını, gelecekte ortaya çıkabilecek zorlukları engellemeyi ya da var olanların ortadan kalkmasını sağlar ve eşlerin birbirlerine karşı yabancılaşmalarına sebep olan eşler arası uyumsuzlukları önler."

Evlilikteki birlik fikri, evliliğin ve ailenin, devletin müdahalesiyle korunmasının temeli sayılabilir. Toplum, genel olarak ailelerin bir araya gelmesinden oluştuğu için, toplumun düzenini sağlamakla görevli olan devletin aileye müdahalesi ve aileyi korumaya yönelik hükümlere yer vermesi hem gerekli, hem de mantığa uygundur.⁸⁹

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin öneminin, evlilik bir sorunla karşılaştığı zaman ortaya çıkacağı söylenebilir. Evlilik birliği; huzur ve barış içinde gittiği sürece, eşler bu hükümlerin varlığından haberdar olmazlar. Ancak, evlilik birliği bir sorunla karşılaştığı zaman, kanunda düzenlenmiş olan evlilik birliğini koruyucu hükümler devreye girer.⁹⁰

Evlilik birliğinin korunması konusunda Medeni Kanun'da yapılan düzenlemeler, evlilik birliği daha çok ahlaki temellere dayandığı için, genel anlamda alacaklının haklarının korunması açısından, Borçlar Kanunu'nun getirdiği alacaklının korunmasına ilişkin önlemlerin aksine, çok çeşitli değildir. Bu nedenle, evlilik birliğinde, eşlerin yükümlülüklerini yerine getirmeye zorlanması amacıyla, aynen ifa davası açılması (nafaka dışında) mümkün değildir.⁹¹ Ayrıca, eşlerin

⁸⁹ Bkz. ve karşı. Feyzioğlu, s. 15, 201; Gönensay, s. 136; Birsen, s. 234.

⁹⁰ Bu kural, genel olarak bütün aile hukuku ilişkilerinde geçerlidir. Bkz. ve karşı. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 38; Birsen, s. 235; Aksoy, s. 19; Koçhisarlıoğlu, Cengiz, "Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği", *AÜHFİD*, 1988/1-4, s. 266.

⁹¹ Bkz. ve karşı. Öztan, (Aile) s. 146; Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme*, Konya 1988, s. 261 vd.; Velidedeoğlu, s. 95, 121; Saymen-Elbir, s. 122; Tour, s. 172; Schwarz, s. 195; Tandoğan, s. 131; Oğuzoğlu, s. 159; Arsebük, s. 668; *Grisel*, Andre, "Evlilik Vazifelerinin İhlali ve Medeni Kanun'un Boşanmaya İlişkin Hükümleri", Çev. Gürsoy, Kemal Tahir, *AD*, 1949/4, s. 487 vd.

bu yükümlülüklerine aykırı davranmasının, cezai yaptırımını da bulunmamaktadır. Fakat, 4320 sayılı Ailerin Korunmasına Dair Kanun'la getirilen önlemler arasında, cezai yaptırım da bulunmaktadır.⁹²

B. Evlilik Birliğinin Korunmasına Yönelik Hükümlerin Türleri

Evlilik birliğini korumaya yönelik hükümler, nitelikleri itibariyle iki farklı gruba ayrılabilirler.⁹³ Birinci grupta yer alan hükümler, henüz evlilik birliğinin bir bunalıma girmesinden, eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasından önce, ileride doğabilecek bir uyuşmazlığı önlemeye yönelik hükümlerdir. Bu tür hükümlerde, evlilik birliğinin korunmasına yönelik dışarıdan bir müdahale söz konusu değildir.⁹⁴

743 sayılı önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğini koruyucu hükümlerin bu türünde,⁹⁵ kadın erkek arasında ayırım

⁹² Bkz. aşa. § 10, III C.

⁹³ Arsebük (s. 699) evlilik birliğini koruma amacıyla getirilmiş hükümleri, uyuşmazlık çıkmasını önleyen ve uyuşmazlıkların çözümlenmesini sağlayan hükümler olarak ikiye ayırarak incelemiştir. Aynı şekilde Ortan'a göre, evlilik birliğini koruyucu hükümler, iki grupta toplanabilir. İlk grup hükümler, eşler arasında bir anlaşmazlığın ortaya çıkmasına engel olabilmek amacıyla alınmış önlemlere ilişkindir. Bu önlemler, uyuşmazlığın ortaya çıkmasını önleme amacı güderler. Diğer grupta ise, ortaya çıkmış uyuşmazlıkların giderilmesi ve birliğin sürekliliğinin sağlanması amacıyla yönelik hükümler yer almaktadır. (Ortan, Ali Necip, "Eşler Arasında Cebri İcra Yasağı", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 690. Oğuzman-Dural da (s. 161) benzer bir ayırım yaparak, evlilik birliğini korumaya yönelik hükümlerin bazılarının Hâkim kararına bağlı olduğunu, bazılarının doğrudan uygulanabilir olduğunu ve bazılarının ise, Kanun'un koyduğu yasaklardan oluştuğunu belirtmektedir. Aynı yönde bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 772.

⁹⁴ Bkz. ve karşı. Şıpka, Şükran, "Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası", (TMK, mad. 194) İstanbul 2002, s. 26; Akıntürk, s. 12.

⁹⁵ Belgesay, (Aile Hayatı, s. 227) evlenmenin sıkı şekil ve ehliyet koşullarına bağlı tutulmasını, nişanlanmanın evlenmeye zorlamak için dava hakkı vermemesini ve evlenmenin butlanının bazı özel koşullara bağlanmasını da, evlilik birliğini koruma amacıyla yapılmış düzenlemeler olarak nitelendirmektedir.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

yapılmış ve getirilen bu nitelikteki hükümlerle, genel olarak sadece kadına yönelik bir koruma kabul edilmişti.⁹⁶ 4721 sayılı Medeni Kanun'da ise, cinsiyet ayırımı ortadan kaldırılarak, evlilik birliğini koruma amacına yönelik kısıtlayıcı hükümler, hem kadın, hem de erkek için aynı ölçüde kabul edilmiştir.

Bu hükümlerde, çoğunlukla eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin diğer eşin onayına bağlanması söz konusudur.⁹⁷ Kanun koyucu, evlilik birliğinin huzuru, esenliği ve ekonomik geleceğini koruma ilkesi çerçevesinde; bu tür hükümleri kabul etmiş ve ilgili hukuki işlemin geçerliliğini, diğer eşin bu konudaki onayının var olması koşuluna bağlamıştır. Böylece, kanunda öngörülen kurallar aracılığıyla, evlilik birliğine, kendiliğinden işleyen bir koruma sağlanmaktadır. Bu tür kuralların temel özelliği, evlilik birliğinin gereği gibi işlediği bir dönemde, yani eşler arasında bir uyuşmazlığın doğmasından önce, uyuşmazlıkların ortaya çıkmasını, evlilik birliğinin muhtemel tehlikelerle karşı karşıya kalmasını önlemeye yönelik emredici düzenlemeleri veya yasakları kapsamıdır. Yasada belirtilen bu kurallara aykırı davranışın yaptırımı, yine aynı maddede belirtilmiştir. Bu kurallara aykırı davranılması durumunda, hâkimin çeşitli önlemler alarak birliğe müdahalesi söz konusu değildir. Kanunda öngörülen böyle bir kurula aykırı davranış, yine kanunda düzenlenmiş olan yaptırımla karşılaşır. Burada, hâkimin geniş bir takdir hakkı yoktur. Mesela, eşler aile konutuyla ilgili hukuki işlemleri⁹⁸ tek başına yapamazlar. (TMK, mad. 194) Aile konutunu devretmek isteyen eş, aile konutunun maliki olmayan eşinin onayını almak zorundadır. Görüldüğü üzere, kanun koyucu, bu maddeyle ailenin barınması konusunda eşlerin ve çocukların zarar görmesinden önce, ileride bu yönde bir uyuşmazlığın çıkmasını önlemek amacıyla bu hükmü kabul etmiştir. Bu kurula aykırı bir işlem yapılması durumunda ise, hâkimin evlilik birliğine müdahalede bulunarak ilişkiyi

⁹⁶ Bkz. a.ş.a. § 76, II, A.

⁹⁷ Mesela, Medeni Kanun'un 194., 199., 223/2 ve 265. maddeleri, bu nitelikte hükümlerdir.

⁹⁸ Bkz. a.ş.a. § 5, II.

düzenleme yetkisi yoktur. Bu nedenle, kanunda öngörülen kurala (örneğinizde TMK, mad. 194 hükmüne) aykırı davranışın yaptırımını, yine aynı madde içinde aranır. Bu durumda, kural olarak, yapılan işlemin geçersiz olduğu kabul edilerek, evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır.⁹⁹

Evlilik birliğini korumaya yönelik hükümlerin¹⁰⁰ diğer türünde ise, eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasından sonra, bu uyuşmazlığın, evlilik birliğine dışarıdan müdahalede bulunulması suretiyle ortadan kaldırılmasını amaçlanmıştır.¹⁰¹ Doktrinde, genellikle evlilik birliğinin korunması başlığı altında ele alınan kavram ve kurumlar, evlilik birliğinin bir sorunla karşılaşmasından sonra, bunları gidermeyi amaçlayan düzenlemelere ilişkindir.¹⁰² Bu tür kuralların temel özelliği, uyuşmazlığın ortaya çıkmasından, evlilik birliğinin bozulma veya dağılma tehlikesiyle karşı karşıya kalmasından sonra, evlilik birliğinin sürdürülmesinin sağlanmasına, bu krizin en az zararla atlatılmasına ilişkin hükümler olmalarıdır.¹⁰³ Mesele, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine

⁹⁹ Bkz. Şıpka, s. 140 vd.

¹⁰⁰ Acabay'e göre, (Yasal Mal Rejimi, s. 41) evlilik birliğinin ekonomik temellerinin güvence altına alınması, iki yolla gerçekleştirilebilir. İlk yol, hâkimin evlilik birliğinin çıkarlarını korumakla görevlendirilmesi ve hâkimin, diğer eşin başvurusu üzerine, evlilik birliğinin menfaatlerini tehlikeye sokan eşin tasarruf yetkisini kısıtlamak suretiyle, evlilik birliğinin çıkarlarının korunmasıdır. İkinci yol ise, evlilik birliğinin menfaatlerinin korunmasının, eşlerin karşılıklı denetimine bırakılması, yani eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin, diğer eşin onayına bağlı tutulmasıdır. 4721 sayılı Medeni Kanun'da, evlilik birliğinin korunması konusunda karma bir yöntem izlenmiş ve her iki yoldan da yararlanılmıştır.

¹⁰¹ Bkz. ve karşı. Şıpka, s. 35; Oğuzman-Dural, s. 161 vd.; Tekinay, (Aile) s. 337; Berki, s. 125 vd.; Saymen-Elbir, s. 145 vd.; Schwarz, s. 196 vd.; Egger, s. 349; Birsen, s. 306 vd.; Göktürk, s. 338 vd.; Arsebük, s. 703; Oğuzoğlu, s. 159 vd.; Gönensay, s. 136; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 245; Tuğsavul-Muhsin, "Evlilik Birliğinin Siyaneti", AD, 1953/1, s. 33.

¹⁰² Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 121 vd.; Ruhi, s. 24; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 762 vd.; Öztan, (Aile) s. 212 vd.; Feyzioğlu, s. 201 vd.; Velidedeoğlu, s. 120 vd.; Egger, s. 345 vd.; Erdem, Sabri, *Aile Hukuku, Evlenme-Boşanma-Nafaka*, İstanbul 1966, s. 321 vd.; Schwarz, s. 195 vd.; Belgesay (Şerh) s. 130 vd.; Doğanay, İsmail, *Nazarî ve Tatbiki Muhtelif Nafaka Davaları*, Ankara 1961, s. 32.

¹⁰³ Bkz. ve karşı. Güven, (Ailenin Korunması) s. 2.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

getirmemeleri durumunda hâkime, birliğe müdahale edip çeşitli önlemler almak suretiyle, uyuşmazlığı giderme olanağı veren Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrası, bu nitelikte bir hükümdür.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kuralların tamamı, gerçekte, eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasından sonra uygulama alanı bulur. Evlilik birliğinin huzurlu bir şekilde sürdüğü dönemlerde, bu kuralların uygulanması söz konusu olmaz. Eşler arasındaki ilişkilerin huzurlu ve mutlu bir şekilde devam ettiği sürece, eşler, kanunlarda yer alan evlilik birliğini koruyucu hükümlerin varlığından bile haberdar olmazlar. Bu dönemde eşler, aralarındaki ilişkileri kendi koyacakları kurallara göre düzenlerler. Eşler arasında bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, mesela eşlerden biri, evine bakmayı ihmal ederse veya ortak konutu, eşinin onayı olmadan elden çıkarmaya çalışırsa, evlilik birliğini koruyucu hükümlere başvurulur. Eşler arasında, bu konularda bir uyuşmazlık yoksa, evlilik birliğini koruyucu hükümler de uygulanmaz.

Eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasından önceki ve sonraki hükümler ayrımı, mantıki bir temele dayanmaktadır. Eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasından önce de uygulanması söz konusu olabilecek hükümlerde, mesela, aile konutuyla ilgili hukuki işlemlerde olduğu gibi, (TMK, mad. 194) eşlerden birinin yapacağı bazı hukuki işlemlerin, diğerinin onayına bağlı tutulmasında, kanun koyucu, evlilik birliği doğduğu andan başlayarak uygulama alanı bulan, emredici nitelikte bazı kurallar ve yasaklar getirmek suretiyle, eşler arasındaki ilişkileri düzenlemiştir. Eşler arasında henüz bir uyuşmazlık doğmasından önce de uygulanabilecek olan evlilik birliğini koruyucu hükümler, bir yasağa veya bir işlemin yapılma tarzına ilişkin kurallar niteliğindedir. Eşler, bu kurallara aykırı bir işlem yaparlarsa ve diğer eşin bu işlemlere onayı yoksa, bir uyuşmazlık ortaya çıkar. Bu tür uyuşmazlıklar ise, Medeni Kanun'un eşler arasındaki ilişkileri düzenleyen, emredici nitelikteki bu hükümlerine göre çözümlenir.

Eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasından sonra, bu uyuşmazlığın yatıştırılmasını¹⁰⁴ amaçlayan düzenlemelerle, hâkime geniş bir takdir yetkisi verilerek, hâkimin kanunda özel olarak öngörülen bazı önlemleri alabilmesi sağlanmıştır. Doktrinde, bu özel önlemler sayesinde, uyuşmazlığın yatıştırılmasının amaçlandığı ileri sürülmektedir.¹⁰⁵ Ortaya çıkan uyuşmazlık, hâkimin alacağı özel önlemlerle giderilmeye çalışılacaktır.

Kanaatimce, evlilik birliğinin korunması kavramına ilişkin klasik anlayış biraz genişletilerek, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin, Türk Medeni Kanunu'nun "*Evlilik Birliğinin Korunması*" kenar başlıklı 195-201. maddeleri yanında, eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasını ve evlilik birliğinin bozulmasını önleyici düzenlemeleri de¹⁰⁶ kapsadığı kabul edilmelidir.

Aşağıda¹⁰⁷ ilk olarak hâkimin müdahalesi olmaksızın, evlilik birliğini kendiliğinden korumayı amaçlayan hükümler, daha sonra,¹⁰⁸ eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın

¹⁰⁴ Uyuşmazlığın yatıştırılmasından, bu uyuşmazlığın evlilik birliğini tehdit edecek ciddi bir soruna dönüşmesinin önlenmesi anlaşılmalıdır.

¹⁰⁵ Akıntürk, s. 121; Öztan, (Aile) s. 212; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 762; Feyzioğlu, s. 201.

¹⁰⁶ Doktrinde, bu nitelikteki düzenlemelerin de, evlilik birliğini koruma amacına yönelik olduğu ifade edilmektedir. Bu konuda bkz. Akıntürk, s. 112; Öztan, (Aile) s. 171; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 772; Köprülü-Kaneti, s. 130; Tekinay, (Aile) s. 350; Hatemi-Serozan, s. 193; Velidedeoğlu, s. 130; Arsebük, s. 699; Egger, s. 358; Schwarz, s. 197; Oğuzoğlu, s. 163; Göktürk, s. 340; Gönensay, s. 144; Berki, s. 127; Belgesay (Aile Hayatı) s. 240; Ortan, s. 690; Ertosun, Ali Suat, "Medeni Kanun'un 169. Maddesi Üzerine Bir İnceleme", YD, 1991/1-2, s. 26); Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 732; Ünal, Mehmet, İsviçre'de Alınan Aile Birliğini Koruyucu Hukuki Tedbirler, 1. Aile Şurası Bildirileri, Ankara 1990, s. 131; Mimaroglu, Sait K., *Evlilik Kadının Kocasına Menfaatine Üçüncü Kişilerle Yaptığı İltizam Muameleleri*, Ankara 1961, s. 39; Önder, Âkil, "Yargıcın Müsaadesine veya Tasdik veya Tasvibine Bağlanmış olan Akit veya Hukuki Tasarruflar", AD, 1948/11, s. 1245; Bilge, Necip, "Eşler Arasında veya Koca Menfaatına Karşı ile Üçüncü Şahıslar Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi", AÜHFD, 1951/1-2, s. 580 vd.

¹⁰⁷ Bkz. aşağıda ikinci bölüm.

¹⁰⁸ Bkz. aşağıda üçüncü bölüm.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

hâkimin müdahalesiyle çözümlenmesine yönelik hükümler ele alınacaktır.

II. Evlilik Birliğinin Korunmasının Önemi

Evlilik birliği ve bu anlamda dar anlamda aile, toplumun temel yapı taşıdır. Toplum, genel olarak bu küçük yapı taşlarının birleşmelerinden oluşur. Bu nedenle, bu temel yapı taşları ne kadar sağlam temeller üzerine oturursa, toplumun tamamı da o kadar mutlu ve huzurlu olur.¹⁰⁹

Dar anlamda aile kısacası eşlerden oluşan evlilik birliği, daha sonra çocukların da dünyaya gelmesiyle genişleyecek ve toplumun ilerlemesinde çok etkili bir rol oynayacaktır.¹¹⁰ Bu nedenle, evlilik birliğinin sağlam temeller üzerine oturularak, yıpratılmasının önlenmesi ve ortaya çıkabilecek sorunların, eşler arasında barışçı bir yolla çözümlenmesi, evlilik birliğinden beklenen işlevlerin tam anlamıyla yerine getirilmesine yardımcı olacaktır.¹¹¹

Evlilik birliğinin devamında, özel olarak aile bireylerinin de büyük yararı vardır. Özellikle zayıf durumda olan çocukların¹¹² ve yerine göre kadının, evlilik birliğinin uyumlu bir şekilde devamında büyük yararları bulunmaktadır. Mutlu bir aile içinde büyüyen çocuklarla, ana babası ayrı, derli toplu bir aile yaşantısı olmayan çocuklar arasında ortaya çıkabilecek

¹⁰⁹ Akıntürk, s. 3, 121; Ruhi, s. 17; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 665; Öztan, (Aile) s. 4; Çakın, Akın, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara 1999, s. 2; Feyzioğlu, s. 1; Köteli, s. 67; Velidedeoğlu, s. 7; Saymen-Elbir, s. 3; Arsebük, s. 356; Bozovalı, s. 1; Oğuzoğlu, s. 83; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 217; Yüce, s. 1823; Ayhan, s. 81.

¹¹⁰ Akıntürk, s. 3; Velidedeoğlu, s. 6-7; Saymen-Elbir, s. 3.

¹¹¹ Akıntürk (Aile) s. 121; Öztan, (Aile) s. 5; Feyzioğlu, s. 201; Velidedeoğlu'na göre (s. 7) aile hukukunun işlevi, aile düzenini sağlamak, aileyi her bakımdan güçlendirerek toplumun temelini sağlam tutmaktır. Ayrıca bkz. yuk. § 2, III, A, dn. 56 ve buna bağlı metin.

¹¹² Ailenin, çocukların yetişmelerindeki etkileri hakkında bkz. Zevkliler, Aydın, "Türk Hukuku'nda Korunmaya Muhtaç Çocuklar", *AÜHFD*, 1968/1-2, s. 173 vd.

olan farklılıklar, evlilik birliğinin sağlıklı ve huzurlu bir şekilde yürütmesinin önemini ortaya koymaktadır.¹¹³ Toplum için yararlı bireylerin yetiştirilmesinin, "olmazsa olmaz" nitelikteki ilk koşulu, mutlu bir aile yapısıdır.¹¹⁴

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

III. Evlilik Birliğinin Korunmasında Göz Önünde Tutulan İlkeler

Aile Hukuku'na ilişkin kurallar genellikle emredici niteliktedir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince, taraflarca düzenleme yapılabilmesi, Aile Hukuku için çok istisnai bir durumdur.¹¹⁵ Bu nedenle, evlilik birliğinin korunması konusundaki kurallar emredici nitelikte olup, taraflarca aksi kararlaştırılamaz.

Evlilik birliğinin korunmasına yönelik düzenlemeler, devletin aileye müdahalesi ilkesinin somut bir uygulamasıdır ve Anayasa'nın 41. maddesinde öngörülen ailenin korunması ilkesinin bir yansımasıdır.¹¹⁶ Bu hükümler, Anayasa'nın evlilik birliğini ve aileyi koruyucu yaklaşımını hayata geçiren sosyal bir işlev görmektedir.¹¹⁷

¹¹³ Akıntürk, s. 4; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 665; Köteli, s. 69; Velidedeoğlu, s. 120; Oğuzoğlu, s. 83; Belgesay, Mustafa Reşit, "Barcelona Milletlerarası Hukuk Kongresi", AD, 1957/2, s. 151; Egger'e göre, (s. 7) aile, kişilerin eksiklerini tamamlayıp, onları mükemmel bir hale getiren ve aynı zamanda, düzenli bir toplum hayatı için zorunlu olan bir kurumdur.

¹¹⁴ Akıntürk'e göre, (s. 3-4, 121) toplumun sağlıklı biçimde gelişebilmesi, ilişkilerin huzur, barış ve güvenlik içinde yürüebilmesi, ancak aile kurumunun sağlam temellere oturtulması ve evlilik birliğindeki huzurun ve devamlılığın sağlanmasıyla mümkün olabilir. Aynı yönde bkz. Velidedeoğlu, s. 7; Peker, Hüseyin, "Ailenin Korunmasının Esasları", 1. Aile Şurası Bildirileri, Ankara 1990, s. 361; Zevkliler, (Korunmaya Muhtaç Çocuklar) s. 173 vd.

¹¹⁵ Akıntürk, s. 10; Öztan, (Aile) s. 145; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 672; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 44; Feyzioğlu, s. 14; Oğuzman-Dural, s. 4; Velidedeoğlu, s. 10; Schwarz, s. 13; Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 697.

¹¹⁶ Bkz. Akıntürk, s. 11; Öztan, (Aile) s. 6; Oğuzman-Dural, s. 4.

¹¹⁷ Gümüş, s. 68.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Evlilik birliğinin korunmasında, eşlerin bireysel menfaatleri ile evlilik birliğinin sürdürülmesi arasında bir karşılaştırma yapılır. Ne eşlerin temel hak ve özgürlükleri, evlilik birliğinin sürdürülmesi amacıyla aşırı biçimde sınırlandırılır, ne de birliğin sürdürülmesi kişi özgürlüklerine feda edilir.¹¹⁸ Hâkim, menfaatler dengesini göz önünde tutarak bir karar vermelidir. Ayrıca hâkim, ailenin iç işleyişine de çok fazla karışmamak durumundadır. Mesela, eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda anlaşamamaları nedeniyle, eşlerden birinin hâkime başvurduğu bir olayda, hâkim, hiçbir zaman eşlerin yerine karar vermemelidir. Hâkimin, Medeni Kanun'un 195. maddesinde de belirtildiği gibi, eşleri uyarıp, uzlaştırmaya çalışması gerekir. Hâkimin bu çabaları bir sonuç vermezse, hâkim, eşlerden birine, yapılmak istenen işlem için yetki vermekle yetinmelidir. Çünkü hâkimin, eşler yerine karar verme yetkisi bulunmamaktadır.¹¹⁹

Evlilik birliğinin korunmasında göz önünde tutulan diğer bir temel ilke, eşler arasındaki eşitlik ilkesidir. Özellikle, 4721 sayılı Medeni Kanun'da, eşler arasında mutlak eşitlik ilkesi benimsenmiş ve evli kadınların eşine karşı korunması amacıyla da olsa, eşitlik ilkesine aykırı hükümlere yer verilmemiştir.¹²⁰

Evlilik birliğinin korunması konusundaki diğer bir ilke ise, hâkimin; ancak eşlerin bu yönde bir istemde bulunması

¹¹⁸ Arsebük, s. 698. Aynı ilkenin, mal rejimine ilişkin hükümler için de bulunması gerektiğine ilişkin görüş için bkz. Acabey (Yasal Mal Rejimi) s. 40.

¹¹⁹ Bkz. aşa. § 8, III, A.

¹²⁰ Akıntürk, s. 12; Zevkliler-Havutçu, s. 237. Doktrinde, önceki Medeni Kanun'daki, eşler arası eşitlik ilkesine aykırı düzenlemelerin, evlilik birliğinin korunması ilkesi gereğince yapıldığı kabul ediliyordu. Bu konuda bkz. ve karşı. Öztan, (Aile) s. 8; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 674; Hatemi-Serozan, s. 179; Velidedeoğlu, s. 94; Köprülü-Kaneti, s. 11; Berki, s. 121; Tandoğan, s. 110; Arsebük'e göre (s. 666) önceki Medeni Kanun'un, kadın ile erkeği farklı bir konumda değerlendirmesi yerindedir. Çünkü, eşlerin her ikisine de eşit bir konum verilmiş olsaydı, aile birliği zarar görürdü.

durumunda müdahale edebilmesidir.¹²¹ Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşler, hâkimin müdahalesini, ayrı ayrı veya birlikte isteyebilirler. Eşlerden, bu yönde bir istem gelmedikçe hâkim, evlilik birliğine müdahalede bulunamaz. Fakat, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da, hâkime, aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine, gerekli önlemleri re'sen alma yetkisi verilmiştir.¹²² Bu kanuna göre, eşlerden birinin başvurusu zorunlu değildir. Cumhuriyet Başsavcılığı'nın, aile bireylerinden birinin, aile içi şiddete maruz kaldığını Aile Mahkemesi'ne bildirmesi üzerine, hâkim, gerekli önlemleri kendiliğinden alır.

Ayrıca kanun koyucu, zayıf durumda bulunan çocukları korumak amacıyla, çocuklarla ilgili önlemlerin alınabilmesi için istem koşulunu aramamıştır.¹²³ Mesela, Medeni Kanun'un 182., 345-351. maddelerinde öngörülen önlemlerde olduğu gibi. Böyle bir durumun varlığından, her hangi bir şekilde haberdar olan hâkim, gerekli önlemleri kendiliğinden almakla yükümlüdür.¹²⁴

¹²¹ Akıntürk, s. 121; Öztan, (Aile) s. 213; Feyzioğlu, s. 201; Saymen-Elbir, s. 145; Köprülü-Kaneti, s. 125; Tekinay, (Aile) s. 337 Velidedeoğlu, s. 120.

¹²² Bu konuda bkz. aşa. § 10, II, C.

¹²³ Medeni kanun'da, çocuklarla ilgili önlemler konusunda, çocuğun, evlilik içi-evlilik dışı doğmuş olması arasında her hangi bir fark gözetilmemiştir. Evlilik içi-evlilik dışı çocuk kavramları ve nesep konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Acabey, Mehmet Beşir, *Soybağı Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, İzmir 2002, s. 2 vd.

¹²⁴ Bu konuda bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 427 vd.; Öztan, (Aile) s. 398 vd.; Ruhi, s. 54; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 226. Nitekim, Yargıtay 2. HD 25.3.2002 tarih ve 3655/4212 sayılı kararında da, hâkimin, çocuğun korunmasıyla ilgili önlemleri, re'sen alacağı belirtilmiştir. (*Yargı Dünyası*, 2002/80, s. 93)

§ 4. EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ¹²⁵

I. Genel Olarak

Evlilik birliğinin evlenmeyle kurulacağı, Medeni Kanun'un 185. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtilmiştir. Evlilik birliği, eşler arasında tam bir hayat ortaklığı kurmakta ve bu hayat ortaklığı süreklilik taşımaktadır. Bu şekilde, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kuran ve belki de kişilerin hayatlarının en önemli noktası olan bu süreçte, eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerinin kanunda düzenlenmesi bir zorunluluktur. Bu nedenle, Türk kanun koyucusu, eşlerin hak ve yükümlülüklerini, Medeni Kanun'un *Aile Hukuku* kitabının birinci kısmının, "*Evliliğin Genel Hükümleri*" başlıklı üçüncü bölümünün 185-187. maddeleri arasında düzenlemiştir.¹²⁶ Evlenmeyle eşler arasında kurulan evlilik birliği, eşler arasında sürekli bir borç ilişkisi kurar. Bu nedenle, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerin yerine getirilmesi borcu, evlilik ilişkisi devam ettikçe sürer.

Evlilik birliğinde eşlerin konumlarına ve yükümlülüklerine ilişkin bu yasal kurallar, ancak evlilik birliği bir sorunla karşılaştığı zaman uygulanır. Aile yaşamında eşlerin ilişkileri

¹²⁵ Evlilik birliğinde eşlerin yükümlülükleri, aslında, bu araştırmanın konusuyla doğrudan ilişkili değildir. Fakat, evlilik birliğine hâkimin müdahalesine olanak veren Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi ...halinde, eşler...hâkimin müdahalesini isteyebilirler.*" Hâkimin müdahalesi için gerekli koşullardan ilki, eşlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesidir. Bu hükmün içeriğinin anlaşılabilmesi için, eşlerin yükümlülüklerinin kısaca açıklanması gerekir. Ayrıca, 4721 sayılı Medeni Kanun'da, eşler arasında, önceki Medeni Kanun'da yapılan eski görev dağılımı terk edilerek, farklı bir aile modeli yaratılması amaçlanmıştır.

¹²⁶ 4722 sayılı (RG 8.11.2002, S. 24607) Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin son fıkrasına göre, evliliğin genel hükümlerine ilişkin kurallar, Medeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş evlilikler hakkında da geçerlidir. Söz konusu madde gereğince, evlilik birliğinin korunmasına yönelik düzenlemeler, Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihinden önce kurulmuş evliliklere de uygulanacaktır.

huzur ve barış içinde sürdükçe, eşler aileyi düzenleyen bu hukuk kurallarıyla pek ilgilenmezler. Bu sürede, eşler evlilik birliğinin yürütülmesine ilişkin kuralları kendileri koyarlar. Fakat, evlilik birliğinin bir gün sorunlarla karşılaşabileceği öngören kanun koyucu, bu durumlara ilişkin olarak bazı emredici kurallar koymak suretiyle, bu ilişkileri düzenleme gereği duymuştur.¹²⁷

Eşlerden birinin, evlilik birliğinin yüklediği bu yükümlülükleri yerine getirmemesi durumunda doğrudan uygulanabilecek bir yaptırım türü bulunmamaktadır. Yani, hukukumuzda, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlayacak genel bir dava türü yoktur. Bununla birlikte, hukuk kurallarının en temel özelliği olan, "yaptırıma bağlanmış olma" ilkesi, şüphesiz, evlilik birliğinde eşlerin yükümlülüklerini düzenleyen hükümler için de geçerlidir. Ancak, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler kişilerin şahsına ilişkin yükümlülüklerdir. Bu yükümlülükleri yerine getirmeye yönelik bir dava açılmasının kabul edilmesi ise kişilerin özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlandırılması olarak değerlendirilebilir. Meselâ, eşlerden birinin, diğeriyle birlikte yaşamaya zorlanmasına ilişkin bir dava açılması, eşlerin özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlandırılması anlamını taşır. Bu nedenle, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklere uymamanın yaptırımları, Medeni Kanun'un, 195-201. maddeleri arasında sayılan evlilik birliğinin korunmasına yönelik hükümler ve son çare olarak boşanmadır.¹²⁸

¹²⁷ Evlilik hukukuna ilişkin kuralların bu özelliği için bkz. Acabey (Yasal Mal Rejimi) s. 37; Aksoy, s. 34 vd.; Gürkan (*İktisaden Korunma*) s. 323,324.

¹²⁸ Bkz. Öztan, (Aile) s. 146, 212; Oğuzman-Dural, s. 152; Köprülü-Kaneti, s. 112; Tekinay, (Aile) s. 296; Saymen-Elbir, s. 121; Velidedeoğlu, s. 95; Köteli, s. 87; Arsebük, s. 668; Egger, s. 346; Tour, s. 173; Schwarz, s. 196; Göktürk, s. 328; Tandoğan, s. 131; Grisel, Çev. Gürsoy, Kemal Tahir, s. 487; Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 715.

II. Önceki Medeni Kanun'da

Eşler arasındaki yükümlülüklerin dağılımında göz önünde tutulan en önemli ilke, eşitlik ilkesidir.¹²⁹ 01.01.2002 tarihinde yürürlükten kaldırılan 743 sayılı önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğine bir düzen getirmek ve eşler arasında ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları önlemek gibi gerekçelerle,¹³⁰ eşler arası eşitlik ilkesini koca lehine bozan bazı hükümler bulunuyordu.¹³¹ Fakat, yeni Medeni Kanun'da, kabul edilen¹³² eşitlikçi anlayışla, eşler arasında mutlak eşitlik

¹²⁹ Eşler arası eşitlik ilkesinin farklı ülkelerdeki uygulamaları için bkz. Gören, Zafer, *Türk-Alman-İsviçre Hukuku'na Göre Farklı Cinlerin Eşit Haklara Sahip Olması*, İzmir 1998, s. 1 vd.; Gören, Zafer, *Anayasa ve Sorumluluk*, Ankara 1995, s. 97 vd.; Burcuoğlu-Aitop-Ünan, s. 6.

¹³⁰ Köprülü-Kaneti'ye göre, (s. 11) kocaya öncelik veren hükümler, aile birliği düşüncesine dayanmaktadır. Yazarlar, kocaya öncelik veren hükümlerin; görüş ayrılıklarının aile içinde, olabildiğince hâkimin müdahalesi olmaksızın çözümlenmesi ve belirli bir ölçüde, evlilik birliği içinde kocaya yükletilen daha ağır sorumlulukların dengelenmesi amacından doğduğunu ileri sürmektedirler. Ayrıca yazarlara göre, evlilik birliğini korumak haklı nedeniyle ve kocaya yükletilen daha ağır ödevleri göz önünde tutarak, Medeni Kanun'da, bazı işlevsel konularda, evlilik birliği içinde kocaya öncelik tanınması, Anayasaya aykırı değildir. Aynı yönde bkz. Hatemi, s. 59; Hatemi-Serozan, s. 179. Ayrıca doktrinde, eşlerin tam anlamda eşit sayılarak, alınacak kararlarda anlaşamamaları durumunda, hâkimin müdahalesinin savunulması, pratik olmaktan uzak ve aile samimiyetine de aykırı bulunmaktadır. Bkz. ve karşı. Belgesay, (Aile Hayatı) s. 224; Berki, s. 121.

¹³¹ Önceki Medeni Kanun'da, eşlerin hak ve yükümlülükleri konusunda farklı bir dağılım izlenmiş ve erkeğe, kadına oranla daha üstün bir konum vermişti. Bu kanunda eşlerin yükümlülükleri birbirinden ayrı olarak mütalaa ediliyordu. Bunun nedeni, genel olarak evlilik birliğinin ve kadın eşin korunmasıyla açıklanıyordu. Bkz. ve karşı. Öztan, (Aile) s. 20, 145; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 674; Ertuş, Şeref, "Medeni Kanun Öntasarısında Aile Hukuku Alanında Öngörülen Yenilikler", *MBD*, 1985/15, s. 12; Feyzioglu, s. 92; Köteli, s. 91; Saymen-Elbir, s. 121; Hatemi-Serozan, s. 191 vd.; Cin, Halil; *İslam ve Osmanlı Hukukunda Eolenme*, Konya 1988, s. 174; Velidedeoğlu, s. 94; Tour, s. 170; Oğuzoğlu, s. 139; Göktürk, s. 324 vd.; Gönensay, s. 120; Birsen, s. 233; Mimaroglu, s. 13; Tandoğan, s. 110; Tuğsavul s. 29.

¹³² Ülkemiz açısından örnek sayılabilecek olan Alman ve İsviçre hukuklarında, bu yönde yapılan çalışmalar ve kabul edilen hükümler için bkz. Gören, (Eşit Haklar) s. 66 vd.; Gören, Zafer, *Anayasa ve Sorumluluk*, Ankara 1995, s. 39 vd.; Feyzioglu, s. 178, dn. 102d ve s. 180, dn. 102e; Köteli,

ilkesi yerleştirilmiştir. Yeni Medeni Kanun, evlilik birliğinin yükümlülüklerini, her iki eş için de ortak olarak belirlemiş ve hak-yükümlülük dağılımındaki kadın erkek farkını tamamen ortadan kaldırmıştır.¹³³ Medeni Kanun'un genel gerekçesinde de belirtildiği gibi,¹³⁴ "Değişikliklerin önemli ve oldukça büyük bir kısmı Aile Hukuku alanında ve özellikle kadın erkek eşitliğini zedelediği iddia edilen hükümlerde yapılmış, böylece bütün modern

s. 93; Köprülü-Kaneti, s. 24; "Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşitlik Hakkında İsviçre Federal Kanunu", Çev. İlhan Helvacı, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul 1999, s. 323; Kaplan, Emine Tuncay, "24 Mart 1995 Tarihli Kadın ve Erkeğin Hukuken Eşit Duruma Getirilmesi Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu Hükümlerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan, BTHAE Yay., Ankara 1998, s. 399 vd.; Oktay, Saibe, "İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukukundaki Gelişmeler", GÜSBD, Kış-1996, s. 34 vd.; Will, Michael R., "2000 Yılına Doğru: Alman Medeni Kanunu'nun Revizyonu", Çev. Öztan, Bilge/Öztan, Fırat, Batider. 1993/1, s. 99 vd.; Akyol, Şener, İsviçre Medeni Kanunu'nun Evlenmenin Genel Hükümlerine Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ile Karşılaştırılması, Medeni Kanun 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İÜMHE Yay., İstanbul 1978, s. 373 vd.; Özer, Ahmet, "İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler" YD, 1988/1-2, s. 116 vd.; Cansel, Erol, "Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi" Medeni Kanun'un 50. Yılı, AÜHF. Yay., Ankara 1977, s. 30 vd.; Koçhisarlıoğlu (Eşlerin Eşitliği) s. 251 vd.; Knoepfler, François, "İsviçre'de Yeni Aile Hukuku Üzerine Açıklamala" Çev. Özer, Ahmet, YD, 1988/1-2, s. 121 vd.; Koçhisarlıoğlu, Cengiz, "İsviçre'de Evlilik Birliği Hukuku'ndaki Son Gelişmeler" Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 431 vd.; Bar, Rolf, "İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Son 50 Yıldaki Gelişimi" Çev. Yazman, İrfan, Medeni Kanun'un 50. Yılı, AÜHF Yay., Ankara 1977, s. 319 vd.); İnan, Ali Naim, "Erkek Kadın Hukuki Müsavatı Alman Aile Hukukunda Ne Gibi Değişiklikler Yapacak ve Bu Değişiklikleri İçine Alan 2. Kanun Tasarısı'nın Hükümleri", YD, 1956/8, s. 806 vd.

¹³³ Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 24; Akıntürk, s. 12, 103 vd.; Zevkliler-Havutçu, s. 222, 237; Şıpka, s. 9; Acabey Mehmet Beşir, "Evliliğin Genel Hükümleri ve Yasal Mal Rejimi", 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Hukuk Yapısındaki Yenilikleri, Konferans, Bildiriler ve Tartışmalar, Muğla Baro Başkanlığı, Muğla 2002, s. 5-6; Şimşek, Mustafa, "Yeni Medeni Yasaya Bakış" YD, 2002/1-2, s. 125; Uçar, Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklik Üzerine Düşünceler", AÜEHFD, 2002/1-4, s. 331.

¹³⁴ Ertaş, Şeref / Koç, Nevzat, "Medeni Hukuk Mevzuatı", C. I, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, İzmir 2002, s. 12.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

*hukuk sistemlerinde yapılmış olan ve yürürlükteki (önceki) kanun-
da da büyük ölçüde yer verilmiş bulunan 'eşitlik ilkesi', yeni düzen-
lemeyle daha da pekiştirilmiş, bu ilkeye ters düşen düzenlemelerin
hepsi değiştirilmiştir."* Böylece evlilik birliği, sevgi ve saygıya
dayanan bir birlik olarak görüldüğü için, evlilik birliğinde bir
başkana ihtiyaç duyulmamış, eşlere, birliğin mutluluğunu
elbirliğiyle sağlama yükümlülüğü yüklenmiştir.¹³⁵

Yürürlükteki Medeni Kanun'un, Aile Hukuku'nda yaptığı değişimin temel gerekçesi, eşler arasındaki eşitliğin sağlanması ve evlilik birliğinin korunmasıdır.¹³⁶ Bu nedenle, Medeni Kanun, yeni bir aile tipi yaratmak amacıyla kaleme alınmıştır.¹³⁷ Kanun'un bu amacı, tasarının genel gerekçesinde¹³⁸ şöylece belirtilmiştir: "*Tasarı, bu kısımda (Aile Hukuku) önemli ve köklü değişiklikler getirmektedir. Bu değişiklikler her şeyden önce, günümüzde modern hukuk sistemlerinin istisnasız hepsinde temel ilke olarak kabul edilen "kadın erkek eşitliği" ilkesinin hukukumuzda da eskiden olduğu gibi sürdürülmesi, bu eşitliğe ters düşen hükümlerin kanundan çıkarılması veya eşitliği sağlayacak şekilde düzenlenmesi düşüncesine dayanmaktadır."*

Önceki Medeni Kanun'da, eşler arasında geleneksel görev dağılımı kabul edildiği için, yeni aile modelinin daha iyi anlaşılabilmesini sağlamak amacıyla, kanaatimce eski düzenlemelerin temel noktalarının ortaya konulması yararlı olur.

¹³⁵ Bkz. ve karşı. Sirmen, Lale, "Medeni Hukuk Alanında Kadın, Boşanan Kadının Mali Sorunları ve Yeni Düzenlemeler" *Hukuk Kurultayı 2000, Özel Hukuk Bildirileri 2, C. III, Ankara 2000, s. 47.*

¹³⁶ Nitekim eşler arası eşitlik ilkesi Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ek 7 nolu Protokol'ün 5. maddesinde şöylece açıklanmıştır: "*Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocuklarıyla ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde, devletlerin çocuklar yararına gereken önlemleri almalarını engellemez."*

¹³⁷ Medeni Kanun'un kaynağı olan İsviçre'de yapılan benzer nitelikli değişiklikleri değerlendiren Koçhisarlıoğlu (Son Gelişmeler, s. 435) bu yeni aile tipini, arkadaşlık temeli üzerine oturan bir ilişki olarak nitelendirmektedir.

¹³⁸ Ertaş/Koç, s. 17.

Önceki Medeni Kanun'un Aile Hukuku alanında temel aldığı ilke, kadın ile erkeğin toplum içinde farklı rollere sahip oldukları düşüncesiydi.¹³⁹ Kadın ile erkeğin, farklı biyolojik ve ruhsal yapıda olmaları nedeniyle, toplumda ve ailede farklı roller üstlenmeleri gerekli görülmüştü. Bu anlayışa göre, kadın doğal olarak annedir, onun öncelikli görevi, evde oturup çocukları yetiştirmek ve ev işlerini görmektir. Koca ise, aile dışında çalışarak evini geçindirmek zorundadır.¹⁴⁰ Böylece, annenin sevgiyi; babanın ise, otoriteyi temsil ettiği kabul ediliyordu.¹⁴¹ Önceki Medeni Kanun'da bu esas benimsendiği için, her bir eşe farklı roller verilmiş, dolayısıyla farklı hak ve yükümlülükler öngörülmüştür.

Önceki Medeni Kanun'da, koca birliğin reisi (başkanı) seçilmiş, evlilik birliğine ilişkin karar alma sürecinde eşler arasında bir uyumsuzluk doğması durumunda, kocanın oyu üstün sayılmış, kadının konumu ise, kocasına oranla ikincil nitelikte görülmüştür. Fakat bu durum, kadının, kocasının vesayeti altında olması anlamına gelmiyordu.¹⁴² Sadece, önce-

¹³⁹ Şıpka, s. 5; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 755; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 78; Gören, (Eşit Haklar) s. 61 vd.; Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 5; Havutçu, Ayşe, "Türk Medeni Kanun'unda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları" *İz. BD*, 1998/1, s. 9; Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukuku'nda Yapılması Gerekli Değişiklikler", *İBD*, 1966/10, s. 503; Gürkan, Ülker, "Türk Kadınının Hukuki Statüsü ve Sorunları", *AÜHFD*, 1978/1-4, s. 386.

¹⁴⁰ Şıpka, s. 6; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 756; Acabey (Yasal Mal Rejimi) s. 79; Bozova, s. 4; Cansel, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 23; Acabey (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 5; Serozan, Rona, "Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler", *Prof. Dr. Kenan Tunçoğlu'na Armağan*, İstanbul 1997, s. 384.

¹⁴¹ Bkz. ve karşı. Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 278.

¹⁴² Bkz. Oğuzman-Dural, s. 153 vd.; Feyzioğlu, s. 178; Saymen-Elbir, s. 125; Egger, s. 286; Erdem, s. 306; Schwarz, s. 180 vd.; Tour, s. 173, 174; Oğuzoğlu, s. 142 vd.; Gönensay, s. 126; Birsen, s. 300 vd.; Ertaş, Şeref "Demokrasi, Eşitlik ve Gelişen Aile Hukuku" *İz. BD*, 1997/4, s. 14. Hatemi-Serozan'a göre (s. 179) kocanın birliğin reisi olması, kocayı ayrıcalıklı bir duruma getirmek için getirilen bir kural değildir. Erkek, sadece "eşitler arasında önde" kılınmıştır. Velidedeoğlu ise (s. 94) bu tür bir farklılık yaratılmasının sebebini şöylece açıklamaktadır: "...her toplulukta düzenin sağlanması için o topluluğa bir baş seçilir. Evlilik birliği de küçük bir topluluktur ve bu itibarla bunun düzgün yürümesi için reislik kocaya verilmiştir. Erkek

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

ki Medeni Kanun'da, evlilik birliği içinde kocaya, eşine oranla, açıkça daha ayrıcalıklı bir konum verilmişti. Koca, eşinden, hem haklar bakımından daha üstündü, hem de, yükümlülükler bakımından daha ağır bir konumdaydı.

Önceki Medeni Kanun'da, eşler arasındaki görev dağılımı kanun koyucu tarafından belirlenmişti. Kanunda yapılan bu görev dağılımına göre, koca dışarıda çalışıp para kazanacak, bu amaçla evin reisi sıfatıyla birliği temsilen üçüncü kişilerle hukukî işlemlerde bulunacak, kadın ise, evinde oturup, çocuklarını yetiştirecek ve evin bakımını yapacaktı.¹⁴³

Görüldüğü gibi, önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliği içinde karı koca arasında hak ve yükümlülük dağılımında bir ayırım yapılarak, koca evlilik birliğinde ön plana çıkarılmıştı. Fakat, yirminci yüzyılın başlarından itibaren, bilim ve teknolojide yaşanan hızlı gelişmeler sonucu ortaya çıkan sosyal anlayış farklılığı, evlilik birliğindeki bu sabit rollere dayanan görev dağılımını yetersiz hale getirmiştir.¹⁴⁴ Sosyal hayatta ortaya çıkan değişim, cinsler arasındaki farklılıkları büyük ölçüde ortadan kaldırmıştır. Bu nedenle insanlar arasında, sırf cinsiyetleri farklı olduğu için bir ayırım yapılması, günümüz-

hayat mücadelesinde öteden beri daha kuvvetli ve daha tecrübeli olduğundan, reisiğin kocaya verilmesi, bu özelliklerden evlilik birliğini faydalandırmak içindir, yoksa kadını kocanın hâkimiyeti altına sokmak için değil." Buna karşılık Köteli, (s. 95) ise, kanunda, kocanın birliğe başkan olarak atamasının, birlik içindeki sorunları azaltıcı değil, çoğaltıcı bir etki yaptığını ileri sürmektedir.

¹⁴³ Bkz. Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 756; Öztan, (Aile) s. 158; Gören, (Eşit Haklar) s. 61 vd.; Oğuzman-Dural, s. 154 vd.; Saymen-Elbir, s. 125 vd.; Köprülü-Kaneti, s. 117; Feyzioğlu, s. 185 vd.; Tekinay, (Aile) s. 299; Velidedeoğlu, s. 99 vd.; Köteli, s. 87; Mimaroglu, s. 13 vd.; Egger, s. 288 vd.; Tuğsavul, s. 29 vd.; Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 5-6.

¹⁴⁴ Şıpka, s. 7; Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 756; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 80; Havutçu, s. 9; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 432; Tolan, Barlas, "Aile Yapılarının Farklılaşması", *İnan Kıracı'na Armağan*, Ankara 1994, s. 260; Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Medeni Kanun Öntasarısı'nın Kadın Erkek Eşitliğine ve Evlilik Dışı Çocuklara İlişkin Hükümleri", *İBD*, 1985/10, 11, 12, s. 831; Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukuku'nda Yapılması Gerekli Değişiklikler", *İBD*, 1966/10, s. 504.

de kabul edilmemektedir.¹⁴⁵ Özellikle evlilik birliğinde, eski görev dağılımını uygulamak ve bunu bir yasal düzenleme halinde mevzuatta bulundurmak, sosyal hayattaki değişim ve gelişime ters düşmektedir.

Günümüzdeki toplumsal anlayışların değişmesi sonucunda, artık bu görev dağılımının çağın gereklerini karşılamadığı, bu paylaşımın ve eşitsizlik yaratan hükümlerin bir an önce terk edilmesi gerektiği, özellikle son yıllarda,¹⁴⁶ geniş ölçüde savunuluyordu.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 757; Gören (Eşit Haklar) s. 23, 62; Koçhisarlıoğlu'na göre, (Son Gelişmeler, s. 434) kadın ile erkeğin, farklı biyolojik yapıda oldukları ve farklı fonksiyonlara sahip buldukları gerekçesine dayanan; kadının ev işlerini yapması, erkeğin ise dışarıda çalışması gerektiği şeklindeki geleneksel rol ayrımı haklı gösterilemez. Aynı yönde bkz. Acabey, (Yasal Mal Rejimi, s. 81) Havutçu, s. 9.

¹⁴⁶ Kadın erkek eşitliği konusunda yapılan uluslararası çalışmalar ve özellikle Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve Avrupa Birliği Bakanlar Komitesi'nin 16.10.1981 tarih ve R (81) sayılı Tavsiye Kararı için bkz. Şıpka, s. 9 vd., 54 vd.; Gören, (Eşit Haklar) s. 139 vd.; Berktaş, Fatmagül, "Kadınların İnsan Hakları", *İnsan Hakları Hukuku'nda Yeni Bir Açılım içinde İnsan Hakları*, Yapı Kredi Yay., İstanbul 2000, s. 358 vd.; Alıca, Süheyla Gökalp, "Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 18 vd.; Alpkaya, Gökçen, "Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler", *Prof. Dr. Gündüz Ökçün'e Armağan*, Ankara 1992, s. 16 vd.

¹⁴⁷ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 759; Gören, (Eşit Haklar) s. 66 vd.; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 85; Feyzioğlu, s. 180; Köteli, s. 95; Tekinay, (Aile) s. 301; Berktaş, s. 352 vd.; Erdoğan, İhsan, "Medeni Kanunu'nda Kadının Yeri", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 16; Alıca, s. 18; Ertaş, *Gelişen Aile Hukuku*, s. 13; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 251 vd.; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 22; Ertosun, s. 35; 1. *Aile Şurası, Raporlar, Görüşmeler, Kararlar: Aile ve Hukuk Komisyonu Raporu*, Ankara 1990, s. 153; Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukukumuzda Yapılması Gerekli Değişiklikler", *İBD*, 1966/10, s. 504; Kılıçoğlu, Ahmet, "Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği", *ABD*, 1991/1, s. 10 vd.; Havutçu, s. 9; Alpkaya, s. 11, 42 vd.; Serozan, Rona, "Cumhuriyet ve Medeni Kanun" *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s. 751; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 433; Akyol, s. 380; Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 6; Öztan, Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku", *AÜHFD*, 1995/1-4, s. 85; Gürkan, (Kadının Sorunları) s. 382.

III. Yürürlükteki Medeni Kanun'da

Toplumsal hayatta ortaya çıkan gelişmeler sonucu, toplumda ve ailede, kadın erkek arasındaki geleneksel rollere dayanan aile anlayışının değişmesi zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Geleneksel ve sabit rollere dayanan aile anlayışından, eşit haklara dayanan hayat ortaklığı¹⁴⁸ (gleichberechtigte Partnerschaft) esasına geçiş, yeni Medeni Kanun'la mümkün olabilmektedir. Türk Medeni Kanunu'nda, eşler arasında, hem haklarda hem de yükümlülüklerde eşitlik ilkesi kabul edilmiş, önceki Medeni Kanun'da bulunan, eşler arasındaki farklı görev dağılımı ortadan kaldırılmış ve aile, toplumsal gelişime uygun bir kalıba oturtulmuştur.

Yeni Medeni Kanun'da yapılan bu düzenlemelerde, her bir eşe ayrı ve belli görevler verilmemiştir. Çünkü, Acabey'in¹⁴⁹ de haklı olarak belirttiği gibi, ev işlerini kimin yapıp, çocuklara kimin bakacağı ve dışarıda gelir getiren işte çalışarak aileyi kimin geçindireceği, kanun koyucu tarafından belirlenecek bir konu değildir. Bu nedenle, kanun koyucunun, eşler arasındaki ilişkide, sadece temel çerçeveyi belirlemekle yetinmesi ve bu çerçeve içinde, ortak yaşam koşullarını belirlemelerinin, eşlere bırakılması gerekir.¹⁵⁰

Bundan böyle eşler, evlilik birliğindeki görev paylaşımını kendi özgür iradeleriyle yapacaklardır. Eşler, kendi ihtiyaçlarına göre, istedikleri görev dağılımını benimseyerek, mesela gerektiğinde kocanın evde oturup çocuklara bakmasını kararlaştırabilirler.

Yeni Medeni Kanun'un *Aile Hukuku* kitabında yapılan en önemli yenilik, kanaatimce, kocanın evlilik birliğindeki başkanlık sıfatının sona erdirilmesi ve evlilik birliğine ilişkin kararların her iki eş tarafından alınması zorunluluğudur.¹⁵¹

¹⁴⁸ Bkz. Şıpka, s. 8; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 81; Zevkçiler-Acabey- Gökayla, s. 757; Gürkan, (İktisaden Korunma) s. 321.

¹⁴⁹ Acabey (Yasal Mal Rejimi) s. 82, 83.

¹⁵⁰ Bkz. Zevkçiler-Acabey-Gökayla, s. 759; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 433; Akyol, s. 381.

Bu ilke sayesinde, eşlerin evlilik birliğindeki konumları tamamen eşitlenmiş, birliğin yönetimi eşlerin birlikte alacakları kararlara bırakılmıştır. Bu nedenle, yeni Medeni Kanun'da kabul edilen bu hükümler sayesinde, evlilik birliği, "eşit haklara dayanan bir hayat ortaklığına"¹⁵² dönüşmüştür.¹⁵³

Yeni Medeni Kanun'da öngörülen bu sistem gereğince, evlilik birliğiyle ilgili kararların alınması ve işlemlerin yapılması, eşlerin ortak iradelerine bırakılmaktadır. Şıpka,¹⁵⁴ bu ortak hareket etme gereğini, kanunun eşlere tanıdığı bir katılma hakkı ve yüklediği bir yükümlülük olarak değerlendirmektedir. Kanun, evlilik birliğine ilişkin kararların alınmasını ve birliğin yönetimini, her iki eşe birlikte vermiş ve eşlerin birliğe ilişkin işlemlerine, diğer eşin katılmasına yönelik bir hak tanımıştır.¹⁵⁵ Bu nedenle kanaatimce de, birliğin yönetimi konusunda, diğer eşin bir katılma hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

Evlilik birliğinde tam eşitlik ilkesi¹⁵⁶ ve eşlerin birliğin yönetimine katılma hakları kabul edilince, eşler arasında es-

¹⁵¹ Alman Hukuku'nda bu yönde yapılan değişiklikleri değerlendiren Kılıçoğlu'na göre, (Kadın Erkek Eşitliği, s. 10) evlilik birliği, bir şef otoritesine ihtiyaç göstermeyen ahlaki ve ruhi bir bağlılıktır.

¹⁵² Şıpka, s. 8; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 757; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 81.

¹⁵³ Şıpka, (s. 32) Medeni Kanun değişiklikleri konusunda, büyük ölçüde esin kaynağımız olan İsviçre'de, 1984 yılında yapılan benzer değişikliklerin, üç temel amacını şöylece açıklamaktadır: "1. Her iki eşin aile birliği ve huzuru için yükümlü tutulması, 2. Birliğin korunmasının sağlanması, 3. Eşlerin hukuki menfaatleri ile onların alacaklılarının menfaatlerinin uygun ölçüde eşitlenmesi". Akyol, (s. 378) ise, yapılan değişikliklerin üç temel dayandığını belirtmekte ve bunları, 1. Eşler arası eşitlik, 2. Eşlerin, evlilik birliğinin amaçlarına bağlı olmaları, 3. Evlilik birliğinin artan şekilde korunması, olarak sıralamaktadır.

¹⁵⁴ s. 48.

¹⁵⁵ Evlilik birliğinin kadın erkek eşitliği ilkesi temeline dayandırılması, evlenmeyle oluşan birliğin, birlik olma özelliğini ortaya çıkarmakta, böylece, evlilikte birlik ve topluluk düşüncesi, daha da pekiştirilmiş olmaktadır. Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 760; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 433; Uçar, s. 331.

¹⁵⁶ Önceki Medeni Kanun döneminde yazılmış olan eserlerde, aile hukukunun genel karakterinin, eşitlik ilkesi olduğu, fakat, bu ilke mutlak

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

kisine oranla daha fazla uyumsuzluk çıkma olasılığı doğabilecektir. Bu nedenle kanaatimce, önemi eskisine oranla daha da artmış olan evlilik birliğinin korunmasına yönelik hükümler, eşitlik ilkesi gereği daha fazla uygulama alanı bulacaktır.¹⁵⁷ Fakat, bu hükümlerin daha fazla uygulama alanı bulması, evlilik birliğinin daha az korunacağı anlamına gelmemelidir. Çünkü, eşler arasında eşitlik ilkesinin kabulü ve birliğin eşlerce birlikte yürütülmesi, evlilik birliğinin çıkarlarıyla çelişmemektedir.¹⁵⁸ Medeni Kanun'un, Aile Hukuku alanında yapmaya çalıştığı temel yenilik, evlilikleri "*eşit haklara dayalı hayat ortaklığı*" konumuna getirmeye çalışmaktır. Eşit haklara dayalı hayat ortaklığı düşüncesi, eşler için mutlu bir evliliğin temelini oluşturur. Bu düşünceye dayanan evliliklerde, kendisini maddi ve manevi açıdan geliştirme olanağına sahip olan her eş, ortak çıkarları daha etkin koruyabilecek; evlilik birliği huzur ve barış içinde sürdürülebilecektir.¹⁵⁹ Sağlıklı bir evlilik hayatından, ancak bu ilkeyi kendilerine temel almış evliliklerde söz edilebilir. Mutlu ve huzurlu bir evliliğin temeli olan; karşılıklı sevgi, saygı, fedakârlık ve güven, ancak eşlerin eşit olduğu bir evlilik anlayışında oluşur.¹⁶⁰ Bu nedenle, eşit haklara dayanan hayat ortaklığı esası, evlilik birliğinin dağılmasına neden olacak bir anlayış değildir. Aksine, gerçek anlamda bir hayat ortaklığının ve huzurlu bir evlilik ilişkisinin vazgeçilmez bir unsurudur.¹⁶¹ Çünkü, kocanın reis olduğuna

bir anlam taşımadığı için, aslında nispi bir eşitlik ilkesinin bulunduğu belirtiliyordu. Bkz. ve karşı. Feyzioğlu, s. 177; Velidedeoğlu, s. 95; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 252. Hatemi-Serozan'a göre ise, (s. 179) kocanın reis olarak kabul edilmesi, cinsler arası eşitliği bozmak amacı taşımamaktadır. Koca, sadece, "*eşitler arasında önde*" kılınmıştır.

¹⁵⁷ Kocanın reis olması durumunda eşler arasında bir uyumsuzluk çıkmayacağı, daha doğrusu ortaya çıkan uyumsuzluğun kocanın iradesi yönünde çözümlenmesi gerektiği için, eşler arasındaki uyumsuzlukların mahkeme önüne getirilme oranı, yeni Medeni Kanun'da uygulandığı dönemde, eskiye oranla artabilecektir. Bkz. Akıntürk, s. 123; Akyol, s. 390; Knoepfler, s. 127; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 270.

¹⁵⁸ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 760.

¹⁵⁹ Bkz. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 84; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 60.

¹⁶⁰ Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 84; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 761; Burcuoğlu/Altıp/Ünan, s. 22.

¹⁶¹ Bkz. Uçar, s. 331.

ilişkin hükmün yeni Medeni Kanun'dan çıkarılmasıyla oluşan otorite boşluğu, hâkimin müdahalesi yoluyla doldurulmuştur. Fakat, hâkimin buradaki işlevi, sadece koruyucu ve aracı olmalıdır. Hâkim, ailenin iç işlerine karışmamalıdır.¹⁶²

Eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların boşanma aşamasına gelmeden eşler arasında barışçı ve hakkaniyete uygun bir çözüme kavuşturulmasını amaçlayan müdahale hükümlerini incelemeye geçmeden önce, evlilikte eşlerin karşılıklı yükümlülüklerinin kısaca belirtilmesi yerinde olur

A. Evlilik Birliğinin Mutluluğunu Elbirliğiyle Sağlama Yükümlülüğü

Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinin ikinci fıkrasına göre eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak zorundadırlar. Evlilik birliğinin, belli bir düzen ve huzur içinde devamı için, eşlerin bu çabayı ortaklaşa göstermeleri gerekmektedir.¹⁶³ Evlilikteki hayat arkadaşlığı olgusu da bu düşünceyi destekleyici niteliktedir.

Evlilik birliğinde eşlerin temel amacı, mutlu ve huzurlu bir aile yaşantısı sürdürmektir. Bu mutluluk, düzen ve dirlik sağlanamazsa, evlilik birliğinin kurulmasından beklenen yararların hiçbiri gerçekleşmez. Bu nedenle, birliğin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, eşlerin en önemli yükümlülüklerinden biridir. Eşler, evliliğin maddi, manevi ve sosyal amaçlarının tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için, karşılıklı sevgi ve saygı çerçevesinde, birlikte yaşamının gerektirdiği özveriye, anlayışı ve çabayı göstermekle yükümlüdürler. Kanun koyucu açıkça belirtmese de eşler cinsel yakınlıkta bulunmakla da yükümlüdürler. Kanun koyucu, cinsel yakınlığı evliliğin en temel unsurlarından saydığı için, bu konuda açık bir kural koymamıştır.¹⁶⁴

¹⁶² Bkz. Akyol, s. 381; Knoepfler, s. 127.

¹⁶³ Akıntürk, s. 106; Ruhi, s. 22; Zevkliler-Havutçu, s. 237; Öztan, (Aile) s. 146; Feyzioğlu, s. 183; Köteli, s. 87; Saymen-Elbir, s. 124; Oğuzman-Dural, s. 152; Köprülü-Kaneti, s. 112; Tekinay, (Aile) s. 297; Velidedeoğlu, s. 97; Tandoğan, s. 111.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Medeni Kanun'un 185. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça belirtilmiş olan evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğü, bu madde dışında da bazı maddelerde, farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Mesela eşlerin, meslek ve iş seçimi konusunda "*evlilik birliğinin huzur ve yararını*" göz önünde tutmak zorunda olduklarına ilişkin Medeni Kanun'un 192. maddesindeki kural, bu genel ilkenin bir yansıması niteliğindedir.

Eşlerin hareket ve tavırları, bu genel davranış normuna uygun olmak zorundadır. Eşler, birliğin mutluluğunu her zaman ön planda tutmak durumundadırlar. Bu davranış normunun kapsamı, Medeni Kanun'un 2. maddesinin ilk fıkrasındaki dürüstlük kuralına göre belirlenir.¹⁶⁵

B. Çocukların Bakım, Eğitim ve Gözetimine Özen Gösterme Yükümlülüğü

Medeni Kanun'un 185. maddesinin ikinci fıkrasına göre: "*Eşler...çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.*" Eşlerin bu yükümlülüğü, sadece öz çocukları için değil, Medeni Kanun'un 338. maddesinin ilk fıkrasına gereğince, aynı zamanda üvey çocukları için de kabul edilmiştir.¹⁶⁶ Bu hükme göre: "*Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler.*"

¹⁶⁴ Akıntürk, s. 107; Öztan, (Aile) s. 147; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 744. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 25.11.2002 tarih ve 11926/13123 sayılı, yayınlanmamış Kararı'ndan: "*Evlendenin sosyal amacı yanında, belki de daha önemli olarak nesli devam ettirme ve cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır...*"

¹⁶⁵ Tandoğan, s. 111.

¹⁶⁶ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 124. Eşlerin, üvey çocuklarına ilişkin bu yükümlülüğünün, açık bir düzenlemeye yer verilmemekle birlikte, önceki Medeni Kanun döneminde de bulunduğu ilişkin görüşler için bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 745; Öztan, (Aile) s. 148; Feyzioğlu, s. 184; Köprülü-Kaneti, s. 113; Tekinay, (Aile) s. 297; Bozovalı, s. 18; Tandoğan, s. 112; Velidedeoğlu, s. 98.

Eşler, çocukların bakım, eğitim ve gözetimine ilişkin maddi ve manevi ihtiyaçlarını, birlikte karşılamak zorundadırlar.¹⁶⁷ Medeni Kanun'un 327. maddesinin birinci fıkrasına göre, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler, ana ve baba tarafından karşılanır. Görüldüğü gibi kanun koyucu, çocukların bakım, eğitim ve gözetim yükümlülüğünü velayet hakkıyla özdeşleştirmemiş ve velayet hakkı kendisinde olmayan eşe de bu yükümlülüğü yüklemiştir. Gerçekten, Medeni Kanun'un 350. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Velayetin kaldırılması halinde, ana ve babanın çocukların bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder.*"

C. Birlikte Yaşama Yükümlülüğü

Medeni Kanun'un 185. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: "*Eşler birlikte yaşamak...zorundadırlar.*" Evlenme, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak olduğuna göre, bu hayatın da birlikte, aynı çatı altında geçirilmesi gerekmektedir. Evlilik birliğinin kurulmasıyla, eşlerin ortak konutta birlikte yaşama yükümlülüğü doğmaktadır. Medeni Kanun'da, eşler arasındaki bu yükümlülüğe büyük bir önem verilmiş ve buna aykırı davranılması bir boşanma nedeni sayılmıştır.¹⁶⁸

Bu yükümlülük, aynı zamanda eşler için bir haktır. Evlenmeyle, eşler ortak konutta birlikte yaşama hakkına da sahip olurlar.¹⁶⁹

D. Sadakat Yükümlülüğü

Eşlerin, evlilik birliğindeki temel yükümlülüklerinden biri de diğer eşe sadakat gösterme yükümlülüğüdür. Bu

¹⁶⁷ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 133; Zevkliler, (Pratik) s. 104; Akıntürk, s. 108; Zevkliler-Havutçu, s. 238; Öztan, (Aile) s. 148; Oğuzman-Dural, s. 152; Feyzioğlu, s. 184.

¹⁶⁸ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 895; Öztan, (Aile) s. 157, 295; Köteli, s. 89; Arsebük, s. 663; Egger, s. 168; Göktürk, s. 307.

¹⁶⁹ Akıntürk, s. 105.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

yükümlülük, Medeni Kanunumuzun 185. maddesinin ikinci fıkrasında: "Eşler...birbirine sadık olmak zorundadırlar" şeklinde öngörülmüştür. Eşlerin diğer yükümlülüklerinde olduğu gibi, sadakat gösterme yükümlülüğü de, eşler için eşit dereceli bir yükümlülüktür.¹⁷⁰

Sadakat gösterme denilince, akla ilk olarak cinsel sadakat gelmektedir. Bu nedenle, eşlerden her birinin, eşi dışında bir başka kişiyle cinsel ilişkiye girmesi, bu yükümlülüğün ihlali sayılır. Kanun koyucu, eşlerin bu yükümlülüğüne çok büyük bir önem verdiği için, bu yükümlülüğün ihlali, yani zina yapılması, Medeni Kanun'un 161. maddesine göre, bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir.

Cinsel sadakat dışında daha bir çok davranış biçimi de, bu yükümlülüğe girmektedir. Mesela, eşlerin birbirine yardımcı ve destek olma, diğer eşin menfaatlerini her ortam ve durumda koruma ve kollama, aile servetinin israf edilmemesi gibi davranışlar da cinsel sadakat yanında, bu yükümlülük kapsamında değerlendirilmektedir.¹⁷¹

E. Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü

Medeni Kanun'un 185. maddesinin ikinci fıkrasına göre: "Eşler...birbirine...yardımcı olmak zorundadırlar." Eşler, karşılıklı olarak birbirlerine yardımcı olmak, diğerinin ona ihtiyacı olduğu anda ona destek olmakla yükümlüdürler. Evlilik birliğinde eşler, yalnız sağlıklı, iyi günde ve zenginlikte değil, aynı zamanda hastalıkta, kötü günde ve yoksullukta da bir-

¹⁷⁰ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 744; Öztan, (Aile) s. 146, 147; Feyzioğlu, s. 184; Saymen-Elbir, s. 124; Arsebük, s. 664; Berki, Şakir, "Türk Medeni Kanunu'nda Evlenmenin Evli Kadınla İlgili Neticeleri", Prof. Dr. H. C. Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 103.

¹⁷¹ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 107; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 745; Öztan, (Aile) s. 147; Oğuzman-Dural, s. 152; Köprülü-Kaneti, s. 112; Tekinay, (Aile) s. 298; Feyzioğlu, s. 184; Velidedeoğlu, s. 97; Köteli, s. 89; Tandoğan, s. 112.

birlerine destek olmak zorundadırlar. Bu yükümlülük, evlilik birliğinin ve hayat ortaklığının önemli gereklerinden biridir.

Bu yükümlülüğü, sadece maddi dayanışma olarak anlamamak gerekir. Eşlerin içinde buldukları durumlarda onlara manevi açıdan destek olmak da bu yükümlülük kapsamında bulunmaktadır.¹⁷²

F. Aile Konutunu Seçme Yükümlülüğü

Medeni Kanun'un 185. maddesinin birinci fıkrasına göre: "*Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.*" Yine aynı kanunun 194. maddesinde, eşlerin oturacakları bu konuta "*aile konutu*"¹⁷³ adı verilmektedir.¹⁷⁴ Aile konutunu seçme hakkı, her iki eşe de verilmiştir.¹⁷⁵ Eşler, oturacakları konutu birlikte seçmek durumundadırlar.¹⁷⁶ Eşlerden biri, tek taraflı olarak seçtiği bir

¹⁷² Akıntürk, s. 108; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 745; Öztan, (Aile) s. 148; Saymen-Elbir, s. 124; Oğuzman-Dural, s. 152; Köprülü-Kaneti, s. 113; Tekinay, (Aile) s. 298; Feyzioğlu, s. 184; Velidedeoğlu, s. 98; Tandoğan, s. 112; Arsebük, s. 664; Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 736.

¹⁷³ Medeni Kanun'un 194., 240., 254., 279. ve 652. maddelerinde, aile konutuna ilişkin özel düzenlemelere yer verilmiştir.

¹⁷⁴ Medeni Kanun'un 185. maddesindeki "*ortak konut*" (eheliche Wohnung) ile aynı kanunun 194. maddesindeki "*aile konutu*" (Wohnung der Familie) kavramlarının farklı olduğu, aynı kanunun bu iki maddesinde farklı kavramlar kullanılmak suretiyle, aralarındaki farkın belirtilmek istendiği görüşü için bkz. Şıpka, s. 75 vd.

¹⁷⁵ Önceki Medeni Kanun'un 152. maddesinin ikinci fıkrasına göre, ortak konutun seçimi kocaya aitti. Koca, ortak konutu tek başına seçme hakkına sahipti. Kadının, koca tarafından seçilen ve eşlerin haline uygun olan konuta gelmemesi ise, ortak konutu terk etmesi niteliğinde görülüyordu. Kocanın seçeceği konutun taşınması gereken özellikler ve karının bu seçim karşısındaki davranışının sonuçları için bkz. ve karş. Öztan, (Aile) s. 152; Oğuzman-Dural, s. 153, dn. 283; Tekinay, (Aile) s. 301; Feyzioğlu, s. 186; Velidedeoğlu, s. 100; Egger, s. 290.

¹⁷⁶ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 24; Şıpka, s. 51; Kılıçoğlu, Ahmet M., "*Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*", Ankara 2002, s. 3; Akipek, Jale Güral-Akıntürk, Turgut, *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku*, C. I, İstanbul 2002, s. 353; Doğan, Murat, "*Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu*", *AÜEHFD*, 2002/1-4, s. 287.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

konutu, aile konutu olarak diğer eşe kabul ettiremez.¹⁷⁷ Eşler arasında, aile konutunun seçiminde bir anlaşmazlık doğarsa, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen, evlilik birliğinin korunması çerçevesinde hâkimin müdahalesi istenebilir.

Önceki Medeni Kanun'un 152. maddesinin ikinci fıkrası, ortak konutu seçme hakkını sadece kocaya tanıyordu.¹⁷⁸ Buna paralel olarak, aynı kanunun yasal yerleşim yerine (kanuni ikametgâha) ilişkin 21. maddesinde, evli kadının yerleşim yeri, kocaninkine bağlanmıştı.¹⁷⁹ Yeni Medeni Kanun'unda ise, kadının yerleşim yerinin, kocanunkine bağlı tutulmasına ilişkin bir kurala yer verilmeyerek, haklı sebepler varsa her iki eşe de, ayrı bir yerleşim yeri edinme olanağı sağlanmıştır.¹⁸⁰

G. Evlilik Birliğini Birlikte Yönetme Yükümlülüğü

Medeni Kanun'un 186. maddesinin ikinci fıkrasına göre, eşler evlilik birliğini birliği beraberce yönetir.¹⁸¹ Yeni Medeni

¹⁷⁷ Bkz. Akıntürk, s. 104; Doğan, s. 288.

¹⁷⁸ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 747; Hatemi-Serozan, s. 182; Tekinay, (Aile) s. 301; Egger, s. 290; Tandoğan, s. 113; Arcaç, s. 1641, 1642.

¹⁷⁹ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 751; Köprülü-Kaneti, s. 114; Feyzioğlu, s. 192; Velidedeoğlu, s. 99; Köteli, s. 96; Tandoğan, s. 111; Arcaç, s. 1641; Berki (Evlendenin Neticeleri) s. 112. Anayasa Mahkemesi, 2.12.1993 tarih ve 23/55 sayılı kararında, önceki Medeni Kanun'un, kadının yerleşim yerinin, kocanunkine bağlı olduğuna ilişkin 21. maddesinin birinci fıkrasını, Anayasaya aykırı bulmamıştır. (RG 25.12.1999, S. 23917)

¹⁸⁰ Şıpka, s. 74; Akipek-Akıntürk, s. 463.

¹⁸¹ Önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğinin yönetiminde kocaya üstünlük tanınmış ve bazı maddelerde bu üstünlük açıkça hüküm altına alınmıştı. Kocanın evin reisi kabul edilmesi EMK, mad. 152/I, kadına, eve ve çocuklara bakma görevinin yüklenmesi EMK, mad. 153/II ve kadının, kocasının yardımcısı sayılması EMK, mad. 153/II, birliği temsil yetkisinin kocaya verilmesi EMK, mad. 154, kocanın eşine karşı, üstün bir konumda görüldüğünü ortaya koymaktadır. Bkz. ve karşı. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 746 vd.; Öztan, (Aile) s. 149, 155, 179; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 58; Oğuzman-Dural, s. 153; Tekinay, (Aile) s. 300; Feyzioğlu, s. 185 vd.; Egger, s. 305 vd.; Erdem, s. 312; Berki, s. 121 vd.; Velidedeoğlu, s. 105, 108, 312; Schwarz, s. 184 vd.; Cansel, (Kadın Erkek

Kanun'da kabul edilen mutlak eşitlikçi anlayışın bir sonucu olarak, birliği yönetme hakkı, her iki eşe de tanınmıştır.¹⁸² Evlilik birliğine ilişkin bir iş yapılmak isteniyorsa, diğer eşin rızası alınmalı, diğer eş bilgilendirilmeli ve onun da bu işleme katılması sağlanmalıdır.¹⁸³

Böylece, kanun koyucu, evlilik birliğinin yönetilmesi görevini her iki eşe birden vermiştir.

H. Evlilik Birliğinin Giderlerine Güçleri Oranında Katılma Yükümlülüğü

Medeni Kanun'un 186. maddesinin üçüncü fıkrasına göre: "*Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılırlar.*" Eşlerin, birliğin giderlerine beraberce katılma yükümlülüğü, yeni Medeni Kanun'da yapılan temel bir yeniliktir.¹⁸⁴

Eşitliği) s. 38. Brosset, George, Evlenme (Umumi Hükümler) Evlilik Birliğinin Temsili, Çev. Türkes, Kutlu, ABD, 1975/6, s. 855; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, "Evlilik Birliğini Temsilde Medeni Kanunumuz'un Dayandığı Esaslar", AÜHFD, 1950/3-4, s. 313.

¹⁸² Bkz. Ruhi, s. 22; Büyüktanır, Tahir, "Türk Medeni Kanunu, Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar", ABD, 2002/2, s. 73.

¹⁸³ Akıntürk, s. 105; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 3.

¹⁸⁴ Önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğinin giderlerinin karşılanması konusunda, koca aslı yükümlü kabul edilmişti. Önceki Medeni Kanun'un 152. maddesine göre, "...karı ve çocukların münasip veçhile iagesi ona (kocaya) aittir." Kadının, evlilik birliğinin gerektirdiği giderlere katılma yükümlülüğüyse, 151. maddenin birinci fıkrası ve 190. maddedeki yardım yükümlülüğünden ibaret olup, kocaya oranla ikincil nitelikteydi. Bkz. ve karşı. Bkz. Akıntürk, s. 108-109; Öztan, (Aile) s. 158; Oğuzman-Dural, s. 153, 154; Feyzioglu, s. 186; Bozovalı, s. 5; Egger, s. 291; Doğanay, (Nazari ve Tatbiki) s. 11; Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 123; Aysoy, Nejat Aydın, "Nafaka Takdir Edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?", AD, 1962/3-4, s. 298 vd.; Belgesay, Mustafa, Reşit, "Kocanın Nafaka Mükellefiyeti ve Mahkeme İçtihatları", İÜHFM, 1952/1-2, s. 708, 711 vd.; Kaleli, Şakir, "Nafaka Davaları", YD, 1978/1-2, s. 118. İslam hukukundaki benzeri yükümlülükler için bkz. Cin, Halil, İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, s. 195 vd.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Medeni Kanun'da, evin reisinin koca olduğuna yönelik hüküm kaldırılmış ve buna paralel olarak, evlilik birliğinin giderlerini karşılama yükümlülüğü her iki eş için öngörülmüştür.¹⁸⁵ Bu nedenle, evlilik birliğinin giderlerine her iki eş de katılmak zorundadır. Evlilik birliğinin giderlerine eşlerin güçleri oranında katılmaları, hem eşitlik ilkesine, hem de evlilik birliğinin hayat ortaklığı oluşturmasına uygun bir yaklaşımdır. Çünkü, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine eşit biçimde katılmaları uygun bir yaklaşım oluşturmayabilirdi. Eşlerin evlilik birliğinin giderlerine eşit ölçüde katılmalarını beklemek, evlilik birliğinin mantığına aykırı olabilirdi. Bu nedenle, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine eşit olarak değil, güçleri oranında katılmaları öngörülmüştür.

Giderlere katılma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, sadece parayla değil, aynı zamanda emekle de olabilir. (TMK, mad. 186/III) Bu nedenle, eşlerden birinin, çoğunlukla kadının, evde ev işlerini yapması durumunda da, bu eşin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilecektir. Bu hükümle, dışarıda çalışmayarak ev işlerini yapan kadınların da evlilik birliğinin giderlerine katıldığı ve bu yükümlülüğü yerine getirdikleri kabul edilmektedir.¹⁸⁶

Kısacası eşler, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında birlikte katılacaklar ve bu katılma hem mal varlığı, hem de emekle yerine getirilebilecektir. Kural olarak, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine yapacağı katkı, eşlerin anlaşmaları suretiyle belirlenir.¹⁸⁷ Fakat eşlerin, evlilik birliğine yapılacak katkı miktarı ve şekli konusunda anlaşamamaları durumunda, evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvuru söz konusu olur.

¹⁸⁵ Kılıçoğlu (Yenilikler) s. 25; Zevkliler, (Pratik) s. 104; Akıntürk, s. 109; Ruhi, s. 22; Zevkliler-Havutçu, s. 239.

¹⁸⁶ Bkz. ve karşı. Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 26; Akıntürk, s. 108-109; Zevkliler-Havutçu, s. 239; Büyüktanır, s. 73.

¹⁸⁷ Sirmen, Lale, "Medeni Hukuk Alanında Kadın, Boşanan Kadının Mali Sorunları ve Yeni Düzenlemeler Hukuk Kurultayı 2000", *Özel Hukuk Bildirileri 2*, C. III, Ankara 2000, s. 47.

Bu düzenleme, Yeni Medeni Kanun'un temelinde yatan eşitlikçi düşüncenin bir yansımasıdır.¹⁸⁸ Bu yeni anlayışla, her iki eşin birbirine ve evlilik birliğine karşı olan sorumlulukları artırılmak ve dengelenmek suretiyle, evlilikteki birlik düşüncesi desteklenmektedir.¹⁸⁹

EVLİLİK BİRLİĞİNİN
KORUNMASI VE
EVLİLİK BİRLİĞİNDE
EŞLERİN
YÜKÜMLÜLÜKLERİ

¹⁸⁸ Akıntürk, s. 109.

¹⁸⁹ Zevkliler-Havutçu, s. 236; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 84; Uçar, s. 331.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN, EŞLER ARASINDA BİR UYUŞMAZLIK DOĞMASINDAN ÖNCE DE UYGULANABİLECEK OLAN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ

§ 5. BAZI HUKUKİ İŞLEMLERDE DİĞER EŞİN RIZASININ ARANMASINA İLİŞKİN HÜKÜMLER

I. Genel Olarak

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler, iki farklı türden oluşur.¹ Bunlardan ilki, evlilik birliği bir sorunla karşılaştığı zaman, bu sorunu çözmeye yönelik dışarıdan müdahalede bulunulmasına ilişkin hükümlerdir.² Bu tür hükümler, ortaya çıkan bir uyuşmazlığın eşler arasında çözülemediği durumlarda, bunun hâkim veya çeşitli uzmanlar aracılığıyla çözümlenmeye çalışılmasına ilişkin hükümlerdir. (TMK, mad. 195 vd.) Bu hükümlerin amacı, eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlığı gidermektir.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla öngörülen diğer hükümler de ise, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin

¹ İsviçre Medeni Kanunu'nda 1984 yılında yapılan değişiklikten sonra, evlilik birliğinin korunması iki şekilde gerçekleştirilmektedir. Bu koruma, bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlanmasında olduğu gibi ya doğrudan kanun tarafından ya da yargı yoluna başvurulacak, hâkim aracılığıyla alınan önlemlerle sağlanmaktadır. Bkz. ve karşı. Şipka, s. 33.

² Bu hükümler için bkz. aşa. § 8, III.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

geçerliliği, bazı koşullara bağlamıştır. Evlilik birliğinin korunması amacıyla eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliğinin çeşitli koşullara bağlanması, evlilik birliğinin korunması açısından etkili bir yöntemdir.³

Eşlere, gelir ve malvarlıkları üzerinde sınırsız bir özgürlük tanınması, evlilik birliğinin ekonomik temellerini tehlikeye düşürebilir. Evlilik birliğinin çıkarlarının korunması, eşlerin özgürlüklerinin ve bağımsızlıklarının sınırlandırılması, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliği, ailenin ekonomik ve malvarlıksal durumunu korumak ve ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesini önlemek gibi nedenlerle, çeşitli koşullara bağlanmaktadır.⁵

Bu amaçla kanunda öngörülen hükümler de, iki farklı sistemden oluşur.⁶ İlk sistem, önceki Medeni Kanun'un benimsediği sistemdir. Buna göre, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemler, ancak hâkimin onayından sonra geçerli olabilir. Bu sistemde, bazı hukuki işlemlerin geçerliliğinin hâkimin onayına bağlanması yoluyla evlilik birliği korunur.

Önceki Medeni Kanun, zayıf durumda olduğunu kabul ettiği evli kadını, kocasına karşı korumak ve dolaylı olarak da evlilik birliğini korumak amacıyla, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin hâkimin onayıyla geçerli olabilece-

³ Günümüzdeki evliliklerde, ekonomik sebepler, eşlerin birbirleriyle ve çocuklarıyla olan kişisel ilişkilerinden çok daha baskın bir şekilde evlilik birliğini etkilemektedir. Bu nedenle, öngörülen sınırlamaların önemli bir bölümü, bu tür ekonomik ilişkilerde olmuştur. Bkz. ve karşı. Şıpka, s. 33. İsviçre'de yapılan değişiklikleri yansıtan bu görüş, Türk hukuku için de büyük ölçüde geçerlidir. Eşlerin kişisel ilişkilerine yönelik sorunlar, hâkimin müdahalesi yoluyla, malvarlıksal sorunlar ise, daha çok, önceden alınan önlemlerle giderilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle, evlilik birliği maddi bir sorunla karşılaşmadan, ileride bu sorunların ortaya çıkmasını önlemeye yönelik hükümler gittikçe önem kazanmaktadır. Asli mal rejimi olarak adlandırılan bu hükümler, emredici kural olma özelliğine sahiptir. Bu konuda bkz. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 43, 44.

⁴ Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 41.

⁵ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 5; Şıpka, s. 34.

⁶ Acabey, (Yasal Mal Rejimi, s. 41) evlilik birliğini koruyucu hükümleri benzer bir ayrıma tabi tutmaktadır.

ğini düzenlemişti. Nitekim, önceki Medeni Kanun'un 169. maddesine göre: "*Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz. -Koca menfaatine karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.*" Aşağıda⁷ ayrıca incelemeye çalışacağımız bu tür hükümler, doğrudan kadına yönelik bir sınırlama getirir. Anılan maddede belirtilen türden hukuki işlemlerin geçerliliği, hâkimin onayına bağlanmaktadır. Böylece, evlilik birliğinin geleceği açısından önemli sayılabilecek bazı hukuki işlemler bir denetimden geçirilmektedir.

Eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliğinin çeşitli koşullara bağlanmasındaki diğer sistem ise, eşlere, birbirini kontrol görevinin verilmesidir. Bu sisteme göre, kanda özel olarak belirtilen bazı hukuki işlemlerin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Bu sistemde eşler, her tür hukuki işlemi tek başlarına geçerli olarak yapabilirler. Fakat, evlilik birliğinin geleceği açısından önemli olarak nitelendirilebilen bazı hukuki işlemler, ancak diğer eşin rızası varsa geçerli olabilir.

Yürürlükteki Medeni Kanun, eşlerin bazı hukuki işlemlerinin hâkimin onayına bağlanmasını yerinde görmemiş, fakat, evlilik birliğinin korunması ilkesini tam olarak hayata geçirebilmek amacıyla, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır.⁸

Yeni Medeni Kanun'un, önceki Medeni Kanun'dan bir diğer farkı da, bir işlemin diğer eşin rızasına bağlanması için, bu işlemi yapanın kadın olma zorunluluğunun aranmamasıdır. İşlemi yapan erkek de olsa kadın da olsa, diğer eşin rızası ge-

⁷ Bkz. aşa. § 6, II, A. 3.

⁸ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 112 vd.; Zevkliler-Havutçu, s. 244 vd.; Şipka, s. 25; Demir, s. 10; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 3; Doğan, s. 285 vd.; Reisoğlu, Seza, "Yeni Medeni Kanun'un Bankaları İlgilendiren Başlıca Farklı Düzenlemeleri", (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

rekir. Önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrasına göre, evli kadının kocası yararına yapacağı borçlanmalar hâkimin onayına bağlanmış, fakat kocanın karısı yararına girileceği borçların geçerliliği böyle bir koşula bağlanmamıştı. Yeni Medeni Kanun ise, bu düzenlemeyi kaldırmış ve evlilik birliğinin korunması amacıyla, diğer eşin rızasına bağlanan hukuki işlemler için cinsiyet ayrımı yapmamıştır.⁹ Bu yeni anlayışa göre, evlilik birliğinin korunması gerekiyorsa, getirilecek olan sınırlama hem erkeğe, hem de kadına eşit ölçüde uygulanmalıdır.

Bu anlayış doğrultusunda hazırlanan 4721 sayılı Medeni Kanun'un 193. maddesine göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her tür hukuki işlemi yapabilir. Bu kural, eşlere, herhangi bir kişinin ya da makamın onayını almaksızın, her tür hukuki işlemi yapma yetkisi verir. Fakat, maddenin başında da belirtildiği gibi, bu serbestlik ilkesine, evlilik birliğinin korunması amacıyla kanunda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kanun koyucu'nun kabul ettiği eşler arası eşitlik ilkesi gereğince, bu sınırlamalar, hem erkek, hem de kadın için eşit ölçüde uygulanır.¹⁰

II. Aile Konutuna İlişkin Hukuki İşlemlerde

A. Aile Konutu Kavramı

Aile konutu, yeni Medeni Kanun'la hukukumuzda giren bir kavramdır. Aile konutuna ilişkin hükümler, Medeni Kanun'un, hem Aile Hukuku, hem de Miras Hukuku kısmına yayılmıştır.¹¹ Bu nedenle aile konutu, Medeni Hukuk açısından önemli bir kavramdır. Aile konutunun bu özelliğine rağmen, Medeni Kanun'da, aile konutuna ilişkin bir tanım

⁹ Şıpka, s. 25; Reisoğlu, (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc). Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 5.

¹⁰ Bkz. Akıntürk, s. 111; Şıpka, s. 25; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 5.

¹¹ Medeni Kanun'un 194., 197., 240., 254., 279. ve 652. maddeleri, aile konutuyla ilgili hükümlerdir.

yoktur.¹² Kanaatimce kanun koyucumuz, aile konutunu tanımlamamak suretiyle, bu kavramın içinin doldurulmasını uygulamaya bırakmış ve kavramı, bir tanımla kısıtlamayı, anlamını daraltmamayı tercih etmiştir.¹³

Medeni Kanun'un aile konutuna ilişkin hukuki işlemleri düzenleyen 194. maddesinin gerekçesine göre¹⁴ aile konutu, *"eşlerin, bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır."*

Bir tanıma göre,¹⁵ aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını sürekli olarak karşılayan ve ailenin hayat merkezini oluşturan konuttur.

Diğer bir tanıma göre¹⁶ ise aile konutu, eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocuklarıyla birlikte, eylemli olarak içinde yaşadıkları konuttur.

Kanaatimce, aile konutu şöylece tanımlanabilir: Aile konutu, eşlerin yaşamsal ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri ve fiilen, varsa çocuklarıyla birlikte yaşadıkları ortak konuttur.

Aile konutunun bu tanımından da anlaşılacağı gibi, aile konutu, aile bireylerinin kullanımına özgülenmiş bir mekândır. Bu nedenle aile bireylerinin aile konutundan yararlanma hakları vardır. Aile bireyleri, bu haklarını herkese karşı ileri sürebilirler. Bu nedenle aile konutundan yararlanma hakkı mutlak haklara benzemektedir. Aile konutundan yararlanmaya ilişkin bu hak, devredilemeyen bir haktır. Aile bireylerinin aile konutundan yararlanma hakkı, kanundan doğar. Eşler için, aile konutunun seçilip aileye özgülenmesiyle, çocuklar için ise, doğumla başlayan bu hak, evliliğin sona ermesiyle

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

¹² Akıntürk, s. 112; Doğan, s. 285.

¹³ Bkz. Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 443.

¹⁴ Ertaş-Koç, s. 289.

¹⁵ Doğan, s. 268; benzer bir tanım için bkz. Gümüş, s. 33, 34.

¹⁶ Akıntürk, s. 112.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

veya konutun aile konutu olma özelliğini kaybetmesiyle ortadan kalkar.

B. Aile Konutunun Önemi ve Unsurları

1. Önemi

Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz."* Bu maddeyle, Medeni Kanun'un 193. maddesinde kabul edilen hukuki işlem özgürlüğü ilkesine bir istisna getirilerek, aile konutu özel bir koruma altına alınmış ve eşler ile çocuklar için yaşamsal bir önem taşıyan konutun geleceğinin, eşlerin ortak kararıyla belirlenmesi kuralı kabul edilmiştir.¹⁷ Bu maddeyle, konut üzerinde, aynı veya şahsî herhangi bir hakkı bulunmayan eş de söz hakkı tanınmış ve böylece, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve genel olarak tüm ailenin korunması amaçlanmıştır.¹⁸

Aile konutunun önemi, Medeni Kanun'un 194. maddesinin gerekçesinde¹⁹ de belirtilmiştir. Bu gerekçede, aile konutunun, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alan olduğu belirtildikten sonra, aile için bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak, eşlerin tek başlarına hukuki işlemleri yapmasının, diğer eşin önemli yararlarını etkileyebileceği ifade edilmiştir. Gerekçeye göre, bunun sonucu olarak, maddede, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshi, bu konutun başkalarına devri ya da konut üzerindeki hakların buna benzer diğer hukuki işlemlerle, tamamen ya da kısmen sınırlanması diğer eşin rızasına bağlanmıştır.

¹⁷ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 7; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 39; Şipka, s. 51 vd.; Doğan, s. 289.

¹⁸ Şipka, s. 89; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 7; Doğan, s. 289.

¹⁹ Ertaş-Koç, s. 289.

Aile konutu, eşlerin ve varsa çocukların hayatlarını sürdürdükleri, yaşamlarının merkezi olarak kullandıkları bir mekândır. Tüm aile bireyleri için bu kadar önemli²⁰ bir mekânın elden çıkması sonucunu doğurabilecek hukuki işlemlerin, eşlerin ortak kararıyla yapılması durumunda, ailenin herhangi bir zarar görmesi söz konusu olmayacağı için, bu tür hukuki işlemler, diğer eşin rızasına bağlanmıştır.²¹

Medeni Kanun'un 194. maddesi, "*Evliliğin Genel Hükümleri*" başlıklı üçüncü bölüm içinde düzenlendiği için, eşler arasındaki mal rejiminin türüne bağlı olmaksızın, yeni Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş evlilikler de dahil olmak üzere tüm evliliklere uygulanacak emredici bir hükümdür.²² Bu durum ise 194. maddeyle getirilen düzenlemelerin önemini arttırmaktadır.

2. Unsurları

Bir yerin aile konutu olarak nitelenebilmesi ve aile konutunun hukuki rejimine bağlı olabilmesi için, şu üç unsurun varlığı şarttır: 1. Aile, 2. Konut, 3. Konutun, ailenin yaşamının odak noktası olarak belirlenmiş olması.

²⁰ Doğan'a göre, (s. 286) aile konutu, ailenin maddi (barınma) ihtiyacını karşılaması yanında, hayatın önemli bir bölümünün birlikte geçirildiği bir alan olarak, aile fertleri bakımından manevi bir değer de taşır. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 7; Şıpka, s. 53.

²¹ Kanaatimce, Medeni Kanun'un 194. maddesiyle getirilen bu hüküm, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali niteliği taşımaz. Çünkü, Medeni Kanun'un 194. maddesiyle getirilen bu sınırlama, genel olanak ailenin korunması ve özellikle de zayıf durumda bulunan diğer eş ile çocukların korunması amacıyla getirilmiştir. Bu nedenle, 194. madde hükmü, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi için bir ihlal niteliği taşımaz.

²² Gümüş, s. 31; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 6; Şıpka, s. 135; Doğan, s. 291; Reisoğlu, (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

a. Aile

Bir konutun aile konutu sayılabilmesi için, evli olan kişiler tarafından kullanılması gerekir. Evli olmayan kişilerin yaşadıkları konutlar, aile konutu değildir. Çünkü, aile konutuna ilişkin Medeni Kanun'un 194. maddesi, evliliğin genel hükümleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle, Medeni Kanun'a göre evlenme olarak nitelendirilemeyen birliktelikler 194. maddeden yararlanamazlar. Mesela, resmi nikâha dayanmayan ve bu nedenle evlilik birliği olarak nitelendirilemeyen ve uygulamada imam nikâhı olarak adlandırılan birliktelikler, aile konutuna ilişkin 194. maddedeki korumadan yararlanamazlar.²³ Çünkü, yokluk yaptırımına bağlanan bu tür birliktelikler, kural olarak hiçbir hüküm ve sonuç doğurmazlar. Fakat evlenme, butlan yaptırımına bağlı ise, bu tür evlilikler, hâkim kararıyla iptal edilinceye kadar, geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı için, (TMK, mad. 156) bu tür evliliklerdeki konutlar, diğer koşulları da taşımak kaydıyla, 194. maddedeki korumadan yararlanır.

Aile unsuru bakımından önemli olan, evli kişilerin aile konutunda yaşamasıdır. Ayrıca, çocukların ya da diğer hısımların bulunması zorunlu değildir. Çocukların veya diğer hısımların da bu konutta yaşaması, buranın aile konutu olma niteliğini etkilemez.

194. madde, evlilik birliği devam ettiği sürece uygulama olanağı bulur.²⁴ Eşlerin fiilen ayrı yaşamaları, mahkemece ayrılık kararı verilmiş olması, boşanma davası açılmış olması veya evliliğin mutlak butlanla geçersiz olması, 194. maddenin uygulanmasını ortadan kaldırmaz.²⁵ Evlilik birliği devam etti-

²³ Bkz. Gümüş, s. 33; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 9; Şıpka, s. 71; Doğan, s. 286.

²⁴ Şıpka, s. 85; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 8; Doğan, s. 299.

²⁵ Şıpka'ya göre, (s. 91) aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin, kendi iradesiyle ortak konutu terk ettiği ve ortak hayata geri dönmeyeceğinin kesin ve açık olarak anlaşıldığı durumlarda, 194. madde uygulama alanını kaybeder. Mesela, kocanın, başka bir kadınla birlikte yaşamak amacıyla, aile konutunu terk ettiği ve geri dönmeyeceği açıkça anlaşılan

ği sürece uygulanacak olan bu hüküm, evliliğin herhangi bir nedenle ortadan kalkmasıyla birlikte, artık uygulanamaz.²⁶

b. Konut

Sadece konut olarak yaşamaya özgülenmiş yerler aile konutu olabilir. Bu nedenle, konut olarak özgülenmemiş yerler, mesela, bir işyeri aile konutu olarak kabul edilemez. Fakat, işyerinin bir kısmı, aynı zamanda konut olarak da kullanılıyorsa, söz konusu yerlere ilişkin hukuki işlemler, 194. maddenin ilk fıkrasına bağlıdır.²⁷

Bu konutun edinilme biçimi önemli değildir. Aile konutu, eşlerden birinin mülkiyetinde olabilir, eşlerin paylı veya el-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

bir durumda, kocanın, aile konutuna ilişkin hukuki işleme rıza göstermemesi veya yapılmış olan hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyabilir. Aynı yönde bkz. Doğan, s. 299. Kanaatimce, evliliğin genel hükümleri arasında yer alan bu düzenleme, eşlerin aile konutunu seçmeleri ve fiilen bu konutta yaşamaya başlamalarıyla birlikte uygulama alanı bulur. Evliliğin sona ermesi veya eşlerin, aile konutunun bu niteliğine ortak rızalarıyla son vermeleri (veya aile konutunun haczedilerek satılması) durumlarında ise, hüküm uygulama alanını kaybeder. Bu nedenle eşlerin ayrı yaşamaları ve hatta Medeni Kanun'un 197. maddesine göre ayrı yaşamaya ilişkin önlemlerin alınması veya ayrılık kararı verilmesi bile bu hükmün uygulanmasını ortadan kaldıramamalıdır. Ancak, aile konutuna ilişkin hukuki işlemler için rıza gereken eş, kesin olarak ortak konutu terk etmişse ve yine de rıza vermekten kaçınıyorsa, bu durum hakkın kötüye kullanılması niteliği taşıyacaktır. Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 35, dn. 44, s. 36.

²⁶ Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin, evlilik birliğinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin talepleri, araştırma konumuzun dışında kalmaktadır. Mesela, Medeni Kanun'un 240. ve 652. maddelerinde düzenlenen, sağ kalan eşin aile konutu ve ev eşyasına ilişkin talepleri ile paylaşılmalı mal ayrılığı rejimine ilişkin 254. maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen, boşanmadan sonraki döneme ilişkin kiracılık sıfatını düzenleyen hüküm, evlilik birliğinin korunmasıyla ilişkisi olmadığı için, araştırmamızda yer almamıştır. Bu konularda bkz. Gümüş, s. 189 vd.; Antalya, Gökhan, *Miras Hukuku*, İstanbul 2003, s. 318 vd.; Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 23; Şıpka, s. 94 vd.; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 41 vd.; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 73 vd. 237 vd. 292 vd.

²⁷ Bkz. ve karşı. Şıpka, s. 83 vd.; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 8; Doğan, s. 286.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

birliği mülkiyetinde bulunabilir kira sözleşmesiyle edinilmiş olabilir, eşlerden birinin sahip olduğu herhangi bir kişisel (kira, âriyet vs.) veya sınırlı bir aynı hakka (intifa, sükna vs.) dayanılarak kullanılabilir. Önemli olan, konutun bir aileye özgülenmesi ve aile tarafından kullanılmasıdır.

c. Konutun, Ailenin Yaşamının Odak Noktası Olarak Belirlenmiş Olması

Bir konutun, aile konutu olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan üçüncü unsur, ailenin günlük yaşamlarını bu konutta geçirmeleri, eşlerin, düzenli yerleşim amacıyla, yaşamlarının odak noktası olarak burayı seçmiş olmalarıdır. Bir konut, aile tarafından, yaşamlarının odak noktası olarak kullanılmıyorsa, bu yeri aile konutu sayma olanağı yoktur. Bir konutun aile konutu olarak kabulü, bunun aileye özgülenmesine bağlıdır.²⁸ Bu nedenle Gümüş'ün de haklı olarak belirttiği gibi, eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik soyut iradeleri, tek başına burayı aile konutu haline getirmez. Eşlerin bu iradelerinin, üçüncü kişiler tarafından da bilinebilir kılınması gereklidir. Bu da, seçilen konutun fiilen kullanılmaya başlanmasıyla mümkün olur.²⁹

Bu nedenle, eşlerin ortak yaşamlarının odak noktası olarak seçmedikleri, sadece arada bir ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edindikleri yazlık kışlık, dağ evi, devre mülk gibi konutlar aile konutu sayılmaz.³⁰

Bir konutun, aile konutunun hukuki rejimine bağlı olabilmesi için, bu konutun aile yaşamının odak noktası olarak seçilmesi ve eşler tarafından kullanılması zorunlu ve yeter-

²⁸ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 34; Şıpka, s. 75 vd.; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 9; Doğan, s. 286, Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 443; Akyol, s. 387.

²⁹ Gümüş, s. 34. Nitekim aynı sonuca, yerleşim yeri bakımından da varılmaktadır. Bir yerin yerleşim yeri olarak kabul edilebilmesi için, yerleşme niyeti yanında, burada oturulması da aranmaktadır. Böylece yerleşim yeri kavramı da objektifleştirilmiştir. Bkz. Dural-Öğüz, s. 179.

³⁰ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 9; Şıpka, s. 82; Doğan, s. 286, Gümüş, s. 35; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 443; Akyol, s. 387.

lidir. Medeni Kanun'un 194. maddesinin üçüncü fıkrasında, aile konutunun tapuya şerhinin ve son fıkrasında da kirala-yana bildirimde bulunulmasının öngörülmesi, konutun, aile konutu olabilmesi için kurucu bir unsur değildir. Bir konutun aile konutu olması ve konutla ilgili hukuki işlemlerde diğer eşin rızasının alınması zorunluluğu, konutun aileye özgülen-diği anda doğar. Daha sonra tapuya yapılacak olan şerhin, konutun, aile konutu olması bakımından açıklayıcı bir etkisi vardır. Bu nedenle, bir konutun aile konutu olması ile, tapuda aile konutu şerhinin bulunması arasında herhangi bir ilişki yoktur. Bir konut, tapuda aile konutu şerhi bulunmasa da aile konutu olabilir. Bunun tersi de mümkündür. Bir konut hakkında, tapuda, "aile konutudur" şeklinde bir şerh olması, bu konutu aile konutunun hukuki rejimine sokmaz. Önemli olan, o konutun, gerçekten aile hayatının odak noktası olarak kullanılmasıdır. Bir konut, bir ailenin hayatının odak noktası olarak kullanılmamakla birlikte, her nasılsa, tapuya aile ko-nutu şerhi düşülmüşse, bu konut üzerindeki hukuki işleme-lerin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlı olmaz. Çünkü, tapuda yapılacak olan "aile konutudur" şerhi, sadece açıklayıcı bir etki doğurur.³¹ Mesela, ailenin tatil amacıyla kullandığı yazlık evi-nin tapu kaydına, her nasılsa konulmuş olan "aile konutudur" şerhinin hiçbir önemi yoktur. Bu nedenle böyle bir şerh, o yazlığı aile konutunun hukuki statüsüne sokmaz. Fakat, aile konutu olmamasına rağmen, tapuda görünen bu şerhin kaldırılması, Medeni Kanun'un 1025. maddesine göre, aile konutu-nun maliki olan eş tarafından her zaman talep edilebilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Uygulamada görüş farklılıklarına neden olabilecek bir konu, aile konutunun birden fazla olmasının mümkün olup olamayacağıdır. Medeni Kanun'un tasarı aşamasında yapılan tartışmalar sırasında, 194. maddeye, aileye, ancak bir konu-tun özgülenebileceği yönünde beşinci bir fıkranın eklenmesi önerilmişti.³² Fakat, yapılan çalışmalarda bu fıkra kanun met-nine alınmamıştır.

³¹ Şıpka, s. 151; Oğuzman-Seliçi, s. 206.

³² Bkz. Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 47, dn. 30; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 14, dn. 18.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Aile konutu, kural olarak tek bir konut olabilir. Fakat, bazı istisnai durumlarda, 194. maddenin bugünkü durumuna göre kanaatimce, birden fazla konutun, aile konutunun yu-
karıda belirtilen unsurlarını taşıması koşuluyla, aile konutu
olmasına hukuken engel bir durum yoktur.³³ Mesela, eşlerin,
şehir merkezinde üniversitede okuyan bir kızı olup, anası kı-
zıyla birlikte, oradaki bir konutta yaşamaktadır. Eşlerin, hasta
olan on yaşındaki oğlu ise, temiz havaya ihtiyacı olduğu için,
babasıyla birlikte şehir merkezinden uzak bir köyde yaşa-
maktadır.³⁴ Böyle bir durumda, her iki konut da aile konutu
olarak kabul edilebilmelidir. Çünkü, aile konutunun belirlen-
mesinde, sadece eşlere değil, çocuklara da bakılmalı, yani aile
bir bütün olarak göz önünde tutulmalıdır.

Aile konutuyla yerleşim yeri ilişkisi de özel olarak belir-
lenmeye muhtaç bir konudur. Kural olarak tek bir konut oldu-
ğunu kabul ettiğimiz ve aile yaşantısının odak noktası olarak
belirlenen aile konutu, aynı zamanda eşlerin yerleşim yeridir.
Çünkü, Medeni Kanun'un 19. maddesinde de belirtildiği gibi
yerleşim yeri, bir kimsenin sürekli kalma niyetiyle oturduğu
yerdir. Bu yer, aynı zamanda aile yaşantısının odak noktası
olarak da belirlenmişse, aile konutu sayılır. Fakat, birden fazla
aile konutunun kabul edilebileceği istisnai durumlarda, eşlerin
yerleşim yerleri farklı olabilir. Çünkü, yeni Medeni Kanun'da
evli kadın için yasal yerleşim yeri kavramı kaldırılmış ve kadı-
nın ayrı bir yerleşim yeri edinebileceği kabul edilmiştir. Buna
göre, aile yaşantısının odak noktası olarak belirlenen birden
fazla yer, eşlerden her birinin yerleşim yeri olabilir.

³³ Bkz. Şıpka, s. 80-81. Aksi görüş: Güntüş, s. 35.

³⁴ Benzer örnekler için bkz. Şıpka, s. 80.

C. Aile Konutuna İlişkin Olarak Türk Medeni Kanunu'nun 194. Maddesinde Yapılan Düzenleme

1. Genel Olarak

Kanun koyucu, Medeni Kanun'un 194. maddesinin ilk fıkrasıyla, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutu üzerinde yapacağı bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini diğer eşin açık rızasına bağlamıştır. Böylece, eşler için büyük bir önemi olan aile konutunun elden çıkması sonucunu doğuracak hukuki işlemlerin yapılması, her iki eşin kararına bırakılmıştır.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin, fıkrafta belirtilen türden bir hukuki işlemin yapılmasına vereceği rıza, açık bir rıza olmalıdır. Diğer eşin, açık olmayan beyanları, kural olarak rıza verildiği anlamına gelmez.³⁵

Kanaatimce, maddede açık rızadan söz edilmekle birlikte, örtülü rıza da bazı durumlarda dürüstlük kurallarına göre yeterli sayılabilir. Çünkü, yapılan işleme örtülü olarak rıza gösteren eşin, sonradan bu işlemin geçersizliğini ileri sürmesi, Medeni Kanun'un 2. maddesi'ndeki dürüstlük kuralına aykırı olur. Eşinin kira sözleşmesini feshedip, yeni bir ev kiralamasına hiç ses çıkarmayan ve bu eve taşınıp, bir süre burada yaşadktan sonra, diğer eşin, feshin, açık rızası bulunmadığı için kendisini bağlamadığını ileri sürmesinde olduğu gibi.

Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasında, rızanın açıkça verilmesi gerektiği belirtilmiş olup, rızanın şekli konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin vereceği rızada³⁶ olduğu gibi, diğer eşin rızasının da, kural olarak hiçbir şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir.³⁷ Ancak, doktrinde haklı olarak,

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

³⁵ Gümüş, s. 52; Akıntürk, s. 113; Şıpka, s. 144; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 6; Doğan, s. 291.

³⁶ Bu konuda bkz. Akipek-Akıntürk, s. 346; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 297; Dural-Öğüz, s. 81.

³⁷ Gümüş, s. 53; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 6; Şıpka, s. 138; Doğan, s. 291; Reisoğlu, (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

tapu sicilinde işlem yapılması gereken durumlarda, diğer eşin vereceği rızanın yazılı olması gerektiği ileri sürülmektedir.³⁸

Medeni Kanun'un 194. maddesinin ikinci fıkrasına göre, geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı olan bir hukuki işlem yapılmak istenmesine rağmen, diğer eş, haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınıyorsa veya diğer eşin rızasının alınmasında olanaksızlık varsa, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Hâkim, rıza verilmemesinin, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu kanaatine varırsa, başvuruda bulunan eşe, yapmak istediği hukuki işlem için gerekli olan izni verebilir. Mesela, kocanın malik olduğu aile konutunun satılarak, çocuk için gerekli olan ameliyat parasının karşılanacağı bir durumda, diğer eşin rıza vermemesi, hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğindedir. Aynı şekilde, diğer eşin rızasını almaya fiilen olanak yoksa, mesela, diğer eşin nerede olduğu bilinmiyorsa veya rızası alınacak eş, ayırt etme gücünden yoksunsa, gerekli iznin verilmesi konusunda hâkime başvurulabilir.³⁹ Böyle bir durumda hâkim, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşe, yapmak istediği hukuki işlemi yapabilmesi için gerekli yetkiyi verebilir. Hâkimin vereceği karar, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşe, yapmak istediği hukuki işlemin yapılmasına ilişkin bir yetkiden ibarettir.⁴⁰

Rızayla ilgili olarak değinilmesi gereken son konu, rızanın verilme zamanıdır. Rıza, işlem yapılmadan önce izin veya yapıldıktan sonra onama (icazet) biçiminde verilebilir.⁴¹ Rıza, işlem yapılmadan önce veya en geç işlemle birlikte verilirse, işlem baştan itibaren geçerli olur. Fakat, diğer eşin rızasıyla yapılması gerekli olan bir hukuki işlem, bu rıza sağlanmadan

³⁸ Bkz. Şıpka, s. 138 vd.; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 6; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 38; Doğan, s. 291; Gümüş, s. 53.

³⁹ Bkz. ve karş. Gümüş, s. 55, 56; Akıntürk, s. 113; Şıpka, s. 145, 159 vd.; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 13; Doğan, s. 293.

⁴⁰ Bkz. Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 45; Şıpka, s. 161.

⁴¹ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 6; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 38; Şıpka, s. 137; Doğan, s. 291.

yapılmışsa, diğer eşin rıza verdiği ana kadar askıda hükümsüz (eksik) bir işlemdir.⁴² Böyle bir hukuki işlemi eşlerden biriyle yapmış olan taraf, diğer eşe, Medeni Kanun'un 451. maddesinin ikinci fıkrası ile Borçlar Kanunu'nun 38. maddesinin kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, rızasını verip vermeyeceğini bildirmesi için uygun bir süre vermelidir. Bu süre içinde rıza verilirse, işlem baştan itibaren geçerli hale gelir. Bu süre içinde rıza verilmezse, işlem baştan itibaren geçersiz hale gelir.⁴³ Bu durumda, tapu sicilinde yapılan tescil, yolsuz bir tescil olur.⁴⁴ Geçersizliği, her ilgili ve bu arada diğer eş de her zaman ileri sürebilir.⁴⁵

2. Amacı

Medeni Kanun'un 194. maddesinin ilk fıkrasıyla getirilen bu hükmün amacı, özellikle evlilik birliğinin sorunlarla karşılaştığı dönemlerde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, bu hakkına dayanarak yapacağı kötü niyetli işlemlere karşı aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşi ve çocukları korumaktır.⁴⁶ Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, maddede belirtilen türden hukuki işlemler yapmak suretiyle, aile konutunu elden çıkarmasını önlemek amacıyla kabul edilen bu hüküm, aile konutu üzerinde hak sahibi bulunan eşi değil, diğer eşi ve çocukları koruma amacı taşır. Bu nedenle, hükmün amacı, önceki Medeni Kanun'un kadının ehliyetini sınırlandıran, 169. maddesi'nden farklıdır.

⁴² Şıpka, s. 143; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 22; Doğan, s. 291; Demir, s. 11. Ayrıca, genel olarak askıda hükümsüzlük yaptırımını için bkz. Güral, Jale, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi*, Ankara 1953, s. 201 vd.; Koç, Nevzat, "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukuku'nda Hükümsüzlük (=Butlan)", Prof. Muhittin Alam Armağanı, *DEÜHFD*, 1981/2, s. 138.

⁴³ Şıpka, s. 144; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 6, 22; Doğan, s. 291, Gümüş, s. 57; Demir, s. 11.

⁴⁴ Tapu siciline iyi niyetle güvenerek aynı hak kazanan kişinin hukuki durumu için bkz. aşa. § 5, II, C, 4, b, bb, bbb, bbbb.

⁴⁵ Şıpka, s. 141; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 38.

⁴⁶ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 32; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 5; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 39; Şıpka, s. 46; Akıntürk, s. 112; Doğan, s. 289.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

194. maddenin getirdiği koruma, aile konutu üzerinde aynı ya da şahsî hak sahibi olan eşin aktif hareketlerine karşıdır.⁴⁷ Mesela, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olan eş kira bedelini ödememek suretiyle temerrüde düşmüşse kiralayanın yapacağı fesih veya ihtarın geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı değildir. Böyle bir durumda herhangi bir koruma bulunmamaktadır.⁴⁸ Fakat kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş kiralayana yapacağı bildirimle kira sözleşmesine taraf olmuşsa kiralayanın yapacağı her tür ihbar ve ihtarların geçerliliği, her iki eşe de yapılmalarına bağlıdır.

Aile konutuna ilişkin hukuki işlemleri düzenleyen 194. maddenin ilk fıkrası'nın, genel olarak aileyi koruma amacı taşıdığı ve aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin de, ailenin bir üyesi olması nedeniyle, dolaylı olarak bu korumadan yararlandığı bir gerçektir. Fakat kanaatimce de, 194. maddenin konuluş amacı bu değildir.⁴⁹ Bu nedenle 194. madde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş değil, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan diğer eş ve çocukları koruma amacıyla kabul edilmiştir.

3. Hukuki Niteliği

Medeni Kanun'un 194. maddesinin ilk fıkrasında da açıkça belirtildiği gibi, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, konut üzerindeki hakkının türüne göre, bazı hukuki işlemleri eşinin açık rızası bulunmadıkça yapamaz. Buna göre, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi, aile konutunun devri ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır.

⁴⁷ Şıpka, s. 112 vd.

⁴⁸ Bu konuda, doktrinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin on ikinci bendinde öngörülen, borçlunun haline uygun evinin haczedilememesi kuralının, dolaylı bir koruma sağladığı ileri sürülmektedir. Bkz. Şıpka, s. 117. Gümüş ise (s. 51) aile konutuna ilişkin korumanın tam anlamıyla gerçekleşebilmesi için, aile konutunun tüm dış müdahalelerden korunması gereğine dikkat çekmekte ve öncelikle, aile konutunun, haczedilemeyen mallar arasına alınması gerektiğini, haklı olarak ifade etmektedir.

⁴⁹ Bkz. Şıpka, s. 47, dn. 161.

Aile konutu, hukukumuzda yeni girmiş bir kavramdır. Bu nedenle, bugüne kadar, üzerinde çok fazla inceleme yapılmaması olanağı bulunamamıştır. Aile konutuna ilişkin 194. maddenin ilk fıkrasıyla getirilen bu düzenlemenin hukuki niteliği konusunda, doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

a. Fiil Ehliyeti Sınırlaması Niteliğinde Olduğu Görüşü

İsviçre doktrinindeki hâkim görüş, Medeni Kanun'un 194. (İMK, mad. 169) maddesiyle getirilen hüküm, fiil ehliyetinin bir sınırlaması olarak görmektedir.⁵⁰ Bu görüş gereğince her şeyden önce, kanunun sistematığı bu görüşü doğrulamaktadır. Çünkü, Medeni Kanun'un 193. (İMK, mad. 168) maddesi eşlerin fiil ehliyetlerinin bulunduğu kuralını ortaya koymuş, fakat bunun kanundan doğan bazı istisnalarının var olduğunu da belirtmiştir. Bu maddenin hemen ardından gelen aile konutuna ilişkin hüküm de, bu istisnai durumlarından biridir.

Bu görüşte, aile konutuna ilişkin hükümle, önceki Medeni Kanun'da yer alan ve kadını korumayı amaçlayan hükümler arasında paralellik bulunduğu kabul edilmektedir. O hükümlerde sadece kadına yönelik bir sınırlama bulunmasına karşın, yeni Medeni Kanun'da, her iki eşi de sınırlayan hükümler getirilmiştir.

Ayrıca, aile konutuna ilişkin bu hüküm, emredici niteliğiyle evlilik birliğinin korunması amacına hizmet ederken, hak sahibi eşin fiil ehliyetini hem borçlandırıcı, hem de tasarruf işlemleri bakımından sınırlamaktadır. Fiil ehliyeti sınırlamaların genel amacı, ehliyeti sınırlandırılan kişiyi korumaktır. Aile konutuna ilişkin hüküm, tüm aileyi koruma altına almıştır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş de aileye dahil olduğu için bu korumanın onu da kapsadığı kabul edilmelidir.

⁵⁰ Bkz. Gümüş, s. 42, dn. 60'da anılan yazarlar. Şıpka, s. 39, dn. 131'de anılan yazarlar.

Aile konutuna ilişkin hükmün sadece bir tasarruf yetkisi sınırlaması olarak kabul edilmesi, üçüncü kişilerin korunmasına hizmet edeceği için hükmün amacını tam olarak karşılamayacaktır.⁵¹

b. Sözleşme Özgürlüğünün Kanundan Doğan Bir Sınırlaması Niteliğinde Olduğu Görüşü

Kılıçoğlu,⁵² Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasının sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Yaza göre, diğer eşin rızasının alınmasına ilişkin kural, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin fiil ehliyetine ilişkin bir sınırlama olmadığı gibi, bir tasarruf yetkisi sınırlaması da oluşturmaz.

Aynı görüşte, söz konusu maddeyle, her iki eş için de, aile konutuna ilişkin bazı hukuki işlemlerde birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğü getirildiği açıklanmaktadır. Böylece evli kişilerin, yasada öngörülen bazı hukuki işlemlerde tek başına hareket etme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, 194. maddenin ilk fıkrası sadece, 193. maddede düzenlenen sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlamasıdır.⁵³ Bu sınırlamanın, fiil ehliyetiyle bir ilişkisi yoktur. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddenin ilk fıkrasında öngörülen rıza koşulu sağlanmadan yapılmış hukuki işlemler, ehliyetsizlik nedeniyle değil, bu rızanın alınmaması nedeniyle geçersiz olur.

c. Katılma Hakkı Görüşü

Şıpka,⁵⁴ Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde öngörülen, diğer eşin rızası koşulunun, aile konutu üzerinde hak

⁵¹ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 42; Şıpka, s. 39, 40.

⁵² Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 3; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 36.

⁵³ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 5.

⁵⁴ s. 47 vd.; Gümüş, s. 45'te anılan yazarlar.

sahibi olan eş için, bir fiil ehliyeti sınırlaması olmayıp, bir katılma hakkı niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, evlenmeyle kurulan evlilik birliği, her ne kadar tüzel kişiliğe sahip olmasa da, kanunda özel olarak birlik niteliğinde kabul edilmiş ve bu birliğe ilişkin kurallar emredici olarak düzenlenmiştir. Yasal bir kurum olan evlilik birliğine katılan eşler, birliğin kanunda düzenlenmiş kurallarına da uymakla yükümlüdürler. Evlilik birliği tüzel kişiliği bulunmasa da, kanunda yer almış ve koruma altına alınmış bir ortaklıktır. Her ortaklık ilişkisinde olduğu gibi, evlilik birliğinde de eşlerin uymak zorunda oldukları bazı yasal yükümlülükler bulunmaktadır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'da, eşlerin yükümlülükleri evliliğin genel hükümlerinde düzenlenmiştir. Aynı kanunda eşlere, bazı önemli konularda ortak karar alma yükümlülüğü de yüklenmiştir. Bu ise, diğer eş açısından bir katılma hakkı niteliğindedir. Yazara göre,⁵⁵ Medeni Kanun'un, evliliğin genel hükümlerinde düzenlenen hak ve yükümlülüklerin ortak noktası, eşlere tanınmış bulunan bu katılma hakkıdır. Aynı kanunun 194. maddesi de, bu katılma hakkının bir yansımasıdır. Bu nedenle kanun koyucu, aile konutu üzerinde aynı ya da şahsî her hangi bir hak sahibi olmayan eşi de, bu katılma hakkı sayesinde aile konutu üzerinde hak sahibi saymaktadır. Katılma hakkı görüşüne göre, Medeni Kanun, diğer eşe, aile konutu üzerinde farazî bir hak tanımaktadır.

Medeni Kanun'un 193. maddesiyle öngörülen hukuki işlem özgürlüğü, evlilik birliğinin devamı ve menfaatlerinin korunması açısından, her iki eş için de emredici hükümlerle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, evlilik hukukunun temel kuralı olarak düzenlenmiş bulunan bu hüküm, eşlerin fiil ehliyetini sınırlamamaktadır.⁵⁶

Diğer eşin rızası, bu eşe tanınmış bulunan katılma hakkının bir uzantısı olarak, borçlandırıcı işlemlerde de aranır. Bu nedenle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, üçüncü kişi-

⁵⁵ Şıpka, s. 48.

⁵⁶ Bkz. Şıpka, s. 46.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

lerle yapacağı borçlandırıcı işlemlerin geçerliliği de, diğer eşin rızasına bağlıdır.⁵⁷ Diğer eşin rızası, kanundan doğan bir etki unsuru olduğu için, üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmaz.⁵⁸

d. Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Görüşü

Doğan,⁵⁹ Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin ilk fıkrasının, bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. Yazara göre, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi, diğer eşin ve özellikle evlilik birliğinin korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, aile konutuyla ilgili borçlandırıcı işlemleri, eşinin rızasına bağlı olmadan geçerli olarak yapabilirken, tasarruf işlemlerini eşinin rızasını almadan yapamaz.

Doğan'a göre,⁶⁰ evliliğin genel hükümleri, özellikle Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi ile 223. maddesinin ikinci fıkrası, bir bütün olarak göz önünde tutulduğunda, aynı kanunun 194. maddesinin, bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu düşüncesi daha ağır basmaktadır.

Yine aynı görüşe göre, ailenin yararı bakımından, aile konutunun, diğer malvarlığı değerlerine göre çok daha önemli olduğunu göz önünde tutan kanun koyucu, bu konuyu, özel bir hükümlerle düzenlemeyi ve diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemleri geçersiz saymayı gerekli görmüştür. Kanun koyucu, buna paralel olarak, aile konutu dışında kalan diğer malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ise, ancak, bazı koşullarla ve hâkim kararıyla, diğer eşin rızasına bağlanabileceğini kabul etmiştir. (TMK, mad. 199) Sonuç olarak Doğan'a göre,⁶¹ Medeni Kanun'un eşlerin hukuki işlem serbestisine

⁵⁷ Bkz. Şıpka, s. 49.

⁵⁸ Şıpka, s. 50.

⁵⁹ s. 291.

⁶⁰ s. 293

⁶¹ s. 293; Gümüş, s. 43'te anılan yazarlar.

ilişkin 193 ve 199. maddeleri ile aile konutuna ilişkin 194. maddesi birbirini tamamlayan hükümler olup, 194. maddede bir tasarruf yetkisi sınırlaması söz konusudur.⁶²

Aynı şekilde Gümüş⁶³ de hükmün, tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğu görüşündedir. Yazar'a göre, fiil ehliyeti sınırlamalarının amacı, ehliyeti sınırlanan kişiyi korumak olduğu halde, aile konutuna ilişkin hükümde, sınırlanan kişinin değil, bilakis onun işlemlerine karşı diğer eşin ve çocukların yani genel olarak ailenin korunması söz konusudur. Ayrıca, Medeni Kanun'un 199. maddesiyle 194. maddesi arasındaki ilişki de, 194. maddenin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunu ortaya koymaktadır.⁶⁴

Bunların dışında yazara göre, 194. maddenin tasarruf yetkisi sınırlaması olarak algılanması ve aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin yapacağı borçlandırıcı işlemlerin geçerli olacağı kabul edilmesi, maddenin koruma amacını sağlamaya yeterlidir.⁶⁵ Çünkü hükmün amacı, aile konutunun kullanımına engel olacak hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlanmasıdır. Nitekim, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1981 tarihli R (81) 15 nolu Tavsiye Kararı'na⁶⁶ göre de, aile konutu sadece aile konutunun kullanımına zarar verebilecek doğrudan işlemlere karşı korunmuştur.⁶⁷

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

⁶² Oğuzman-Seliçi'ye (s. 206, 409) göre de, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin ilk fıkrasında öngörülen kural, taşınmaz mülkiyetinin (tasarruf yetkinin) kanundan doğan bir kısıtlamasıdır. Bu nedenle, aynı kanunun 731. maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olacağı için, diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemleri geçersizdir. Ertaş-Serdar-Gürpınar da (s. 172) Medeni Kanun'un 194. maddesinin üçüncü fıkrasındaki şerhi, tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde görmektedirler.

⁶³ s. 47 vd.

⁶⁴ Gümüş, s. 46.

⁶⁵ Gümüş, s. 50.

⁶⁶ Bu karar için bkz. Şıpka, s. 54.

⁶⁷ Gümüş, s. 51.

e. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasının hukuki niteliği açıklanırken, kanaatimce, öncelikle söz konusu hükümde öngörülen kuralın fiil ehliyetiyle ilişkisi ortaya konulmalıdır.

aa. Fiil Ehliyetine İlişkin Sınırlamalar Bakımından

Fiil ehliyeti kişinin, kendi eylemleriyle, lehine haklar ve aleyhine borçlar yaratabilme yeteneğidir.⁶⁸ Bu nedenle fiil ehliyeti, hak ehliyetinden farklı olarak aktif bir ehliyettir. Fiil ehliyeti kişinin, kendi fiiliyle bir hakka sahip olabilmesini veya kendi fiiliyle borç altına girebilmesini ifade eder. Bu nedenle fiil ehliyeti, hak ehliyetinden⁶⁹ farklı olarak, kanunda öngörülen bazı koşulların, ilgili kişide tam olarak bulunmasıyla birlikte kazanulabilir. Bu unsurları taşımayan kişiler, ya fiil ehliyetine hiç sahip değildirler ya da sınırlı fiil ehliyetine sahiptirler. Bu nedenle fiil ehliyeti, doğrudan doğruya kişinin sahip olduğu özelliklerle ilgilidir.

Fiil ehliyetinin koşulları, Medeni Kanun'un 10 ve devamındaki maddelerinde düzenlenmiştir.⁷⁰ Medeni Kanun'un 10. maddesine göre, ayırt etme gücüne sahip ve kısıtlı olmayan her ergin kişi fiil ehliyetine sahiptir. Ayrıca, aynı kanunun 14. maddesinde, fiil ehliyetinin bulunmadığı veya sınırlandırıldığı durumlar da belirtilmiştir. Bu maddeye göre, fiil ehliyetinin, 10. maddede belirtilen üç koşulunu da taşımayan

⁶⁸ Bkz. Dural-Öğüz, s. 44; Akipek-Akıntürk, s. 295; Zevkliler-Acabey-Gökayla, s. 218.

⁶⁹ Hak ehliyeti, haklara ve borçlara sahip olabilme yeteneğidir. Bütün insanlar, Medeni Kanun'un 8. maddesinde de belirtildiği gibi hak ehliyetine sahiptir. Hak ehliyetine sahip olabilmek için, tam ve sağ doğmak dışında, başkaca bir koşul aranmaz. Hatta, Medeni Kanun'a göre, tam ve sağ doğmak koşuluyla, ana rahmine düşmüş olan çocuğun da hak ehliyeti vardır. (mad. 28/II)

⁷⁰ Bu konuda bkz. Dural-Öğüz, s. 49; Zevkliler-Acabey-Gökayla, s. 223 vd. Akipek-Akıntürk, s. 300.

bir kişi, ya fiil ehliyetine sahip değildir, ya da sınırlı olarak sahiptir. Türk Medeni Kanunu'nun, ayırt etme gücünün bulunmamasına ilişkin 15. maddesi ile ergin olmama ve kısıtlı olmaya ilişkin 16. maddesinin birlikte incelenmesinden, fiil ehliyeti için kanunda aranan üç koşulu da gerçekleştiremeyen kişilerin yapacakları hukuki işlemlerin, ya geçersiz oldukları, ya da yasal temsilcinin rızasıyla geçerli olabilecekleri sonucu çıkmaktadır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Fiil ehliyetinin hukuk tarafından bazı koşullara bağlanmasının ve bu koşullara sahip olmayan kişilerin hukuki işlemlerinin geçerliliğinin, diğer bazı koşullara bağlanmasının asıl amacı; fiil ehliyetinin tüm koşullarına sahip olamayan kişilerin, bu zayıf durumlarının göz önünde tutulması suretiyle, kendilerini zarara uğratacak hukuki işlemleri yapmalarının önlenmesi kısacası bu kişilerin korunmasıdır.⁷¹

Bu kısa açıklamadan anlaşılacağı gibi, fiil ehliyeti sınırlamaları, Medeni Kanun'un, fiil ehliyetine sahip olabilmek için aradığı koşullardan en az birinin, ilgili kişide bulunmamasına dayanır. Bu koşulların üçünü de gerçekleştiren kişilerin fiil ehliyetleri tamdır. Fakat bunların dışında, kısıtlanması için yeterli sebep bulunmamakla birlikte, korunması bakımından fiil ehliyeti sınırlanması gerekli görülen ergin bir kişiye, hâkim kararıyla, bazı işlerde görüşü alınmak üzere bir yasal danışman⁷² atanabilir. (TMK, mad. 429) Bu maddeden de açıkça anlaşıldığı gibi, fiil ehliyeti sınırlamasının asıl nedeni, fiil ehliyeti sınırlandırılan kişileri korumaktır. Bu nedenle, Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasındaki kuralın hukuki niteliğini belirlerken, fiil ehliyeti sınırlamalarının bu özelliğini de göz önünde bulundurmak gerekir.

Fiil ehliyetiyle ilgili olarak verdiğimiz bu kısa ve zorunlu açıklamanın ardından, fiil ehliyetinin ve sınırlamalarının

⁷¹ Dural-Öğüz, s. 48; Akipek-Akıntürk, s. 318; Gümüş, s. 48; Şıpka, s. 38; Doğan, s. 292.

⁷² Bu konuda bkz. Dural-Öğüz, s. 59 vd.; Akipek-Akıntürk, s. 354; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 265.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

temel özelliklerini şöylece özetleyebiliriz: Fiil ehliyeti, doğrudan, işlemi yapacak olan kişide bulunan özelliklerle ilgilidir.⁷³ Fiil ehliyeti sınırlamaları, ehliyeti sınırlandırılan kişiyi koruma amacı taşır. Fiil ehliyeti sınırlamaları, yasal danışman atanması dışında, (TMK, mad. 429) fiil ehliyeti için gerekli olan koşullardan birinin, (TMK, mad. 10) ilgili kişide bulunmamasına dayanır.

MK'nun 194. maddesinin birinci fıkrasındaki kural, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşi değil, hak sahibi olmayan diğer eşi koruma amacı taşır. Bu nedenle kanaatimce, 194. maddedeki kuralın, bir ehliyet sınırlaması niteliğinde olmadığı kabul edilmelidir. Çünkü, fiil ehliyeti genel bir kavram olup, yapılan hukuki işlemin sonuç doğurabilmesi için kişide bulunması gereken niteliklere ilişkindir. Fiil ehliyetinin bir alt türü olan tasarruf ehliyeti ise kişinin, geçerli olarak tasarruf işlemi yapabilmesi için, gerekli fiil ehliyetinin koşullarını taşımasını ifade eder. Görüldüğü gibi, fiil ehliyeti ve bunun bir alt türü olan tasarruf ehliyetinin varlığı, doğrudan kişide bulunan özelliklere göre belirlenir. Buna göre bir kişi, fiil ehliyetinin, MK'nun 10. maddesinde belirtilen koşulları gerçekleştirmişse, her tür hukuki işlemi, hiçbir makam veya kişinin rızasına bağlı olmadan tek başına yapabilir. Bu nedenle böyle bir kişiye, tam ehliyetliler kategorisinde yer verilir.

Fiil ehliyetinin, üzerinde hukuki işlem yapılacak olan mal veya hakla bir ilgisi yoktur. Fiil ehliyeti, doğrudan ilgili kişide bulunan özelliklerle ilgilidir.

bb. Tasarruf Yetkisine İlişkin Sınırlamalar Bakımından

Üzerinde hukuki işlem yapılacak olan mal veya hak ile hak sahibi arasındaki ilişki ise, tasarruf yetkisi⁷⁴ kavramıyla

⁷³ Akipek-Akıntürk, s. 299; Ayiter, Kudret, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*, Ankara 1953, s. 137.

⁷⁴ Bu kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Dural-Öğüz, s. 47; Akipek-Akın-

açıklar. Fiil ehliyetine sahip olan bir kişi, herhangi bir malvarlığı değeri üzerinde, dilediği hukuki işlemi özgürce yapabilir. Fakat, belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmış bir kişi,⁷⁵ fiil ehliyetine ve bunun bir alt türü olan tasarruf ehliyetine sahip olsa bile, o malvarlığı değeri üzerinde tasarruf işlemi yapamaz.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Tasarruf yetkisi sınırlamasıyla, o kişinin, sadece ilgili malvarlığı üzerindeki tasarruf işlemleri sınırlanır. Çünkü tasarruf ehliyeti kişinin genel olarak tasarruf işlemi yapıp yapamayacağını, tasarruf yetkisi ise kişinin, işlemin konusu olan mal veya hakka doğrudan etki yapıp yapamayacağını ifade eder.⁷⁶

Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen kuralın hukuki niteliğini tespit edebilmek için tasarruf ehliyeti ile tasarruf yetkisi arasındaki farkları,⁷⁷ kısaca belirtmekte yarar vardır. Buna göre, fiil ehliyetine, dolayısıyla tasarruf ehliyetine ilişkin sınırlamaların amacı, ehliyeti sınırlandırılan kişilerin koruması olduğu halde, tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamaların amacı, üçüncü kişilerin korunmasıdır.⁷⁸ Tasarruf ehliyeti, fiil ehliyetinin bir görüntüm biçimi olduğu için, hukuki işlemin yapıldığı anda bulunmalıdır. Tasarruf yetkisinin ise, tasarruf işleminin (tescil, teslim veya temlikin) gerçekleştirildiği anda bulunması şarttır. Fiil ehliyetinin bulunmaması, yapılan borçlandırıcı işlemi de geçersiz kıldığı halde, tasarruf yetkisinin yokluğu, borçlandırıcı işlemin geçerliliğini etkilemez. Bir mal veya hak üzerinde tasarruf yetkisi bulunmadığı halde, bu mal veya hakla ilgili bir borçlandırıcı

türk, s. 299; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 222; Ayiter, s. 117; Von Tuhr, s. 210; Cansel, Erol, *Tapu Siciline İtimat Prensibi*, Ankara 1964, s. 109 vd.; Velidedelioğlu-Esmer, s. 38.

⁷⁵ Bkz. ve karşı. Berkin, s. 239.

⁷⁶ Bkz. ve karşı. Dural-Öğüz, s. 47; Akipek-Akıntürk, s. 298; Ayiter, s. 118 vd.; Von Tuhr, s. 211; Cansel, s. 110; Velidedelioğlu-Esmer, s. 38.

⁷⁷ Bu konuda bkz. Dural-Öğüz, s. 47 vd.; Akipek-Akıntürk, s. 298 vd.; Ayiter, s. 119; Von Tuhr, s. 216 vd.; Cansel, s. 109 vd.

⁷⁸ Dural-Öğüz, s. 48; Ayiter, s. 119; Von Tuhr, s. 211.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

işlem yapan kişi, borcunu ifa edemeyeceği için, alacaklının olumlu (müspet) zararını gidermekle yükümlüdür.⁷⁹

Tasarruf ehliyeti kişinin kendine özgü bir niteliğiyle ilgilidir. Tasarruf yetkisi ise kişi ile, üzerinde tasarrufta bulunulacak mal arasındaki ilişkidir. Ergin ve ayırt etme gücüne sahip olmakla birlikte kısıtlı olmayan bir kişinin fiil ehliyeti, dolayısıyla, tasarruf ehliyeti de vardır. Fakat, bu kişi iflas etmişse, malları üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkar, iflas etmiş kişi, tasarruf ehliyetine sahip olduğu halde, tasarruf yetkisi ortadan kalktığı için, iflas masasına giren mallar üzerinde tasarruf işlemi yapamaz.⁸⁰ Aynı şekilde fiil ehliyetine, dolayısıyla tasarruf ehliyetine sahip olan bir kişi, başkasına ait mallar üzerinde tasarruf yetkisine sahip değildir. Bazı durumlarda ise, bir kişi, fiil ehliyetine sahip olmamakla birlikte, tasarruf yetkisine sahip bulunabilir. Mesela, ergin olmayan bir kişinin, fiil ehliyeti, dolayısıyla tasarruf ehliyeti yoktur. Fakat bu kişi, başkasını temsilen, bir mala ilişkin hukuki işlem yaparsa, bu mal üzerinde tasarruf yetkisinin bulunduğunu kabul etmek gerekir. Bu örneklerden de açıkça görüldüğü gibi fiil ehliyeti, dolayısıyla tasarruf ehliyeti kişinin sahip olduğu özelliklerle ilgilidir. Tasarruf yetkisi ise, üzerinde tasarrufta bulunulacak olan mallarla ilgilidir. Bu nedenle, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan kişinin kendisine ilişkin bir durumu değil, bir taşınmaz ile kendisi arasındaki ilişki düzenlendiği için, kanaatimce de, söz konusu maddenin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunun kabul edilmesi yerinde olur.⁸¹ Çünkü, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, kural olarak fiil ehliyeti, dolayısıyla tasarruf ehliyeti vardır. Bu eş, sadece aile konutu üzerindeki tasarruf işlemlerini eşinin rızası bulunmadıkça yapamaz.

⁷⁹ Bkz. ve karşı. Dural-Öğüz, s. 48; Ayiter, s. 118; Çemberci, Mustafa, *Gayrimenkul Satış Vaadi*, Ankara 1973, s. 82; Kocayusufoğlu, Necip, *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Satış Vaadi*, İstanbul 1959, s. 113.

⁸⁰ Bu konuda bkz. Berkin, s. 239; Ansay, Sabri Şakir, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Ankara 1960, s. 224; Belgesay, (İflas) s. 80 vd.; Üstündağ (İflas) s. 54.

⁸¹ Bkz. Doğan, s. 292; Gümüş, s. 48 vd.

Kanaatimce, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğu sonucu, söz konusu maddenin, aynı kanunun 199. maddesiyle birlikte yorumlanmasından da çıkartılabilir.⁸²

Medeni Kanun'un, eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne sınırlamalar getiren maddelerini topluca incelediğimizde, evlilik birliğinin korunması amacıyla, Medeni Kanun'un, eşlerin bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkilerini sınırladığı ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki temel hüküm olan 199. maddeye göre, hâkim, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların, ancak diğer eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.⁸³

Görüldüğü gibi, evlilik birliğinin korunması açısından Medeni Kanun'un temel aldığı sistem, hâkimin, eşlerden birinin istemi üzerine, bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemlerinin geçerliliğini, diğer eşin rızasına bağlamasıdır. Fakat kanun koyucu, aile konutunun önemini dikkate alarak, bu genel sistemden sapmış ve 194. maddeyle, aile konutu üzerindeki tasarruf işlemlerinin geçerliliğini, hâkimin kararına gerek olmaksızın diğer eşin rızasına bağlamıştır. Çünkü aile konutu, diğer malvarlığı değerlerine göre, eşler ve çocuklar için büyük bir öneme sahiptir. Bu nedenle kanun koyucu, aile konutu üzerindeki tasarruf işlemlerinin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlanmak için, eşlerin istemini ve hâkimin kararını gerekli görmemiş ve aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisini, 199. maddeye paralel olarak sınırlamıştır.

Şu halde, Medeni Kanun'un 194. ve 199. maddeleri, birbirini tamamlayan maddelerdir. Bu nedenle, 194. maddenin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunun kabul edilmesi, Medeni Kanun'un sistemine daha uygun düşer.⁸⁴

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

⁸² Bkz. ve karşı. Doğan, s. 291; Gümüş, s. 49.

⁸³ Bu maddeyle ilgili olarak bkz.: aşa. § 8, III, D, 2.

⁸⁴ Doğan, s. 293; Gümüş, s. 50.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'un 194. maddesinde öngörülen kural bir ehliyet sınırlaması niteliğinde değildir. Söz konusu maddeyle, sadece, aile konutu üzerinde aynı ya da şahsi bir hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisi sınırlandırılmakta ve diğer eşin rızasına bağlanmaktadır.⁸⁵ Bu nedenle kanaatimce, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutuyla ilgili olarak yapacağı borçlandırıcı işlemlerin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı değildir.⁸⁶ Mesela, aile konutunun maliki olan eşin, diğerinin rızasını almadan yapacağı, aile konutuna ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri geçerlidir.⁸⁷ Çünkü, taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olması nedeniyle, bir kişinin, kendisine ait olmayan bir taşınmaza ilişkin olsa bile, geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabileceği kabul edilmektedir.⁸⁸ Bu nedenle kişinin, kendisine ait olmakla birlikte, tasarruf yetkisi sınırlandırılmış bulunan bir taşınmaza ilişkin, satış vaadi sözleşmesi yapamayacağını kabul etmek, çelişkili bir tutum olur.⁸⁹

⁸⁵ Bkz. Doğan, s. 293; Gümüş, s. 48 vd. Oğuzman-Seliçi, s. 177 ile Ertaş-Serdar-Gürpınar, (s. 172) 194. maddenin üçüncü fıkrasındaki tapuya şerh olanağının, bir tasarruf yetkisi sınırlaması şerhi niteliğinde olduğunu ileri sürdükleri için, 194. maddenin ilk fıkrasının, bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunu kabul etmiş olmaktadırlar.

⁸⁶ Doğan, s. 291; Gümüş, s. 50. Ayiter'in de (s. 135) haklı olarak belirttiği gibi, tasarruf işlemleri ve borçlandırıcı işlemler arasındaki bağımsızlık gereğince, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmış olduğu durumlarda, borçlandırıcı işlem yapılabilir. Fakat, 194. maddenin hukuki niteliği konusunda farklı bir sonuca varılması, bu sonucu değiştirebilir. Nitekim, Şıpka (s. 50, 113) Kılıçoğlu'na (Diğer Eşin Rızası, s. 18 ve Yenilikler, s. 50) ve Demir'e göre, (s. 11) 194. madde, tasarruf ehliyeti veya tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde değildir. Bu nedenle, aile konutunun maliki olan eşin yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin geçerliliği de, diğer eşin rızasına bağlıdır.

⁸⁷ Taşınmaz satış vaadi sözleşmesinin bir borçlandırıcı işlem olması nedeniyle, satıcının sözleşmenin konusu olan taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisine sahip olup olmaması, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Bkz. Çemberci, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1973, s. 82; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Satış Vaadi*, İstanbul 1959, s. 113.

⁸⁸ Yargıtay'ın 24.4.1978 tarih ve 3/4 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre, bir kişinin, maliki olmadığı bir taşınmazla ilişkin olarak yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçerlidir. (YDK, 1978/6, s. 859 vd.)

⁸⁹ Tasarruf işlemi yapma yasağı bulunan hallerde de, malik, bir borçlandırıcı

Aile konutunun maliki olan eşin yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmelerinin, diğer eşin rızasına bağlı olmaksızın geçerli olacağını kabul ettiğimiz için, bu sözleşmenin borçlusu olan eş, sözleşme gereğince yükümlendiği asıl satış sözleşmesini yapıp, tescili sağlama borcunu, eşinin rızasını alamadığı için ifa edemezse, diğer tarafın uğradığı olumlu zararı gidermekle yükümlü olur.⁹⁰ (BK, mad. 96) Diğer taraf, yani vaat alacaklısı, cebri tescil davası açarsa, mahkeme, mülkiyetin alıcıya devrine karar veremez.⁹¹ Çünkü, satıcının tasarruf yetkisi yoktur. Vaat alacaklısı, bu durumda sadece uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir.

Ayrıca, Gümüş'ün⁹² de haklı olarak belirttiği gibi, 194. maddeyle getirilen normun bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunun kabul edilmesi, normun amacını tam olarak gerçekleştirilmeye yeterlidir. Çünkü 194. maddeyle, aile konutunun fiilen kullanılmasına engel olabilecek veya kullanımını zorlaştıracak hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlanması amaçlanmıştır. Bu nedenle, fiili kullanıma engel olmayan borçlandırıcı işlemlerin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanmasına gerek bulunmamaktadır.⁹³

Kanaatimce, Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasında bir tasarruf yetkisi sınırlaması öngörüldüğü için, aynı maddenin üçüncü fıkrasıyla kabul edilen şerh de buna ilişkindir. Bu nedenle, aile konutuna ilişkin tasarruf yetkisi sınırlaması, aynı kanunun 1010. maddesinin son fıkrası gereğince, şerh verilmeyle, taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı da ileri sürülebilir. Bu şerh, üçüncü kişilerin

cı işlem olan, taşınmaz satış vaadi sözleşmesini geçerli olarak yapabilir. Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 113; Çemberci, s. 96 vd.

⁹⁰ Gümüş, s. 50. Genel olarak tüm tasarruf yetkisi sınırlamalarında aynı sonucun doğacağına ilişkin olarak bkz. Çemberci, s. 164; Kocayusufpaşaoğlu, s. 176; Ayiter, s. 118.

⁹¹ Çemberci, s. 164.

⁹² Gümüş, s. 50.

⁹³ Nitekim aynı sonuç, TKGM'nin 1.6.2002 tarih ve 2007/7 sayılı Genelgesi'nde de vurgulanmıştır. Bunun için bkz. aşa. § 5. II. C. 4. b. bb. dn. 106.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

iyi niyet iddialarını ortadan kaldırır.⁹⁴ Medeni Kanun'un 194. maddesindeki bu tasarruf yetkisi sınırlaması, bir kanun hükümünden doğmakla birlikte, iyi niyetli kişilere karşı, ancak tapu siciline şerh verildiği takdirde etkili olur. Şerh, taşınmazın, aile konutu olduğu iddiasının, herkese karşı ileri sürülebilmesini sağlar. Fakat, bu tasarruf yetkisi sınırlaması, şerh verilmese de, taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilen veya bilmesi gereken kişilere karşı da hüküm ifade eder.⁹⁵

4. Eşlerden Birinin Aynı Hak Sahibi Olduğu Aile Konutuna İlişkin hukuki İşlemlerde

a. Genel olarak

Aile konutu eşlerden birinin mülkiyetinde ise, konutun maliki olan eş, diğer eşin açık rızası olmadıkça, konutu devre-demez ve konut üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Diğer eşin rızasına bağlanmış olan işlemler, konutun devredilmesi ve konut üzerindeki hakların sınırlanması olarak belirtilmiştir. Mülkiyetin devri dışında, aile konutu üzerindeki hakların sınırlanmasının da, diğer eşin rızasına bağlı tutulması yerinde bir düzenlemedir. Çünkü, mülkiyetin devri dışında, dolaylı olarak, bazı işlemlerle de aile konutunun gerekli işlevi yerine getirilmesi engellenebilir. Mesela, konutun maliki olan eş, konut üzerinde üçüncü bir kişiye oturma (sükna) hakkı tanırorsa, aile konutunun fiilen kullanılamaması gibi bir sonuç doğabilir. Bu nedenle, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasında kullanılan, "...aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz" şeklindeki ibare, aile konutunun ipotek verilmesi,⁹⁶ aile konutu üzerinde üçüncü bir kişiye

⁹⁴ Tasarruf yetkisi sınırlamalarının bu özelliği için bkz. Cansel, s. 36; Ayan, s. 309; Reisoğlu, s. 210; *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1978, s. 301; Akipek, Jale, *Türk Eşya Hukuku*, "Aynı Haklar, Zilyetlik ve Tapu Sicili", 1. Kitap, Ankara 1972, s. 397.

⁹⁵ Bu konuda bkz. a.ş.a. § 5, II, C, 4, b, bb, bbb, bbbb.

⁹⁶ Akıntürk'e göre, (s. 113) aile konutu üzerinde rehin hakkı kurulması da diğer eşin rızasına bağlıdır. Çünkü rehin hakkı, aile konutunun icra yo-

sınırlı aynı hak (intifa, üst ve sükna hakkı gibi) tanınması gibi tasarruf işlemlerini ifade etmektedir.⁹⁷ Ayrıca, aile konutu üzerindeki sınırlı aynı haktan feragat edilmesi de diğer eşin rızasına bağlıdır.⁹⁸ Bu tür işlemlerin geçerliliği de diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Söz konusu hükümle, aile konutundan yararlanmayı önleyici hukuki işlemler, diğer eşin rızasına bağlanmıştır.⁹⁹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'un 194. maddesinin, tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama niteliğinde olduğu sonucuna vardığımız için, aile konutu üzerinde aynı hak sahibi olan eş, diğerinin rızasına ihtiyaç duymadan, borçlandırıcı işlemleri yapabilir.¹⁰⁰ Fakat bu eş, tasarruf işlemleri için diğer eşin rızasını almak zorundadır. Mesela, taşınmaz satış vaadi ve arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi gibi borçlandırıcı işlemler, diğer eşin rızasına bağlı olmadan yapılabilir. Fakat, bu işlemlerin ifası

luyla satılması ve dolayısıyla aile bireylerinin aile konutundan yoksun kalmaları tehlikesini doğurabilir. Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 19; Şıpka, s. 122; Doğan, s. 290; Gümüş, s. 39, dn. 54.

⁹⁷ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 39, dn. 54; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 50.

⁹⁸ Bkz. Gümüş, s. 40.

⁹⁹ Bkz. ve karşı. Şıpka, s. 112 vd.; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 49. Ancak, aile konutundan yararlanmayı etkilememek koşuluyla, konutun belli bir kısmı üzerinde oturma hakkı tanınması veya aile konutunun bulunduğu taşınmaz parsellere ayrılıp, diğer parsellerin satılması mümkündür. Bkz. Gümüş, s. 39, dn. 54; Şıpka, s. 114, 154. Aynı şekilde doktrinde, eşlerden birinin mülkiyet hakkına sahip olduğu aile konutunun devri karşılığında yine aynı konutta, konutu devreden eş lehine intifa veya oturma hakkı tanındığı durumlarda da diğer eşin rızasının aranması gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Şıpka, s. 155; Gümüş, s. 40. Fakat kanaatimce, bu işlemler aile konutu üzerindeki hakları sınırlamakla birlikte, aile konutundan yararlanmayı engellemediği için, intifa veya oturma hakkı korunarak gerçekleştirilen mülkiyet devirlerinde diğer eşin rızası aranmamalıdır. Fakat, bu sonuca varılabilmesi için tanınan oturma veya intifa hakkının bir süreye bağlı olmadan verilmesi gerekir. Eğer, intifa veya oturma hakkı belli bir süreyle sınırlanmışsa, diğer eşin rızası aranmalıdır.

¹⁰⁰ Gümüş de (s. 38-39) 194. maddenin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunu kabul etmesine karşın, "geniş anlamda tasarruf" işlem olarak nitelediği zilyetlik tesisine bağlı yararlandırma borcu doğuran hukuki işlemlerin de (kira gibi) diğer eşin rızasına bağlı olduğunu ifade etmektedir.

aşaması, birer tasarruf işlemi niteliği taşıdığı için, diğer eşin rızası gerekir. Diğer eş, bu aşamada rıza vermekten kaçınırsa, sözleşmenin borçlu kısmı olan eş, diğer tarafın bu nedenle doğan zararını gidermek zorunda kalabilir.¹⁰¹

b. Aile Konutunun Eşlerden Birinin Mülkiyetinde Olması

aa. Genel Olarak

Aile konutu, eşlerden birinin bireysel mülkiyetinde ise,¹⁰² malik eş, diğerinin rızasını almadan bu konutu devredemez, konut üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlandıracak tasarruf işlemleri yapamaz. Mesela, aile konutu üzerinde, üçüncü bir kişiye ipotek hakkı tesisi, intifa veya sükna hakkı tanınması gibi işlemler, diğer eşin rızasına bağlıdır.

bb. Aile Konutu Şerhi

Kanun koyucu, aile konutuna ilişkin hukuki korumayı güçlendirmek amacıyla, 194. maddenin üçüncü fıkrasını kabul etmiştir. Bu fıkra göre, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eş¹⁰³ bu konutun, aile konutu olarak kullanıldığına, dolayısıyla, bu konutla ilgili hukuki işlemlerle-

¹⁰¹ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 41, dn. 57.

¹⁰² Bu mülkiyetin kazanılma anı ve şekli önemli değildir. Aile konutunun, edinilmiş mallara katılma rejiminde kişisel mal sayılması zorunlu değildir. Aile konutu, edinilmiş bir mal olsa bile, konut, eşlerden birinin mülkiyetinde ise bu madde uygulanır. Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 112.

¹⁰³ Bu fıkroda, açıkça malik olma kistasına yer verildiği için, aile konutu şerhi, ancak eşlerden birinin mülkiyetinde olan konutlar için vardır. Bu nedenle aile konutu, eşlerden birinin sahip olduğu sınırlı bir aynı hakka dayanılarak aileye özgülünmüşse, aile konutu şerhinin işlenmesi mümkün değildir. Fakat doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, bağımsız ve sürekli bir nitelik taşıyan üst hakkı, tapu siciline taşınmaz olarak tescil edilmişse ve üst hakkı kapsamında aile konutu olarak kullanılan bir konut bulunmaktaysa, bu konuta ilişkin olarak, aile konutu şerhi işlenebilir. Bu görüş için bkz. Şipka, s. 153; Gümüş, s. 66.

rin, ancak kendisinin rızasıyla geçerli olarak yapılabileceğine ilişkin şerhin¹⁰⁴ tapu siciline işlenmesini isteyebilir. Böylece, bu hakkın, fiilen kullanılabilmesi sağlanmaktadır.¹⁰⁵

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

aaa. Şerhin tapu siciline işlenmesi

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgesi'ne göre¹⁰⁶ aile konutu şerhi, ancak şu iki başvuru yolundan yararlanılarak tapu siciline işlenebilir:

¹⁰⁴ Şerhler, taşınmazlar üzerinde bir aynı hakkın doğumunu sağlamamakla birlikte, bir hukuki ilişkiyi "bilinebilir veya etkin" kılan kayıtlardır. Bkz. Gümüş, s. 19. Şerhlerin amacı, kişisel haklar bakımından, şerh edilen kişisel hakları, o taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir hale getirmektir. (TMK, mad. 1009/2) Tasarruf yetkisi kısıtlamaları da, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. (TMK, mad. 1010/2) Bkz. Ertaş-Serdar-Gürpınar, s. 169 vd. Karş. Gümüş, s. 20.

¹⁰⁵ Akıntürk, s. 113; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 19; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 52; Şıpka, s. 148; Oğuzman-Seliçi, s. 177; Doğan, s. 295.

¹⁰⁶ Genelgenin Aile konutuyla ilgili kısmına göre:

"4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmiş olup, yapılan düzenlemeyle mülga 743 sayılı Türk Kanunu-Medenisi'ndeki düzenlemelerde değişiklikler yapılmış ve ilave yeni hükümler de getirilmiştir.

A. Aile Konutu Şerhi: (TMK, mad. 194)

1. Malik olmayan eşin talebiyle: Evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile bu konuda birlikte yaşantı sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibrazı halinde "*Aile konutudur*" şerhinin işlenmesi,

2. Taşınmaz mal maliki olan eşin ya da eşlerden her ikisinin birlikte talebiyle: Evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğinin ibrazı halinde başkaca bir belge aranmaksızın "*Aile konutudur*" şerhinin işlenmesi,

3. Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekânları ifade ettiğinden, zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi kapsamına girmediğinden, bu yönde gelecek taleplerin karşılanmaması,

4. 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unda üçüncü şahsa ait taşınmaz mal üzerine "*Aile konutudur*" şerhi verilmesine ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmadığından, 194. maddenin son fıkrasında yazılı olan durum nedeniyle üçüncü şahsa ait taşınmaz mal üzerine şerh verilmemesi,

5. Taşınmaz malın üzerinde mevcut "*Aile konutudur*" şerhinin terkin:

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

1. Aile konutunun maliki olmayan eş, tek başına başvurmuşsa, evlilik birliğinin resmen devam ettiğini belgeleyen nüfus kayıt örneği ile, eşlerin bu konutta birlikte yaşadıklarını kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibrazı gerekir.

2. Taşınmazın maliki olan eş, tek başına ya da her iki eş birlikte başvurmuşsa, evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğinin ibrazı halinde, başkaca bir belge aranmaz.

Her iki durumda da, ilgili taşınmazın tapu sicilinin "şerhler" sütununa "Aile konutudur" ibaresi yazılır.

Görüldüğü gibi, aile konutu şerhinin tapu siciline işlenebilmesi için, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin istemi yeterlidir.¹⁰⁷ Aksi durumun kabulü, 194. maddeyle getirilen korumaların, malik eşin iradesine bırakılması anlamı taşır. Bu nedenle, aile konutu şerhinin işlenebilmesi için, taşınmazın maliki olan eşin buna rıza göstermesi gerekmez. Fa-

a. Şerh malik olmayan eşin talebiyle işlenmişse, yine malik olmayan eşin talebiyle,

b. Şerh her iki eşin birlikte talebiyle işlenmişse, her ikisinin de talebiyle,

c. Eşlerin birlikte malik oldukları hisseli taşınmaz mallarda, şerh eşlerden birinin talebiyle işlenmişse, şerhi işlettiren eşin talebiyle,

d. Malik olan eşin talebiyle şerh verilmişse, malik olmayan eşin de talep veya muvafakatıyla, terkin edilmesi, ancak malik olmayan eşin ya da eşlerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmaz mallarda şerh talebinde bulunan eşin ölümü ya da bu konuda alınmış mahkeme kararının ibrazı halinde diğer eşin tek taraflı talebiyle de terkin işleminin karşılanması,

6. Aile konutu şerhi eşlerden herhangi birinin tek taraflı talebiyle işlenmişse, diğer eşe işlemin sonucundan duyuruda bulunulması, (TMK, mad. 1019)

7. Aile konutu şerhi işlenmesinde, gereken hallerde taşınmaz malın, şerhi talep edilen taşınmaz mal ile aynı olduğunun kadastro müdürlüğüne veya muhtarlıkça tespit edilmesi,

8. Mali yönü: Aile konutu şerhine yönelik 492 sayılı Harçlar Kanun'unda herhangi bir düzenleme bulunmadığından talebin harç, ÖİV, EKP ve döner sermaye ücreti tahsil edilmeden karşılanması,

9. Hukuki sonuç: "Aile konutudur" şerhi bulunan taşınmazda eşlerin rızası sağlanmadıkça tapu kütüğünün üzerinde tasarrufi taleplerin karşılanmaması (TMK, mad. 194/I) gerekmektedir..."

¹⁰⁷ Gümüş, s. 65.

kat, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 6.5.2002 tarih ve 5374/5991 sayılı yayınlanmamış¹⁰⁸ kararında, aile konutu şerhinin, malik olan eşin istemi üzerine verilebileceği kabul edilmiştir. Bu kararında Yargıtay, hiç kimsenin, kanundan almadığı bir yetkiyi kullanamayacağını, bu nedenle, üzerine şerh konulması istenen taşınmazın, aile konutu olup olmadığının eşler arasında tartışmalı olduğu bir durumda, tapu sicil memurunun, aile konutu şerhini işleyemeyeceğini belirtmiştir. Kanatımca, Yargıtay'ın bu kararı yerinde değildir. Çünkü, aile konutu şerhi için, taşınmazın maliki olan eşin rızasının aranması, Medeni Kanun'un 194. maddesinin koruma amacını büyük ölçüde ortadan kaldırır. Ayrıca, söz konusu maddenin üçüncü fıkrasının, "*Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne, konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir*" şeklindeki açık hükmünde ve Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün genelgesinde, aile konutu şerhi için, malik eşin rızası aranmamaktadır. Bu nedenle, malik olmayan eş, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 2002/7 sayılı Genelgesi'nde belirtilen belgeleri tamamlamak koşuluyla, gerekli şerhin verilmesi tek başına isteyebilir. Fakat Yargıtay, aile konutuna ilişkin şerhin mahkeme kararıyla konulması gerektiği konusundaki kararında ısrarcı görünmektedir. Nitekim 2. Hukuk Dairesi, 27.3.2003 tarihli kararında¹⁰⁹ da, aile konutuna ilişkin şerhin mahkeme kararıyla konulacağı sonucunun çıkarılabileceği ifadeler kullanmıştır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

bbb. Şerhin Etkisi

Medeni Kanun'un 194. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen şerhin etkisi, iki bakımdan özel olarak incelenmelidir. İlk olarak, tapu sicilindeki şerhin, taşınmaza ilişkin tasarruf işlemlerinin yapılmasını engelleyip engellemeyeceği,

¹⁰⁸ Bkz. Gençcan, Ömer Uğur, "4721 sayılı Türk Medeni Kanun'una Göre Evliliğin Genel Hükümleri", YD, 2003/1-2, s. 49, dn. 24.

¹⁰⁹ 3071/4352 sayılı Karar. (Yayınlanmamıştır.)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

ikinci olarak, şerh bulunmaması durumunda, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunup korunmayacağı problemlerinin çözülmesi gerekir.

aaaa. Tapu Sicilinde İşlem Yapılabilmesi Bakımından

Medeni Kanun'un, tasarruf yetkisi kısıtlamalarına ilişkin 1010. maddesinin son fıkrasına göre, tasarruf yetkisi kısıtlamaları, şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Görüldüğü gibi bu şerhler, kural olarak malikin tasarruflarını fiilen engellemez. Sadece, tasarruf yetkisi kısıtlamasının, taşınmaz üzerinde sonradan aynı hak kazanacak olan kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlar.¹¹⁰

Kanaatimce, aile konutu şerhi, aile yurdu tesisine ilişkin şerhte¹¹¹ olduğu gibi, tapu sicilinde işlem yapılmasını engellemelidir¹¹² Tapu sicilinde işlem yapılmasını gerektiren bir durum varsa ve tapu memuru da, bu konutun aile konutu olarak kullanıldığını, şerhin varlığı veya diğer herhangi bir nedenle biliyorsa, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, söz konusu işlemi yapmamalıdır. Çünkü tapu memurunun, istemde bulunan kişinin tasarruf yetkisinin bulunup bulunmadığını inceleme görevi vardır.¹¹³ (TMK, mad.1015) Nitekim, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2001 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgesi'ne göre, üzerinde aile konutu şerhi bulunan taşınmazlarda, diğer eşin rızası sağlanmadıkça, hiçbir tasarruf

¹¹⁰ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 24 vd.; Ertuş-Serdar-Gürpınar, s. 171; Oğuzman-Seliçi, s. 203; Reisoğlu, Sefa, *Türk Eşya Hukuku*, C. I, Ankara 1984, s. 210; Akipek, (Eşya) s. 397; Cansel, Erol, *Tapu Siciline İtimat Prensibi*, Ankara 1964, s. 49; Gürsoy-Eren-Cansel, s. 301.

¹¹¹ Bu konuda bkz. Ertuş-Serdar-Gürpınar, s. 172; Oğuzman-Seliçi, s. 205; Cansel, s. 38; Akipek, (Eşya) s. 402; Velidedelioglu-Esmer, s. 463.

¹¹² Bkz. Şıpka, s. 138; Reisoğlu; (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc) Doğan, s. 291.

¹¹³ Bkz. Ertuş-Serdar-Gürpınar, s. 155; Gürsoy-Eren-Cansel, s. 275; Akipek, (Eşya) s. 373.

işlemi yapılamaz. Bu nedenle aile konutu şerhi, tapu sicilini, diğer eşin rızasının bulunmadığı durumlarda kilitler.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

bbbb. İyi Niyetle Aynı Hak Kazanılması Bakımından

Diğer eşin rızası alınmaksızın, aile konutuna ilişkin bir hukuki işlemle, o taşınmaz üzerinde aynı hak kazanan kişilerin iyi niyetinin korunup korunmayacağı konusu, doktrinde tartışmalıdır. Hemen belirtelim ki aile konutuna ilişkin İsviçre Medeni Kanunu'nun 169. maddesi, sadece iki fıkradır. Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü ve dördüncü fıkraları, İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmamaktadır. Bu durum, doktrinde, üçüncü maddenin etkisi konusunda görüş ayrılığı doğurmuştur. Bu görüş ayrılığı, tapu sicilinde, "aile konutudur" şerhi bulunmayan bir taşınmazı, buranın aile konutu olduğunu bilmeden satın alan ve adına yapılan tescil sonucunda aynı hak kazanan kişinin iyi niyetinin, Medeni Kanun'un 1023. maddesi gereğince korunup korunmayacağı sorusuna verilen farklı cevaplar nedeniyle ortaya çıkmıştır. Aşağıda önce, doktrindeki iki karşıt görüş ve gerekçeleri, daha sonra kişisel değerlendirmemiz açıklanacaktır.

i. Üçüncü Kişinin İyi Niyetinin Korunmaması Gerektiği Görüşü

Bir görüşe göre,¹¹⁴ tapu sicilinde aile konutu şerhi bulunmasa da, üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz. Çünkü, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin ilk fıkrası, mülkiyet hakkının (tasarruf yetkisinin) kanundan doğan bir sınırlamasıdır.¹¹⁵ Kanundan doğan mülkiyet sınırlamaları, Medeni Kanun'un 731. maddesinin birinci fıkrasına göre, tapuya tescil

¹¹⁴ Bkz. Şıpka, s. 149; Oğuzman-Seliçi, s. 206; Doğan, s. 294.

¹¹⁵ Oğuzman-Seliçi, s. 205.

¹¹⁶ Oğuzman-Seliçi, s. 409.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

edilmese de üçüncü kişilere karşı etkili olur. Bu nedenle, bir aile konutu hakkında, üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmaz.¹¹⁶

Aynı görüşe göre, 194. maddenin üçüncü fıkrasındaki şerh olanağı, tapu sicilinde yapılacak ikinci işlemde etkili olur. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin yapacağı tasarruf işlemleri, diğer eşin rızası yoksa geçersizdir. Bu şekilde, rıza alınmadan yapılan tescil de yolsuz bir tescil olur. Bu yolsuz tescile dayanarak, iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanmaları mümkündür. Bu ihtimali ortadan kaldırmak için, o taşınmazın, aile konutu olarak özgülendiğinin, tapu siciline şerh verilmesi gerekir. Bu nedenle, 194. maddenin üçüncü fıkrasında öngörülen aile konutu şerhinin etkisi, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin açık rızası alınmadan yapılan yolsuz tescile dayanarak, hak kazanmak isteyen üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırarak, 1023. maddenin uygulanmasını önlemektir.¹¹⁷

Aynı görüşü savunan diğer bir yazar¹¹⁸ ise farklı bir gerekçeye dayanmaktadır. Şıpka'ya göre, Medeni Kanun'da, evliliğin genel hükümleri arasında yer verilen bu emredici hükümlerle, eşlerin uymak zorunda oldukları bir kural konulmuştur. Bir ortaklık olarak nitelendirebileceğimiz evlilik birliğinin, kendine özgü kuralları vardır. Bu kurallar gereğince, Medeni Kanun, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşe, aile konutu üzerinde farazi bir hak sahipliği sıfatı tanımıştır. Bu hak sahipliği, eşlere tanınmış bulunan katılma hakkının bir unsurudur. Diğer eşin ve ailenin barınma hakkına ilişkin olarak tanınmış bulunan, birlikte karar verme ve katılma hakkı, ailenin ve diğer eşin zorunlu ve üstün bir menfaati dolayısıyla, üçüncü kişinin iyi niyetinin önüne geçmelidir. Yazara göre,¹¹⁹ barınma hakkının Anayasa tarafından bile koruma altına alındığı bir ülkede, üçüncü kişilerin haklarını savunmak, hukuk güvenliğini zedeler. Bu nedenle, 194.

¹¹⁷ Oğuzman-Seliçi, s. 206.

¹¹⁸ Şıpka, s. 148 vd.

¹¹⁹ Şıpka, s. 150.

maddeyle getirilen korumanın etkili ve derhal uygulanabilir olması için, bunun, kanundan doğan bir sınırlama olduğunu ve bu nedenle herkesçe bilinmesi gerektiği için, işlemin karşı tarafının iyi niyetinin korunmayacağını kabul etmek gerekir. Çünkü, aksi düşünce, 194. maddeyle getirilen korumanın gerçekleşmesini engeller.¹²⁰

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Ayrıca, Şıpka'ya göre¹²¹ Medeni Kanun'un 194. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen şerh olanağının, işlemin karşı tarafından (ilk satış sözleşmesindeki alıcıdan), bu yolsuz tescile güvenerek bir aynı hak kazanan üçüncü kişinin iyi niyetini engellemek amacıyla getirildiğini kabul etmek, 194. maddenin koruma amacına en uygun çözümdür.

Doğan'a göre,¹²² üçüncü kişiler, Medeni Kanun'un 1023. maddesinden yararlanamaz. Çünkü, üçüncü kişinin tapuya güven ilkesinden yararlanabileceğini kabul etmek, 194. maddenin koruma amacına ulaşılmasını zorlaştırır. Yazar, maddenin üçüncü fıkrasındaki şerhin etkisini de, aynen Oğuzman-Seliçi ve Şıpka gibi açıklamaktadır.

Aynı görüşü savunan diğer bir yazar ise,¹²³ tapu sicilinde şerh bulunmayan durumlarda üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmayacağını çünkü, bu konudaki iyi niyetin özel olarak korunmadığını savunmaktadır. Yazara göre, Medeni Kanun'un 194. maddesinde, (İMK, mad. 169) izne yetkili eşin izni olmadan yapılan tasarruf işlemlerinde, karşı tarafın tasarruf yetkisinin yokluğuna ilişkin iyi niyetinin korunmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle aile konutuna ilişkin hukuki işlemlerde iyi niyetin korunması söz konusu olamaz. Yazara göre, aile konutuna ilişkin hükmün amacı, hukuki işlem hayatını korumak değildir. Medeni Kanun'un 1023. maddesinde yer alan tapu siciline güven ilkesi de, 194. maddeye uygulanamaz. Çünkü, anılan maddeyle sadece, tapu sici-

¹²⁰ Şıpka, s. 149.

¹²¹ s. 151.

¹²² s. 294, 295.

¹²³ Gümüş, s. 58 vd.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

linde malik olarak görünen kişinin gerçekten malik olduğuna duyulan güven korunmuştur. Yoksa, 1023. maddede korunan kamusal güven, tescil edilmiş kişiye yönelik olup kişinin fiil ehliyetine veya tasarruf yetkisine ilişkin değildir.¹²⁴

Bu nedenlerle Gümüş'e göre,¹²⁵ tapu sicilinde malik olarak görülen kişinin tasarruf yetkisinin bulunduğu duyulan güven, Medeni Kanun'un 1023. maddesi anlamında tapu sicilindeki bir kayda yönelmiş bir güven sayılamayacağından, tasarruf yetkisinin varlığına ilişkin güven, iktisabı sağlamaya yeterli olmamalıdır.

Yine aynı yazara göre,¹²⁶ 194. maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen şerh ise sadece, hak sahibi olan eşin yaptığı işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin ortadan kaldırılması bakımından bir önem taşır. Bu nedenle, şerhin etkisini, üçüncü kişiler dışında işlem tarafının iyi niyetine kadar genişletmek mümkün değildir.

ii. Üçüncü Kişinin İyi Niyetinin Korunması Gerektiği Görüşü

Doktrindeki karşı görüş ise, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması gerektiği yönündedir.

Kılıçoğlu¹²⁷ tarafından savunulan bu görüş gereğince, 194. maddenin üçüncü fıkrasındaki şerh olanağı, üçüncü kişilerin iyi niyetle aynı hak kazanmalarını engellemek amacıyla kabul edilmiştir. Yazara göre, üçüncü fıkranın konuluş nedeni, hukuki işlem güvenliğinin korunmasıdır.¹²⁸

¹²⁴ Gümüş, s. 63.

¹²⁵ Gümüş, s. 63.

¹²⁶ Gümüş, s. 64.

¹²⁷ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 19 vd.; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 53 vd.

¹²⁸ Cansel'in de (s. 9) haklı olarak belirttiği gibi, Medeni Kanun'un 1020. maddesinde düzenlenen tapu sicilinin açıklığı ilkesi, 1023. maddede düzenlenen tapu siciline güven ilkesinin bir sonucudur. Tapu siciline güven ilkesi, hukuki işlem güvenliğinin sağlanması amacıyla getirilmiştir. Aynı yönde bkz. Akipek, (Eşya) s. 443.

Bu nedenle söz konusu madde, Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesindeki tapuya güven ilkesinin¹²⁹ bir istisnasını oluşturmaz. Kanun koyucunun böyle bir amacı olsaydı, şerh olanağına ilişkin üçüncü fıkrayı kabul etmezdi. Bu nedenle üçüncü kişinin, üzerinde aynı hak kazandığı taşınmazın, aile konutu olmadığına ilişkin iyi niyeti, 1023. madde gereğince korunmalıdır.

Ayrıca yazara göre, üçüncü kişinin, tapudaki kayda değil de, diğer eşin rızasının verildiğine ilişkin iyi niyeti, 1023. madde gereğince korunmaz.¹³⁰ Çünkü 1023. madde, sadece tapuya güveni korur. Bu nedenle, sicil dışı bir konuya güvenmiş olan üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz.

Yazar,¹³¹ 194. maddenin getirdiği bu kuralın, mülkiyet hakkının kanundan doğan bir sınırlaması olmadığını ve bu nedenle, 194. maddenin, 731. maddedeki "*taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları, tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olur*" kuralının dışında olduğunu ifade etmektedir.

Akıntürk'e göre,¹³² üçüncü kişinin iyi niyeti korunmalıdır. Yazara göre, 194. maddenin üçüncü fıkrasındaki şerhin işlevi, aile konutuyla ilgili hukuki işlemlere girişmek isteyen üçüncü kişilerin, tapuda malik olarak görünün eşten yapacakları kazandırmalardaki iyi niyet iddialarını, daha başından önlemektir.¹³³

Reisoğlu da bu görüşü paylaşmaktadır.¹³⁴ Yazara göre, 194. madde, tapu siciline güven ilkesini ortadan kaldırmaz. Bu nedenle, tapu sicilinde aile konutu şerhi yoksa, aynı hak kazanan üçüncü kişinin iyi niyeti korunmalıdır.

¹²⁹ Tapu siciline güven ilkesi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Cansel, Eroğ, *Tapu Siciline İtimat Prensipleri*, Ankara 1964, s. 5 vd.

¹³⁰ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 21; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 53.

¹³¹ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 21.

¹³² s. 113.

¹³³ Aynı yönde bkz. Demir, s. 47.

¹³⁴ Reisoğlu, (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc).

iii. Görüşlerin Değerlendirilmesi ve Sonuç

Görüldüğü gibi doktrinde, üçüncü kişinin iyi niyetinin korunup korunmayacağı konusunda, birbirine zıt iki görüş vardır. İyi niyetin korunmayacağını savunan görüşün temel gerekçesi, aksi durumun kabulü halinde, 194. maddeyle getirilen korumanın uygulanabilirliğinin ortadan kalkacağına yönelik endişedir. Çünkü, evlilik huzurlu bir şekilde devam ettiği sürece eşler, tapu dairesine gidip, şerh verme yolunu tercih etmezler. Durum böyle olunca, bir uyumsuzluk ortaya çıktığında, tapu sicilinde, çoğunlukla aile konutuna ilişkin şerh bulunmayacaktır. Bu durumda ise, üçüncü kişinin iyi niyetle aynı hak kazanabileceğini kabul etmek, diğer eşi mağdur edecek ve 194. maddenin amaçladığı koruma tamamen ortadan kalkacaktır.¹³⁵ Gümüş ise, tasarruf yetkisi yokluğu konusunda duyulan güvenin korunmasına ilişkin açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, işlemin karşı tarafının korunmasının mümkün olmadığını ifade etmektedir.¹³⁶

Üçüncü kişinin iyi niyetinin korunması gerektiğini savunan görüşün temel gerekçesi ise, maddenin üçüncü fıkrasındaki aile konutu şerhidir. Çünkü, İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmayan bu fıkra, kanun koyucu'nun amacının, 1023. maddedeki tapu siciline güven ilkesine bir istisna getirmek olmadığını ifade etmektedir. Bu nedenle, hukuki işlem güvenliğinin de korunması amacıyla, tapu sicilinde, aile konutu şerhi bulunmayan hallerde, üçüncü kişinin tapu siciline güveninin korunması gerekir.¹³⁷

Üçüncü kişinin iyi niyetinin korunup korunmayacağına ilişkin görüşümüze geçmeden önce kısaca, korunması tartışılan iyi niyetin niteliğini belirtmekte yarar vardır. Medeni Kanun'un üçüncü maddesinde düzenlenen iyi niyet, bir hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığı veya kazanma için

¹³⁵ Bkz. ve karşı. Şıpka, s. 150 vd.; Doğan, s. 294.

¹³⁶ Gümüş, s. 62 vd.

¹³⁷ Bkz. ve karşı. Reisoğlu, (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc); Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 20 vd.

gerekli bir unsurun yokluğu hakkında, hakkı kazanacak olan kişideki hoş görülebilir bilgisizlik veya yanlış bilgidir.¹³⁸ Bu tarımdan da anlaşılacağı gibi, 194. maddeye ilişkin iyi niyet, aile konutu olarak kullanılan bir taşınmazın, üçüncü bir kişi tarafından kazanılmasında, farklı şekillerde karşımıza çıkabilir. Mesela, aynı hakkı kazanacak olan kişi, tapuda işlem yaptığı taşınmazın bir aile konutu olarak kullanıldığını bilmeyebilir veya taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilmekle birlikte, diğer eşin rızasının bulunduğu konusunda yanılmış olabilir.

Medeni Kanun'un 3. maddesine göre, kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyi niyetin varlığıdır. Kanun koyucu, bu maddeyle, iyi niyete ilişkin temel bir ilkeyi ortaya koymuştur. Buna göre, iyi niyetin hukuki bir sonuç doğurabilmesi için, kanunun açıkça bunu düzenlemesi gerekir. Kanunda, iyi niyetin korunacağına ilişkin bir hüküm yoksa, iyi niyet, hakkın kazanılmasındaki bilgisizliği veya yanlış bilgiyi ortadan kaldırmaz.¹³⁹ Bu nedenle hukukta, iyi niyetin genel olarak korunması söz konusu değildir. İyi niyet, ancak kanunda açıkça düzenlenmiş bulunan hallerde hukuki sonuç doğurur.

Kanunun iyi niyete hukuki sonuç bağladığı durumların, belki de en önemlisi, Medeni Kanun'un 1023. maddesindeki (EMK, mad. 931) tapu siciline güven ilkesidir. 1023. maddeye göre, tapu sicilindeki yolsuz tescile, iyi niyetle dayanarak, bir aynı hak kazanan kişinin kazanımı korunur. Görüldüğü gibi bu madde, sadece üçüncü kişinin tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin iyi niyetini korumaktadır. Bu nedenle, konumuz açısından, tapuda aynı hak kazanan üçüncü kişinin, tapu sicili dışındaki bir konuya ilişkin iyi niyeti, mesela, diğer eşin rızasının bulunduğuna ilişkin iyi niyeti Kılıçoğlu'nun da haklı olarak ifade ettiği gibi,¹⁴⁰ hiçbir şekilde korunmaz. Çünkü,

¹³⁸ Bkz. Akipek-Akıntürk, s. 158; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 133 vd.; Cansel, s. 75 vd.

¹³⁹ Akipek-Akıntürk, s. 161.

¹⁴⁰ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 21.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

burada üçüncü kişinin iyi niyeti, tapu siciline değil, rızanın verilmiş olmasına ilişkindir ve 1023. madde, sadece tapu sicilinin doğruluğuna ilişkin iyi niyeti korur.¹⁴¹ Bu madde gereğince, korunması gerektiğini savunduğumuz iyi niyet, sadece, aile konutu üzerinde aynı hak sahibi olan eşle işlem yapan kişinin, üzerinde aynı hak kazandığı taşınmazın, bir aile konutu olarak kullanıldığına ilişkin bilgisizliğidir.

Medeni Kanun'un 1023. maddesinde düzenlenen, tapu siciline güven ilkesi olarak adlandırılan bu ilkeye göre, tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen kişi, gerçek hak sahibi değilse, tapu sicili gerçek durumu yansıtmıyorsa kısacası, tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin, taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisi yoksa ve diğer taraf, bu durumdan haberdar değilse, onun bu iyi niyeti korunmalıdır.¹⁴² Kanaatimce bu kuralı, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesine uygulamak, hukuki işlem güvenliğine uygun düşer.

Üçüncü kişinin, üzerinde aynı hak kazandığı taşınmazın, aile konutu olduğunu bilmemesine ilişkin iyi niyeti, tapu siciline dayanmaktadır.¹⁴³ Medeni Kanun'un getirdiği tapu sicil sistemine göre, üçüncü bir kişinin, tapu sicilinde, bir aynı hakkın sahibi olarak görünen kişinin tasarruf yetkisine sahip olduğu yönündeki iyi niyeti korunmalıdır. Kanaatimce, Medeni Kanun'un 1023. maddesinin koruma kapsamına, kazanılan aynı hakkın varlığına ve taşınmaz üzerinde bir yükün bulunmadığına ilişkin güvenin yanında, tapu sicilinde yetkili olarak görünen kişinin tasarruf yetkisinin tamlığına duyulan güven de dahildir.¹⁴⁴ Tapu sicil sistemimiz bunu gerektirir. Çünkü, Medeni Kanun'un 1015. maddesine göre tescil, terkin

¹⁴¹ Reisoğlu, Sefa, *Türk Eşya Hukuku*, C. I, Ankara 1984, s. 195; Cansel, s. 78 vd.

¹⁴² Ayiter'e göre (s. 134) Medeni Kanun'un 1023. maddesine göre, iyi niyetli üçüncü kişiler, tapu sicilinde yapılan tasarruf işlemiyle, tasarruf yetkisi yokluğuna rağmen, aynı hakkı geçerli olarak kazanabilirler. Aynı yönde bkz. Cansel, s. 33; Akipek, (Eşya) s. 398.

¹⁴³ Aksi görüşte, Gümüş, s. 63.

¹⁴⁴ Karş. Gümüş, s. 63.

ve değişiklik gibi tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi, istemde bulunan kişinin tasarruf yetkisini ve hukuki sebebi belgelemiş olmasına bağlıdır. Yine, bu maddenin ikinci fıkrasına göre, istemde bulunan kişi, kendisinin sicilde hak sahibi görünen kişi veya onun temsilcisi olduğunu kanıtlamak suretiyle, tasarruf yetkisini belgelemiş olur. Tescil talebinde bulunan, tapu sicilinde malik olarak görünen kişiye, bu kişi tasarruf yetkisine sahip sayılır.¹⁴⁵ Bu madde gereğince, üçüncü bir kişi, aile konutu olarak kullanılan bir taşınmazın, böyle bir amaçla kullanıldığını bilmiyorsa, ayrıca, tapu sicilinde hak sahibi görünen kişi, (eşlerden biri) tasarruf yetkisini de Medeni Kanun'un 1015. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanıtlamış ise, aynı kanunun 1023. maddesi gereğince üçüncü kişi, tapu sicilindeki kayda güvenerek aynı hak kazanabilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin amacı Kılıçoğlu'nun da haklı olarak belirttiği gibi,¹⁴⁶ 1023. maddeye bir istisna getirmek değildir. Eğer kanun koyucu, 1023. maddeye bir istisna getirmek amacıyla olsaydı, 194. maddenin üçüncü fıkrasındaki şerh olanağını, İsviçre Medeni Kanunu'nun aksine kabul etmezdi. Çünkü, İsviçre Medeni Kanunu'nun aile konutuna ilişkin 169. maddesi, sadece iki fıkradır. Bu nedenle, Şıpka'nın ifade ettiği gibi,¹⁴⁷ İsviçre Hukuku'ndaki baskın görüş gereğince, aile konutuna ilişkin hukuki işlemlerde, üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz. Fakat kanaatimce, Türk kanun koyucusu, 194. maddenin üçüncü fıkrasındaki şerh olanağını kabul etmek suretiyle, İsviçre'dekinden farklı bir amaç gözetmiştir.

Medeni Kanun'un 194. maddesiyle getirilen, diğer eşin rızasının alınmasına ilişkin kuralın hukuki niteliğini incelerken vardığımız sonuç¹⁴⁸ gereğince, söz konusu madde, tasarruf

¹⁴⁵ Ertaş-Serdar-Gürpınar, s. 156; Oğuzman-Seliçi, s. 167; Karahasan, s. 627; Ayan, s. 283; Tekinday-Akman-Burcuoğlu-Altıp (Eşya) s. 333; Akipek, (Eşya) s. 370.

¹⁴⁶ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 20; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 53.

¹⁴⁷ Bkz. ve karşı. Şıpka, s. 145, dn. 524' de belirtilen yazarlar. Gümüş, s. 58, dn. 122' de anılan yazarlar.

¹⁴⁸ Bkz. yuk. 5, II, C, 3, e.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

yetkisi sınırlaması niteliğindedir. Maddenin üçüncü fıkrasındaki şerh ise, tasarruf yetkisi sınırlamasına ilişkindir.¹⁴⁹

Medeni Kanun'un 1010. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tasarruf yetkisi sınırlamaları şerh verilmekle,¹⁵⁰ taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir. Bu şerh, üçüncü kişilerin iyi niyet iddialarını önlemektedir. Çünkü, Medeni Kanun'un 1020. maddesinin son fıkrasına göre, hiç kimse tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremez.

Aile konutu şerhi de, kanaatimce bu tür bir özellik taşıdır.¹⁵¹ Çünkü, 194. maddenin üçüncü fıkrasındaki tapuya şerh olanağı, iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanmalarını önlemek amacıyla getirilmiştir.¹⁵²

194. maddenin üçüncü ve dördüncü fıkraları, İsviçre Medeni Kanunu'nda bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanunu açısından, bu fıkralar, 1988'de tamamlanan taslak çalışmalarından sonra oluşturulan alt komisyon tarafından, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ve çeşitli kurumlardan gelen öneriler doğrultusunda metne eklemiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, ailenin, özellikle de kadınların ve çocukların korunmasını ve bu amaçla, aile konutuna ilişkin işlemlerin, diğer eşin rızasına

¹⁴⁹ Nitekim, yeni Medeni Kanun'a göre yazılan eserlerde, aile konutu şerhinin tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğu, genel olarak kabul edilmektedir. Bkz. ve karşı. Ertaş-Serdar-Gürpınar, s. 172; Oğuzman-Seliçi, s. 177; Antalya, s. 136. Fakat Karahasan, (s. 636) aile konutu şerhini, kişisel hakların şerhi başlığı altında incelemektedir. Kılıçoğlu'na göre de (Yenilikler, s. 54; Diğer Eşin Rızası, s. 21) 194. maddede belirtilen şerh, 1009. maddede yer alan "kanunda açıkça öngörülen diğer hakların şerhi" kapsamında değerlendirilmelidir. Aynı yönde bkz. Şıpka, s. 141. Kişisel hakların tapu siciline şerhi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sungurbey, İsmet, *Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi*, İstanbul 1963, s. 1 vd.

¹⁵⁰ Bu konuda bkz. Ertaş-Serdar-Gürpınar, s. 171; Oğuzman-Seliçi, s. 202; Ayan, s. 309; Karahasan, s. 641; Tekinday-Akman-Burcuoğlu-Altop (Eşya) s. 389; Reisoğlu, Sefa, *Türk Eşya Hukuku C. I*, Ankara 1984, s. 210; Cansel, s. 39; Akipek, (Eşya) s. 398; Velidedelioğlu-Esmer, s. 455.

¹⁵¹ Medeni Kanun'un 1010. maddesindeki tasarruf yetkisi sınırlamalarının, 1023. maddeyle ilişkisi konusunda bkz. Cansel, 109 vd.

¹⁵² Bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 20; Akıntürk, s. 113.

bağlanmasının yerinde olduğunu, fakat, bu işlem yapılırken, iyi niyetli üçüncü kişilerin de aynı ölçüde korunması gerektiğini ifade etmiştir. Daire, bu amaçla, 194. maddeye "Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu sicilinin beyanlar hanesine 'aile konutu' şerhinin yazılmasını isteyebilir" şeklinde bir fıkranın eklenmesini önermiştir.¹⁵³

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Görüldüğü gibi, bu yöndeki öneriler doğrultusunda 194. maddeye eklenen üçüncü fıkranın asıl amacı, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşe, bu konutun, aile konutu olarak kullanıldığına ilişkin bir şerh verdirme olanağı tanımak suretiyle, üçüncü kişilerin iyi niyetle aynı hak kazanmalarını önlemektir. Ayrıca fıkra, hukuki işlem güvenliğinin korunmasını sağlamak amacıyla, tapu siciline güven ilkesinin, aile konutu için de bulunduğunu ortaya koymaktadır.

Bu açıklamalardan da anlaşılacağı gibi kanaatimce, tapu sicilinde hak sahibi olarak görünen bir kişiden, ilgili taşınmazın aile konutu olduğunu bilmeden, aynı bir hak kazanan kişilerin iyi niyeti korunmalıdır.¹⁵⁴ Ayrıca, iyi niyetin korunmaması gerektiği yönündeki görüşlerin dayanaklarından biri olan, "üçüncü kişilerin iyi niyetini korursak, 194. maddenin hiçbir anlamı kalmaz" şeklindeki düşünce, kanaatimce, 194. maddenin üçüncü fıkrasının amacını, tam olarak ortaya koyamayabilir. Çünkü 194. madde, diğer eşe bir hak vermiştir. Bu hakkının kullanılmasının güvence altına alabilmesi için de, üçüncü fıkrayla, tapuya şerh olanağı getirilmiştir. Tapuya şerh, diğer eş için, bir hukuki külfet niteliğindedir. Diğer eş,

¹⁵³ Bkz. Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 47, dn. 30; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 14, dn. 18.

¹⁵⁴ Cansel'e göre (s. 114) Medeni Kanun'un 1010. maddesi gereğince, tapu siciline şerh verilebilen tasarruf yetkisi sınırlamaları, sicile şerh verildiği sürece, bu sınırlamayı bilmeyen iyiniyetli üçüncü kişilerin, iyi niyetle aynı hak kazanmasını önlemez. Yazar, bu kuralın istisnası olarak da, tapu sicilindeki şerhten önce yapılan iflas ilanını ve konkordato süresi verilmesine ilişkin ilanı göstermektedir. Çünkü, bu ilanlarla birlikte, hiç kimse, ilgili kişilerin tasarruf yetkilerinin kısıtlandığını bilmediğini ileri süremez. Aynı yönde bkz. Akipek, (Eşya) s. 403.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

194. maddenin ilk fıkrasına göre, kendi rızası bulunmadıkça yapılan tasarruf işlemlerinin geçersiz olacağını, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı da ileri sürebilmek istiyorsa, kendisine düşen külfeti (şerh) yerine getirmelidir. Bunu yerine getirmezse, sonuçlarına da katlanmalıdır

Bu külfeti (şerh) yerine getirmeyip, üçüncü kişinin iyi niyetini görmezden gelmek, kanaatimce, hukuki işlem güvenliğini zedeler. Bu nedenle üçüncü kişinin, aynı hak kazandığı taşınmazın, aile konutu olarak kullanıldığını bilmediği ve tapuda "aile konutudur" şerhinin de bulunmadığı durumlarda, 1023. madde gereğince, aynı hakkı geçerli olarak kazandığını kabul etmek, hukuki işlem güvenliğine ve menfaatler dengesine daha uygun düşer.

Üçüncü kişinin iyi niyetinin korunmayacağını ileri süren yazarlar, şerhin, diğer eşin rızası alınmadığı için geçersiz olan tescile, iyi niyetle dayanarak aynı hak kazanmak isteyen üçüncü kişilerin kazanımlarını önlediğini savunmaktadırlar.¹⁵⁵ Bu görüş gereğince, tapu sicilinde aile konutu şerhi bulunmamasına rağmen yapılan tescil, yolsuz bir tescildir. Şerh, bu geçersiz kayda dayanan üçüncü kişilerin iyi niyetini önlemektedir. Bu nedenle, şerhin iyi niyeti ortadan kaldırıcı etkisi, tapu sicilinde aile konutu şerhi bulunmasına rağmen, tapu memurunun yapacağı ikinci işlemde ortaya çıkmaktadır. Çünkü, ilk işlem, aile konutu şerhi bulunmasına rağmen, tapu memurunun, aile konutunun maliki olan eşin talebi üzerine, diğer eşin rızasını almadan yapacağı işlemdir. İkinci işlem ise, yine bu şerhe rağmen, yolsuz kayıt sahibinin talebi üzerine, tapu memurunun yapacağı diğer işlemidir.

Kanaatimce, şerhin etkisinin bu şekilde açıklanması, 194. maddenin üçüncü fıkrasının hiçbir etkisinin kalmamasına neden olur. Çünkü, tapu sicilinde aile konutu şerhi bulunmasına rağmen, diğer eşin rızası alınmadan hukuki işlem yapılması olanaksızdır. Çünkü, aile konutu şerhi, diğer eşin rızası

¹⁵⁵ Bkz. ve karşı. Oğuzman-Seliçi, s. 206; Şıpka, s. 151; Doğan, s. 294.

olmadıkça tapu sicilinde işlem yapılmasına engel olur.¹⁵⁶ Bu nedenle kanaatimce, şerhin, üçüncü kişilerin iyi niyetini ortadan kaldırdığını ve şerh yoksa üçüncü kişilerin iyi niyetinin korunacağını kabul etmek, 194. maddenin üçüncü fıkrasının amacına, hukuki işlem güvenliğinin korunması ilkesine ve tapu sicil sistemimize uygundur.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Tapu sicilinde aile konutuna ilişkin şerh varsa veya şerh olmamasına rağmen, aynı hak kazanan kişi, ilgili konutun, aile konutu olarak kullanıldığını biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa, bu kişi iyi niyetli sayılamayacağı için, 1023. maddeye göre mülkiyeti kazanamaz. Ayrıca, iyi niyetli olmayan bir kişi, adi kazandırıcı zamanaşımından yararlanamaz. Çünkü, Medeni Kanun'un 712. maddesine göre, adi kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyet hakkının kazanılabilmesi için, malik olarak görünen kişinin iyi niyetli olması gerekir. Ayrıca, tapuda aynı hak kazanan kişi iyi niyetli ise, taşınmazın mülkiyetini derhal kazanır. (TMK, mad. 1023)

Burada, son olarak değinilmesi gereken konu, diğer eşin rızası bulunmadığı ve aynı hak kazanan kişinin de iyi niyetli olmadığı için, yolsuz olan bu tapu kaydının düzeltilmesine ilişkin davanın,¹⁵⁷ kimin tarafından açılacağıdır. Medeni Kanun'un 1025. maddesine göre, bir aynı hak, yolsuz olarak tescil edilmiş veya bir tescil, yolsuz olarak terkin edilmiş ya da değiştirilmişse, bu yüzden aynı hakkı zedelenen kişiler, tapu sicilinin düzeltilmesini dava edebilir. Bu nedenle, diğer eşin rızası bulunmadığı için yolsuz olan tapu kaydının düzeltilmesini, kural olarak, bu yolsuz tescil nedeniyle aynı hakkı zedelenen, eski malik açabilir. Kanaatimce, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, eşinin rızasının bulunmaması nedeniyle geçersizlik iddiasını, ancak Medeni Kanun'un 2. maddesine aykırılık oluşturmadığı durumlarda ileri sürebilir.¹⁵⁸

¹⁵⁶ Bkz. yuk. § 5, II, C, 4, b, bb, bbb, aaaa.

¹⁵⁷ Tapu sicilinin düzeltilmesi davası hakkında bkz. Üstündağ, Saim, *Tapu Kütüğünün Düzeltilmesi Davası*, İstanbul 1959, s. 28 vd.

¹⁵⁸ Bkz. Şıpka, s. 141; Gümüş, s. 58.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Görüldüğü gibi, Medeni Kanun'un 1025. maddesi, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açma hakkını, sadece aynı hakkı zedelenen kişilere ta numuştur.¹⁵⁹ Maddenin lafzî yorumundan, yolsuz tescil nedeniyle aynı hakkı zarar görmeyenlerin, konumuz açısından diğer eşin, tapu sicilinin düzeltilmesi davasını açamayacağı sonucuna varılması gerekir.¹⁶⁰ Çünkü, diğer eşin bir aynı hakkı zarar görmemiştir. Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre,¹⁶¹ bu madde, tapu sicilindeki yolsuz tescilden zarar gören herkesin dava açma hakkının bulunduğu şeklinde anlaşılmalıdır.

Kanaatimce, Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrası gereğince, diğer eşin rızası bulunmadığı için yolsuz olan tescilin düzeltilmesine ilişkin davayı açma hakkını, aile konutu üzerinde aynı hakkı bulunmayan eşe de tanımak, 1025. maddenin açık ifadesi karşısında mümkün görünmektedir.¹⁶² Bu durumda Oğuzman-Seliçi'nin,¹⁶³ kanaatimce de, haklı olarak belirttikleri gibi, aynı hakkı zedelenmemiş

¹⁵⁹ Ertaş-Serdar-Gürpınar'a göre, (s. 181, dn. 219) Medeni Kanun değişiklikleri sırasında, önceki Medeni Kanun'un 933. maddesindeki "aynı hakları haleldar olan kimse" yerine, "yolsuz kayıt nedeniyle hakları zarar gören kişi" teriminin kullanılmasını önerilmiş, fakat bu öneri, komisyon tarafından kabul edilmemiştir.

¹⁶⁰ Bkz. ve karşı. Doğan, s. 291; Oğuzman-Seliçi, s. 211; Tekinay-Akman-Burcuoğlu-Altıtop, s. 420; Gürsoy-Eren-Cansel, s. 328 vd. Üstündağ, (Tapu Kütüğü) s. 72 vd. Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 31. 12. 1979 tarih ve E 14213, K 15362 sayılı Kararı'ndan: "Tapu sicilinin düzeltilmesi davasını Medeni Kanun'un 933. maddesi gereğince, yalnızca taşınmaz mal üzerinde aynı hakkı...haleldar olan kimse dava edebilir. Davacı kiracı olarak şahsi hak sahibi olduğuna, aynı hakka dayanmadığına...göre, böyle bir davayı açma hakkının varlığından söz edilemez." (YDK, 1980/8, s. 1066.)

¹⁶¹ Bkz. Ertaş-Serdar-Gürpınar, s. 181; Karahasan, s. 755. Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun, 30. 5. 2001 tarih ve 14-443/458 sayılı Kararı'na göre, bütün köylünün kullanımına açık bir kamu malı niteliğinde bulunan bir yerin, bir gerçek kişinin kullanımına verilmesi, köy sakini davacının menfaatini ihlal etmektedir. Bu nedenle, haksız şekilde tapuya bağlanmış köy yoluna ilişkin tapu kaydının iptal edilmesinde, köy sakini davacının öncelikli, yasal, kişisel ve güncel bir menfaati dolayısıyla, dava açmakta hukuki yarar vardır. (YDK, 2001/9, s. 1320.)

¹⁶² Aksi görüşte olan Kılıçoğlu'na göre, (Diğer Eşin Rızası, s. 22) diğer eş, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açabilir. Aynı yönde, Gümüş, s. 59.

¹⁶³ s. 211, dn. 751.

kişiler, tapu sicilinin düzeltilmesi davası açamazlarsa da, bu yolsuz tescil sonucunda hak sahibi olarak görünen kişinin bir talebine karşı, tescilin yolsuz olduğunu, kendisinin hak sahibi olmadığını ileri sürebilirler. Buna göre, rızası olmadığı için yolsuz olan tescilin düzeltilmesi davasını, malik eş açabildiği halde, diğer eş açamaz. Fakat diğer eş, tapu sicilinde malik olarak görünen bu yolsuz tescil sahibinin, tahliye gibi herhangi bir talebi karşısında, tescilin yolsuz olduğunu, onun, aynı hakkı geçerli olarak kazanmadığını ileri sürebilir.

c. Aile Konutunun, Eşlerin Birlikte Mülkiyetinde Olması

aa. Aile Konutunun Paylı Mülkiyet Konusu Olması

Aile konutu eşlerin paylı mülkiyetinde ise, eşlerden biri, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, diğer eşin rızasını almadan, payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.¹⁶⁴ (TMK, mad. 223/II) Bu nedenle, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan aile konutuna ilişkin tasarruf işlemlerinde diğer eşin rızasının alınması zorunludur. Fakat, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi, aynı kanunun 223. maddesinin ikinci fıkrasına göre daha geniş bir uygulama alanına sahiptir.¹⁶⁵ Çünkü, 223. maddenin ikinci fıkrası, sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulanabilir. 194. madde ise, evliliğin genel hükümleri arasında yer aldığı için, eşler arasındaki mal rejimine bakılmaksızın uygulanır. Ayrıca, 223. maddenin ikinci fıkrası, emredici bir hüküm değildir. Çünkü eşler, yapacakları bir sözleşmeyle bu haktan feragat edebilirler. 194. madde, emredici bir hükümdür; bu nedenle, eşlerin bu hakkından vazgeçmeleri veya bu hakkı kullanmayacaklarını taahhüt etmeleri hiçbir hüküm doğurmaz. Diğer yandan, 223. maddenin ikinci fıkrasında, tapu siciline şerh olanağı öngörülmemiştir. Fakat, aile konutu ola-

¹⁶⁴ Bu konuda bkz. aşa. § 5, III.

¹⁶⁵ Şıpka, s. 103; Doğan, s. 290.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

rak kullanılan taşınmaz, eşlerin paylı mülkiyetinde ise tapu siciline aile konutu şerhi verilebilir.¹⁶⁶

Görüldüğü gibi, Medeni Kanun'un 194. maddesi, aile konutu konusunda, 223. maddenin ikinci fıkrasına göre daha etkili bir koruma sağlamaktadır. Bu nedenle aile konutu, eşlerin paylı mülkiyetinde ise, 194. madde öncelikle uygulanır.¹⁶⁷ Buna göre, eşlerden biri, diğer eşin rızası bulunmadıkça, diğer eşle birlikte paylı malik olduğu aile konutu üzerindeki payını devredemez, payı üzerinde ipotek, intifa ve oturma (stükna) hakları kuramaz. Ayrıca, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan aile konutuna ilişkin olarak her bir eş, tapu siciline şerh olanağından da yararlanabilir. (TMK, mad. 194/III)

bb. Aile Konutunun Elbirliği Mülkiyetinin Konusu Olması

Aile konutunun, eşlerin elbirliği mülkiyetinin konusu olması durumunda Medeni Kanun'un 194. maddesinin uygulanmasına gerek yoktur.¹⁶⁸ Çünkü bu durumda, aile konutuna, elbirliği mülkiyetine ilişkin özel hükümler¹⁶⁹ (TMK, mad. 701 vd.) uygulanır. Buna göre, ortakların payları, özel ilişkide belli olsa bile, ortaklar, payları üzerinde, hiçbir tasarruf işlemini tek başına yapamazlar. Ayrıca belirtelim ki

¹⁶⁶ Bu durum, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün, 11. 06. 2002 tarih ve 2002/7 sayılı Genelgesi'nde de açıkça belirtilmiştir.

¹⁶⁷ Bkz. Şıpka, s. 104; Doğan, s. 290. Aksi görüşte olan Kılıçoğlu'na göre ise (Yenilikler, s. 50; Diğer Eşin Rızası, s. 17) yasal mal rejiminde, aile konutu eşlerin paylı mülkiyetinde ise, 194. madde değil, buna ilişkin özel bir hüküm olan 223. maddenin ikinci fıkrası uygulanır. Benzer görüşte: Gümüş, s. 37, dn. 50; Kanaatimce, bu görüşün kabulü halinde, Medeni Kanun'un 194. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen şerh olanağından yararlanılamaz. Bu sonuç ise, rızası alınamayan eşin aile konutu üzerindeki menfaatlerine zarar vereceği için kabul edilmemelidir.

¹⁶⁸ Bkz. Gümüş, s. 37, dn. 50; Kılıçoğlu, (Yenilikler, s. 50; Diğer Eşin Rızası, s. 18) Şıpka, s. 105; Doğan, s. 290.

¹⁶⁹ Bu konuda bkz. Ertaş-Serdar-Gürpınar, s. 246; Oğuzman-Seliçi, s. 263 vd.; Tekinay-Akman-Borcuoğlu-Altop, (Eşya) s. 631 vd.

paylardan birinin başkasına devri, paylar belli olmadığı için, zaten mümkün değildir.¹⁷⁰ Çünkü, elbirliği mülkiyetinde ortaklar, malın tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahiptirler ve ortakların belli payları yoktur. Elbirliği mülkiyetindeki mallara ilişkin tasarruf işlemleri, ortakların oybirliği halinde alacakları karara bağlıdır. (TMK, mad. 702/II) Bu nedenle, eşlerin elbirliği mülkiyetinde bulunan aile konutları üzerindeki tasarruf işlemleri bakımından, aynı kanununun 194. maddesinin uygulanmasında bir zorunluluk yoktur.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Aile konutu, elbirliği veya paylı mülkiyet konusu olmakla birlikte, eşlerden biri paydaş değilse, o takdirde, Medeni Kanun'un 194. maddesi, yine uygulama alanı bulur. Bu durumda, paydaş olan eş, diğer eşin rızasını almadan, onun aile konutu üzerindeki haklarını engelleyici hukuki işlemleri yapamaz.¹⁷¹

d. Aile Konutu Üzerinde, Eşlerden Birinin Sınırlı Aynı Hakkı Olması

Aile konutu üzerinde, eşlerden birinin, mülkiyet hakkı değil de, intifa, sükna veya üst hakkı gibi sınırlı bir aynı hakkı varsa, Medeni Kanun'un 194. maddesi yine uygulanır.¹⁷² Bu durumda, sınırlı aynı hak sahibi olan eş, diğer eşin rızasını almadan, hakkı üzerinde tasarruf işlemi yapamaz. Mesela, aile konutunu sahip olduğu intifa hakkına dayanarak aileye özgüleyen eş, diğer eşin rızasını almadıkça bu haktan feragat edemez. Fakat, Gümüş'ün de haklı olarak ifade ettiği gibi, aile konutu üzerinde intifa, sükna veya üst hakkı sahibi olan eşin, bu haktan feragati karşılığında kendisine mülkiyet hakkı tanıyan hallerde, diğer eşin rızasına gerek bulunmamaktadır.

¹⁷⁰ Bkz. Ertay-Serdar-Gürpınar, s. 246; Oğuzman-Seliçi, s. 266; Tekinay-Akman-Borcuoğlu-Altıp (Eşya) s. 640.

¹⁷¹ Bkz. ve karşı. Şipka, s. 105 vd.; Doğan, s. 290; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 17.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

5. Eşlerden Birinin Kişisel Hak Sahibi Olduğu Aile Konutlarına İlişkin Hukuki İşlemlerde

a. Genel olarak

Aile konutu üzerinde eşlerden birinin kişisel hakkı varsa, bu durumda da Medeni Kanun'un 194. maddesi uygulanır. Mesela aile konutu, eşlerden biri tarafından kira sözleşmesiyle sağlanmış veya eşlerden birine, ariyet sözleşmesi gereğince bırakılmış olabilir. Bu durumlarda, aile konutu üzerinde kişisel hak sahibi olan eş, 194. maddenin ilk fıkrası gereğince, diğer eşin rızasını almadan, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedemez veya aile konutu üzerindeki hakkını sınırlayacak tasarruf işlemleri yapamaz.

Aile konutu üzerinde, eşlerden birinin kira sözleşmesinden doğan haklarının bulunması durumunda, 194. maddenin ilk fıkrası ile son fıkrası uygulanır. Aile konutu üzerindeki kişisel hakkın kira sözleşmesine dayanması zorunlu değildir. Uygulamada sıklıkla görüldüğü gibi aile konutu, eşlerden birinin, genellikle yakın kan hısımlarına ait olmakla birlikte, bedelsiz kullanım hakkı eşlerden birine bırakılmışsa, bir âriyet sözleşmesinin bulunduğu kabul edilebilir. Böyle bir durumda, Medeni Kanun'un 194. maddesinin ilk fıkrası uygulanabilir. Buna göre, aile konutu üzerinde ariyet sözleşmesinden doğan kullanma hakkına sahip olan eş, diğer eşin rızasını almadıkça, bu sözleşmeyi feshedemez, bu sözleşmeden doğan hakları sınırlayamaz.¹⁷³

¹⁷² Şıpka, s. 106; Doğan, s. 290.

¹⁷³ Bkz. ve karşı. Şıpka, s. 106 vd. Borçlar Kanunu'nun 303. maddesine göre, "Ariyet Sözleşmesi"nde belli bir süre öngörülmüşse, bu sürenin dolmasıyla sözleşme sona erer ve 299. maddeye göre ariyet alanın geri verme yükümlülüğü doğar. Bu hükümlerden anlaşıldığı gibi, ariyet veren kural olarak, sözleşmede belirlenen süre dolmadan ariyet olarak verilen malı geri alamaz. Bu nedenle ariyet alanın, süre sonuna kadar, bu malı kullanma hakkı bulunmaktadır. Ariyet alan, sözleşmenin konusu olan taşınmazı, aile konutu olarak ailesine özgülemişse, diğer eşin de ariyet sözleşmesi süresince bu konuttan yararlanma yetkisi bulunduğu ve ariyet alan eşin, bu sözleşmeden doğan haklardan feragat etmesinin veya

Ayrıca, lojman niteliğinde olan aile konutunun boşaltılması da, kural olarak diğer eşin rızasına bağlıdır.¹⁷⁴ Çünkü, memur veya işçi olan ve bundan dolayı kendisine lojman tahsis edilmiş eşin, çalıştığı kurumun istemi veya yasal bir zorunluluk olmaksızın bu konuttan ayrılmaya, tek başına karar vermesi, Medeni Kanun'un 194. maddesiyle sağlanan hukuki korumayı ortadan kaldırır.¹⁷⁵ Bu nedenle, kendisine lojman tahsis edilmiş eşin çalışma özgürlüğü engellenmek koşuluyla, lojman üzerindeki hakları sınırlayan tasarruf işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlıdır. Böylece, 194. maddenin amacıyla, eşlerin çalışma özgürlüğü arasında hakkaniyete uygun bir denge sağlanmış olur.¹⁷⁶ Buna göre mesela, koca, çalıştığı şirket tarafından kendisine tahsis edilen lojmanı tek başına boşaltamaz. Fakat kocanın, iş sözleşmesini feshi, diğer eşin rızasına bağlı değildir. İş sözleşmesinin feshi, lojmanın tahliyesini gerektirse bile, işçi, tek başına alacağı kararla, iş sözleşmesini feshedebilir. Bununla birlikte, iş sözleşmesinin devam ettiği süre içinde, işçi, aile konutu olarak kullanılan lojmanın boşaltılmasına, eşiyle birlikte karar vermek durumundadır. Çünkü bu durumda, işçinin çalışma özgürlüğü ile aile konutundan yararlanmaya ilişkin hakkın çatıştığı söylenemez.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

bu hakları sınırlamasının Medeni Kanun'un 194. maddesinin ilk fıkrası gereğince diğer eşin rızasına bağlı olduğu sonucuna varılmalıdır. Aksi görüş için bkz. Gümüş, s. 41, dn. 56.

¹⁷⁴ Bkz. ve karş. Doğan, s. 295; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 10.

¹⁷⁵ Doğan, s. 296.

¹⁷⁶ Aksi görüşte olan Şipka'ya göre (s. 112) eşin çalışma özgürlüğü, bir kişisel hak olarak, aile konutunun korunması hakkına göre öncelikli sayılmalıdır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

b. Aile Konutunun, Eşlerden Biri Tarafından Kira Sözleşmesiyle Sağlanmış Olması

aa. Aile Konutuna İlişkin Kira Sözleşmesinin Feshinin Diğer Eşin Rızasına Bağlı Olması

Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasına göre, aile konutu olarak kullanılan taşınmaz, eşlerden biri tarafından kira sözleşmesiyle sağlanmışsa sözleşmeye taraf olan eş, ancak eşinin açık rızasıyla bu sözleşmeyi feshedebilir. Eşin, sözleşmenin feshine açık rızası yoksa, böyle bir fesih hukuki sonuç doğurmaz. Bu nedenle kiracı olan eşin ve bu sıfatı olmayan diğer eşin, konuttan yararlanma hakkı devam eder. Dolayısıyla kiralayan, böyle bir fesih beyanına dayanarak aile konutunun boşaltılmasını isteyemez.¹⁷⁷ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266/o maddesinde de kira sözleşmesinin, diğer eşin rızası alınmadan feshedilmesinin geçersiz olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca, aile konutu üzerindeki hakların sınırlanması da, diğer eşin rızasına bağlıdır. (TMK, mad. 194/I) Bu nedenle kira sözleşmesinin tarafı olan eşin yapacağı, aile konutundan yararlanmayı engelleyici nitelikteki tasarruf işlemleri,¹⁷⁸ diğer eşin rızasına bağlıdır. Kiracı sıfatını taşıyan eş ile kiralayan arasında kira sözleşmesinden doğan hakları azaltan veya ortadan kaldıran bütün hukuki işlemler için durum böyledir. Mesela kira sözleşmesinin süresinin kısaltılmasına ilişkin olarak kiracı olan eşin kiralayanla yapacağı bir sözleşmenin geçerliliği de, diğer eşin rızasına bağlıdır. Çünkü kira süresinin kısaltılması bir tasarruf işlemidir. Bu beyanla kiracı kira sözleşmesindeki sürenin bir kısmından feragat etmektedir.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Akıntürk, s. 113; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 12; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 44; Şıpka, s. 142; Doğan, s. 295.

¹⁷⁸ Tasarruf işlemleri, bir hakka doğrudan etki yapan, onu devreden, sınırlandıran, değiştiren veya ortadan kaldıran hukuki işlemlerdir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Ayiter, Kudret, *Medeni Hukukta Tasarruf Muameleleri*, Ankara 1953, s. 13, 25 vd.

¹⁷⁹ Bir haktan feragat edilmesi de, bir tasarruf işlemidir. Bkz. Ayiter, s. 25 vd.

Bunların yanında kira sözleşmesine taraf olan eşin kiralayana tahliye taahhüdü vermesi de diğer eşin rızasına bağlıdır.¹⁸⁰ Tahliye taahhüdü, kanaatimce bir tasarruf işlemidir. Çünkü, tahliye taahhüdü kiracının kiracılık statüsünün, belli bir tarihte sona erdirilmesine yönelik bir beyandır. Kiracı, böyle bir beyanla kira sözleşmesinin yenilenmesi hakkından feragat etmektedir. Bu nedenle kira sözleşmesindeki haktan feragat anlamına gelen bu işlemin yapılması da, diğer eşin rızasına bağlıdır.

Medeni Kanun'un 194. maddesinin ilk fıkrasıyla, geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmış olan hukuki işlemler, yalnızca kiracının yapacağı tek taraflı bildirimlerdir. Aynı maddenin son fıkrasında öngörülen şekilde diğer eş, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olmamışsa kiralayanın ihbar ve ihtarları, sadece kiracı olan eşe yapıldıkları takdirde geçerli olur.¹⁸¹ İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266/n maddesine göre, fesih bildiriminin kiralayan tarafından, hem kiracıya, hem de eşine yapılması zorunludur.¹⁸²

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi veya tahliye taahhüdünün geçerliliği hakkındaki Medeni Kanun'un 194. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilmesi için kiracı sıfatının, sadece eşlerden birine ait olması gerekir.¹⁸³ Eşlerin ikisi de başlangıçtan beri sözleşmenin kiracı tarafını oluşturmuşsa veya aynı maddenin son fıkrası uyarınca diğer eş kiralayana sonradan yaptığı tek taraflı bildirimle sözleşmenin tarafı haline

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

¹⁸⁰ Bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 11; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 44; Şıpka, s. 129.

¹⁸¹ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 43; Şıpka, s. 130; Doğan, s. 297. Fakat, Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 12.2.1979 tarih ve 1079/1008 sayılı Kararı'nda, önceki Medeni Kanun'da yer alan, kocanın evlilik birliğinin reisi olması ve ortak konutun koca tarafından seçilmesine ilişkin kural göz önünde tutularak, kadının taraf olduğu kira sözleşmelerine ilişkin ihbar ve ihtarların, kira sözleşmesine taraf olmayan kocaya yapılması geçerli sayılmıştır. (Dalamanlı-Kazancı-Kazancı, s. 421.)

¹⁸² Bkz. Şıpka, s. 64; Akyol, s. 387; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 444.

¹⁸³ Bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 11; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 43; Şıpka, s. 109; Doğan, s. 295.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

gelmişse, böyle bir kira sözleşmesinin kiracı sıfatını taşıyan her iki eş tarafından kiralayana birlikte yapılacak bir fesih beyanı veya tahliye taahhüdüyle sona erdirilmesi zorunludur. Çünkü kiralananın tahliyesi, bölünemez edim niteliğindedir.

bb. Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşin Kiralayana Yönelteceği Tek Taraflı Bildirimle Sözleşmenin Tarafı Haline Gelmesi

Medeni Kanun'un 194. maddesinin ilk fıkrasında, sadece kiracı tarafından kira sözleşmesinin feshedilmesi ile kira sözleşmesindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Söz konusu fıkra, bunlar dışındaki durumlar için herhangi bir koruma öngörülmemiştir. Bu nedenle kiracı eşin kira sözleşmesinin sona ermesine yol açabilecek pasif davranışları, söz konusu maddenin ilk fıkrasının koruma kapsamına dahil değildir.¹⁸⁴ Mesela kiracı eşin kira parasını ödememek suretiyle temerrüde düşmesi gibi davranışlarına ilişkin bir koruma yoktur. Bu nedenle, diğer eşe, dolaylı bir koruma getirmek amacıyla, 194. maddenin son fıkrasıyla kira sözleşmesine taraf olmayan eş de, taraf haline getirebilecek bir hükme yer verilmiştir.

Hemen belirtelim ki böyle bir hüküm, İsviçre Medeni Kanun'unda yoktur. Fakat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266/n maddesine göre kiralayanın yapacağı tahliyeye ilişkin tüm bildirimlerin diğer eşe de yapılması zorunludur. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 266/o maddesine göre, bu kurala uygun olmayan fesih bildirimleri geçersizdir. Türk Hukuku'nda ise kiralayanın kiracıya yapacağı bildirimlerin geçerliliği için böyle bir koşul bulunmamaktadır.¹⁸⁵ Bu nedenle, diğer eşe,

¹⁸⁴ Bkz. Gümüş, s. 41; Şıpka, s. 129.

¹⁸⁵ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, kiralayanın yapacağı fesih bildirimlerinin ve fesih uyarısına bağlı bir ödeme süresinin belirlenmesine ilişkin ihbar ve ihtarların da, İsviçre'de olduğu gibi, kiracıya ve eşine, ayrı ayrı bildirilmesi zorunluluğu öngörülmektedir. Bu konuda bkz. Şıpka, s. 130; Doğan, s. 297.

daha güçlü bir koruma sağlayabilmek için, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin son fıkrası kabul edilmiştir.

Diğer eşin kira sözleşmesine taraf olmaması durumunda kira sözleşmesine taraf olan eş, mesela kira bedelini ödeme-
mek suretiyle, diğer eşin aile konutundan tahliye edilmesini sağlayabilir. Kiralayanın kiracı olan bu eşe yaptığı bütün ih-
bar ve ihtarlar geçerlidir. Bu nedenle, Medeni Kanun'un 194.
maddesinin son fıkrasıyla, diğer eşe kira sözleşmesine taraf
olabilme yetkisi tanınmıştır. Söz konusu maddenin son fıkrası
gereğince kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş kiralayana
yapacağı tek taraflı bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline
gelir.¹⁸⁶ Bu bildirimden başlayarak kiracı sıfatını kazanan eş
kira sözleşmesinden doğan haklara sahip olur ve borçların
da, diğer eşle birlikte müteselsil borçlusu haline gelir.¹⁸⁷

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

¹⁸⁶ İsviçre Medeni Kanunu'nda diğer eşe, evlilik birliği devam ettiği süre için-
de böyle bir hak tanınmıştır. Diğer eşin, kira sözleşmesine taraf olma-
sı, sadece evliliğin sona erdiği durumlarda kabul edilmiştir. Bu nedenle,
İsviçre Medeni Kanunu'nun 121. maddesine göre, boşanma kararı veren
hâkim, eşlerden birinin, önemli nedenlerle aile konutuna muhtaç olması
durumunda, kira sözleşmesinden doğan hak ve yükümlülüklerin bu eşe
devrine karar verebilir. Görüldüğü gibi, İsviçre Medeni Kanun'unda,
kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, kira sözleşmesine taraf olması,
boşanmanın sonuçları arasında düzenlenmiştir. Fakat, İsviçre Medeni
Kanunu'nun, bu maddesine uygun bir düzenleme, Medeni Kanun'un,
paylaşmalı mal ayrılığına ilişkin 254. maddesinin dördüncü fıkrasında
bulunmaktadır. Bu madde de, İsviçre Medeni Kanun'unda olduğu gibi,
evliliğin iptal veya boşanma nedeniyle sona ermesi üzerine, uygulama
alanı bulur. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 14, 16; Gü-
müş, s. 37, dn. 52; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 46, 49; Şıpka, s. 66, 96.

¹⁸⁷ Gümüş'e göre (s. 37, dn. 52) 194. maddenin son fıkrası "ölü" bir hüküm-
dür. Çünkü, "eşinin kiracı olarak akdettiği kira sözleşmesinin akıbeti üzerinde
TMK, mad. 194/1'in tanıdığı "feshetme" yetkisi çerçevesinde zaten etkili
olabilen bir eşin, hiçbir zaman için ayrıca müteselsil sorumlu olarak söz konusu
kira sözleşmesinin tarafı haline gelmek istemeyeceği açıktır. Sonuçta TMK,
mad. 194/IV hükmü...sakat bir kanun hükmü olarak karşımızdadır." Kanaa-
timce, kiralayana bildirimde bulunan eşin müteselsil sorumlu tutulması,
bu hükmün uygulanabilirliğini azaltabilir. Fakat, hükmün hiç uygula-
namayacağını ileri sürülmesi de fazla iddialı bir yaklaşım olur. Çünkü,
her ne kadar 194. maddenin ilk fıkrası, kira sözleşmesinin feshi için diğer
eşin rızasını aramışsa da, bu her zaman yeterli bir koruma teşkil etme-
yebilir. Mesela, kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş, kiralayanın yapı-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Bildirim sonucunda, her iki eş de sözleşmenin kiracı tarafını oluşturur. Medeni Kanun'un 194. maddesinin son fıkrası, Borçlar Hukuku'nun temel ilkelerinden, sözleşmenin nispiliği ilkesine aykırı olmakla birlikte, evlilik birliğini ve diğer eşini koruma amacıyla kabul edilmiştir.¹⁸⁸ Böylece, üçüncü kişi durumundaki diğer eşe, tek taraflı bir bildirimle, eşiyile birlikte kira sözleşmesinin tarafı olma hakkı tanınmıştır.

Bu bildirim, tek taraflı, varması gerekli bir irade açıklaması olup kiralayana ulaştığı anda hüküm ve sonuçlarını doğurur. Kanunda herhangi geçerlilik şekli öngörülmediği için bildirim, şekle bağlı olmaksızın yapılabilir. Fakat, ispat kolaylığı sağlayacağı için, bildirim en azından adi yazılı şekilde yapılmasında yarar vardır.¹⁸⁹

Ayrıca, 194. maddenin son fıkrasına göre kiralayana yapacağı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline gelen eş, diğer eşle birlikte kira sözleşmesinden doğan borçlardan müteselsilen sorumlu hale gelir. Birlikte kiracılık durumunda kira borcundan kısmi sorumluluk ilkesi geçerli olduğu halde,¹⁹⁰ bu maddeyle, her iki eşin de müteselsil sorumlu olacağı düzenlenmiştir. Böylece kiralayan tarafından açılacak tahliye davalarının her iki eşe de yöneltilmesi gerekir. Bu durumda, zorunlu dava arkadaşlığı söz konusudur. Fakat kira alacağına ilişkin bir davada kiralayana bildirimde bulunarak sözleşmenin tarafı haline gelen diğer eş de, eşiyile birlikte kira borcundan müteselsil sorumlu olduğu için, eşler, ihtiyari dava arkadaşları durumundadırlar.

cağı bildirimlerden haberdar olamayabilir. Diğer eşin sözleşmeye taraf olması, en azından onun bu bildirimlerden haberdar olması sonucunu doğurur. Bu nedenle, yazarın görüşüne katılmamaktayım. İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi, kiralayanın yapacağı ihbar ve ihtarların geçerliliğini, bunların diğer eşe de bildirilmesine bağlayan bir kanun değişikliği Türk Hukuku bakımından gerçekleştirilene kadar, bu hükmün evlilik birliğinin korunması bakımından yararlı olduğu kanaatindeyim.

¹⁸⁸ Bkz. Doğan, s. 296.

¹⁸⁹ Akıntürk, s. 114; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 16; Doğan, s. 297.

¹⁹⁰ Bu konuda bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 16; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 48; Şipka, s. 95.

III. Eşlerin Paylı Mülkiyetinde Olan Mallara İlişkin Hukuki İşlemlerde

A. Genel Olarak

Medeni Kanun'un 688. maddesine göre, paylı mülkiyette paydaşlar, kendi payları bakımından malikin hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Bu nedenle, paylı mülkiyette her bir paydaş, kendi payı üzerindeki hukuki işlemleri, diğer paydaşların rızası gerekmeksizin tek başına yapabilir. Mesela, her paydaş, payını üçüncü bir kişiye devredebilir. Fakat, paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda paylardan birinin satılması durumunda, ortaklık ilişkisine üçüncü kişilerin girmesinin önlenmesi amacıyla, diğer paydaşlara, yasal önalım hakkı tanınmıştır. Gerçekten, Medeni Kanun'un 732. maddesine göre, paylı mülkiyette, bir paydaşın, taşınmaz üzerindeki payını üçüncü bir kişiye satması halinde diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.

Evlilik birliğindeki özel durum göz önünde tutularak, Medeni Kanun'un yasal önalım hakkına ilişkin 732. maddesi yanında,¹⁹¹ aynı kanunun 223. maddesinin ikinci fıkrasıyla, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mallar üzerindeki tasarruf işlemleri için özel bir hüküm de kabul edilmiştir. Söz konusu fıkra gereğince, aksine anlaşma yoksa, eşlerden biri, diğerinin rızası olmazsınız, paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Kılıçoğlu'nun da¹⁹² haklı olarak ifade ettiği gibi, eşlerin çoğunlukla ortak kazançlarıyla edindikleri paylı mülkiyet konusu bir malda, bir eşin, diğerinin rızası olmadan payını başkasına devretmesi, aile mutluluğuna zarar verebilir ve diğer eş, belki de hiç istemediği üçüncü bir kişiyle paydaş haline gelebilir. Bu nedenle, kanun koyucu, eşlerden birinin payı üzerindeki tasarruflarının, diğer

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

¹⁹¹ Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrası, aynı kanunun 732. maddesindeki yasal önalım hakkının kullanılması olanağını ortadan kaldırmamaktadır. Mesela, diğer eş, yapılan satışa rıza göstererek, süresi içinde yasal önalım hakkını da kullanabilir. Bkz. Şıpka, s. 103.

¹⁹² Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 23.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

eşin rızasına bağlanmasını gerekli görmüştür. Ayrıca, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasının dolaylı olarak, mal rejiminin tasfiyesi halinde, üstün yararın kanıtlanması suretiyle, paylı malın eşlerden birine verilmesini talep hakkı (TMK, mad. 226/II) ile evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde, eşlerin, aile konutu ve ev eşyasına yönelik haklarının da (TMK, mad. 240, 652) korunmasını amaçladığı ileri sürülmektedir.¹⁹³

Paylı mülkiyette, paydaşlardan her birisinin kendi payı üzerinde serbestçe tasarruf edebilmesi kuralına (TMK, mad. 688/II) Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasıyla, edinilmiş mallara katılma rejimindeki paylı mallar bakımından bir istisna getirilmiştir. Buna göre, eşlerden birinin paylı mülkiyetinde bulunan bir maldaki payı üzerinde tasarrufu, ancak, diğer paydaş olan eşin rızasıyla geçerlidir.¹⁹⁴ Bu rıza, aile konutuna ilişkin hukuki işlemlere verilen rızada olduğu gibi,¹⁹⁵ işlem yapılmadan önce veya yapıldıktan sonra verilebilir. Aile konutuyla ilgili hukuki işlemlerde olduğu gibi, burada da, diğer paydaş eşin rızası, bu hukuki işlemin geçerlilik şartıdır. Bu nedenle, rıza alınmadan yapılan tasarruflar geçersizdir.¹⁹⁶

B. Koşulları

Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, her iki eşin de paydaş olmasına ilişkin bir zorunluluk, aynı maddede aranmamaktadır. Fakat kanaatimce Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, her iki eşin de paydaş olması gerekir.¹⁹⁷

¹⁹³ Karş. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 23, 24; Şıpka, s. 103.

¹⁹⁴ Akıntürk, s. 115; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 26; Şıpka, s. 102, Reisoğlu, (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc).

¹⁹⁵ Bkz. yuk. § 5, II, C, 1.

¹⁹⁶ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 26; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 59; Reisoğlu; (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc). Şıpka, s. 103.

Her iki eş de mal üzerinde pay sahibi değilse, yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Mesela, kocanın, kardeşiyle birlikte paylı mülkiyetinde olan bir taşınmazdaki payı üzerinde yapacağı tasarruflar, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Bu yorum, maddenin lafzından açıkça anlaşılammakla birlikte, maddenin getiriliş amacından çıkartılabilir. Çünkü, Medeni Kanun, eşlerin bireysel mülkiyetinde bulunan mallar için, kural olarak hukuki işlem özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir. Durum böyleyken, eşlerden birinin üçüncü bir kişiyle paydaş olduğu bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruflar, niçin diğer eşin rızasına bağlansın? Mesela, eşlerden biri, bireysel mülkiyetinde bulunan bir tarla üzerinde, bütün hukuki işlemleri, eşinin rızasına bağlı olmaksızın yapabilir. Fakat, bu tarlaya, eşi dışındaki bir kişiyle paylı malik olduğunda, bu pay üzerindeki tasarruflarda diğer eşin rızasını aramak için haklı bir sebep bulunmamaktadır. Bu nedenle, 223. maddenin ikinci fıkrasının, ancak her iki eşin de paydaş olduğu malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarda uygulanacağını kabul edilmesi, maddenin getiriliş amacına daha uygun olur.¹⁹⁸

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Ayrıca, maddenin uygulanabilmesi için, sadece eşlerin paylı malik olması zorunlu değildir. Mal üzerinde, eşler dışında üçüncü bir kişi de, pay sahibiyse, bu madde yine uygulanır.¹⁹⁹ Mesela, bir taşınmaz üzerinde, eşlerden birinin kardeşinin de, eşlerle birlikte pay sahibi olduğu bir durumda da, söz konusu madde uygulanır. Fakat, bu durumda, sadece eşlerden birinin yapacağı tasarruf işlemleri diğer eşin rızasına bağlıdır. Yoksa, eşler dışındaki paydaşın yapacağı hukuki işlemler, Medeni Kanun'un 688. maddesine göre, hiç kimsenin rızasına gerek olmaksızın geçerlidir.

¹⁹⁷ Bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 24.

¹⁹⁸ Kanaatimce, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasının, bu yorum şekli doğrultusunda açık ifadelerle kaleme alınması gerekirdi. Çünkü, fıkranın bu durumu, yaruluş anlamalara meydan verebilecek bir nitelik taşımaktadır.

¹⁹⁹ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 24.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanmasında, eşlerin pay oranlarının hiçbir önemi yoktur. Eşlerin paylar eşit olmasa bile, bu kural uygulanır.

Söz konusu madde, emredici nitelikte değildir; çünkü, eşlerin aksine sözleşme yapmamaları halinde uygulanır. Eşler, paylı malik oldukları mallar üzerindeki tasarruflarının, diğerinin rızasına bağlı olmayacağına ilişkin bir sözleşme yapmışlarsa, o takdirde Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz. Doktrinde, bu sözleşmenin şekli konusunda iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Kılıçoğlu'na göre,²⁰⁰ kanunda, bu sözleşmenin şekli konusunda açık bir hüküm bulunmadığı için, bu sözleşmenin mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmez. Bu nedenle, kanıtlanabildiği ölçüde, sözlü olarak da yapılabilir. Şıpka'ya göre²⁰¹ ise, bu sözleşme, mal rejimi sözleşmesine ilişkin bir değişiklik niteliği taşır. Mal rejimi sözleşmelerindeki değişikliklerin de, Medeni Kanun'un 205. maddesinde belirtilen resmi şekle uygun olarak yapılması gerekir. Bu nedenle, eşlerin 223. maddenin ikinci fıkrasının uygulanmamasına ilişkin yapacakları sözleşmeler, resmi şekle bağlıdır.

Kanaatimce, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılacak bir sözleşmenin, aynı kanunun 227. maddesinin son fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, adi yazılı şekilde yapılması gerektiği sonucuna varılmalıdır. Gerçekten, Medeni Kanun'un 227. maddesinin son fıkrasında, eşlerin, yazılı bir anlaşmayla, değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri veya pay oranını değiştirebilecekleri kabul edilmiştir. Bu nedenle, eşlerin, edinilmiş mallara katılma rejiminin yukarıda açıklanan belirli bir noktasında, hukuka uygun bir değişiklik için yapacakları sözleşmenin şekli, Medeni Kanun'un 205. maddesine değil kıyas yoluyla uygulanması gereken, aynı kanunun 227. maddesinin son fıkrasına tabi olmalıdır. Çünkü, Medeni Kanun'un 205. maddesi,

²⁰⁰ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 26; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 58.

²⁰¹ s. 104, dn. 372.

eşlerin, sözleşmeyle mal ayrılığı, paylaŐmalđ mal ayrılığı veya mal ortaklığı rejimlerinden birini seçmek istemeleri durumunda uygulanır. Fakat, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasında, aynen aynı kanunun 227. maddesinin son fıkrasında olduğu gibi, sőzleŐmedeki bir değişiklik söz konusudur.

Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasıyla getirilen bu kural, sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulanır. EŞler mal rejimi sözleşmesiyle, edinilmiş mallara katılma rejimi dışında başka bir mal rejimi seřmiŐlerse, bu madde uygulanmaz.

Bu maddenin uygulanması iēin, paylı mŐlkiyete konu malın, bir taşınmaz olması zorunlu değildir. Bu kural, edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin paylı mŐlkiyetinde bulunan taşınurlar hakkında da uygulanır.²⁰² Hatta, paylı mŐlkiyet konusu malvarlığı değeri, bir hak da olabilir. Mesela, eşlerin paylı malik oldukları bir marka hakkında da, bu kural uygulama alanı bulur.²⁰³

Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasından da aēıkēa anlaşılacağı gibi, diğer eşin rızasına bağlanmış olan hukuki işlemler, sadece tasarruf işlemleridir.²⁰⁴ Paydaş olan eşin, payı üzerinde yapacağı her tŐr tasarruf işlemi, bu madde gereğince, paydaş durumundaki diğer eşin rızasına bağlıdır. Bu nedenle kanaatimce, aynen aile konutuna ilişkin Medeni Kanun'un 194. maddesinde olduğu gibi,²⁰⁵ aynı kanunun 223. maddesinin ikinci fıkrası da, tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama niteliği taşımaktadır. ēŐnkŐ, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasında aēıkēa, "tasarrufta" bulunmaktan söz edilmektedir. Bu nedenle, borēlandırıcı işlemlerde, mesela, paya ilişkin satış vaadi sőzleŐmelerinde, diğer eşin rızası Şart değildir.²⁰⁶

²⁰² Kılıēođlu, (Diğer EŞin Rızası) s. 24; Şıpka, s. 103.

²⁰³ Bkz. Kılıēođlu, (Diğer EŞin Rızası) s. 24.

²⁰⁴ Kılıēođlu, (Diğer EŞin Rızası) s. 25; Şıpka, s. 103.

²⁰⁵ Bkz. yuk. Ő 5, II, C, 3, d.

²⁰⁶ Kılıēođlu, (Yenilikler) s. 59.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Diğer eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması durumunda, rızaya ihtiyacı olan eşin, hâkime başvurabilmesini sağlayan bir hükme, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasında yer verilmemiştir. Kanaatimce de, her hakkın kullanılmasında göz önünde tutulması gereken dürüstlük kuralı (TMK, mad. 2/1) gereğince, kanun, rıza verme hakkının açıkça kötüye kullanılmasını korumayacağı için, rızayı alamayan eşin, aynı kanunun 194. maddesinin ikinci fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, mahkemeye başvurabileceği kabul edilmelidir.²⁰⁷

Ayrıca, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrasında, aynı kanunun 194. maddesinin üçüncü fıkrasının aksine, tapuya şerh olanağı öngörülmemiştir. Bu nedenle, eşlerin paylı mülkiyet konusu mallarının şerhi, ancak Medeni Kanun'un 199. maddesinin²⁰⁸ uygulanma koşulları gerçekleştiği takdirde yapılabilir.

IV. Evlat Edinme İşleminde

A. Eşlerden Birinin Evlat Edinmesinde

Eşlerden sadece birinin, bir kişiyi evlat edinmesi, evlatlığın bazı sorunlar yaşaması dışında, aile içinde de çeşitli uyumsuzluklara neden olabilir. Kanun koyucu, Medeni Kanun'un 306. maddesinde, özellikle diğer eşin yararlarını korumak amacıyla, eşlerin, ancak birlikte evlat edinebileceklerini²⁰⁹ kabul etmiştir. Evli bir kişi, evlatlık almak istiyorsa, kural olarak bu

²⁰⁷ Bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 25.

²⁰⁸ Bu konuda bkz. aşa. § 8. III. 0. 2.

²⁰⁹ Önceki Medeni Kanun'da, böyle bir zorunluluk yoktu. Buna göre, eşlerden birinin, bir kişiyi, eşinden ayrı olarak, tek başına evlat edinmesi mümkündü. Fakat, evlat edinecek kişinin eşinin çıkarları, evlat edinme nedeniyle zarara uğrayabileceği için, önceki Medeni Kanun'un 255. maddesinde, evlat edinecek kişi evliyse, eşinin rızasını aranıyordu. Bkz. Öztan, (Aile) s. 442; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 975; Oğuzman-Dural, s. 252; Hatemi-Serozan, s. 321; Feyzioğlu, s. 477.

işlemi tek başına değil, eşiyile birlikte yapmaktır.²¹⁰

Medeni Kanun'un 306. maddesinde, çift yönlü bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlk olarak, evli kişiler, ancak birlikte evlat edinebilirler. Eşlerden birinin, tek başına bir kişiyi evlatlık olarak alması mümkün değildir.²¹¹ İkinci olarak, ancak evli olanlar bir kişiyi birlikte evlat edinebilirler.²¹² Evli olmayanlar, aynı kişiyi birlikte evlat edinemezler.²¹³

Medeni Kanun'un 307. maddesinin ikinci fıkrasında ise, diğer eşin katılımı gerekmeksizin, tek başına evlat edinilebilecek haller sayılmıştır. Buna göre, evlat edinmek isteyen eşin, otuz yaşını doldurmuş olması koşuluyla, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması veya en az iki yıldan beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla en az iki yıldan beri eşinden ayrı yaşamakta olması nedeniyle birlikte evlat edinmelerinin olanaksızlığı ispat edilirse, eşlerden biri, tek başına evlat edinebilir.²¹⁴

Birlikte yaşayan eşlerin, tek başına evlat edinmelerinde ortaya çıkabilecek çeşitli sorunların, Medeni Kanun'un 307. maddesinde öngörülen durumlarda ortaya çıkma olasılığı daha azdır. Bu nedenle, kanun koyucu, bu durumlarda eşlerin birlikte evlat edinebilmeleri kuralını yumuşatmıştır.

Tek başına evlat edinebilmeyi sağlayan Medeni Kanun'un 306. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşlerden biri, en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını

²¹⁰ Ayrıca, kanun koyucu, Medeni Kanun'un 306. maddesinin ikinci fıkrasında, eşlerin evlat edinebilmeleri için asgari bir sınır kabul etmiştir. Bu fıkraya göre, eşlerin bir kişiyi evlat edinebilmeleri için, en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir.

²¹¹ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 114; Akıntürk, s. 365; Zevkliler-Havutçu, s. 305; Zevkliler, Aydın, "Medeni Yasa Tartışmaları, Evlat Edinme", İz. BB, 2002/131, Temmuz/Ağustos, s. 17.

²¹² Bu kural, önceki Medeni Kanunu'nda da kabul edilmişti. Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 975; Öztan, (Aile) s. 442; Oğuzman-Dural, s. 252; Feyzioğlu, s. 478.

²¹³ Akıntürk, s. 365; Zevkliler-Havutçu, s. 307; Feyzioğlu, s. 478.

²¹⁴ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 114; Akıntürk, s. 366; Zevkliler-Havutçu, s. 307; Zevkliler, (Evlat Edinme) s. 17.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

doldurmuş bulunması koşuluyla, eşinin çocuğunu evlat edinebilir.²¹⁵ Diğer eşin çocuğunun evlat edinilmesinde, doğal olarak, birlikte evlat edinebilme kuralı uygulanmaz.

Eşlerden biri, tek başına evlat edinebilmenin koşulları oluşmadığı halde, her nasılsa, bir kişiyi evlat edinmişse, bu evlatlık ilişkisinin kaldırılması, Medeni Kanun'un 317. ve devamı maddelerine göre istenebilir.²¹⁶ Mahkemenin vereceği kaldırma kararı, ileriye etkili hüküm ve sonuçlar doğurur.²¹⁷

B. Eşlerden Birinin Evlat Edinilmesinde

Evlat edinme sonucunda, evlat edinen ile evlatlık arasında bir soy bağı ilişkisi kurulur.²¹⁸ Evlat edinmeye dayanan bu yapay soy bağı, bir çok bakımdan doğal soy bağına benzer hükümler doğurur.²¹⁹ Bu hükümler gereğince, evlatlık ile evlat edinen arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler doğar ve bu ilişkiler, tarafların bütün hayatlarını etkiler.²²⁰

Kanun koyucu, evlat edinme sonrasında ortaya çıkacak olan yeni aile ilişkilerinin, evlat edinilecek kişinin evlilik birliğini olumsuz yönde etkilememesi için, geçerli bir evlatlık ilişkisinin kurulabilmesini, evlatlığın eşinin rızasına bağlamıştır.²²¹ Medeni Kanun'un 313. maddesinin ikinci fıkrasına

²¹⁵ Akıntürk, s. 366; Zevkliler-Havutçu, s. 307.

²¹⁶ Önceki Medeni Kanunu'nda, diğer eşin rızasının alınması koşulu sağlanmadan yapılan evlat edinme sözleşmesinin geçersiz olduğu ve rızası alınmayan eşin, bu sözleşmeyi iptal ettirebileceği kabul ediliyordu. Bu konuda bkz. ve karşı. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 975.

²¹⁷ Bkz. Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 121; Akıntürk, s. 381; Öztan, (Aile) s. 468; Oğuzman-Dural, s. 267; Feyzioğlu, s. 499.

²¹⁸ Bkz. Akıntürk, s. 376; Zevkliler-Havutçu, s. 309; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 972; Öztan, (Aile) s. 454; Oğuzman-Dural, s. 256; Hatemi-Serozan, s. 326; Feyzioğlu, s. 462; Zevkliler (Evlat Edinme) s. 17.

²¹⁹ Soybağı ve hükümleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Acabey Mehmet Beşir, *Soybağı, Kurulması, Genel Olarak Sonuçları, Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı*, İzmir 2002, s. 5 vd.

²²⁰ Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 374 vd.; Öztan, (Aile) s. 453 vd.; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 980; Oğuzman-Dural, s. 257 vd.; Feyzioğlu, s. 486.

²²¹ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 977; Oğuzman-Dural, s. 252; Hatemi-Serozan, s. 322; Feyzioğlu, s. 479.

göre, evlatlık olarak alınacak kişi evli ise, bu kişi, ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir. Bu hüküm, evlatlığın evlilik birliğinin korunması amacını taşır.

Evlatlığın eşinin rızası, evlat edinme için kurucu bir koşuldur.²²² Bu rıza alınmadan evlat edinme işlemi tamamlanmışsa, Medeni Kanun'un 317. maddesi uygulanır. Söz konusu maddeye göre, rızası alınması gerektiği halde, yasal bir sebep bulunmaksızın rızası alınmayan diğer eş, hâkimden, evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması isteminin, Medeni Kanun'un 319. maddesindeki bir ve beş yıllık süreler içinde olması ve evlatlık ilişkisinin kaldırılmasının, evlatlığın menfaatini ağır biçimde zedelememesi kaydıyla, hâkim, evlatlık ilişkisini, evlatlığın eşinin rızası bulunmaması nedeniyle kaldırabilir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılması, geleceğe etkili sonuçlar doğurur.²²³

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

V. Mal Ortaklığı Rejimine İlişkin Bazı Hukuki İşlemlerde

Seçimlik bir mal rejimi türü olan mal ortaklığı, eşlerin kişisel mallarıyla ortaklık mallarından oluşur. (TMK, mad. 256) Eşler, ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak²²⁴ (elbirliği mülkiyeti, iştirak halinde mülkiyet) sahip olurlar. (TMK, mad. 257/II) Elbirliği mülkiyetinin bir gereği olarak eşler, ortaklık malları üzerinde tek başlarına tasarrufta bulunamazlar. (TMK, mad. 257/III)

Ortaklık malları üzerinde eşlerin elbirliği mülkiyeti bulunduğu için, kanun koyucu, ortaklık mallarına girecek bir mirasın kabulü ve reddi konusunda özel bir düzenlemeye yer vermiştir.²²⁵ Medeni Kanun'un 265. maddesine göre, eşlerden

²²² Akıntürk, s. 371; Öztan, (Aile) s. 448; Hatemi-Serozan, s. 325; Feyzioğlu, s. 473.

²²³ Bkz. yuk. dn. 217'de anılan yazarlar.

²²⁴ Akıntürk, s. 179; Öztan, (Aile) s. 206; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 808; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 28; Oğuzman-Dural, s. 183; Hatemi-Serozan, s. 199; Feyzioğlu, s. 235.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

biri, diğerinin rızası olmaksızın, ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi, tereke borca batık ise mirası da kabul edemez. Bu maddeyle de, evlilik birliğinin çıkarları korunmaktadır.

Kanun koyucu, evlilik birliğinin menfaatlerinin korunması açısından bu hükümle yetinmemiş, rızayı elde edemeyen eşe, mahkemeye başvurma hakkı da tanımıştır. Medeni Kanun'un 265. maddesinin ikinci fıkrasına göre, diğer eşin rızasının alınmasına olanak yoksa, mesela nerede olduğu bilinmiyorsa veya diğer eş ayırt etme gücünden sürekli biçimde yoksun bulunuyorsa ya da diğer eş haklı bir sebep olmadığı halde gerekli rızayı vermekten kaçınıyorsa, istem sahibi eş, kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilir.²²⁶

Medeni Kanun'un 265. maddesi, evlilik birliğinin korunması açısından çift yönlü bir denetim olanağı getirmektedir. Bir yandan, niteliği maddede belirtilen türden bir mirasın kabul veya reddedilmesi diğer eşin rızasına bağlanmış, diğer yandan, diğer eşin rızasının alınması olanaksız ise, böyle durumlarda, evlilik birliğini korumak amacıyla hâkimin müdahalesi sağlanmıştır.

§ 6. DİĞER HÜKÜMLER

I. Yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Birliğini Koruyucu Diğer Hükümleri

A. Boşanma Davalarının Özel Bir Yargılama Usulüne Bağlı Olması

1. Genel Olarak

Boşanma ve ayrılık davalarında, diğer davalara göre farklı bazı yargılama usulleri kabul edilmiştir.²²⁷ Bunun ne-

²²⁵ Akıntürk, s. 181; Öztan, (Aile) s. 208; Feyzioğlu, s. 236.

²²⁶ Akıntürk, s. 181.

²²⁷ Boşanma davasındaki geçici önlemler için bkz. aşa. § 9, II.

deni, dava süresince, tarafların ve çocukların korunmasıdır. Ayrıca, yargılama usulüne ilişkin bu hükümler, boşanma davası sonunda, boşanma kararı verilmeyecek olursa, eşlerin yeniden birlikte yaşama yükümlülüklerinin bulunması nedeniyle, eşlerin birlikte yaşamalarının, boşanma davası sırasındaki gergin durum nedeniyle olanaksız hale gelmesini önlemek amacıyla taşır.²²⁸ Bu hükümler, bireysel olarak eşlerin ve çocukların korunması amacı dışında, evlilik birliğinin korunması amacına ulaşılmasını da kolaylaştırmaktadır. Böylece, evlilik birliğinin kolayca dağılması önlenmiş olmaktadır.

Toplumun temeli olan ailenin çözülmesi, toplumu da yakından ilgilendirir. Bu nedenle, kanun koyucu, bu tür davalar için özel yargılama usulleri belirlemek ve hâkime delilleri serbestçe değerlendirebilme yetkisi vermek suretiyle, bir yandan evlilik birliğinin, eşlerin iradeleri sonucunda bozulmasını önlemeyi, diğer yandan gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamayı amaçlamıştır.²²⁹

Ayrıca, boşanma davaları ve genel olarak Aile Hukuku uyuşmazlıkları, karmaşık bir yapı arz etmekte ve çözümünü, Aile Hukuku alanında özel bilgi ve deneyim gerektirmektedir. Bu nedenle, Aile Hukuku uyuşmazlıklarının uzman mahkemeler tarafından çözümlenmesi amacıyla, 9.1.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun²³⁰ kabul edilmiştir. Aile Hukuku uyuşmazlıklarının, özel mahkemeler tarafından incelenmesinin, evlilik birliğinin korunması ilkesinin hayata geçirilmesinde büyük bir adım oluşturduğunda şüphe yoktur.

²²⁸ Bkz. Köteli, s. 59.

²²⁹ Bkz. ve karşı Pekcanıtez-Atalay-Özekes, s. 233; Çakın, s. 111; Oğuzman-Dural, s. 134; Feyzioğlu, s. 365; Velidedeoğlu, s. 243; Tour, s. 168; Oğuzoğlu, s. 118; Birsen, s. 335; Göktürk, s. 323; Schwarz, s. 169; Arsebük, s. 764; Gönensay, s. 116; Çandarlı-Berki, s. 25; Belgesay, Mustafa Reşit, "Boşanma Usulü Muhakemesi", *Ebül'ula Mardin'e Armağan*, İstanbul 1944, s. 109.

²³⁰ RG, 18.1.2003 ve S. 24997. Aile mahkemeleri için bkz. aşa. § 6, I, A. 3.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

2. Sulh Teşebbüsü

Bugünkü hukukumuzda eşler, doğrudan doğruya, yetkili aile mahkemesinde boşanma davası açabilirler. Fakat, 1963 yılında Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan değişikliklerle yürürlükten kaldırılan, "Sulh Teşebbüsü"ne ilişkin hükümler, boşanma davası açılmadan önce, eşlerin öncelikle sulh hukuk mahkemesi önünde, sulh teşebbüsünde bulunmalarını zorunlu kılıyordu. Evlilik birliğinin kolayca dağılmasının önlenmesi ve eşlerin yeniden birlikte yaşama-ya başlamasının sağlanması amacını taşıyan bu hükümler, boşanma davasının bir ön aşamasını ve dolayısıyla bir dava şartını oluşturuyordu.²³¹

Kanaatimce, her ne kadar evlilik birliğini koruma amacı-na yönelik olsa da, eşlerin boşanma davası açılmadan önce, boşanma davasına bakacak olan mahkemenin (Aile mahkemesi'nin) dışında başka bir mahkeme (Sulh hukuk mahkemesi) önünde böyle bir zorunlu aşamaya tabi tutulması, büyük bir yarar sağlamaz.²³²

²³¹ Bu konuda bkz. Akıntürk, s. 272; Hatemi, s. 65; Tekinay, (Aile) s. 237, dn. 1; Feyzioğlu, s. 342; Velidedeoğlu, s. 232; Berki, s. 166; Birsen, s. 335; Schwarz, s. 169; Çandarlı-Berki, s. 20; Petek, Hasan, "Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları", *İz. BD*, 2000/3, s. 34; Doğanay, İsmail, "Boşanma ve Ayrılık Davası Açabilmek İçin Mutlaka Sulh Teşebbüsünde Bulunmuş Olmak Şart mıdır?", *AD*, 1946/10, s. 1101; Belgesay, (Boşanma) s. 116; Önder, Akil, "Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Medeni Kanun'da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?", *AD*, 1942/9, s. 1035.

²³² Hatemi'ye (s. 65) göre, sadece aile hukuku sorunlarıyla uğraşan uzman bir aile mahkemesinin bulunması durumunda, uygulandığı dönemde bir formalite olmaktan öteye gidemeyen "sulh teşebbüsü" yararlı olabilir. Aynı yönde, Doğanay, (Sulh Teşebbüsü) s. 1108; Önder, Akil, "Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Medeni Kanun'da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?", *AD*, 1942/9, s. 1036. Feyzioğlu'na göre ise (s. 342) sulh teşebbüsü, amacına ulaşmıyor ve uyuşmazlığı uzatmaktan başka bir işe yaramıyordu. Aynı yönde bkz. Velidedeoğlu, s. 232; Birsen, s. 335; Schwarz, s. 169; Çandarlı-Berki, s. 20; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Evllenme ve Boşanma Hukukumuzda Ne Gibi Tadilâta İhtiyaç Vardır?"

Ayrıca, bu hükümlerin çıkarılmasıyla, evlilik birliğinin korumasız kaldığını söylemek mümkün değildir. Çünkü, eşler, yargılamanın her safhasında sulh olup,²³³ davadan feragat edebilirler. Berki'nin²³⁴ de haklı olarak belirttiği gibi, bu maddelerin kaldırılması; hâkimlerin, eşleri, aile yuvasının yıkılmaması konusunda uyarılarına ve tarafları barıştırmaya teşvik yetkisine engel değildir. Çünkü, sadece, sulh teşebbüsü zorunluluğunu kaldırmıştır. Buna rağmen, mahkemelerin, dava sırasında eşleri barıştırmaya yönelik faaliyette bulunmaları mümkündür ve bu, Anayasa'nın 41. maddesinde belirtilen ailenin korunması ilkesine de uygundur.²³⁵

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

3. Aile Mahkemeleri ve Yargılama Usulü

9.1.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun²³⁶ gereğince, Aile Hukuku'ndan kaynaklanan dava ve işleri görmek üzere,

AD, 1944/1-6, s. 97) Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Türk Evlilik Hukukunun Bugünkü Meseleleri Üzerinde Düşünceler", *Medeni Kanun'un XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul 1944, s. 663; Belgesay, (Boşanma) s. 118.

²³³ Buradaki sulh sözcüğü, teknik bir anlamda kullanılmamış olup, bu sözcükle, tarafların barışmaları ve davadan feragat etmeleri kastedilmektedir. Ayrıca, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinin ilk fıkrasına göre, aile mahkemesi, esasa girmeden önce tarafları sulhe teşvik eder. Bu maddedeki sulh de teknik anlamda sulh değildir. Çünkü, aile hukuku uyuşmazlıklarında, kural olarak tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisi yoktur. Bu nedenle, bu maddedeki sulh da, davanın kısmen kabulü anlamına gelen teknik anlamda sulh değildir. Burada da, eşlerin barışmaları ve yeniden bir araya gelmeleri kastedilmektedir.

²³⁴ s. 166.

²³⁵ Aynı yönde bkz. Belgesay, (Boşanma) s. 118; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Ne Gibi Tadilâta İhtiyaç Vardır?", AD, 1944/1-6, s. 97. Çandarlı-Berki'ye göre de (s. 22) sulh teşebbüsünün kaldırılması yerindedir. Fakat, yazarlara göre, boşanma davası hâkiminin, öncelikle eşleri sulhe teşvik etmesi uygun olur. Aksi görüşte olan Petek'e göre, (s. 35) sulh teşebbüsüne ilişkin hükümlerin kaldırılması yerinde değildir.

²³⁶RG, 18.1.2003, S. 24997.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

sadece bu tür uyuşmazlıkları incelemekle görevli, özel ihtisas mahkemeleri niteliğinde aile mahkemeleri²³⁷ kurulmaktadır.

Günümüzde, Aile Hukuku uyuşmazlıklarının gittikçe karmaşık bir yapı halini almaya başlaması, bu tür uyuşmazlıkların çözümü için, özel bir uzmanlık gerektirmektedir.²³⁸ Ayrıca Aile Hukuku sorunları, toplumu yakından ilgilendirmekte ve bu nedenle, devletin temeli olan ailenin korunması için, bu tür uyuşmazlıkların, diğer uyuşmazlıklardan ayrı olarak değerlendirilip çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

Ülkemizde, yargının çok yavaş işlediği, mahkemelerin çok bir ağır iş yükü altında oldukları ve hâkimlerin, özel ve titiz bir inceleme yapmaları gereken Aile Hukuku uyuşmazlıklarına gereken önemi veremedikleri bilinen bir gerçektir. Bu nedenle, Aile Mahkemelerinin, ülkemiz açısından bir ihtiyaç haline geldiği, uzun yıllardan beri ifade ediliyordu.²³⁹ Özellikle, evlilik birliğinin korunması amacıyla, hâkimin aile işlerine daha fazla müdahale eder duruma gelmesi ve Medeni Kanun'un 195. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen, uzman kişilerin yardımının sağlanması açısından, aile mahkemeleri kurulması bir zorunluluk haline gelmişti. Bu amaçlarla hazırlanan 4787 sayılı Kanun'da, aile mahkemeleri, bir ihtisas mahkemesi olarak tasarlanmıştır.

Aile Mahkemeleri, Aile Hukukunda devrim niteliğindeki yeni düzenlemelerin uygulanmasında önemli bir göreve sahip olacaktır. Aile Hukuku'ndan doğan bütün uyuşmazlıklar, nişanlanmadan başlayarak, evliliğin bitimine, iptaline, boşanmaya, evliliğin hükümlerine, velayete, soybağına, vesayete ilişkin çeşitli konular aile mahkemelerince ele alınacak-

²³⁷ Aile mahkemelerinin çeşitli ülkelerdeki uygulamaları için bkz. Sirmen, Lale-Koçhisarlıoğlu, Cengiz-Tanrıver, Süha-Süral, Nurhal-Tercan, Erdal, "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 3 vd.

²³⁸ Sirmen-Koçhisarlıoğlu-Tanrıver-Süral-Tercan, s. 2; Petek, s. 22.

²³⁹ Bu konuda bkz. Sirmen-Koçhisarlıoğlu-Tanrıver-Süral-Tercan, s. 1 vd.; Hatemi, s. 65; Petek, s. 22.

tır. Ancak, Aile Mahkemesi hâkimi, yalnız hukuk kurallarını uygulayan bir hâkim olarak kalmayacak, bu uyuşmazlıkları çözerken aynı zamanda davanın taraflarına, örneğin eşlere öğütleriyle yardım olacaktır. Bunun için mahkemelerde görevlendirilen Psikolog, Pedagog, Sosyal Çalışmacı gibi uzmanlardan yararlanılacaktır. Böylece; Aile Mahkemeleri, yargılama görevinin yanında toplumun temel taşı olan ailenin korunmasına yönelik koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler almasını da sağlayacaktır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

4787 sayılı Kanun'un 3. maddesi gereğince, "*Aile Mahkemelerine; adli yargıda görevli, evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihen Aile Hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na atama yapılır.*" Görüldüğü gibi, aile mahkemelerinde görev yapacak olan hâkimlerde, bazı ek koşullar aranmaktadır. Bu maddeye göre, aile mahkemelerinin hâkimleri, 1. Evli olmalı, 2. Çocuk sahibi olmalı, 3. Otuz yaşını doldurmuş olmalı, 4. Aile Hukuku alanında lisans üstü eğitim almış olmalıdır. Son koşul, zorunlu değildir. Çünkü, 3. maddede, Aile Hukuku alanında lisans üstü eğitim yapmış olmanın, aile mahkemelerine atanmada bir tercih nedeni olduğu belirtilmiştir.

Ayrıca, 4787 sayılı Kanun, aile mahkemelerinde, bu nitelikleri taşıyan hâkimler dışında, çeşitli uzman kişilerin de bulunmalarını zorunlu kılmıştır. Adı geçen kanunun 5. maddesine göre, her aile mahkemesinde, 1. Davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek, 2. Mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek, 3. Mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak, üzere, tercihen evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve Aile Hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından seçilen, birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı bulunur.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Görüldüğü gibi kanun koyucu, aile mahkemelerine, Aile Hukuku uyuşmazlıkları alanında uzman kişilerin de katılması gerekli görmüştür. Böylece, kanun koyucu, Aile Hukuku davalarına özel bir önem vermiş ve bunlara bakma görevini, bu ihtisas mahkemelerine vermiştir.

4787 sayılı Kanun'un, aile mahkemelerinin yargılama usulüne ilişkin 7. maddesinin birinci fıkrasına göre, aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

Bu fıkıyla aile mahkemesine, ilk olarak eşleri sulhe teşvik etme görevi verilmiş, bu yolda başarı sağlanamazsa, esas hakkında hüküm verilebileceği düzenlenmiştir. Bu maddede geçen sulhe teşvik, teknik anlamda sulh değildir. Buradaki durum, 1963 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkarılan, sulh teşebbüsüne benzemektedir.²⁴⁰ Çünkü, Aile Hukuku uyuşmazlıklarında tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığı için teknik anlamda sulh mümkün değildir. Burada kastedilen, tarafların barıştırılmaya ve uzlaştırılmaya çalışılmasıdır. Bu nedenle, aile hâkimi, ilk olarak tarafların arasındaki sorunu, onları uzlaştırarak çözümlenmeye çalışmak zorundadır. Bu yönde olumlu bir sonuç alınmazsa, esasa girişilebilecektir.

Bu hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213. maddesindeki, "*Davanın her aşamasında tahkikat hâkimi... sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulhe de teşvik edebilir*", hükmünden farklı bir anlam taşır. Çünkü, 213. maddede geçen "*...teşvik edebilir*" hükmü, bir kesinlik taşımamaktadır.

²⁴⁰ Bkz. Gürdoğan, Burhan, "Boşanma Davalarına İlişkin Usul Hükümleri", AÜHF. 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 217.

Sadece, hâkime bir yol gösterilmesi ve yetki verilmesi söz konusudur. 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki, "... teşvik eder ... sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir" hükmü ise, emredici bir kural içermektedir. Bu maddeye göre aile mahkemesi, ilk olarak eşleri sulha teşvik etmek zorundadır.²⁴¹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Fıkırada geçen sulhe teşvik, 1963 yılına kadar uygulanan sulh teşebbüsüne içerik itibariyle benzemekle birlikte, bazı farklılıklar göstermektedir. Çünkü, yukarıda da açıklandığı gibi, sulh teşebbüsü, sadece boşanma davaları için kabul edildiği halde, sulhe teşvik, Aile Hukuku'ndan kaynaklanan her tür uyuşmazlık için mümkündür. Ayrıca, sulh teşebbüsü, uygulandığı dönemde, asıl davaya bakacak olan mahkeme (Aile) dışında bir mahkeme (sulh hukuk) tarafından görülmekteydi. Bu durum, sulh teşebbüsünü gereksiz bir formalite haline getirmişti. Bu nedenle eleştirilen hükümler, (HUMK, mad. 494-499) 1963 tarihinde yasadan çıkarılmıştı. 4787 sayılı Kanun'da düzenlenen sulhe teşvik ise, asıl davayla birlikte, aynı mahkemede görülecektir. Şüphesiz ki bu durum, hem Anayasa'nın 41. maddesindeki ailenin korunması ilkesine, hem de yargılamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi gereğine uygun bir düzenleme oluşturmaktadır.²⁴²

²⁴¹ 4787 sayılı Kanun'daki bu düzenlemeye benzer bir hüküm, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesinde de yer almaktadır. Bu maddeye göre, hâkim ilk oturumda tarafları sulhe teşvik eder. Ulaşma sağlanamadığı takdirde, yargılamaya devam olunarak esas hakkında hüküm verilir. Görüldüğü gibi, her iki hüküm de, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213. maddesindeki sulha teşvikten farklı bir anlam taşır. Bkz. Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukukunda Sulh*, Ankara 1972, s. 104, dn. 13.

²⁴² 1971 tarihli Medeni Kanun Öntasarısı'nın 150. maddesine göre, hâkim, ilk oturumda, doğrudan doğruya ve yalnızca eşleri davet ederek, onları barıştırmaya çalışır. Eşler duruşmaya gelmez veya barışmazlarsa, yargılamaya devam edilir. Bu hüküm de, 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu'nun 7. maddesine benzemektedir. Öntasarı'nın söz konusu hükmünü değerlendiren Gürdoğan'a göre, (s. 217) 1963 tarihinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkarılan sulh teşebbüsüne benzeyen bu hüküm, gereksiz olup, yargılamayı uzatmaktan başka bir işe yaramamaktadır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrasında ise, ilk fıkradaki sulhe teşvik dışında, aile mahkemelerinin yargılama usulleri belirtilmiştir. Bu fıkraya göre, özel kanun hükümleri saklı kalmak kaydıyla, bu kanunda hüküm bulunmayan konularda, Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku'na ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri uygulanır.

Ayrıca, 4787 sayılı, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un "Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler" kenar başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre:

"Aile mahkemesi, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere, görev alanına giren konularda:

1. Yetişkinler hakkında: a. Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya, b. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya...

2. Küçükler hakkında: a. Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya... karar verebilir."

Görüldüğü gibi, bu fıkra ile, Aile Mahkemesine, eşlerin ve çocukların korunması için gerekli önlemleri alma yetkisi verilmiştir. Ayrıca, aynı maddenin son fıkrasına göre de: "Aile mahkemesince verilen bu kararlara...uyulmaması halinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesi uygulanır." 4787 sayılı Kanun'da, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler, ihtiyati tedbirlere benzetilmiş ve bu önlemlere uyulmaması durumunda, ihtiyati tedbire aykırı davranışı düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesinin uygulanacağı düzenlenmiştir.

Sonuç olarak, aile mahkemelerinin kurulması ile bu mahkemelerde çeşitli meslek gruplarından uzman kişilerin bulundurulması, evlilik birliğini koruyucu yeni düzenlemelerdir.

Kanaatimce, genel mahkemeler tarafından, iş yoğunluğundan yeterince üzerinde durulamayan, fakat 4721 sayılı yeni Medeni Kanun'la önemi oldukça artan, evlilik birliğini koruyucu hükümler, aile mahkemeleri sayesinde önem kazanacaktır. Sadece Aile Hukuku uyuşmazlıklarıyla uğraşan uzman Aile Mahkemeleri, evlilik birliğinin karşılaştığı sorunların daha açık bir şekilde ortaya konulmasını ve bunlara ilişkin uygun önlemlerin daha hızlı ve doğru bir şekilde alınmasını sağlayacaktır.

4. Türk Medeni Kanunu'nun 184. Maddesinde Düzenlenen Özel Yargılama Usulleri

Medeni Kanun'un 184. maddesinde öngörülen boşanma davalarına ilişkin özel yargılama hükümleri, evlenmenin iptali davalarında da uygulanır.²⁴³ Çünkü, Medeni Kanun'un 160. maddesinde, butlan davasının yargılama usulü konusunda, boşanma davasının yargılama usulüne yollama yapılmıştır.

Medeni Kanun'un 184. maddesinin birinci bendine göre, hâkim, boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği, bunları ispatlanmış sayamaz. Hâkimin boşanma kararı verebilmesi, davanın dayanağı olarak öne sürülen olayların varlığına inanmış olmasına bağlıdır.²⁴⁴ Fakat bu durum, hiçbir zaman hâkime dilediği gibi karar verme hakkı vermez,²⁴⁵ sadece hâkimi, vicdanen inanmadığı delillere bağlı kalma zorunluluğundan kurtarır.²⁴⁶

²⁴³ Akıntürk, s. 220; Öztan, (Aile) s. 261; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 864; Oğuzman-Dural, s. 107; Hatemi-Serozan, s. 169; Schwarz, s. 168; Arsebük, s. 660.

²⁴⁴ Zevkliler-Havutçu, s. 285; Öztan, (Aile) s. 340; Çakın, s. 112; Oğuzman-Dural, s. 135; Hatemi-Serozan, s. 240; Berki, s. 167; Oğuzoğlu, s. 118; Göktürk, s. 323; Schwarz, s. 169; Arsebük, s. 765; Çandarlı-Berki, s. 25; Gürdoğan, s. 213; Berki, (Boşanma) s. 153; Belgesay, (Boşanma) s. 122.

²⁴⁵ YHGK, 8.1.1969 tarih ve 67/2 sayılı Kararı'ndan: *Medeni Kanun'un 150. maddesinde boşanma davalarında hâkime serbest takdir hakkı tanınmış ise de, takdirin dosyada dayanağı bulunmak icap eder. -Hükme yeterli delil varken, kabule şayan gerekçe gösterilmeden, o deliller ihmal olunamaz... Delillerin takdirindeki isabetsizlik hükmün bozulması sebebi olur.* (ABD, 1963/3, s. 501.)

²⁴⁶ Akıntürk, s. 272; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 914; Feyzioğlu, s. 365;

Medeni Kanun'un 184. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü bentlerine göre, hâkim, taraflara yemin öneremez, tarafların ikrarı,²⁴⁷ kural olarak hâkimi bağlamaz²⁴⁸ ve hâkim her türlü

Velidedeoğlu, s. 243; Birsen, s. 336; Akgün, s. 86; Gönensay, s. 116. Ancak, Medeni Kanun'un 165. maddesine göre, akıl hastalığına dayanan boşanma davalarında, hâkim, akıl hastalığı hakkında bilirkişi raporu almak zorundadır. Hâkim, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı, resmi sağlık kurulu raporuyla belirlenmişse, boşanma kararı verebilir. Burada, hâkim, resmi sağlık kurulu raporuyla bağlıdır.

²⁴⁷ YHGK, 9. 11. 1955 tarih ve 4-79/78 sayılı Kararı'ndan: İkrar, beyan sahibi tarafından hasmının, karara bağlanmasını istediği hakkın veya hukuki durumun meydana gelmesine esas teşkil eden ve hasmınca ileri sürülmüş bulunan, maddi vakıaların tamamen veya kısmen doğru olduğunun bildirilmiş olmasıdır. Olgaç, Senai-Çemberci, Mustafa, *Hukuk Davalarında İkrar*, İstanbul 1964, s. 13, dn. 5. İkrar, somut olaylarla ilgili olup, diğer tarafın talep sonucuna ilişkin değildir. Bkz. Kuru, (C. II) s. 2051; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 361; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 439; Akıntürk, s. 272; Öztan, (Aile) s. 341; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 914; Hatemi-Serozan, s. 240; Oğuzoğlu, s. 120; Schwarz, s. 171; Alangoya, s. 134; Petek, s. 30. Belgesay'a göre (Boşanma, s. 123) kanun, hâkimi, ikrarı dikkate almaktan men etmiş değildir. Sadece onu, bu ikrarla bağlı tutmamıştır. Hâkimin ikrarla bağlı olmaması ile onu dikkate alarak hüküm vermemesi farklıdır. Bkz. Olgaç-Çemberci, s. 25, dn. 54.

Bir tarafın talep sonucunun diğer tarafça kabul edilmesi ise, davayı sona erdiren bir taraf işlemi olup, kabul adını alır. Kabulde, diğer tarafın ileri sürdüğü somut olgulara değil, onlardan çıkarılan talep sonucuna rıza gösterilmektedir. Hâkim, ikrarla olduğu gibi, kabulle de, kural olarak bağlı değildir. Kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri olmadığı için, davalının kabulü, hâkimi bağlamaz. Fakat, Medeni Kanun'un, anlaşmalı boşanmaya ilişkin 166. maddesinin üçüncü fıkrasına göre davalının kabulü, bazı koşullarda hâkimi bağlar. Bkz. Kuru, (C. IV) s. 3674, 3728; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 458; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 628.

²⁴⁸ Boşanma davalarında, tarafların ikrar ve kabulünün hâkimi bağlamaya-çağı yönündeki bu kurala, Medeni Kanun'un 166. maddesinin üçüncü fıkrasında bir istisna getirilmiştir. En az bir yıl sürmüş evliliklerde, eşlerin anlaşmak suretiyle boşanmayı talep etmeleri durumunda, hâkime, boşanma kararı verebilme yetkisi tanıyan bu fıkra göre, hâkim, tarafları bizzat dinleyerek, iradelerinin serbestçe açıklandığı kanaatine varırsa, boşanma kararı verir. Bu fıkra dayanan boşanma davalarında, eşlerin ikrarı (kabulü) hâkimi bağlamaktadır. Doktrinde, Tekinay, (Aile, s. 195) bu fıkranın bir çelişki taşıdığı düşüncesindedir. Yazara göre, bir taraftan, hâkimin, eşleri bizzat dinlemesi ve onların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıkları araştırması koşulu aranırken, diğer taraftan, ikrarın hâkimi bağlayacağı anlamına gelen bir kuralın kabulü, açık bir çelişkidir.

delili serbestçe değerlendirir.²⁴⁹ Aynı maddenin söz konusu bentleri, aslında birinci bent hükmüne bağlı olan sonuçlardır.

Bu hükümler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, Medeni Kanun'da, boşanma davaları için özel bir delil sistemi kabul edildiği sonucuna varmak gerekir. Buna göre, boşanma davalarında, Medeni Usul Hukuku'nda kabul edilen kanuni delil²⁵⁰ (kesin delil) sistemi²⁵¹ değil, vicdani delil sistemi²⁵² geçerlidir.

Medeni Usul Hukukunda, taraflarca hazırlama ilkesinin²⁵³ geçerli olduğu davalarda uygulanan kanuni delil sistemine göre hâkim, bir olgunun varlığı, kanunda sayılan kesin delillerle²⁵⁴ ispat edilirse, bunların doğru olduğunu kabul etmek durumundadır.²⁵⁵ Fakat, boşanma gibi, kendiliğinden araştırma ilkesinin²⁵⁶ geçerli olduğu davaların gösterdiği

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²⁴⁹ Delillerin serbestçe takdiri ile takdir yetkisi arasındaki ilişki için bkz. Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 81; Edis, Seyfullah, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanınmış Takdir Yetkisi", *AÜHFD*, 1973/1-4, s. 174.

²⁵⁰ Kesin deliller, koşulları ve hükümleri kanunda belirlenen ve bu koşulların varlığı halinde, hâkimin bunlarla bağlı olması nedeniyle bir takdir yetkisine sahip bulunmadığı delillerdir. Bkz. ve karşı Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 394; Kuru, (C. II) s. 2032; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 433.

²⁵¹ Atalay'a göre, hukukumuzda geçerli olan kesin delille ispat zorunluluğuna ilişkin kural (HUMK, mad. 288) gereğince, ispat ölçüsü objektifleştirilmiştir. Kesin delillerin varlığı durumunda, hâkimin delilleri taktir yetkisi kısıtlanmıştır. Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001, s. 43.

²⁵² Birsen, s. 335.

²⁵³ Bu ilke için bkz. Kuru, (C. ii) s. 1919; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 227 vd.; Alangoya, s. 3.

²⁵⁴ Kesin deliller: ikrar, kesin hüküm, senet ve yemindir. Delil, taraflar arasında çekişmeli olan hususlarda gösterilir. İkrar edilmiş olgular ise, taraflar arasında çekişmeli olmaktan çıkar. Bu nedenle, Alman ve İsviçre hukuklarına paralel olarak, doktrinde, ikrarı deliller dışında inceleme eğilimi vardır. Bkz. Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 361; Yıldırım, s. 230.

²⁵⁵ Kuru, (C. II) s. 2033; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 394; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 434; Yıldırım, s. 207

²⁵⁶ Bu ilke taraflarca hazırlama ilkesinin istisnası olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Kuru, (C. II) s. 1923; Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 232; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 407.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

özellik gereğince, kesin delil reddedilmiş ve hâkimin taraflara yemin öneremeyeceği, tarafların ikrarının hâkimi bağlamaya-çağı ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebileceği kabul edilmiştir.²⁵⁷ Fakat, boşanma davaları kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalara göre bazı farklılıklar taşır. Hâkim, boşanma davalarında, tarafların ileri sürdükleri olayların ve davacının dayandığı boşanma nedeninin gerçekleşip gerçekleşmediğini, yine taraflarca sunulmuş olan dava malzemesi çerçevesinde belirler.²⁵⁸ Ancak, boşanma davalarının temel özelliği gereğince, hâkim, taraflarca ileri sürülen olguları, ileri sürdükleri, şekliyle hükme esas almak zorunda değildir. Bununla birlikte, boşanma davasında, hâkim, tarafların bildirmedikleri olguları kendiliğinden inceleyemez. Mesela, terk nedeniyle açılan boşanma davasında hâkim, terk süresince, diğer eşin zina yaptığını, kendiliğinden araştıramaz. Bu karşılık, hâkim, eşlerden birini evi terk etmeye yönelten bir nedenin, mesela, aile içi şiddet gibi bir durumun bulunup bulunmadığını araştırmak zorundadır.

Bu maddeyle getirilen vicdani delil sistemiyle, ispat ölçüsü²⁵⁹ arttırılmış değildir.²⁶⁰ Sadece, taraflarca hazırlama

²⁵⁷ Velidedeoğlu, s. 244; Schwarz, s. 170.

²⁵⁸ Petek, s. 30. 2. Hukuk Dairesi'nin 27. 11. 1987 tarih ve 8623/9446 sayılı Kararı'ndan: Boşanma davaları, tarafların delilleri hazırlayıp ibraz ve ikame etmeleri gereken bir dava türüdür. Bu sebeple, mahkemenin, taraflarca bildirilmeyen delilleri kendiliğinden göz önünde tutması ya da gösterilmeyen tanıkları çağırarak dinlemesi mümkün bulunmadığından, bunlara dayanarak hüküm kurulması usul ve kanuna aykırıdır. (YDK, 1988/2, s. 177.)

²⁵⁹ İspat ölçüsü; hâkimin, bir olgunun ispatlanmış sayılabilmesi için, o olgunun doğruluğu hakkında sahip olması gereken kanaatinin ölçüsüdür. İspat ölçüsü kavramı hakkında bkz. Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 382; Atalay, s. 37 vd.; Özekes, Muhammet, *İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999, s. 216 vd.; Yıldırım, s. 39 vd.

²⁶⁰ Atalay, (s. 41, 43) Anayasa'nın 138. maddesinde düzenlenen, *hâkimler vicdanî kanaatlerine göre karar verirler* kuralına dikkat çekerek, bu kural gereğince hâkimin bir vakıa iddiasını ispatlanmış sayabilmesi ve o yönde karar verebilmesi için, o vakıanın doğruluğu konusunda kanaate sahip olması gerektiğini, kesin delillerin varlığı durumunda ise, hâkimin delilleri taktir yetkisinin kısıtlandığını belirtmektedir. Yazara göre, bu durumda hâkim, kesin delille ispatlanmış bir vakıanın doğruluğunu

ilkesinin uygulandığı davaların aksine, kesin delil sistemi reddedilmekte ve kesin delil gösterilmesi suretiyle, hâkimin delilleri serbestçe takdir etme yetkisi ortadan kaldırılamamaktadır.

Boşanma davalarında kanuni delil sisteminden, vicdanî delil sistemine geçişle birlikte, evlilik birliğinin kolayca dağılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu sayede, hiçbir delil hâkimi bağlamamakta ve hâkimin, delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi bulunmaktadır.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olarak, boşanma davalarındaki özel yargılama usulüne ilişkin diğer bir hüküm de, duruşmaların gizli yapılmasına olanak sağlayan Medeni Kanun'un 184. maddesinin altıncı bendidir.²⁶¹ Bu hükme göre, taraflardan biri talep ederse hâkim, duruşmanın gizli yapılmasına²⁶² karar verebilir. Duruşmalar gizli (kapalı) yapılsa bile, gizlilik, sadece taraflar dışındaki kişiler için geçerlidir. Duruşmalar, taraflar için her zaman açıktır.²⁶³

Boşanma davalarında duruşmaların gizli yapılması, taraflardan birinin bu yönde bir istemde bulunmasına bağlıdır. İstem üzerine hâkim, duruşmanın gizli yapılmasına karar vermek zorunda değildir. Medeni Kanun'un 184. maddesinin altıncı bendi sonundaki, "verebilir" ifadesi, hâkime bir takdir

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

kabul etmek zorundadır. Buradaki ispat ölçüsü ise tam ispattır.

Boşanma davalarında da tam ispat aranmaktadır. Fakat, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 236. ve devamı maddelerinde belirtilen kesin delillerin hâkimi bağlayıcı özelliği, bu tür davalarda geçerli değildir.

²⁶¹ 1998 tasarısında bulunmayan bu hüküm, tasarının, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında metne eklenmiştir.

²⁶² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre, kamu düzeni, milli güvenlik ve ahlak veya küçüğün korunması veya davaya taraf olanların korunması ve adaletin selameti için, duruşmaların açık olmasından, mahkeme kararıyla vazgeçilebilir. Bu konuda bkz. Pekcanitez, Hakan, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", *İz. BD*, 1997/2, s. 45.

²⁶³ Pekcanitez-Atalay-Özekes, s. 333; Kuru-Arslan-Yılmaz, s. 127.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

yetkisi vermektedir.²⁶⁴ Eşlerin ve çocukların menfaati, duruşmanın açık yapılması nedeniyle zarar görme tehlikesiyle karşılaşacaksa, mesela, eşlerin cinsel hayatlarının gündeme gelmesi söz konusu olacaksa ve taraflardan biri bu yönde bir istemde bulunmuşsa, hâkim, duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.²⁶⁵ Kanaatimce, söz konusu hüküm, Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasıyla birlikte değerlendirilmelidir. Bu fıkraya göre, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde, duruşmalar gizli yapılabilir. Anayasa'nın söz konusu hükmünde öngörülen koşullar gerçekleşmişse, diğer davalarda olduğu gibi, boşanma davalarında da hâkim, re'sen gizli oturum kararı verebilmelidir. Çünkü, genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı bir durum mevcut olduğu halde, taraflardan birinin, gizli duruşma yapılması isteminde bulunmaması nedeniyle, duruşmaların gizli yapılamayacağı sonucuna varılamaz.

Bu hüküm, esas itibariyle, Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu Raporun'da da belirtildiği gibi, özel hayata saygı ilkesi gereğince kabul edilmiştir.²⁶⁶ Fakat, bu hükmün, evlilik birliğini koruyucu bir yönü de bulunmaktadır. Buna göre, yargılama sonucunda boşanma kararı verilmezse ya da eşlerden biri davasından feragat ederse, dava sırasında ileri sürülen iddialar, açık duruşma nedeniyle herkesçe bilinecektir. Bu durum, evlilik birliğinin, bu karara rağmen yeniden kurulamaması tehlikesini doğurabilir. Bu nedenle, kanaatimce de, söz konusu hüküm, hem evlilik birliğinin, hem de özel hayatın gizliliğinin korunması açısından yerindedir.²⁶⁷

²⁶⁴ Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının kapılı yapılmasına, ancak genel ahlakın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir.*"

²⁶⁵ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 13; Velidedeoğlu'na göre (s. 236) gerekli hallerde, mesela, zina nedeniyle açılan boşanma davalarında, duruşmaların gizli yapılması yerindedir. Ayrıca bkz. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Evlendirme ve Boşanma Hukukumuzda Ne Gibi Tadilâta İhtiyaç vardır?", AD, 1944/1-6, s. 98.

²⁶⁶ Bkz. Ertaş-Koç, s. 277.

²⁶⁷ Bkz. Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 13.

B. Evlilik Birliğinin, Ancak Hâkim Kararıyla ve Kanunda Belirtilen Sebeplerden Biriyle Sona Erdirilebilmesi

Kadın ile erkeğin evlenme konusundaki iradelerini evlendirme memuru önünde açıklamalarıyla birlikte kurulan evlilik birliği, eşlerden birinin ölümü dışında, ancak bir hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilir.²⁶⁸ Çünkü, eşlerden birinin ölmesi, evlilik birliğini kendiliğinden sona erdirir.

Ölümde olduğu gibi, eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin uygulanması durumunda da, evlilik kendiliğinden sona erer. Medeni Kanun'un 31. maddesine göre, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kişi, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır. Bu durumda, Medeni Kanun'un 44. maddesinin birinci fıkrası gereğince, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle, kütüğe, bu kişi hakkında ölü kaydı düşülür. Hakkında ölüm karinesi uygulanan kişi evli ise, evlilik kendiliğinden ortadan kalkar.²⁶⁹

Ölüm ve ölüm karinesi dışında, gaiplik kararı da evlilik birliğini etkiler. Medeni Kanun'un 32. maddesinin birinci fıkrasına göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında güçlü bir olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Gaiplik kararıyla birlikte, o kişinin öldüğü, karine olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu, gaipliğine karar verilmiş bir kişinin günün birinde çıkıp gelebileceğini ve eşin, hakkında gaiplik kararı verilen eşiyile kendi arasındaki bağı, manevi bakımdan da olsa devam ettirmek isteyebileceğini düşünerek, evlilik birliğinin korunması ilkesine de uygun olarak, gaiplik kararının, evliliği kendiliğinden ortadan

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²⁶⁸ 4721 sayılı Medeni Kanun'un 40. maddesinde, evli kişilerin cinsiyet değiştirmeleri yasaklanmıştır. Eşlerden birinin, bu yasağa rağmen cinsiyetini değiştirmesinin, evlilik birliğinin devamına etkisi, doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda bkz. aşa. § 6, I, E, 2.

²⁶⁹ Dural-Öğüz, s. 25; Akıntürk, s. 186; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 509.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

kaldırmayacağını kabul etmiştir.²⁷⁰ Medeni Kanun'un 131. maddesinin birinci fıkrasına göre, gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemeden, evliliğin feshi yönünde bir karar almadıkça yeniden evlenemez. Evlilik, ancak mahkemeden evliliğin feshi yönünde bir karar alınca ortadan kalkar. Mahkemeden bu yönde bir karar alınmadığı sürece, sırf eşlerden birinin gaipliğine karar verilmiş olması, evlilik birliğini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Medeni Kanun'un 131. maddesinin ikinci fıkrasına göre, gaibin eşi, evliliğin feshini, gaiplik kararıyla birlikte isteyebileceği gibi, ayrıca açacağı bir davayla da isteyebilir.²⁷¹

Geçerli olarak kurulmuş bir evliliğin ortadan kaldırılması, ölüm ve gaiplik nedeniyle evliliğin feshi dışında, ancak boşanmayla mümkündür. Boşanma da, ancak bir hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir. Hâkim kararı olmaksızın, eşlerin tek taraflı irade beyanlarıyla evlilik ilişkisinin ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir. Eşler, boşanmak istiyorlarsa,

²⁷⁰ Bkz. ve karşı. Feyzioğlu, s. 111; Dural-Öğüz, s. 33; Akıntürk, s. 187-188; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 524. İsviçre'de, 26. 6. 1998 tarihinde yapılan değişikliklerde, gaipliğin sonuçlarını düzenleyen İsviçre Medeni Kanunu'nun 38. maddesine eklenen bir fıkrayla, gaiplik kararının, evliliği kendiliğinden sona erdirdiği kabul edilmiştir. Bu değişikliğe göre, evliliğin sona erdirilmesi için, gaiplik kararından sonra, ayrıca evliliğin feshine ilişkin bir karar alınmasına gerek yoktur. Bkz. Acabey, (Soybağı), s. 115, dn. 29.

²⁷¹ Gaiplik kararı'nun, evliliği kendiliğinden ortadan kaldırmayacağı, önceki Medeni Kanun'da da kabul edilmişti. Fakat, önceki Medeni Kanun'da, gaibin evliliğinin feshine ilişkin farklı bir düzenleme vardı. Önceki Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanun'la değişik 94. maddesine göre, gaibin eşi, gaiplik kararı nüfusa tescil edilmişse, nüfus idaresine başvurarak evliliğin feshinin tescilini talep edebilirdi. Bu tescil, evliliğin feshinin bütün sonuçlarını doğuruyordu. Görüldüğü gibi, önceki Medeni Kanun'un düzenlemesi, nüfus idaresinin yapacağı idari bir işlemle (evliliğin feshinin tescili) evlilik birliğinin ortadan kaldırılabilmesi yönündeydi. Böylece, evlilik birliğinin mahkeme kararıyla ortadan kaldırılabilmesi yönündeki ilkeye bir istisna getirilmişti. Bu düzenlemenin haklı eleştirisi için bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 872 vd.; Hatemi-Serozan, s. 127 vd.

Yeni Medeni Kanun'un 131. maddesinin ikinci fıkrasıyla, gaiplik kararı verilmesi durumunda da, evliliğin ancak mahkeme kararıyla ortadan kaldırılabilmesi kabul edilmiştir. Bu konuda bkz. Dural-Öğüz, s. 33; Akıntürk, s. 187.

bu istemlerini kanunda sınırlı olarak sayılmış bulunan boşanma nedenlerine dayandırmak ve mahkemenin bu yönde bir karar vermesini talep etmek zorundadırlar.²⁷² Eşler, ortak iradeleriyle evlilik birliğini ortadan kaldıramazlar. Çünkü, Medeni Kanun'da, boşanmanın kanunda belirtilen bir sebebe dayanılarak, hâkimin kararıyla gerçekleşmesi sistemi kabul edilmiştir.²⁷³

Evlenme, kanunda sınırlı olarak sayılan butlan sebeplerinden biri sonucunda gerçekleşmişse, Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı olarak,²⁷⁴ bu evlilik ancak hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilir.²⁷⁵ Bu şekilde ortadan kaldırılan evlilik, geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur. Medeni Kanun'un 156. maddesine göre, evlenme mutlak butlanla geçersiz olsa bile, ancak hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilir ve evlilik, mutlak butlan halinde bile, geçerli bir evliliğin bütün hukuki sonuçları doğurur.²⁷⁶ Bu hükmün sonucu ise, hâkimin

²⁷² Bkz. ve karşı. Zevkliler-Havutçu, s. 271; Akıntürk, s. 233 vd.; Öztan, (Aile) s. 225; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 879; Oğuzman-Dural, s. 112; Tekinay, (Aile) s. 169; Feyzioğlu, s. 244; Velidedeöğlu, s. 190; Tour, s. 157; Oğuzoğlu, s. 91; Akgün, s. 85; Schwarz, s. 161; Belgesay, (Boşanma) s. 109.

²⁷³ Akıntürk, s. 229; Öztan, (Aile) s. 271; Hatemi, s. 73; Çakın, s. 6; Tekinay, (Aile) s. 171; Cın, Halil, *Eski Hukuk'da Boşanma*, Konya 1988, s. 21; Feyzioğlu, s. 251; Velidedeöğlu, s. 183; Göktürk, s. 305; Schwarz, s. 161.

²⁷⁴ Bilindiği gibi, Borçlar Hukuku'na dayanan bir sözleşme, Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereğince butlan yaptırımına bağlı ise, baştan itibaren hiçbir hüküm ve sonuç doğurmaz, bu ilişkinin ortadan kaldırılması için dava açmaya gerek yoktur, her ilgili butlanı her zaman ileri sürebilir. Butlanın sonuçları için bkz. Oğuzman, Kemal-Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995, s. 126; Von Tuhr, s. 220 vd.; Güral, Jale, *Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunu'nun Sistemi*, Ankara 1953, 154 vd.; Koç, Nevzat, "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukuku'nda Hükümsüzlük (= Butlan)", *Prof. Muhittin Alam Armağanı*, DEÜHFD, 1983/2, s. 129 vd.

²⁷⁵ Bkz. Akıntürk, s. 198 vd.; Zevkliler-Havutçu, s. 266; Öztan, (Aile) s. 230; Hatemi, s. 48; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 840; Oğuzman-Dural, s. 90; Tekinay, (Aile) s. 165; Hatemi-Serozan, s. 80; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 231.

²⁷⁶ Medeni Kanun'un 159. maddesinde ise, butlan kararının, eşlerin miras haklarına etkisi düzenlenmiştir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

butlan kararının geçmişe etkili olmamasıdır. Hâkimin iptal kararı, kesinleştikten sonra hükümlerini doğurur. Mahkemenin vereceği butlan kararı, açıklayıcı değil, bozucu yenilik doğuran bir karardır.²⁷⁷ Borçlar Hukuku nitelikli sözleşmeler, butlan nedeniyle geçersizse, bu sözleşmelerin geçersizliğini sağlamak için dava açmaya gerek yoktur. Fakat, sözleşmenin butlan nedeniyle geçersizliği, her zaman açılabilir olan, butlanın tespiti davasının konusunu oluşturabilir. Bu dava sonunda mahkemenin vereceği karar, evlenmenin butlanının aksine, bozucu değil, açıklayıcı bir nitelik taşır.

Evlenmenin butlan nedenleri, mutlak butlan için Medeni Kanun'un 145. maddesinde, nisbi butlan için de, Medeni Kanun'un 148., 149., 150., 151., ve 153. maddelerinde sınırlı olarak belirtilmiştir. Bunlar dışındaki bir sebeple, evlenmenin butlanına karar verilemez.²⁷⁸ Mesela, muvazaaa, Borçlar Kanun'un 18. maddesine göre bir butlan sebebi olduğu halde, evlenmenin butlanı sebepleri arasında muvazaaya yer verilmemiştir.

Görüldüğü gibi, Borçlar Hukuku sözleşmelerinden farklı olarak, evlilik birliği, eşlerden birinin ölmesi dışında, kanunda sınırlı olarak sayılan boşanma veya butlan sebeplerinden birine dayanılarak, ancak hâkim kararıyla sona erdirilebilir. Bu hukuki düzenlemeyle, evlilik birliğinin kolayca dağılmasını önleme amacının güdüldüğünde şüphe yoktur.

C. Terk Nedeniyle Boşanma Davası Açılabilmesi İçin, Terk Eden Eşe İhtarda Bulunulması

Medeni Kanun'un 164. maddesine göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla,

²⁷⁷ Akıntürk, s. 221; Öztan, (Aile) s. 264; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 864; Oğuzman-Dural, s. 107.

²⁷⁸ Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 204; Öztan, (Aile) s. 230; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 846; Hatemi-Serozan, s. 139; Feyzioğlu, s. 119. Bu yönde: 2. HD, 11. 4. 1974 tarih ve 1315/1285 sayılı Karar. (Uyar, *TMK*, C. III, s. 2511-2512.)

ortak hayata son veren veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmeyen eşe karşı boşanma davası açılabilmesi için bazı koşullar aranmaktadır. Buna göre, terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için, terk edilen eşin istemi üzerine, hâkimin diğer eşe yapacağı ihtarın sonuçsuz kalması gerekir.²⁷⁹

Eşlerden birinin, ortak hayata haklı bir sebep olmaksızın son vermesi, Medeni Kanun'un 164. maddesi gereğince, evlilik birliğini karine olarak temelinden sarsar ve böyle bir evlilik birliğinin sürdürülmesinde bir yarar kalmaz.²⁸⁰ Fakat kanun koyucu, evlilik birliğinin kolayca sona erdirilmesini önlemek ve hemen hemen her evlilikte görülebilecek olan, geçici bir süreyle ayrı yaşama durumlarını, kesin terk iradesinden ayırmak amacıyla, terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesini, terk edilen eşe, hâkim tarafından bir ihtarın

²⁷⁹ Akıntürk, s. 245; Zevkliler-Havutçu, s. 279; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 898; Öztan, (Aile) s. 299; Hatemi, s. 79; Hatemi-Serozan, s. 225; Çakın, s. 23; Oğuzman-Dural, s. 120; Tekinay, (Aile) s. 221; Feyzioğlu, s. 279 vd.; Tour, s. 158; Akgün, s. 64; Egger, s. 170; Çandarlı-Berki, s. 15; Berki, (Boşanma) s. 141.

Aksi görüşte olan Göktürk'e göre, (s. 307) ihtar, terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için zorunlu değildir. Yazara göre davacı eş, ihtar çekirmeden boşanma davası açmışsa, bu ihtar yapılmadan da boşanmaya hükümlenabilir. Davacı taraf ihtar istememişse, bu ihtar yapılmadan ve ihtar süresinin geçmesi beklenmeden de boşanma davası açılabilir. Yeter ki kanunda belirtilen üç aylık (yeni Medeni Kanun'da altı aylık) terk süresi dolmuş olsun. Aynı yönde bkz. Gönensay, s. 80. Kanaatimce, bu görüşlere katılmak mümkün değildir. Çünkü, ihtar, Medeni Kanun'un 164. maddesinde bir dava şartı olarak düzenlenmiştir.

²⁸⁰ Doktrinde mutlak ve nisbi boşanma sebepleri ayırımının yapılması, hâkimin, boşanma sebebi olarak gösterilen olguların, diğer eş için ortak yaşamı çekilmez hale getirdiğinin, bir karine olarak kabul edilip edilmemesine dayanmaktadır. Mutlak boşanma sebeplerinde, karutlanmış olan bir sebep, karine olarak diğer eş için ortak yaşamı çekilmez hale sokar. Nispi boşanma sebeplerinde ise, hâkimin, karutlanmış olan boşanma sebebinin, ayrıca diğer eş için ortak yaşamı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırması gerekir. Terk de bir mutlak boşanma sebebi sayıldığı için, hâkimin ayrıca çekilmezlik unsurunu araştırması gerekmez. Bkz. Akıntürk, s. 234; Öztan, (Aile) s. 275; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 885 vd.; Çakın, s. 24; Hatemi-Serozan, s. 219; Feyzioğlu, s. 256; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 28; Kuntalp, Erden, "Mutlak Boşanma Nedenleri", *AÜHF Ellinci Yıl Armağanı*, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 113 vd.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

gönderilmiş olmasına ve bunun sonuçsuz kalması koşuluna bağlamıştır. Terk, ne kadar uzun sürerse sürsün, terk eden eşe, ortak konuta dönmesi için, hâkim aracılığıyla bir ihtar gönderilmemişse, boşanma davası açılmaz.

Bu ihtar, bir dava değildir.²⁸¹ Bu nedenle, yetki konusunda herhangi bir sınırlayıcı hüküm yoktur. İhtar, herhangi bir aile mahkemesinden gönderilebilir.²⁸² Mahkeme, işin esasına girmeden, (TMK, mad. 164/II) ihtarın haklılığını araştırmadan, bu ihtarı göndermek zorundadır. İhtarın haklılığı, daha sonra açılacak olan boşanma davasında incelenecek bir konudur. İhtardan sonra açılan boşanma davasında, gönderilen ihtarın usulüne uygun olmadığı anlaşılırsa, davası reddedilir.²⁸³

İhtar, ortak konutu terk eden eşe, iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiğinin ve dönmemesi halinde doğacak sonuçların bildirildiği bir uyarıdır.²⁸⁴ (TMK, mad. 164/II, c. 1)

İhtar, en erken, terkten itibaren, dört ay dolduktan sonra istenebilir. Bu dört aylık süreden önce gönderilen ihtarla dayanılarak, boşanma davası açılmaz. Ayrıca, bu ihtarın terk eden eşe tebliğ edildiği tarihten başlayarak, en erken iki ay sonra boşanma davası açılabilir.²⁸⁵ Bu iki aylık süre dolmadan

²⁸¹ Aksi görüşte olan Akgün (s. 64) ve Çandarlı-Berki'ye göre, (s. 15) ihtar, başlı başına bir davadır. Ancak, mahkemece ihtar kararı verilmesinin, diğer eşin de duruşmaya davet edilmesine bağlı olmadığı göz önünde tutulursa, terk sebebiyle mahkemenin istenen ihtarın, başlı başına bir dava niteliğinde olduğunu ileri süren görüşlere katılmak mümkün değildir.

²⁸² Akıntürk, s. 248; Öztan, (Aile) s. 299; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 899; Hatemi, s. 79; Oğuzman-Dural, s. 121; Feyzioğlu, s. 294.

²⁸³ Akıntürk, s. 249; Öztan, (Aile) s. 300; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 899; Tekinay, (Aile) s. 225; Feyzioğlu, s. 284.

²⁸⁴ İhtarın unsurları için bkz. Akıntürk, s. 248; Öztan, (Aile) s. 300; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 899; Tekinay, (Aile) s. 223; Feyzioğlu, s. 285 vd. 2. Hukuk Dairesi'nin 7.2.1984 tarih ve 10268/1023 sayılı Kararı. (Dalamanlı-Kazancı-Kazancı, s. 416)

²⁸⁵ Önceki Medeni Kanun'da, ihtar gönderilebilmesi için iki aylık, ihtardan sonra boşanma davası açılabilmesi için ise, en az bir aylık sürelerin geçmesi aranıyordu. Görüldüğü gibi, Yeni Medeni Kanun'da, bu süreler iki katına çıkarılmak suretiyle, eşlerin ortak hayata yeniden dönmelerini sağlayabilecek nitelikte ve daha uygun bir düzenleme yapılmıştır.

açılan boşanma davası reddedilir. Dört ve iki aylık bu süreler, emredici nitelikte ve kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, bu süreler, boşanma davasına bakan hâkim tarafından re'sen dikkate alınır.²⁸⁶

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

D. Evlenmenin, Henüz Ergin Olmayan Eşleri Ergin Kılması

Fiil ehliyetinin olumlu koşullarından biri de, ergin (reşit) olmaktır.²⁸⁷ Medeni Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasına göre, erginlik, (rüşd) on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Fiil ehliyetinin, ergin olma ve ayırt etme gücüne sahip bulunma şeklindeki ikisi olumlu, biri de kısıtlı olmama şeklindeki olumsuz koşulunu gerçekleştiren kişiler, tam fiil ehliyetine sahiptirler ve her türlü hukuki işlemi, başka kişilerin veya bir makamın onayına bağlı olmadan, diledikleri gibi yapabilirler.²⁸⁸

Medeni Kanun'un 124. maddesine göre, evlenme yaşı kadın ve erkekler için on yedi olarak belirlenmiştir. Fakat hâkim, olağanüstü durumlarda ve önemli bir nedenle, on altı yaşını doldurmuş olan kadın ve erkeğin evlenmelerine izin verebilir. Medeni Kanun'un 11. maddesinin ikinci fıkrasında ise, evlenmenin kişiyi ergin kılacağı düzenlenmiştir. Evlenen kişi, henüz ergin değilse, evlenme sözleşmesinin yapılmasıyla birlikte ergin olur. Bu nedenle küçük, evlenmeyle reşit olup velayet veya vesayetten²⁸⁹ kurtulur.²⁹⁰ Böylece, evlenmeyle

²⁸⁶ Bkz. Akıntürk, s. 249; Öztan, (Aile) s. 298 vd.; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 898; Feyzioğlu, s. 290, 291.

²⁸⁷ Fiil ehliyeti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Akipek-Akıntürk, s. 294 vd.; Dural-Öğüz, s. 44 vd. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, (s. 218 vd.) fiil ehliyetini *eylem ehliyeti* terimiyle ifade etmektedirler.

²⁸⁸ Akipek-Akıntürk, s. 319; Dural-Öğüz, s. 59; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 257.

²⁸⁹ Bu kural, sadece yaş küçüklüğüne dayanan kısıtlılık için geçerlidir. Evlenen kişi, yaş küçüklüğü nedeniyle kısıtlanmışsa, evlenme o kişiyi ergin ve tam ehliyetli yapar. Buna karşılık, akıl hastalığı, akıl zayıflığı gibi bir sebeple kısıtlanmış olan kimse, evlendikten sonra, tam ehliyetlilerin durumunu kazanmaz. Bkz. ve karşı. Akipek-Akıntürk, s. 312; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 244.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

ergin olan bir kişi, fiil ehliyetinin diğer koşullarına da sahip olması koşuluyla, tam fiil ehliyetine sahip olur.

Bu hüküm, evlenen kişilerin yeni bir aile kurmaları nedeniyle, kendileriyle ilgili kararlar için başkalarının iznini almalarının uygun olmayacağı esasına dayanmaktadır.²⁹¹ Bu sayede, evlilik birliğine dışarıdan yapılabilecek bir müdahale önlenmektedir. Evli kişilerin, evlendikten sonra yapacakları hukuki işlemler için, yasal temsilcilerinin iznini almaya devam etmeleri, evlilik birliği üzerinde olumsuz etkiler yapabilir. Bu durum, evlilik birliğinin, yasal temsilcinin yönetimi altına girmesine neden olabilir.²⁹²

E. Evli Kişilerin Cinsiyet Değiştirmelerinin Yasak Olması

1. Genel Olarak

Medeni Kanun'un 40. maddesine göre, cinsiyetini değiştirmek isteyen kişi, mahkemeye şahsen başvurarak, cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Kanunun sistemine göre, cinsiyet değişikliği için, öncelikle, mahkemeden bu yönde bir izin alınır, daha sonra, bu izne bağlı olarak gerçekleştirilen cinsiyet değiştirme ameliyatının resmi sağlık kurulu raporuyla doğrulanması üzerine, mahkemece nüfus sicilinde gerekli olan düzeltmenin yapılmasına karar verilir. Ancak, bu yolla gerçekleştirilen cinsiyet değişiklikleri üzerine nüfus kaydı düzeltilebilir.²⁹³

Medeni Kanun'da, her başvuru sahibinin cinsiyet değiştirmesine izin verilmemiştir. Aynı Kanun'un 40. maddesinin

²⁹⁰ Bkz. ve karşı. Dural-Öğüz, s. 50; Akıntürk, s. 538; Zevkliler-Havutçu, s. 117; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 243; Hatemi-Serozan, s. 365.

²⁹¹ Zevkliler-Havutçu, s. 116; Dural-Öğüz, s. 50; Burcuoğlu-Alttop-Ünan, s. 17.

²⁹² Dural-Öğüz, s. 50; Burcuoğlu-Alttop-Ünan, s. 17.

²⁹³ Akipek-Akıntürk, s. 502.

ikinci cümlesinde, cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesinin koşulları²⁹⁴ düzenlenmiştir. Bu koşullardan biri de, cinsiyet değişikliğine izin isteyen kişinin evli olmamasıdır. Yeni Medeni Kanun, önceki Medeni Kanun'un aksine, evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerini yasaklamıştır.²⁹⁵ Bu nedenle, mahkeme, cinsiyetini değiştirmek isteyen kişinin evli olması durumunda, gerekli izni vermeyecektir.

Önceki Medeni Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası, evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine olanak sağladığı ve bu kararın kesinleşmesiyle birlikte evliliğin kendiliğinden ortadan kalkacağını düzenlediği için, yerinde görülüyordu.²⁹⁶ yeni Medeni Kanunise, bu hükümdeki yanlışlığı düzeltmiş ve ancak bekar olanların cinsiyetlerini değiştirebileceklerini hüküm altına almıştır. Bu hükmün konuluş nedeni, madde

²⁹⁴ Bu koşullar için bkz. Akipek-Akıntürk, s. 500 vd.

²⁹⁵ Önceki Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanun'la değişik 29. maddesine göre, doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değişikliğinin...sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi halinde nüfus sicilinde gerekli düzeltme yapılır...cinsiyeti değiştirilen kişi evli ise...cinsiyet değişikliği kararının kesinleştiği tarihte, evlilik kendiliğinden son bulur. Bu düzenlemeye göre, cinsiyetini değiştirmiş olan kişi evli ise, bu kişinin açtığı nüfus kaydının düzeltilmesi davasının kesinleşmesi üzerine evlilik, mahkemeden evliliğin feshi ya da iptali gibi herhangi bir karar almaya gerek olmaksızın kendiliğinden sona erer. Bu hükmün, evliliğin ancak hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilmesi ilkesine aykırı olduğu açıkça görülmekteydi. Ayrıca, evlilik birliğinin korunması ilkesini zedeleyecek biçimde, hem evli kişilerin cinsiyet değiştirmesine olanak tanınmış, hem de bu değişikliğin nüfusa tesciline yönelik kararın kesinleşmesiyle evlilik birliğinin kendiliğinden ortadan kalkacağı düzenlenmişti. Önceki Medeni Kanun'un bu düzenlemesinin eleştirisi için, bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 868 vd.; Hatemi, s. 27; Hatemi-Serozan, s. 98 vd.; Güven, Kudret, "Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", *GÜHFD*, 1997/1, s. 45 vd.; Will, Michael R.-Öztaş, Bilge, "Hukukun Sebepiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu", *AÜHFD*, 1993/1-4, s. 227 vd.; Zevkliler, Aydın, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", *TBB*, 1988/2, s. 258 vd. Bir görüşe göre, önceki Medeni Kanun'un düzenlemesi yerindedir. Aynı görüşte, evli ve çocuk yapma yeteneğine sahip ve hatta, çocuğu olan kişilere bile, cinsiyet değiştirme izninin verilmesinin, daha gerçekçi olduğu ileri sürülmektedir. Bkz. Güven, *Cinsiyet Değişikliği*, s. 64.

²⁹⁶ Bkz. yuk. dn. 270 de anılan yazarlar.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

gerekçesinde şöylece açıklanmaktadır.²⁹⁷ "Toplumun temeli olan aile kurumunun, cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla, öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul kişinin, bir yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşlerin ya da çocukların ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâkî tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur."

Evli kişilerin, cinsiyetlerini değiştirmelerinin yasaklanması yoluyla, evlilik birliğinin korunması, aile içi huzurun sağlanması ve özellikle, bu değişikliğin çocuklar üzerinde yapacağı etkilerin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.²⁹⁸

2. Evli Kişilerin Cinsiyet Değiştirmesinin Evliliğe Etkisi

Yasak olmasına rağmen, evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda, evliliğin, bundan nasıl etkileneceği, tartışmalıdır. Medeni Kanun'da evli kişilerin cinsiyet değiştirmeleri yasaklanmıştır. Buna rağmen, evli bir kişi, yasal olmayan yollardan cinsiyetini değiştirmişse, bu kişinin evliliğinin devam ettiği mi, yoksa sona erdiği mi kabul edilmelidir?

Yeni Medeni Kanun'un 40. maddesiyle ortaya çıkan bu tartışma, aslında, önceki Medeni Kanunumuza, 3444 sayılı Kanun'la eklenen 29. maddenin ikinci fıkrasından da önce başlamıştır.

1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun'la, önceki Medeni Kanun'a eklenen, cinsiyet değişikliğine ilişkin 29. maddenin ikinci fıkrasından önceki dönemde Feyzioğlu²⁹⁹ tarafından ileri sürülen bir görüşe göre, evli bir kişinin cinsiyet değiştirmesiyle, evlilik kendiliğinden ortadan kalkar. Yine aynı görüşe göre, evlilik için gerekli olan cinsiyet ayrılığı koşulunun,

²⁹⁷ Bkz. Ertaş-Koç, s. 126.

²⁹⁸ Akipek-Akıntürk, s. 501

²⁹⁹ s. 97.

evliliğin başında gerçekleşmemesi durumunda, evlilik nasıl yokluk yaptırımına bağlı ise, bu koşulun, sonradan, eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesi nedeniyle ortadan kalkması durumunda da, bu tarihten sonra evliliğin kendiliğinden ortadan kalktığını kabul etmek gerekir Feyzioğlu'na göre,³⁰⁰ geçerli bir evlilik için aranan koşullar (bunlardan biri olan cinsiyet ayrılığı koşulu) evlilik süresince de aranmalıdır. Bir koşulun, sonradan ortadan kalkması da, evliliğin sona ermesi anlamına gelir. Bu nedenle, her ilgili ve hatta Cumhuriyet savcısı, cinsiyet değişikliği nedeniyle evliliğin ortadan kalktığına ilişkin bir tespit davası açabilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Aynı görüşte olan Akıntürk³⁰¹ de, evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda, evliliğin kendiliğinden ortadan kalkacağını ileri sürmektedir. Yazara göre, eşlerden birinin cinsiyetini değiştirip, evliliğin aynı cinsiyetten iki kişi arasında sürdürülmesi, kamu düzenine aykırıdır. Bu durum, Türk halkının genel ahlâk anlayışına ters düşer. Bu nedenle, aynen ölümden olduğu gibi, evliliğin, cinsiyet değiştirildiği anda kendiliğinden sona ereceğini kabul etmek gerekir. Yazara göre, bu görüş, en az sakıncalı yoldur ve başlangıçta aynı cinsiyette olan kişilerin evlilikleri, nasıl yokluk yaptırımına bağlı ise, bu halin sonradan ortaya çıkması durumunu da aynı hükme bağlamak, eşyanın doğasına uygun düşer.

Oğuzman-Dural'a göre,³⁰² evliliğin, cinsiyet değişikliğiyle birlikte kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek mantıklıdır. Fakat, yazarlar, önceki Medeni Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, açıkça, evliliğin mahkeme kararının kesinleştiği tarihte sona ereceğinin düzenlenmesi karşısında, evliliğin, mahkeme kararının kesinleştiği tarihte sona ereceğini kabul etmektedirler.

³⁰⁰ s. 97.

³⁰¹ s. 191.

³⁰² s. 111. Aynı yönde bkz. Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer-Oktay, Saibe, *Kişiler Hukuku*, B. 6, İstanbul 1999, s. 112.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Köprülü-Kaneti'ye göre,³⁰³ evlilik, eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesiyle birlikte kendiliğinden sona erer. Yazarlar, önceki Medeni Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasını da, diğer yazarlardan farklı bir şekilde yorumlamaktadırlar. Yazarlara göre, mahkemenin daha sonra vereceği karar, evlilik açısından, sadece açıklayıcı bir etki yapar.³⁰⁴ Evlilik, karardan önce, eşlerden birinin cinsiyetini değiştirdiği anda sona ermiştir.

Medeni Kanun'un sistemine göre evlilik, eşlerden birinin ölmesi dışında, ancak bir mahkeme kararıyla sona erebilir.³⁰⁵ Bu nedenle, evliliğin kendiliğinden sona erdiğini kabul etmek, kanunun sistemine pek uymamaktadır. Ayrıca, mahkemenin de, evliliği sona erdirmeye yönelik karar verebileceği haller, boşanma ve butlan sebepleri ile evliliğin gaiplik nedeniyle feshi gibi, kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Bunlar dışındaki bir durum, butlan veya evliliğin kendiliğinden sona erme sebebi olarak kabul edilemez.³⁰⁶

Evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda, evliliğin, önceki Medeni Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasındaki açık düzenleme gereğince, nüfustaki değişikliğe ilişkin kararın kesinleştiği anda sona ereceği, genellikle kabul ediliyordu.³⁰⁷ Çünkü, söz konusu fıkrada kullanılan açık ifadeye rağmen, evliliğin, cinsiyet değişikliğiyle birlikte kendiliğinden ortadan kalktığı kabulü uygun görülüyordu.³⁰⁸

³⁰³ s. 65.

³⁰⁴ Hatemi-Serozan ise, (s. 105) önceki Medeni Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasında, açıkça, evliliğin mahkeme kararının kesinleşmesi tarihinde sona ereceği düzenlendiği için, Köprülü-Kaneti tarafından ileri sürülen bu görüşe katılmamaktadırlar.

³⁰⁵ Zevkliler-Havutçu, s. 270; Öztan, (Aile) s. 224; Zevkliler-Acabey-Gökayla, s. 835; Tekinay, (Aile) s. 164; Öztan, Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku", *AÜHFĐ*, 1995/1-4, s. 114; Zevkliler, (Cinsiyet Kargaşası) s. 261.

³⁰⁶ Bu nedenle Hatemi-Serozan (s. 103) eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesinin, bir butlan sebebi olarak kanuna eklenmesini önermektedir. Aynı yönde bkz. Öztan, (Aile) s. 226; Zevkliler-Acabey-Gökayla, s. 836.

³⁰⁷ Öztan, (Aile) s. 226; Hatemi-Serozan, s. 105; Will-Öztan, s. 253

³⁰⁸ 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanun'un, Türk Medeni Kanunu'nun 29.

Zevkliler-Acabey-Gökyayla'ya göre,³⁰⁹ evlilik, Medeni Kanun'un sistemine göre, ancak eşlerden birinin ölmesi ya da hâkimin bir kararıyla (iptal, boşanma veya gaiplik nedeniyle fesih) ortadan kalkabilir. Bunlar dışında, kurulmuş ve geçerli olan bir evliliğin kendiliğinden ortadan kalkması söz konusu olmaz. Bu bakımdan, evliliğin, cinsiyet değişikliğiyle birlikte, kendiliğinden sona ereceği yönündeki görüş³¹⁰ ve önceki Medeni Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme, tutarlı değildir.³¹¹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Kanaatimce, yukarıda açıklanan görüşlerin birlikte değerlendirilmesinden şu sonuca varılabilir: önceki Medeni Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde, evliliğin, cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihte sona ereceği açıkça kabul edildiği için, evlilik, bu mahkeme kararının kesinleştiği tarihte sona erer. Yeni Medeni Kanun'da ise, evli kişilerin cinsiyet değiştirmeleri yasaklamıştır. (mad. 40) Medeni Kanun'un sistemine göre, evlilik birliği, ölüm dışında, ancak bir mahkeme kararıyla sona erebilir. Evliliğin, ölüm dışında kendiliğinden sona ermesi mümkün değildir. Bu nedenle kanaatimce, yasak olmasına rağmen, eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmiş olması, evliliği kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Çünkü, mahkemedan izin alınmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği, hukuken tanınmamaktadır. Bu durumda, cinsiyetini değiştiren kişinin, hukuken hâlâ eski cinsiyetine sahip olduğu kabul edilmelidir. Eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmiş olması,

maddesine ikinci fıkra eklenmesine ilişkin 2. maddesinin gerekçesine göre de, cinsiyeti bu şekilde değiştirilen kişinin evliliği, cinsiyet değişikliğine ilişkin kararın kesinleşmesi tarihinden itibaren, başkaca bir hükme gerek kalmaksızın, kendiliğinden sona erer. (ABD, 1988/3, s. 373.)

³⁰⁹ s. 835.

³¹⁰ Güven'e göre de (Cinsiyet Değişikliği, s. 68) maddenin, evliliği kendiliğinden sona erdirdiğini iddia etmek mümkün değildir. Çünkü, evlilik, mahkeme kararıyla sona ermektedir. Maddede geçen "kendiliğinden" ifadesi, usul ekonomisine uygun düşen bir yaklaşımla, ayrıca bir dava açılmasına gerek olmadığını belirtmek üzere konulmuştur.

³¹¹ Aynı yönde bkz. Zevkliler, (Cinsiyet Kargaşası) s. 281.

BİBLİYOGRAFYA evliliği kendiliğinden sona erdirmez. Böyle bir durumda, diğer eşin başvurabileceği tek yol, boşanma davası açmaktır.³¹²

Bununla birlikte, kanaatimce, Hatemi-Serozan, Öztan ve Zevkliler-Acabey-Gökyayla'nın da önerdikleri gibi,³¹³ eşlerden birinin, Medeni Kanun'un 40. maddesine aykırı olarak cinsiyetini değiştirmesinin, bir fesih nedeni olarak kanuna eklenmesi, soruna uygun bir çözüm olabilir. Kanuna eklenebilecek bu sebep, bir butlan sebebi değildir. Çünkü, evlilik baştan itibaren geçerlidir.

II. Önceki Medeni Kanun'un Evlilik Birliğini Koruyucu Diğer Hükümleri

A. Eşlerin Birbirleriyle Yapacakları veya Evli Kadınların Üçüncü Kişilerle Yapacakları Bazı Hukuki İşlemlerin, Hâkimin Onayına Bağlı Tutulmuş Olması

Önceki Medeni Kanun'da, eşlerin birbirleriyle yapacakları veya evli kadının, üçüncü kişilerle yapacağı bazı hukuki işlemlerin geçerliliği hâkimin onayına tabi tutulmuştur.³¹⁴ Bu tür işlemlerin³¹⁵ geçerliliğinin, hâkimin onayına bağlı

³¹² Bkz. Çakın, s. 39.

³¹³ Bkz. yuk. dn. 306.

³¹⁴ Bkz. Akipek-Akıntürk, s. 353; Öztan, (Aile) s. 167; Hatemi-Serozan, s. 191 vd.; Feyzioğlu, s. 197; Velidedeoğlu, s. 132 vd.; Mimaroglu, s. 12; Saymen-Elbir, s. 137; Arsebük, s. 692 vd.; Oğuzoğlu, s. 156 vd.; Ertoşun, s. 26.

³¹⁵ Hem önceki Medeni Kanun'da, hem de yeni Medeni Kanun'da, geçerliliği hâkimin onayına bağlı tutulan bir hukuki işlem daha vardır. Gerçekten, boşanma davasının yargılama usulüne ilişkin, önceki Medeni Kanun'un 150. maddesinin beşinci bendine ve yeni Medeni Kanun'un 184. maddesinin beşinci bendine göre, boşanma veya ayrılığın ferî sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. Bu anlaşmaların, hâkim tarafından onaylanmasının amacı, boşanma sonrasında, eşlerin ve özellikle de çocukların menfaatlerini korumaktır. Bu konuda bkz. Akıntürk, (Aile) s. 273; Belgesay, (Boşanma) s. 129.

Bu hüküm, evlilik birliğinin sona ermesinden sonraki döneme ilişkin olduğu için, araştırma konumuz dışında kalmaktadır.

tutulmuş olmasının nedeni, kanun koyucunun; her şeyden önce, evlilik birliğini korumak ve bu işlemlerden doğabilecek uyumsuzlukları ortadan kaldırmak istemesidir. Ayrıca, zayıf durumda olan kadının, kocasına karşı korunması amacı da, bu tür hukuki işlemlerin hâkimin onayına bağlı tutulmasını gerektirmiştir.³¹⁶ Hemen belirtelim ki yeni Medeni Kanun'da, evlilik birliğinin veya zayıf durumda olan kadının korunması amacıyla da olsa, bu hükümleri, bünyesine almamıştır.³¹⁷ Türk Medeni Kanunu'nun genel gerekçesinde, eşler arasında getirilen mutlak anlamda eşitlik ilkesi gereğince, bu sınırlandırmalara, günümüzde hiç de gerek bulunmadığı belirtilmiştir.³¹⁸

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Yeni Medeni Kanun'da, eşlerin, evlilik birliğindeki konularını eşitlenmiş ve bazı hukuki işlemlerin, ancak eşlerin ortak rızalarıyla yapılabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hükümlerin temel özelliği, her iki eşe de eşit biçimde uygulanmaları ve her iki eşi de aynı ölçüde kısıtlamalarıdır'un 169. maddesinde, doğrudan kadına yönelik bir kısıtlamaya yer verilmişti. Yeni Medeni Kanun'da ise, eşler arasında eşitlik ilkesi gereğince, evlilik birliğinde eşitsizlik yaratan hükümler kaldırılarak, evlilik birliğinin korunması amacıyla, mesela, Medeni Kanun'un aile konutuna ilişkin 194. maddesi gibi, her iki eş bakımından da eşit ölçüde kısıtlayıcı bazı hükümler getirilmiş bulunmaktadır.

Önceki Medeni Kanun'a göre, eşler arasında yapılan ve geçerliliği hâkimin onayına bağlı tutulan hukuki işlemler şunlardır:

³¹⁶ Akıntürk, s. 12; Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 259; Öztan, (Aile) s. 168; Hatemi-Serozan, s. 192; Oğuzman-Dural, s. 168; Feyzioğlu, s. 197; Velidedeoğlu, s. 132; Berki, s. 129; Mimaroglu, s. 12; Saymen-Elbir, s. 137; Egger, s. 372; Arsebük, s. 686; Oğuzoğlu, s. 159; Uçar, s. 320; Ertosun, s. 26; Oğuzman, M. Kemal, "Evli Kadınların Kocaları Menfaatine Üçüncü Şahıslarla Yaptıkları Hukuki Muameleler", *İBD*, 1952/5, s. 257; Önder, Akil, "Yargıcın Müsaadesine veya Tasdik veyahut Tasvibine Bağlanmış Olan Akit veya Hukuki Tasarruflar", *AD*, 1948/11, s. 1245.

³¹⁷ Akıntürk, s. 12; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 1.

³¹⁸ Bkz. Ertaş-Koç, s. 27.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

1. Evlilik Birliğinin Kurulmasından Sonra Yapılan Mal Rejimi Sözleşmeleri

Önceki Medeni Kanun'un 173 maddesinin ikinci fıkrasına göre, evliliğin devamı sırasında yapılan mal rejimi sözleşmeleri, sulh mahkemesinin onayı ile geçerli olur. Evlilik birliğinin kurulmasından önce yapılan mal rejimi sözleşmeleri için, böyle bir zorunluluk aranmadığı halde, evlenmeden sonraki sözleşmeler için, sulh mahkemesinin onayı aranmıştır.³¹⁹

Söz konusu hüküm; evlilik birliğinin, ailenin ve özellikle kadının ekonomik geleceğinin korunması amacıyla kabul edilmişti.³²⁰ Evlenmeden sonra, kadının, kocasının etkisi ve baskısı altında kalabileceği düşüncesi, kanun koyucuyu, evli kadını korumak amacıyla, böyle bir düzenleme yapmaya yöneltmiştir.

Yeni Medeni Kanun'da ise, bu düzenleme ortadan kaldırmıştır. Böylece, eşlerin, evlenmeden sonra yapacakları mal rejimi sözleşmelerinin geçerlilikleri artık, hâkim tarafından onaylanmalarına bağlı değildir.

Kanaatimce de, evlilik birliğinin kurulmasından sonra yapılan mal rejimi sözleşmelerinin, hâkimin onayına bağlı tutulmasının kaldırılması, yerindedir.³²¹ Çünkü, eşlerin, ev-

³¹⁹ Bkz. ve karşı. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 26; Öztan, Bilge, "Medeni Kanun'un Mal Rejimi Prensiplerine İlişkin Bir Çalışma ve Bir Değişiklik Önerisi", Prof. Dr. Akif Erginay' a 65 inci Yaş Armağanı, Ankara 1981, s. 56; Postacıoğlu, İlhan, "Evlenme Mukaveleleri ve Karı Koca Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasdikli Lüzumunun Hukuki Mahiyeti", İÜHFİM, 1947/4, s. 1152 vd.

³²⁰ Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 26; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 782; Öztan, (Aile) s. 168; Feyzioğlu, s. 214; Bilge, Necip, "Eşler Arasında veya Koca Menfaatına Karı ile Üçüncü Şahıslar Arasında Yapılan Hukuki Muamelelerin Yargıç Tarafından Tasvibi", AÜHFİM, 1951/1-2, s. 584; Önder, Akil, "Yargıcın Müsaadesine veya Tasdik veyahut Tasvibine Bağlanmış Olan Akit veya Hukuki Tasarruflar", AD, 1948/11, s. 1253.

³²¹ Bkz. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 26. Yazara göre, mal rejimi sözleşmesinin hâkimin onayına bağlı tutulması, eşlerin, malvarlığı durumlarının açığa çıkması endişesiyle, bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınmalarına sebep oluyordu. Aynı yönde bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 782.

lilikten önce yaptıkları mal rejimi sözleşmeleri için böyle bir zorunluluk öngörülmemişken, evlendikten sonra yapılan mal rejimi sözleşmeleri için bu zorunluluğun aranmasının, haklı bir nedeni bulunmamaktadır. Ayrıca eşler, mal rejimi sözleşmeleri konusunda özgür değildirler. Çünkü eşler, ancak kanunda öngörülen mal rejimlerinden birini seçebilirler. Bu nedenle, mal rejimi sözleşmelerinin hâkimin onayına bağlı tutulmasında bir yarar yoktur.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

2. Mal Birliğinde Kadının Kişisel Mallarına ve Mal Ortaklığında Ortaklığa Giren Mallara İlişkin Olarak Eşler Arasında Yapılan Sözleşmeler

Önceki Medeni Kanun'da eşler arasında mal birliği geçerliyse, kadının kişisel mallarına ilişkin olarak, karı koca arasında yapılan sözleşmeler ile, eşler arasında mal ortaklığı geçerliyse, ortaklığa giren mallara ilişkin olarak, karı koca arasında yapılan sözleşmelerin geçerliliği hâkimin onayına bağlanmıştı. (mad. 169/I, c. 2) Bu hüküm, eşler arasındaki saygınlık ve dirliğin parasal nedenlerle yok olmasını önlemek³²² ve kadının, kocasının etkisi ve baskısı altında kalarak, kendisini zor duruma sokan taahhütlere girmesini önlemek amacıyla bu hüküm kabul edilmişti.³²³ Söz konusu hüküm gereğince, eşler, niteliği belirtilen türden bir sözleşme yapmak istiyorlarsa, bu sözleşmeyi hâkimin onayına sunmak zorundaydılar. Hâkimin onayı, bu tür sözleşmeler için, bir geçerlilik koşulu niteliğindedir.³²⁴

Kadının ve dolaylı olarak evlilik birliğinin korunması amacını taşıyan bu hükmün, uygulandığı dönemde fazla bir

³²² Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 260.

³²³ Öztan, (Aile) s. 168; Feyzioğlu, s. 197; Velidedeoğlu, s. 133; Mimaroglu, s. 19; Berki, s. 129; Göktürk, s. 334; Schwarz, s. 193; Saymen-Elbir, s. 137; Egger, s. 373; Arsebük, s. 694; Gönensay, s. 149; Uçar, s. 320; Ertosun, s. 27; Berki, (Evlimenenin Neticeleri) s. 110; Bilge, s. 581.

³²⁴ Bkz. Velidedeoğlu, s. 133; Berki, s. 130; Birsen, s. 310; Göktürk, s. 334; Arsebük, s. 694; Oğuzoğlu, s. 157; Gönensay, s. 149; Ertosun, s. 27.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

pratik değeri yoktu. Çünkü, mal birliği³²⁵ ve mal ortaklığı, seçimlik mal rejimi olduğu için, fazla uygulama alanı bulamamıştı.³²⁶

Yeni Medeni Kanun'da ise, kadının, erkeğe karşı korunması amacını taşıyan bu hükme yer verilmemiştir. Ka-naatimce, önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesinin, yeni Medeni Kanun'da alınmaması, eşler arasında hukuki eşitlik ilkesine uygun olduğu için, yerinde bir tercihtir.

3. Evli Kadının, Kocasını Yararına Üçüncü Kişilerle Yaptığı Borçlandırıcı İşlemler

Önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine göre çok daha fazla uygulanan bir hüküm, aynı maddenin ikinci fıkrasında yer alıyordu. Çünkü, yukarıda da belirtildiği gibi, aynı maddenin ilk fıkrası, ancak eşler arasında, mal ortaklığı veya mal birliği rejimi geçerliyse uygulanabiliyordu. Buna karşılık, yine aynı maddenin ikinci fıkrası, eşler arasındaki mal rejiminin türüne bakılmaksızın uygulanan bir hüküm idi.³²⁷

Önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrası; evli kadının, kocasını yararına üçüncü kişilere karşı girişeceği borçlandırıcı işlemlerin geçerliliğini hâkimin onayına bağlamıştı. Bu hükümle, kadının, kocasının baskısıyla ekonomik geleceğinin mahvına engel olunması amaçlanıyordu.³²⁸ Bu

³²⁵ Mal birliği, yeni Medeni Kanun'a alınmamıştır.

³²⁶ Bu konuda bkz. Şıpka, s. 22; Tekinay, (Aile) s. 323; Feyzioğlu, s. 197; Oğuzoğlu, s. 158; Saymen-Elbir, s. 137; Ertoşun, s. 27; Oğuzman, s. 257; Bilge, s. 582.

³²⁷ Oğuzman-Dural, s. 168; Feyzioğlu, s. 198; Mimaroglu, s. 34; Berki, s. 129; Oğuzoğlu, s. 158; Göktürk, s. 336; Schwarz, s. 194; Arsebük, s. 693; Ertoşun, s. 28.

³²⁸ Bkz. Şıpka, s. 24; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 1; Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 262; Öztan, (Aile) s. 188; Hatemi, s. 69; Oğuzman-Dural, s. 168; Hatemi-Serozan, s. 192; Feyzioğlu, s. 198; Velidedeoğlu, s. 133;

madde, evli kadını, kocasına karşı koruma amacıyla kabul edilmişti. Ülkemizde, kadının, kocasının borcuna kefil olması³²⁹ ve bu nedenle büyük bir zarar görmesi, oldukça sık karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenle, kanun koyucu, kadının, kocasının yararına üçüncü kişilerle yapacağı borçlandırıcı işlemlerin geçerliliğini hâkimin onayına bağlamıştı.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Asıl kaynağı Roma Hukuku olan³³⁰ bu madde, evli kadının, genellikle hayattaki deneyimsizliği nedeniyle kocasının baskısı altında kaldığı için, ekonomik geleceğinin zarar görme olasılığının yüksek olduğu varsayımına dayanıyordu.³³¹

Mimaroğlu, s. 37; Berki, s. 129; Saymen-Elbir, s. 138; Göktürk, s. 335; Schwarz, s. 194; Egger, s. 379; Arsebük, s. 694; Gönensay, s. 152; Uçar, s. 320; Havutçu, s. 13; Kılıçoğlu, (Kadın-Erkek Eşitliği) s. 16; Berki, (Evlilikten Neticeleri) s. 110; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 241; Bilge, s. 582; Önder, s. 1249.

³²⁹ Mimaroğlu'na göre (s. 41) kanun koyucuyu, bu hükmü getirmeye mecbur eden asıl endişe, tüm borçlandırıcı işlemler için değil, daha çok ve özellikle kefalet sözleşmesi için söz konusudur. Çünkü, yazara göre, kefalet sözleşmesi bir yana bırakılırsa, diğer borçlandırıcı işlemlerin sonuçlarını yapıldıkları anda anlamak çok zor değildir. Kefalet sözleşmesinde ise, sonradan ortaya çıkan ve ağır sonuçlar doğuran durumlar söz konusudur. Bu nedenle, söz konusu olan tehlike, kefalet sözleşmesinin niteliğinden kaynaklanır. Yazara göre, kefalet sözleşmesiyle ilgili olarak İsviçre'de yapılan değişiklikler (bkz. aşa. § 7, IV.) kanun koyucunun bu hükmü koymadaki amacını tam olarak karşılamaktadır.

³³⁰ Kadının kefalet sözleşmesi yapmasını yasaklayan, Roma Hukuku'nda "intercessio pro marito" olarak anılan bu hüküm, "Senatus Consultum Vellaeantum" adlı Kanun'la kabul edilmişti. Sadece kadına yönelik bir ehliyet sınırlaması getirip, kadına duyulan güvensizlikten kaynaklanan bu hüküm, tarih içinde çeşitli aşamalar geçirmiştir. İlk olarak, Justinien'den önceki dönem Roma hukukunda kabul edilen şekline göre, evli olsun olmasın, kadının, her türlü intercessio (borç altına girme) işlemleri tamamen yasaklanmıştı. Justinien döneminde, yalnızca, evli kadının kocası menfaatine yaptığı intercessio işlemleri yasaklanmıştı. Daha sonra, evli kadının kocası menfaatine gireceği intercessio işlemlerinin geçerliliği, mesela, hâkimin onayı veya taahhüdün mahkeme huzurunda yapılması gibi, bazı koşullara bağlandı. Bkz. ve karşı. Saymen-Elbir, s. 138; Koschaker-Ayiter, s. 217; Mimaroğlu, s. 23 vd.; Göktürk, s. 335; Ayiter, s. 108; Schwarz, s. 194; Egger, s. 378; Emiroğlu, Haluk, "Roma Klasik Hukuk Döneminde Mal Rejimi", *AÜHFD*, 2001/3, s. 179; Gaudemet, Jean, "Roma İmparatorluğu'nda Kadının Hukuki Durumu", Çev. Tahiroğlu, Bülent, *MHAD*, Yeni Seri, 1972/9, s. 222; Oğuzman, s. 258; Bilge, s. 583.

³³¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 21.12.1964 tarih ve 6700/6274 sayılı Kara-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrasında, açıkça, borçlandırıcı işlemlerden söz edilmesi, tasarruf işlemlerinin de bu kapsama girip girmediği tartışmasını başlatmıştı.³³² Doktrinde hâkim görüş³³³ ve Yargıtay uygulaması,³³⁴ söz konusu hükmün konuluş amacından (ratio legis) hareketle, ipotek tesisi gibi tasarruf işlemleri için de hâkimin onayının aranacağı yönündeydi.³³⁵

Önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen onay, sözleşmenin, sonradan hâkim tarafından onaylanması gerektiğini ifade ediyordu. Çünkü, onay, hukuki işlemin yapılmasından sonra söz konusu olur. Fakat, doktrinde, söz konusu fıkra kullanılan "*tasdik*" sözcüğünün geniş yorumlanması ve hâkimin, yapılacak bir işlem

ri'ndan: "169/II, yaradılışı ve ailedeki durumu itibariyle kocasına ve onun aileceklerine karşı mukavemeti zayıf olan kadının himayesi maksadıyla konulmuş bir tedbirdir. Bu hükmü, aynı zamanda kocanın mali durumundaki buhran ve felâketlerin kadına da sırayetini önlemek ve dolayısıyla aile birliğini korumak amacıyla konulmuştur." (Yazıcı, Hilmi-Atasoy, Hasan, Şahis, Aile ve Miras Hukuku ile İlgili Yargıtay Tatbikatı 1952-1970, Ankara 1970, s. 882.) Ayrıca bkz. Egger, s. 379; Mimaroglu, s. 36 vd.; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 241.

³³² Bu tartışma için bkz. Mimaroglu, s. 53 vd.; Ayiter, s. 109 vd.; Oğuzman, M. Kemal, "Evli Kadınların Kocaları Menfaatine Üçüncü Şahıslarla Yaptıkları Hukuki Muameleler", İBD, 1952/5, s. 259 vd.

³³³ Bkz. Öztan, (Aile) s. 189; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 263; Hatemi, s. 69; Oğuzman-Dural, s. 169; Hatemi-Serozan, s. 193; Feyzioğlu, s. 199; Velidedeoğlu, s. 135; Schwarz, s. 195; Ayiter, s. 110; Egger, s. 382; Arsebük, s. 694; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 242; Oğuzman, s. 267; Bilge, s. 583.

³³⁴ Bkz. YHGK, 1. 3. 1989 ve 1988-12/885 E, 1989/103 K, (YDK, 1989/7, s. 929.)

³³⁵ Aksi görüşte olan Mimaroglu'na göre (s. 72 vd.) tasarruf işlemleri, bu kapsama dâhil edilmemelidir. Yazara göre, kanunun açık ifadesine rağmen, hükmün geniş yorumlanıp, tasarruf işlemlerinin de bu kapsama alınması, kadının koruması amacının dışına çıkar ve bu durum kadının ehliyetinin daha fazla kısıtlanması anlamına gelir. Aynı yönde bkz. Tekinay, (Aile) s. 327; Oğuzoğlu, s. 158; Saymen-Elbir, s. 142; Tour, s. 179; Ertoşun, s. 29. Ayrıca, bu hükmün İsviçre'de yürürlükte olduğu dönemde, İsviçre Federal Mahkemesi'nin kökleşmiş kararları da, tasarruf işlemleri için, hâkimin onayının gerekmediği yönündeydi. Bu konuda bkz. Tekinay, (Aile) s. 325; Velidedeoğlu, s. 135; Göktürk, s. 336; Saymen-Elbir, s. 141; Schwarz, s. 195; Arsebük, s. 695; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 242; Oğuzman, s. 259.

için, önceden izin vermesinin de mümkün olabileceği görüşü savunuluyordu.³³⁶

Yeni Medeni Kanun'da ise, kadını korumak amacıyla da olsa, kadın erkek eşitliğine aykırı görülen hükümler kaldırılarak, kadını koruyucu bu hükme yer verilmemiştir.

Kanaatimce de, evli kadının, kocası yararına üçüncü kişilere karşı borç altına girmesinin, hâkimin onayına bağlanmasının kaldırılması yerindedir. Çünkü, önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrasında, sadece, evli kadının yapacağı bazı hukuki işlemlerin geçerliliği için hâkimin onayı aranıyordu. Evli erkekler için ise, böyle bir kural kabul edilmemişti.³³⁷ Eşler arasında eşitliği sağlama amacıyla hazırlanan bir kanunda, eşlerden birinin ehliyetini, diğerine göre daha fazla sınırlamak uygun değildir. Günümüzde, kadının

³³⁶ Bkz. Öztan, (Aile) s. 190; Oğuzman-Dural, s. 169; Tekinay, (Aile) s. 331; Feyzioğlu, s. 200; Saymen-Elbir, s. 139; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 242; Ertosun, s. 34; Oğuzman, s. 278; Bilge, s. 576; Önder, Akıl, "Yargıcın Müsaadesine veya Tasdik veyahut Tasvibine Bağlanmış Olan Akit veya Hukuki Tasarruflar", *AD*, 1948/11, s. 1251. Aksi görüşte olan Mimaroglu'na (s. 152 vd.) göre, mahkemenin önceden izin vermesi, maddenin amacını tam olarak karşılayamaz. Yazara göre, mahkeme, yapılan işleme sonradan onay vermek durumundadır. Bu sayede mahkeme, önüne gelen olayı tüm yönleriyle ve tüm sonuçlarıyla birlikte değerlendirip bir karar verebilir. Aksi takdirde, henüz sözleşme yapılmadan, sözleşmenin tüm sonuçlarıyla birlikte ortaya konulamaması ve bu işlemin eşlere getireceği yükümlülüklerin tam olarak anlaşılabilmesi söz konusu olabilir. Aynı yönde bkz. Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 263.

³³⁷ Bkz. Ertaş, (Yenilikler) s. 14; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 1; Tekinay, (Aile) s. 327; Mimaroglu, s. 164; Saymen-Elbir, s. 144; Uçar, s. 321; Havutçu, s. 13; Kılıçoğlu, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 16; Cansel, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 41; Ertosun, s. 35; Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukukumuzda Yapılması Gerekli Değişiklikler", *İBD*, 1966/10, s. 505. Fakat, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre; önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrasının kadınları korumaya yönelik olması nedeniyle kaldırılmaması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüş gereğince, bu hükmün kaldırılmasıyla, iş hayatındaki riskleri bilmeyen evli kadınlar büyük tehlikelerle karşı karşıya kalabilirler. Ayrıca, kocalarından baskı gören kadınların da göz önünde tutulması gerekir. Bu nedenle, sözü geçen fıkranın, bir süre daha yürürlükte kalması yerinde olabilirdi. Bkz. Şıpka, s. 24, 25; Hatemi, s. 69; Berki, (Evlernenin Neticeleri) s. 110.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

ehliyetinin bu konuda sınırlanması, evlilik birliğini, hatta daha çok kadını koruma amacına yönelik olsa bile yerinde görülmemektedir.³³⁸

Önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrası, doktrinde, amacını gerçekleştirmekten uzak olduğu için çeşitli açılardan eleştiriliyordu.³³⁹ Buna göre, kadına karşı duyulan güvensizlikten kaynaklanan bu hüküm, eşler arasında eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, kendi içinde de bazı çelişkiler taşıyordu. Çünkü, bu hüküm, sadece evli kadınlara yönelik bir sınırlama getiriyordu. Evli kadının, kocası yararına üçüncü kişilere karşı girişeceği borçlandırıcı işlemlerin, hâkimin onayına bağlanmasının amacı, genel olarak, hayat deneyimi az olan, koca karşısında iradesini tam olarak ortaya koyamayan, daha çok kocasının etkisi altında kalabilen kadını korumaktı.

Kanaatimce de, kadının erkeğe göre daha deneyimsiz olduğu görüşü, maddeyle getirilen kuralla çelişiyordu.³⁴⁰ Çünkü, sözü geçen fıkra, sadece evli olan kadınlara ilişkindi. Evli olmayan kadınlar için, böyle bir sınırlama öngörülüyordu. Evli kadının deneyimsiz olduğu ve üçüncü kişilerin etkisi altında kalarak kendisine zarar verici hukuki işlemler yapabileceğinden kaygı duyuluyorsa, evli olmayan kadınlar için³⁴¹ de,

³³⁸ Bkz. ve karşı. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 85; Saymen-Elbir, s. 144; Mimaroglu, s. 166 vd.; Havutcu, s. 13; Kılıçoğlu, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 16; Cansel, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 41; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 433; Ertoşun, s. 35.

³³⁹ Bu konuda bkz. Mimaroglu, s. 164 vd.

³⁴⁰ Bkz. Mimaroglu, s. 39.

³⁴¹ Bu nedenle kadın, tarih boyunca, evleninceye kadar babasının, evlendikten sonra ise, kocasının vesayeti altında kabul ediliyordu. Kadın, cinsiyeti nedeniyle, erkeğin koruması altındaydı. Bu konuda bkz. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 16 vd.; Koschaker-Ayiter, s. 86, 93; Cin, Halil, "Tarih Boyunca Kadının Hukuki Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 2 vd.; Emiroğlu, Haluk, "Roma Klasik Hukuk Döneminde Mal Rejimi", AÜHFD, 2001/3, s. 175 vd.; Gaudemet, Jean, "Roma İmparatorluğunda Kadının Hukuki Durumu", Çev. Tahiroğlu, Bülent, MHAD, Yeni Seri, 1972/9, s. 205 vd.

Yeni Medeni Kanun'da, çağdaş eğilimlere uygun olarak, böyle bir

böyle bir sınırlama getirilmesi gerekirdi. Kanun koyucunun, kadını, evlendikten sonra, tecrübesiz olduğu ve kendisine zarar verebileceği için korumaya kalkışması yerinde değildir.³⁴²

Ayrıca, bu hükmün evlilik birliğini koruyucu bir yönü olduğu da ifade ediliyordu.³⁴³ Kanaatimce de, bu hükmün koruma amacı, sadece evli kadına yöneliktir. Çünkü, hâkimin onayı zorunluluğu, evli kadının, yalnızca kocası lehine giriştiği borçlandırıcı işlemler için kabul edilmişti. Eğer, evlilik birliğinin korunması amaçlansaydı, hem kadının, koca lehine olup olmadığına bakılmaksızın, yapacağı her tür borçlandırıcı işleminin bu kapsama alınması, hem de, ekonomik alanda kadına göre, daha çok faaliyette bulunan koca için de böyle bir sınırlamanın getirilmesi gerekirdi.³⁴⁴ Çünkü koca, eşine göre, ekonomik alanda daha çok faaliyette bulunmakta ve kocanın, evlilik birliğinin ekonomik geleceğini tehlikeye atabilecek daha çok işlem yapma olanağı bulunmaktadır.³⁴⁵ Bu nedenle, evlilik birliğinin korunması amaçlansaydı, 169. maddenin ikinci fıkrasıyla getirilen sınırlamanın, koca için de kabul edilmesi gerekirdi.

Bununla birlikte, önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrasının uygulandığı, yaklaşık yetmiş beş yıllık süre boyunca, mahkemeler, bu tür sözleşmeleri genellikle iş

duruma yer verilmemiş ve evli olmayan kadınların ehliyeti, erkeklerle bir tutularak, aralarında herhangi bir fark yaratılmamıştır.

³⁴² Mimaroglu'nun da (s. 40) haklı olarak belirttiği gibi, eğer, kadınlar için, mutlak bir deneyimsizlik söz konusu ise, bu, hem evli olan, hem de evli olmayan kadınlar için geçerli olmalıdır. Hatta, yazara göre, kadınlar için bir deneyimsizlik varsayılırsa, bu durum, evli olanlardan çok, evli olmayanlar için söz konusu olur. Çünkü, Medeni Kanun'un 11. maddesinin ikinci fıkrasında, henüz ergin olmadığı için sınırlı ehliyetsiz olan kadının, evlenmekle ergin olacağı düzenlendiği için, evlenmekle kadının ehliyetinin genişleyeceği kabul edilmiştir. Böyle bir sistemi kabul eden Medeni Kanun'un, evli kadınları deneyimsiz saymış olması mümkün değildir. Bu nedenle, hükmün amacı ile Medeni Kanun'un temel sistemi çelişki halindedir. Ayrı yönde bkz. Ertosun, s. 35.

³⁴³ Bkz. ve karşı. Mimaroglu, s. 40, 41.

³⁴⁴ Bkz. Mimaroglu, s. 41.

³⁴⁵ Saymen-Elbir, s. 144.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

yoğunluğu sebebiyle fazla inceleyemeden derhal onaylamışlardır.³⁴⁶ Bu nedenle, söz konusu hükmün, fiilen yarar sağladığı da bir gerçektir.³⁴⁷

Amacı, evli kadını korumak olan bu hüküm, çoğu zaman bu amacını gerçekleştiriyordu.³⁴⁸ Tekinay'ın da haklı olarak belirttiği gibi,³⁴⁹ bu hüküm evli kadını korumaktan çok, hâkimin onayı zorunluluğunu bilmeyen üçüncü kişilerin aldatılmasına neden oluyordu.

Sırf kendi yararına olmak üzere, kocanın, kadını borç altına sokmaya zorlaması durumunda, hâkimin müdahalesi istenebileceği için, bu hükmün kaldırılması pratik bir öneme ve etkiye sahip değildir.³⁵⁰ Bu nedenle, bu hükmün kaldırılması, evlilik birliğinin hukuki korumadan yoksun kalması sonucuna doğurmaz.³⁵¹

Yeni Medeni Kanun'un 194., 199. ve 223. maddelerinde, eşlerin birlikte hareket etme yükümlülüğü getirilmiş ve bu sayede evlilik birliğinin korunması sağlanmaya çalışılmıştır. Bununla birlikte, evlilik birliğinin tam anlamıyla korunmasından söz edebilmek için, İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişikliklerin,³⁵² mevzuatımıza da alınması önerilebilir. Çünkü, İsviçre Borçlar Kanunu, eşlerin yapacakları kefalet sözleşmelerinin geçerliliğini, diğer eşin onayına bağlamıştır. Kanaatimce, evlilik birliğinin ekonomik geleceğinin korunması amacıyla getirilen bu düzenlemeler, önceki Medeni Kanun'un 169. maddesi gibi, eşler arası eşitliğe aykırı hükümlerin, tam olarak yerine getiremediği amaçları, çağdaş bir yaklaşımla gerçekleştirebilir.³⁵³

³⁴⁶ Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 1; Kılıçoğlu, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 16.

³⁴⁷ Bkz. ve karşı. Uçar, s. 321; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 2.

³⁴⁸ Bkz. Mimaroglu, s. 43; Saymen-Elbir, s. 144; Uçar, s. 321.

³⁴⁹ s. 327.

³⁵⁰ Saymen-Elbir, s. 144.

³⁵¹ Bkz. Saymen-Elbir, s. 145; Tekinay, (Aile) s. 327; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 2; Mimaroglu, s. 169.

³⁵² Bu değişiklikler için bkz. aşa. 7, IV.

³⁵³ Mimaroglu, s. 41 vd.; Cansel, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 41. Adalet Bakan-

B. Eşler Arasında Cebri İcranın Yasak Olması

Önceki Medeni Kanun'un 165. maddesine göre, evlilik birliği devam ettiği sürece eşler arasında cebri icra yasaklanmıştı.³⁵⁴ Evlilik birliğinin korunması ilkesi gereğince kabul edilen bu yasağın amacı, eşlerin, birbirleri hakkında icra takibi yapmaları suretiyle, evlilik birliğinin zarar görmesini önlemektir. Cebri icra yasağı, eşlerden birinin kişisel menfaatlerini korumak için değil, eşler arasında doğabilecek uyuşmazlıkları mümkün olduğu ölçüde engellemek ve böylece evlilik birliğinin korunmasını sağlamak için kabul edilmiştir.³⁵⁵ Evlilik birliği devam ettiği sürece, eşlerin birbirleri hakkında icra takibi yapmalarının, evlilik birliğine ve evliliğin temeli olan hayat ortaklığı mantığına ters düşeceği düşünüldüğü için, eşler arasında cebri icra yasaklanmıştı.

Önceki Medeni Kanun'un 165. maddesiyle yasaklanan, sadece cebri icra idi. Eşlerin, birbirlerine dava açmaları her zaman mümkündü. Eşler, birbirlerine karşı dava açabilir, fakat, dava sonunda aldıkları ilamun, icra daireleri aracılığıyla, yerine getirilmesini isteyemezlerdi.³⁵⁶

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

İhğ'ınca oluşturulan ve Borçlar Kanunu Öntasarısı'nı hazırlamakla görevlendirilen bir komisyonun, bu konuda da İsviçre Borçlar Kanunu'na benzer bir düzenleme yapılmasını önerdiğinin öğrenilmesi sevindirici bir gelişmedir.

³⁵⁴ Bu yasak, evlenme sözleşmesinin yapılmasıyla başlar, eşlerden birinin ölümü, mahkemece gaiplik nedeniyle evliliğin feshi, iptali veya boşanma kararı verilmesine dek devam ederdi. Bkz. ve karşı. Ortan, Ali Necip, "Eşler Arasında Cebri İcra Yasağı", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, Ankara 1975, s. 699.

³⁵⁵ Ortan, s. 690; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 772; Öztan, (Aile) s. 171; Hatemi, s. 68; Tekinay, (Aile) s. 350; Oğuzman-Dural, s. 166; Feyzioğlu, s. 207; Velidedeoğlu, s. 130; Saymen-Elbir, s. 149; Berki, s. 127; Birsen, s. 307; Göktürk, s. 340; Oğuzoğlu, s. 162; Schwarz, s. 197; Egger, s. 359; Arsebük, s. 699; Gönensay, s. 144; Ortan, s. 690; Berki, (Evlendenin Neticeleri) s. 108; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 240.

³⁵⁶ Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 773; Öztan, (Aile) s. 172; Oğuzman-Dural, s. 166; Tekinay, (Aile) s. 350; Feyzioğlu, s. 208; Saymen-Elbir, s. 149; Berki, s. 127; Gönensay, s. 145; Ortan, s. 694; Berki, (Evlendenin Neticeleri) s. 109; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 240.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Kanun koyucu, bazı durumlarda, bu yasağın istisnalarını kabul etmek suretiyle, cebrî icra yasağı kuralını yumuşatmıştı.³⁵⁷ Bu istisnaların³⁵⁸ bulunduğu durumlarda, eşler arasındaki cebrî icra yasağı, evlilik birliğini koruyucu etkiyi gösterememektedir. Bu istisnaların kabul edilmesi de, evlilik birliğinin ve eşlerin korunması amacına dayanıyordu.³⁵⁹

Kanun koyucu, eşler arasında cebrî icrayı yasaklamış, fakat, eşlerin birbirlerinden olan alacaklarının zamanlaşımına uğramaması için de, cebrî icra yasağını tamamlayan bir hüküm olarak, Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasını kabul etmiştir. Bu maddeye göre, evlilik devam ettiği sürece, eşler arasında zamanlaşımın durur. Böylece, zaman aşımı, eşler arasındaki alacaklar için, evliliğin herhangi bir nedenle ortadan kalkmasıyla birlikte işlemeye başlar.

Yeni Medeni Kanun'da, eşler arası cebrî icranın, evlilik birliğindeki hayat ortaklığına ters düşeceği düşüncesi yerine, eşlerin de, herkes gibi yükümlülüklerini yerine getirmeleri gerektiği düşüncesinden hareketle, cebrî icra yasağı kaldırılmıştır. Bu yeni anlayış gereğince, eşler de, birbirlerine karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmelidirler. Yükümlülüğün,

³⁵⁷ Cebrî icra yasağının, şu hallerde ortadan kalktığı kabul edilmişti: 1. Borçlu eşe, üçüncü kişilerce icra takibine girilmesi, 2. Eşinden alacağı olan diğer eşe karşı, bir üçüncü kişinin icra takibine girilmesi ve borçlu eşin malvarlığının borcunu karşılamaya yetmemesi, 3. Nafaka alacaklısı eşin, nafaka borçlusunu eşinden, nafaka alacağını icra takibi yoluyla istemesi, 4. Sözleşmeyle seçilmiş mal rejimlerinin birinden, mal ayrılığına rejimine geçilmesi.

³⁵⁸ Önceki Medeni Kanun'da, bu istisnalar yanında, evlilik birliğini koruyucu özel bir düzenlemeye daha yer verilmişti. Önceki Medeni Kanun'un 165. maddesinin ikinci fıkrasına göre, cebrî icra yasağının istisnalarının bulunduğu durumlarda, iflasın veya haczin semeresiz kalması halleri için kanunlarda özel olarak düzenlenmiş bulunan kamu hukuku nitelikli hapis veya bazı haklardan yoksunluk gibi yaptırımlar, borçlu eş hakkında uygulanmaz. Kanun koyucu, evlilik birliğinin huzurunu daha fazla bozmamak için böyle bir hüküm kabul etmişti. Bu konuda bkz. Öztan, (Aile) s. 176; Oğuzman-Dural, s. 167; Tekinay, (Aile) s. 354; Gönensay, s. 146; Ortan, s. 705.

³⁵⁹ Bkz. Egger, s. 359; Ortan, s. 687, 707.

üçüncü bir kişi ya da diğer eşe karşı olması, durumda ve sorunun çözümünde herhangi bir değişiklik yaratmamalıdır.³⁶⁰

Kanaatimce de, önceki Medeni Kanun'da, eşlerin birbirlerine karşı dava açmaları önlenmediğine göre, eşler arasındaki alacak borç ilişkisi nedeniyle mahkemeye intikal edip, karara bağlanan bir uyuşmazlık, evlilik birliğini temelinden sarsacak nitelikte bir etki doğurduktan sonra, bu etkinin cebri icra yasağıyla önlenmeye çalışılması gerçekçi olmaktan uzak, yapay bir çözüm şeklidir.³⁶¹ Bu nedenle, eşler arasında cebri yasağının kaldırılması, yerindedir.

Ayrıca, Borçlar Kanun'unun 132. maddesinin üçüncü fıkrasındaki, evlilik devam ettikçe, eşler arasında zamaşımunun işlemeyeceğine ilişkin kural hâlâ yürürlüktedir. Medeni Kanun'un, eşler arasındaki cebri icra yasağını kaldırmasına rağmen, Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasındaki, eşler arasında, evlilik birliği devam ettiği sürece zamaşımunun işlemeyeceğine ilişkin kuralın hâlâ yürürlükte olması, ilk bakışta çelişkili gibi görülebilir. Medeni Kanun'un bugünkü haliyle, eşler arasında cebri icra yasağı yoktur. Medeni Kanun'da, eşlerden birine, diğerine karşı cebri icrada bulunma hakkı verilmiştir. Fakat, aynı zamanda, Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasıyla, eşler arasında zamaşımunun işlemeyeceği de düzenlenmiştir. Eşler, kanunda kendilerine tanınan, cebri icra hakkından yararlanmak isterlerse, bu yola başvurabilirler. Aksi takdirde, eşler arasında zamaşımunun işlemeyeceği kuralı yürürlüktedir. Gerçekte, bu iki hüküm arasında bir çelişki bulunmamaktadır. Kanun, alacaklı eşe, sadece bir hak tanımıştır. Bunun yanında, bu

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

³⁶⁰ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 443; Uçar, s. 321.

³⁶¹ Tekinay'a (s. 350) göre de, cebri icra yasağı evlilik birliğinin korunması ilkesi açısından yararlı değildir. Çünkü, yazara göre, bir kimsenin eşine olan borcunu ödememekte direnmesi, evlilik birliğini, icra takibinden daha fazla sarsabilir. Zaten eşlerden birinin, diğeri hakkında icra takibine girişmesi var olan buhranın bir sonucudur. Bu nedenle, cebri icrayı yasaklamak bu buhranı hafifletmez, aksine artırır. Ayrıca bkz. Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukukumuzda Yapılması Gerekli Değişiklikler", İBD, 1966/10, s. 505) Ertaş, (Yenilikler) s. 15.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

haktan yararlanmak istemeyen eşlerin haklarının zarar görmemesi için de, eşler arasında zamanlaşımının işlemeyeceğini kabul etmiştir. Kanaatimce, cebrî icra yasağıyla birlikte, evlilik birliği devam ettiği sürece, eşler arasında, zamanlaşımının işlemeyeceğine ilişkin Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrasının da kaldırılması yerinde olmazdı. Çünkü, eşler, evlilik huzurlu gittiği sürece, diğeri hakkında dava açma, icra takibine başlama gibi davranışlardan kaçınırlar. Eğer, bu dönemde, zamanlaşımının işlediğini kabul edersek, alacaklı eşin alacağı zamanlaşımına uğrayabilir. Kanaatimce, bu nedenle, Borçlar Kanunu'nun 132. maddesinin üçüncü fıkrası kaldırılmamalıdır.³⁶²

**C. Evli Kadının, önceki Medeni Kanun'un
159. Maddesinin Anayasa Mahkemesince
İptalinden Önceki Dönemde, Ancak Eşinin
İzniyle Bir Meslek veya Sanatla Uğraşabilmesi**

Önceki Medeni Kanun'un, 29.11.1990 tarih ve 1990/30-31 sayılı Anayasa Mahkemesi kararıyla³⁶³ iptal edilen 159. maddesine göre, kadın, ancak kocasının izniyle bir meslek veya sanatla uğraşabilirdi. Bu hüküm, evli kadının çalışmasının, evlilik birliğinin huzurunu bozabileceği varsayımına dayanıyordu.³⁶⁴ Evli kadının, dilediği bir işte çalışması nedeniyle, evine bakma görevini ihlal edebileceği düşünülüyordu.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında, evli kadını, bu sınırlayıcı hükümden kurtaracak bir hukuki yol gösterilmişti. Bu

³⁶² Medeni Kanun'un 217. maddesinde yer alan ve eşine borçlu olan eşe, borcunu ödemesi için kendisine süre verilmesini isteme hakkına ilişkin düzenleme için bkz. aşa. § 8, III, D, 4.

³⁶³ RG, 02.07.1992 ve S. 21272.

³⁶⁴ Bkz. ve karşı. Tekinay, (Aile) s. 318; Feyzioglu, s. 195; Velidedeoğlu, s. 118; Oğuzoğlu, s. 153; Birsen, s. 302; Berki, s. 124; Mimaroglu, s. 16; Saymen-Elbir, s. 135; Schwarz, s. 191; Egger, s. 327; Arsebük, s. 688; Gönensay, s. 132; Havutçu, s. 12; Gürkan, (Kadının Sorunları) s. 389; Berki, (Evlenmenin Neticeleri) s. 107; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 240.

fıkraya göre, koca izin vermezse, kadın, bu iznin hâkim tarafından verilmesini isteyebilirdi. Fakat, evli kadının bir işte çalışmasına hâkimin izin verebilmesi için, kadının, bir meslek veya sanatla uğraşmasının, evlilik birliğinin veya bütün ailenin yararına uygun düştüğünü kanıtlaması koşulu aranıyordu.³⁶⁵ Ancak kocasının vereceği izinle çalışabilecek olan kadın, bu iznin verilmesini hâkimden isterse, çalışmasının aile için yararlı olduğunu kanıtlamak zorundaydı.

Görüldüğü gibi, kadının, ev işlerini boşlayarak aile içinde huzursuzluk yaratmasını ve böylece evlilik birliğinin zarar görmesini önleme amacıyla kabul edilen önceki Medeni Kanun'un 159. maddesinin, kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı olduğu çok açıktı.³⁶⁶ Bu nedenle, Anayasa Mahkemesi, 29.11.1990 tarih ve 30/31 sayılı kararıyla, söz konusu maddeyi iptal etmişti. Anayasa Mahkemesi kararından sonra da, bu konuda her hangi bir yasal düzenleme yapılmadığı için, evli kadın, hiçbir bir koşula bağlı olmaksızın dilediği işte çalışma özgürlüğünü elde etmişti.³⁶⁷

Yeni Medeni Kanun'da ise, eşlerin çalışma özgürlüğüyle ilgili bir hüküm koyulması gereği duyulmuştur. Medeni Kanun'un 192. maddesine göre, eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde, evlilik

³⁶⁵ Akıntürk, s. 110; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 748; Tekinay, (Aile) s. 320; Feyzioğlu, s. 196; Velidedeolu, s. 119; Birsen, s. 302; Saymen-Elbir, s. 136; Schwarz, s. 192; Egger, s. 329; Arsebük, s. 690; Gönensay, s. 134; Berki, (Evlimenin Neticeleri) s. 107; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 240.

³⁶⁶ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 748; Gören, (Eşit Haklar) s. 77 vd.; Tekinay, (Aile) s. 318; Hatemi-Serozan, s. 187; Uçar, s. 318; Demir, s. 10; Odyakmaz, Zehra, "Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetlerindeki Etkinlikleri ve Atatürk'ün Kadın Haklarına Verdiği Önem", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 12; Erdoğan, İhsan, "Medeni Kanun'da Kadının Yeri", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 17; Ertaş (Yenilikler) s. 13; Kılıçoğlu, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 15; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 24; Gürkan (Kadının Sorunları) s. 389; Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukukumuzda Yapılması Gerekli Değişiklikler", *İBD*, 1966/10, s. 505.

³⁶⁷ Akıntürk, s. 111; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 749.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur. Bu hükümle, eşlerin çalışma özgürlüğü tam olarak sağlanmıştır. Fakat, kanun koyucu, eşlere tanıdığı bu serbestinin bazı durumlarda, evlilik birliğinin huzurunu bozabileceğini düşünerek, eşlere bir direktifte bulunmayı da uygun görmüştür.³⁶⁸ Buna göre, eşler, meslek ve iş seçimlerini yaparken ve bunları yürütürken, diğer eşin onayını almak zorunda değildir. Fakat eşler, bu kararı verirken, evlilik birliğinin huzur ve yararını koruma düşüncesiyle hareket etmelidirler.³⁶⁹ Eşler, mesleki faaliyetlerinin evlilik birliğine sağladığı getiri ile, verdiği zararı karşılaştırarak bir orta yol bulmalıdırlar. Eşlerden birinin yaptığı iş veya uğraştığı meslek, diğer eş, utanca sokmakta³⁷⁰ veya ailenin huzur ve yararını olumsuz yönde etkilemekteyse,³⁷¹ eşler, bu tür işleri seçmekten kaçınmalıdırlar.³⁷²

Görüldüğü gibi, madde, hem erkeğe, hem de kadına hitap etmektedir. Medeni Kanun'un temel aldığı, evlilik birliğinin korunması ilkesi için her iki eşin de eşit ölçüde sınırlanması kuralı, burada da uygulama alanı bulmuştur.

³⁶⁸ Bkz. Akıntürk, s. 111; Uçar, s. 319; Demir, s. 10; Havutçu, s. 13.

³⁶⁹ Medeni Kanun'un, eşlerin meslek veya iş seçimine ilişkin 192. maddesi, yasalama aşamalarında bazı değişikliklere uğramıştır. Bu madde, 1998 Tasarısı'nda, sadece tek cümleden oluşuyordu. Alt komisyonda ise, "Eşlerden her biri, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde diğer eşin ve ailenin onurunu göz önünde tutar" şeklinde ikinci bir fıkraya eklenmişti. Alt komisyonda kabul edilen metinde geçen, diğer eşin ve ailenin onuru ibaresinin, eski 159. maddeyi yeniden geri getireceği endişesi ileri sürülmüştü. Bu konuda bkz. Baykal, Aysel, "Kadın Hakları ve Medeni Kanun", Cumhuriyet' in 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s. 899. Adalet Komisyonu'nda, bu yöndeki eleştiriler dikkate alınmış ve maddede geçen onur terimi yerine, "huzur ve yarar" kelimeleri eklenmiş, ayrıca diğer eş kelimeleri atılarak, sadece ailenin huzuru ve yararı" kıstası getirilerek, maddeye, yürürlükteki şekli verilmiştir.

Fakat, İsviçre Medeni Kanunu'nun 167. maddesine göre, eşler, meslek ve iş seçiminde ve bunun yürütülmesinde, diğer eş ve evlilik birliğinin çıkarlarını göz önünde bulundurmakla yükümlüdür.

³⁷⁰ Mesela, kadının konsomatrislik yapmasında olduğu gibi.

³⁷¹ Mesela, çocuklardan birinin özel bir bakıma ihtiyacı varken, her iki eş de çalışmaya devam etmek istiyorsa, evlilik birliği içinde bir huzursuzluk doğabilir.

³⁷² Akıntürk, s. 111. Aynı yönde bkz. Hatemi-Serozan, s. 187; Öztan, (Aile) s. 153.

Kanaatimce, Yeni Medeni Kanun'un eşlerin meslek ve iş seçimine ilişkin 192. maddesinde yapılan düzenleme yerindedir. Çünkü, eşlerin mesleki özgürlüklerinin, diğerinin onayına bağlanması uygun olmadığı gibi, bir tür hayat ortaklığı olan evlilikte, eşler için çok önemli olan meslekî faaliyetlerin, tamamen eşlerin kendi iradelerine bırakılması da uygun değildir. Bu nedenle, meslek ve iş seçilmesi ve yürütülmesinde, evlilik birliğinin huzur ve yararının göz önünde tutulması kriterinin benimsenmesi doğrudur.³⁷³

Medeni Kanun'un 185. maddesinin ikinci fıkrasında, eşlerin, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakla yükümlü oldukları öngörüldüğü halde, kanun koyucunun, bu konuda niçin özel bir düzenleme yapma gereksinimi duyduğu sorusu akla gelebilir. Bu soru, şöylece cevaplandırılabilir: Eşlerin, evlilik birliğinin menfaatlerine aykırı her davranışı, aynı zamanda, 185. maddeye de aykırı olur. Fakat, kanun koyucu, eşlerin meslek ve iş seçmesi ile bunların yürütülmesine büyük bir önem vermiştir. Bu nedenle, kanunun özünün, önceki Medeni Kanun'un iptal edilen 159. maddesinden farklı olduğunu açıkça ortaya koymak için, yeni Medeni Kanun'un 185. maddesi yanında, 192. maddesinde de özel bir düzenlemeye yer verilmiştir.

D. Velayetin Yürütülmesi Konusunda Ortaya Çıkan Bir Uyuşmazlıkta Kocanın Oyunun Üstün Olması

Önceki Medeni Kanun'un 263. maddesine göre velayet, kural olarak, ana baba tarafından birlikte yürütülür. Fakat, eşler anlaşamazlarsa, babanın oyu üstün tutulur. Görüldüğü gibi, bu hüküm, çocuklara ilişkin karar alma sürecinde, açıkça kocaya üstünlük tanımıştır. Bu hüküm gereğince, velayetin

³⁷³ Bkz. ve karşı Öztan, (Aile) s. 153; Hatemi-Serozan, s. 187; Uçar, s. 319; Demir, s. 10; Kılıçoğlu, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 15; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 443.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

yürütülmesine ilişkin bir konuda, eşler anlaşamazlarsa, kocanın iradesi geçerli olur.³⁷⁴

Söz konusu madde, esas itibariyle, önceki Medeni Kanun'un bünyesine uygundur. Bilindiği gibi, önceki Medeni Kanun'da, koca, evlilik birliğinin başkanı seçilmiş ve evlilik birliğine ilişkin kararların alınmasında, kocaya üstünlük tanınmıştır. Bu nedenle, önceki Medeni Kanun'un 263. maddesi, kanunun özüyle bir çelişki taşımamaktadır. Fakat, bu hükmün, kadın erkek eşitliğine aykırı olduğu da, tartışma götürmez bir gerçektir.³⁷⁵

Bu hükmün gerekçesi, evlilik birliğinde, eşlerden birine öncelik tanınmasındaki zorunluluktur. Bu görüş gereğince, velayet hakkının kullanılmasında eşleri eşit sayarsak, alınacak kararlarda görüş ayrılığı ortaya çıktığında, bu sorunu gidermenin tek yolu, hâkimin müdahalesini talep etmektir. Bu ise, evlilik birliğinin hayat ortaklığı olmasıyla bağdaşmaz.

Yeni Medeni Kanun'da, çağdaş anlayışa uygun olarak, evlilik birliği eşit haklara dayalı hayat ortaklığı olarak kabul edilerek, velayet hakkının kullanılmasında, eşlere eşit bir konum verilmiştir.³⁷⁶ Gerçekten, Medeni Kanun'un 336. maddesinin birinci fıkrasına göre, ana ve baba, evlilik devam ettiği sürece velayeti birlikte kullanırlar. Bu hükme, eşlerin anlaşamaması durumunda, babanın oyuna üstünlük tanıyan düzenleme (EMK, mad. 363) alınmamıştır.³⁷⁷ Bu nedenle, ve-

³⁷⁴ Bkz. Oğuzman-Dural, s. 274; Gören (Eşit Haklar) s. 87; Uçar, s. 329; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 258 vd.; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 25; Cansel, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 42; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 224.

³⁷⁵ Bkz. Gören (Eşit Haklar) s. 88 vd.; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 25, Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 252; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 448 vd.

³⁷⁶ Zevkliler (Pratik) s. 104; Akıntürk, s. 401; Uçar, s. 330; Zevkliler-Havutçu, s. 314.

³⁷⁷ Ayrıca, 1984 tarihli Türk Medeni Kanunu Öntasarısının 253. ve 117. maddelerinde, eşlerin velayete ilişkin bir konuda anlaşamamaları durumunda, hâkimin, eşleri dinleyerek sorunu çözeceği düzenlenmişti. Bu hüküm, hem 4721 sayılı Türk Medeni Kanun'unda, hem de İsviçre Medeni Kanun'unda yer almamaktadır. Bunun gerekçesini açıklayan

layetin yürütülmesi, eşlerin oybirliğiyle alacakları kararlara bağlıdır. Medeni Kanun'un 336. maddesinde, eşlerin velayete ilişkin bir konuda anlaşamamaları durumunda, sorunun nasıl çözümleneceği, önceki Medeni Kanun'un 263. maddesinin aksine açıklanmamıştır. Bu durum karşısında, eşlerin, velayetin yürütülmesine ilişkin bir uyuşmazlık nedeniyle, evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvurmaları söz konusu olabilecektir.³⁷⁸

Evlilik birliğine ilişkin kararların alınmasında, eşleri eşit konumda kabul etmek, bazı sorunları da beraberinde getirir.³⁷⁹ Bu sorunların başında, eşlerin anlaşamamaları durumunda, hâkimin müdahalesinin yerinde olup olmadığı gelir.³⁸⁰

Doktrinde, hâkimin, özellikle çocuklarla ilgili bir müdahalesinin uygun olmadığı, ailenin özel durumunu bilmeyen, dışarıdan birinin, aileye böyle bir müdahalesinin, çocuk aley-

Koçhisarlıoğlu'na göre (Son Gelişmeler, s. 449) velayet hakkı, eşler tarafından birlikte kullanılmalıdır. Bu kural, evlilik yaşamının bir parçasını oluşturur ve emredici nitelik taşır. Eşler, velayet hakkına ilişkin bu yetkilerini kullanamıyorlarsa, evlilik hukukunun sağladığı, evlilik birliğini koruyucu önlemler, ayrılık veya boşanma gibi hukuki araçlarla ya da çocuğun korunmasına ilişkin hükümlerle soruna çözüm aranmalıdır.

³⁷⁸ Bkz. Akıntürk, s. 401; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 25; Uçar, s. 330; Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 1014; Gören, (Eşit Haklar) s. 88 vd.; Oğuzman-Dural, s. 274; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 224; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 271.

³⁷⁹ Bkz. Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 269 vd.

³⁸⁰ Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği, s. 270 vd.) eşlerin eşit değerlendirilmelerinin, aile sorunlarının çözümünde bazı güçlükleri de beraberinde getirdiğine dikkat çekmektedir. Yazara göre, böyle bir durumda sorunun tek çözüm yolu, hâkimin devreye girmesidir. Hâkimin devreye girmesi ise, aile mahremiyeti ve eşlerin bağımsızlığıyla bağdaşmaz. Ayrıca, en uygun çözümü, eşler yerine, hâkimin bulabileceği iddiası da pek yerinde değildir. Yazar, bu sorunun, hâkim tarafından çözülmesinde, hâkimin rolüne ilişkin bazı ip uçları vermektedir. Buna göre, hâkimin ev işlerine karışması doğru değildir. Hâkim, uzlaştırmacı ve yönlendirici bir görev üstlenmeli, yalnızca, gerektiğinde aileyi denetlemek üzere hazır olmalı, ancak, hiçbir zaman eşler yerine karar vermek zorunda kalmamalıdır. Aksi takdirde, hâkimin müdahalesi, aileye olumsuz etki yapabilir. Bu nedenle, yazar, sorunun çözümü için, uzmanlaşmış aile mahkemelerini önermektedir. Aile mahkemeleri konusunda bkz. yuk. § 6, I, A, 3.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

hinde sonuçlar doğuracağı ileri sürülmüştür.³⁸¹ Aynı görüşe göre, çocuklarla ilgili bir karar alınırken, mahkemeye başvurulması uygun değildir. Bu durumda, çocuğun çıkarları, babanın alacağı karardan daha fazla zedelenebilir. Bu nedenle, hâkimin müdahalesi, her zaman uygun olmaz. Bununla birlikte, yine aynı görüşü savunan yazarlar da, babanın kararının, çocuğun zararına olduğu durumlarda, anasının, hâkime başvurabileceğini kabul etmektedirler.³⁸²

Aksi görüşte olan yazarlar³⁸³ ise, yeni Medeni Kanun'un düzenlemesinin yerinde olduğunu savunmaktadırlar. Aynı görüşe göre, babanın oyunun üstün olması, annenin oyuna göre, her zaman çocuk yararına olmayabilir. Mesela, babanın kararı, açıkça çocuğun zararına ise, çocuğun yararı, anasının hâkime başvurması durumuna göre daha fazla zedelenir. Kanaatimce de, velayete ilişkin olarak alınacak kararın, açıkça çocuğun zararına olduğu bir durumda bile,³⁸⁴ babanın oy-

³⁸¹ Cansel'e göre (Kadın Erkek Eşitliği, s. 42) velayetin yürütülmesinde eşlerin eşit değerlendirilip, anlaşamamaları durumunda, eşlerin mahkemeye başvurması, uygun bir yöntem değildir. Çünkü, eşlere eşit hak tanımak adına, birbiriyle ihtilafa düşmüş ve mahkemeye başvurmuş ana baba örneğinin, çocuğa ne kazandıracığı iyi düşünülmelidir. Zevkliler-Acabey-Gökyayla da (s. 1014) benzer bir gerekçeden hareketle, bu hükmün sakıncalı bazı sonuçlar doğurabileceğini ileri sürmektedirler. Yazarlara göre, hâkimin, sık sık aile işlerine karışması doğru değildir. Ayrıca, eşlerin, her tür anlaşmazlığı bahane ederek, mahkemeye başvurması, aile içindeki dayanışma, anlayış ve uyum sağlama ilkelerini sarsabilir ve bu durum, çocuğun psikolojik ve bedensel gelişimini de olumsuz yönde etkileyebilir. Aynı yönde bkz. Ertaş (Yenilikler) s. 14; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 224; Uçar, s. 330, dn. 36.

³⁸² Bkz. Belgesay, (Aile Hayatı) s. 224, Tuğsavul, s. 31.

³⁸³ Bkz. Gören (Eşit Haklar) s. 94; Burcuoğlu-Altıp-Ünan, s. 25; Kılıçoğlu, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 15; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 272 vd.

³⁸⁴ Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği, s. 258 vd.) önceki Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde bile, kocanın oyunun üstün olacağına ilişkin 263. maddesinin uygulanmasını bazı koşulların gerçekleşmesine bağlı tutuyordu. Yazara göre, önceki Medeni Kanun'un 263. maddesinin ikinci fıkrasından, babanın, evlilik birliğinde, genel nitelikli bir son karar verme hakkına sahip olduğu sonucunun çıkarılması uygun değildir. Yazara göre, babanın oyunun üstün olması, çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir. Babanın oyunun üstün tutulabilmesi için, 1. Baba, anay-

nun üstün tutulması gerektiğini ve hâkimin müdahalesinin yerinde olmadığını söylemek, çocuk yararına olmaz.³⁸⁵ Ayrıca, evlilik birliğinde, eşleri eşit konumda görüp, karar alma sürecinde oybirliğini aramak, günümüz ihtiyaçlarına da uygun bir yaklaşımdır. Çünkü, önceki Medeni Kanun'un, velayetin yürütülmesinde kocaya üstünlük tanınması, eşler arası eşitlik ilkesine aykırıdır.³⁸⁶

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Bu nedenle, ancak eşler arasında bir uyumsuzluk çıkması durumunda müdahale edebilecek olan hâkim, ilişkilerin özel niteliğini de dikkate alarak, yapacağı titiz bir incelemeden sonra, çocuk yararına olacak şekilde karar vermelidir. Böyle bir incelemenin ardından verilecek karar, babanın vereceği karardan daha uygun olabilir. Bu nedenle, kanaatimce, eşlerin anlaşamamaları durumunda, sorunun, hâkimin müdahalesi yoluyla çözülmesi, doktrinde ileri sürülen bazı endişelere rağmen, doğru bir yöntemdir. Ayrıca, 4787 sayılı Kanun'la kurulan ve sadece Aile Hukuku sorunlarıyla uğraşan uzman aile mahkemeleri, bu konuda duyulan endişeleri büyük oranda ortadan kaldıracaktır.

Hâkimin, velayet gibi önemli bir konuda, eşlerin yerine karar vermesi uygun değildir. Bu nedenle, hâkimin, bu tür bir durumdaki müdahalesi, daha çok, eşleri uzlaştırmaya çalışmak, eşlere yol göstermek ve gerekirse, karar alma konusunda eşlerden birini yetkilendirmek biçiminde olmalıdır.³⁸⁷

la görüş birliğine varabilmek için, gerekli tüm çabayı sarf etmiş olmalıdır. 2. Ana ile baba arasındaki bu uyumsuzlukta, babanın oyunun üstün tutulabilmesi için, böyle bir kararın verilmesinin, çocuk yararına olması gerekir. Bu koşullar gerçekleştiği takdirde, babanın oyu, anneninkine üstün olabilir. Bu nedenle, yazara göre, ancak bu koşullarda uygulanabilecek olan söz konusu hükmün kanundan çıkarılması, pratik bir sonuç meydana getirmez.

³⁸⁵ Bkz. Gören, (Eşit Haklar) s. 94.

³⁸⁶ Akıntürk, s. 401; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 252; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 25.

³⁸⁷ Bu konuda bkz. Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 7; Gören (Eşit Haklar) s. 70, 88; Akyol, s. 381.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Günümüzdeki teknik, bilimsel ve sosyal alandaki gelişmeler sayesinde, artık kadının da ekonomik hayatta ön plana çıktığı ve sosyal açıdan erkekle eşit konuma geldiği görülmektedir.³⁸⁸ Fiilen erkekle aynı konumda yer alan kadınların, erkeklerden farklı bir hukuki statüye tabi tutulması, günümüzdeki çağdaş hukuk anlayışıyla uyuşmaz.³⁸⁹ Erkek ile kadının, karşılıklı olarak kişiliklerini geliştirebilme olanağı yaratmak üzere, aynı hukuki konumda bulunmaları isteniyorsa, evlilikte, kadına özel bir koruma sağlanmasından ve karar alma sürecinde kocaya üstünlük tanınmasından vazgeçilmelidir.³⁹⁰

Kanaatimce de, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, kadın erkek eşitliğini sağlamada gösterilen duyarlılıkla, evlilik birliğinin, birlik olma özelliği öne çıkarılarak, her iki eş de, eşit ölçüde yükümlülükler yüklenerek korunması ve eşlerin eşitliği ilkesine aykırı hükümlerin ortadan kaldırılması, çağdaş hukuk anlayışına ve ülkemizin ihtiyaçlarına uygundur.³⁹¹

³⁸⁸ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 755; Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 81; Odyakmaz, Zehra, "Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetlerindeki Etkinlikleri ve Atatürk'ün Kadın Haklarına Verdiği Önem", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 13; Alica, Süheyla, Gökalp, "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 18; Kılıçoğlu, (Kadın Erkek Eşitliği) s. 10; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 432 vd.; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 276; Burcuoğlu-Altop-Ünan, s. 22; Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukukumuzda Yapılması Gerekli Değişiklikler", *İBD*, 1966/10, s. 503 vd.

³⁸⁹ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 757; Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 6; Erdoğan, İhsan, "Medeni Kanun'da Kadının Yeri", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 16; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 433.

³⁹⁰ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 434; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 84.

³⁹¹ Bkz. ve karşı. Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 81 vd.; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 272 vd.; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 449 vd.

§ 7. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KONUSUNDA İSVİÇRE MEDENİ KANUNU'NUN, TÜRK MEDENİ KANUNU'NA GÖRE FARKLI OLAN HÜKÜMLERİ

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

I. Çalışmayan Eşe Cep Harçlığı Verilmesi

Medeni Kanun'a alınmayan İsviçre Medeni Kanunu'nun 164. maddesine göre,³⁹² eşlerden biri dışarıda çalışmıyor ve bütün zamanını evine, ev işlerine ve çocuklarına ayırıyorsa, ya da diğer eşin işinde veya mesleğinde, ona yardım ediyorsa, bu eş, serbestçe tasarruf edebileceği makul miktarda parayı,³⁹³ eşinden belirli aralıklarla alma hakkına sahiptir.³⁹⁴ Bu hükümle, evde oturan kadının cep harçlığı, kocasının iradesine bırakılmaktan çıkarılmış ve yasal bir zorunluluk haline getirilmiştir.³⁹⁵ Evde çalışan eşe verilecek olan bu para, evdeki eşin, ev işleriyle uğraşmasının bedeli olarak tasarlanan basit bir karşılık değil-

³⁹² "Kendisini, çocukların bakımına ve ev işlerine özgüleyen veya işinde ve mesleğinde, diğerine yardım eden eş, serbestçe tasarruf edebileceği makul miktarda parayı, eşinden düzenli aralıklarla alma hakkına sahiptir. -Bu para miktarı belirlenirken, borçlu eşin gelirlerinin, ailenin geleceğini sağlamadaki yükümlülükleri ile işinin ve mesleğinin gerektirdiği harcamaların da göz önünde tutulması gerekir."

³⁹³ Diğer eşten, belirli aralıklarla istenebilecek olan bu paranın hukuki niteliğini değerlendiren Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler, s. 439) bu paranın, ne bir cep harçlığı, ne de gerçek anlamda bir ücret olduğu düşüncesindedir. Yazara göre, çalışmayan eşe, düzenli olarak yapılacak olan bu ödeme, sui generis bir nitelik taşır. Ayrıca, yazara göre, ödenmesi gerekli olan bu para, sıradan cep harçlığı boyutlarını aşmakla birlikte, çok büyük bir miktarda da olmamalıdır. Aynı yönde bkz. Knoepfler, s. 125. Kanaatimce, bu hükümde öngörülen cep harçlığı, Türk hukuku açısından, Medeni Kanun'un 196. ve 197. maddelerinde öngörülen, ailenin giderlerine katılma çerçevesinde düşünülmelidir. Çünkü, eşlerin ailenin giderlerine yapacakları parasal katkının belirlenmesinde, eşlerin ekonomik güçleri dışında, ailenin ve özellikle de diğer eşin, sosyal, kültürel ve kişisel ihtiyaçları da dikkate alınır. Bkz. aşa. 8, III, B, 1.

³⁹⁴ Bkz. Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 8; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 438; Ünal, s. 129; Özer, s. 118; Knoepfler, s. 125; Akyol, s. 383.

³⁹⁵ Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 8; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 438; Knoepfler, s. 125.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

dir. Bu parayla, her şeyden önce, eşlerin her ikisine de benzeri bir mali bağımsızlık sağlama amacı güdülmektedir.³⁹⁶

Bu hükümle, bütün çalışmasını evine ya da diğer eşin işine özgüleyen eşin insanca yaşayabilmesi ve zorunlu kişisel harcamalarını karşılayabilmesi için, diğer eşten para istemek zorunda kalmasının ve kaçamak yollarla para sağlamaya çalışmasının sakıncalı olacağı düşünüldüğü için,³⁹⁷ eşlerin maddi konular üzerinde anlaşmazlık çıkarmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.³⁹⁸

II. Eşlerden Birinin, Evlilik Birliğine Olağanüstü Katkısı Nedeniyle, Diğerinden Tazminat İstemesi

Eşlerden birinin, ailenin geçimine diğerinden çok daha fazla katkıda bulunması nedeniyle çeşitli uyuşmazlıklar doğabilir. Mesela, eşlerden biri, çocuğun eğitiminin gerektirdiği yüksek miktardaki parayı, kendisine miras yoluyla kalan tarlasını satarak sağlamışsa, bu eşin, ailenin ihtiyaçlarının karşılanması için olağanüstü bir katkıda bulunduğu söylenebilir. Eşlerden sadece biri, çocuğun eğitim giderlerine katlanıyorsa, diğerinden hakkaniyete uygun bir tazminat isteyebilmelidir. İşte bu nedenle, İsviçre Medeni Kanunu'nun 165. maddesinde,³⁹⁹ eşlerden birinin, bu olağanüstü katkısı nedeniyle, diğere-

³⁹⁶ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 440.

³⁹⁷ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 438; Knoepfler, s. 125; Akyol, s. 383.

³⁹⁸ Acabey'e göre (Evliliğin Genel Hükümleri, s. 8) bu hükmün, Medeni Kanun'a alınmamış olması bir eksikliklerdir. Aynı yönde bkz. Gümüüş, s. 77, 74, dn. 170; Sirmen, Lale, "Medeni Hukuk Alanında Kadın", *Boşanan Kadının Mali Sorunları ve Yeni Düzenlemeler Hukuk Kurultayı 2000, Özel Hukuk Bildirileri 2*, C. III, Ankara 2000, s. 48.

³⁹⁹ "Bir eşin, ailenin geçimi için gerekli olan katkının çok üstünde, eşinin teşebbüs ve mesleğine yardımcı olması halinde, adil bir tazminata hak kazanır. -Bir eş, gelirleri ve servetiyle ailenin geçimine borçlu olduğundan çok daha fazla miktarda katkı sağlarsa, aynı şekilde tazminat hakkına sahip olur. -Karı kocadan biri, bu olağanüstü katkısını bir hizmet, borç veya şirket sözleşmesi gereğince veya başka bir hukuki ilişki nedeniyle sağlarsa, tazminat iddiasında bulunamaz."

rinden böyle bir tazminat isteyebilmesi kabul edilmiştir.⁴⁰⁰

İsviçre Medeni Kanunu'nun 165. maddesinin ilk iki fıkrası, birbirinden farklı iki durumu düzenlemektedir. Söz konusu maddenin birinci fıkrası, eşlerden birinin, diğerinin mesleki faaliyetinde çalışmasına ilişkindir. Buna göre, eşlerden biri, diğerinin mesleki faaliyetine, ailenin geçimi için gerekli olan miktarın çok üstünde yardımcı olmuşsa, bu yardımı ve olağanüstü katkısı nedeniyle, hakkaniyete uygun bir tazminata hak kazanır.⁴⁰¹ Bu hüküm, genellikle, kocasının iş yerinde sürdürdüğü çalışması, aile yardımlaşması çerçevesinde değerlendirildiği için, hizmet sözleşmesi sayılmayan⁴⁰² kadının, bu çalışmasının karşılığının ödenmesi amacına yöneliktir.

Kanaatimce de, diğer eşin işinde çalışan eşe, bu emeği karşılığında, hakkaniyete uygun bir tazminat isteme hakkı tanınması ve bu nedenle, özellikle boşanmalarda çok zor duruma düşen kadınların haklarının korunmasına ilişkin İsviçre Medeni Kanunu'nun 165. maddesinin birinci fıkrasıyla yapılan bu düzenleme yerindedir.⁴⁰³

İsviçre Medeni Kanunu'nun 165. maddesinin ikinci fıkrası ise, eşlerden birinin, ailenin geçimine yaptığı olağanüstü katkı nedeniyle uygun bir tazminat isteyebileceğine ilişkindir.⁴⁰⁴ Bu fıkraya göre, eşlerden biri, geliri ve servetiyle, ailenin geçimine ve masraflarına, borçlu olduğundan çok daha fazla bir miktarda katkı sağlarsa, ilk fıkradaki gibi, hakkaniyete uygun bir tazminata hak kazanır. Mesela, çocuklardan birinin ame-

⁴⁰⁰ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 439; Özer, s. 118; Knoepfler, s. 125; Akyol, s. 384.

⁴⁰¹ Bkz. Özer, s. 118.

⁴⁰² Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri*, I, B. 3, İzmir 1998, s. 29.

⁴⁰³ Bkz. Gümüş, s. 73, 74, dn. 170; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 440; Sirmen, Lale, "Medeni Hukuk Alanında Kadın", *Boşanan Kadının Mali Sorunları ve Yeni Düzenlemeler Hukuk Kurultayı 2000*, Özel Hukuk Bildirileri 2, C. III, Ankara 2000, s. 48; Ünal, Mehmet, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın Hakları", *SÜHFD*, Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan, 1998/II s. 674.

⁴⁰⁴ Bkz. Özer, s. 118.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

liyatı için gerekli olan yüklü miktardaki paranın tamamını ödeyen koca, bu olağanüstü katkısı nedeniyle hakkaniyete uygun bir tazminata hak kazanır.⁴⁰⁵

Kanaatimce, ilk fıkra gibi, bu fıkra da yerindedir. Çünkü, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarına göre, eşler, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılırlar. Evlilik birliğinin masraflarına, borçlu olduğundan çok fazla, olağanüstü bir katkı sağlayıp, mesela iki ay sonra boşanan çiftler için büyük bir haksızlık ortaya çıkabilmektedir.

Maddenin üçüncü fıkrası ise, bu maddi katkının talep edilemeyeceği durumları düzenlemektedir.⁴⁰⁶ Bu fıkraya göre, eşlerden birinin, ilk iki fıkraya dayanan olağanüstü katkısı, bir borç, hizmet, ortaklık sözleşmesi veya başkaca bir hukuki ilişki nedeniyle sağlanmışsa, tazminat istemi kabul edilmez. Kanaatimce, bu fıkra da yerinde bir düzenlemedir. Çünkü, ilk iki fıkra, yapılan olağanüstü katkının, başka bir yoldan istenemediği durumlarda, büyük bir fedakarlıkta bulunan eşin menfaatlerini korumak için getirilmiştir. Eğer, bu fedakarlık, evlilik hukuku dışında mesela, bir hizmet sözleşmesine dayanılarak gerçekleştirilmişse, sorun, doğal olarak, ilgili hukuki ilişki çerçevesinde çözülecektir. Bu durumda, ilk iki fıkranın uygulanması söz konusu olmaz.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 164. maddesi ile 165. maddesi, biri, diğeri yerine uygulanan hükümler değildir. 165. madde nedeniyle talep edilecek olan tazminat, 164. maddedeki paradan bağımsız olarak talep edilebilir. 164. madde, çalışmayan eşin kişisel ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için talep edilebilecek parayı düzenlemektedir. Buna karşılık, 165. madde, eşlerden birinin, diğerrinin işinde çalışmasını ve ailenin ihtiyaçlarına yapılan olağanüstü katkılarda istenebilecek tazminatı düzenlemektedir.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 439; Akyol, s. 384.

⁴⁰⁶ Bkz. Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 439.

⁴⁰⁷ Bkz. ve karş. Knoepfler, s. 126.

İsviçre Medeni Kanunu'nun 164 ve 165. maddeleri, eşler arasındaki parasal konulara ilişkin bazı düzenlemeler içermekte ve maddi bir konuda fedakarlıkta bulunan eşin, bu fedakarlığının denkleştirilmesi amacıyla, bu eşe bazı haklar tanımaktadır. Bu hükümler, kanunun amacına uygun olarak, eşler arası eşitliğin her açıdan sağlanması ve her iki eşin de birbirine benzer ekonomik bağımsızlıktan yararlanmaları düşüncesine dayanmaktadır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'da, eşlerin evlilik birliğine olağan üstü katkısı nedeniyle tazminat istemesini ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat, sınırlı da olsa, Medeni Kanun'un 227. maddesiyle böyle bir düzenleme getirilmiştir. Anılan maddeye göre, *"Eşlerden biri, diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur..."* Görüldüğü gibi, bu madde mal rejiminin tasfiyesi sırasında uygulanabilen bir hükümdür. Bu nedenle, hükmün etkisi, İsviçre Medeni Kanunu'nun 165. maddesine göre sınırlı kalmaktadır.

III. Eşlerin, Birbirlerine Bilgi Verme Yükümlülüğünün Bulunması

Eşler arasındaki maddi konulara dayanan uyumsuzlukların bir kısmı, eşlerin diğerinden mal ya da para saklaması nedeniyle doğar. Tam bir hayat ortaklığı olan evlilikte, her bir eşin, diğerinin malvarlığı hakkında bilgi sahibi olması gerekir.⁴⁰⁸ Eşler arasındaki parasal yükümlülükler, ancak bu bilgilerin gerçek ve güncel olması durumunda, âdil bir şekilde paylaşılabilir.⁴⁰⁹ Ayrıca, eşlerin, diğerinin gelir, malvarlığı ve borçlarını tam olarak bilmesi, bir hayat ortaklığı olan evlilik birliğinin daha iyi işlenmesini sağlar.

⁴⁰⁸ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 445; Knoepfler, s. 127; Uçar, s. 328; Akyol, s. 389.

⁴⁰⁹ Bkz. Uçar, s. 329; Akyol, s. 389.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Bunların dışında, evlilik birliğinde eşlerin, giderlere katılma oranlarının belirlenmesinde de, eşlerin gelir, malvarlığı ve borçlarının bilinmesi yararlı olur. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerden olan, Medeni Kanun'un 196 ve 197. maddelerindeki, eşlerin, aileye yapacağı parasal katkının belirlenebilmesi açısından, eşlerin malvarlıksal durumlarının tam olarak bilinmesi gereklidir.

Tüm bunları dikkate alan İsviçre kanun koyucusu, İsviçre Medeni Kanunu'nun 170. maddesiyle, eşlere, diğeriyle ilgili bilgi edinme hakkı vermiştir.⁴¹⁰ Bu hükme göre, her bir eş, diğerinden, gelirleri, malvarlığı ve borçları hakkında kendisine bilgi vermesini isteyebilir.⁴¹¹ Kendisinden bilgi istenen eş, geliri, malvarlığı ve borçlarıyla ilgili bilgileri diğer eşe vermekle yükümlüdür. Bilgi istenen eş, bu yükümlülüğünü yerine getirmezse, bilgi isteyen eş, hâkimin müdahalesini talep edebilir. Bu durumda, hâkim, bilgi istenen eşi veya üçüncü kişileri, gerekli bilgilerin verilmesi konusunda zorlayabilir. Mesela, hâkim, gerektiğinde bankalara yazı yazarak, hakkında bilgi istenen eşin, hesaplarıyla ilgili bilgilerin verilmesini isteyebilir.

Görüldüğü gibi, İsviçre Medeni Kanunu açısından, eşlerin evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerine, birbirine, gelir, malvarlığı ve borçlarıyla ilgili bilgi verme yükümlülüğünü de eklemek gerekir. Fakat bu hüküm, Türk Medeni Kanunu'na alınmamıştır. Bu nedenle eşlerin, birbirine bilgi verme yükümlülüğünün bulunmadığı söylenebilir. Kanaatimce, Medeni Kanun açısından, eşlerin, birbirine bilgi verme yükümlülüğünün, evliliğin genel hükümleri arasında, bir maddeyle

⁴¹⁰ "Her eş, diğerinden gelirleri, mal varlığı ve borçları hakkında kendisine bilgi verilmesini isteyebilir. -Hâkim, şikâyetçinin eşini veya üçüncü kişileri gereken bilgileri temin etmeye ve gerekli belgeleri vermeye zorlayabilir. -Avukatların, noterlerin, doktorların, din adamlarının ve yardımcılarının mesleki sırları saklıdır."

⁴¹¹ Şıpka, s. 27, dn. 72; Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 8; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 444; Ünal, s. 131; Özer, s. 119; Knoepfler, s. 126; Akyol, s. 389.

açıkça düzenlenmesi yerinde olurdu.⁴¹² Fakat, Türk Medeni Kanunu açısından da, eşlerin, birbirine malvarlığı ve borçlarıyla ilgili olarak bilgi verme yükümlülüğü vardır. Çünkü, Medeni Kanun'un, mal rejimlerinin genel hükümler arasında yer alan 206. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendi ve 216. maddelerinde, eşlerin birbirine bilgi vermeleri çeşitli şekillerde düzenlenmiştir.⁴¹³

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'un, eşlerden birinin istemi ve hâkimin kararıyla, eşler arasındaki mal rejiminin, olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına dönüştürülebilmesini düzenleyen 206. maddesinin ikinci fıkrasının dördüncü bendine göre, hâkim, eşlerden birinin, diğerinin istemine rağmen, mal varlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması durumunda, hâkim, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir. Görüldüğü gibi, bu bent, eşlere, dolaylı olarak, birbirine bilgi verme yükümlülüğü yüklemektedir.

Aynı şekilde, Medeni Kanun'un 216. maddesine göre, eşlerden her biri, diğerinden, mallarının envanterinin, resmi bir senetle yapılmasını, her zaman isteyebilir.

Görüldüğü gibi, Medeni Kanun'un bu iki maddesiyle, eşler arasındaki bilgi verme yükümlülüğü, dolaylı da olsa, düzenlenmiştir. Fakat, kanaatimce, bu iki madde, İsviçre Medeni Kanun'unun 170. maddesinin yerini tutamaz. Çünkü, İsviçre Medeni Kanunu'nun 170. maddesi, bu konuda, eşlere, hâkimin müdahalesini isteyebilme olanağı sağlamaktadır. Böylece hâkim, kendisinden bilgi istenen eşi ve üçüncü kişileri gerekli bilgilerin verilmesi konusunda zorlayabilir. Fakat, Türk Medeni Kanunu'ndaki bu düzenlemelere göre hâkimin, üçüncü kişileri, gerekli bilgilerin verilmesi konusunda zorlama hakkı yoktur. Bu durum ise, bilgi alma hakkının, en önemli kısmıdır.

⁴¹² Bkz. Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 8; Uçar, s. 329, dn. 34.

⁴¹³ Bkz. Gümüş, s. 69, dn. 151.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
ÖNCE DE
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

IV. Kefalet Sözleşmesinde Diğer Eşin Rızasının Aranması

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesine göre,⁴¹⁴ evli bir kişinin, geçerli bir kefalet sözleşmesinde, taahhüt altına giren taraf olabilmesi için, eşinin, buna yazılı olarak rıza göstermesi gerekir.⁴¹⁵ Kefalet gibi, evlilik birliğinin ekonomik geleceğini sarsabilecek bir sözleşmenin geçerliliğinin, diğer eşin rızasına bağlı tutulması, kuşkusuz, evlilik birliğini koruma amacını taşır. Bu hükümlerle, hem kadının, hem de kocanın yapacağı kefalet sözleşmelerinin geçerliliği, girilen taahhüdün, diğer eşin yararına olması koşulu aranmadan, diğer eşin yazılı rızasına bağlanmıştır. Böylece, bir yandan kefalet sözleşmesi için mevcut olan tehlikeler, evlilik birliğinin korunması ilkesi doğrultusunda ortadan kaldırılmakta, diğer yandan ise, getirilen sınırlamanın, her iki eş için de etkili olması sağlanarak, eşler arası eşitlik ilkesi tam olarak hayata geçirilmektedir.

Eşlerden birinin, kefalet sözleşmesi yaparak, ailenin ekonomik geleceğini mahvetmesinin önlenmesi, bu hükmün temel amacıdır.⁴¹⁶ önceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin

⁴¹⁴ "Evli bir kişi, eşler hakkında mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça; ancak eşinin yazılı rızasıyla, geçerli olarak kefil olabilir; bu rızanın işlemin yapılmasından önce veya en geç işlemin yapıldığı anda verilmiş olması gerekir. - Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir kişi tarafından, bireysel bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu (komandite) ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü; bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yöneticisi ortağı sıfatıyla verilmişse, bu rıza aranmaz. - Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan değişiklikler için, kefaletin toplam miktarı artırılmadıkça veya âdi kefalet, müteselsil kefaletle dönüştürülmedikçe ya da değişiklikler, güvencelerin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğurmadıkça, eşin rızası gerekmez."

⁴¹⁵ Bkz. Şıpka, s. 25, 29; Akipek-Akıntürk, s. 354, dn. 108; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 4; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 269; Mimaroglu, s. 42. Ayrıca, kefalet sözleşmesine ilişkin İsviçre Borçlar Kanun'unda yapılan tüm değişiklikler için bkz. Koç, Nevzat, "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", DEÜ Yay., Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsal'e Armağan, İzmir 2001, s. 267 vd.

⁴¹⁶ Şıpka, s. 25; Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 4.

ikinci fıkrasındaki düzenleme, daha çok kefalet sözleşmeleri için kabul edilmişti. Fakat, adı geçen madde, çok sınırlı bir koruma sağlamakta ve açıkça, kadın erkek eŐitliđine aykırı bir kural içermekteydi. Ayrıca, maddede geçen tůrden kefalet sözleşmelerinin geçerliliği için, hâkimin onayı aranmaktaydı. İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesinde ise, eŐlerden herhangi birinin, (Kadın veya erkek) ۆnc bir kiŐiyle yapacağı, her tůr (diğer eŐin yararına olması zorunlu değildir) kefalet sözleşmesinin geçerliliği, diğer eŐin (Őnceki Medeni Kanun'un 169. maddesinin ikinci fıkrasına göre hâkimin) onayına bađlamıŐtır.

Türk Medeni Kanun'unun bugünkü durumu itibariyle, eşlerin girişeceği bütün kefalet sözleşmeleri, hiçbir makamın veya kişinin onayma bağlı olmadan geçerlidir. Fakat, kanaatimce, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 194. maddesine benzer bir kuralın, Türk Borçlar Kanunu'na da alınması, evlilik birliğinin korunması açısından yerinde olur. Çünkü, eşlerden birinin, büyük miktarlara ilişkin olarak yapacağı kefalet sözleşmeleri, ileride, evlilik birliğinin ekonomik durumunun büyük bir zarar görmesine neden olabilir. Bunun ntne geçmek ise, Şüphesiz, İsviçre'deki gibi bir düzenlemeyle mümkün olabilir.

İsviçre'deki düzenlemeye benzer bir kural, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın "*Kefalet Sözleşmesi*" kısmında yer almaktadır.⁴¹⁷ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda, bu hükme benzer bir kurala yer verilmiş olması, evlilik birliğinin korunması açısından, olumlu bir gelişmedir.

⁴¹⁷ Şıpka, s. 25, 139, dn. 490.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EŞLER ARASINDA BİR UYUŞMAZLIK DOĞMASINDAN SONRA UYGULANABİLECEK HÜKÜMLER

§ 8. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN, EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA, HÂKİMİN MÜDAHALESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

I. Genel Olarak

Evlilik birliğinin, toplumun temel taşı olması nedeniyle büyük bir önemi vardır. Bu birliğin, sağlıklı ve huzurlu bir şekilde devamında, eşlerin, çocukların, ve toplumun büyük yararları olduğu bir gerçektir. Özellikle, çocukların sıcak bir aile yuvası içinde yetişmesinin, toplumun gelişmesinde ve huzurlu bir yaşamının sağlanmasında olumlu etkileri bilinmektedir. Eşler arasındaki ilişkilerin, iyi, dostça ve sağlıklı olduğu evlilik hayatının huzur ve mutluluk içinde sürdürüldüğü ölçüde, toplumun düzeni ve huzuru da sağlam ve kalıcı olur.¹

Evlilik birliği, her zaman kurulduğu gibi yürüyemeyebilir. Eşler, çeşitli nedenlerle bazı konularda uyuşmazlığa düşebilirler. Hukuk sistemlerinin, eşler arasında ortaya çıkan çeşitli sorunların çözülmesi amacıyla, evlilik birliğine bazı müdahalelerde buldukları görülmektedir. Devletin bu müdahalesinin, evlilik birliğinin korunmasını sağlayacağı

¹ Akıntürk, s. 121; Feyzioğlu, s. 201; İnal, s. 807.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

konusunda doktrinde görüş birliği bulunmaktadır.² Kanaatimce de, evlilik birliğine müdahalenin, sınırlı olması ve eşlerin kişisel özgürlüklerinin aşırı biçimde sınırlandırılması niteliği taşınamaması koşuluyla, evlilik birliğinin geçirdiği sarsıntıların atlatılmasında etkili olabilir.³ Çünkü, hâkimin müdahalesiyle, tehlike içindeki evlilik birliğinin yeniden iyileştirilmesi sağlanır. Böylece, hem evlilik birliğinin karşılaştığı sorunların atlatılması, hem de, boşanma veya mahkeme kararıyla ayrılığa yol açmaksızın, eşlerin ve çocukların menfaatlerinin korunması sağlanır.⁴ Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin amacı, bozulan evlilik birliğini yeniden sağlama ve ortak hayatları tehlikeye girmekle birlikte, boşanma veya ayrılık istemeyen eşlerin menfaatlerini korumaktır.⁵

Resmi kurumların evlilik birliğine müdahalesi; gerçekte, evlilik kurumunun yapısına aykırıdır.⁶ Ancak bazı durumlarda evlilik birliğine müdahale edilmesi zorunlu olabilir; aksi takdirde, bu birliğin dağılma olasılığı artar. Bu nedenle, boşanma nedenleri gerçekleşmiş olmakla birlikte, boşanmak istemeyen veya ortada bir boşanma nedeni olmadığı halde evlilik hayatı tehlikeye giren eş, hâkimin müdahalesini isteyebilmelidir. Çünkü, hâkimin tarafsız ve etkili müdahalesi;

² Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 121; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 762; Öztan, (Aile) s. 212; Köprülü-Kaneti, s. 124; Feyzioğlu, s. 201; Velidedeoğlu, s. 120; Birsen, s. 306; Egger, s. 346; Arsebük, s. 698; Schwarz, s. 195; Gönenç, s. 136; Göktürk, s. 338; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 271; Tuğsavul, s. 33; Belgesay, Mustafa Reşit, "Barcelona Milletlerarası Hukuk Kongresi", AD, 1957/2, s. 149 vd.

³ Doktrinde, mahkemelerin, aile uyuşmazlıklarının karakteristik özelliklerini dikkate almaksızın, sıradan bir hukuki uyuşmazlık gibi nitelendirme yaptıkları, bu yaklaşımın ise, kopmaya hazır ilişkilerin daha fazla zayıflamasına sebep olduğu ileri sürülmektedir. Bu nedenle, aile içi sorunların, resmi bir kurum olan mahkemeler tarafından değil, arabulucular aracılığıyla çözümlenmesinin daha uygun olacağı ileri sürülmektedir. Bkz. ve karşı. Aytaç, Mehlika, "Aile Ombudsmanlığı Hakkında Avrupa Konseyi No. R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı Üzerine Bir İnceleme", AD, 2001/6, s. 22. Ayrıca bkz. Sirmen-Koçhisarlıoğlu-Tanrıver-Süral-Tercan, s. 28 vd.

⁴ Güven, (Ailenin Korunması) s. 2.

⁵ Tour, s. 180; Egger, s. 346; Oğuzoğlu, s. 159.

⁶ Bkz. Feyzioğlu, s. 201, 202.

âdeta, etkili bir aile büyüğünün arabuluculuğu gibi faydalı olabilir. Böylece, hem evlilik birliğinin devamı sağlanır, hem de toplumun temel taşları yerinden oynanamamış olur.⁷

Evlilik birliğinde eşler arasındaki ilişkilerin, genellikle, ahlaki yönü ağır basan ve kanun tarafından ayrıntılı olarak düzenlenmemiş bulunan bir niteliği vardır.⁸ Kanun koyucu, eşler arasındaki ilişkileri genel ifadelerle düzenlemeye çalışmış, bazı temel kurallar koymuş; fakat, hukukun diğer alanlarının aksine, ayrıntılı düzenlemeler yapmaktan kaçınmıştır. Bununla birlikte, Medeni Kanun'da, hâkimin, evlilik birliğine çeşitli şekillerde müdahale etmesine ve bazı önlemler almasına olanak sağlayan birçok hükme yer verilmiştir.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla getirilmiş bu hükümler, Aile Hukuku'nun sosyal niteliğinin bir gereğidir.⁹ Ayrıca, bu hükümler, Anayasa'nın 41. maddesinde yer alan, devletin aileyi koruma yükümlülüğü gereğince öngörülmüştür. Çünkü, Anayasa'nın 41. maddesine göre, devlet, ailenin huzur ve refahını sağlamak için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Aileye müdahalede bulunulması da, ailenin huzur ve refahını sağlama amacı taşır.

Genellikle, eşler arasında ortaya çıkan sorunların ortadan kaldırılması, böylece evlilik birliğinin bozulmasının önlenmesi amacıyla yapılan hukuki düzenlemeler, Medeni Kanun'un "*Birliğin Korunması*" kenar başlıklı 195-201. maddelerinde bulunmaktadır. Fakat, evlilik birliğinde ortaya çıkan sorunların, hâkimin müdahalesi yoluyla, barışçı yollardan çözümlenmesini amaçlayan hükümler bunlardan ibaret değildir. Bu ne-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

⁷ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 762; Tekinay, (Aile) s. 340, 341; Köprülü-Kaneti, s. 124.

⁸ Öztan, (Aile) s. 21; Feyzioglu, s. 182; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 266. Köteli'ye (s. 62) göre, Medeni Kanun'un evlilikle ilgili hükümleri, evliliği sürdürmekten çok, dengesi bozulmuş, sosyal bütünlüğünü yitirmiş evliliklerde, eşlerin, çoğunlukla da ekonomik bakımdan zayıf olduğu düşünülen kadının ve çocukların menfaatlerini koruma amacı taşır.

⁹ Bkz. Saymen-Elbir, s. 145; Güven, (Ailenin Korunması) s. 2; Doğanay, (Nazari ve Tatbiki) s. 32.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

denle, Medeni Kanun'un "*Birliğin Korunması*" kenar başlıklı 195-201. maddeleri dışındaki evlilik birliğini koruyucu diğer hükümlerinin de incelenmesi gerekir.

II. Hâkimin Müdahalesinin Koşulları

Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyumsuzluğu düşülmesi halinde, eşler... hâkimin müdahalesini isteyebilirler.*" Bu düzenlemeye göre, eşlerden birinin istemi üzerine, hâkimin, evlilik birliğine müdahalede bulunarak, kanunda öngörülen önlemleri alabilmesi için, fıkra da belirtilen iki koşuldan birinin gerçekleşmesi gerekir.

Önceki Medeni Kanun'da, hâkimin müdahalesi için yine iki koşul öngörülmüştü. Aynı kanunun 161. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşlerden birinin aile görevlerini yerine getirmemesi, diğer eşe, hâkimin müdahalesini isteme yetkisi veriyordu. Görüldüğü gibi, önceki ve yeni Medeni Kanun'un, hâkime başvuru olanağı veren iki koşuldan ilki aynıdır. Gerçekten, önceki Medeni Kanun'da kullanılan, "*aile vazifesini ihmal*" ile yeni Medeni Kanun'un, "*evlilik birliğinden doğan yükümlülüğün yerine getirilmemesi*" şeklindeki ibarelerinin anlamında bir farklılık yoktur. Fakat, önceki Medeni Kanun'da öngörülen ikinci koşula yeni Medeni Kanun'da yer verilmemiştir. Gerçekten, önceki Medeni Kanun'un 161. maddesinin birinci fıkrasında hâkimin evlilik birliğine müdahalesine olanak veren bağımsız bir koşul olarak, eşlerden birinin, diğerini, tehlikeye, utanca veya zarara maruz bırakması öngörülmüştü. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesinin birinci fıkrasında ise, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyumsuzluğa düşülmesi halinde, hâkimin müdahalesinin istenebileceği düzenlenmiştir.

Kanaatimce, yeni Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasıyla, hâkime başvuru olanağı kısıtlanmamış,

aksine genişletilmiştir. Çünkü, önceki Medeni Kanun'da hâkimin evlilik birliğine müdahalesi için öngörülen iki bağımsız koşuldaki ikincisini oluşturan, eşlerden birinin, tehlikeye, hâcalete veya zarara maruz bırakılması, aslında, yeni Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen ilk bağımsız koşulun kapsamına girmektedir. Çünkü, eşlerin birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı olma ve menfaatlerini koruma yükümlülükleri, zaten evlilik birliğinden doğmaktadır. Bu nedenle, yeni Medeni Kanun'un söz konusu hükmünde, bunun, hâkimin evlilik birliğine müdahalesinin yeni ve bağımsız bir koşulu olarak düzenlenmesine gerek görülmemiştir. Buna karşılık, yeni Medeni Kanun'da, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi, eşlerden birinin istemi üzerine hâkimin evlilik birliğine müdahalesinin yeni ve bağımsız bir koşulu olarak kabul edilmiştir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen koşullar, hâkimin evlilik birliğine müdahalesi için yapılabilecek başvurunun koşullarıdır. Fakat, Medeni Kanun'da yer alan bazı önlemlerin alınabilmesi için, başka koşullar da aranır. Mesela, Medeni Kanun'un 199. maddesine göre; eşlerin tasarruf yetkilerinin kısıtlanabilmesi için, ailenin ekonomik varlığının veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin tehlikede olması gerekir.¹¹ Bu nedenle, hâkime başvuru koşulları yanında, alınabilecek her bir önlem için kanunda öngörülen koşullar da, söz konusu önlemlerle birlikte incelenecektir. Medeni Kanun'un 195. maddesinde aranankoşullar ise şunlardır:

A. Eşlerden Biri, Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerine Aykırı Davranmalıdır.

Evlenmeyle kurulan evlilik birliği, eşlere çeşitli yükümlülükler yükler.¹² Medeni Kanun'un 185. ve devamı maddelerinde düzenlenen bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi,

¹¹ Bkz. aşağıda § 8, III, D, 2.

¹² Bkz. yukarıda § 4.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

aynı Kanun'un 195. maddesinde, hâkimin müdahalesinin istenebilmesinin koşulu olarak düzenlenmiştir.

Hâkime başvurulabilmesi için, yerine getirilmeyen yükümlülüğün, evlilik birliğinden doğması gerekir. Eşlerden birinin, evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri, hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesi, diğer eşe, hâkime başvuru olanağı verir.¹³ Mesela, eşlerden birinin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, diğer eş veya çocuklarla hiç ilgilenmemesi, ortak yaşamı terk etmesi veya ortak konuta her gece geç gelmesi, diğer eşe karşı şiddet uygulamasında¹⁴ olduğu gibi. Aynı şekilde, çocukların bakım ve gözetimini sağlama yükümlülüğünün yerine getirilmemesi de, hâkime başvuru nedenidir.¹⁵

Eşlerin, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilebilen bazı

¹³ Ruhi, s. 23; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 763; Öztan, (Aile) s. 213; Tekinay, (Aile) s. 337; Köprülü-Kaneti, s. 125; Feyzioğlu, s. 202; Doğanay, (Nazari ve Tatbiki) s. 33; Tandoğan, s. 131; Egger, s. 347; Arsebük, s. 703; Ünal, s. 126; Tuğsavul, s. 34.

¹⁴ Aile içi şiddet durumunda, Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri yanında, 4320 sayılı Kanun'la getirilen özel düzenlemeler de uygulanır. Bkz. aşa. § 10, III.

¹⁵ Akıntürk; s. 122; Öztan, (Aile) s. 213; Tuğsavul, s. 34. Eşlerin, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğüne aykırı davranışlarında da hâkimin müdahalesi istenebilir. Fakat, Yargıtay, eşlerin, evlilik birliğinin mutluluğunu ve huzurunu bozacak şekilde, çocukları birbirlerine göstermemeleri durumunda, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasının mümkün olmadığına karar vermiştir. Bkz. 2. Hukuk Dairesi, 9. 5. 1977 tarih ve 3601/3869 sayılı Karar, (YDK, 1978/3, s. 338.) 2. Hukuk Dairesi, 3. 2. 1977 tarih ve 528/529 sayılı Karar, (YDK, 1978/4, s. 528.) Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararları eleştirilebilir niteliktedir. Gerçekten, evlilik birliğinin sürdüğü ve boşanma davasının açılmadığı bir dönemde, çocuklarla ilgili önlemler ve onların, ana babalarıyla kişisel ilişkileri, evlilik birliğinin korunmasıyla ilgili olup, bu tür uyuşmazlıklar da, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenmelidir. Bkz. Köprülü-Kaneti, s. 128, dn. 10; Oğuzman-Dural, s. 162, dn. 299. Böylece, hâkimin evlilik birliğinin sürdüğü dönemde de, gerektiğinde eşlerden birinin istemi üzerine, çocuk ile kendisi arasında kişisel ilişki kurma hakkını koruyucu nitelikte bir karar verebileceği sonucuna varılmalıdır. Bkz. ve karşı aşa. 8, III, C, 3, d.

davranışlar da hâkimin müdahalesine neden olabilir. Mesela, eşlerden birinin, hasta olan eşini ziyaret etmemesinde ve diğer eşin ailesiyle iyi ilişkiler kurulması için gerekli çabayı göstermemesinde olduğu gibi.¹⁶ Böyle durumlarda, hâkimin alabileceği önlemler, eşleri uyurarak uzlaştırmaya çalışmaktır. Bununla birlikte, eşlerden birinin bu tür davranışları nedeniyle, ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye girerse, eşin ayrı yaşama hakkı doğacağı için, hâkim, ayrı yaşamaya ilişkin önlemleri de alabilir. (TMK, mad. 197/II)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Eşler arasındaki evlilik birliğinden doğmayan yükümlülükler aykırı davranılması durumunda, Medeni Kanun'un 195. ve devamı maddelerine göre hâkime başvurulamaz. Mesela, eşlerden birinin, diğerine, hizmet veya şirket sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemesinde durum böyledir. Fakat, eşler arasındaki borç, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünden doğmuşsa, alacaklı eş, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler gereğince hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Hâkime başvuru için, bir zarar doğması zorunlu değildir. Bir zarar doğması olasılığı bulunan hallerde de, hâkime başvuru mümkün sayılmalıdır.¹⁷ Diğer bir ifadeyle, hâkime başvuru için, yükümlülüğe aykırı davranılması sonucunda bir zarar doğması, ön koşul sayılmamalıdır. Çünkü, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin amacı, evlilik birliğini ve aileyi korumak, eşlerin ve çocukların zarar görmelerini önlemek olup, kusurlu eşi cezalandırmak değildir. Bu nedenle, henüz bir zarar doğmamış olsa da, eşlerden birinin, çok yakın bir zamanda evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranarak, diğer eşi zarara uğratma olasılığı yüksek ise, diğer eş, hâkimden önlem alınmasını isteyebilmelidir. Bu istemde bulunabilmek için, zararın doğ-

¹⁶ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 122; Güven, (Ailenin Korunması) s. 3; Kaleli, s. 117; Arsebük, s. 703; Gönensay, s. 137; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 253.

¹⁷ Bkz. ve karşı Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765; Öztan, (Aile) s. 215; Feyzioğlu, s. 202; Arsebük, s. 704; Tuğsavul, s. 35.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

masını beklemek, evlilik birliğinin ve zayıf durumda olan eş ile çocuğun korunması ilkesiyle bağdaşmaz. Mesela, eşlerden birinin, bütün malvarlığını paraya çevirip yurt dışına kaçma hazırlıkları yaptığı bir dönemde de, diğer eş, hâkimin müdahalesini isteyebilmelidir.

Eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğüne bir kez aykırı davranması, hâkime başvuru için yeterli değildir. Yükümlülüğe aykırı davranışın, hâkime başvuru nedeni sayılabilmesi için, ileride de gerçekleşebilecek nitelikte olması gerekir. Bu davranış, belli ölçüde süreklilik taşımaktadır.¹⁸ Çünkü, evlilik birliğini korumaya ilişkin hükümlerin amacı, eşleri cezalandırmak değil, aksine devam eden ihmali durdurmak, bozulan birliği yeniden sağlanmak ve eşler ile çocukların menfaatlerini korumaktır. Bu nedenle, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün bir kez ihlali yeterli değildir. Yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin, ileride de bu şekilde davranacağı, kuvvetle muhtemel görünmelidir.

Evlilik birliğine dışarıdan müdahale, aslında, manevi bir nitelik taşıyan evlilik birliğinin yapısına aykırıdır. Fakat, hâkimin müdahalesinin evliliği kurtaracağı ve eşler ile çocukların menfaatlerini koruyacağı umulan hallerde, hâkimin müdahalesi yerinde olur.¹⁹ Evlilik birliğinden doğan bütün yükümlülüklerle aykırı davranılması, hâkime başvuru için yeterli sayılmamalıdır. Evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hâkime başvurulabilmesi için, yerine getirilmeyen yükümlülüğün, evlilik birliğinin geleceği ve eşler ile çocukların korunması ilkesi gereğince, belli bir önem ve ağırlıkta olması gerekir.²⁰ Eşler ve çocuklar için, çok önemli olarak nitelendirilemeyecek davranışlar nedeniyle hâkime başvuru mümkün değildir. Mesela,

¹⁸ Akıntürk, s. 122; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 764; Öztan, (Aile) s. 213; Tandoğan, s. 131.

¹⁹ Güven, (Ailenin Korunması) s. 2.

²⁰ Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 122; Öztan, (Aile) s. 213; Doğanay, (Nazarî ve Tatbiki) s. 55; Tandoğan, s. 131; Egger, s. 347; Arsebük, s. 704; Güven, (Ailenin Korunması) s. 6.

eşlerin birbirleriyle ilgilenmeleri, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüktür. Fakat, eşlerin bu yükümlülüğe aykırı her davranışı durumunda hâkimin müdahalesi istenemez. Çünkü, aksi takdirde, evlilik birliğinin korunması yerine, birliğe zarar verilmiş ve mahkemeler de gereksiz bir iş yüküyle karşı karşıya bırakılmış olur.

Hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için belli bir önem ve ağırlıkta olması gereken davranışların, boşanma nedeni oluşturacak derecede ağır olmasına ve ortak hayatı çekilmez kılmasına gerek yoktur.²¹ Bununla birlikte, bu davranışlar, bir boşanma sebebi de oluşturuyorsa, boşanma davası açma hakkı olan eş, bu yola başvurmadan hâkimin müdahalesini isteyebilir. Ayrıca, kural olarak, eşler hakkında verilmiş bir ayrılık kararı bulunması da bu hükümlerin uygulanmasını engellemez.²² Çünkü, ayrılık durumunda da evlilik birliği devam eder. Mesela, ayrılık süresi içinde eşlerden birinin bütün malvarlığını elden çıkarmaya çalışması durumunda, diğer eş, Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle hâkime başvurulabilmesi için, bunun kusura dayanmasının gerekip gerekmediği konusu, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre,²³ hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, ihmalkâr eşin kusuruna dayanmalıdır. Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğünü kusuru olmaksızın yerine getirememişse, Medeni Kanun'un 195. maddesi gereğince hâkime başvurulamaz.²⁴ Çünkü, böy-

²¹ Bkz. Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 764; Öztan, (Aile) s. 213; Oğuzman-Dural, s. 161; Tekinay, (Aile) s. 338; Köprülü-Kaneti, s. 124; Feyzioğlu, s. 202.

²² Öztan, (Aile) s. 214.

²³ Bkz. Akıntürk, s. 123; Tekinay, (Aile) s. 337; Özüğür (Nafaka) s. 25; İnal, s. 828.

²⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27. 1. 1968 tarih ve 2-113/53 sayılı Kararı'na göre, hâkimin, evlilik birliğinin korunması hükümleri gereğince önlem alabilmesi için, davalının kusurlu olması gerekir. (Uyar, TMK, C. II, s. 1526)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

le bir durumda, aslında, bir yükümlülüğe aykırı davranıştan söz edilemez.²⁵ Bu nedenle, haksız olarak işinden çıkarılmış ve işsiz kalmış olan kocanın, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi veya aynı şekilde, ağır bir hastalık geçirmekte olan kadının, belli bir süre, birliğin yönetimine tam anlamıyla katılmaması gibi hallerde, koca veya kadının yükümlülüklerini yerine getirmemiş olduklarından söz edilemez.²⁶

Diğer bir görtüşe göre ise, evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması yeterlidir; ayrıca, bunun bir kusura dayanması gerekmez.²⁷ Evlilik birliğine ilişkin bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi, hâkime başvuru için gerekli ve yeterlidir. Bu nedenle, yükümlülüğünü yerine getiremeyen eş, kusursuz olsa bile, diğer eş hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Kanaatimce, hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, yükümlülüğün yerine getirilmesinin kusura dayanması gerekmez. Yükümlülüğün yerine getirilmemiş olması, hâkime başvuru için yeterli sayılmalıdır. Mesela, eşlerden birinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu bir olayda, ölüm tehlikesi içinde kaybolan eş, ailenin bütün giderlerini, bankadaki parasıyla karşılıyorsa; evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün yerine getirilmesini sağlamak için, kaybolan eşin kusurunu aramak ve bu eş kusursuz olacağı için parasal

²⁵ Bkz. ve karş. Akıntürk; s. 123.

²⁶ Tekinay'a göre, (Aile, s. 337, 338) evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, niteliği gereği, kusura dayanan hal ve davranışları ifade eder. Fakat, yazara göre, önceki Medeni Kanun'da yer alan ikinci neden olan, diğer eşin, tehlikeye, utanca veya zarara maruz bırakılması durumunda hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, bu davranışın kusura dayanması gerekmez. Mesela, ayırt etme gücüne sahip olmayan eşin, diğerinin sağlığını tehlikeye sokması durumunda, kusurdan söz edilemeyeceği halde, evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvuru mümkündür.

²⁷ Bkz. Öztan, (Aile) s. 214; Oğuzman-Dural, s. 161; Köprülü-Kaneti, s. 124; Saymen-Elbir, s. 146; Tandoğan, s. 132; Egger, s. 348; Güven, (Ailenin Korunması) s. 19; Belgesay, (Şerh) s. 137.

katkının sağlanmasına karar vermemek, evlilik birliğinin korunması ilkesine uygun düşmez. Çünkü, evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin alacağı önlemler, eşleri cezalandırma amacı taşımaz. Hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, yükümlülüğün yerine getirilmemesinin yeterli olması, bu fiilin kusura dayanmasının gerekmemesi, evlilik birliğinin korunması için alınan önlemlerin amacının doğal bir sonucudur.²⁸ Bu nedenle, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinin kusura dayanması zorunlu değildir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Ayrıca, eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğünü kusuru olmaksızın yerine getiremiyorsa, hâkim, eşin kusurlu olması durumuna göre, farklı bazı önlemlere karar verebilir. Mesela, eş kusurlu ise, hâkim, uyarıda bulunabilir. Fakat, söz konusu yükümlülüğün yerine getirilemeyeşi, bir eşin kusuruna dayanmıyorsa, hâkimin o eşe uyarıda bulunmasının bir mantığı ve gereği yoktur.²⁹ Hâkim, böyle bir durumda uyarı yerine, yararlı olabilecek diğer bazı önlemleri alabilir.

B. Eşler Arasında, Evlilik Birliğini İlgilendiren Önemli Bir Konuda Uyuşmazlık Doğmalıdır

Önceki Medeni Kanun'un esas aldığı nispi eşitlik anlayışı gereğince, evlilik birliğinin korunması konusunda hâkimin müdahalesi, yeni Medeni Kanuna göre, biraz daha sınırlı kalıyordu.³⁰ Çünkü, önceki Medeni Kanun'da erkeğe, kadın karşısında üstün bir konum verilmiş ve bazı maddelerinde, kocanın bu üstün konumu açıkça düzenlenmişti.³¹ Buna karşılık kanun koyucu, kocaya, karısına göre daha fazla yükümlülük yüklemiştir.

²⁸ Bkz. Köprülü-Kaneti, s. 124.

²⁹ Bkz. ve karşı. Oğuzman-Dural, s. 162.

³⁰ Akıntürk, s. 123; Knoepfler, s. 127.

³¹ Bkz. EMK, mad. 52, 154, 155, 156 ve 263.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Yeni Medeni Kanun'da ise, eşler arası eşitlik ilkesi gereğince, eşitliğe aykırı hükümler kaldırılmıştır. Bu nedenle, yeni Medeni Kanun, evlilik birliğinin korunması konusunda, hâkimin müdahalesinin gerekliliğini ve bu müdahalenin önemini daha açık bir şekilde ortaya koymuştur. Mesela, velayetin yürütülmesine ilişkin bir konuda uyuşmazlık çıkması, önceki Medeni Kanun'a göre, kural olarak mümkün değildi.³² Çünkü, önceki Medeni Kanun açıkça, velayete ilişkin bir uyuşmazlıkta kocanın oyunun üstün tutulacağını belirtmişti. Fakat, yeni Medeni Kanun'da, eşlerin velayeti birlikte kullanacakları kuralı (mad. 336/I) kabul edilerek, kocaya üstünlük tanıyan bir hükme yer verilmemiştir. Bu nedenle, velayetin yürütülmesi konusunda eşler arasında doğabilecek bir uyuşmazlık, ancak hâkimin müdahalesi yoluyla giderilebilir.

Görüldüğü gibi, önceki ve yeni Medeni Kanunlar arasındaki temel düşünce farklılığı nedeniyle, evlilik birliğinin korunması açısından, hâkimin müdahalesinin gerekliliği ile müdahalenin koşulları ve şekli konusunda bazı farklılıklar vardır. Yeni Medeni Kanun'un temeli olan eşler arası eşitlik ilkesi sonucunda, evlilik birliğinin korunmasına yönelik hükümlerin önemi artmıştır.³³

Yeni Medeni Kanun'da eşler arası eşitlik ilkesi esas alındığı için, eşler arasında, bazı konularda anlaşmazlık çıkması mümkündür.³⁴ Bu nedenle, Medeni Kanun'un, kocanın baş-

³² Bkz. Akıntürk, s. 123.

³³ Akyol, s. 390; Knoepfler, s. 127.

³⁴ Akıntürk'ün de (s. 123) haklı olarak belirttiği gibi, önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğine ilişkin kararlarda, son sözü söyleme hakkı kocaya verildiği için, eşler arasında hâkimin müdahalesini gerektirecek sayı ve ölçüde uyuşmazlık söz konusu olmuyordu. Kaldı ki anlaşmazlık doğduğu takdirde, özellikle velayet hakkının kullanılmasıyla ilgili bir konuda, kanun, kocanın oyunun üstün olacağını hükme bağlamıştı. Fakat, yeni Medeni Kanun, eşler arası eşitlik ilkesini tam ve gerçek anlamıyla benimsediği için, eşlerden birine öncelik veya üstünlük tanımamıştır. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkların, sayıca eskisinden fazla olabileceği ve her uyuşmazlığın çözümlenmesinde, hâkimin müdahalesinin zorunlu olacağı söylenebilir. Aynı yönde bkz. Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 270.

kanlık ve en son kararı alma hakkını ortadan kaldırmasından doğan boşluk, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasıyla doldurulmak istenmiştir.³⁵ Bu hükümle, eşitlik ilkesinin bir gereği ve sonucu olarak, eşit durumda olan eşlerin karar alamamaları durumunda, hâkime başvuru olanaklı kılınmıştır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Eşlerin hâkime başvurusu için aranan ilk koşul, eşlerin uyumsuzlığa düşmesidir. Uyumsuzlığa düşme koşulu gerçekleşmeden, hâkime başvuru mümkün değildir. Çünkü, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin amacı, eşler arasında doğan sorunları ortadan kaldırmak ve evlilik birliğinin yeniden huzurlu bir şekilde sürmesini sağlamaktır. Bu nedenle, uyumsuzluk doğmadan hâkimin müdahalesi istenemez.

Hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için, uyumsuzlığa düşülen konunun, evlilik birliğine ilişkin olması gerekir. Mesela, çocuğun hangi okula kaydedileceği, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine ne ölçüde katılacağı, ortak yatırımların ne şekilde değerlendirileceği veya aile konutunun seçilmesi ya da çocuğun adının konulması gibi konularda uyumsuzlığa düşülmesinde olduğu gibi.³⁶

Eşler, evlilik birliğiyle ilgili olmayan bir konuda hâkimin müdahalesini isteyemezler. Mesela, eşlerden birinin ticari faaliyetiyle ilgili bir konuda, eşler arasında ortaya çıkan uyumsuzlıkların giderilmesi için, evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvuru mümkün değildir. Çünkü, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında da açıkça belirtildiği gibi; hâkime başvuru, ancak, eşler arasında ortaya çıkan uyumsuzluğun evlilik birliğine ilişkin bir konuda olması halinde mümkündür.³⁷

³⁵ Bkz. ve karşı. Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 446; Knoepfler, s. 127.

³⁶ Bkz. Zevkiler-Havutçu, s. 248

³⁷ Fakat, eşlerden birinin, ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek şekilde bazı ticari işletmelerini devretmesi durumunda, Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince hâkimin müdahalesi istenebilir. Bkz. a.ş. 8, III, D, 2.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Eşlerin uyuşmazlığı düşmeleri durumunda, evlilik birliğinin ve dolayısıyla, eşler ile çocukların zarar görme tehlikesi bulunuyorsa, hâkimin müdahalesi istenebilir. Bu zarar, maddi olabileceği gibi, manevi de olabilir. Mesela, ailenin huzurunun ciddi biçimde bozulması veya eşlerin ekonomik bazı kayıplara uğraması tehlikesini doğurabilecek uyuşmazlıklarda hâkime başvurulabilir. Evlilik birliği için önemli olarak nitelendirilebilecek konuların başında, velayetin kullanılması, ortak konutun seçimi, ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almak amacıyla yapılacak yatırımların türü gibi konular gelir.³⁸

Evlilik birliğine ilişkin her uyuşmazlıkta hâkime başvuru, hem gereksiz, hem de yararsızdır. Hatta, hâkime, çok sık ve önemsiz konularda başvurulması, evlilik birliğinde mevcut olan dengelere zarar verebilir. Bu nedenle, kanun koyucu, hâkime başvuru olanağı veren uyuşmazlığın, önemli bir konuda olmasını aramıştır.³⁹ Evlilik birliğine ilişkin her tür konuda hâkime başvuru, evlilik birliğini koruma amacı dışına çıkıp, birliğe zarar verme noktasına gelebilir. Ortaya çıkması olağan sayılabilen, her ailede, arada bir görülmesi mümkün olan ve genellikle, eşler arasında karşılıklı hoşgörü çerçevesinde halledilmesi gereken uyuşmazlıklar için hâkime başvurulamaz. Bu nedenle, evlilik birliğinin devamı için önemsiz sayılabilecek bir konuda hâkime başvurulmuşsa; hâkim, işin esasına girmeden bu istemi reddetmelidir. Mesela, televizyonun hangi odaya konulacağına ilişkin bir uyuşmazlıkta hâkime başvurulamaz.

C. Eşlerden Biri, Hâkimin Evlilik Birliğine Müdahalesini İstemiş Olmalıdır

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi, ancak eşlerden birinin bu yönde bir istemde

³⁸ Bkz. Ünal, s. 127.

³⁹ Akıntürk, s. 124; Güven, (Ailenin Korunması) s. 12; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 446; Ünal, s. 127; Knoepfler, s. 127.

bulunmasına bağlıdır. Hâkim, ancak, talep varsa birliğe müdahale edebilir.⁴⁰ Hâkim, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen koşullardan birinin gerçekleştiğini öğrense bile, evlilik birliğine resen müdahale edemez.⁴¹

Kanun koyucu, hâkimin müdahalesini isteme hakkını, sadece eşlere vermiştir.⁴² Eşler dışındaki kişilerin, mesela, eşlerden birinin ana babasının ya da kardeşlerinin böyle bir istemde bulunma hakkı yoktur.

Önceki Medeni Kanun'da, başvuru hakkı, sadece, "etkilenen" (müteessir olan) eşe verilmişken, yeni Medeni Kanun'da müdahale nedenlerine paralel olarak, her iki eşe de, ayrı ayrı veya birlikte başvuru hakkı tanınmıştır.⁴³ Kanaatimce, eşlerin birlikte başvurusuna ender olarak rastlanulabilir. Çünkü, hâkimin müdahalesi, genellikle eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedenine dayanır. Bir eşin, hem evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemesi, hem de hâkimin müdahalesini istemesi, hayatın olağan akışına uygun değildir. Ancak, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrası ge-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

⁴⁰ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 762; Öztan, (Aile) s. 212; Tekinay, (Aile) s. 337; Köprülü-Kaneti, s. 124, 125; Feyzioğlu, s. 201; Velidedeoğlu, s. 120; Doğanay, (Nazarî ve Tatbiki) s. 32; Tandoğan, s. 132; Egger, s. 346; Ünal, s. 127.

⁴¹ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun gereğince, aile içi şiddete maruz kalan kişinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın olayı bildirmesi durumunda, aile mahkemesi hâkimi, gerekli önlemlere resen karar verir. Görüldüğü gibi, 4320 sayılı Kanun, hem eşlerin başvurusunu, hem de önlem için istemde bulunmasını gerekli görmemiştir. Bkz. § aşı. 10, III, A, 3. Ayrıca hâkim, boşanma veya ayrılık davası açıldığında, eşlerin ve çocukların korunması için gerekli bütün önlemlere resen karar verir. Bkz. aşı. 9, II, B.

⁴² Kanaatimce, hâkimin müdahalesinin istenmesi, kişiye sıkı biçimde bağlı bir hakkın kullanılması niteliğindedir. Bu nedenle, kısıtlı dahi olsa, ayırt etme gücüne sahip olan eş hâkimin müdahalesini isteyebilir. Fakat, eşlerden birinin ayırt etme gücünden yoksun olması durumunda, bu eşin yasal temsilcisinin de hâkimin müdahalesini isteyebileceği haklı olarak kabul edilmektedir. Bkz. Öztan, (Aile) s. 231; Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s. 762.

⁴³ Akıntürk, s. 121; Ruhi, s. 23; Knoepfler, s. 132.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

reğince, eşler, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri durumunda, aynı maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi, uzman kişilerin önerileri yönünde uygun bir karar verilmesi istemiyle, birlikte müdahale isteminde bulunabilirler. Bununla birlikte, uygulamada eşlerin birlikte müdahale isteminde buldukları durumların da istisnai bir nitelik taşıyacağı söylenebilir.

III. Hakim Tarafından, Evlilik Birliğinin Korunması Amacıyla Alınabilecek Önlemler

A. Genel Olarak

Hâkimin müdahalesi için gerekli koşullar sağlandıktan sonra ve eşlerden de bu yönde bir istem gelmesi durumunda hâkim, evlilik birliğine müdahalede bulunur ve kanunda öngörülen önlemleri alır. Medeni Kanun'un 195. maddesinin ikinci fıkrasına göre hâkim, öncelikle, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası varsa, uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Yine aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre hâkim, gerektiği takdirde, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri de alır.

Kanun koyucu, hâkim müdahalesi için birinci fıkrada öngörülen koşullar dışında, her bir önlem türü için bazı ek koşullar da aramıştır. Her önlem bakımından ayrıca incelenecek olan bu ek koşulların temel özelliği, hâkime başvurunun değil, alınacak önlemin koşulları olmasıdır. Mesela, Medeni Kanun'un 198. maddesinde düzenlenmiş olan borçlulara ilişkin önleme başvurabilmek için, eşlerden birinin, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemiş olması gerekir.⁴⁴ Bunun dışında bir nedenle, bu önleme başvurulamaz.

Ayrıca, önlem alınmasına yönelik istem olsa da hâkim, ancak, gerektiği takdirde Kanun'da öngörülen önlemleri alır. Alınacak önlemin, somut olaya uygun olması ve bu önlemin

⁴⁴ Bkz. aşa. § 8, III, D, 1.

alınmasıyla ortaya çıkan sorunun giderilebileceğinin varsayılabilmesi gerekir.

Medeni Kanun'un 195. maddesinin üçüncü fıkrasında da açıkça belirtildiği gibi, hâkim, ancak kanunda öngörülen önlemlere karar verebilir. Bu hükümlerle, kanunda öngörülmemiş önlemlere başvurulması suretiyle, eşlerin kişilik haklarının aşırı derecede sınırlandırılmasının önlenmesi amaçlanır.⁴⁵ Çünkü, hâkimin evlilik birliğine müdahalesi, dolaylı olarak eşlerin kişilik alanına da müdahale niteliği taşır. Bununla birlikte, hâkimin alabileceği önlemler, sadece Medeni Kanun'un 195. ve devamı maddelerinde düzenlenen önlemlerden ibaret değildir. Medeni Kanun'un diğer maddelerinde öngörülen bazı önlemler de alınabilir. Mesela, gerekirse, eşlerden biri kısıtlanabilir veya eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisi sınırlandırılabilir ya da sınırlandırılan temsil yetkisi geri verilebilir.⁴⁶

Evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin alabileceği önlemler, genellikle, eşler arasındaki maddi ve ekonomik ilişkilere yöneliktir. Mesela, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğüne, (TMK, mad. 196) eşlerin, ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmamaları için alınabilecek önlemlere (TMK, mad. 199) ve eşlerin, evlilik birliğini temsil yetkilerinin kısıtlanmasına (TMK, mad. 190) ilişkin düzenlemeler böyledir.

Kanunda belirtilen önlemler arasında bir hiyerarşi yoktur. Çünkü, Medeni Kanun'un 195. maddesinin üçüncü fıkrasında da belirtildiği gibi hâkim, evlilik birliğinin korun-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

⁴⁵ Bkz. ve karş. Akıntürk, s. 126; Tekinay, (Aile) s. 340; Belgesay, (Şerh) s. 131; Tour, s. 181; Egger, s. 349.

⁴⁶ Bkz. Gümüş, s. 68, 69; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 767; Öztan, (Aile) s. 215; Oğuzman-Dural, s. 165; Egger, s. 349; Schwarz, s. 196; Tuğsavul, s. 43. Nitekim, İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında, (BGE II 412) hâkimin, kanunda öngörülmemiş önlemleri alamayacağını, fakat, kanundaki önlemlerin, evlilik birliğinin korunması kenar başlığı altındaki hükümlerden ibaret olmadığını belirtmiştir. Bkz. Tekinay, (Aile) s. 347, dn. 24.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

ması için gerekli bütün önlemleri alabilir. Bu nedenle hâkim, gerektiğinde, bu önlemlerin yalnızca birinin veya birkaçının alınmasına karar verebilir.

Medeni Kanun'un 195. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır.⁴⁷ Bu hüküm, diğer önlemlere başvurulmadan önce, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşe, yükümlülüğünü yerine getirmediğinin son bir kez daha hatırlatılması amacını taşır.⁴⁸ Böylece, diğer eşe, yükümlülükleri hatırlatılmakta ve bu eş yükümlülüklerini ifaya davet edilmektedir. Bu uyarıda, eşler hakkında zorlayıcı biçimde bir emir verilmesi değil, eşlere, nasıl davranmaları gerektiği yönünde bir tavsiyede bulunulması söz konusudur.⁴⁹ Bu nedenle, uyarı, yerine getirilmeyen yükümlülüğün, yerine getirilmesi gerektiğine ve ilişkinin, barış ve huzur içinde devamının sağlanmasına yöneliktir.

Dikkatli ve anlayışlı bir hâkimin eşlere yapacağı hatırlatmalar ve uyarılar, bazen, sert yasal önlemlerden daha etkili olabilir.⁵⁰ Bu nedenle, hâkime, eşleri uyarma yetkisi verilmesi yerindedir. Uyarıda, muhatap eşe, yükümlülüklerini yerine

⁴⁷ Medeni Kanun'un 164. maddesi gereğince yapılan, terk nedeniyle boşanma davasının ön koşulu niteliğindeki ihtar, nitelik itibarıyla, buradaki uyardan farklıdır. Medeni Kanun'un 164. maddesinde öngörülen ihtar, terk sebebiyle boşanma davasının bir ön koşuludur. 195. maddedeki uyarıda ise böyle bir özellik yoktur. Bu nedenle, mesela, eşlerden birinin ortak yaşamı terk etmesi durumunda, diğer eşin, Medeni Kanun'un 195. maddesi gereğince, terk eden eşe yaptıracağı uyarı, daha sonra açılacak olan boşanma davasındaki ihtar yerine geçmez. Bu durumda, yeniden ihtar yapılmalıdır. Bkz. Güven, (Ailenin Korunması) s. 3, dn. 9.

⁴⁸ Akıntürk, s. 125; Ruhi, s. 24; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765; Öztan, (Aile) s. 215; Hatemi, s. 65; Tekinay, (Aile) s. 339; Köprülü-Kaneti, s. 126; Feyzioğlu, s. 203; Velidedeoğlu, s. 123; Saymen-Elbir, s. 146; Tandoğan, s. 132; Egger, s. 349; Arsebük, s. 705; Güven, (Ailenin Korunması) s. 2, 12; Önder, Akil, "Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Medeni Kanunda Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?", *AD*, 1942/9, s. 1044.

⁴⁹ Bkz. Tekinay, (Aile) s. 339; Bozovalı, s. 19; Güven, (Ailenin Korunması) s. 2, 12; Knoepfler, s. 132; Doğanay, (Nazarî ve Tatbiki) s. 35; Arcak, Ali, "Karının Müstakil Mesken İsteği", *AD*, 1950/12, s. 1652.

⁵⁰ Bkz. Tekinay, (Aile) s. 339; Belgesay, (Şerh) s. 133; Gönensay, s. 138.

getirmediği ve böyle davranmaya devam etmesi durumunda kanunda öngörülen önlemlerin alınacağı bildirilir.⁵¹ Kanaatimce, uyarıya uygun davranılmaması durumunda alınabilecek önlemlerin tek tek gösterilmesi zorunlu değildir. Çünkü, kanunda böyle bir zorunluluk aranmamıştır.⁵² Fakat, uyarıyla güdülen amacın gerçekleştirilmesi için, uyarıya aykırı davranılması durumunda alınabilecek diğer önlemlerin de uyarılan eşe kısaca hatırlatılması yararlı olur.⁵³

Ayrıca, uyarıyla birlikte, uygun bir süre de belirlenir.⁵⁴ Bu süre, yükümlülüğünü yerine getirmekte temerrüde düşmüş olan eşin, yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için uygun bir süre olmalıdır. Belirlenecek olan bu sürenin, uyarının ciddiyeti konusunda şüphe uyandıracak kadar kısa ve yükümlülüğün yerine getirilmesini anlamsız kılacak kadar uzun olmaması gerekir.⁵⁵ Kanaatimce; hâkim, uyarıyla birlikte verdiği bu uygun sürenin bitmesini beklemeden de, diğer eşin istemi üzerine⁵⁶ gerekli önlemleri alabilir. Çünkü, uyarıda bulunulan eşin, uyarı süresi içinde, yükümlülüğünü yerine getirmediği ve hiç getirmeyeceği açık olarak anlaşılıyorsa; diğer önlemlerin alınabilmesi için sürenin dolmasına beklemek, evlilik birliğinin korunması ilkesine uygun düşmez. Ayrıca, Medeni Kanun'un 200. maddesinde de belirtildiği gibi, hâkim, koşullar değişmişse, kararında gerekli değişiklikleri eşlerden birinin istemi üzerine yapabilir. Bu nedenle, daha önce

⁵¹ Öztan, (Aile) s. 216; Tuğsavul, s. 37.

⁵² Buna karşılık, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunu'na göre, uyarıda, uyarıya aykırı davranılması durumunda uygulanabilecek cezai yaptırımların da açıkça gösterilmesi zorunludur. Uyarıda, bu unsurlara yer verilmemişse, 4320 sayılı Kanun'da öngörülen cezai hükümler uygulanamaz. Bkz. aşa. § 10, III, C.

⁵³ Bkz. ve karşı. Güven, (Ailenin Korunması) s. 4.

⁵⁴ Öztan, (Aile) s. 216; Ruhi, s. 24; Velidedeoğlu, s. 123; Doğanay, (Nazarî ve Tatbikî) s. 35; Tandoğan, s. 132; Tuğsavul, s. 39.

⁵⁵ Bkz. Güven, (Ailenin Korunması) s. 4.

⁵⁶ Uyarıyla birlikte belirlenen sürenin dolmasına rağmen, yükümlülük hâlâ yerine getirilmiyorsa, hâkim, ancak eşlerden birinin istemi üzerine, kanunda öngörülen önlemleri alabilir. Bu durumda, hâkimin resen önlem alma yetkisi yoktur. Bkz. ve karşı. Güven, (Ailenin Korunması), s. 4.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

süre veren hâkim, koşulların değişmesi nedeniyle, bu kararını kaldırıp, diğer önlemleri de alabilir. Çünkü, uyarıyla birlikte süre tanınması, hâkimin bu sürenin sonuna kadar birliğe müdahale edemeyeceği anlamına gelmez.⁵⁷

Genellikle hâkim, Medeni Kanun'un 195. ve devamı maddelerine dayanan uyumsuzluklarda; bir ara kararla, yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşe uyarıda bulunur ve bir sonraki duruşmaya kadar süre verir.⁵⁸ Hâkim, bir sonraki oturumda, yükümlülüklerin yerine getirilmediğini tespit ederse, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.⁵⁹

Medeni Kanun'un 195. maddesinde, uyarı, diğer önlemlerin bir ön koşulu sayılmamıştır. Çünkü, 195. maddenin üçüncü fıkrasına göre, hâkim, gerekirse eşlerden birinin istemi üzerine Kanun'da öngörülen önlemleri alabilir. Fakat, önceki Medeni Kanun'un 161. maddesinin ikinci fıkrasına göre; hâkim, ilk olarak, kusurlu eşe uyarıda bulunur ve bu uyarı semeresiz kalırsa, kanunda öngörülen diğer önlemleri alabilirdi.

Önceki Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde de, hâkimin, uyarının hiçbir yarar sağlamayacağını açıkça anlaşıldığı durumlarda, uyarıyla uğraşıp süre kaybetmemesi ve Kanun'da öngörülen önlemleri alabilmesi gerektiği konusunda, doktrinde görüş birliği vardı.⁶⁰ Mesela, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen bir eşin, yargılama sırasında, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyeceğini açıkça belirtmesine rağmen, bu eşe uyarıda bulunup süre tanımak, evlilik birliğinin korunması açısından yerinde olmaz.⁶¹ Bu nedenle, hâkim, gerektiğinde uyarıdan ve

⁵⁷ Bkz. Güven, (Ailenin Korunması) s. 4.

⁵⁸ 2. HD, 12.11.1973 tarih ve 6723/6471 sayılı Karar. (Başaklar, s. 20)

⁵⁹ Ruhi, s. 24.

⁶⁰ Bkz. Akıntürk; s. 126; Ruhi, s. 24; Öztan, (Aile) s. 216; Tekinay, (Aile) s. 340; Köprülü-Kaneti, s. 126; Feyzioğlu, s. 203; Bozovalı, s. 19, dn. 71; Güven, (Ailenin Korunması) s. 2; Başaklar, s. 16; Saymen-Elbir, s. 146, dn. 128; Velidedeoğlu, s. 123; Doğanay, (Nazari ve Tatbiki) s. 35; Tandoğan, s. 133; Egger, s. 349; Tuğsavul, s. 38.

⁶¹ Bkz. YHGK, 17.2.1954 tarih ve 2-35/7 sayılı Karar. (Başaklar, s. 21) Aksi

uyarıyla birlikte tanıyacağı süreden vazgeçerek diğer önlemleri alabilir.

Yeni Medeni Kanun'un 195. maddesinde, uyarının, bir ön koşul olmadığı, önceki Medeni Kanun'da yer alan "ihtar semeresiz kalırsa" şeklindeki ibareye yer verilmemesinden de anlaşılmaktadır. Medeni Kanun'un 195. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızasıyla uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Yine, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre hâkim, gerektiğinde, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.

Hâkime başvuru, eşlerin, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri nedenine dayanıyorsa, uyarıda bulunmaya gerek yoktur. Çünkü, bu durumda, uyarı konusu olabilecek bir yükümlülüğe aykırı davranış söz konusu değildir. Bu sonuç, 195. maddenin ikinci fıkrasından da anlaşılır. Bu fıkırada, uyarının konusunun, eşlerin yükümlülükleri olduğu açıkça belirtilmiştir. Bu nedenle, hâkime başvuru, eşlerin, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmüş olmaları nedenine dayanıyorsa, hâkim, eşleri uzlaştırmaya çalışır.⁶² Fakat, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri durumunda da, hâkim, eşleri uzlaştırmaya çalışmalıdır. Nitekim, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. maddesinin birinci fıkrasına göre: "Aile mahkemeleri ...aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü ... teşvik eder."

yönde olan Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 13. 9. 1944 tarih ve 38/40 sayılı Kararı'nda ise şöyle denilmektedir: "...kusurlu tarafa vazifeleri hâkim tarafından ihtar edilip, ihtar semeresiz kalmadık takdirde nafakasına karar verilemez..." (Ruhi, s. 24, dn. 18)

⁶² Akıntürk, s. 126; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 445; Knoepfler, s. 132; Ünal, s. 128.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Hâkim, burada sadece bir yargılama faaliyetinde bulunmaz. Kendisine, sulh teşebbüsünde bulunma görevi de verilmiştir. Hâkim, eşleri uzlaştırmaya çalışırken, yerine getirilmeyen yükümlülükleri göstererek, eşlerin uzlaşmaları gerektiğini belirtir. Gerekirse eşleri uyararak onları bir orta yol bulmaya davet eder.⁶³

Eşleri uzlaştırmaya çalışma, hâkimin, bir aile büyüğü gibi olaya el koyması ve eşler arasında bir orta yol bulmaya çalışması şeklinde gerçekleşir.⁶⁴ Bu durumda, hâkim, aynen bir arabulucu gibi davranıp, sulh teşebbüsünde bulur ve kanunun deyimiyle "onları uzlaştırmaya" çalışır. Hâkimin görevi, sadece, eşleri uzlaştırmaya çalışmak ve bu doğrultuda eşlere yol göstermek, yönlendirici gibi davranıp, eşlerin bir çıkış yolu bulmalarına yardımcı olmaktır.⁶⁵ Hâkim, eşler arasındaki uyuşmazlığı gidermek adına, onların yerine geçerek karar alamaz.⁶⁶ Hâkim, sadece, eşleri, uzlaşmaları için yönlendirebilir ve sorunun giderilmesine katkıda bulunmaya çalışır.

Bu nedenlerle, hâkimin, evlilik birliğine ilişkin kararlara doğrudan katılması söz konusu değildir. Hâkim, eşler arasındaki uyuşmazlığın yine eşlerin kendi kararları doğrultusunda çözülmesi için, eşler arasında uzlaştırmacı bir konumda faaliyet gösterecek ve asıl yükümlülük yine eşlere yüklenecektir. Hâkimin bu konudaki görevi, eşlerin uzlaşabilecekleri bir ortamı hazırlamaya çalışmaktır. Çünkü, Medeni Kanun'un 195. maddesiyle, hâkime, eşlere uyarıda bulunma, onları uzlaştırmaya

⁶³ Bkz. ve karşı. Egger, s. 349; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 272; Arsebük, s. 705; Gönensay, s. 137; Göktürk, s. 338; Ünal, s. 128.

⁶⁴ Güven, (Ailenin Korunması) s. 12; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 445; Ünal, s. 125.

⁶⁵ Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 7; Doğan, s. 288; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 446; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 272.

⁶⁶ Akıntürk'e göre (s. 126) mesela; eşler, çocuğun adının konulması konusunda uyuşmazlığa düşmüşlerse, hâkim, eşlere öğüt vererek, belli bir isim üzerinde anlaşmalarının zorunlu olduğunu, ana baba olarak, kendilerine tanınmış olan bu haklarını, dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmaları gerektiğini hatırlatmalıdır. Bkz. Doğan, s. 288; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 446; Koçhisarlıoğlu, (Eşlerin Eşitliği) s. 272.

çalışma ve gerekirse uzman kişilerin yardımını isteme yetkileri verilmiştir. Bu nedenle, hâkimin, eşlerin uyuşmazlığa düşmeleri durumunda, eşler yerine geçerek karar alma yetkisi yoktur. Hâkimin bütün bu faaliyetleri bir sonuç vermemişse, eşler uzlaşmamakta direniyorsa, hâkim, eşlerden birini, yapılması düşünülen işlem konusunda yetkilendirebilir⁶⁷ veya eşler arasındaki sorunun bu şekilde de giderilmesi mümkün olmazsa, eşlerden birinin istemi üzerine, kanunda öngörülen diğer önlemleri alabilir.⁶⁸ (TMK, mad. 195/III)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'un 195. maddesinin ikinci fıkrasına göre, hâkim, eşler arasındaki uyuşmazlığın giderilmesi için, bazı uzman kişilerin müdahalesini gerekli görürse ve bu kişilerin yardımının istenmesi konusunda eşlerin ortak rızaları varsa, uzman kişilerin⁶⁹ yardımını isteyebilir. Uzman kişilerin müdahalesi, ancak, eşlerin ortak rızalarının bulunması halinde mümkündür.

Eşlerin, uzman kişilerin yardımının istenmesi konusunda verecekleri rızalarının şekli konusunda, kanunda bir açıklık yoktur. Kanaatimce, eşlerin, uzman kişilerin müdahalesi konusundaki rızalarının açık olması gerekir.⁷⁰ Çünkü, uzman kişilerin yardımının isteneceği konu, mesela, eşlerin cinsel yaşamıyla ilgili olması durumunda, ailenin gizlilik alanına giren bir konu da olabilir. Bu nedenle, eşlerin rızalarının hiçbir tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olması aranmalıdır. Fakat, bu rızanın yazılı olarak verilmesi zorunlu değildir.

Bu uzman kişiler, psikolog, pedagoğ veya danışman gibi kimseler olabilir. Hâkim, takdir yetkisini kullanarak, somut

⁶⁷ Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 7.

⁶⁸ Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 446; Ünal, s. 125.

⁶⁹ İsviçre Medeni Kanunu'nun 172. maddesinde, hâkimin, eşleri, "evlilik veya aile danışma büroları"na da yönlendirebileceği belirtilmiştir. Fakat, ülkemizde, bu tür birimler oluşturulmadığı için, Medeni Kanun'un 195. maddesinin ikinci fıkrasında, "uzman kişilerden" söz edilmiştir. Bu konuda bkz. Uçar, s. 326, dn. 28; Şimşek, Mustafa, Yeni Medeni Yasaya Bakış, YD, 2002/1-2, s. 135; Koçhisarlıoğlu, (Son Gelişmeler) s. 445; Ünal, s. 128; Akyol, s. 390; Akıntürk, s. 126; Knoepfler, s. 127.

⁷⁰ Bkz. Akıntürk, s. 126.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

olayın özelliklerine göre, bu kişileri belirler. Ayrıca, 18.1.2003 tarih ve 24497 sayılı *Resmî Gazete'*de yayımlanarak yürürlüğe giren, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. maddesine göre; her aile mahkemesinde, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerini araştırıp sonucunu bildirmek, mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmalarda hazır bulunmak ve gerekli konularda çalışmalar yapmak üzere, birer psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı bulunur. Gördüğü gibi, 4787 sayılı Kanun gereğince aile mahkemelerinde bulundurulacak uzmanlar, Medeni Kanun'un 195. maddesinde de sözü edilen uzman kişilerdir. Bu nedenle, hâkim, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin uyuşmazlıklarda eşler arasındaki sorunların tespiti ve çözüm yolları konusunda, eşlerin ortak rızasıyla, bu uzman kişilerin yardımını alabilir. Ayrıca, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre, aile mahkemesi hâkimi, öncelikle, önüne gelen davanın özelliklerini de dikkate alarak, eşler arasındaki sorunun sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Medeni Kanun'un 195. maddesinin üçüncü fıkrasına göre de, hâkim, eşlerin bu şekilde de uzlaştırılmaları mümkün olmazsa, Kanun'da öngörülen diğer önlemleri, eşlerden birinin istemi üzerine alabilir.

Uzman kişilerin, buradaki görevi, Medeni Kanun'un 195. maddesinin ikinci fıkrası ile 4787 sayılı Kanun'un 5. ve 7. maddelerinde de belirtildiği gibi, hâkime yardımcı olmak, eşlerin karşı karşıya oldukları sorunu ve nedenlerini tespit etmektir. Uzmanlar, eşler arasındaki sorunların nedenleri ve çözüm yolları konularında hâkime yardımcı olurlar.

Eşler, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri nedeniyle hâkime başvurmuşlarsa ve uzman kişilerin yapacağı incelemeler ve hâkimin bu yardımlardan da yararlanarak gerçekleştireceği uzlaştırmaya çalışma faaliyeti bir sonuç vermezse, hâkim, eşlerin üzerinde uyuşamadıkları konularda gerekli işlemlerin yapılması için, eşlerden birine yetki verebilir. Fakat hâkim, eşler yerine geçerek karar

veremez. Hâkimin görevi, eşlerden birini yetkilendirmekten ibarettir. Çünkü, Medeni Kanun'un 195. maddesinde hâkime, eşleri uyarma, gerekirse, uzman kişilerin de yardımıyla uzlaştırmaya çalışma yetkisi verilmiştir. Görüldüğü gibi, bu maddede, hâkime, eşlerin uyuşmazlığı düştüğü konularda karar alma yetkisi verilmemiştir. Hâkim, eşleri uzlaştıramazsa, yapılmak istenen işlemle ilgili karar alma konusunda, uzman kişilerin de önerileri doğrultusunda eşlerden birini yetkilendirebilir veya istem ve gerek varsa, Kanun'da öngörülen diğer önlemleri alabilir.⁷¹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Görüldüğü gibi hâkim, somut olayın özelliklerine göre, farklı yöntemler izlemek durumundadır. Eşlerden biri yükümlülüklerini yerine getirmiyorsa, hâkim, o eşi, yükümlülüklerini yerine getirmesi konusunda uyarır. Bu aşamada, eşlerin ortak rızası varsa, uzman kişilerin yardımına başvurulabilir. Hâkimin, ilk ve temel görevi, sürekli olarak, eşleri uzlaştırmaya çalışmaktan ibarettir. Bu yoldan da bir sonuca varılamıyorsa ve eşlerden birinin de talebi varsa hâkim, ancak bu durumda kanunda öngörülen diğer önlemleri alır. Uyarının sonuçsuz kalacağı baştan belliyse, hâkim uyarıda bulunmak zorunda değildir. Hâkim, uyarıda bulunmadan, Medeni Kanun'un 195. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri de alabilir.⁷²

B. Hâkim Tarafından, Eşler Birlikte Yaşarken Alınabilecek Önlemler

1. Eşlerin, Ailenin Geçimi İçin Yapacakları Parasal Katkının Belirlenmesi

Medeni Kanun'un 186. maddesinin son fıkrasına göre,
"Eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında, emek ve mal varlıklarıyla"

⁷¹ Acabey, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 7; Koçhisarhoğlu, (Son Gelişmeler) s. 446; Ünal, s. 125; Uçar, s. 327.

⁷² Bkz. Özüğür, (Nafaka) s. 31.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

la katırlar." Medeni Kanun'da, bu hükümle, evlilik birliğinin giderlerinin eşler tarafından birlikte karşılanacağı ve eşlerin, güçleri oranında bu giderlere katılacağı kabul edilmiştir.⁷³ Böylece, evi geçindirme yükümlülüğünü sadece kocaya yükleyen önceki Medeni Kanun'un 152. maddesi, yeni Medeni Kanun'a alınmamıştır. Yürürlükteki Medeni Kanun'un 186. maddesinde öngörülen giderlere, eşler hangi oranda katılacaklardır? Bu sorunun cevabı, evlilik birliğinin giderlerinin eşler arasında paylaşılması bakımından son derece önemlidir.

Kanun koyucu, eşleri, bu katkı oranlarının belirlenmesi konusunda, serbest bırakmıştır. Eşler, her birinin aile giderlerine yapacağı katkı oranını diledikleri gibi kararlaştırabilirler. Mesela, eşlerden birinin, bütün gelirini evin giderlerine harcaması, diğerinin ise, bütün gelirini bankaya yatırarak yatırım yapması veya eşlerden birinin dışarıda çalışması, diğerinin ise, ev işlerini görmek suretiyle katkıda bulunması şeklinde bir katkı paylaşımı yapılabilir. Fakat, eşlerin yapacakları katkı oranına ilişkin bir uyuşmazlık doğabileceği için, Medeni Kanun'un 196. maddesi kabul edilmiştir.⁷⁴

Medeni Kanun'un 196. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkısını belirler."* Bu maddenin kenar başlığı *"eşler birlikte yaşarken"* şeklindedir. Bu nedenle, anılan madde, sadece, eşlerin birlikte yaşadıkları durumlarda uygulanabilir⁷⁵

⁷³ Zevkliler-Havutçu, s. 239; Akıntürk, s. 109; Knoepfler, s. 126.

⁷⁴ Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 130; Ruhi, s. 24; Uçar, s. 327; Özüğür, (Nafaka) s. 32; Akyol, s. 391.

⁷⁵ Önceki Medeni Kanun'da, eşler birlikte yaşarken, eşlerin ailenin geçimine yapacağı parasal katkının belirlenmesine ilişkin bir hüküm bulunmuyordu. Fakat, önceki Medeni Kanun'un 190. maddesine göre, evlilik birliğinin giderlerine katılmasını karısından isteyebiliyordu. Kadının, evlilik birliğinin giderlerine yapacağı katkının belirlenmesi konusunda bir uyuşmazlık çıkması durumunda, hâkimin müdahalesi istenebiliyordu. Bkz. Belgesay, Mustafa Reşit, "Kocanın Nafaka Mükellefiyeti ve Mahkeme İçtihatları", *İÜHFİM*, 1952/1-2, s. 713; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 55.

Eşlerin, ailenin geçimi için yapmak zorunda oldukları katkı oranının belirlenmesi için, her iki eş hâkime birlikte başvurabilirler. Fakat, Medeni Kanun'un 196. maddesine göre, eşlerin, ailenin geçimi için yapacakları parasal katkının hâkim tarafından belirlenmesi istemi, genellikle, bu yönde bir uyuşmazlık çıkması halinde, eşlerden biri tarafından yapılır. Mesele eşlerin, katkı oranı konusunda uyuşmazlığa düşmelerinde ya da eşlerden birinin, ailenin giderlerine hiç katılmamasında olduğu gibi.⁷⁶ Her iki durumda da, 196. maddeye göre, eşlerin, ailenin giderlerine ne ölçüde katılmaları gerektiği hâkim tarafından belirlenebilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Medeni Kanun'un 186. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşler evlilik birliğinin giderlerine, güçleri oranında, emek ve mal varlıklarıyla katılırlar. Bu madde gereğince, eşlerin ailenin giderlerine katılma yükümlülüğünün kapsamı, eşlerin güçleri oranıdır. Eşlerden, gücü dışında bir katkıda bulunması istenemez. Kanaatimce, Medeni Kanun'un 186. maddesinin üçüncü fıkrası ile 196. maddesinin ikinci fıkrası birbirini tamamlayan hükümlerdir. Çünkü, 186. maddenin üçüncü fıkrasında, eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine, güçleri oranında katılmakla yükümlü olduğu, 196. maddenin ikinci fıkrasında ise, her bir eşin, evlilik birliğinin giderlerine yapacağı katkı oranının belirlenmesinde kullanılacak ölçütler belirtilmektedir. Böylece, Medeni Kanun'un 196. maddesinin ikinci fıkrasında, eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine yapacağı katkı oranının belirlenmesindeki "gücü" somutlaştırılmaktadır. Bu fıkra göre, "eşin, ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır." Görüldüğü gibi, kanun koyucu, katkı miktarının belirlenmesinde, sadece eşlerin maddi olanaklarını değil, aynı zamanda, eşlerin emekleriyle yapacağı katkıyı da dikkate almıştır.⁷⁷

⁷⁶ Bkz. Zevkliler-Havutçu, s. 249; Akıntürk, s. 130.

⁷⁷ Zevkliler-Havutçu, s. 239; Akıntürk, s. 130; Özüğür, (Nafaka) s. 32; Demir, s. 40; Ünal, s. 129.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Hâkim, eşlerin, ailenin geçimine yapacağı parasal katkıyı, her bir eşin malvarlıksal durumuna ve evlilik birliği için harcadıkları emeklerine göre belirler. Mesela, eşlerden biri çalışmamakla birlikte, eve ve çocuklara bakıyorsa veya diğer eşin işinde uygun bir karşılık almaksızın çalışıyorsa, somut duruma göre, bu eşin, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilebilir.⁷⁸

Bu nedenle hâkim, eşlerin, ailenin geçimi için yapacağı parasal katkının belirlenmesine ilişkin uyuşmazlıkta, ailenin ihtiyaçlarını, eşlerin mali durumlarını, gelirlerini ve eşlerin aile için harcadıkları emeklerini dikkate alarak, eşlerin, ailenin geçimi için yapacakları parasal katkıyı hakkaniyete uygun bir şekilde belirler.

Medeni Kanun'un 196. maddesinin son fıkrasında ise, eşlerden istenebilecek bu katkının başlangıç tarihi belirtilmiştir. Buna göre, katkı miktarı, istemin bir yıl öncesinden başlayarak, gelecek yıllar için istenebilir. Böylece, evlilik birliğinin giderlerine, mesela üç yıldır hiç katılmayan eşten, ancak son bir yıllık süreye ilişkin kısım istenebilir.⁷⁹ Kanun koyucu, bu hükümlerle, geçmişe yönelik istemlere bir sınır çekmek istemiştir. Aksi takdirde, evlilik birliğinin bu yüzden bozulması tehlikesi doğabilir.

Hâkimin belirlediği bu katkının yerine getirilmemesi durumunda, mahkemeden alınan bu karar icraya konularak, evlilik birliğinin giderlerine yapılacak katkının fiilen elde edilmesi sağlanabilir.⁸⁰ Kanaatimce, bu maddenin çok büyük bir uygulama alanı olmayacaktır. Çünkü, eşlerin, ailenin

⁷⁸ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Havutçu, s. 239; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 55; Knoepfler, s. 131; Ünal, s. 129.

⁷⁹ Demir, s. 40, 41.

⁸⁰ Uçar, s. 327; Akyol, s. 391. Önceki Medeni Kanun'da, eşlerin birlikte yaşadıkları döneme ilişkin bu tür bir hüküm yoktu. Bu nedenle, önceki Medeni Kanun'un 162. maddesinin üçüncü fıkrası kıyas yoluyla uygulanarak, nafakaya karar verilebiliyordu. Bkz. ve karşı. Oğuzman-Dural, s. 164; Köprülü-Kaneti, s. 127; Bozovalı, s. 21.

geçimine yapmaları gereken parasal katkının belirlenmesi, genellikle, eşlerin ayrı yaşamaları durumunda söz konusu olmaktadır.⁸¹ Birlikte yaşamaya ara verilmişse, eşlerin ailenin giderlerine yapacağı katkı, Medeni Kanun'un 197. maddesine göre belirlenir. Aynı kanunun 196. maddesi ise, birlikte yaşamının devam ettiği dönemde uygulanır. Bununla birlikte, Medeni Kanun'un 197. maddesinin uygulama alanı daha geniştir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

2. Eşlerden Birinin, Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması

a. Genel olarak

Evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçlar için temsili, Borçlar Hukuku anlamındaki temsilden⁸² farklıdır. Evlilik birliğinin temsili, evlilik birliğinin ihtiyaçlarını gidermek, evlilik birliğinin varlığını devam ettirmek ve birliğin amaçlarını gerçekleştirmek üzere, eşlerden birinin, üçüncü kişilerle hukuki işlemlerde bulunmasıdır.⁸³ Dar ve teknik anlamda doğrudan doğruya temsilde, temsilcinin yaptığı hukuki işlemin hüküm ve sonuçları temsil olunan üzerinde doğduğu için, evlilik birliğinin temsili, Borçlar Hukuku anlamındaki temsilden farklı-

⁸¹ Köprülü-Kaneti'ye (s. 127) göre de, eşler arasındaki tedbir nafakası istekleri, daha çok, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda söz konusu olur. Çünkü, yazara göre, eşlerin, hem birbirine karşı evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun yerine getirilmesi için bir dava açmaları, hem de birlikte yaşamaya devam etmeleri hayatın olağan akışına uymaz.

⁸² Borçlar hukuku anlamında doğrudan doğruya temsil, temsilcinin, hüküm ve sonuçlarını başka bir kişinin (temsil olunanın) hukuk alanında yapmak üzere, o kişinin ad ve hesabına hukuki işlemlerde bulunmasıdır. Bir işlemin temsilci aracılığıyla yapılması durumunda, o işlemin hukuki sonuçları, doğrudan doğruya, temsil olunanın hukuk alanında etkili olur. Bu şekilde yapılan hukuki işlemin tarafı, temsilci değil, temsil olunandır. Bkz. von Tuhr, s. 314 vd.; Oğuzman-Öz, s. 150 vd.

⁸³ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Havutçu, s. 240; Akıntürk, s. 116; Öztan, (Aile) s. 176; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 57; Hatemi-Serozan, s. 188; Köprülü-Kaneti, s. 120; Saymen-Elbir, s. 130; Tandoğan, s. 117; Birsen, s. 302 vd.; Demir, s. 9; Brosset, (Çev. Türkeş, Kutlu) s. 854 vd.; Schwarz, s. 184; Oğuzoğlu, (Temsil) s. 312 vd.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

dır. Evlilik birliğinin tüzel kişiliği olmadığı için, eşlerin, birliği temsilen yaptıkları hukuki işlemlerin hüküm ve sonuçları, her iki eş üzerinde doğar. Bunun bir sonucu olarak, eşlerden birinin evlilik birliğini temsilen yaptığı hukuki işlemlerde, dolaylı temsil ilişkisi de söz konusu değildir. Bilindiği gibi dolaylı temsilde, temsilcinin üçüncü kişiyle yaptığı hukuki işlemin hüküm ve sonuçları, önce temsilcinin hukuk alanında doğar. Daha sonra temsilci, iç ilişkide, söz konusu işlemde doğan alacakları, alacağın temliki ve borçları da borcun nakli yoluyla temsil olunanın hukuk alanına geçirir.

Evlilik birliğinin temsili denilince, eşlerin, evlilik birliğinin ihtiyaçları için yaptıkları, ancak her iki eşin de sorumlu oldukları hukuki işlemler anlaşılır. Evlilik birliğinin temsili, ailenin ihtiyaçlarını gidermek amacıyla, yapılması gerekli olan hukuki işlemlerin kim tarafından yapılacağı ve yapılan bu hukuki işlemlerden kimin, yani eşlerden hangisinin sorumlu olacağı konularıyla ilgilidir.⁸⁴

Ayrıca, eşlerin evlilik birliğini, sürekli ihtiyaçlar yönünden temsil yetkileri diğer eşin iradesinden değil, Kanun'dan doğar. Bu nedenle, eşlerden birinin yaptığı bir hukuki işlem, temsil yetkisi kapsamında bir işlemse; bunun, işlem sırasında karşı tarafa açıklanmasına gerek yoktur. Çünkü, sürekli ihtiyaçlar nedeniyle evlilik birliğinin temsili, bunun açıkça ifade edilmesiyle değil, yapılan hukuki işlemin niteliğinden kaynaklanır. Eşlerden birinin, evlilik birliğini temsilen bir hukuki işlem yaptığını kabul edebilmek için, bu işlemin, kural olarak, ailenin günlük ihtiyaçları için yapılmış olması gerekli ve yeterlidir.⁸⁵

Medeni Kanun'un 188. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince,"*⁸⁶ ailenin sürekli

⁸⁴ Bkz. Akıntürk, s. 116; Öztan, (Aile) s. 177; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 58; Hatemi-Serozan, s. 189.

⁸⁵ Bkz. Akıntürk, s. 116; Öztan, (Aile) s. 177; Köprülü-Kaneti, s. 120; Tandoğan, s. 118.

⁸⁶ Eşlerin, evlilik birliğini temsil yetkileri, sadece, ortak yaşamın devamı süresiyle sınırlıdır. Ortak yaşam, ayrılık kararı veya terk gibi bir nedenle

ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.” Ailenin sürekli ihtiyaçları dışındaki ihtiyaçları için temsil yetkisi ise, aynı maddenin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre, “ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden her biri, birliği, ancak aşağıdaki hallerde temsil edebilir: 1. Diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmışsa, 2. Birliğin yararı bakımından, gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa.”

Görüldüğü gibi, eşlerin, evlilik birliğini temsil yetkileri, kural olarak, ailenin sürekli ihtiyaçları⁸⁷ için söz konusudur. Eşlerden her biri⁸⁸ ailenin sürekli ihtiyaçları için, evlilik bir-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

sona ermişse, eşlerin, evlilik birliğini temsil yetkileri de kendiliğinden ortadan kalkacağı için, bunun sınırlanması veya kaldırılmasına da gerek kalmaz. Bu nedenle, eşlerin temsil yetkilerini kaldırılması veya sınırlanmasına ilişkin Medeni Kanun'un 190. maddesi, sadece, birlikte yaşam devam ederken uygulanabilir. Bkz. Brosset, (Çev. Türkeş, Kutlu) s. 856; Oğuzoğlu, (Temsil) s. 315.

⁸⁷ Bir işlemin, evlilik birliğini temsilen yapıldığından söz edebilmek için işlemin, ailenin ihtiyacı için yapılması gerekir. Eşlerin kişisel ihtiyaçları için yapılan hukuki işlemlerde evlilik birliğinin temsili söz konusu olmaz. Ayrıca, ailenin sürekli ihtiyaçları, eşlerin sosyal, kültürel ve ekonomik durumlarına göre belirlenir. Ailenin günlük yaşantısını devam ettirebilmesi için gerekli olan işlemler, bu kapsama girer. mesela; yiyecek, yakacak, giyim eşyası, ilaç, temizlik gibi, aileyi ilgilendiren olağan işlemler için, eşlerden her birinin tek başına evlilik birliğini temsil yetkisi vardır. Bunlar dışındaki işlemler, yani, ailenin günlük ihtiyacı boyutunu aşan işlemlerde, kural olarak evlilik birliğinin temsili söz konusu olmaz. Bkz. Zevkliler-Havutçu, s. 240; Akıntürk, s. 119; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 57; Saymen-Elbir, s. 131; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 238; Brosset, (Çev. Türkeş, Kutlu) s. 856.

⁸⁸ Önceki Medeni Kanun'un 154. maddesinde, evlilik birliğinin temsili konusunda eşitlik ilkesine aykırı bir düzenlemeye yer verilmişti. Buna göre: “Birliği koca temsil eder...koca, tasarruflarından şahsen mes'ûl olur.” Yine, aynı kanunun 155. maddesine göre: “Evin daimi ihtiyaçları için koca gibi, kadın dahi birliği temsil hakkını haizdir. Karının üçüncü şahıslar tarafından malum olabilecek surette salahiyetini tecavüz etmeyen tasarruflarından koca mes'ûl olur.” Görüldüğü gibi, önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğini temsil yetkisi, kural olarak kocaya verilmiş, kadına ise sadece evin sürekli ihtiyaçları için birliği temsil yetkisi tanınmıştı. Bkz. Öztan, (Aile) s. 183; Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 58; Köprülü-Kaneti, s. 121; Velidedeoğlu, s. 110; Tandoğan, s. 119; Belgesay, (Şerh) s. 124; Oğuzoğlu, (Temsil) s. 315.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

liğini temsilen tek başına hukuki işlemler yapabilir.⁸⁹ Ayrıca her bir eş, Medeni Kanun'un 188. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen durumlarda, ailenin sürekli olmayan, olağanüstü olarak nitelendirilebilecek ihtiyaçları için de evlilik birliğini temsil edebilir.

Medeni Kanun'un 189. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşlerden birinin temsil yetkisi dahilinde üçüncü kişilerle yapacağı hukuki işlemlerden doğan borçlardan, her iki eş de müteselsilen sorumludur.⁹⁰ Görüldüğü gibi, eşlere, kanunen verilmiş olan temsil yetkisinin kullanılması, her iki eşi de müteselsil olarak sorumluluk altına sokmakar. Bu nedenle, temsil yetkisinin gereği gibi kullanılmasının, evlilik birliğinin mutlu ve huzurlu olarak sürdürülmesi bakımından önemi büyüktür.

İşte bu nedenlerle, kanun koyucu, Medeni Kanun'un 190. maddesinde, eşlerin evlilik birliğini temsil yetkilerinin sınırlandırılmasına veya gerektiğinde kaldırılmasına olanak veren bir düzenleme getirmiştir.

b. Koşulları

Temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlandırılmasının koşulları, Medeni Kanun'un 190. maddesinin birinci fıkrasının ilk cümlesinde belirtilmiştir. Söz konusu hükme göre: *"Eşlerden biri, birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir."* Görüldüğü gibi, eşlerin temsil yetkilerinin kaldırılması veya sınırlandırılmasının koşulları,⁹¹ eşlerden birinin, temsil yetkisini aşması⁹² veya eşlerden

⁸⁹ Demir , s. 9; Akyol, s. 385; Knoepfler, s. 126.

⁹⁰ Önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğini temsilen yapılan hukuki işlemlerden kocanın sorumlu olacağı kabul edilmişti. (mad. 154. c. 2, 155. c. 2) Kadın ise, bu tür borçlardan ikinci derecede sorumlu tutulmuştu.

⁹¹ Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 120-121; Akyol, s. 385; Oktay, s. 36.

⁹² Önceki Medeni Kanun'un 156. maddesinde bu neden, *"temsil yetkisinin kötüye kullanılması"* şeklinde düzenlenmişti.

birinin temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalması ve diğer eşin, eşinin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması istemiyle hâkime başvurmasıdır.⁹³

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

aa. Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş, Temsil Yetkisini Aşmış Olmalıdır

Eşlerden biri, evlilik birliğini temsil yetkisini sürekli olarak aşıyorsa ve ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunuyorsa, diğer eş, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması için hâkime başvurabilir. Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırmasının ilk koşulu olan, temsil yetkisinin aşılması, çoğunlukla, kasıtlı davranışların sonucu gerçekleşir. Bu tür davranışların temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması sonucunu doğurabilmesi için, süreklilik taşıması gerekir. Bir defalık yetki aşımı, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması için yeterli değildir.

Gerçekte, eşlerden birinin, evlilik birliğini temsil yetkisini aşması durumunda, diğer eşin herhangi bir sorumluluğu doğmaz. Çünkü, Medeni Kanun'un 189. maddesinin ikinci fıkrasının ilk cümlesine göre: "Eşlerden her biri, birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumludur." Fakat, eşlerden birinin, birliği temsil yetkisini aştığı bütün hallerde, diğer eşin hiçbir sorumluluğunun olmadığı söylenemez. Çünkü, aynı fıkranın ikinci cümlesine göre: "Temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması halinde eşler, müteselsilen sorumludurlar."⁹⁴ Bu nedenle, eşlerden biri-

⁹³ Aşağıda, birlikte gerçekleşmesi gerekli olan bu koşulların her biri ayrı ayrı incelenecektir. Hemen belirtelim ki Medeni Kanun'un 190. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen söz konusu koşulların, aşağıda üç koşul olarak incelenmesi, sistematik bir zorunluluktan doğmaktadır. Gerçekte, eşlerden birinin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması şu iki koşulun birlikte gerçekleşmesine bağlıdır: 1. Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması istenen eş, temsil yetkisinin aşmış veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalmış olmalıdır. 2. Diğer eş, hâkimden temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırmasını istemiş olmalıdır.

⁹⁴ Buna benzer bir hüküm, önceki Medeni Kanun'un 155. maddesinin son

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

nin, evlilik birliğini temsil yetkisini aşması, diğer eşe de zarar verebilir. Eşlerden biri, birliği temsil yetkisini sürekli olarak aşarsa, diğer eş, eşinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması için hâkime başvurabilir.

bb. Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş, Temsil Yetkisini Kullanmada Yetersiz Kalmış Olmalıdır

Eşlerden birinin, evlilik birliğini temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalması, ailenin ihtiyaçları için hukuki işlem yaparken, ailenin ekonomik durumunu zarara uğratmasını ifade eder. Bu durumda diğer eş, hâkime başvurarak, eşinin temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını isteyebilir.

Temsil yetkisinin kullanılmasında yetersiz kalınması, genellikle, kasıtlı olmayan davranışlara yöneliktir. Mesela, eşlerden birinin, ailenin ihtiyaçları için alışveriş yaparken, sürekli olarak ailenin ekonomik durumunu tehlikeye sokması, eşlerden birinin akıl zayıflığı, yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya hastalığı gibi bir nedenle, birliği temsil yetkisini, gerektiği gibi kullanamaması durumlarında, diğer eş, eşinin kısıtlanmasını isteyebileceği gibi,⁹⁵ hâkimden, onun evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlanmasını da isteyebilir.

cümlesinde de bulunuyordu. Buna göre, koca, karısının, üçüncü kişilerce anlaşılacak bir şekilde, temsil yetkisini aşmadığı tasarruflardan sorumludur. Bkz. Köprülü-Kaneti, s. 122; Velidedeoğlu, s. 113; Belgesay, (Şerh) s. 125.

⁹⁵ Temsil yetkisinin sınırlanabilmesi için, bir kısıtlanma sebebinin gerçekleşmesi gerekmez.

**cc. Diğer Eş, Hâkimden Eşinin Temsil Yetkisinin
Kaldırılmasını veya Sınırlanmasını
İstemiş Olmalıdır**

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkileri ancak, hâkim kararıyla kaldırılabilir veya sınırlanabilir. Eşinin temsil yetkisinin kaldırılmasını isteyen eşin mahkemeye başvurması zorunludur.⁹⁶ Hâkim, eşlerden birinin temsil yetkisini resen kaldırmaz veya sınırlayamaz.⁹⁷

c. Sonuçları

Eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin koşullar gerçekleşmişse, hâkim, ilgili eşin, evlilik birliğini temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. Mesela, ilgili eşin, sadece belli bir miktara kadar hukuki işlemler için evlilik birliğini temsil edebileceğine karar verilebilir. Fakat, zorunluluk olmadıkça, temsil yetkisinin kaldırılması yerine, sınırlanmasıyla yetinilmesi uygun olur.

Hâkimin, eşin temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin kararının kesinleşmesinden sonra, (HUMK, mad. 443) temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eşin fiil ehliyetinde her hangi bir daralma olmaz. Çünkü, evlilik birliğini

⁹⁶ Önceki Medeni Kanunumuz, "Nez'i" kenar başlıklı 156. maddesinde, sadece, kadının temsil yetkisinin kaldırılması düzenlenmişti. Önceki Medeni Kanun'da, kocanın temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması yönünde her hangi bir hüküm bulunmuyordu. Çünkü, evlilik birliğini temsil yetkisinin kullanıldığı durumlarda, sadece koca sorumlu olup, kadının üçüncü kişilere karşı, doğrudan bir sorumluluğu yoktu. Kadın, temsil yetkisini kötüye kullanırsa ya da temsil yetkisini kullanmaktan aciz olduğu takdirde, koca, bu yetkiyi, kaldırabilir veya sınırlayabilirdi. (EMK, mad. 156) Görüldüğü gibi, önceki Medeni Kanun'da, kadının temsil yetkisinin kaldırılması, tamamen kocasının iradesine bırakılmıştı. Bu konuda bkz. Velidedeoğlu, s. 115; Brosset, (Çev. Türkçe, Kutlu) s. 858 vd.; Oğuzoğlu, (Temsil) s. 319.

⁹⁷ Zevkiler-Havutçu, s. 242; Akıntürk, s. 120; Güven, (Ailenin Korunması) s. 13.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması, sadece, diğer eşin yapılan hukuki işlemlerden sorumlu olup olmayacağı bakımından etkilidir. Mesela, evlilik birliğini temsil yetkisini sürekli olarak aştığı için kadını zarara sokan kocanın temsil yetkisi, hâkim kararıyla kaldırılmışsa; koca, yine de, tek başına geçerli olarak hukuki işlemler yapabilir. Fakat, evlilik birliğini temsil yetkisi kaldırıldığı için, yapılan hukuki işlemlerden kadın kural olarak sorumlu olmaz.⁹⁸

Medeni Kanun'un 190. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre: "*İstemde bulunan eş, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandığını, üçüncü kişilere, sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebilir.*" Temsil yetkisinin kaldırılmasının veya sınırlanmasının üçüncü kişilere etkisi, durumun onlar tarafından bilinmesine bağlıdır.⁹⁹ Üçüncü kişiler, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandığını herhangi bir şekilde öğrenmişlerse, bu eşle yapacağı hukuki işlemlerden, diğer eş sorumlu olmaz. Fakat, üçüncü kişiler, iyi niyetliyse, yani ailenin sürekli ihtiyaçları için kendisiyle hukuki işlem yaptıkları eşin, birliği temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandığını bilmiyorlarsa, diğer eş de müteselsilen sorumlu olur.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanmasının, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurması için, durumun hâkim kararıyla ilan edilmesi gerekir. (TMK, mad. 190/II) Bu hükümden çıkan sonuca göre, evlilik birliğini temsil yetkisi kaldırılmış veya sınırlanmış eşin, ailenin sürekli bir ihtiyacı için yaptığı hukuki işlemde doğan borçtan, diğer eşin sorumlu tutulabilmesi, işlemin karşı tarafının, işlem yaptığı eşin temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandığını bilmesine bağlıdır. Fakat, temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin hâkim kararının ilanından sonra, üçüncü kişiler durumu bilmediklerini ve iyi niyetli olduklarını

⁹⁸ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 753.

⁹⁹ Önceki Medeni Kanun'un 156. maddesinin ikinci fıkrasına göre de, kadının temsil yetkisinin kaldırılması, noter aracılığıyla ilan edilmedikçe, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmiyordu.

ileri süremezler.¹⁰⁰ Bu nederle, bu durumda, diğer eş, yapılan işlemden sorumlu tutulamaz.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

d. Süresi ve Temsil Yetkisinin Geri Verilmesi

Hâkim, temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin kararında, herhangi bir süre belirtmişse, temsil yetkisi, bu süre dolunca kendiliğinden ve yeniden kazanılır. Fakat, hâkim, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanmasına ilişkin kararında, herhangi bir süre belirtmemişse, temsil yetkisi, ancak koşulların değişmesi durumunda, hâkimin vereceği diğer bir kararla geri verilebilir.¹⁰¹ Gerçekten, Medeni Kanun'un 191. maddesine göre: "*Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin karar, koşullar değiştiğinde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir.*" Bu hükümden de anlaşıldığı gibi, kural olarak, temsil yetkisi süresiz olarak kaldırılabilir veya sınırlanabilir. Mahkeme kararında bir süre belirtilmemişse, koşullar değiştikten sonra, yeni bir karar verilinceye kadar, bu sınırlama yürürlükte kalır.

Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin karar ilan edilmişse, bu kararın kaldırılması ya da değiştirilmesi yönündeki karar da ilan edilir. (TMK, mad. 191/II)

3. Çocuğun Ana ve Babadan Alınması

a. Bedensel ve Zihinsel Gelişmesi Tehlikede Bulunan Çocuğun Ana ve Babadan Alınması

Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan çocuğun aileden alınması, Medeni Kanun'un 347. maddesinin birinci fıkrasında öngörülmüştür. Söz konusu hükme göre: "*Çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya ço-*

¹⁰⁰ Bkz. ve karşı. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 59, dn. 110.

¹⁰¹ Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 120; Köprülü-Kaneti, s. 123.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

cuk manen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak, bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir."¹⁰²

b. Ailenin Huzurunu Bozan Çocuğun Ana ve Babadan Alınması

Ailenin huzurunu bozan çocuğun ana babasından alınması, Medeni Kanun'un 347. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükme göre: "*Çocuğun, aile içinde kalması, ailenin huzurunu, onlardan katlanmaları beklenemeyecek derecede bozuyorsa ve durumun gereklerine göre, başka çare de kalmamışsa, ana ve baba veya çocuğun istemi üzerine hâkim*", çocuğu ana ve babadan alarak, bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirebilir. Aynı fıkroda, birinci fıkraya yollama yapılarak, söz konusu önlemlerin, hâkim tarafından alınabileceği kabul edilmiştir.

Görüldüğü gibi, Medeni Kanun'un 347. maddesinin ikinci fıkrası, evlilik birliğinin korunması açısından önem taşımaktadır. Aile içinde huzursuzluk yaratan çocuğun aileden uzaklaştırılması suretiyle, ailenin huzurunun sağlanması, söz konusu fıkranın amacıdır. Bu hükme göre, hâkim, çocuğun ailede kalması, ailenin huzurunu ciddi biçimde bozuyorsa, evlilik birliğinin devamını, eşler arasındaki ilişkileri ve birliğin temelini önemli ölçüde zarara uğratiyorsa¹⁰³ ve bu sorunun çözümü için başka bir çare de kalmamışsa, talep üzerine, çocuğu aileden alıp, başka bir aileye¹⁰⁴ veya bir kuruma yerleştirebilir.

¹⁰² Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan çocukların, ana babalarından alınarak bir aile yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine, çocuk hukukuna ilişkin olduğu ve çalışmamızın konusunun dışında kaldığı için, kısaca yer verilmiştir. Bu konuda bkz. Akıntürk, s. 432; İnan, Ali Naim, "Özel Medeni Hukuk Bakımından Ana-Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması", *Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan*, Ankara 1995, s. 17 vd.; İnan, Ali Naim, "Çocuk Haklarına Dair Sözleşme", *AÜHFD*, 1995/1-4, s. 765 vd. Zevkliler, Aydın, "Türk Hukukunda Korunmaya Muhtaç Çocuklar", *AÜHFD*, 1968/1-2, s. 173 vd. Serdar, "İlknur, Koruyucu Aile", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000, s. 467 vd.

¹⁰³ Akıntürk, s. 408.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz. Serdar, s. 467 vd.

C. Hâkim Tarafından, Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumunda Alınabilecek Önlemler

1. Genel Olarak

Medeni Kanun'un 185. maddesinin üçüncü fıkrasına göre; eşler, birlikte yaşamakla yükümlüdürler. Medeni Kanun'da eşlerin birlikte yaşamasına büyük bir önem verilmiş ve eşlerin bu yükümlülüğe aykırı davranışları aynı kanunun 164. maddesiyle ağır bir yaptırıma bağlanmıştır. Bu maddeye göre, eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadığı halde, ortak konuta dönmezse, terk edilen eş boşanma davası açabilir. Görüldüğü gibi, söz konusu maddede, terk edilen eşe, boşanma davası açıp evliliği sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Fakat, boşanma davası açmak istemeyen eşlerin de olabileceğini düşünen kanun koyucu, Medeni Kanun'un 197. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, eşlerin ve çocuklarının korunması için bazı önlemlerin alınmasını da gerekli görmüştür.

Birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin Medeni Kanun'un 197. maddesinde öngörülen önlemlerin, hâkim tarafından alınabilmesi için gerçekleşmesi gerekli koşullar, aşağıda açıklanacaktır.

2. Koşulları

Medeni Kanun'un 197. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında, birlikte yaşamaya ara verilmesinde, hâkim tarafından alınabilecek önlemler düzenlenmiştir. Kanun koyucu, birlikte yaşamaya ara verildiği her durumda, hâkimin önlem alınmasına olanak tanımamıştır. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında, söz konusu önlemlerin hâkim tarafından alınabilmesi için gerçekleşmesi gerekli koşullar, şöylece ortaya konulmuştur:

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

a. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Haklı Bir Sebebe Dayanmalıdır

Medeni Kanun'un 197. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, hâkimin önlem alabilmesinin ilk koşulu, birlikte yaşamaya ara verilmesinin haklı bir sebebe dayanmasıdır.¹⁰⁵ Aynı maddenin birinci fıkrasında, birlikte yaşamaya ara verilebilmesi¹⁰⁶ için, haklı sebep oluşturabilecek durumlar belirtilmektedir. Bu fıkra göre: *"Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir."* Şu halde, birlikte yaşamaya ara verilmesinin üç haklı sebebi vardır: 1. Eşin kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi, 2. Eşin ekonomik güvenliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi, 3. Ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi.¹⁰⁷

Kanun koyucu; bu hükümlerle, eşler arasındaki birlikteliği askıya almakla, tehlikeye düşen evlilik birliğinin yeniden

¹⁰⁵ Medeni Kanun'un 197. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşama son vermesi veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi durumlarında da hâkim, gerekli önlemleri alabilir.

¹⁰⁶ Önceki Medeni Kanun'un 162. maddesinin ikinci fıkrasına göre, boşanma veya ayrılık davası açıldığında, eşlerin ayrı yaşama hakkı doğar. Bu hüküm, yeni Medeni Kanun'a alınmamıştır. Kanaatimce, boşanma davasının açılması eşlere ayrı yaşama hakkı verir. Çünkü, bu fıkranın yeni Medeni Kanun'a alınmamasının nedeni, boşanma veya ayrılık davasının, birlikte yaşamaya ara verilmesi için doğal bir haklı sebep olarak düşünülmesi ve ayrıca kanunda belirtilmesine gerek görülmemesidir. Nitekim, 2. Hukuk Dairesi'nin 26.2.1974 tarih ve 1030/1146 sayılı Kararı'nda, buna benzer bir yorum, evliliğin butlanı davası için yapılmıştır. Bu kararda haklı olarak, evlenmenin butlanı davası açılmasının, eşlere ayrı yaşama hakkını kazanacağı ifade edilmiştir. Çünkü, eşlerden biri, evlenmeyi geçersiz kılmak için çaba harcarken, diğer tarafın ortak hayata devam etmesini beklemek, hayatın olağan akışına aykırın düşer. (YDK, 1977/8, s. 1071)

¹⁰⁷ Önceki Medeni Kanun'un bu konuya ilişkin 162. maddesinin birinci fıkrasına göre, *"Karı kocadan her biri, müşterek hayatın devamı yüzünden, sıhhati, şöhreti veya işinin terakkisi ciddi surette tehlikeye düştüğü müddetçe, ayrı bir mesken edinebilirler."* Görüldüğü gibi, önceki Medeni Kanun'un ayrı yaşama hakkını, ortak hayat nedeniyle eşlerden birinin, sağlığının, onurunun veya işinin ilerlemesinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesine bağlamıştı.

sağlıklı bir şekilde kurulmasını sağlama amacı taşır. Böylece, eşlere belli bir süre ayrı yaşama hakkı verilmesiyle, eşlerin bu süre içinde daha sakin düşünmelerinin ve ilişkilerini gözden geçirmek suretiyle evlilik birliğini sürdürmelerinin sağlanmasına çalışılmaktadır.¹⁰⁸ Çünkü, evlilik birliğinin tehlikeye düştüğü durumlarda ortak hayatı devam ettirmek, aradaki sorunların büyümesine neden olabilir. Evlilik birliğini koruma düşüncesi de bu noktada kendini gösterir. Böylece, eşlerin belli bir süre ayrı yaşamaları yoluyla, telafisi imkânsız bir sonucun doğmasının önlenmesi amaçlanır.¹⁰⁹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, aynen ayrılıkta olduğu gibi, evlilik birliği ve kural olarak eşlerin yükümlülükleri devam eder.¹¹⁰ Mesela, eşlerin sadakat yükümlülüğünde olduğu gibi. Fakat, ortak yaşam kesintiye uğradığı için, bazı yükümlülükler de askıya alınır. Mesela, birlikte yaşamaya ara verildiği dönemde, eşlerin birbirine cinsel yakınlık gösterme yükümlülüğü de askıya alınır. Ayrıca, eşlerin, evlilik birliğini temsil yetkileri de ortadan kalkar.¹¹¹

Birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için, mahkemeden bu yönde bir karar alınmasına gerek olup olmadığı, doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde hâkim olan görüşe göre,¹¹² eşlerin, or-

¹⁰⁸ Bkz. ve karşı. Öztan, (Aile) s. 218; Tekinay, (Aile) s. 341, Velidedeoğlu, s. 124; Saymen-Elbir, s. 147, dn. 138; Tandoğan, s. 133; Egger, s. 352. Benzer bir durum olan ayrılık için bkz. aşağıda § 9, I. A.

¹⁰⁹ Tandoğan, s. 133; Arsebük, s. 710, dn. 66; Uyar, Talih, "Yargıtay Kararlarında Ortak Hayatın Tatili ve Sonuçları", (MK 162) MBD, S. 72, s. 56.

¹¹⁰ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 766.

¹¹¹ Öztan, (Aile) s. 219.

¹¹² Bkz. Zevkliler-Havutçu, s. 249; Akıntürk, s. 127; Ruhi, s. 27; Zevkliler (Pratik) s. 105; Öztan, (Aile) s. 217; Oğuzman-Dural, s. 163; Hatemi, s. 66; Hatemi-Serozan, s. 195; Tekinay, (Aile) s. 341; Köprülü-Kaneti, s. 126; Feyzioğlu, s. 204; Dalamanlı-Kazancı- Kazancı , s. 444; Bozovalı, s. 20, dn. 72; Velidedeoğlu, s. 125; Saymen-Elbir, s. 147; Tandoğan, s. 133; Belgesay, (Şerh) s. 135; Berki, s. 126; Oğuzoğlu, s. 160; Tour, s. 181; Egger, s. 354; Schwarz, s. 197; Arsebük, s. 706; Petek, s. 24; Uyar, Talih, "Yargıtay Kararlarında Ortak Hayatın Tatili ve Sonuçları", (MK 162) MBD, S. 72, s. 56; Gönensay, s. 140; Göktürk, s. 339; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 245; Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 135; Tuğsavul, s. 44; Arsebük (Aile Hayatı) s. 245.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

tak hayat nedeniyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikede olduğu sürece ayrı yaşama hakkı vardır. Birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için, mutlaka hâkimin izni gerekmez. Fakat, ayrı yaşama durumunda, parasal katkı gibi bazı önlemlerin alınması isteniyorsa, hâkim öncelikle ayrı yaşama hakkının doğup doğmadığını araştırmak zorundadır. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı sebebe dayanıyorsa, hâkim, istemi kabul edip gerekli önlemlerin alır, haklı sebebe dayanmıyorsa istemi reddeder.¹¹³

Doktrinde hâkim olan görüşün bir sonucu olarak, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa, terk nedeniyle boşanma davası açılmaz. Çünkü, Medeni Kanun'un 164. maddesine göre, terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için, eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla ortak hayatı terk etmesi veya haklı bir sebep olmadığı halde ortak konuta dönmemesi gerekir. Bu nedenle, eşlerden biri, haklı bir sebeple ortak konutu terk etmişse, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmedeğinden söz edilemeyeceği için, diğer eş, ona karşı terk nedeniyle boşanma davası açamaz.

Diğer bir görüşe göre¹¹⁴ ise, ayrı yaşama hakkı, mahkemenin vereceği karara bağlıdır. Ortak hayat nedeniyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşen eş, ancak mahkemeden ayrı yaşama hakkına ilişkin bir karar aldıktan sonra birlikte yaşamaya ara verebilir. Mahkemeden bu yönde bir karar alınmamışsa, ayrı yaşama hakkı yoktur.¹¹⁵ Bu nedenle, hâkim kararı bulunmaksızın birlikte yaşamaya ara verilmesi, haklı sebeple terk niteliğinde olmadığı için, boşanma sebebidir.¹¹⁶

¹¹³ Tekinay, (Aile) s. 341; Tuğsavul, s. 44.

¹¹⁴ Bkz. Güven, (Ailenin Korunması) s. 5; Çandarlı-Berki, s. 16. Ayrıca, bkz. Tekinay, (Aile) s. 341, dn. 11'de anılan yazarlar.

¹¹⁵ Bkz. 2. HD 12.10.1973 tarih ve 4926/5715 sayılı Karar. (Başaklar, s. 23)

¹¹⁶ Karş. Güven, (Ailenin Korunması) s. 5, 7.

Kanaatimce de, birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için, hâkimin kararını aramak uygun değildir. Mesela, kocasından sürekli olarak dayak yiyen bir kadın için, ayrı yaşama hakkının hâkim kararından sonra doğduğunu ve hâkim kararı olmaksızın birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, kocanın terk nedeniyle boşanma davası açabileceğini kabul etmek uygun değildir. Böyle bir durumda kadının, ortak hayat nedeniyle kişiliğinin tehlikede olduğunu kabul edip, ayrı yaşama hakkı bulunduğunu ifade etmek yerinde olur. Ayrıca, Medeni Kanun'un 197. maddesinin birinci fıkrasından, ayrı yaşama hakkının doğması için, hâkimin izninin zorunlu olduğu sonucu çıkartılamamaktadır.

Kabul ettiğimiz görüş gereğince, hâkimden izin alınmaksızın birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, hâkimin, 197. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen önlemleri alabilmesi ve ayrı yaşamayı düzenleyebilmesi için, öncelikle, ayrı yaşama hakkının bulunup bulunmadığını, bir ön sorun olarak araştırması gerekir. Ayrı yaşama haklı bir sebebe dayanıyorsa, hâkim, gerekli önlemleri alır. Ayrı yaşama, haklı bir sebebe dayanmıyorsa, hâkim, önlem alınması istemini reddeder.¹¹⁷ Fakat, Medeni Kanun'un 197. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen haklı bir sebebin varlığına rağmen, ayrı yaşamaya hakkı olan eş, birlikte yaşamaya fiilen ara vermemiş ve hâkimden, ayrı yaşama hakkının tespitini ve ayrı yaşamının düzenlenmesini istemişse, hâkim, yine öncelikle ayrı yaşama hakkının doğup doğmadığını araştırmalı, ayrı yaşama hakkının doğduğu sonucuna varırsa gerekli önlemleri almalıdır.

Medeni Kanun'un 197. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen, eşin kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi, çok farklı şekillerde gerçekleşebilir. Mesela, eşlerden birinin sağlığının veya onurunun tehlikeye düşmesi ayrı yaşama için haklı bir sebep oluşturur.¹¹⁸ Bu nedenle, bu fıkra da geçen kişilik kavramına, eşlerin maddi ve manevi bütün kişisel değerleri girer.

¹¹⁷ Medeni Kanun'un 197. maddesinin üçüncü fıkrasındaki durumlar saklıdır.

¹¹⁸ Önceki Medeni Kanun'un 162. maddesinde kullanılan "sağlığın ve onurunun"

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye girmesi nedeniyle ayrı yaşama hakkının doğmasında önemli olan, eşin kişiliğinin, ortak hayat nedeniyle tehlikeye girmesidir. Mesela, kocanın, sürekli olarak eşine hakaret etmesi, onu dövmesi, onun dışarı çıkmasına izin vermemesi,¹¹⁹ arkadaşlarıyla birlikte her gece evinde içki içmesi, kadının, eşinin onurunu zedeleyici bazı davranışlarda bulunması,¹²⁰ eşlerden birinin, üçüncü bir kişiyle duygusal veya cinsel ilişkiye girmesi¹²¹ gibi davranış-

tehlikeye düşmesi" şeklindeki ibare yerine, yeni Medeni Kanun'da, "*kişiliğin tehlikeye düşmesi*" şeklinde daha geniş bir ibare kullanılmıştır.

¹¹⁹ Yyar, Talih, "Yargıtay Kararlarında Ortak Hayatın Tatili ve Sonuçları", (MK 162) MBD, S. 72, s. 55.

¹²⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 9.12.1953 tarih ve 2-81/63 sayılı Kararı'na göre, kadının dövülmesi ve üçüncü kişiler önünde hakarete uğraması, kadına boşanma davası açma hakkı verdiği halde, Medeni Kanun'un 197. maddesinin birinci fıkrası gereğince, sağlık ve onurun ciddi biçimde tehlikeye düştüğü hallerden değildir. (Birsen, s. 307) Kanaatimce, eşlerden birinin dövülmesi veya hakarete uğraması, eşin kişiliğinin tehlikeye düştüğü tipik bir durumdur. Bu nedenle, Yüksek Mahkeme'nin söz konusu kararı yerinde değildir.

¹²¹ Nitekim, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 21. 4. 1971 tarih ve E 969/2-814, K 269 sayılı Kararı'na göre, kocanın başka bir kadınla ilişki kurması, kadının sağlık durumunu ve onurunu tehlikeye düşürür ve kadına, ayrı yaşama hakkı verir. Hatta, kocanın bu sadakatsiz tutumu sona ermiş olsa bile, kocanın bu davranışının, davacı ve içinde bulunduğu ortam üzerindeki etkilerini ortadan kaldıran bir zaman süreci geçmedikçe, kadının ayrı yaşama hakkı devam eder. (TİK 1971/II, s. 23) Aynı yönde bkz. YHGK, 25. 11. 1964 tarih ve 2-1014/672 sayılı Karar. (Tekinay, Aile, s. 342, dn. 16) Görüldüğü gibi, bu kararında Yargıtay, haklı olarak, eşlerden birinin, diğerini aldatmasını ayrı yaşamanın haklı bir sebebi saymıştır. Fakat, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 30.4.1974 tarih ve 2528/2629 sayılı Kararı'nda, kocanın başka bir kadınla ilişki kurması, kadın için ayrı yaşama hakkı doğuran bir sebep olarak görülmemiştir. Bu karara göre, ayrı yaşama hakkı veren davranış, kocanın randevu evi işletmesi, uyuşturucu madde kullanması, üretmesi ve satması gibi, toplumun hoş görmeyeceği davranışlardır. Bu bakımdan, kocanın sadakatsizliği, kadın için onur kırıcı bir davranış değildir ve kadına ayrı yaşama hakkı vermez. (YDK, 1975/6, s. 60) Kanaatimce de, Yargıtay'ın bu kararı yerinde değildir. Ayrı yaşama hakkı veren davranışların sınırlı bir biçimde düşünülmesi ve eşlerden birinin sadakatsiz davranışının, birlikte yaşamaya ara verilmesi bakımından bir haklı sebep olmadığının kabulü, 197. maddeye aykırıdır. Bkz. Öztan, (Aile) s. 217; Tekinay, (Aile) s. 343, dn. 16a; Köprülü-Kaneti, s. 126, dn. 5. Nitekim 3. Hukuk Dairesi 5.11.2002 tarih ve 12175/12733 sayılı Kararı'nda, kocanın başka bir kadınla birlikte

lar kişiliğin, ortak hayat nedeniyle ciddi biçimde tehlikeye girdiği durumlardır.¹²² Eşlerin, bedensel bütünlüğü, sağlığı ve manevi kişisel değerlerinden olan onuru, saygınlığı gibi kişilik haklarını oluşturan değerlerinin, ortak hayat nedeniyle tehlikeye girmesi, böyle bir tehlikeyle karşı karşıya kalan eş ayrı yaşama hakkı verir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Ortaya çıkan tehlike, önemli bir nitelik taşımalıdır. Bu nedenle, önemsiz sayılabilecek bir tehlike, eşlere ayrı yaşama hakkı vermez. Mesela, eşin hayatının veya vücut bütünlüğünün tehlikeye girmesi, eşlerden birinin ağır hakaretlere uğraması gibi durumlar, ciddi tehlikelere örnek olarak gösterilebilir.¹²³ Ortaya çıkan tehlikenin ciddi olup olmadığını belirlemede kullanılacak ölçüt, birlikte yaşamamanın, ortaya çıkan olaylar nedeniyle, diğer eş için çekilmez bir hale gelip gelmediğidir.¹²⁴ Birlikte yaşama nedeniyle ortaya çıkan tehlike, diğer eş için ortak yaşamı çekilmez hale getirecek derecede önemliyse, diğer eş için ayrı yaşama hakkı doğmuştur.¹²⁵ Fakat, ayrı yaşama hakkının doğumu için ortak yaşamın çekilmez hale gelmesi zorunlu değildir.

Hâkim, birlikte yaşamaya ara verilmesinin, haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığını belirlerken, eşlerin sübjektif durumlarını da dikkate almalıdır.¹²⁶ Her hangi bir kişi için ciddi

yaşamamasını, ayrı yaşama için haklı bir sebep olarak değerlendirmiştir.
(Karar yayınlanmanıştır)

¹²² Bkz. ve karşı. Akıntürk, s. 127; Ruhi, s. 28; Uçar, s. 327; Öztan, (Aile) s. 216, 217; Çandarlı-Berki, s. 16; Egger, s. 353.

¹²³ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 764; Gönensay, s. 140; Doğanay, (Nazarî ve Tatbiki) s. 55; Tuğsavul, s. 45.

¹²⁴ Curti-Forrer, s. 285; Tuğsavul, s. 46.

¹²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 6. 4. 1988 tarih ve E, 1978/2-570, K, 303 sayılı Kararı'ndan: "...Davalı baba hakkında ceza davasına konu olay, mücerret davacının iddiasında kalmayıp, müşterek çocuğun...davalıyı suçlayan beyanına dayalıdır.... Davalıya yüklenen fül, çok ağır nitelikte olup, ceza davasında beraat etmiştir...Ne var ki davacı, yüklenen fülün ağırlığı ve çocuğun beyanı karşısında, kocasının sonradan beraat edeceği bu fülü işlediğine, o tarih itibarıyla samimi olarak inandığından, dava tarihi itibarıyla ayrı yaşamakta haklı bulunduğu kabulü gerekir..." (Uyar, TMK, C. II, s. 1551)

¹²⁶ Belgesay, (Şerh) s. 134; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 246.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

bir tehlike doğurmayan bazı durumlar, bazı hassas kişiler için ciddi tehlike doğurabilir. Mesela, eşlerden birinin şeftaliye alerjisi varsa ve diğer eş, onun bu alerjisini bildiği halde, sürekli olarak şeftali alıyorsa, bu durum, alerjik rahatsızlığı olan eş için hayatı çekilmez hale sokmuşsa, bu eşin kişiliğinin ciddi bir tehlikeyle karşı karşıya olduğunu kabul etmek gerekir. Bunun gibi, köpek fobisi olan eşinin bu durumunu bilmesine rağmen evde köpek besleyen kocanın bu davranışı, kadının kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesine neden olabilir.

Eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle ayrı yaşama hakkına sahip olması için kişiliğin tehlikeye düşmesine neden olan olayda, diğer eşin bir kusurunun bulunması gerekmez. Mesela, eşlerden birinin, ağır ve bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumunda diğer eş kişiliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle birlikte yaşamaya ara verebilir.

Ayrı yaşama hakkının kabulü için, bir zarar doğması gerekmez. Ortak hayat nedeniyle, eşin kişiliğinin, önemli bir zarara uğrama olasılığı bulunan hallerde de, ayrı yaşama hakkı doğar.¹²⁷ Çünkü, ayrı yaşama hakkının doğumu için, zararın gerçekleşmesini beklemek, evlilik birliğinin ve eşlerin korunması açısından yerinde olmaz.¹²⁸ Bunun yanında, Medeni Kanun'da, ayrı yaşama hakkının doğumu için, eşin kişiliğinin zarara uğraması aranmamıştır. Maddede, eşin kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi aranmaktadır. Bu nedenle, tehlikenin ciddi olmasından, tehlikenin ciddi sonuçlar doğurabilecek riskler taşıması anlaşılmalıdır.¹²⁹ Tehlikenin ciddi olması kavramıyla, tehlike taşıyan riskin gerçekleşmesi, yani zararın doğması kast edilmemektedir.

Ayrıca, eşin kişiliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için, tehlike, birlikte ya-

¹²⁷ Bkz. Güven, (Ailenin Korunması) s. 6; İnal, s. 46; Tuğsavul, s. 46.

¹²⁸ 2. Hukuk Dairesi'nin 7.5.1973 tarih ve 3108/2999 sayılı Kararı'na göre, ayrı yaşama hakkının doğumu için, eşinin sağlığının, ortak hayat nedeniyle tehlikeye düşmesi yeterli olup, somut zararın gerçekleşmesi gerekmez. (İKİD, 1973, s. 2366)

¹²⁹ Karş. Güven, (Ailenin Korunması) s. 6.

şamadan doğmalıdır. Başka bir ifadeyle, birlikte yaşama ile doğan tehlike arasında sebep sonuç ilişkisi bulunmalıdır.¹³⁰ Eşlerden birinin kişiliğinin, ortak hayat dışında bir nedenle tehlikeye girmesi, o eşe, ayrı yaşama hakkı vermez. Mesela, eşlerden birinin sağlığı, yaptığı iş nedeniyle tehlikeye giriyorsa, bu eşin ayrı yaşama hakkı yoktur. Bunun dışında, doğan tehlikenin, diğer eşin bir fiilinden kaynaklanması zorunlu değildir.¹³¹ Mesela, eşlerin oturduğu semtte bulaşıcı bir hastalık bulunması durumunda tehlike, diğer eşin bir davranışından doğmamakla birlikte, ortak yaşamdan kaynaklandığı için ayrı yaşama hakkı doğar.

Medeni Kanun'un 197. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen ekonomik güvenliğin tehlikeye girmesi ise, eşlerden birinin yürüttüğü işin ve yaptığı mesleğin gereği gibi ifa edilmesinin, ilerlemesinin ve gelişmesinin, ortak hayat nedeniyle büyük bir tehlikeye girmesidir.¹³² Mesela, evde terziilik yapan bir kadının kocasının, eşinin müşterilerine kötü davranması durumunda, bu eşin ayrı yaşama hakkı doğar. Çünkü, kocanın bu davranışı, kadının mesleki itibarının zarar görmesine ve ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesine sebep olur.¹³³

Ekonomik güvenlik, sadece eşlerin işi veya meslekî faaliyetleriyle ilgili değildir. Ayrıca, eşlerin, malvarlığına zarar

¹³⁰ Tuğsavul, s. 45.

¹³¹ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24. 9. 1997 tarih ve 2-473/733 sayılı Kararı'ndan: "...kadının kayın validesi tarafından dövülerek evden atıldığı ve kocanın bu davranış karşısında seyirci kaldığı anlaşılmaktadır. Bu nedenle, davacı, ayrı yaşamakta haklıdır..." (Gençcan, Boşanma, s. 1360) 2. Hukuk Dairesi'nin 13. 10. 1995 tarih ve 9584/10330 sayılı Kararı'ndan: "Aynı evde birlikte yaşadıkları kayınpeder, davacıya kötü davranıyorsa, kadın ayrı yaşamak ve nafaka istemekte haklıdır..." (Gençcan, Boşanma, s. 1396) 3. Hukuk Dairesi'nin 12. 3. 2002 tarih ve 1900/2290 sayılı Kararı'ndan: "...Toplanan delillere göre davacının kayın validesi tarafından istenilmemesi nedeniyle tarafların ayrı yaşadıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacı ayrı yaşamakta haklıdır..." (Karar yayınlanmamıştır.)

¹³² Akıntürk, s. 127; Zevkiiler-Acabey-Gökyayla, s. 764; Öztan, (Aile) s. 217; Tekinay, (Aile) s. 343; Güven, (Ailenin Korunması) s. 7; Doğanay, (Nazarî ve Tatbiki) s. 61; Tuğsavul, s. 46.

¹³³ Bkz. Velidedeoğlu, s. 121.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

verilmesi niteliği taşıyan davranışlar da, ekonomik güvenliğin tehlikeye girmesi nedeniyle, diğer eşe ayrı yaşama hakkı verir. Mesela, eşlerden birinin, diğerinin mallarına zarar vermesi durumunda, diğer eş için ayrı yaşama hakkı doğar.

Medeni Kanun'un 197. maddesinin birinci fıkrasında, birlikte yaşamaya ara verilmesi bakımından haklı sebep olarak düzenlenen, ailenin huzurunun tehlikeye düşmesi ise, ortak hayat nedeniyle, hem eşlerin, hem de çocukların huzursuz olmaları, ailenin huzur ve düzeninin bozulmasıdır. Bu sonuç, çeşitli sebeplerden doğabilir. Mesela, kocanın eve çok geç gelmesi, apartmanda kavga çıkarması, sürekli olarak alkol alması, eşlerden birinin sürekli olarak kavga ve aile içi huzursuzluk çıkarması, eşlerden birinin, diğerinin ailesine kötü davranması, eşlerin çocuklarla ilgilenmemesi gibi davranışlar ailenin huzurunu bozabilir.¹³⁴ Bununla birlikte, ailenin huzurunun bozulduğu bütün durumlar, eşlere ayrı yaşama hakkı vermez. Ayrı yaşama hakkının doğumu için, ailenin huzuru ciddi biçimde bozulmalıdır. Bu durum, her somut olayın özelliklerine göre belirleneceği için, önceden bazı kıstaslar konulması uygun olmaz.

Ayrıca, eşlerden birinin, çocukların kişiliğini tehlikeye sokacak davranışlarda bulunması da, ailenin huzurunu ciddi biçimde tehlikeye sokan davranışlardan sayılabilir. Mesela, koca, sürekli olarak çocukları dövüyorsa, eşinin, ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye girmesi nedeniyle ayrı yaşama hakkı vardır. Çünkü, bu nedene dayanarak ayrı yaşama hakkının doğması için, sadece diğer eşin huzurunun bozulması değil, ailenin huzurunun bozulması aranır. Çocuklar da aileye dahil olduğu için, ailenin iç huzurunu ciddi biçimde bozabilecek bütün davranışlar, diğer eş için, birlikte yaşamaya ara verilmesi bakımından bir haklı sebep oluşturabilir.¹³⁵

¹³⁴ Akıntürk, s. 128.

¹³⁵ Bkz. ve karşı. Egger, s. 354. İsviçre Federal Mahkemesi'nin bir kararında, çocukların sağlığının tehlikeye düşmesi, birlikte yaşamaya ara verilmesi için bir haklı sebep olarak kabul edilmemiştir. Bu karar için bkz. Velidedeolu, s. 123, dn. 6. Fakat, 4721 sayılı Medeni Kanun'un 197. maddesin-

b. Eşlerden Biri, Haklı Bir Sebep Olmaksızın, Ortak Hayatı Terk Etmiş Olmalıdır

Eşlerden biri, haklı bir sebeple ortak hayatı terk etmişse, terk edilen eş, 197. maddeye göre hâkime başvuramaz.¹³⁶ Bu durumda, haklı bir sebeple ortak hayatı terk eden eş, gerekli önlemlerin alınması ve ayrı yaşamının düzenlenebilmesi için hâkime başvurabilir. Fakat, eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın ortak hayatı terk etmişse, terk edilen eş de, hâkimden ölem almasını isteyebilir. Mesela, koca, ortak hayatı, haklı bir sebep olmamasına rağmen terk etmişse, eşi, Medeni Kanun'un 197. maddesinin ikinci ve dördüncü fıkralarında belirtilen önlemlerin alınmasını isteyebilir.¹³⁷

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Eşlerden birinin, haklı bir sebep olmaksızın ortak hayatı terk etmesi durumunda, terk edilen eşin, diğerini zorla ortak konuta getirme hakkı yoktur.¹³⁸ Terk edilen eş, böyle bir durumda ya boşanma davası açabilir ya da evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvurabilir.¹³⁹

deki "ailenin huzurunun bozulması" ifadesi, bu durumu da karşılamaktadır. Bu nedenle, çocukların sağlığının bozulması da, ailenin huzurunu ciddi biçimde bozabilecek bir durum olduğu için, birlikte yaşamaya ara verilmesi mümkündür.

¹³⁶ Zevkililer, (Pratik) s. 105.

¹³⁷ Önceki Medeni Kanun döneminde verilen Yargıtay kararlarında, böyle durumlarda, kocanın bağımsız bir ev kurma yükümlülüğüyle ilişki kuruluyordu. Mesela , 2. Hukuk Dairesi'nin 6.4.1978 tarih ve 2651/2744 sayılı Kararı'nda, eşlerin, kadının sahip olduğu evde oturmaktayken, kocanın evi terk etmesi durumunda, kadının açtığı nafaka davası kabul edilmiştir. Karara göre, koca, (önceki) Medeni Kanun'un 152. maddesi gereğince, karısına bağımsız bir ev açmadığı için, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Bu nedenle, kadın, mutlak olarak nafaka isteme hakkını kazanır. (YDK, 1980/2, s. 201) Yeni Medeni Kanun'da ise, ortak konutun, eşlerin birlikte alacakları kararla belirleneceği düzenlendiği için, böyle bir olayda, kocanın evi terk etmesi durumunda, kadının parasal katkı istemi, Medeni Kanun'un 197. maddesinin üçüncü fıkrasına dayanacaktır.

¹³⁸ Fakat, Yargıtay'ın 11.6.1956 tarih ve 5/12 sayılı içtihadı birleştirme kararında (AD, 1956/9, s. 1047) kocanın, eşine karşı, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla kuvvet kullanması, cezayı gerektiren bir hareket olarak görülmemiştir. Bu karar ve eleştirisi için bkz. Belgesay, (Aile Hayatı) s. 248 vd.

¹³⁹ Bkz ve karşı. Egger, s. 352; Ünal, s. 129.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Eşlerden birinin, diğerini, ortak konuta almaması durumunda da, ortak konuta alınmayan eşin ayrı yaşama hakkının doğduğu kabul edilmelidir.¹⁴⁰ Çünkü, Medeni Kanun'un 164. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde de belirtildiği gibi, "*Diğerinin ... haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de, terk etmiş sayılır.*" Bu nedenle, diğerini, ortak konuta almayan eş de terk etmiş sayılacağı için, ortak konuta alınmayan eş, ayrı yaşama hakkını kazanır ve hâkimden, ayrı yaşamanın düzenlenmesini isteyebilir.¹⁴¹

c. Ortak Hayatın Sürdürülmesi, Başka Bir Sebep Olanaksız Hale Gelmiş Olmalıdır

Ortak hayat, bu iki durum dışında başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse, her bir eş, hâkime başvurup, ayrı yaşamanın düzenlenmesini isteyebilir. Mesela, eşlerden birinin geçirdiği bir kaza sonucunda bitkisel hayata girmesi durumunda, diğer eş, hâkimden önlem alınmasını isteyebilir. Bu durumda, hasta olan eşin malvarlığının, Medeni Kanun'un 196. ve 197. maddeleri gereğince yapılması gereken parasal katkı oranındaki kısmının, evlilik birliğinin giderleri için kullanılması, hâkimin alacağı önlemlerle mümkün olabilir. Buna benzer bir durum olan gaiplikte de, diğer eş, hâkimden, ayrı yaşamanın düzenlenmesini isteyebilmelidir.

Aynı şekilde, eşlerden birinin, iş nedeniyle ortak konuttan uzaklaşması veya cezasını çekmek için hapse girmesi¹⁴² gibi durumlarda da, hâkimden, 197. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen önlemlerin alınması istenebilir.

¹⁴⁰ Bkz. 2. Hukuk Dairesi 28.3.1996 tarih ve 1989/3343 sayılı Karar. (Özguçur, Nafaka, s. 105-106.)

¹⁴¹ Bkz. Egger, s. 354.

¹⁴² Oğuzman-Dural, s. 163, dn. 304.

d. Eşlerden Biri, Hâkimden Önlem Alınmasını İstemiş Olmalıdır

Medeni Kanun'un 197. maddesinin ikinci fıkrasına göre, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa veya aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamı terk etmişse ya da ortak yaşam, başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse, hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, eşler ve çocuklarla ilgili bazı önlemleri alır. Görüldüğü gibi, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayansa da hâkim, eşlerden birinin istemi olmadıkça evlilik birliğine müdahalede bulunamaz.

Alınacak her bir önlem için eşin istemi aranmalıdır. Aynı yaşama hakkının doğması durumunda, ayrı yaşama hakkı olan eşin başvurusu üzerine hâkim, bu eşin istemi doğrultusunda, Kanun'da belirtilen önlemleri alabilir. Mesela, ayrı yaşama hakkı olan eş, sadece, ortak konut ve ev eşyalarından yararlanma konusunda önlem alınmasını istemişse, hâkim, bu eş yararına parasal katkıya karar veremez. Bu durum, "*hâkimin taleple bağlı olması ilkesi*"nin (HUMK, mad. 76) bir sonucudur.

e. Boşanma Davası Açılmamış Olmalıdır

Medeni Kanun'un 169. maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açıldığında hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle de eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır.¹⁴³ Görüldüğü gibi, boşanma davası sırasında¹⁴⁴ alınması gereken önlemler, Medeni Kanun'un 169. maddesinde düzenlenmiştir. Bu nedenle,

¹⁴³ Bkz. aşa. § 9, II, B.

¹⁴⁴ Medeni Kanun'un 160. maddesi gereğince, evlenmenin butlanı davasında, yargılama usulü bakımından, boşanma davasına ilişkin hükümler uygulanacağı için, butlan davası açıldığında, 169. maddede belirtilen geçici önlemler resen alınır. Aynı hüküm, kıyas yoluyla, evliliğin feshi davasında da uygulanabilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

evlilik birliğinin korunması açısından, Medeni Kanun 195. ve devamı maddeleri gereğince hâkimin müdahalesi, henüz boşanma veya ayrılık davası açılmaması durumunda mümkündür.¹⁴⁵

Boşanma davası açılmasından önce, evlilik birliğinin korunması hükümleri gereğince alınan önlemler, boşanma davasına bakan hâkimi bağlamaz. Boşanma davasına bakan hâkimin, dava boyunca alınması gereken önlemleri, resen alması gerektiği için, bu davadan önce alınan önlemleri değiştirebilir, kaldırabilir veya yeni önlemlere karar verebilir.¹⁴⁶ Boşanma hâkiminin, eski kararı değiştirmesi veya kaldırması da, boşanma davasının görülmekte olduğu süreyle sınırlıdır. Boşanma hâkimi, boşanma davasından önce alınan önlemleri değiştirmedeği veya kaldırmadığı takdirde, bu önlemler etkisini sürdürür.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Tekinay, (Aile) s. 349; Egger, s. 348; Ayyıldız, Halef, "Nafaka Davalarında Görevli Mahkeme Hususunda Bir İnceleme", ABD, 1969/1, s. 41; Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 112.

¹⁴⁶ Egger, s. 348; Petek, s. 49, 2. Hukuk Dairesi 30.1.1992 tarih ve 467/918 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2711)

¹⁴⁷ Bkz. Tekinay, (Aile) s. 254, dn. 26; Tuluay, Metin, "Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Tedbirlerden Olan Nafaka Davalarında Görevli Mahkeme (Karar İncelemesi)", Dicle ÜHFD, 1983/1, s. 349. Aksi yönde olan, 2. Hukuk Dairesi'nin 25.3.1971 tarih ve 1620/1978 sayılı Kararı'ndan: "...boşanma davası açılıp da, (önceki) Medeni Kanun'un 137. maddesi gereğince asliye hâkiminden nafaka talep olunmakla, sulh hâkiminin nafakaya ait ilâmı, boşanma davasının devamı süresince inkıtaa uğrar... Şayet, boşanma davası reddedilerek kesin hal alırsa, sulh mahkemesinin muallakta kalan nafakaya ilişkin ilâmı, lâzımı'l-icra bir ilam olarak icra takibine mevzu teşkil eder." (RKD, 1971/6-7, s. 184) Görüldüğü gibi, bu kararda, boşanma davasının açılmasından önce alınan önlemlerin, boşanma davasının açılmasıyla birlikte etkisini yitireceği, fakat, boşanma davasının reddinden sonra, kendiliğinden etkili olmaya devam edeceği belirtilmiştir. Kanaatimce de, bu karar yerinde değildir. Çünkü, bir karar ya etkilidir, ya da etkisini tamamen kaybetmiştir. Mahkeme kararlarının belli bir süre uygulanmaması söz konusu olamaz. Boşanma hâkiminin alacağı önlemler, daha önce alınmış ve uygulanmakta olan önlemlerin değiştirilmesi niteliğindedir. Bu nedenle, önceki önlemlerin ortadan kalkmasından söz edilemez. Bkz. Tuluay, s. 349. Gürdoğan'a (s. 212) göre ise, bu karar yerindedir.

Evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvuru yapıldıktan, fakat bu konuda bir karar verilmeden önce, yetkili aile mahkemesinde boşanma davası açılmışsa, ne olur? Kanaatimce, önlem istemini inceleyen hâkim, bu durumda, boşanma davası hiç açılmamış gibi önlem kararı vermelidir. Çünkü, Medeni Kanun'un evlilik birliğinin korunmasına ilişkin 195. ve devamı hükümleriyle, 169. maddesinin amaçları, uygulama koşulları ve uygulamadan kalkmaları farklı özellikler taşır. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler, koşulların değişmesi durumunda, ancak yeni bir hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilirdiği halde, 169. madde gereğince, boşanma davasının görülmekte olduğu dönemde alınan geçici önlemler ise, boşanma davasının kesinleşmesiyle birlikte, kendiliğinden ortadan kalkar. Bu nedenle, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler konusunda görevli mahkeme, boşanma davası hiç açılmamış gibi karar vermelidir.¹⁴⁸ Ayrıca, boşanma davasına bakan hâkim, bu davanın

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

¹⁴⁸ 2. Hukuk Dairesi'nin 14. 11. 2002 tarih ve 11087/12271 sayılı yayımlanmamış kararından: "...davalı kadının, Türk Medeni Kanunu'nun 195 ve 197/2-3. maddesine dayanarak, boşanma davasından önce açtığı "parasal katkı" talebine ilişkin bağımsız dava, boşanma davasıyla birleştirilerek görülmüş, kadının talebi... kabul edilerek parasal katkıya karar verilmiştir. Bu halde, hüküm altına alınan parasal katkının "boşanmanın kesinleşmesine kadar" denilerek kesinleşmeyle sınırlı tutulması usul ve yasaya aykırı..."dır. Kanaatimce, bu kararda kullanılan "boşanmanın kesinleşmesine kadar" ibareleri, uygun değildir. Çünkü, boşanma davası sonucunda dava reddedilirse ve bu karar kesinleşirse, bu karar karşısında, evlilik birliğinin korunması hükümleri gereğince alınan ve boşanma davasından bağımsız olan önlemlerin de, sona erdiğini kabul etmek gerekir. Fakat, bu önlemler, boşanma davasıyla bir ilişkileri bulunmadığı için, Medeni Kanun'un 200. maddesinde belirtildiği gibi, koşulların değişmesi durumunda hâkimin yeni bir kararıyla ortadan kalkabilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 12.3.1956 tarih ve 2-21/17 sayılı Kararı'nda, (Tekinay Aile, s. 349, dn. 26) önceki Medeni Kanun'un 161 ve devamı hükümleri gereğince önlem alınmasına ilişkin davayı inceleyen hâkimin, dava tarihi ile boşanma davası tarihi arasındaki süreye ilişkin önlem alıp, boşanma davasından sonrası için görevsizlik kararı vermesi hukuka aykırı bulunmuştur. Aynı yönde bkz. 2. Hukuk Dairesi 25.2.1985 tarih ve 1488/1725 sayılı Karar. (Bozovalı, s. 142) Bu kararlara göre, evlilik birliğinin korunması hükümleri gereğince önlem alan mahkeme, boşanma davası hiç açılmamış gibi karar vermelidir. Bkz. Tuluay, s. 348; Kaleli, s. 119; Hamzaçebi, s. 368; Berki, A. Himmet, "Nafaka Mükellefi-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

açılmasından önce diğer hâkimin aldığı önlemleri değiştirebileceğine göre, bu önlemlerle ilgili kararların etkisini ve geçerliliğini, boşanma davasının açıldığı tarihe kadar geçecek dönemle sınırlamakta yarar veya zorunluluk yoktur.

3. Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler

Ortak hayat nedeniyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşen eş veya eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamı terk etmişse, terk edilen eş ya da başka bir nedenle ortak yaşam olanaksız hale gelmişse her iki eş, hâkimden, bazı önlemler almasını isteyebilir.¹⁴⁹ (TMK, mad. 197/II ve III) Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, hâkimin müdahalesi ve alacağı önlemler sayesinde, eşlerin ekonomik ve kişisel ilişkilerinin düzenlenmesi suretiyle, ayrı yaşamaya uygun, yasal bir statü oluşturulur.¹⁵⁰

Ayrı yaşama hakkı doğmuşsa ve ayrı yaşama hakkına sahip olan eş, birlikte yaşamaya son vermişse, hâkim, eşler ve çocukları korumak amacıyla aşağıda açıklanan önlemleri alır. Buna karşılık, ayrı yaşama hakkı bulunan eş, fiilen, birlikte yaşamaya ara vermemişse, hâkim, ayrı yaşama hakkının bulunduğunu belirlemesi koşuluyla, ayrı yaşamayı düzenleyebilir.

Hâkim, alınan önlemlerde, menfaatler dengesini gözetmelidir. İstenen hukuki koruma için birden fazla yol varsa,

yeti II", AD, 1940/6-7, s. 640. Aksi görüşte olan Gürdoğan'a (s. 212) göre ise, boşanma davası açılmadan önce önlem istenmiş, fakat, bu istek karara bağlanmadan önce boşanma davası açılmışsa, evlilik birliğinin korunması gereğince davaya bakan hâkim davayı reddetmemeli, sadece, önlem talebiyle, boşanma davası arasındaki dönem için nafakaya karar vermelidir. Bu görüşte: Petek, s. 49; Doğanay, (Nazarî ve Tatbikî) s. 70.

¹⁴⁹ Eşler, birlikte yaşamaya ortak iradeleriyle ara vermişlerse, ayrı yaşama dönemindeki ilişkilerini de düzenleyebilirler. Eşler, bu konuda anlaşma yapabilirler. Ancak, bu anlaşmaların hukuki bağlayıcılık kazanabilmesi için, hâkimin onayı gerekir. Burada, Medeni Kanun'un 184. maddesinin beşinci fıkrası, kıyas yoluyla uygulanabilir. Bkz. Öztan, (Aile) s. 218.

¹⁵⁰ Bkz. Tour, s. 181; Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 125.

hâkim, karşı tarafa en az zarar verecek, en az yük getirecek olanı seçmelidir.¹⁵¹

Ayrı yaşamının haklı bir sebebe dayanması veya Medeni Kanun'un 197. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen koşulların gerçekleşmesi durumunda, hâkimin alabileceği önlemler, şu dört başlık altında toplanabilir.¹⁵²

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

a. Eşler Arasındaki Parasal Katkının Belirlenmesi

Hâkim, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa, eşlerden birinin istemi üzerine, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkıya ilişkin önlemleri alır. Aynı şekilde, Medeni Kanun'un 197. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince, eşlerden birinin, haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir nedenle olanaksız hale gelmesi durumunda da bu önlem alınabilir.

Birlikte yaşamaya ara verilmişse,¹⁵³ eşlerin birbirine yapacağı parasal katkı, söz konusu hükme göre belirlenir.¹⁵⁴ Önceki Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, evlilik birliğinin devam ettiği sırada, kadının, kendisi ve çocuklarının geçimi için, kocadan istediği paraya, "*tedbir nafakası*"

¹⁵¹ Bkz. Öztan, (Aile) s. 344.

¹⁵² Önceki Medeni Kanun'un 162. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, "*karı kocadan biri talep eder ve ayrı yaşamak keyfiyeti haklı olursa, hâkim, hangisi tarafından diğerinin iâsesi için ne miktar muvazenetle bulunacağını tayin eder.*" Görüldüğü gibi, bu madde, eşler arasındaki parasal katkıların belirlenmesi amacını taşıyordu. Yeni Medeni Kanun'un 197. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen önlemlerin tamamı, önceki Medeni Kanun'un 162. maddesinde düzenlenmemişti. Fakat, hâkimin, ortak konuttan yararlanma ve çocuklarla kişisel ilişkilerin düzenlenmesi konularında da önlemler alabileceği kabul ediliyordu. Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765 vd.; Oğuzman-Dural, s. 163. vd.

¹⁵³ Ortak yaşam devam ederken, eşlerin, ailenin giderlerine yapacakları katkının belirlenmesi, Medeni Kanun'un 196. maddesinde düzenlenmiştir.

¹⁵⁴ Akıntürk, s. 127; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765; Öztan, (Aile) s. 219; Köprülü-Kaneti, s. 127; Feyzioğlu, s. 206; Ünal, s. 130; Knoepfler, s. 133; Tuğsavul, s. 47; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 246.

EŞLER ARASINDA
- BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

deniliyordu.¹⁵⁵ Ancak, Yeni Medeni Kanun'da "parasal katkı" teriminin tercih edilmesi nedeniyle terim birliği sağlamak amacıyla, önceki Medeni Kanun döneminde yayımlanmış olan eserlerde kullanılan "tedbir nafakası" ve "nafaka" terimleri de, çalışmamızda "parasal katkı" şeklinde ifade edilmiştir.¹⁵⁶

Önceki Medeni Kanun'un 152. maddesinde, evin geçimi ile kadın ve çocukların ihtiyaçlarını karşılama yükümlülüğü kocaya verildiği için, kocanın, ayrı yaşama durumunda, eşine parasal katkıda bulunmakla yükümlü olduğu kabul ediliyordu.¹⁵⁷ Fakat, yeni Medeni Kanun'da, eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılmaları gerektiği kabul edildiği için, ayrı yaşama durumunda, her iki eş de, birbirine parasal katkıda bulunmakla yükümlü tutulabilir.¹⁵⁸

Ayrı yaşama durumunda, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkının belirlenmesi konusunda hâkimin vereceği karar, eşleri cezalandırma amacı taşımaz.¹⁵⁹ Hâkim, sadece, ayrı yaşama durumunu düzenleyecek çeşitli önlemler almaktadır. Bu nedenle, parasal katkının belirlenmesinde kusur,

¹⁵⁵ Bkz. Akıntürk, s. 275; Ruhi, s. 27; Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 915; Öztan, (Aile) s. 346; Hatemi, s. 66; Feyzioğlu, s. 356; Köprülü-Kaneti, s. 127; Kaleli, s. 117; Tuğsavul, s. 41.

¹⁵⁶ Yargıtay, çok yeni tarihli ve yayınlanmamış bir kararında, 197. maddenin ikinci fıkrasındaki bu durum için "parasal katkı" terimini kullanmıştır. Bkz. 2. HD, 14. 11. 2002 tarih ve 11087/12271 sayılı Karar.

¹⁵⁷ Akıntürk, s. 275; Öztan, (Aile) s. 346, 348; Bozovalı, s. 30; Feyzioğlu, s. 355; Köprülü-Kaneti, s. 127; Tuğsavul, s. 33; Yüce, Turhan, "Evlilik Hukukunda Nafaka", AD, 1951/12, s. 1825.

¹⁵⁸ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 276; Ruhi, s. 31; Akyol, s. 382; Aysoy, Nejat Aydın, "Nafaka Taksir Edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?", AD, 1962/3-4, s. 299; Belgesay, Mustafa Reşit, Kocanın Nafaka Mükellefiyeti ve Mahkeme İçtihatları, İÜHF, 1952/1-2, s. 708 vd. Bu nedenle, önceki Medeni Kanun döneminde ileri sürülen, "tedbir nafakası, evliliğin devamı süresince kadının ve çocukların bakımının kocaya ait bulunduğu ilişkin kuralın bir sonucudur" şeklindeki görüşün, yeni Medeni Kanun'un 186. maddesinin üçüncü fıkrasında, evlilik birliğinin giderlerini karşılama yükümlülüğü, güçleri oranında her iki eşe de yüklendiği için, artık savunulması mümkün değildir. Bkz. ve karşı Feyzioğlu, s. 356-357.

¹⁵⁹ Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 719. Fakat, Arsebük'e göre (s. 708), ayrı yaşama durumunda hükmedilecek nafakanın amacı, eşleri bir arada yaşamaya zorlayarak, evlilik birliğinin yeniden kurulmasını sağlamaktır.

asli bir unsur değildir.¹⁶⁰ Mesela, eşlerden birinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumunda, diğer eş, sağlığının tehlikeye düşmesi nedeniyle birlikte yaşamaya ara verebilir. Bu durumda, ortak hayata ara veren eş, diğerinden parasal katkı isteyebilir. Bulaşıcı hastalığa yakalanan eşin kusursuz olması, onu, bu yükümlülüğünden kurtarmaz. Bu nedenle, eşlerin birbirine yapacağı parasal katkının belirlenmesinde, öncelikle, ayrı yaşayan eşlerin ihtiyaçları ve maddi olanakları dikkate alınır.¹⁶¹ Ayrıca, hangi eşin ortak konuttan ayrıldığına da bakmak gerekir.¹⁶² Mesela, ortak konuttan ayrılan eş ile ortak konutta kalmaya devam eden eşin sağlayacağı parasal katkı, birbirinden farklı olabilir.

Eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkının belirlenmesinde, çocukların hangi eşin yanında bulunduğu da bakılmalıdır.¹⁶³ Mesela, çocuklarıyla birlikte ayrı yaşayan kadının, kocasından istediği parasal katkı miktarı, öncelikle kadının ve çocukların ihtiyaçları ile her iki eşin maddi olanakları dikkate alınarak belirlenmelidir.¹⁶⁴ Ayrıca, eşlerin yaşı ve çalışma olanakları da, katkı oranının belirlenmesinde göz

¹⁶⁰ Bkz. ve karşı. Ruhi, s. 31; Akıntürk, s. 277; Öztan, (Aile) s. 347; Bozovalı, s. 30; Feyzioğlu, s. 355; Köprülü-Kaneti, s. 187; Velidedeoğlu, s. 249; Hamzaçebi, s. 361; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 246; Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 127.

¹⁶¹ Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 915; Ruhi, s. 37; Bozovalı, s. 31; Feyzioğlu, s. 356; Köprülü-Kaneti, s. 187; Öztan, (Aile) s. 347; Belgesay, (Şerh) s. 136; Gönensay, s. 142; Arsebük, s. 708; Petek, s. 48; Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 123; Tuçer, Sıtkı, "Muavenet Nafakası", AD, 1955/7, s. 687 vd. 2. Hukuk Dairesi'nin 26. 10. 1970 tarih ve 6023/5561 sayılı Kararı'ndan: "(Nafaka, eşlerin alıştığı yaşam tarzına en yakın bir yaşama imkânı sağlayacak tutarda olmalı, mesken, giyecek, yiyecek sihhi bakım, hatta gerektiğinde mutlak tatil ve dinlenme ve seyahat masraflarını da ihtiva etmelidir... Bütün bunlar elbette ki kocanın mali imkanları zorlanmadan yapılmalı ve ayrı yaşama, kadın için müşterek hayattan daha cazip hale getirilmemelidir." (Başaklar, s. 44) Bu yönde: YHGK, 14.3.1984 tarih ve E, 1983/2-814, K, 242 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. II, s. 1555) YHGK, 15.11.1961 tarih ve 2-14/45 sayılı Karar. (Başaklar, s. 41) 2. HD, 19.10.1970 tarih ve 5388/5367 sayılı Karar. (Başaklar, s. 43)

¹⁶² Öztan, (Aile) s. 350; Bozovalı, s. 31; Arsebük, s. 708; Gönensay, s. 142.

¹⁶³ Köprülü-Kaneti, s. 127; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 246.

¹⁶⁴ Karşı. Belgesay, (Karşılıklı Vazifeler) s. 722.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

önünde tutulmalıdır.¹⁶⁵ Hâkim, bu miktarı belirlerken, eşlerin ayrı yaşamaya neden olan olaylardaki kusur oranlarını da göz önünde tutabilirse de, kusur, bu miktarın belirlenmesinde ikincil bir nitelik taşır.

Parasal katkı miktarı belirlenirken, ayrı bir konut edinilmesi için gerekli giderler ve eşlerin, birlikte yaşarken sahip oldukları hayat standardının devam ettirilmesi de gözetilir.¹⁶⁶ Eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkı, eşlerin sosyo-ekonomik durumları ve hayat standartları dikkate alınarak belirlenmelidir.¹⁶⁷

Fakat, uygulamada genellikle, ayrı yaşama hakkının, otomatik olarak parasal katkının sağlanması gerektirdiği yönünde anlaşılmaktadır. Fakat, Medeni Kanun'un 197. maddesinde de belirtildiği gibi, ayrı yaşama haklı ise, hâkim hangi tarafın diğerine ne ölçüde parasal olarak katkıda bulunacağını belirleyecektir. Bu nedenle, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararında¹⁶⁸ belirttiği gibi, "... ayrı yaşamakta haklılığını kanıtlayan davacı yararına nafaka takdir edilmesi gerekir ..." şeklinde bir anlayış, 4721 sayılı Medeni Kanun karşısında uygun değildir. Çünkü, ayrı yaşama hakkının bulunması, eşlere, ayrı yaşamaya ilişkin hükümlerin belirlenmesini isteme hakkı verir. Yoksa ayrı yaşama hakkı, her durumda doğrudan parasal katkı (nafaka) verilmesini gerektirmez.

¹⁶⁵ Öztan, (Aile) s. 349; Tuğsavul, s. 42; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 246.

¹⁶⁶ Ruhi, s. 37; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 915; Öztan, (Aile) s. 347; Köprülü-Kaneti, s. 127; Ünal, s. 130; Belgesay, (Aile Hayatı) s. 247; Tuğsavul, s. 41.

¹⁶⁷ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 7.8.1989 tarih ve 2-295/414 sayılı Kararı'ndan: "...teâbir nafakası, eş ve çocukların yaşayabilmelerini sağlayacak derecede, yiyecek, giyecek, eğitim giderlerini kapsamalıdır. Elbette ki takdir edilecek nafakanın, tarafların sosyal seviyesine, ekonomik koşullara, ihtiyaçlara ve en önemlisi, adalete uygun miktarda bulunması esastır. Bütün bu düşünceler bir kenara bırakılarak yalnızca, nafaka yükümlüsünün maddi imkanlarının çok elverişli olmasından hareket edilerek nafaka miktarının belirlenmesi, eş ve çocukları, babanın sağlığında, onun servetine ortak etme sonucunu doğurur..." (Uyar, TMK, C. III, s. 2571-2572)

¹⁶⁸ 2. HD, 15. 2. 2002 tarih ve 1305/2020 sayılı Karar. (Yayınlanmamıştır.)

Parasal katkının başlangıç tarihi, 1956 tarihli Yargıtay İç-tihadı Birleştirme Kararında¹⁶⁹ da belirtildiği gibi, dava tarihi olarak belirlenmelidir. Fakat, Medeni Kanun'un 196. maddesinin son fıkrasına göre, eşlerin, birlikte yaşarken birbirlerine yapacakları parasal katkı, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir. Buna benzer bir hüktüm, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda istenecek parasal katkı için kabul edilmemiştir. Kanaatimce, eşler birlikte yaşarken kabul edilen bu hükmün, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda kabul edilmemesi için haklı bir neden yoktur.¹⁷⁰ Bu nedenle, 196. maddenin son fıkrasının, birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin 197. madde için de kıyas yoluyla uygulanabileceğini kabul etmek, menfaatler dengesine ve kanun koyucunun, evlilik hukukuna ilişkin parasal katkı konusunda kabul ettiği esaslara daha uygun olur.¹⁷¹ Ancak, hâkimin taleple bağlı olması ilkesi (HUMK, mad. 76) gereğince, geçmiş bir yıllık parasal katkıya hükmedilebilmesi, bunun açıkça istenmiş olmasına bağlıdır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

b. Konut ve Ev Eşyasından Yararlanma Şeklinin Düzenlenmesi

Birlikte yaşamaya ara verme hakkı, eşlere ortak konutu terk etme yetkisi verir. Bu ortak konutun terki Şeklinde kullanılabileceği gibi, ortak konutun kendisine özgülenerek, diğer eşin evden uzaklaştırılması Şeklinde de karara bağlanabilir.¹⁷²

¹⁶⁹ YİBK, 28.11.1956 tarih ve 15/15 sayılı Karar. (RG, 27.12.1956, S. 9494)

¹⁷⁰ Önceki Medeni Kanun'da buna benzer bir hüktüm olmadığı halde, Egger (s. 354) eşler arasındaki nafaka yükümlülüğünün geçmişe etkili olarak da belirlenebileceğini kabul etmektedir. Yazara göre, eşlerden biri, hayatının tehlikede olması gibi bir sebeple ortak hayatı terk etmek zorunda kalmışsa, bu eşin daha sonraki bir tarihte açacağı parasal katkı davasında, katkı miktarının terk tarihinden başlatılması uygun olur.

¹⁷¹ Aksi görüş için bkz. Özüğür, (Nafaka) s. 36.

¹⁷² Bkz. ve karş. Akıntürk, s. 275; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765; Oğuzman-Dural, s. 163; Velidedeoğlu, s. 247; Egger, s. 355; Arsebük, s. 707; Güven, (Ailenin Korunması) s. 8; Ünal, s. 130.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, haklı bir sebebe dayanırsa¹⁷³ hâkim, istem üzerine, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin önlemleri de alır.¹⁷⁴ Eşlerden biri, ortak hayat nedeniyle kişiliğinin ciddi şekilde tehlikeye düştüğünü kanıtlarsa, hâkim, ortak konuttan yararlanma konusunda gerekli önlemleri almakla yükümlüdür. Hâkim, ayrı yaşama hakkı doğmuşsa, eşlerden birinin istemi üzerine, ortak konuttan yararlanma konusunda düzenleme yapmaktan kaçınmayacağı için, ortak konutu, eşlerden birine özgülemek zorundadır. Fakat, hâkim, ortak konuttan yararlanma konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu nedenle, hangi eşin ortak konutta kalması daha yararlı olursa, o eşin kalmasına karar verilmelidir.

Bu kararıyla hâkim, konut ve ev eşyasından hangi eşin yararlanacağını belirler. Hâkim, hangi eşin ortak konutta kalacağına, somut olayın özelliğini göz önünde tutarak karar vermelidir. Bununla birlikte, ortak konutun, özellikle, çocuklar kendisine bırakılan eşe özgülenmesinde yarar vardır.¹⁷⁵ Çünkü, zorunluluk olmadıkça, çocukların yaşadıkları ortamdan uzaklaştırılmaması gerekir. Ayrıca, eşlerin kusurları da, ortak konuttan yararlanmanın belirlenmesinde göz önünde tutulur. Genellikle, kusurlu eşin ortak konutunu terk etmesi, menfaatler dengesine daha uygun düşebilir. Ancak, evlilik birliğinin korunması bakımından, kusur, ortak konut-

¹⁷³ Eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi üzerine de, ortak konut ve ev eşyasından yararlanma konusunda önlem alınmasını isteyebilir. (TMK, mad. 197/III)

¹⁷⁴ Bu nedenle, ayrı yaşama durumunda ev eşyasından yararlanmaya ilişkin istemler, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler çerçevesinde çözümlenmelidir. Bkz. ve karşı. Bozovalı, s. 30; Köprülü-Kaneti, s. 127; Egger, s. 355. Uygulamada bu istemler, kanaatimce yanlış bir şekilde, müdahalenin men'i davası gibi sonuçlandırılmaktadır. 2. Hukuk Dairesi'nin 15.5.1980 tarih ve 3972/4183 sayılı Kararı'ndan: "Dava konusu eşyanın kocaya ait olduğunda uyuşmazlık olmadığına göre, tümünün aynen, olmadığı takdirde, dava günündeki bedellerinin ödettirilmesine karar verilmesi gerekir..." (ABD, 1980/5, s. 603)

¹⁷⁵ Bkz. ve karşı. Tekinay, (Aile) s. 344; Bozovalı, s. 29; Feyzioğlu, s. 354; Köprülü-Kaneti, s. 187; Güven, (Ailenin Korunması) s. 8.

tan yararlanacak eşin belirlenmesinde, ikinci derecede etkili bir unsurdur. Hâkim, eşlerden birinin veya diğerinin evden ayrılmasını eşit ölçüde sakıncalı bulursa, o takdirde kusur kıstasına başvurmalıdır.¹⁷⁶

Ortak konutun, hangi eşin işine daha çok yarayacağı, ortak konutun eşlerden birine özgülenmesinde başvurulacak bir kıstas olabilir.¹⁷⁷ Ayrıca, eşlerin yaş ve sağlık durumları ve mesleki faaliyetleri de ortak konuttan yararlanacak eşin belirlenmesinde kullanılabilir. Çünkü, genç ve sağlıklı eş için, yeni bir konut edinmek daha kolaydır. Eşlerden biri, mesleki faaliyetini, ortak konutta sürdürüyorsa, zorunluluk olmadıkça bu eşin ortak konutta yaşaması yönünde karar verilmelidir.¹⁷⁸ Bu nedenlerle, ortak konuttan ayrılması, hangi eşe daha çok zarar verecekse, o eşin ortak konuttan yararlanmaya devam etmesinin sağlanması yerinde olur.¹⁷⁹

Ortak konutta kalma açısından, konut üzerindeki hakkın hangi eşe ait olduğu önem taşımaz. Hâkim, gerektiğinde, konutun maliki olmayan eşin de ortak konutta kalmasına karar verebilir.¹⁸⁰ Fakat, aksi zorunlu kılmadıkça, malik olan eşin ortak konuttan yararlandırılması tercih edilmelidir.¹⁸¹ Aynı

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

¹⁷⁶ Bkz. Tekinay, (Aile) s. 344.

¹⁷⁷ Akıntürk, s. 275; Öztan, (Aile) s. 345; Tekinay, (Aile) s. 344; Bozovalı, s. 29; Köprülü-Kaneti, s. 187; Velidedeoğlu, s. 247; Doğanay, (Nazarî ve Tatbikî) s. 131; Egger, s. 200; Arsebük, s. 707.

¹⁷⁸ Akıntürk, s. 275; Tekinay, (Aile) s. 344; Bozovalı, s. 29; Egger, s. 199; Arsebük, s. 707.

¹⁷⁹ Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 127.

¹⁸⁰ Bkz. Akıntürk, s. 275; Öztan, (Aile) s. 345; Bozovalı, s. 29; Feyzioğlu, s. 355; Egger, s. 355; Köprülü-Kaneti, s. 187; Velidedeoğlu, s. 247; Güven, (Ailenin Korunması) s. 9, 10; Petek, s. 47. Fakat, bu durum, parasal katkıının belirlenmesinde özel olarak dikkate alınır ve katkı miktarından indirim yapılır. Böylece, eşlerin yararları hakkaniyete uygun bir şekilde denkleştirilmiş olur.

¹⁸¹ Ortak konutun, gerek evlilik birliğinin korunması amacıyla, gerekse de 4320 sayılı Kanun gereğince konutun maliki olmayan eşe tahsis edilerek, konut üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eşin ortak konuttan uzaklaştırılması, kanaatimce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle koruma altına alınan konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali niteliğinde sayılmamalıdır. Çünkü, diğer eşin ve çocukların korunması

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

şekilde, gerektiğinde kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin de konutta kalmasına karar verilebilir.¹⁸² Bunların dışında, lojman nitelikli konutlarda, genellikle, hak sahibi eşin kalması yönünde bir karar verilmesi daha uygun olur.¹⁸³ Fakat, lojman nitelikli konut, eşlerden birine sadece sosyal yardım amacıyla özgülenmişse, gerektiğinde, bu konut kendisine özgülenmiş olan eşin de, ortak konuttan ayrılması yönünde karar verilebilir. Çünkü bu durumda, hizmet (iş) sözleşmesi gereğince kendisine lojman özgülenmiş olan eşin yerleşim yeri ile işyeri arasında işlevsel bir bağ yoktur. Başka bir ifadeyle, lojman ile iş yeri arasında işlevsel bir bağ varsa, hizmet sözleşmesinin tarafı olan eşin konutta kalması gerekir.

Hâkim, ortak konuttan yararlanma konusundaki önlemleri alırken, Medeni Kanun'un 4. maddesinde de belirtildiği gibi, hakkaniyete uygun bir karar vermelidir. Konut ve ev eşyasından yararlanma konusunda alınacak önlemlerde, hangi çözümün hakkaniyet kurallarına daha uygun düşeceği önemlidir.¹⁸⁴

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa, hâkimin, eşlerden birinin istemi üzerine konuttan yararlanma konusunda düzenleme yaparken, eşlerden birinin ortak konuttan ayrılması şeklinde bir karar vermesi zorunlu değildir. Çok istisnai bir durum olmakla birlikte, gerektiğinde eşler için rahat ve bağımsız bir yaşam sağlayabilecekse, ortak konutun içten bölünmesi suretiyle de ortak konuttan yararlanma konusu düzenlenebilir.¹⁸⁵ Çünkü, ayrı yaşama hakkı-

amacıyla geçici bir süre için alınabilecek bir önlemlerle getirilen bu tür bir sınırlama, anılan sözleşmenin konut üzerindeki hakka yapılabilecek kamu müdahalesinin sınırını belirten 8. maddenin ikinci fıkrasına uygundur. Bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, s. 330, 340. Genel olarak sözleşmenin 8. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlama halleri için bkz. Ergül, s. 186 vd.

¹⁸² Öztan, (Aile) s. 345; Bozova, s. 29; Güven, (Ailenin Korunması) s. 10; Egger, s. 200.

¹⁸³ Güven, (Ailenin Korunması) s. 10.

¹⁸⁴ Petek, s. 48.

¹⁸⁵ Bkz. Güven, (Ailenin Korunması) s. 9.

nın doğması durumunda, hâkim, ortak konuttan yararlanma hakkını eşlerden birine vermek zorunda değildir. Hâkim, ortak konuttan yararlanma konusunda gerekli bir önlem olarak, istisnai durumlarda da olsa, ortak konutun içten bölünmesine karar verebilir.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, Medeni Kanun'un 170. ve devamı maddelerinde düzenlenen ayrılık¹⁸⁶ kurumundan farklıdır.¹⁸⁷ Amaçları açısından, birlikte yaşamaya ara verilmesi ile ayrılık arasında bir benzerlik vardır. Her ikisi de evlilik birliğinin korunması, yeniden birlikte yaşamın kurulabilmesi için, eşlerin geçici olarak ayrı yaşamaları amacını taşır. Fakat, bu benzerliğe rağmen, ayrılık ve birlikte yaşamaya ara verilmesi, nedenleri ve sonuçları açısından farklılıklar taşır. Ayrılık nedenleri, boşanma nedenleriyle aynıdır. (TMK, mad. 167) Birlikte yaşamaya ara verilmesi ise, Medeni Kanun'un 197. maddesinde belirtilen nedenlere dayanır. Birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için, haklı bir sebep yeterli olduğu halde, ayrılık için, hâkimin ayrılığa karar vermesi gerekir. Ayrıca, ayrılık sonunda ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin istemi üzerine boşanma kararı verilir. (TMK, mad. 172/II) Birlikte yaşamaya ara verilmesinde ise, böyle bir durum söz konusu değildir. Fakat, ayrılıkta olduğu gibi, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda da, ayrı yaşama süresi içinde veya sonunda boşanma davası açılabilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

c. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler Alınması

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa ya da eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamı terk etmişse veya ortak yaşam başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse; hâkim, eşlerin mallarına ilişkin önlemleri de istem üzerine alır. Mesela, eşler arasındaki mal

¹⁸⁶ Bkz. a.ş.a. § 9. I.

¹⁸⁷ Bkz. ve karşı. Hatemi-Serozan, s. 211; Feyzioğlu, s. 205, 334.

rejiminin, gerektiğinde mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verilebilir.¹⁸⁸ Ayrıca, bazı malların eşlerden birine verilmesine de karar verilebilir.

d. Çocuklarla İlişkilerin Düzenlenmesi

Medeni Kanun'un 197. maddesinin dördüncü fıkrası gereğince, hâkim, eşlerin ergin olmayan çocuklarına ilişkin olarak, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre, (TMK, mad. 182, 323 vd.) gerekli gördüğü önlemleri alır.¹⁸⁹ Bu hükme göre, hâkim, eşlerin ergin olmayan ortak çocuklarını, ayrı yaşama süresince eşlerden birine verebilir.¹⁹⁰ Ayrıca, kendisine çocuk verilmeyen eş ile çocuk-

¹⁸⁸ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 916; Öztan, (Aile) s. 331, 351; Feyzioğlu, s. 363; Petek, s. 50; Ünal, s. 130; Knoepfler, s. 133.

¹⁸⁹ İcra ve İflas Kanun'un 4949 sayılı Kanun'la değişik 341. maddesine göre, "Çocuk teslimi hakkındaki ilanın veya ara kararın icrası sırasında çocuğu gizleyen ya da ilanın veya ara kararın icrasından sonra tekrar kaçırarak borçlu ile bu fiillere bilerek iştirak edenler, lehine hükümi verilmiş kimsenin şikayeti üzerine, tetkik mercii tarafından, iki aydan altı aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılır." Görüldüğü gibi, 30. 7. 2003 tarihinde yürürlüğe giren 4949 sayılı Kanun'dan önceki şekliyle, İcra ve İflas Kanun'un 341. maddesine göre, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar, nihai bir karar değilse, yani, çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar bir ara kararı ise, bu karara uyulmaması, bu maddedeki suçu oluşturuyordu. Bkz. Uyar, (Suç Sayılan Fiiller, s. 313) Bkz. 12. Hukuk Dairesi'nin 3.10.1980 tarih ve 7014/7023 sayılı Kararı. (Uyar, Suç Sayılan Fiiller, s. 319) 8. Ceza Dairesi'nin 7.11.1996 tarih ve 12552/13892 sayılı Kararı. (Uyar, İİK, C. IV, s. 9115) Anılan değişiklikten önce, çocuk teslimi veya çocukla kişisel ilişki kurulmasına ilişkin ara karara uyulmamasının, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesinde öngörülen, ihtiyati tedbire uymama suçunu oluşturabileceği ifade ediliyordu. Bu yönde: 8. CD, 29. 1. 1996 tarih ve 1995-17219/1996-1016 sayılı Karar. (Uyar, İİK, C. IV, s. 9125) 8. CD, 30. 10. 1997 tarih ve 12575/14641 sayılı Karar. (Alasu, s. 773)

¹⁹⁰ Önceki Medeni Kanun'un 162. maddesinde, çocukla kişisel ilişki konusunda bir hüküm bulunmadığı için, bu konuda bir kanun boşluğu olduğu kabul ediliyordu. Bu nedenle, ortaya çıkan boşluğun, hâkim tarafından doldurularak, ana baba ile çocuk arasındaki ilişkilerin düzenlenmesi gerektiği ileri sürülüyordu. Bkz. Oğuzman-Dural, s. 162, dn. 299. Aynı yönde bkz. 2. HD, 7. 9. 1999 tarih ve 8578/8667 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2634) 2. HD, 3.3.1980, 1697/1860, (YDK, 1980/6, s.

lar arasındaki kişisel ilişkileri de düzenler.¹⁹¹

Ayrı yaşamayla birlikte, çocukların, eşlerden birine verilmesi, onlar üzerindeki velayetin kaldırılması anlamına gelmez.¹⁹² Çocukların eşlerden birine verilmesi, sadece çocukların yerleşim yeri, diğer eşle kişisel ilişkiler ve parasal katkı bakımından önem taşır.

Hâkimin, çocuklarla ilgili önlemleri alabilmesi için, ayrı yaşama hakkının doğması şart değildir.¹⁹³ Hâkim, ayrı yaşama hakkı doğmamış olsa bile, istem üzerine, çocuklarla ilgili önlemleri ve bu arada çocuklara ilişkin parasal katkı¹⁹⁴ yükümlülüğünü belirler.

Medeni Kanun'un 197. maddesine göre, hâkim, çocuklar da dahil olmak üzere, bütün önlemleri, eşlerden birinin istemi üzerine alır. Medeni Kanun'un "Çocuğun Korunması" kenar başlıklı 346. maddesine göre, "Çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için uygun önlemleri alır." Görüldüğü gibi, 346. maddeye göre, çocuğun

1075) Medeni Kanun'un 197. maddesinin son fıkrasındaki bu hükümlerle, söz konusu boşluk doldurulmuştur.

¹⁹¹ Akıntürk, s. 277; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765, 916; Öztan, (Aile) s. 219, 351 vd.; Tekinay, (Aile) s. 346; Köprülü-Kaneti, s. 127; Feyzioğlu, s. 205, 364; Egger, s. 355; Petek, s. 49; Ünal, s. 130.

¹⁹² Akıntürk, s. 277; Öztan, (Aile) s. 219, 352; Egger, s. 355; Petek, s. 49.

¹⁹³ Bkz. Zevkliler, (Pratik) s. 106; Ruhi, s. 25; Tekinay, (Aile) s. 346; Bozovalı, s. 22; Egger, s. 354, 355; Güven, (Ailenin Korunması) s. 14; Ünal, s. 130; Üyegil, Fikret, "Nafaka Davaları ve Uygulama", AD, 1953/2, s. 208. Bu yönde: 2. HD, 12. 11. 1973 tarih ve 6723/6471 sayılı Karar. (Başaklar, s. 20) 2. HD, 5.11.1973 tarih ve 6637/6203 sayılı Karar. (Başaklar, s. 25) 2. HD, 29. 5. 1973 tarih ve 2905/3588 sayılı Karar (Uyar, TMK, C. III, s. 2742)

¹⁹⁴ Hâkim, hem eş, hem de çocuklar için parasal katkı kararı vermişse, kararında, bunların her biri için ayrı ayrı olmak üzere, katkı miktarlarını göstermelidir. Eş ve çocuklar için, toptan bir karar verilmesi, kararın infazı konusunda güçlük çıkardığı için yerinde görülmemektedir. Bu yönde: 2. HD, 13.10.1970 tarih ve 5217/5258 sayılı Karar. (Başaklar, s. 43-44) 2. HD, 8. 11. 1973 tarih ve 6590/6343 sayılı Karar (Başaklar, s. 46) 2. HD, 24. 11. 1993 tarih ve 10491/12475 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. II, s. 1534)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

korunmasına ilişkin önlemler, istem olmasa bile alınabilir. Kanaatimce, Medeni Kanun'un 197. ve 346. maddeleri, farklı durumlarda uygulanabilir. Çocuklara yapılacak parasal katkıya ilişkin önlem alınması zorunluluğu varsa, başka bir ifadeyle önlem alınmaması halinde çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düşecekse ve ana baba bu duruma çare bulamıyorlarsa, hâkim gerekli önlemleri resen alır.¹⁹⁵ Fakat, önlem alınmaması durumunda çocuğun gelişmesi tehlikeye düşmeyecekse, hâkim, ancak istem üzerine gerekli önlemleri alır.

Çocuklarla ilgili önlemlerin alınmasında, özellikle de, çocukların eşlerden birine verilmesinde ve çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurulmasındaki¹⁹⁶ en önemli ölçüt, çocuğun yararındır.¹⁹⁷ Çocuğun yararı, nasıl bir karar verilmesini gerektiriyorsa, hâkim o yönde bir karar vermelidir. Bu nedenle, ayrı yaşamaya sebep olan olaylardaki kusur, çocukla kişisel ilişkilerin düzenlenmesi konusunda belirleyici bir kıstas değildir.

Ayrıca, hâkim, çocuğun giderleri için, kendisine çocuk verilmeyen eşin, diğer eşe ne miktar parasal katkıda bulunacağını da belirler.¹⁹⁸ Çocuk lehine hükmedilen bu parasal katkı, çocuğun ergin olmasıyla birlikte sona erer.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Bkz. 2. HD, 1. 6. 1999 tarih ve 5738/6076 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. II, s. 1490)

¹⁹⁶ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'yle koruma altına alınan özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında, eşlerin, velayeti kendisine verilmeyen çocuklarıyla kişisel ilişkilerinin hakkaniyete uygun bir şekilde düzenlenmesi gerekir. Aynı şekilde Mahkeme, ana-babanın çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkının, evlilik dışı doğan çocuklar yönünden de bulunduğuna işaret etmiştir. Bkz. Akıllıoğlu, Tekin, *AİHS, AİHM İçtüzüğü, Başvuru Koşulları*, Ankara 2002, s. 30; Gölcüklü, A. Feyyaz-Gözübüyük, A. Şeref, *AİHS ve Uygulaması*, Ankara 2002, 340; Tezcan-Erdem-Sancakdar, s. 289.

¹⁹⁷ Öztan, (Aile) s. 352; Köprülü-Kaneti, s. 127; 187; Bozovalı, s. 40; Arsebük, s. 711.

¹⁹⁸ Ruhi, s. 32; Akıntürk, s. 277; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 916; Öztan, (Aile) s. 353; Feyzioğlu, s. 364; Doğanay, (Nazarî ve Tatbiki) s. 137.

¹⁹⁹ Bkz. YHGK, 18. 11. 1989 tarih ve E, 1998/2-820, K, 833 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2640) 2. HD, 31. 5. 1973 tarih ve 3704/3636 sayılı Karar. (Başaklar, s. 101)

D. Hâkim Tarafından, Hem Eşlerin Birlikte Yaşamayı, Hem de Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumlarında Alınabilecek Önlemler

1. Hâkimin, Eşlerden Birinin Borçlarına, Borçlarını Diğer Eşe İfa Etmelerini Emretmesi

Medeni Kanun'un 198. maddesine göre: "Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim, onun borçlarına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir." Görüldüğü gibi, bu önlem, diğer önlemlerin aksine, eşlere değil, eşlerden birinin borçlarına ilişkindir. Bu maddeyle, eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmelerinin sağlanması amaçlanmıştır.

Hâkimin, bu önleme başvurabilmesi için aranan ilk koşul, eşlerden birinin, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesidir.²⁰⁰ Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği, Medeni Kanun'un 186. maddesinin üçüncü fıkrası ile 196. maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenir. Hâkim, yapacağı inceleme sonucunda, eşlerden birinin, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmedeği kanaatine varırsa, yükümlülüğünü ihlal eden eşin²⁰¹ borçlarına, borçlarını diğer eşe ödemelerini emredebilir.

Görüldüğü gibi, bu maddenin uygulanabilmesinin ikinci koşulu, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²⁰⁰ Akıntürk, s. 131; Uçar, s. 327; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 766; Öztan, (Aile) s. 220; Oğuzman-Dural, s. 165; Tekinay, (Aile) s. 346; Köprülü-Kaneti, s. 128; Feyzioğlu, s. 206; Egger, s. 356; Ünal, s. 131; Tuğsavul, s. 43.

²⁰¹ Önceki Medeni Kanun'un, bu konuya ilişkin 163. maddesine göre: "Koca, aile vazifelerini ihmal ederse, karı kocanın mallarını idare hususunda kabul ettikleri usul ne olursa olsun, hâkim, karı ve kocanın borçlarına, borçlarının tamamını veya bir kısmını karıya ödemelerini emreder." Görüldüğü gibi, önceki Medeni Kanun'un bu maddesi, sadece, kocanın evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesini düzenliyordu. Bu nedenle, bu hükmün, kadın hakkında da uygulanıp uygulanamayacağı tartışılmıyordu. Bkz. ve karş. Oğuzman-Dural, s. 164; Feyzioğlu, s. 207; Tandoğan, s. 134.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

yerine getirmeyen eşin, üçüncü kişilerden alacaklı olmasıdır.²⁰² Alacağın niteliği ve doğum nedeni, kural olarak önemli değildir. Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin, üçüncü kişilerden olan, parasal veya parayı temsil eden senetlere bağlı alacaklarının diğer eşe ödenmesine karar verilebilir. Fakat, üçüncü kişilerce, söz konusu eş lehinde, bir aynı hakkın kurulmasına ilişkin bir borcun ifası konusunda bu önleme başvurulamaz.²⁰³

Bu hükmün önemi, hizmet sözleşmelerinden doğan alacaklarda ortaya çıkar.²⁰⁴ Hâkim, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin işverenine göndereceği ödeme emriyle, onun, bundan sonra, emrinde çalışan eşin ücretini, diğer eşe ödemekle borcundan kurtulabileceğini bildirebilir. Medeni Kanun'un 198. maddesinin, en güzel ve etkili uygulama alanını bu gibi durumlar oluşturur.²⁰⁵

²⁰² Medeni Kanun'un 198. (EMK, mad. 163.) maddesinin uygulanabilmesi için, bunlardan başka bir koşul aranmaz. Fakat, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 23.1.1979 tarih ve 1978/9239, 1979/364 sayılı Kararı'na göre, önceki Medeni Kanun'un 163. maddesinin uygulanabilmesi için, hem, ortak yaşam devam etmelidir, hem de yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş için, savurganlık, kötü yönetim ve içkiye düşkünlük gibi vasi atanmasını gerektiren bir durum bulunmalıdır. Bu nedenle, birlikte yaşamaya ara verildiği veya kısıtlanma nedeni oluşmayan durumlarda, önceki Medeni Kanun'un 163. maddesi (TMK, mad. 198) uygulanmaz. (ABD,1979/3, s. 74) Tekinay'a göre (Aile, s. 347) söz konusu madde, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda daha etkili olur. Ayrıca, kanunda, bu maddenin, sadece birlikte yaşamının devam ettiği hallerde uygulanacağı yolunda bir hüküm bulunmamaktadır. Maddenin uygulanabilmesi için, bir kısıtlama nedeni aranması da, amacı aşan bir yorum niteliğindedir ve bunun hiçbir yasal dayanağı yoktur. Bu nedenlerle, kanaatimce, hakkında kısıtlama kararı bulunmasa veya birlikte yaşamaya ara verilmiş olsa bile, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece, Medeni Kanun'un 198. maddesi uygulanabilir. Bu yönde bkz. Oğuzman-Dural, s. 164; Öztan, (Aile) s. 220; Velidedeoğlu, s. 127; Tandoğan, s. 134; Egger, s. 356.

²⁰³ Güven, (Ailenin Korunması) s. 11.

²⁰⁴ Akıntürk, s. 131; Zevkililer-Acabey-Gökyayla, s. 766; Öztan, (Aile) s. 220. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 23. 1. 1979 tarih ve 1978/9239, 1979/364 sayılı Kararı'na göre, eşlerden birinin, kamu kurumlarından aldığı aylıkları da önceki Medeni Kanun'un 163. maddesinin (TMK, mad. 198) kapsamına girer. (ABD, 1979/3, s. 74)

²⁰⁵ Bkz. ve karşı. Velidedeoğlu, s. 127.

Medeni Kanun'un 198. maddesinde, bu önlemin istem üzerine alınabileceği açıkça belirtilmemekle birlikte, kanaatimce, bu önleme, ancak eşlerden birinin istemi varsa hükmedilebilir.²⁰⁶

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Hâkim, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin borçlularına bir ödeme emri gönderilmesine karar verir. Ödeme emrinde, hangi borçluların, hangi borçlar için ve hangi oranda, diğer eşe ödemedede bulunmaları gerektiği de gösterilir.²⁰⁷ Bu ödeme emri, İcra ve İflas Kanun'daki ödeme emrinden farklıdır. Çünkü, İcra ve İflas Kanunu'nun 60. maddesinin birinci fıkrasının ikinci bendi ile aynı Kanun'un 78. maddesine göre, borçlu, yedi gün içinde ödeme emrine itiraz etmezse, borcu kabul etmiş sayılır ve alacaklı haciz isteyebilir. Aynı şekilde, İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, üçüncü kişilerdeki alacakların haczinde, üçüncü kişiye gönderilen ihbarnameye, yedi gün içinde itiraz edilmemesi, borcun varlığının kabul edildiği anlamına gelir. Fakat, Medeni Kanun'un 198. maddesi gereğince, eşin borçlusuna gönderilecek olan ödeme emrine itiraz söz konusu değildir.²⁰⁸ Borçlunun, bu ödeme emrine itiraz etmemesi, borcu kabul ettiği anlamına gelmez. Çünkü, Medeni Kanun'un 198. maddesiyle gönderilen ödeme emri, borcun, alacaklıya değil, diğer eşe ödenmesine ilişkin bir emirdir. Borçlu, alacaklıya karşı sahip olduğu bütün savunma olanaklarını, eşine karşı da ileri sürebilir.

Hâkimin, eşlerden birinin borçlularına göndereceği ödeme emriyle, ifanın, diğer eşe yapılması gerektiğini bildirir. Hâkim, bütün borçlulara yönelik genel bir ilan yapmak yerine, her bir borçluya tek tek ödeme emri göndermelidir.²⁰⁹

Bu karardan ve bu kararın borçlulara bildirilmesinden başlayarak, borçlular, ancak diğer eşe ödeme yapmak sure-

²⁰⁶ Karş. Egger, s. 357.

²⁰⁷ Egger, s. 357.

²⁰⁸ Güven, (Ailenin Korunması) s. 11.

²⁰⁹ Feyzioğlu, s. 207; Egger, s. 357; Arsebük, s. 710.

tiyle borçlarından kurtulurlar. Alacaklı eşe yapacakları ifa, onları borçtan kurtarmaz.²¹⁰ Bu durumda, diğer eşe yeniden ifada bulunmak zorunda kalırlar.²¹¹ Çünkü, bu ödeme emrinin borçlulara tebliği edildiği anda, söz konusu alacak, diğer eşe geçer. Burada, alacağın kazaî temliki²¹² söz konusudur.²¹³

2. Eşlerden Birinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması

a. Genel Olarak

Medeni Kanun'da kabul edilen eşler arası eşitlik ilkesi gereğince, önceki Medeni Kanun'un kadın erkek eşitliği ilkesine aykırı hükümleri kaldırılmıştır.²¹⁴ Böylece kanun koyucu, eşleri, birbirine karşı korunmaya gerek görmemiş ve Medeni Kanun'un 193. maddesiyle, aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her birinin diğeri ve üçüncü kişilerle her tür hukuki işlemi yapabileceği ilkesini benimsemiştir.

Yeni Medeni Kanun'da, evlilik birliğinin korunması ilkesi gereğince, evlilik birliğinin ekonomik geleceği ve ailenin huzuru açısından, eşlerin yapacağı bazı hukuki işlemlerin, ancak diğer eşin rızasıyla geçerli olabileceği kabul edilmiştir.

²¹⁰ Akıntürk, s. 132; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 766; Oğuzman-Dural, s. 165; Feyzioğlu, s. 207; Oğuzoğlu, s. 162; Gönensay, s. 143; Arsebük, s. 709; Güven, (Ailenin Korunması) s. 11; Tour, s. 182. Borçlular, hâkim tarafından gönderilen ödeme emrine rağmen, alacaklı eşe ödemedede bulunmuşlarsa, alacaklı eşin, parayı diğer eşe verdiği veya paranın evlilik birliğinin giderleri için kullanıldığı kanıtlanabilirse, diğer eşe, yeniden ödemedede bulunma yükümlülüğü ortadan kalkar. Bkz. Öztan, (Aile) s. 221.

²¹¹ Fakat, alacaklı eşe yapılan ilk ödemenin sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri verilmesi istenebilir.

²¹² Alacağın kazaî temliki, bir alacağın, alacaklısının irade beyanı ve herhangi bir şekil zorunluluğu olmaksızın hâkim kararı ile bir başka kişiye intikal etmesidir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Dayındarlı, Kemal, *Borçlar Kanunu'na Göre Alacağın Temliki*, Ankara 2000, s. 108 vd.

²¹³ Bkz. Arsebük, s. 709; Dayındarlı, s. 108-109; Tekinay-Akman- Burcuoğlu-Altıp, s. 265-266. Aksi görüşte olan Öztan'a göre, (Aile, s. 220) Medeni Kanun'un 198. maddesinde, alacağın temliki söz konusu değildir.

²¹⁴ Bkz. yuk. § 6, II.

Böylece, Medeni Kanun'da, bir yandan evlilik birliğine ilişkin önemli bazı kararların eşlerin ortak rızasıyla alınabileceği kabul edilmiş, diğer yandan bu hükümlerle, 193. maddede düzenlenen hukuki işlem özgürlüğü ilkesine istisnalar getirilmiştir.

Yeni Medeni Kanun'da, evlilik birliğinin korunması bakımından benimsenen sistem göre, aile konutu gibi, aile için çok önemli bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemleri, kanun gereğince doğrudan diğer eşin rızasına bağlanmıştır.²¹⁵ Bunun yanında aynı kanunda, bazı koşulların gerçekleşmesi durumunda, eşlerin, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili yapacakları tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin, hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanabileceği öngörülmüştür.²¹⁶ Böylece her bir eş, kanunda öngörülen bazı koşulların bulunması durumunda, mahkemeye başvurarak, diğer eşin yapacağı bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemlerinin, kendi rızasına bağlanmasını sağlayabilir.

Özellikle eşler arasında uyuşmazlıkların çıktığı dönemlerde eşler, diğer eşe zarar vermek amacıyla bazı hukuki işlemlere girişebilirler. Bazı malvarlığı değerlerini çok düşük bir bedel karşılığında elden çıkarabilir veya mallarını saklayabilirler. İşte kanun koyucu, bu gibi durumlarda diğer eşin karşı karşıya kaldığı tehlikenin bertaraf edilebilmesi için 199. maddeyle, eşlerin malları üzerindeki tasarruf yetkilerinin diğer eşin rızasına bağlanabileceğini kabul etmiştir.²¹⁷

Nitekim, Medeni Kanun'un 199. maddesine göre, "Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine, hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların, ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir." Böylece, eşlerin dürtüslük kurallarına aykırı

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²¹⁵ Bkz. yuk. § 5.

²¹⁶ Doğan, s. 293; Gümüş, s. 68.

²¹⁷ Bkz. ve karşı. Gümüş, s. 70 vd.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

davranışlar içine girerek, ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokmalarının önlenmesi amaçlanmaktadır.²¹⁸

b. Koşulları

Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince eşlerden birinin bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanabilmesi için, ortak yaşamın devam etmesi zorunlu değildir. Eşler ortak yaşama son vermiş olsa, hatta boşanma davası açılmış olsa bile, bu hüküm uygulama alanı bulur. Özellikle boşanma davası açılması durumunda, Medeni Kanun'un 169. maddesinde belirtilen geçici önlemleri alma yetkisi kapsamında, 199. madde de uygulama alanı bulur.²¹⁹

Medeni Kanun'un, "*Tasarruf yetkisinin sınırlanması*" kenar başlıklı 199. maddesine göre, eşlerden birinin, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarının diğer eşin rızasına bağlanabilmesi için, şu iki koşuldan birinin gerçekleşmesi ve diğer eşin bu konuda bir istemde bulunması gerekir.

aa. Ailenin Ekonomik Varlığının Tehlikeye Düşmesi

Eşlerden birinin, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarının, hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanmasının ilk koşulu, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmüş olmasıdır. Eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin, ailenin ekonomik geleceği açısından büyük tehlikeler doğurabileceğini düşünen kanun koyucu, ailenin ekonomik varlığının korunmasının tehlikeye düşmesini, eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlanması sebebi olarak kabul etmiştir.

²¹⁸ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Havutçu, s. 250; Akıntürk, s. 114; Özuğur, (Nafaka) s. 37; Uçar, s. 324 vd.; Gümüş, s. 69; Acabay, (Evliliğin Genel Hükümleri) s. 20.

²¹⁹ Gümüş, s. 71.

Mesela, eşlerden biri, malvarlığını düşüncesizce tüketmeye veya bütün gelirini kumarda harcamaya başlamışsa, diğer eş, hâkime başvurarak, ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla, ailenin ekonomik durumunu tehlikeye sokan eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını isteyebilir. Aynı şekilde, ev eşyalarının evden uzaklaştırılması, mevcut ticari işletmelerin gereksiz kapatılması, ticari veya mesleki işletmelerin uygun karşılık alınmaksızın elden çıkarılmaya başlanması, ailenin geleceği için yapılmış yatırımların hızlıca paraya çevrilmesi, ani ve sebebi açıklanamayan mal varlığı azalmaları, ailenin ekonomik varlığının tehlikede olduğu durumlara örnek olarak gösterilebilir.²²⁰ Gümüş'ün de²²¹ haklı olarak belirttiği gibi, yasal temelini Medeni Kanun'un 206 ve 217. maddelerinde bulan eşlerin birbirine bilgi verme yükümlülüğünün ihlali de, somut olayın özelliklerine göre tek başına, ailenin ekonomik varlığının tehlikede olduğunun bir kaninesi sayılabilir.

Görüldüğü gibi, bu madde, Medeni Kanun'un 193. maddesinde belirtilen hukuki işlem özgürlüğü ilkesinin bir istisnasını oluşturmaktadır. Kanaatimce, söz konusu maddede kullanılan, "*ailenin ekonomik varlığının korunması*" ibaresi, "*ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmesi*" şeklinde anlaşılmalıdır. Ailenin ekonomik varlığı konusunda hiçbir tehlike yokken, eşlerden biri, diğerinin, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflarının kendi rızasına bağlanmasını isterse, hâkim bu istemi reddetmelidir. Çünkü söz konusu hüküm, ancak ailenin ekonomik varlığının korunmasının gerektirdiği durumlarda uygulanabilir.²²²

Bu hükmün uygulanabilmesi için, aileye ilişkin ve ailenin ekonomik temellerine yönelik ciddi ve güncel bir tehlike söz konusu olmalıdır. Bu tehlikenin, eşlerin kasıtlı veya en azından kusurlu davranışları nedeniyle doğması aranmaz.

²²⁰ Bkz. Gümüş, s. 73.

²²¹ s. 173, dn. 167.

²²² Gümüş, s. 72.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Çünkü, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında asıl amaç, ortaya çıkan tehlikeyi yok etmektir. Bir tehlike mevcut olmasına rağmen, önlem alıp bu tehlikeyi gidermek için eşlerin kusurunu aramak, evlilik birliğinin korunması ilkesiyle bağdaşmaz.²²³

Eşlerden birinin, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemlerinin, diğer eşin rızasına bağlanabilmesi için bir zarar doğması gerekmez. Henüz bir zarar doğmamakla birlikte, ailenin ekonomik varlığının, hak sahibi eşin tasarruf işlemleri nedeniyle bir zarar görme tehlikesiyle karşılaşması durumunda da bu madde uygulanabilir. Ortaya çıkan tehlikenin ciddi olması aranmakla birlikte, ailenin asgari yaşam düzeyinin tehlikeye düşmesi zorunlu değildir. Bu nedenle, ailenin mevcut hayat standardını koruyamaması, 199. maddenin uygulanabilmesi için yeterlidir.²²⁴

Ayrıca, 199. maddeye başvurulabilmesi için öncelikle diğer önlemlere başvurulması zorunlu değildir. Bu nedenle koşulları varsa hâkim, diğer önlemlere başvurmadan da 199. maddeyi uygulayabilir.²²⁵

bb. Evlilik Birliğinden Doğan Mali Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

Eşlerden birinin, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemlerinin, diğer eşin rızasına bağlanabilmesinin diğer bağımsız koşulu, Medeni Kanun'un 199. maddesinde de belirtildiği gibi, evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi tehlike içindeyse, yükümlülüğünü tehlikeye sokan eşin tasarruf yetkisi, hâkim

²²³ Kanaatimce, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin alınmasında, eşlerin kusurlarına bakılmamalıdır. Eşler kusursuz olsa bile evliliği koruyucu önlemler alınabilmelidir. Bu konuda bkz. yuk. § 8, II, B.

²²⁴ Gümüş, s. 73.

²²⁵ Bkz. Gümüş, s. 69, dn. 154.

kararıyla diğer eşin rızasına bağlanabilir.²²⁶ Mesela, eşlerden biri, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa ve onun tutum ve davranışlarından, bu yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınacağı anlaşılıyorsa, hâkim, bu eşin bazı malvarlığıyla ilgili tasarruflarının geçerliliğini, diğer eşin rızasına bağlayabilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Doktrinde, salt evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün ihlal edilmesi durumunda, ailenin ekonomik temellerinin tehlike altında olması dışında, doğrudan 199. maddenin uygulanamayacağı ileri sürülmektedir.²²⁷ Bu görüş gereğince evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin ihlal edilmesi nedeniyle Medeni Kanun'un 199. maddesinin uygulanabilmesi için, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine yapacakları katkının, yine aynı kanunun 196. veya 197. maddelerine göre hâkim tarafından belirlenmiş olması zorunludur. Eşlerin evlilik birliğine yapmaları gereken parasal katkı hâkim tarafından belirlenmemişse, bu yükümlülüğe aykırı davranılması durumunda 199. madde uygulanamaz. Bu görüş gereğince, öncelikle eşlerin parasal katkı oranlarının hâkim tarafından belirlenmesi gerekir. Kanaatimce, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerinin yerine getirilmemesi gerekçesiyle eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanabilmesi için, ön koşul olarak, eşlerin evlilik birliğine yapacakları parasal katkının hâkim tarafından belirlenmiş olmasını aramak, Kanun'a aykırı bir yorum olur. Çünkü 199. maddede, bu önleme başvurulabilmesi için, hiçbir ön koşul aranmamaktadır. Buna rağmen, öncelikle 196. veya 197. maddelerin uygulanmış olmasını aramak, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin

²²⁶ Medeni Kanun'un 199. maddesi, çoğu zaman boşanmaya kararlı olan eşin, sadece, eşine parasal katkı sağlamamak veya tazminat ödememek için mallarını başkalarına devretmesi sonucunda, diğer eşin alacağını alamamasına karşı özel bir önlem niteliğindedir. Ancak, maddenin tek amacı, mal kaçırılmasına engel olmak değildir. Çünkü, eşlerin tasarruf yetkilerinin birbirinin rızalarına bağlanmasıyla, ailenin ekonomik geleceğinin korunması da amaçlanmaktadır. Bkz. Zevkililer-Havutçu, s. 251; Gümüş, s. 74, 75.

²²⁷ Bkz. Gümüş, s. 74.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

hükümlerin gerektirdiği sürati engelleyebilir. Ayrıca hâkim, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine yapacakları parasal katkıyı, zaten 199. madde gereğince eşlerin mali yükümlülüklerini ihlal edip etmediklerini tespit ederken inceleyecektir. Bu nedenle, kanunda bulunmayan bu ön koşulun, 199. maddeye eklenmesi yerinde değildir.

Evlilik birliğinden doğmayan mâli yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, bu hükmün uygulanabilmesi için yeterli bir sebep teşkil etmez.

Burada da bir zarar doğması gerekmez. Önemli olan, eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğünü yerine getirmesinin tehlikeye düşmesidir. Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünün yasal bir istisnası olan Medeni Kanun'un 199. maddesinin, ancak bir tehlike durumunda uygulanması gerekir. Mesela, eşlerden birinin, yurt dışına kaçma hazırlıkları yapması durumunda, diğer eş, kaçma hazırlıkları içinde olan eşin bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemlerinin, kendi rızasına bağlanmasını isteyebilir. Çünkü, bu durumda, kaçma hazırlıklarına başlayan eşin, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getiremeyeceği de anlaşılmaktadır.

Aynı şekilde, eşlerin birbirlerinden olan parasal katkıdan doğan alacaklarının güvence altına alınması bakımından da, bu hüküm uygulanabilir.²²⁸ Mesela, kadın, evi terk edip, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kocasından, kendisine parasal katkıda bulunmasını isterse, bu parasal katkının yerine getirilmesinin güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla, kocanın, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemleri, kadının rızasına bağlanabilir.

Ayrıca, boşanma davası sonucunda elde edilebilecek tazminat ve yoksulluk nafakasının güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla da, Medeni Kanun'un 199. maddesi uygu-

²²⁸ Uçar, s. 324.

lanabilir.²²⁹ Söz konusu maddenin gerekçesinde²³⁰ de belirtildiği gibi, genellikle, ayrılmakta veya boşanmakta kararlı olan eş, sırf diğerine parasal katkı sağlamaktan kaçınmak veya tazminat ödememek için mallarını başkalarına devretmektedir. Bu nedenle, parasal katkı veya tazminat hükmü alan eş, alacağını, diğerinden icra yoluyla bile tahsil edememektedir. Bu hüküm sayesinde hâkim, eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik önlem niteliğinde olmak üzere, bu tür tasarrufların, diğer eşin rızasına bağlı olduğuna karar verebilir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

cc. Diğer Eş, Hâkimden Önlem Alınmasını İstemiş Olmalıdır

Eşlerden birinin tasarruf yetkisinin, hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanabilmesi için, eşlerden birinin böyle bir istemde bulunması gerekir. Hâkim, eşlerin birinin istemi olmadıkça, bu maddeyi kendiliğinden uygulayamaz.²³¹

Boşanma davası açıldığında gerekli bütün önlemleri kendiliğinden alma yetkisine sahip olan hâkim, 199. maddedeki açık düzenleme karşısında, ancak eşlerden birinin talebi varsa diğer eşin tasarruf yetkisini sınırlayabilir. Bu nedenle, Medeni Kanun'un 169. maddesindeki, boşanma davası sırasındaki önlemlerin reşen alınması kuralı, eşlerin tasarruf yetkilerinin sınırlandırılması önlemi için etkili olmaz.

Hâkimin, 199. madde gereğince önlem kararı verebilmesi için, yukarıda sayılan sebeplerin kesin delillerle karutlanması gerekmez. Zarar verici tasarruflar ile ciddi ve yakın tehlikenin bulunduğu inancı, önlem alınabilmesi için yeterlidir.²³² Tehlikenin gerçekleşmesi objektif olarak olası görülmelidir.

²²⁹ Aksi görüş: Gümüş, s. 76.

²³⁰ Ertaş-Koç, s. 296.

²³¹ Akıntürk, s. 114.

²³² Gümüş, s. 77.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

c. Eşlerden Birinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması Kararıyla Birlikte Alınabilecek Önlemler

Medeni Kanun'un 199. maddesine göre, eşlerin her tür mal varlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanabilir. Eşlere ait taşınır, taşınmaz bütün mallar, gayri maddi mallar üzerindeki haklar, sınırlı ayni haklar, bankadaki para ve üçüncü kişilerdeki alacaklar gibi malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemleri, Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince, hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanabilir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta, "önlemin amaca uygunluğu ve oranlılık ilkesidir."²³ Bu nedenle eşlerin tasarruf yetkilerinin sınırlanacağı malvarlığı değerleri belirlenirken, mümkün olduğu kadar bu önlemin amacı dikkate alınmalı ve bu amacı gerçekleştirmeye yetebilecek asgari malvarlığı değeri üzerinde bu önleme karar verilmelidir. Mesela, bu önleme başvurulma nedeni, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye girmesiye, hâkim, bu ekonomik varlığı korumaya yetecek ölçüde malvarlığı değeri hakkında bu önleme başvurulmalıdır. Ya da anılan önleme, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğünü yerine getirmemesi nedeniyle başvurulmuşsa, bu önlem, sadece ihlal edilen yükümlülükle orantılı ölçüde bir malvarlığı değeri hakkında uygulanmalıdır.

Tasarruf yetkisi sınırlaması kararı, bazı malvarlığı değerleriyle ilgili olarak verilebilir. Eşlerden birinin, genel olarak bütün malvarlığıyla ilgili tasarruf yetkisinin sınırlandırılması mümkün değildir.²⁴ Hâkim, kararında, hangi mallar üzerindeki tasarruf yetkisinin, diğer eşin rızasına bağlandığını açıkça göstermelidir. Çünkü, Medeni Kanun'un 199. maddesinin birinci fıkrasında da belirtildiği gibi, "...hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların, ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir." Ayrıca, hâkim tarafından belirlenen bu malvarlığı değerleri üzerindeki tüm tasarrufların diğer eşin rızasına bağlanmasına gerek yoktur. Sınırlama, be-

²³ Bkz. Gümüş, s. 78.

²⁴ Güven, (Ailenin Korunması) s. 13; Gümüş, s. 77; Akyol s. 393.

lirlenen malvarlığı değerleri üzerinde, belirli tasarruf işlemleri için dahi yapılabilir. Mesela sadece ivazsız tasarrufların sınırlanması gibi.²³⁵

Hâkim, eşlerden birinin, bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlarsa, o takdirde gerekli bütün önlemleri alır. (TMK, mad. 199/II) Mesela, eşlerden birinin bankadaki hesabı üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanırsa, durumu bankaya bildirir. Maddenin uygulama alanı geniş olduğu için, alınacak önlemin niteliği de tasarruf yetkisi sınırlanan malvarlığı değerinin türüne göre değişebilir. Mesela, taşınurların veya kıymetli evrakın mahkemeye veya bir bankaya saklanmak üzere tevdi edilmesi, bir ticari işletme üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanması durumunda, ticaret sicil müdürlüğüne, bir motorlu araç üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlanması durumunda ise, trafik sicil müdürlüğüne gerekli bildirim yapılması bu hüküm gereğince hâkimin alabileceği koruyucu önlemlerdendir.

Bununla birlikte, aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre, hâkim, eşlerden birinin bir taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini kaldırırsa, resen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir. Bunun için, tapu sicil müdürlüğüne gerekli bildirim yapar. Böylece, hâkimin, eşlerden birinin taşınmazlarıyla ilgili olarak tasarruf yetkisini sınırlaması durumunda, daha özel nitelikli bir önlem alabileceği de belirtilmiştir.²³⁶ Eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar hakkında bu hüküm uygulanabilir. Çünkü her ne kadar, yasal mal rejiminde, Medeni Kanun'un 223. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mallar üzerinde tasarruf diğer eşin rızasına bağlıysa da, şerh olanağı anılan maddede bulunmadığı için, 199. madde eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan taşınmaz mallar için de uygulanabilir.²³⁷

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²³⁵ Gümüş, s. 79.

²³⁶ Zevkliler-Havutçu, s. 251; Akıntürk, s. 115; Uçar, s. 325.

²³⁷ Bkz. Gümüş, s. 76.

d. Sonuçları

Medeni Kanun'un 199. maddesinin birinci fıkrasında da belirtildiği gibi, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların, ancak diğer eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Bu nedenle, hâkimin vereceği karar, belirlediği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemlerinin, diğer eşin rızasına bağlanması yönünde olur.²³⁸

Maddede geçen "*tasarruf*"tan kasıt, tasarruf işlemleridir. Hâkimin belirlediği malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi diğer eşin rızasına bağlanan eş, bu rızayı almadan, bu mallar üzerinde hiçbir tasarruf işlemi yapamaz. Bu nedenle, Medeni Kanun'un 199. maddesi bir fiil ehliyeti sınırlaması niteliğinde olmaktan çok, bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir. Durum böyle olunca, hâkimin, ancak belirlediği malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemlerini diğer eşin rızasına bağlayabileceği sonucuna varılmaktadır. Hâkimin eşlerin borçlandırıcı işlemlerini diğer eşin rızasına bağlaması mümkün değildir. Mesela, mülkiyetin devri, ipotek tesisi, sınırlı ayni hakkın terkinî, alacak hakkının devri veya bu haktan feragat edilmesi, üçüncü kişi yararına sınırlı bir ayni hak kurulması gibi işlemler birer tasarruf işlemi olması nedeniyle, hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanabilir.²³⁹

Bu kararlar birlikte, tasarruf yetkisi diğer eşin rızasına bağlanan eş, hâkimin belirlediği mallar üzerindeki tasarruf işlemlerini, ancak eşinin rızasıyla yapabilir. Diğer eşin rızası bulunmadıkça, yapılan tasarruf işlemi geçerlilik kazana-

²³⁸ Akıntürk, s. 114; Reisoğlu, (www.tbb.org/turkce/konferans/seza.doc) Akyol s. 393.

²³⁹ Gümüş'ün de (s. 81) haklı olarak belirttiği gibi teknik anlamda tasarruf işlemi olmasa da, eşlerden birinin bankadaki hesabı üzerinde tek başına işlem yapmasının yasaklanması da, 199. madde kapsamında alınabilecek bir önlemdir.

maz.²⁴⁰ Bununla birlikte, üçüncü kişilerin iyi niyetinin korun-
duğu durumlar saklıdır. (TMK, mad. 1023)

Medeni Kanun'un 194. maddesinin ikinci fıkrasında yer
alan hükme benzer bir kural, 199. madde de öngörülmemesi-
ne rağmen, rızayı sağlayamayan eşin de anılan hükmün kıyas
yoluyla uygulanması sonucu, hâkimin müdahalesini isteyebi-
leceği kabul edilmelidir.²⁴¹

Tasarruf yetkisi, hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağ-
lanan eşin, bu mallar üzerinde yapacağı borçlandırıcı işlemlerin
geçerliliği ise, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Medeni
Kanun'un 199. maddesi ile aile konutuna ilişkin 194. madde²⁴²
arasında bir paralellik vardır. Çünkü tasarruf yetkisi, her iki
maddede de hâkimin değil, diğer eşin rızasına bağlanmak-
tadır. Fakat, 194. madde gereğince, bu durum kendiliğinden
gerçekleşirken, 199. maddeye göre, hâkimin kararı üzerine
gerçekleşmektedir.²⁴³

Medeni Kanun'un 199. maddesinin son fıkrasındaki şerh-
hin etkisi, ayrıca açıklanmaya muhtaç bir konudur. Hâkim
kararıyla birlikte, sınırlanan eşin, kararda belirlenen malvar-
lığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi diğer eşin rızasına
bağlanır. Taşınmazlarda buna ilişkin şerh, resen tapu sicili-
ne işlenir. Kanaatimce, bu şerh tapu sicilini kilitlemelidir.²⁴⁴
Çünkü, 199. maddenin son fıkrasında, hâkim kararıyla birlik-
te, sınırlanan eşin tasarruf yetkisinin kalktığı açıkça düzen-
lenmiştir. Medeni Kanun'un 1015. maddesine göre de, tapu
memurunun talepte bulunanın tasarruf yetkisinin bulunup
bulunmadığını inceleme görevi bulunmaktadır. Yine aynı ka-
nunun 1016. maddesine göre, tasarruf yetkisi bulunmuyorsa,
tapu memuru talebi reddetmelidir. Bu nedenlerle, 199. mad-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²⁴⁰ Bkz. ve karşı. Acabey, (Yasal Mal Rejimi) s. 113.

²⁴¹ Gümüş, s. 71, dn. 158, s. 83.

²⁴² Bkz. yuk. § 5, II.

²⁴³ Bkz. Gümüş, s. 71, dn. 158.

²⁴⁴ Bkz. Gümüş, s. 86 vd.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

deye göre tapu siciline yapılan şerh, tapu sicilini kilitlemeli ve tasarruf işlemleri yapılmasına engel olmalıdır.²⁴⁵

Ayrıca, madde gereğince verilen kararın iyi niyetli kişilere etkisi de tartışmaya açık bir konudur. Bu nedenle kanaatimce, konunun taşınurlar ve taşınmazlar yönünden ayrı ayrı incelenmesi yerinde olur.

Taşınurlar bakımından, hâkim tasarruf yetkisi sınırlaması kararı vermekle birlikte, bu kararın etkisinin sağlanması bakımından gereken bütün önlemleri de 199. maddesinin ikinci fıkrasına göre alabilir. Mesela, taşınır malın veya kıymetli evrakın mahkemeye veya bir bankaya tevdi edilmesi gibi. Fakat, bu karar gereğince işlem yapılmadan önce, yani taşınurlar hâlâ tasarruf yetkisi sınırlanan eşin elindeyken, bu eş, bu taşınurları iyi niyetli üçüncü bir kişiye satıp devrederse, kanaatimce bu kişinin kazanımı korunmalıdır. Çünkü, Gümüş'ün²⁴⁶ haklı olarak belirttiği gibi, Medeni Kanun'un 988. maddesinde öngörülen emin sıfatıyla zilyetten iyi niyetle iktisaba ilişkin hükümler, taşınır üzerinde tasarruf yetkisi sınırlanan eş emin sıfatıyla zilyet olmamasına rağmen uygulama alanı bulur. Çünkü, 199. maddenin ikinci fıkrasında öngörülen, hâkimin gerekli önlemleri alabilmesine ilişkin kuralın amacı, iyi niyetli üçüncü kişilerin aynı hak kazanmalarını önlemektir. Bu nedenle hâkim, üçüncü kişilerin aynı hak kazanmalarına engel olmaya ilişkin önlemlere karar vermemişse veya bu önlemler henüz fiilen uygulanmamışsa, malik eşten iyi niyetle aynı hak kazanan kişilerin bu iktisabı korunur.²⁴⁷

Taşınmazlar bakımından ise, maddenin son fıkrasındaki şerh olanağı dikkate alınarak bir sonuca varılmalıdır. Bir taşınmaz hakkında tasarruf yetkisi sınırlanmasına karar ve-

²⁴⁵ Nitekim hükmün İsviçre uygulaması da bu şekildedir. Bkz. Gümüş, s. 86, dn. 136 ve dn. 137'de anılan yazarlar.

²⁴⁶ s. 95.

²⁴⁷ Burada vardığımız sonuç, İcra ve İflas Kanunu'nun 86. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme benzemektedir. Anılan hükme göre, haczedilip, borçlunun elinde bırakılan mallar hakkında, üçüncü kişilerin iyi niyetle aynı hak kazanmaları mümkündür.

rilmiş olmakla birlikte, buna ilişkin şerh henüz tapu siciline işlenmemişse, bu sınırlamadan haberi olmayan iyi niyetli kişilerin, tasarruf yetkisi sınırlanan eşten gerçekleştirdikleri iktisap, Medeni Kanun'un 1023. maddesine göre korunmalıdır.²⁴⁸ Çünkü, Medeni Kanun'un 1023. maddesi, kanaatimce, tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin tasarruf yetkisinin varlığına duyulan güveni de korumaktadır.²⁴⁹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

3. Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Mal Ayrılığına Dönüştürülmesi

Medeni Kanun'un 206. maddesinin birinci fıkrasına göre: *"Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir."* Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesinde haklı sebep oluşturabilecek durumlar, örnekleme yoluyla (tâdadî biçimde) sayılmıştır. Bu nedenle, söz konusu fıkrada belirtilenler dışındaki durumlar da mal ayrılığına geçiş için haklı bir sebep oluşturabilir.²⁵⁰

Eşler arasında geçerli olan mal rejiminin (edinilmiş mallara katılma, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı, (eşlerden birinin istemi üzerine mal ayrılığına dönüştürülmesi, genellikle, evlilik birliğinin menfaatlerinin korunması temeline dayanır. Kanun koyucu, bazen evlilik birliğinin genel menfaatleri gereği, bazen de eşlerden birinin kişisel men-

²⁴⁸ Bkz. Kılıçoğlu, (Diğer Eşin Rızası) s. 34.

²⁴⁹ Bu görüşü kabul etmeyen Gümüş'e göre, (s. 96, 97) 1023. madde, sadece tescil edilmiş kişiye yönelik olup, o kişinin tasarruf yetkisinin bulunduğu duyulan güveni korumaz. Bu nedenle yazar, Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince eşlerden birinin bir taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandığı fakat buna ilişkin şerhin henüz tapu siciline işlenmediği dönemde, bu durumdan haberi olmadan iyi niyetle aynı hak kazanan kişilerin korunmayacağını belirtmektedir. Çünkü, anılan maddenin amacı, evlilik birliğini ve özel olarak diğer eşi korumaktır. Bu nedenle, korunan eş ile işlem tarafı olan üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmasında, korunan eş lehine bir çözüme ulaşılması gerekir.

²⁵⁰ Akıntürk, s. 140.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

faatlerinin korunması amacıyla mal ayrılığına geçişe yönelik düzenlemeler yapmıştır.²⁵¹

Haklı sebeplerin bulunması durumunda, eşlerden her biri, uygulanan mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesini hâkimden isteyebilir. Mevcut mal rejiminin, mal ayrılığına dönüştürülmesi, ancak istem üzerine mümkündür. Hâkimin, kendiliğinden böyle bir karar verme yetkisi yoktur. İstem koşuluna bağlı olmayan tek dönüşüm nedeni, Medeni Kanun'un 109. maddesi gereğince, mal ortaklığında, eşlerden biri hakkında iflas kararı verilmesidir. Bu durumda, mal ortaklığı rejimi, kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür.

Medeni Kanun'un 206. maddesinin ikinci fıkrasında, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesinin istenebileceği haklı sebepler, beş bent halinde, örnek olarak sayılmıştır. Bu nedenle, bunlar dışında bir sebep, mal ayrılığına geçişi haklı kılıyorsa, evlilik birliğinin menfaatleri bu yöndeysel, eşler, mal ayrılığına geçiş isteminde bulunabilirler. Aynı fıkrafta, bu geçişi haklı kılan ve örnek olarak sayılan sebepler şunlardır:

1. Diğer eşe ait mal varlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması,

2. Diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması,

²⁵¹ Doğrudan alacaklıların menfaatlerinin korunması amacıyla yapılmış iki düzenleme daha vardır. Bunlardan ilki olan Medeni Kanun'un 209. maddesine göre, eşler arasında mal ortaklığı rejimi geçerliyse, eşlerden birinin iflas etmesi durumunda, eşler arasında geçerli olan mal ortaklığı rejimi, kendiliğinden, mal ayrılığına dönüşür. Medeni Kanun'un 210. maddesine göre de, eşler arasında mal ortaklığı rejimi geçerliyse ve eşlerden birine karşı icra takibine başlayan alacaklı, bu mal rejimi yüzünden zarara uğrayacaksa, borçlu eşin yerleşim yerindeki hâkimden, mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verilmesini isteyebilir. Bu yolla, alacaklıların zarar görmesi önlenmektedir. Bkz. Akıntürk, s. 139 vd.

3. Diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi,

4. Diğer eşin, istemde bulunan eşe, mal varlığı, geliri, borçları ve ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması,

5. Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması.

Bunlar ve benzeri haklı sebeplerden dolayı, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verilebilir. Hangi sebeplerin mal ayrılığına geçiş için haklı sebep sayılacağı, hâkimin takdirine bağlıdır.²⁵²

Görüldüğü gibi, eşler arasındaki mal rejiminin, mal ayrılığına dönüştürülmesi açısından haklı sebep olarak belirtilen durumlar, genellikle, mal ortaklığı için geçerlidir. Çünkü, mal ortaklığı rejiminde, eşlerin, ortaklık malları üzerinde elbirliği mülkiyeti vardır. (TMK, mad. 257/II) Eşlerin bazı davranışları, hem ortaklığı, hem de diğer eşi tehlikeye sokabilir. Bu nedenle, hâkim kararıyla mal ayrılığına geçiş, mal ortaklığı için oldukça önemlidir. Fakat, paylaşmalı mal ayrılığı ve yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşler, mal rejimleri süresince, kural olarak, kendi malları üzerinde her tür hukuki işlemi yapabildikleri için, (TMK, mad. 223, 244) mal ayrılığına geçilmesine pek fazla ihtiyaç duyulmaz. Bu nedenle, kanaatimce, Medeni Kanun'un 206. maddesi, genellikle, mal ortaklığı rejiminin, mal ayrılığına dönüştürülmesinde uygulanabilir.

Medeni Kanun'un 208. maddesinin ikinci fıkrasına göre, mal ayrılığına geçişi gerektiren sebep ortadan kalkmışsa, hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönüşüne karar verebilir. Eski mal rejimine dönüş kendiliğinden değil, ancak eşlerden birinin bu yöndeki istemi ve hâkimin kararıyla mümkündür. (TMK, mad. 208/II) Bununla birlikte, eş-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²⁵² Akıntürk, s. 140-141.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

ler, her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesi yaparak, eski mal rejimine veya yenisine geçiş yapabilirler. (TMK, mad. 208)

Eşler arasında geçerli olan mal rejiminin, mal ayrılığına dönüştürülmesi istemi konusunda yetkili mahkeme, Medeni Kanun'un 207. maddesine göre, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

4. Eşine Borçlu Olan Diğer Eşe, Borcunu Yerine Getirmesi İçin Süre Verilmesi

Medeni Kanun'un 217. maddesine göre: "*Mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Bununla beraber, bir borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi, evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa, bu eş ödeme için süre isteyebilir. Durum ve koşullar gerektiriyorsa, hâkim istemde bulunan eşi güvence göstermekle yükümlü tutar.*" Bu düzenleme, mal rejimlerine ilişkin genel hüküm niteliği taşıdığı için, eşler arasındaki mal rejiminin türüne bakılmaksızın uygulanır.²⁵³

Yeni Medeni Kanun'da, eşler arasındaki cebri icra yasağı kaldırıldığı için böyle bir hükmün kabulü gerekmiştir.

Borçlu eşin, eşine olan borcunu ödemesi, dolaylı olarak evlilik birliğini tehlikeye sokacaksa, hâkimden, kendisine ödeme için uygun bir süre verilmesini isteyebilir. Ancak, istisnai bazı durumlarda, borçlu eşe, ödeme için ek süre verilebilir.²⁵⁴ Borçlu eşe ek süre verilmesine ilişkin 217. maddeye göre, borçlu eşin, diğer eşe olan borcunu ödemesi, onu zor duruma sokacaksa, borçlu eş hâkimden kendisine ödeme için süre verilmesini isteyebilir. Genel olarak bir borcun ifası, her zaman borçluyu zor duruma sokabilir. Fakat, kanun koyucu, eşler arasındaki birliğin zarar görmemesi amacıyla, sadece

²⁵³ Fakat, mal ortaklığına ilişkin Medeni Kanun'un 270. maddesinde de, mal rejimlerinin genel hükümlerinden biri olan 217. madde hükmü aynen tekrar edilmiştir.

²⁵⁴ Ünal, s. 131.

önemli nitelik taşıyan, ağır derecedeki güçlüklerde borçlu eşe bu hakkı tanımıştır. Kanunun ifadesiyle "...borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi, evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa..." bu yola başvurulabilir.

Görüldüğü gibi, bu hükmün uygulanabilmesi için sıkı koşullar aranmıştır. İlk olarak, diğer eşe olan borcun²⁵⁵ yerine getirilmesi, borçlu eşi önemli güçlüklerle sokmalıdır. İkinci olarak, borçlu eşin zamanında ödeme durumunda düşeceği önemli derecedeki güçlükler, aynı zamanda, evlilik birliğini de tehlikeye düşürmelidir.²⁵⁶ Bu nedenlerle, borçlu eşe, ödeme için ek süre verilebilmesi için, diğer eşe olan borcun zamanında ifası durumunda, evlilik birliği de dolaylı olarak önemli ölçüde zarar görme tehlikesiyle karşılaşmalıdır. Mesela, eşlerden birinin, diğerine olan borcunu ödemesi, onun, evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olacaksa ve bu yükümlülüğün yerine getirilememesi, evlilik birliğini tehlikeye düşürecekse, borçlu eş, hâkimden, ödeme için kendisine uygun bir süre verilmesini isteyebilir.

Kanun koyucu, borçlu eşe bu olanağı sağlarken, alacaklı eşi de düşünmüş ve onun da haklarını korumak amacıyla, Medeni Kanun'un 217. maddesinin son cümlesinde, gerektiğinde, hâkimin, borçlu eşten güvence isteyebileceğini kabul etmiştir. Böylece, kanun koyucu, eşler arasındaki menfaatler dengesini de sağlamaya çalışmıştır.

Medeni Kanun'un 217. maddesinde, yetkili ve görevli mahkeme konusunda hiçbir düzenleme yoktur. Kanaatimce, görevli mahkeme, 4787 sayılı Kanun gereğince aile mahkemesi, yetkili mahkeme ise, Medeni Kanun'un 201. maddesinin birinci fıkrasına göre, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Çünkü, Medeni Kanun'un 217. maddesi ile 195.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

²⁵⁵ Kanaatimce, borçlu eş, Medeni Kanun'un 217. maddesinin ikinci cümlesinden yararlanarak, borcun ödeme süresinin uzatılmasını, henüz muaccel olmamış borçları yanında, muaccel olmuş borçları için de isteyebilir.

²⁵⁶ Akıntürk, s. 142-143.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

ve devamı maddelerinde düzenlenen, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler arasında, bir amaç birliği vardır. Bu nedenle, evlilik birliğinin korunması için alınabilecek önlemler konusunda yetkili mahkemeye ilişkin Medeni Kanun'un 201. maddesi, burada da kıyas yoluyla uygulanmalıdır.

IV. Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemlerin Hukuki Niteliği

Doktrinde, evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen kararların, geçici bir önlem niteliğinde olduğu²⁵⁷ için maddi anlamda kesin hüküm niteliği taşımadığı ileri sürülmektedir. Evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin alacağı bu önlemlerin, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'un 101. ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbirlere benzediği ileri sürülmektedir.²⁵⁸ Ayrıca, Yargıtay'ın, 7.6.1935 tarih ve 92/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na²⁵⁹ göre, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerde, yetki sınırlaması yoktur. Bu nedenle, aynen ihtiyati tedbirlerde olduğu gibi, önlemlerle ilgili kararlar, en çabuk ve kolay hangi mahkemeden alınabilecekse, oradan istenebilir. Görüldüğü gibi, Yüksek Mahkeme'nin bu kararında da, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin istemler, ihtiyati tedbirlere benzetilmiştir.²⁶⁰

Fakat, evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen kararların, ihtiyati tedbir kararlarına göre, bazı farklılıkları vardır. Gerçekten ihtiyati tedbir, "*kesin hükme kadar devam*

²⁵⁷ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 132; Tekinay, (Aile) s. 348; Köprülü-Kaneti, s. 128; Feyzioğlu, s. 207; Ünal, s. 127.

²⁵⁸ Köprülü-Kaneti, s. 129; Arsebük, s. 711, dn. 70.

²⁵⁹ YİBK Hukuk Bölümü, C. I, Ankara 1978, s. 281.

²⁶⁰ Bu karara katılmayan 2. Hukuk Dairesi Başkanı Ali Himmet'e göre ise, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerle, ihtiyati tedbirler farklı niteliktedir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler, bağımsız birer dava olarak görülür ve nihai bir kararla sonuçlandırılır. Fakat, ihtiyati tedbirler dava nedeniyle istenir ve tedbir, asıl davanın sonuna kadar devam eder. Asıl davanın sonunda ya kaldırılır, ya bir süre devamına daha karar verilir. (YİBK Hukuk Bölümü, C. I, Ankara 1978, s. 281)

eden yargılama boyunca, davacı ve/veya davalının, dava konusuyla ilgili olarak, hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara karşı öngörülmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki korumadır.”²⁶¹ Görüldüğü gibi, ihtiyati tedbir, geçici nitelik taşır ve kesin hukuki korumanın sonucuna kadar, bu sonucu anlamsız kılacak tehlikeleri ortadan kaldırma amacı taşır. Böylece, halen devam etmekte olan veya ileride açılması düşünten bir davanın kazanılması durumunda, dava sonucunun elde edilememesi tehlikesi önlenmiş olur.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

İhtiyati tedbirin en temel özelliği, asıl bir davaya bağlı olması, ardından bir dava açılmasının zorunlu bulunmasıdır. Gerçekten, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesine göre, davadan önce alınan ihtiyati tedbir kararı üzerine, on gün içinde asıl davanın açılması zorunludur. Aksi takdirde, ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar. İhtiyati tedbirin, asıl davayla doğrudan bir ilişkisi bulunmadır. Buna karşılık, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerde, önlem kararının ardından bir dava açılması zorunlu değildir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin ardından bir boşanma davası açılabilir. Ancak, bu boşanma davasının, daha önce alınan evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerle bir ilişkisi yoktur.

Ayrıca, ihtiyati tedbir kararları geçici nitelik taşıdıkları için temyiz edilemezler. Fakat, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 107. ve 108. maddelerinde belirtildiği gibi, ihtiyati tedbir kararına aynı mahkemede itiraz edilebilir.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemlere ilişkin kararlar da, ihtiyati tedbir kararları gibi maddi anlamda kesin hüküm niteliği kazanamaz.²⁶² Çünkü, maddi anlamda kesinlik, yargısal kararlara karşı tanınan yasal gerçeklik niteliği olup, tarafları, konusu ve sebebi aynı olan bir davanın yeniden mahkeme önüne getirilememesini ifade

²⁶¹ Özkes, s. 56.

²⁶² Bkz. Güven, (Ailenin Korunması) s. 12.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

eder.²⁶³ Maddi anlamda kesin hükümde, verilen kararın bir kez daha mahkeme önüne getirilmesi, ancak yargılamanın yenilenmesiyle mümkündür. Fakat, Medeni Kanun'un 200. maddesi gereğince, koşulların değişmesi durumunda hâkim, kararında gerekli değişiklikleri yapabileceği gibi, önlem kararının sebebi ortadan kalkmışsa da, bu kararı kaldırabilir. Çünkü, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler, bir uyumsuzluğu kesin olarak çözme amacı taşımaz. Sadece, evliliğin önemli bir sorunla karşılaştığı dönemde, eşler arası ilişkilerin düzenlenmesi yoluyla, hem eşlerin ve hem de çocukların, bu dönemi en az zararla geçirmelerine çalışılır. Bu nedenle, evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemler, ihtiyati tedbire benzemektedir. Fakat, ihtiyati tedbir kararlarının geçiciliği, on gün içinde açılması gereken davanın sonuna kadar sürdüğü halde, evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemlerin geçiciliği, aynı mahkemenin vereceği ikinci bir karara kadar sürer.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm oluşturmadığı savunmak, tarafları, konusu ve sebepleri ayrı olan bütün istemlerin mahkemece incelenmesi gerektiği anlamına gelmez. Çünkü, Medeni Kanun'un 200. maddesinde, ancak koşulların değişmesi durumunda, hâkimin kararını değiştirebileceği veya kaldırabileceği düzenlenmiştir. Koşullarda bir değişiklik yoksa, hâkim kararında hiçbir değişiklik yapamaz. Bu nedenle, mesela, kadın, bazı olaylara dayanarak, kocasının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini ileri sürmüş ve mahkemece bu iddia yerinde görülmeyle, istem reddedilmişse, kadın, aynı olaylara yeniden dayanamaz. Aksi takdirde hâkim, önceki kararın değiştirilmesini gerektiren bir durum olmadığı gerekçesiyle, bu istemi reddetmelidir. Görüldüğü gibi, bu durumda, evlilik birliğinin korunması ama-

²⁶³ Bu konuda bkz. Domaniç, Hayri, *Hukukta Kazıyıcı Muhkeme ve Nispi Kuvveti*, İstanbul 1964, s. 4 vd.

cıyla verilen kararların, sınırlı da olsa, maddi anlamda kesin hükümle aynı sonuçları doğurabileceği kabul edilmelidir.²⁶⁴

Yukarıda açıklanan nedenlerden dolayı, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin istemlerde, niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ihtiyati tedbire ilişkin hükümler uygulanmalıdır.

V. Önlemlerin Ortadan Kaldırılması veya Değiştirilmesi

Mahkeme, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararında aldığı önlemin süresini göstermişse, bu sürenin dolmasıyla birlikte önlem kararı kendiliğinden ortadan kalkar.²⁶⁵ Mesela, hâkim, eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisini, Medeni Kanun'un 190. maddesi veya tasarruf yetkisini, 199. maddesi gereğince sınırlamışsa ve bu kararın altı aylık bir süreyle sınırlı olduğunu açıkça belirtmişse, durum böyledir. Böylece, eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi veya malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkileri geri verilmiş olur. Ancak hâkim, eşlerden birinin, bir taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamış ve bunu tapu siciline şerh verdirmişse, bu şerhin kaldırılması için, hâkime başvuru gereklidir.

Buna karşılık hâkim, evlilik birliğinin korunması amacıyla aldığı kararlarda herhangi bir süre belirtmemişse, bu önlemler, kural olarak yeni bir karar verilinceye kadar uygulanır.²⁶⁶

²⁶⁴ Nitekim, geçici hukuki koruma niteliğinde olan ihtiyati haczin bile, sınırlı bir kesinliğinin olduğu, doktrinde savunulmaktadır. Özkes'e göre, (s. 271) aynı talebin, aynı koşullar altında, aynı olgulara dayanılarak ve aynı ispat araçları kullanılmak suretiyle, koşullarda hiçbir değişiklik olmadan yenilenmesi durumunda, kesinlikten söz edilerek ihtiyati haciz talebinin reddedilmesi mümkündür. Bu nedenle, ihtiyati hacizdeki kesinliğin zaman bakımından etkisi, şartların değişmesine, yeni sebeplerin ortaya çıkmasına veya yeni ispat araçlarına ulaşılmasına kadar devam eder.

²⁶⁵ Bkz. Zevkliler-Havutçu, s. 251; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 767; Öztan, (Aile) s. 222; Köprülü-Kaneti, s. 128; Tandoğan, s. 135; Egger, s. 357; Uçar, s. 328; Ünal, s. 127.

²⁶⁶ Ruhi, s. 40; Kaleli, s. 120; Ergenekon, s. 21; Doğanay, (Nazari ve Tatbiki) s. 41; Tandoğan, s. 135; Egger, s. 351. Eşlerden biri ölürse, alınan önlemler de kendiliğinden ortadan kalkar. Bkz. Öztan, (Aile) s. 222; Oğuzman-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemler, niteliği gereğince sürekli değildir. Bu nedenle, koşullarda bir değişiklik olduğu takdirde,²⁶⁷ hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında değişiklik yapabileceği gibi, sebepleri sona ermiş olan önlemleri de ortadan kaldırabilir. (TMK, mad. 200)

Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda hâkimin aldığı önlemler, eşlerin, kesin bir barışma ve yeniden birlikte yaşama iradesi ortaya koyarak, birlikte yaşamaya başlamaları durumunda kendiliğinden ortadan kalkar.²⁶⁸ Mesela, eşlerden biri haklı bir sebeple birlikte yaşamaya ara vermiş ve eşinden, Medeni Kanun'un 197. maddesinin ikinci fıkrası gereğince parasal katkı istemişse, hâkimin verdiği buna ilişkin kararı, kural olarak, koşullar değişmişse, yine hâkimin kararıyla kaldırılabilir veya değiştirilebilir. Parasal katkı sağlanması kararından sonra, eşler barışmışlar ve yeniden birlikte yaşamaya başlamışlarsa, bu kararın da kendiliğinden sona erdiği kabul edilmelidir. Çünkü, barışma ve birlikte yaşamaya başlamayla birlikte, eşlerin, parasal katkıya ilişkin kararın uygulanması isteminden örtülü olarak feragat ettikleri sonucuna varılmalıdır. Bu, sürekli yaşama iradesinden sonra, ortak yaşam herhangi bir nedenle kesintiye uğrarsa, daha önce verilen, fakat barışma nedeniyle sona eren önlemler kendiliğinden canlanmaz. Bu durumda, yeniden önlem alınması gerekir.

Dural, s. 165; Ergenekon, s. 21; Doğanay, (Nazari ve Tatbiki) s. 211. Aynı şekilde, evlilik birliği, ölüm dışında, boşanma, iptal veya gaiplik nedeniyle evliliğin feshi sonucunda ortadan kalkarsa, bu durumda da daha önce alınmış olan önlemlerin ortadan kaldırılması için hâkimin kararına ihtiyaç yoktur.

²⁶⁷ Aleyhine önlem alınan eş, alınan önlemin değiştirilmesini veya kaldırılmasını isterse, koşulların değiştiğini veya ortadan kalktığını kanıtlamakla yükümlüdür. Buna karşılık, lehine bir önlem kararı verilen eş, alınan önlemin kaldırılmasını istemişse, herhangi bir kanıtlama faaliyetine gerek yoktur. Bununla birlikte hâkim, çocuklarla ilgili önlemler hakkında ayrıntılı bir inceleme yapmalıdır. Bkz. Arsebük, s. 712, dn. 74; Curti-Forrer, s. 147.

²⁶⁸ Bkz. ve karş. Öztan, (Aile) s. 345; Berki, s. 127; Kaleli, s. 120; Tuğsavul, Muhsin, Usul Hukuku Bakımından Sıyanet Nafakası, AD, 1952/11, s. 1336. Fakat, Egger'in de (s. 357) haklı olarak belirttiği gibi, üçüncü kişilere ilişkin önlemlerin kaldırılması, her zaman hâkim kararını gerektirir.

Bunun için de, Medeni Kanun'un 197. maddesinde öngörülen koşulların oluşması gerekir.²⁶⁹ Fakat, Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince eşlerin tasarruf yetkileri sınırlanmışsa, eşlerin yeniden bir araya gelerek ortak yaşama devam etmeleri bu önlemi kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bunun için, yeniden bir karar alınması gerekir.²⁷⁰

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Geçici birleşmeler, alınan önlemlerin kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurmaz.²⁷¹ Ancak, koşullar değişmişse, bu önlemler hâkim kararıyla kaldırılabilir veya değiştirilebilir.

Hâkimin, daha önce verdiği önlem kararını değiştirebilmesi için, koşulların değişmesi, önlemi kaldırabilmesi için ise, artık bu önleme başvurulmasına ihtiyaç kalmaması gerekir. Ayrıca, değişiklik veya kaldırma için, eşlerden birinin istemi gereklidir.²⁷² İstem olmadıkça hâkim, kararını değiştiremez ya da kaldıramaz. İstemde bulunma hakkı, her iki eşe de tanınmıştır.

Evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde alınan önlemler, daha sonra açılacak boşanma davasından etkilenebilir. Boşanma davasına bakan hâkim, Medeni Kanun'un 169. maddesi gereğince, eşler ve çocuklarla ilgili

²⁶⁹ Öztan, (Aile) s. 345; Artus, Amil, "Nafaka İlâmlarının İcrasından Müttevellit Başlıca Hukuki Mes'elelerin Tetkiki", AD, 1942/1, s. 57. Bu yönde: 2. HD, 12.1.1995 tarih ve 12901/282 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2693-2694); YHGK, 3.11.1993 tarih ve 2-521/694 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2694); 2. HD, 14. 10. 1943 tarih ve 4013/4260 sayılı Karar (Tepeci, s. 211).

²⁷⁰ Gümüş, s. 99.

²⁷¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20. 2. 1973 tarih ve 897/1011 sayılı Kararı'ndan: "Tedbir nafakası takdir edildikten sonra, tarafların geçici olarak ortak hayatı sürdürmeleri nafaka kararının ref'ini gerektirmez. O halde yapılacak iş, tarafların birleşip ayrıldıkları tarihler tespit olunarak, bu döneme ait olmak üzere, nafaka hükmünün infaz edilmemesi gerektiğine karar vermek, nafaka takdirine esas olan sebeplerin devamdegelmekte olduğu gözetilerek, ilamın ref'ine dair isteği reddetmekten ibarettir." (Başaklar, s. 56) Aynı yönde bkz. 2. HD, 9. 12. 1976 tarih ve 8539/8768 sayılı Karar (Uyar, TMK, C. III, s. 2761).

²⁷² Akıntürk, s. 132; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 767; Köprülü-Kaneti, s. 129; Feyzioğlu, s. 207; Gönensay, s. 144; Tuğsavul, s. 48.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

önlemleri kendiliğinden alacağı için, evlilik birliğinin korunması amacıyla verilmiş kararlarla bağlı değildir.²⁷³ Boşanma hâkimi, gerektiğinde, daha önce alınmış kararları değiştirebilir, kaldırabilir veya yenilerine karar verebilir. Fakat, boşanma hâkimi, boşanma davasından önce alınmış önlemleri değiştirmez veya kaldırmazsa, bu önlemlerin, uygulanmasına devam edilir.²⁷⁴ Boşanma hâkiminin aldığı önlemler, daha önce alınmış önlemlerin boşanma davasının görüldüğü dönemle sınırlı olmak üzere değiştirilmesi niteliği taşır. Boşanma davası kabul edilirse, bu önlemler de kendiliğinden ortadan kalkar.²⁷⁵

VI. Önlemleri Alma Konusunda Yetkili ve Görevli Mahkeme

A. Yetkili Mahkeme

Medeni Kanun'un 201. maddesinin birinci fıkrasına göre, önlemleri alma konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, eşlerin ikisi de istemde bulunmuş ve eşlerin yerleşim yerleri farklıysa, ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.²⁷⁶

Önlemlerin değiştirilmesine veya kaldırılmasına ilişkin istemlerde, yetkili mahkeme de, aynı maddenin üçüncü fıkrasında belirtilmiştir. Söz konusu fıkra göre, önlemin de-

²⁷³ Köprülü-Kaneti, s. 129; Ünal, s. 127.

²⁷⁴ Bkz. Tekinay, (Aile) s. 254, dn. 26; Tuluay, s. 349. Ayrıca bkz. yuk. § 8, III, C, 2, e.

²⁷⁵ Gürdoğan, s. 212.

²⁷⁶ Önceki Medeni Kanun'da, evlilik birliğine ilişkin önlemlerin alınması konusunda yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme yoktu. Fakat, Yargıtay'ın 7. 6. 1935 tarih ve 92/16 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin, ihtiyati tedbir gibi, daha çabuk ve kolay alınabilmesi için, yetki konusunda herhangi bir kısıtlama olmadığı ve bu nedenle Türkiye'nin herhangi bir yerindeki görevli mahkemeye alınabileceği kabul edilmişti. (YİBK Hukuk Bölümü C. I, Ankara 1978, s. 281.)

ğiştirilmesine veya kaldırılmasına ilişkin istemlerde, yetkili mahkeme, önlem kararını veren mahkemedir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir.²⁷⁷

Kanaatimce evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler konusundaki yetkili mahkemeye ilişkin bu düzenleme, kamu düzenine ilişkin değildir.²⁷⁸ Bu nedenle, mahkeme, yetki konusunu resen dikkate almamalıdır. Ancak, yetkisizlik, bir ilk itiraz olarak ileri sürülmüşse mahkeme yetkisizlik kararı verebilir.

B. Görevli Mahkeme

Görevli mahkeme konusunda, Medeni Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'un, 15.5.1985 ve 3222 sayılı Kanun'la yürürlükten kaldırılan 500. maddesine göre, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler konusunda, sulh hukuk mahkemeleri görevliydi. Bu tarihte değiştirilen, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 8. maddesinin dördüncü bendine göre, önceki Medeni Kanun'un 163. maddesinde yazılı önlemler hakkında sulh hukuk mahkemesi, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerden, önceki Medeni Kanun'un 163. maddesi dışındakiler hakkında, asliye hukuk mahkemeleri görevliydi.²⁷⁹

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un²⁸⁰ 4. maddesine göre, Aile Hukuku'ndan doğan bütün dava ve işlerde aile mahkemeleri görevlidir. Bu hükümlerle, 1985 yılında başlayan göreve ilişkin tartışmalar da sona erdirilmiştir.²⁸¹

²⁷⁷ Akıntürk, s. 125; Ruhi, s. 44.

²⁷⁸ Bkz. ve karşı. Berki, A. Himmet, "Nafaka Mükellefiyeti II", *AD*, 1940/6-7, s. 636; Doğanay, (Muhtelif Nafaka Davaları) s. 120.

²⁷⁹ Akıntürk, s. 124; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 763; Öztan, (Aile) s. 223; Oğuzman-Dural, s. 162.

²⁸⁰ *RG*, 18.1.2003, S. 24497.

²⁸¹ Bkz. yuk. § 8, III, C, 2, e.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DÖĞÜMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Ş 9. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONA ERDİRİLMESİ AMACIYLA AÇILMIŞ BİR DAVANIN GÖRÜLDÜĞÜ SIRADA UYGULANABİLECEK OLAN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU DİĞER HÜKÜMLERİ

I. Boşanma İstemiyle Açılan Davada Ayrılık Kararı Verilebilmesi

A. Genel Olarak

Ayrılık kurumu, aslında kilise Hukuku'ndan kaynaklanan bir kurumdur. Katolik mezhebinde boşanma yasak olduğu için ayrılık kurumu ihdas edilmiştir.²⁸² Bu mezhebe göre, tanrının birleştirdiği kullar ölüme dek ayrılamaz. Temel kaynağı bu düşünce olan ayrılık kurumu, aynı zamanda, tamamen çözülme aşamasına gelmiş olan evlilik birliğinin, eşlerin barışma ihtimâli varsayılarak, belli bir süre daha ayakta tutulması ve bu sayede evlilik birliğinin devamının sağlanması amacıyla da yöneliktir.²⁸³ Ayrılıkta, eşler arasındaki evlilik bağı sürdürülmekte, fakat eşlere ayrı yaşama hakkı verilmektedir. Hukukumuzda, İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibasıyla giren ayrılık kurumu, 4721 sayılı yeni Medeni Kanun'da da aynen korunmuştur.²⁸⁴

Ayrılık kurumu, başlı başına evlilik birliğinin korunması amacıyla hizmet etmektedir.²⁸⁵ Ayrılık, ortak hayatın yeniden

²⁸² Bu konuda bkz. Burcuoğlu, Haluk, "Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu", *Bülent Davran'a Armağan*, İstanbul 1998, s. 59; Belgesay, (Şerh) s. 82; Tandoğan, s. 88; Göktürk, s. 305; Gürsoy, Kemal Tahir, "Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde Yeni Eğilimler", *AÜHF Ellinci Yıl Armağanı*, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 2; Petek, s. 15.

²⁸³ Bu görüş için bkz. Feyzioğlu, s. 333; Köteli, s. 59; Schwarz, s. 163; Birsen, s. 333; Oğuzoğlu, s. 90; Berki, (Boşanma) s. 146.

²⁸⁴ Doktrinde, Medeni Kanun'un 197. maddesinde düzenlenen, birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin hükümler varken, bunların yanında, 1926 tarihine kadar hukukta olmayan bu kurumun gerekliliği tartışılmaktadır. Bkz. aşa. Ş 9, I, C.

²⁸⁵ Öztan, (Aile) s. 327; Tekinay, (Aile) s. 233; Oğuzoğlu, s. 90; Arsebük, s. 774; Tandoğan, s. 88. Doktrinde, ayrılık kurumunun, ailenin çözülme-

kurulması olasılığı bulunan durumlarda, barışmaları mümkün bulunan eşlerin, evlilik ilişkisi devam etmek üzere, belli bir süre ayrı yaşamalarını öngören bir kurumdur.²⁸⁶ Ayrılık süresi içinde, evlilik ilişkisi ortadan kalkmadığı için, evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükler, kural olarak devam eder. Fakat, ayrılık kararıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı doğduğu için, eşlerin birlikte yaşama yükümlülükleri geçici olarak askıya alınır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Ayrılık süresi içinde, eşlerin ve çocukların ilişkilerini düzenleyen doğrudan bir hüküm, Medeni Kanun'da bulunmamaktadır. Fakat, Medeni Kanun'un 180. maddesine göre: "Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre, aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir." Görüldüğü gibi, bu maddeye göre, ayrılık süresinde, hâkime, eşler arasındaki sözleşmeden doğan mal rejimini kaldırıp, yasal mal rejimini uygulama yetkisi verilmiştir. Ayrılığın hükümleri açısından Medeni Kanun'da yer alan diğer hüküm ise, 182. maddedir. Söz konusu maddeye göre, hâkim ayrılık kararında, eşler ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkileri de düzenler. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, hâkim, kendisine çocuk verilmeyen eşin, diğerine, çocuğun bakım ve eğitim giderleri için yapacağı parasal katkıyı da belirler. Ayrıca hâkim, istem halinde, irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin, gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini de karara bağlayabilir. (TMK, mad. 182/III) Böylece, bu konuda her yıl yeniden dava açılması önlenmeye çalışılmıştır.

Görüldüğü gibi, ayrılık süresi içinde eşler ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen bu iki hüküm dışında bir

sine engel olacak bir çare olarak düşünüldüğü, ancak bu işlevini yerine getiremediği de ileri sürülmektedir. Bkz. Burcuoğlu, s. 60.

²⁸⁶ Zevkiler-Acabey-Gökyayla, s. 910; Öztan, (Aile) s. 326; Hatemi-Serozan, s. 210; Feyzioğlu, s. 333; Köprülü-Kaneti, s. 178; Velidedeoğlu, s. 229; Berki, (Boşanma) s. 146.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

hüküm, Medeni Kanun'da yoktur. Bu nedenle, kanaatimce de, ayrılık süresi içinde, mesela, eşlerden birinin diğerinin geçimi için yapacağı parasal katkı veya ortak konuttan hangi eşin yararlanmaya devam edeceği gibi konularda gerekli olan düzenlemeler, Medeni Kanun'un 169. ve 197/II hükümlerine kıyas yoluyla, hâkim tarafından belirlenmelidir.²⁸⁷ Çünkü, ayrılık kararına dayanmayan durumlarda bile, hâkime, eşler arasındaki bu ilişkileri düzenleme yetkisi veren kanun koyucunun, hâkim kararına dayanan ayrılıklarda, hâkime eşler arası ilişkileri düzenleme yetkisi vermediğini kabul etmek çelişkili bir sonuç olurdu. Bu nedenle, hâkim, ayrılık kararıyla birlikte, ortak konuttan yararlanma, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkı, çocuklarla ilişkiler ve malların yönetimine ilişkin önlemleri kendiliğinden almalıdır.²⁸⁸

Ayrılık süresinde²⁸⁹ eşlere, daha soğukkanlı düşünme ve daha akılcı kararlar verme fırsatı tanınmış olur.²⁹⁰ Ayrılık süresi içinde, eşler barışıp, ortak hayata yeniden başlarsa, ayrılık kararı kendiliğinden ortadan kalkar. Fakat, eşlerin kısa süreli veya deneme amaçlı birliktelikleri ayrılık kararını ortadan kaldırmaz. Bu nedenle eşlerin, ancak evlilik birliğini yeniden ve sürekli olarak kurma amacıyla bir araya gelmeleri, ayrılığı ortadan kaldırmaz.²⁹¹

Ayrılık süresi sonunda, ayrılık durumu kendiliğinden sona erer ve eşlerin birlikte yaşama yükümlülükleri doğar. (TMK, mad. 172/I) Ayrılık süresi dolduğu halde, ortak hayat kurulamamışsa, her iki eş de boşanma davası açabilir. (TMK, mad. 172/II) Ortak hayatın yeniden kurulamamış olması nedeniyle açılan boşanma davasında, hâkim eşlerin yeniden bir

²⁸⁷ Bkz. Öztan, (Aile) s. 327, 330; Feyzioğlu, s. 336; Arsebük, s. 780.

²⁸⁸ Öztan, (Aile) s. 330, 2. HD, 6.12.1984 tarih ve 9952/10146 sayılı Karar (İKİD, S. 297, s. 3610).

²⁸⁹ Medeni Kanun'un 171. maddesine göre, ayrılık süresi, en az bir yıl, en çok üç yıldır. Bu süre, ayrılık kararının kesinleşmesiyle işlemeye başlar.

²⁹⁰ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 911; Burcuoğlu, s. 62; Schwarz, s. 163.

²⁹¹ Feyzioğlu, s. 337; Velidedeoğlu, s. 230, 2. HD, 4. 12. 1980 tarih ve 8597/8889 sayılı Karar (YDK, 1981/4, s. 414).

araya gelme olasılıklarına dayanarak ayrılık kararı verememlidir. Ayrılık süresi sonunda açılan boşanma davasında, ortak hayatın yeniden kurulamadığı kanıtlanmışsa, hâkim bu durumda boşanma kararı vermek zorunda olup, ayrılık kararı veremez.²⁹²

B. Koşulları

Ayrılık kararı verilebilmesi için, öncelikle, bir boşanma sebebinin kanıtlanmış olması gerekir.²⁹³ Medeni Kanun'un 170. maddesinin birinci fıkrasına göre, "*boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir.*"

Ayrılık kararı verilebilmesinin, bir boşanma sebebinin kanıtlanmış olması dışındaki diğer koşulu, davacının bunu istemiş olması²⁹⁴ veya ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunmasıdır.²⁹⁵ İkinci olasılıkta, eşler ayrılık kararı verilmesini istememiş olsalar bile, hâkim bu kararı verebilir.²⁹⁶

Medeni Kanun'un 170. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, eşlerden birinin boşanma istemiyle açtığı davada, "*ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde, ayrılığa karar verilebilir.*" Görüldüğü gibi, boşanma davası sonunda hâkim, eşlerin barışması ve ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı varsa, boşanma yerine, ayrılık kararı verebilir. Kanun koyucu,

²⁹² Bkz. Öztan, (Aile) s. 328; Hatemi, s. 90; Feyzioğlu, s. 336; Petek, s. 16.

²⁹³ Akıntürk, s. 266; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 910; Öztan, (Aile) s. 326; Tekinay, (Aile) s. 233; Köprülü-Kaneti, s. 178; Gönensay, s. 84; Burcuoğlu, s. 61; Petek, s. 15.

²⁹⁴ Davacı, ayrılık istemişse, hâkim boşanmaya karar veremez, ayrılık kararı vermek zorundadır. (TMK, mad. 170/II)

²⁹⁵ Bu hüküm, önceki Medeni Kanun'da, "*eşlerin barışma ihtimali bulunması*", 1971 tarihli Medeni Kanun Tasarısı'nda ise, "*eşlerin yeniden birleşmeleri ihtimali*" şeklinde kaleme alınmıştı.

²⁹⁶ Hâkim, kural olarak tarafların istemleriyle bağlı olup, istem dışında bir karar veremez. Fakat, boşanma davalarında, evlilik birliğinin korunması amacıyla bu kurala bir istisna tanınmıştır. Bkz. Petek, s. 12.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

hâkime, evlilik birliğinin önemi ve birliğin devamının, hem bireyler, hem de toplum için sağlayacağı faydayı göz önünde tutarak, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması koşuluyla, ayrılığa karar verebilme yetkisi tanımıştır.²⁹⁷ Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının varlığı, hâkime, boşanma kararı verip birliği ortadan kaldırma yerine, ayrılık kararı verip, eşlerin yeniden bir araya gelmelerine son bir fırsat daha verme yetkisi tanımaktadır.

Boşanma istemiyle açılmış bir davada ayrılık kararı verilebilmesi için, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması gerekirse de çok zayıf bir olasılık varsa, boşanma istemiyle açılmış bir davada ayrılık kararı verilemez.²⁹⁸ Tam tersine, eşlerin yeniden bir araya geleceklerini, barışacaklarını, Medeni Kanun'un 170. maddesinin üçüncü fıkrasında kullanılan ifadeyle, ortak hayatı yeniden kuracaklarını kabul ettirebilecek bir olasılık bulunmalıdır.²⁹⁹ Hâkim, takdir yetkisini kullanırken, gerçekçi dayanaklar bulmak, soyut bir yargıdan kaçınıp, kararının gerekçesini açıklamak zorundadır.³⁰⁰

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, boşanma sebebi; akıl hastalığı, fiilî ayrılık veya anlaşma ise, hâkimin boşanma-

²⁹⁷ Akıntürk, s. 267; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 910; Burcuoğlu, s. 61; Feyzioğlu, s. 335; Köprülü-Kaneti, s. 178; Gönensay, s. 90.

²⁹⁸ 2. HD, 19. 3. 1999 tarih ve 781/2591 sayılı Karar (YDK, 1999/9, s. 1200).

²⁹⁹ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 267; Öztan, (Aile) s. 327; Tekinay, (Aile) s. 234; Feyzioğlu, s. 335; Tandoğan, s. 89; Oğuzoğlu, s. 112; Göktürk, s. 311; Berki, s. 156; Petek, s. 15.

³⁰⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 14. 5. 1954 tarih ve 2705/2536 sayılı Kararı'ndan: "Tarafların barışmalarını vârit gösterecek maddi ve somut vak'aların nelerden ibaret olduğu, kararda gösterilmeksizin...ayrılık kararı verilmesi yolsuzdur." (Feyzioğlu, s. 341) 5. Hukuk Dairesi'nin 15.11.1951 tarih ve 688/881 sayılı Kararı'ndan: "Geçimsizlik sebepleri ve tarafların birbirlerine karşı hareket tarzları göz önünde tutularak, barışına ihtimalini varit gösterecek kat'i ve müşahhas vâkaların gösterilmesi lazım iken, taraflar arasında bir çocuğun mevcudiyeti ileri sürülerek, hiçbir vâkıya dayanmaksızın ve zayıf bir ihtimale binaen ayrılık kararı verilmesi yolsuzdur." (Tepeci, s. 168) Aynı yönde bkz. 2. Hukuk Dairesi'nin 2.7.1998 tarih ve 7127/8332 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2363); 2. Hukuk Dairesi'nin 25.5.1999 tarih ve 3417/5701 sayılı Karar (Özüğür Boşanma, s. 529 vd.).

ya karar vermesi daha doğru olur.³⁰¹ Aynı görüşe göre, boşanma sebebi de, barışma olasılığının bulunup bulunmadığını gösteren bir işarettir.³⁰² Bu nedenle, eşlerin zina, hayata kast, küçük düşürücü suç işleme gibi sebeplere dayanarak açtıkları boşanma davalarında, barışma olasılığı çok zayıftır.³⁰³

Ayrıca, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanma davalarında, bu sebep kanıtlanmışsa, hâkim mutlaka boşanma kararı vermek zorunda olup, ayrılık kararı veremez.³⁰⁴ Çünkü, evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanma davalarında boşanma kararı verilebilmesi için, öncelikle ortak hayatı sürdürmelerinin eşlerden beklenemeyecek bir duruma geldiği kanıtlanmış olmalıdır. Bunun kanıtlanması durumunda, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunduğu kabul edilemez. Çünkü, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunduğu düşünülen bir evlilikte, doğal olarak ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenebilir. Boşanma kararı verilmesinin istendiği bir davada, nispi bir

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

³⁰¹ Öztan, (Aile) s. 328; Akıntürk, s. 266; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanun'la Değiştirilmiş 134. maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmedebilir mi?", *İlhan E, Postacıoğlu'na Armağan*, İstanbul 1990, s. 113 vd.; Özüğür (Boşanma) s. 522; Tandoğan, s. 89; Gönensay, s. 90. Hatemi-Serozan'a göre (s. 213) önceki Medeni Kanun'un 134. maddesinin üçüncü fıkrasında (TMK, mad. 199/III) düzenlenen ve uygulamada anlaşmalı boşanma olarak adlandırılan boşanma davaları ile aynı maddenin dördüncü fıkrasında düzenlenen, fiili ayrılık nedenine dayanan boşanma davalarında, koşullar gerçekleşmişse, hâkim, boşanma kararı vermek zorunda olup, ayrılık kararı veremez. Kanaatimce de, söz konusu hükümlere dayanılarak açılmış olan bir davada, hâkimin, Medeni Kanun'un 170. maddesinin üçüncü fıkrasında kendisine tanınan ayrılık kararı verebilme yetkisini kullanmasının koşulları gerçekleşmez.

³⁰² Bkz. Öztan, (Aile) s. 328; Çakın, s. 95; Tandoğan, s. 89; Gönensay, s. 90.

³⁰³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 14.4.1939 tarih ve 3609/176 sayılı Kararı'ndan: "Zinaya niisteniden açılan boşanma davasının sübutu halinde eşlerin barışmalarının ihtimal dahilinde bulunduğundan bahisle ayrılığa karar verilmesi doğru değildir. Boşanmaya hükmedilmelidir." (Olgaç, s. 190)

³⁰⁴ Burcuoğlu, s. 65, 69, 74. Hatemi'ye göre ise, (s. 89) davacının boşanma istemiş olmasına rağmen ayrılık kararı verilmesi, ancak evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayanan davalarda mümkündür.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

boşanma sebebi kanıtlanmışsa, artık eşlerin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyeceği kabul edildiği için, eşlerin yeniden bir araya gelmelerine olanak kalmadığı da kanıtlanmış sayılır ve bu nedenle ayrılık kararı verilemez.³⁰⁵

C. Değerlendirme

Doktrindeki bir görüş gereğince, ayrılık kurumu tamamen kaldırılmalıdır.³⁰⁶ Çünkü ayrılık kurumu, ailenin çözümlenmesine engel olacak bir çare olarak düşünüldüğü halde, bu işlevini yerine getirememektedir.³⁰⁷ Aynı şekilde, ayrılık kurumunun eşler arasındaki uyuşmazlıkları artırdığı da ileri sürülmektedir.³⁰⁸

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe göre³⁰⁹ ise, eşlerin ayrılık istemediği durumlarda, eşlerin yeniden birlikte yaşamaya başlayabilecekleri olasılığından hareketle hâkime tanıyan ayrılık kararı verme yetkisinin kaldırılması ve ayrılık kurumunun "*de lege feranda*", sadece davacının ayrılık isteminde bulunması durumuna hasredilmesi yerinde olur.

Ayrılık, güntümüzde fazla uygulanan bir kurum değildir. Çünkü, boşanma sebepleri kanıtlanmışsa ve eşler boşanma isteminde bulunmuşlarsa, mahkemeler genellikle boşanma kararı vermeyi tercih etmektedirler. Bu nedenle, evlilik birliğinin korunması bakımından, istisnai durumlarda uygulanabilecek olan ayrılık kurumunun varlığını sürdürmesinde büyük bir sakınca görmemekteyim. Fakat, özellikle önceki Medeni Kanun'da 3444 sayılı Kanun'la yapılan değişiklikler-

³⁰⁵ Burcuoğlu, s. 69. Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 21.9.1993 tarih ve 7166/8042 sayılı Kararı'ndaki Özuğur'a ait muhalefet şerhi. (Uyar, TMK, C. II, s. 1583)

³⁰⁶ Bkz. Burcuoğlu, s. 74; Arsebük, s. 774; Bahar, Yakım, "Türk, İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Ayrılık Müessesesi Üzerine Bir İnceleme", (AD, 1947/8, s. 784 vd.).

³⁰⁷ Bkz. Burcuoğlu, s. 60.

³⁰⁸ Bkz. Belgesay, (Şerh) s. 86.

³⁰⁹ Hatemi, s. 89; Hatemi-Serozan, s. 245.

den sonra, hem nispi, hem de mutlak boşanma sebepleri için, eşlerin birlikte yaşamalarının kendilerinden beklenemeyecek bir hale gelmesi koşulu arandığı için,³¹⁰ eşlerin yeniden bir araya gelebilecekleri olasılığı ile ortak hayatın çekilmez hale gelmesinin nasıl bağdaştırılabileceği de haklı olarak sorulabilir.³¹¹ Bu nedenle kanaatimce de, ayrılık kurumu, sadece eşlerin bunu açıkça istemeleri durumuna hasredilmelidir.³¹²

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DÖĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

II. Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davalarında Geçici Önlemler Alınması

A. Genel Olarak

Medeni Kanun'un 169. maddesine göre hâkim, boşanma ya da ayrılık davası açıldığında, davanın devamı süresince gerekli olan bütün geçici önlemleri kendiliğinden almak zorundadır.³¹³ Boşanma veya ayrılık davası süreci, eşler ve çocuklar için çok sıkıntılı, uyuşmazlıkların en üst noktaya çıktığı dönemlerdir.³¹⁴ Bu dönemde, eşler arasındaki sorunlar çok daha fazla gündeme gelir, eşler, âdeta birbirlerine düşman kesilirler. Eşlerin birbirlerine karşı olan kızgınlıklarının

³¹⁰ Nisbi boşanma sebeplerine dayanılarak boşanma kararı verilebilmesi için, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı ve bu sebeple, eşlerin birlikte yaşamalarının kendilerinden beklenemeyecek bir hale geldiğinin kanıtlanması gerekir. Aynı şekilde, mutlak boşanma sebeplerinde de, evlilik birliğini temelinden sarsıtığı kabul edilen olayların, aynı zamanda ortak hayatı eşler için çekilmez hale getirdiği de kabul edilmektedir. Bu nedenle, mutlak boşanma sebepleri için de, ortak hayatın çekilmez hale gelmesi koşulu aranmaktadır. Fakat, bu koşul, kanun gereğince karine olarak varsayılmaktadır.

³¹¹ Bkz. ve karşı. Burcuoğlu, s. 69.

³¹² Bkz. Hatemi, s. 89; Hatemi-Serozan, s. 245.

³¹³ Medeni Kanun'un 160. maddesi gereğince yapılan yollama nedeniyle, boşanma davasındaki bu hükümler, evlenmenin butlanı davalarında da uygulanır. Kanaatimce, evliliğin gaiplik nedeniyle feshi davalarında da, menfaatler durumu benzer nitelikte olduğu için, aynı hükümler kıyas yoluyla uygulanabilir.

³¹⁴ Akıntürk, s. 274; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 915; Tekinay, (Aile) s. 250; Bozovalı, s. 25; Feyzioğlu, s. 354; Tandoğan, s. 93; Birsen, s. 336; Gönsay, s. 87; Petek, s. 46.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

ve kırgınlıklarının en yüksek düzeye ulaştığı, yardımlaşmanın, karşılıklı sevgi ve saygının ortadan kalktığı, ilişkilerin kesildiği, eşlerin hasım haline gelip iki cephe oluşturdukları ve evlenmeye son verme konusundaki iradenin bütün açıklığıyla ortaya konulduğu bir dönemde, gerek eşlerin, gerekse çocukların zarar görmemeleri için bazı önlemlere ihtiyaç vardır.³¹⁵ İşte bu nederle, hâkime, boşanma davası açıldığında, dava süresince geçerli olacak geçici önlemleri alma yetkisi verilmiştir.

Hâkime, boşanma davası boyunca geçici önlem alma yetkisinin verildiği Medeni Kanun'un 169. maddesinin temel amacı, boşanma davası sırasında zayıf durumda olan eşleri ve çocukları korumaktır.³¹⁶ Böylece, geçici de olsa, boşanma davası görülürken alınacak bu önlemler sayesinde, evlilik birliğinin ve eş ile çocukların ihmal edilmesi, onların maddi ve manevi bakımdan zarar görmeleri önlenmiş olur.

Ayrıca, bu önlemlerin evlilik birliğini koruyucu bir etkisi de vardır. Çünkü, bu davaların açılması, dava sonunda evlilik birliğinin mutlaka sona ereceği anlamına gelmez. Boşanma ya da ayrılık kararı verilip verilmeyeceği, yapılacak olan yargılama sonunda ortaya çıkar. İleri sürülen sebep, boşanma kararı verilmesi için yeterli bir sebep olmayabilir ya da ileri sürülen sebep kanıtlanamamış olabilir. Bu durumda, dava reddedilir ve eşlerin birlikte yaşama yükümlülükleri (TMK, mad.185/III) yeniden doğar. Bu nederle, dava sırasında, eşler arasındaki ilişkilerin düzenlenmemesi, sorunları kısa vadede çözebilecek geçici önlemlerin alınmaması durumunda, dava sonunda verilebilecek olan red kararı üzerine, belki de, eşlerin yeniden bir araya gelmeleri olasılığı ortadan kalkar. Fakat, dava sırasında hâkimin alacağı bazı önlemler, eşlerin, davanın redle sonuçlanması durumunda da, yeniden bir araya gelebilmelerine olanak sağlayabilir.³¹⁷

³¹⁵ Bozovalı, s. 25; Schwarz, s. 167; Akgün, s. 82; Belgesay, (Şerh) s. 84.

³¹⁶ Ruhi, s. 30; Akıntürk, s. 274; Öztan, (Aile) s. 343; Tekinay, (Aile) s. 250; Feyzioğlu, s. 354; Köprülü-Kaneti, s. 186; Petek, s. 46.

Boşanma davasının açılmasından sonra, önlem nitelikli istemlerde yetkili mahkeme, boşanma davasına bakan mahkemedir.³¹⁸ Boşanma davasının açılmasından önce, evlilik birliğinin korunması hükümleri gereğince önlem alınması için yetkili aile mahkemesine başvurulmuşsa, boşanma davasının açılması, bu mahkemenin yetkisini ortadan kaldırmaz.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

B. Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler

Medeni Kanun'un 169. maddesine göre, hâkime, evlilik birliğinin daha fazla zarar görmemesi ve eşler ile çocukların çıkarlarının korunması için verilen geçici önlem alma yetkisi geniş kapsamlıdır. Kanunda, hâkimin alabileceği önlemler, örnek olarak sayılmıştır. Buna göre hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen³¹⁹ alır. Görüldüğü gibi, bu maddeyle hâkime geniş bir takdir yetkisi verilmiştir.³²⁰ Hâkim, eşler ve çocukların menfaatlerinin korunması amacıyla, gerekli olan bütün geçici önlemleri alabilir. Alınan bu önlemler, dava tarihinden itibaren etkili olur. Boşanma davasından önce, evlilik birliğinin korunması hükümleri gereğince önlem alınmış olması, 169. madde gereğince boşanma hâkiminin, boşanma

³¹⁷ Bozova, s. 26.

³¹⁸ Petek, s. 49; Ayyıldız, Halef, "Nafaka Davalarında Görevli Mahkeme Hususunda Bir İnceleme", ABD, 1969/1, s. 41) Aysoy, Nejat Aydın, "Sıyanet Tedbiri Olarak Hükmüden Nafakalar ile Bunun Çoğaltılması, Azaltılması ve Kaldırılması Davalarında Vazifeli Mahkeme", ABD, 1962/6, s. 601.

³¹⁹ Yargıtay'ın istikrar kazanmış kararlarına göre, eşler arasındaki parasal katkının sağlanması için istemde bulunulması gerekmez. Bkz. 2. HD, 27.2.2001 tarih ve 1848/3350 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. II, s. 1478) 2. HD, 14.5.1999 tarih ve 9548/11681 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2633); YHGK, 20. 5. 1995 tarih ve 2-542/746 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. II, s. 1483); 2. HD, 19.4.2002 tarih ve 4606/5556 sayılı Karar. (Yayınlanmamıştır.)

³²⁰ Bu konuda bkz. YHGK, 31.1.1990 tarih ve 1989/2-606, 34 sayılı Karar (İKİD, 1990/753, s. 7189).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

davası boyunca gerekli önlemleri almasına engel değildir.³²¹ Boşanma hâkimi, boşanma davasından önce alınmış bulunan evlilik birliğini koruyucu önlemlerle bağlı değildir. Gerekli bütün geçici önlemleri resen alabilir.

Hâkim, evlilik birliğinin ve eşler ile çocukların korunması amacıyla gerekli olan önlemleri, kendiliğinden almak zorundadır.³²² Bu konuda taraflardan birinin istemde bulunmamasını beklemek, Medeni Kanun'un 169. maddesine aykırıdır. Buna karşılık, lehine önlem alınması gereken eş, bu hakkından açıkça feragat etmişse bu yönde bir önlem almaya gerek kalmaz. Mesela, eşlerden biri, diğerinden parasal katkı istemediğini dava sırasında³²³ açıklamışsa, hâkimin parasal katkıya karar vermemesi gerekir.³²⁴ Ancak, kanaatimce de, çocuklarla ilgili önlemlerde, eşlerden birinin önlem alınmasını istemesi etkili olmamalıdır. Hâkim, eşler istemese bile, çocuklarla ilgili önlemleri kendiliğinden almalıdır.³²⁵

Hâkimin, Medeni Kanun'un 169. maddesi gereğince, boşanma davasının açılmasından sonra alabileceği önlemler ihtiyati tedbir niteliğindedir.³²⁶ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanun'un 112. maddesine göre, esas hakkında verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasıyla birlikte, ihtiyati tedbir kararı

³²¹ Bkz. YHGK, 12.2.1992 tarih ve 1991/2-666, 68 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. II, s. 1484-1485) 2. HD, 9.2.1973 tarih ve 634/738 sayılı Karar. (Başaklar, s. 66).

³²² 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısı'nın bu maddeye ilişkin gerekçesinden: "...hukuk yargılama usulünde, talep olmadıkça yargıcın bir taraf lehine herhangi bir menfaate hükmedememesi prensibi yürürlükte ise de, aile hukuku alanı, sadece fertlerin menfaatlerinin korunması için değil, aynı zamanda toplumsal korunma için gerekli hükümleri kapsadığından, bu alanda yargılama usulü prensiplerine bazı istisnalar koymak zorunluluğu vardır..." (Uyar, TMK, C. II, s. 1470)

³²³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 14.10.1976 tarih ve 6041/6991 sayılı Kararı'ndan: "Doğmamış haktan feragat mümkün değildir. Onun için, kadının başlangıçta nafkadan vazgeçmesi, sonradan nafka istemesine engel değildir." (Uyar, TMK, C. II, s. 1561)

³²⁴ Ruhi, s. 31; Tekinay, (Aile) s. 251. Bkz. 2. HD, 12. 4. 1999 tarih ve 1276/3402 sayılı Karar (İKİD, S. 473, s. 14877).

³²⁵ Bkz. Petek, s. 47.

³²⁶ Öztan, (Aile) s. 343; Velidedeoğlu, s. 246; Kaleli, s. 122; Arsebük, s. 710.

da kendiliğinden kalkar. Bu sonucun doğması, söz konusu kararın kesinleşmesine bağlı değildir. Bununla birlikte, aynı maddenin son cümlesine göre hâkim, hükmün yerine getirilmesini sağlamak amacıyla, ihtiyati tedbirin, belirleyeceği süre zarfında devamına karar verebilir. Buna karşılık, boşanma davasında alınan geçici önlemler, boşanma davası sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar devam eder. Çünkü, Medeni Kanun'un 169. maddesinde, hâkimin alacağı önlemlerin, boşanma davasının devamı süresince geçerli olduğu açıkça düzenlenmiştir. Bu nedenle, boşanma davasındaki geçici önlemler, nihai kararlar birlikte değil; bu kararın kesinleşmesiyle birlikte ortadan kalkar.³²⁷ Çünkü, boşanma davası, kararın kesinleşmesine kadar görülmekte olan bir davadır.³²⁸

Bu önlemler ihtiyati tedbir niteliğinde oldukları için, tek başlarına temyiz edilemez.³²⁹ Başka bir ifadeyle bunlar, nihai nitelikte karar değildir. Bu nedenle, söz konusu kararlar, ancak asıl kararlar birlikte temyiz edilebilir.³³⁰

Boşanma veya ayrılık davası açılınca, davaya bakan mahkeme, ilk iş olarak bu geçici önlemleri alır. Kanun'da örnek olarak sayılan önlemler, genel olarak dört noktada

³²⁷ Bkz. Öztan, (Aile) s. 344; Ergenekon, s. 23; Başaklar, s. 94. Bu yönde: 3. HD, 4.2.2003 tarih ve 1238/1045 sayılı Karar. (Yargı Dünnyası, Haziran 2003, s. 66) 2. HD, 4.3.1999 tarih ve 1998/14373 sayılı Karar. (Uyar, TMK, C. III, s. 2566); 2. HD, 24. 6. 1999 tarih ve 5514/7399 sayılı Karar (Uyar, TMK, C. II, s. 1488); 2. HD, 3.6.1982 tarih ve 4483/4968 sayılı Karar (YDK, 1982/12, s. 1642).

³²⁸ Belgesay'a (Şerh, s. 121) göre, önceki Medeni Kanun'un 137. maddesi (TMK, mad. 169) gereğince alınan önlemler, nihai kararlar birlikte, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesi gereğince kendiliğinden ortadan kalkardı. Bunun için, kararın kesinleşmesini beklemeye gerek yoktu. Bu yönde: Artus, Amil, "Nafaka İlamlarının İcrasından Mütevellit Başlıca Hukuki Mes'elelerin Tetkiki", AD, 1942/1, s. 60.

³²⁹ Bkz. 2. HD, 16.2.1973 tarih ve 787/910 sayılı Karar (Uyar, TMK, C. II, s. 1565).

³³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 26.9.2001 tarih ve 2-628/634 sayılı Kararı'na göre, boşanma davası sırasında istenen parasal katkı, boşanmanın eklentisi niteliğindedir. Bu nedenle parasal katkı, miktarına bakılmaksızın (esas kararlar birlikte) temyiz edilebilir. Bu karar için bkz. Uyar, TMK, C. III, s. 2616.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

toplanmaktadır. Ancak hâkim, evlilik birliğinin daha fazla zarar görmemesi amacıyla, eşler ile çocukların menfaatlerini koruyucu benzer önlemleri de alabilir. Çünkü, kanun koyucu bir boşanma davası açıldığında, yaşam deneyimlerinin ortaya koyduğu ve en çok ihtiyaç duyulan bazı önlemleri örnekleme yoluyla saymıştır.³³¹

Boşanma davasının açılmasından sonra alınan önlemler, aleyhine önlem kararı verilen eşe kusur yüklenmesi anlamına gelmez. Çünkü, bu önlemlerde amaç, dava sırasında eşlerin ve çocukların korunmasıdır. Ayrıca, bu önlemlerin alınmasında eşlerin kusur oranları da incelenmez. Çünkü, bu önlemler, eşlerin boşanma davasındaki kusurlarından bağımsızdır.³³²

Hâkimin alacağı geçici önlemler, öncelikle eşlerin ve çocukların barınması, bakım ve geçimi ile eşlerin mallarının yönetimiyle ilgilidir. Aşağıda, bu önlemlerin her biri ayrı ayrı incelenecektir.

³³¹ Akıntürk, s. 247; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 915; Öztan, (Aile) s. 344; Tekinay, (Aile) s. 250; Bozovalı, s. 27; Feyzioğlu, s. 354; Köprülü-Kaneti, s. 186.

³³² Bkz. ve karşı. Zevkliler (Pratik) s. 105; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 915; Hatemi-Serozan, s. 240-241; Hamzaçebi, s. 361. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 22. 3. 1999 tarih ve 687/2675 sayılı Kararı'nda şöyle denilmektedir: "...kadının bir başkasıyla devamlı şekilde karı koca gibi yaşadığını...anlaşılması durumunda önceki Medeni Kanun'un 137. (TMK, mad. 169) maddesinde ifadesini bulan tedbir nafakası verilmesine...(yer olmadığına karar verilmiştir.)" Yargıtay 2. Hukuk Dairesi Başkanı ise, önceki Medeni Kanun'un 137. maddesinde, alınması gerekli önlemlerin, sadece kusursuz eş yararına alınacağı yönünde bir kural olmadığı, gerekçesiyle, söz konusu karara karşı oy yazısı yazmıştır. (Bkz. Uyar, TMK, C. II, s. 1486-1487) Karşı oy yazısında da haklı olarak belirtildiği gibi, Medeni Kanun'un 169. maddesi gereğince, hâkim, boşanma davalarında gerekli bütün önlemleri, eşlerin kusurlarını incelemeyen almakla yükümlüdür. Bu nedenle, hâkim, gerekirse kusurlu eş lehine de parasal katkı sağlanması yönünde karar verebilir. Bu önlemlerin amacı, dava boyunca eşlerin ve çocukların çıkarlarını korumaktır. Nitekim, 2. Hukuk Dairesi'nin 13.11.1992 tarih ve 10588/11244 sayılı Kararı'nda, davacının kusurlu olmasının, boşanma davasındaki parasal katkının sağlanması yönünden etkili olmadığı kabul edilmiştir. (Uyar, TMK, C. II, s. 1539.) Aynı yönde bkz. YHGK, 12. 3. 1976 tarih ve 1974/2-755, 1124 sayılı Karar, (YDK, 1976/12, s. 1649).

1. EŞlerin Barınması

Boşanma davası aıldığında hâkim, ortak konuttan yararlanma ve eşlerin barınması konusunda gerekli önlemleri resen alır. Mesela, ortak konutun eşlerden birine özgülenmesine veya ortak konutu terk eden davacı eşin, bir konut edinebilmesi için gerekli önlemlerin alınmasına karar verilebilir.

Ortak konutun eşlerden birine özgülenmesinde, konutun mülkiyeti ve eşlerin kusur oranları dikkate alınmaz. Ortak konutta, bunun maliki olmayan eşin kalmasına da karar verilebilir. Önemli olan, hangi eşin ortak konutta kalmasının daha uygun olacağının belirlenmesidir.³³³

2. EŞlerin Geçiminin Sağlanması

Hâkim eşlerin barınması yanında, boşanma davası sırasında, eşlerin geçimi konusunda gerekli önlemlerin de resen alır. Mesela, hangi eşin, diğerine ne miktarda parasal katkıda bulunacağı kararlaŐtırılır.³³⁴

Ancak, önceki Medeni Kanun'da, kocanın evi geçindirmekle yükümlü tutulması nedeniyle, boşanma davası aıldığında, kocanın, mutlak olarak kadına parasal katkı sağlamakla yükümlü olduğu kabul ediliyordu.³³⁵ Fakat, yeni Medeni Kanun'da evlilik birliğinin giderlerine her iki eşin de güçleri oranında katılmaları gerektiği kabul edildiği için, boşanma davasında her zaman kadın lehine parasal katkıya hükmedil-

³³³ EŞlerin ortak hayata ara verdikleri dönemde ortak konuttan yararlanma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. yuk. § 8, III, C, 3, b.

³³⁴ Bu konuda ayrıca bkz. yuk. § 8, III, C, 3, a.

³³⁵ Bkz. İnal, s. 632. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20. 9. 1973 tarih ve 5231/5059 sayılı Kararı'ndan: "...hakkında boşanma davası açılan kadın, başka bir yönü ispat etmek zorunda kalmadan kocasından nafıka isteyebilir." (Başaklar, s. 64)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

mesi doğru olmaz. Önemli olan eşlerin ihtiyaçlarıdır. Gerekirse, koca lehine de parasal katkı kararı verilebilir.³³⁶

Ayrıca, eşlerin geçimi konusunda boşanma davasında hâkimin resen karar verebileceği parasal katkı, boşanma davasının kesinleşmesine kadar geçerli olup, nihai bir karar niteliği taşımadığı için, bu karara uyulmaması, İcra ve İflas Kanun'unda Değişiklik Yapılmasına Dair 17.7.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun'dan³³⁷ önceki İcra ve İflas Kanun'un 344. maddesine göre nafaka ödememe suçunu oluşturmayacağı kabul ediliyordu.³³⁸ Fakat, 4949 sayılı Kanun'la, İcra ve İflas Kanunu'nun 344. maddesine eklenen üçüncü fıkraya göre, "*Mahkemece ara kararı ile hükmedilen nafakayı ödemeyen borçlular hakkında da birinci fıkra hükmü uygulanır.*" Görüldüğü gibi, bu değişiklik sonucunda, ara kararıyla belirlenen nafakanın ödenmemesi de, İcra ve İflas Kanun'un 344. maddesi anlamında suç haline getirilmiştir.

Ayrıca, aile mahkemesinin aldığı evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin önlemler ile çocuklara ilişkin bakım ve gözetime yönelik nafaka konusundaki önlemlerin yerine getirilmemesi durumunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A³³⁹ maddesi uygulanır. (4787 SK, mad. 6)

3. Eşlerin Mallarının Yönetilmesi

Hâkim, boşanma davası açıldığında, eşlerin mallarının yönetimiyle ilgili önlemleri resen alır. Mesela, eşler arasında

³³⁶ Bkz. Özüğür, (Nafaka) s. 27.

³³⁷ RG, 30.7.2003, S. 25184.

³³⁸ Uyar, *Suç Sayılan Fiiller*, s. 418; 8. CD, 26.1.1998 tarih ve 1997/18721-571 sayılı Karar. (Alasu, s. 692) 8. CD, 13.11.1997 tarih ve 14905/15696 sayılı Karar. (Alasu, s. 693) 8. CD, 17.3.1997 tarih ve 1854/3632 sayılı Karar, (Uyar, İKK, C. IV, s. 9208).

³³⁹ Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesine göre: "*İhtiyati tedbir kararının uygulanması dolayısıyla verilen emre uymayan veya o yolda alınmış tedbire aykırı davranışta bulunan kimse...ceza mahkemesince, bir aydan altı ay kadar hapisle cezalandırılır.*"

mal ortaklığı rejimi geçerliyse hâkim, boşanma davasının açılmasıyla birlikte, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir.³⁴⁰ Hâkimin, eşlerin mallarının yönetimi konusunda önlem alması, özellikle mal ortaklığı rejimini seçmiş eşler için önemlidir. Fakat, tükemizde yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi yaygın olduğu için, bu hükmün uygulama alanı dardır.³⁴¹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

4. Çocukların Bakımı ve Korunması

Boşanma davasının açılmasından sonra, hâkim, çocukların bakım ve korunmasına ilişkin bütün önlemleri alır.³⁴² Mesela, çocukların hangi eş yanında kalacağına, diğer eşin çocuklarla ne zaman görüşeceğine ve çocukların geçimi için diğerinin ne miktarda parasal katkı³⁴³ sağlayacağına karar verilebilir.³⁴⁴ Ayrıca, hâkim, çocukların, boşanma davası sürecinden etkilenmemesi için gerekli önlemlerin de resen alır.³⁴⁵

³⁴⁰ Bu konuda bkz. yuk. § 8, III, D, 3.

³⁴¹ Tekinay, (Aile) s. 253; Bozovalı, s. 39.

³⁴² Bkz. yuk. § 8, III, C, 3, d.

³⁴³ Bu parasal katkıya, önceki Medeni Kanun döneminde, doktrinde ve uygulamada "işbirlik nafakası" deniliyordu.

³⁴⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 22.1.1973 tarih ve 81/226 sayılı Kararı'ndan: "Müşterek çocuk Hatice için ayda yüz lira istendiği halde yüz elli lira nafaka taksiri, usulün 74. maddesine aykırı"dır. (Başaklar, s. 42) Petek, (s. 14) haklı olarak, boşanma veya ayrılık davalarında hâkimin gerekli bütün önlemleri resen alması gerektiğine ilişkin Medeni Kanun'un 169. maddesine dayanarak, bu kararı eleştirmektedir. Yazara göre hâkim, eşin kendisi için istediği miktarla bağlı olup, fazlasına hükmedemez. Fakat, çocukla ilgili istemle bağlı değildir. Çocuk için istenen parasal katkı, çocuğun korunması bakımından yeterli değilse, hâkim daha fazlasına karar verebilir. Çünkü eş, kendi menfaatlerini iyi bir şekilde savunabileceği halde, çocuğun menfaatlerini savunmakta yetersiz kalabilir.

³⁴⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 23.05.2002 tarih ve 3655/4212 sayılı Kararı'ndan: "Türk Medeni Kanunu, çocuğun korunması ile ilgili tedbirleri hâkimin resen alması gerektiğini öngörmüştür. Küçük Meryem'in anne ve babası aleyhine tanıklığa zorlanması onun ruhsal durumunu olumsuz etkileyeceği için, hâkimin görevi gereğince çocuğu koruma anlamında, onu tanık olarak dinlememesi...doğrudur." (Yargı Dünyası, Ağustos 2002, S. 80, s. 93)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

5. Diğer Önlemler

Medeni Kanun'un 169. maddesi gereğince, hâkimin alabileceği önlemler, daha önce açıklananlarla sınırlı olmayıp, bu konuda hâkim, geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu nedenle, hâkim, eşlerin ve çocukların menfaatlerini korumak için gereken bütün önlemleri resen alabilir. Mesela, ev eşyasından, otomobilden veya ortak konut dışındaki yazlıktan yararlanma konusunda düzenleme yapılması, bu kapsamda değerlendirilebilir.³⁴⁶ Bunun gibi, evlilik birliğinin korunması konusunda belirtilen benzeri önlemler de, (TMK, mad. 195 vd.) söz konusu madde gereğince alınabilir. Mesela, eşlerden birinin bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin Medeni Kanun'un 199. maddesine göre sınırlanması, boşanma davasında alınabilecek geçici önlemlerdendir. Hâkim, somut olaydaki durum ve koşulları göz önünde tutarak, eşlerin ve çocukların korunması için gerekli gördüğü bütün önlemleri alabilir.

Ş 10. 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'UN, EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK HÜKÜMLERİ

I. 4320 sayılı Kanun İle Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Birliğini Koruyucu Hükümleri Arasındaki İlişki

Medeni Kanun'da düzenlenen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin alınması mahkemelerin iş yoğunluğu nedeniyle bazen uzun bir yargılamayı gerektirebilmektedir. Aile içi şiddetin günümüzde bile büyük bir sorun olduğu³⁴⁷ ve Medeni Kanun'daki evlilik birliğini ko-

³⁴⁶ Bkz. ve karşı Akıntürk, s. 278; Öztan, (Aile) s. 345; Tekinay, (Aile) s. 253; Bozovalı, s. 40; Feyzioglu, s. 365; Akgün, s. 84; Tandoğan, s. 95; Petek, s. 50.

³⁴⁷ Nitekim, Aile Araştırma Kurumu'nun 1993 yılında başlattığı Aile İçinde Şiddetin Sebep ve Sonuçları adlı bir araştırma, çarpıcı sonuçlarıyla dikkat çekmektedir. Bu araştırmada eşe karşı fiziksel şiddet, sözlü ve

ruyucu hükümlerin aile içi şiddeti önlemede yetersiz kaldığı

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

davranışsal şiddet ve çocuklara yönelik fiziksel şiddet olmak üzere üç konudaki şiddet yaygınlığı ölçülmeye çalışılmıştır. Araştırma sonuçlarına göre, bütün utangaçlığa ve gizliliğe rağmen, aile içi şiddet yaygın bir olaydır. Fiziksel şiddete; ailelerin %34'ünde, sözlü şiddete ise %53'ünde rastlanmaktadır. Çocuklara yönelik fiziksel şiddete rastlanma oranı da %46'dır. Anne babaların geçmişteki dayak deneyimi (%70) şiddeti bugüne taşımaktadır. Dayağın şiddeti ve sıklığından çok, varlığının önem taşıdığı görülmektedir. Aile büyüdükçe şiddet artmaktadır. Özellikle kayınvalide ile anlaşmazlıklardan doğan sorunlar geleneksel gelin kaynana ikilemini yaratırken, eşler arasında da çatışmaya yol açmaktadır. Hamilelik döneminde de fiziksel ve sözlü şiddetin sürdüğü, sıklığının da azalmadığı anlaşılmaktadır. Bu dönemde cinsel şiddetin de devam ettiği görülmektedir. Ailelerde cinsel şiddet ve tacize rastlanma oranı %9'dur. Şiddete maruz kalanların %80'i yapacak fazla bir şey olmadığına inanmaktadırlar. Bu durum çaresizliğin kabulü anlamına gelmekte ve şiddete maruz kalanın pasif tutumuna yol açmaktadır. Eşlerden birinin alkol kullanıyor olması aile içi şiddeti artırmaktadır. Eşlerin daha iyi eğitim görmüş olması ise aile içindeki şiddeti azaltmaktadır. (Bkz. aile.gov.tr/arastirma12) Aynı şekilde, 1997 tarihli Aile İçinde ve Toplumsal Alanda Şiddet isimli araştırma da benzer sonuçları ortaya koymaktadır. (Bkz. aile.gov.tr/arastirma18) Daha yeni tarihli (2002-2003) olan ve İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Sosyal ve Kriminolojik Araştırmalar Çalışma Grubu tarafından yapılan, Kadına Yönelik Şiddet Konulu Araştırma Raporu'na göre, "evlendikten sonra hiç dayak yediniz mi?" sorusuna, araştırmaya katılan evli kadınların %32,68'i (2003'te bu oran %31,52) "evet, kocamdan" yanıtını verirken; %2,7'si (2003'te bu oran %1,83) "evet, babamdan ve/veya annemden"; %1,17'si (2003'te bu oran %1,40) "evet, yukarıda söylenenler dışında kalan akrabalarından" cevabını vermiştir. Evli kadınların büyük bir çoğunluğu ise (%60,93) (2003'te bu oran %65,25) dayak yemediğini bildirmiştir.

"Evlilikten önce dayak yediniz mi?" şeklindeki soruya, "Evet, babamdan" diyenlerin oranı %26,45 (2003'te bu oran %21,54) "Evet, yukarıda söylenenler dışında kalan akrabalarından" diyenlerin oranı ise %4,12 dir. (2003'te bu oran %4,36) Evlilik öncesi, ana-baba ocağında dayak yemediğini bildirenlerin oranı ise sadece %43,88 de kalmıştır. (2003'te bu oran %52,16 dir)

"Aile içinde cinsel tacize uğradınız mı?" şeklindeki sorumuza, "evet, babamdan", diyenlerin oranı %0,82 (2003'te bu oran %0,33) "Evet, erkek kardeşimden" diyenlerin oranı %0,77 (2003'te bu oran %0,20) "Evet, yukarıda söylenenler dışında kalan akrabalarından" diyenlerin oranı ise %1,97 olmuştur. (2003'te bu oran %2,88) Aile içinde cinsel tacize uğramadığını beyan edenlerin genel oranı ise %96,44 dür. (2003'te bu oran %96,59 dur) (Bkz. www.morcani.org/bulten) Aynı şekilde, "Türk Kadınına Çözüm Bekleyen En Önemli Sorunu" adlı ankete verilen cevaplarda da aile içi şiddet, %14,54 oranıyla eğitim ve sağlığın ardından üçüncü sırada yer almıştır. Bkz. (www.kazete.com.tr).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

da bilinen bir gerçektir.³⁴⁸ Bu nedenle, kanun koyucu, önlem alınmasına ilişkin süreci hızlandırmak ve aile bireylerinin aile içi şiddete karşı korunmasını sağlamak için, 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı³⁴⁹ Ailenin Korunmasına Dair Kanun'u³⁵⁰ kabul

³⁴⁸ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Havutçu, s. 252; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 767; Berktaş, s. 360.

³⁴⁹ RG, 17.01.1998, S. 23233.

³⁵⁰ 4320 sayılı Kanun, Aile Mahkemelerinin Kurulmasına Dair 4787 sayılı Kanun'la değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten sonraki metin şu şekildedir:

"Madde 1. Türk Kanunu Medenisinde öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi hâlinde aile mahkemesi hâkimini resen meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da bir kaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmedebilir:

Kusurlu eşin:

a. Diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması.

b. Müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu eve veya iş yerlerine yaklaşmaması.

c. Diğer eşin, çocuklarını veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi.

d. Diğer eş, çocukları veya aynı çatı altında yaşayan aile bireylerini iletişim vasıtalarıyla rahatsız etmemesi.

e. Varsa silah ve benzeri araçlarını zabıtaya teslim etmesi.

f. Alkollü veya uyuşturucu herhangi bir maddede kullanılması olarak ortak konuta gelmemesi veya ortak konutta bu maddeleri kullanmaması.

Yukarıdaki hükümlerin tatbiki maksadıyla öngörülen süre altı ayı geçemez ve kararda hükümlenen tedbirlere aykırı davranılması hâlinde tutuklanacağı ve hüsrupyeti bağlayıcı cezaya hükmedileceği hususu kusurlu eşe ilhtar olunur.

Hâkim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak tedbir nafakasına hükmeder.

Birinci fıkrâ hükmüne göre yapılan başvurular harca tabi değildir.

Madde 2. Koruma kararının bir örneği mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdi olunur. Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararının uygulanmasını zabıta marifetiyle izler.

Koruma kararına uyulmaması hâlinde zabıta, mağdurların şikâyet dilekçesi vermesine gerek kalmadan resen soruşturma yaparak evraki en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığı'na intikal ettirir.

Cumhuriyet Başsavcılığı koruma kararını uymayan eş hakkında Sullî Ceza Mahkemesi'nde kamu davası açar. Bu davanın duruşması yer ve zaman kaydına bakılmaksızın 3005 sayılı Meşhûr Suçların Muhakeme Usulü Kanunu Hükümlerine göre yapılır.

Filî başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezası hükümlenir.

etmiştir.³⁵¹ Evlilik birliğinde ortaya çıkan şiddet olayları, hem eşlere hem de evlilik birliğine, belki de artık onarılamayacak nitelikte zararlar vermektedir. Hem eşlerin ve aile bireylerinin şiddete maruz kalmalarını önlemek, hem de dolaylı olarak evlilik birliğini korumak amacına yönelmiş olan bu kanun, aynı zamanda, evlilik birliğinin dağılma tehlikesiyle karşılaşmasını da önlemeye çalışmaktadır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

4320 sayılı Kanun, sadece aile içi şiddet durumunda, evlilik birliğine müdahale olanağı vermektedir. Evlilik birliği, aile içi şiddet dışında bir tehlikeye girmişse, bu durumda alınabilecek önlemler, 4320 sayılı Kanun'a göre değil, Medeni Kanun'un 195. ve devamı hükümlerine dayanacaktır. Çünkü, Medeni Kanun, evlilik birliğinin karşı karşıya kaldığı her tür tehlikede uygulama alanı bulduğu halde, 4320 sayılı Kanun, sadece aile bireylerinin aile içi şiddete maruz kalmaları durumunda uygulanabilir. Bu nedenle, 4320 sayılı Kanun, Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri yanında, aile içi şiddet durumunda uygulanabilen özel bir kanundur.³⁵²

Daha önce³⁵³ de açıklandığı gibi, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasına göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler, birlikte ya da ayrı ayrı hâkimin müdahalesini isteyebilirler. 4320 sayılı Kanun bakımından önemli olan, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında da öngörülen ilk sebep, yani, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesidir. Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlü-

Madde 3. Bu kanun, yayımı tarihinde yürürlüğe girer.

Madde 4. Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür."

³⁵¹ İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Sosyal ve Kriminolojik Araştırmalar Çalışma Grubu tarafından 2003 yılında yapılan Kadına Yönelik Şiddet Konulu Araştırma Raporuna göre, evli veya evlilik tecrübesi yaşamış olan kadınlarının %42,57'si 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun hakkında bilgi sahibi iken, %57,43'ünün bu yasadaki haberi bulunmamaktadır. (Bkz. www.morcatı.org/bülten)

³⁵² Güven, (Ailenin Korunması) s. 17.

³⁵³ Bkz. yuk. § 8, II.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

lüklerin belki de en önemlisi ve evlilik birliğinin, bir birlik oluşturmasının temel dayanağı, eşler arasındaki karşılıklı sevgi, birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı olma ve birbirini koruma yükümlülükleridir. Bu yükümlülükleri gereğince eşler, birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı davranmak ve birbirlerine karşı şiddete başvurmamakla yükümlüdürler.

Eşler arasında şiddet uygulanması, mesela, eşlerden birinin diğerini dövmesi durumunda; Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasında, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi şeklinde ifade edilen ilk koşul gerçekleşmiş olur. Bu nedenle, Medeni Kanun'da öngörülen, hâkimin müdahalesine ilişkin önlemlere de başvurulabilir. Ancak, aile içi şiddet uygulanan eşin, bunu önlemek amacıyla kabul edilmiş olan 4320 sayılı Kanun'la sağlanan hukuki korumadan yararlandırılmasına öncelik verilmelidir.

4320 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının ilk cümlesinde kullanılan, "*Türk Kanunu Medenisinde öngörülen tedbirlerden ayrı olarak...*" şeklindeki ibare, 4320 sayılı Kanun ile Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır. Buna göre, Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri, aynı kanunun 195. maddenin birinci fıkrasında belirtilen her iki koşulun gerçekleşmesi durumunda da uygulanabilir. Buna karşılık, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'daki önlemler, ancak aile içi şiddet söz konusu ise uygulanabilir.

II. 4320 sayılı Kanun İle Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Birliğini Koruyucu Hükümleri Arasındaki Farklılıklar

Medeni Kanun'un evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri, sadece geçerli³⁵⁴ bir evlenme sözleşmesine da-

³⁵⁴ Medeni Kanun'un 156. maddesine göre, evlenme mutlak butlan nedeniyle geçersiz olsa bile, hâkimin kararına kadar geçerli bir evlenmenin

yanan birlikteliklere uygulanır. Evlenme sözleşmesine dayanmayan birliktelikler, Medeni Kanun'a göre evlilik olarak değerlendirilmediği için, bu hükümlerden yararlanamazlar. Fakat, 4320 sayılı Kanun'un uygulama alanı, Medeni Kanun'dan daha geniştir. Çünkü, 4320 sayılı Kanun'un birinci maddesinin birinci fıkrasına göre: "(Bu kanun)...eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin..." aile içi şiddete maruz kalması durumunda uygulanır. Görüldüğü gibi, 4320 sayılı Kanun'un uygulama alanı, Medeni Kanun'daki en geniş anlamda aileyi de³⁵⁵ kapsamaktadır.³⁵⁶ Mesela, yok evlilik olarak nitelendirilen imam nikâhı ilişkileri, 4320 sayılı Kanun bakımından aynı çatı altında yaşayan bir aile olarak nitelendirilebildiği için, bu Kanun'un uygulama alanına girer.³⁵⁷

Medeni Kanun'un 195. maddesine göre, hâkimin başvurusunun istenebilmesi için, eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eşlerin evlilik birliğini ilgilendiren önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri gerekir. 4320 sayılı Kanun'a göre ise, hâkimin müdahalesinin koşulu, aile içi şiddettir. Aile içi şiddet, eşin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin, dayak, tehdit, hürriyeti tahdit, tecavüz, hakaret gibi fiillere maruz kalmasıdır.³⁵⁸ Bu tür fiillerin, kusurlu eş tarafından

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYULANABİLECEK
HÜKÜMLER

bütün hukuki sonuçlarını doğurur. Bu nedenle, butlan yaptırımına bağlı evlenmelere de, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin Medeni Kanun hükümleri uygulanabilir.

³⁵⁵ En geniş anlamda aile kavramı için bkz. yuk. § 2, III, D.

³⁵⁶ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Havutçu, s. 252; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 768; Güven, (Ailenin Korunması) s. 19.

³⁵⁷ Doktrinde, kanaatimce de haklı olarak ileri sürülen bir görüş gereğince, eşlerin boşanmalarından sonra gerçekleşen şiddet olaylarının ve rahatsız edici davranışların da, 4320 sayılı Kanun kapsamına alınması yerinde olurdu. Bkz. Balo, s. 39.

³⁵⁸ Güven'e göre, (Ailenin Korunması, s. 19) aile içi şiddet, kadının birlikte yaşadığı erkeğin ona uyguladığı her türlü fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddettir. Aile içi şiddet, 4320 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, "aile içinde, bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışlarıdır."

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

diğer eşe veya aile bireylerinden birine karşı gerçekleştirilmesi, söz konusu kanunun diğer bir uygulanma koşuludur. 4320 sayılı Kanun, kusurlu eş dışında kalan diğer aile bireylerinin uyguladıkları aile içi şiddet nedeniyle uygulanmaz. Çünkü kanun, kusurlu eşin aile içi şiddetine maruz kalan diğer aile bireylerinin korunmasını amaçlamaktadır.

Medeni Kanun'daki önlemler, ancak eşlerden birinin istemde bulunması durumunda alınabilirken, 4320 sayılı Kanun'daki önlemler, aile içi şiddete maruz kalan aile bireyinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine alınabilir. Oysa, Medeni Kanun'a göre, her bir önlem için eşlerin istemde bulunmaları gerekir. Bu bildirim üzerine, aile mahkemesi,³⁵⁹ ortaya çıkan sorunun niteliğini göz önünde tutarak, uygun göreceği bütün önlemlere resen karar verebilir. Görüldüğü gibi, Medeni Kanun ile 4320 sayılı Kanun arasında başvuru açısından iki fark vardır. Birincisi, 4320 sayılı Kanun'a göre, aile içi şiddet durumunu, hem şiddete maruz kalan aile bireyi, hem de Cumhuriyet Başsavcılığı bildirebilir. Başvuruyu, şiddete maruz kalan kişinin yapması zorunlu değildir. Medeni Kanun'da ise, mahkemeye başvuru hakkı, sadece eşlere verilmiştir. İkincisi ise, Medeni Kanun'a göre, hâkimin evlilik birliğinin korunması amacıyla önlem alabilmesi, eşlerin bu konuda istemde bulunmasına bağlı olduğu halde, 4320 sayılı Kanun'a göre, hâkim tarafından gerekli önlemler resen alınabilir.³⁶⁰

Medeni Kanun'un 195. maddesinin son fıkrasına göre, hâkim, ancak eşlerden birinin isteği üzerine, Kanun'da öngörülen önlemleri alabilir. Başka bir ifadeyle hâkim, Kanun'da sayılanlar dışındaki önlemlere başvuramaz. 4320 sayılı Kanun'a göre ise, hâkim, alınacak önlem için bu yönde bir istem olmasa bile, ortaya çıkan sorunun niteliğine uygun düşen

³⁵⁹ 4320 sayılı Kanun'a göre görevli mahkeme, sulh hukuk mahkemesiydi. Fakat, 4787 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre, 4320 sayılı Kanun kapsamındaki işlerde görevli mahkeme, aile mahkemesi olarak değiştirilmiştir.

³⁶⁰ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 768.

bütün önlemlerin alınmasına resen karar verebilir.³⁶¹ 4320 sayılı Kanun'da, aile içi şiddet durumunda alınabilecek bazı önlemler örnekleme yoluyla sayılmış, fakat bunlara benzeri önlemlerin de alınabileceği kabul edilmiştir.

Medeni Kanun'a göre, hâkimin evlilik birliğinin korunması amacıyla alacağı önlemler, koşulların değişmesi durumunda, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından kaldırılabilir. Görüldüğü gibi, Medeni Kanun'da, hâkim tarafından alınan önlemler bir süreyle sınırlanmamıştır.³⁶² Bunlar, mevcut koşullar değişinceye kadar uygulanır. Buna karşılık, 4320 sayılı Kanun'un birinci fıkrasının üçüncü fıkrasına göre, alınan önlemlerin süresi altı ayı geçemez.³⁶³ Bununla birlikte, hâkim, daha kısa süreli bir önlem alınmasına karar verebilir. Burada, hâkime takdir yetkisi verilmiştir. Hâkim, kendisine tanınan bu takdir yetkisini Medeni Kanun'un 4. maddesine uygun olarak kullanır.

³⁶¹ 4320 sayılı Kanun'un birinci maddesinin birinci fıkrasına göre hâkim, "...meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak, aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmedebilir."

³⁶² 4320 sayılı Kanun gereğince alınan önlemlerin geçici nitelikte olmaları ve ihtiyati tedbir kararlarına benzemeleri sebebiyle, bunlara ilişkin kararların temyiz edilemeyeceği kabul edilmektedir. Fakat, bu karara, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 107. maddesi gereğince itiraz yolu açıktır. Bkz. aşa. § 10, III, B.

³⁶³ Hatemi'ye göre (s. 67) önlemlerin süresi için kanunda öngörülen altı aylık sürenin anlamı belirsizdir. Yazara göre, "şiddete başvuran eşe," altı ay içinde şiddete son ver, altı ay boyunca eşini ve çocuklarını dövebilir, silahla veya uyuşturucu alarak eve gelebilirsin", denemeyeceğine göre, herhâlde bu altı aylık süre, sadece, müşterek evden, şiddete başvuran eşin uzaklaştırılması" süresidir. Böyle olsa bile, uzun bir süredir. Bu tedbirin alınması gerekiyorsa, şiddete başvuran eş, müşterek evi derhal terk etmelidir." Kanaatimce, kanunda öngörülen altı aylık süre, bütün önlemler için geçerlidir. Çünkü, azami altı aylık süre boyunca, hâkim tarafından uyarılan eşin, bu uyarıya uygun davranış içine girmesi gerekir. Aksi takdirde, kanundaki cezai hükümler uygulanabilir. Buna göre, yapılan uyarı, altı aylık süre için geçerlidir. Mesela, kusurlu eşe, altı ay boyunca, eşini telefonla rahatsız etmemesi yönünde bir uyarı yapılmışsa, uyarıya muhatap olan eş, bu süre içinde bir kez de olsa eşini rahatsız ederse, kanunda öngörülen hapis cezasıyla cezalandırılır. (4320 SK. mad. 1/d)

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. ve 9. maddelerine göre, hem evlilik birliğinin korunmasına ilişkin Medeni Kanun'da öngörülen önlemler, hem de 4320 sayılı Kanun gereğince alınacak önlemler için görevli mahkeme aile mahkemesidir.

Medeni Kanun'da öngörülen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerde yetkili mahkeme, daha önce de³⁶⁴ açıklandığı gibi, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. (TMK, mad. 201) 4320 sayılı Kanun'da ise, yetkili mahkeme konusunda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Fakat, 4320 sayılı Kanun'da öngörülen önlemlerin niteliği itibariyle ihtiyati tedbir kararlarının konusuna benzerlikleri göz önünde tutularak, ihtiyati tedbirler konusunda yetkili olarak öngörülen mahkemelerin, 4320 sayılı Kanun bakımından da yetkili olacağını kabul etmek uygun olur.³⁶⁵ Buna göre, 4320 sayılı Kanun gereğince yapılacak başvurularda yetkili mahkeme, bu konudaki önlemlerin en çabuk ve kolay alınabileceği yerdeki mahkemedir. Kanaatimce de Kanun'un amaçsal yorumu böyle bir sonucun kabulünü haklı göstermektedir.

Medeni Kanun'a göre, evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemlere uyulmamasının doğrudan bir yaptırımını yoktur.³⁶⁶ Bu önlemlere uygun davranılmaması, ancak

³⁶⁴ Bkz. yuk. § 8, VI, A.

³⁶⁵ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 771. Aksi görüşte olan Güven'e göre, (Ailenin Korunması, s. 18) yetkili mahkeme konusunda, evlilik birliğinin korunması konusundaki yetkili mahkemeye ilişkin Medeni Kanun'un 201. maddesi (İsv. MK, mad. 180) kıyas yoluyla uygulanmalı ve eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi, 4320 sayılı Kanun'da öngörülen önlemler için yetkili sayılmalıdır. Peker'e göre ise, (s. 651) yetkili mahkeme, kusurlu eşin yerleşim yeri mahkemesidir. Yazara göre, 4320 sayılı Kanun gereğince alınacak önlemler kamu düzenine ilişkin olduğu için, hâkim, yetki konusunu resen inceler.

³⁶⁶ Fakat, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un, "Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler" kenar başlıklı 6. maddesine göre, "Aile mahkemesi...nilenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya...küçükler hakkında, bakım ve gözetime

ileride açılacak olan bir boşanma davasında göz önünde bulundurulabilir. Fakat, 4320 sayılı Kanun'a göre alınan önlemler ise, cezai yaptırıma bağlanmıştır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

III. 4320 Sayılı Kanun'un Uygulanması

A. Kanun'un Uygulanma Koşulları

1. Fiil Bakımından

4320 sayılı Kanun, aile içi şiddet durumunda uygulama alanı bulur. Aile içi şiddet, 4320 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, "*aile içinde, bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışdır.*" Görüldüğü gibi şiddet, sadece fiziki davranışlardan ibaret değildir. Dayak, tokat, cinsel taciz, tecavüz gibi fiiller yanında, hakaret, küfür, tehdit gibi davranışlar da şiddet olarak nitelendirilmeli ve bu gibi davranışlar da kanunun uygulanması için yeterli sayılmalıdır. Mesela, fiziki bir hareket bulunmama ile birlikte koca, sürekli olarak karısına hakaret ediyorsa, aile içi şiddet olayının gerçekleştiğini kabul etmek gerekir.³⁶⁷

Şiddet, daima aktif bir hareketi gerektirir. Pasif davranışlar şiddet olarak nitelendirilemez. Mesela, kocanın ailesine bakmaması ve tüm parasını kumarda veya içkide harcaması, yukarıda belirtilen türden bir davranış içermiyorsa şiddet olarak nitelendirilemez.

Eşlerden birinin sürekli olarak alkol kullanması da, başlı başına şiddet olarak nitelendirilemez. Mesela, koca sürekli olarak alkol alıyor ve eve geç gelip ailesiyle ilgilenmiyorsa,

yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya...karar verebilir. Aile mahkemesince verilen...bu kararlara uyulmaması halinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesi uygulanır." Görüldüğü gibi, bu maddeyle, evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen, ihtiyati tedbir nitelikli kararlara uyulmaması durumunda, bazı cezai hükümlerin uygulanması kabul edilmiştir.

³⁶⁷ Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 768.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

bu davranışlar başlı başına şiddet olarak nitelendirilemez. Çünkü Kanun, sadece aile içi şiddeti önlemek amacıyla kabul edilmiştir. Şiddet dışındaki yükümlülük ihlalleri durumunda, 4320 sayılı Kanun değil, Medeni Kanun'un evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri uygulanır. Fakat, eşlerden birinin sarhoş olduğu dönemlerde eşine veya çocuklarına yönelik fiziki hareketleri şiddet boyutuna ulaşırsa, eşlerden biri, bir aile bireyine mesela tokat atar, tehdit, hakaret veya küfür eder, onu aşağılarsa, şiddet unsuru gerçekleşmiş olur.

Kanunun uygulanabilmesi için, şiddet fiilinin kusurlu olarak işlenmesi gerekir. Çünkü kanun, şiddet uygulayan eşin aleyhine koruma kararı verilebilmesini, onun kusurlu olmasına bağlamıştır. Mesela, ayırt etme gücüne sahip olmayan eş, karısına veya çocuklarına karşı şiddet uygulasa bile bu kanun uygulanamaz.³⁶⁸

Aile içi şiddet olarak nitelendirilebilen davranışlar nedeniyle hâkimin müdahalesi için, şiddete yönelik fiilin belli ölçüde süreklilik taşıması gerekir. Eşlerden birinin bir defa şiddete maruz kalması, 4320 sayılı Kanun'un uygulanması için yeterli değildir. Çünkü, kanaatimce kanunun temel amacı, kusurlu eşi cezalandırmak değil, aile içi şiddeti durdurmaktır. Bu nedenle, ileride de şiddete başvurulması olasılığının bulunması, söz konusu kanunun uygulanması için gerekli bir koşuldur. Fakat, kanun aile içi şiddeti mahkeme kararıyla etkili ve hızlı bir şekilde ortadan kaldırmayı amaçladığı için, şiddete maruz kalan eşin yeniden şiddete uğrama ihtimalini kanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Nitekim bu husus, kanunun gerekçesinde de şöylece ifade edilmiştir: "*Sulh hukuk (Aile) mahkemesi, mağdurların tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından, tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Şiddete uğrayanların, mahkemede şiddete uğrama ihtimallerini kanıtlama yükümlülüğü de bulunmamaktadır.*" Bu nedenle mahkeme, şiddete maruz kalan bireyin, yeniden şiddete uğrama

³⁶⁸ Güven, (Ailenin Korunması) s. 20.

ihtimali bulunduğunu kanıtlamasını aramaksızın, aile içi şiddete uğrayan bireyi korumak ve şiddeti önlemek için durumun gerektirdiği bütün önlemleri almalıdır.

Ayrıca, 4320 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için, aile içi şiddet olayının en az bir defa gerçekleşmiş olması gerekir.³⁶⁹ Aile içi şiddet olayının henüz gerçekleşmemekle birlikte, gerçekleşme olasılığı varsa, aynı kanun uygulanamaz. Çünkü, 4320 sayılı Kanun'da, açıkça aile içi şiddete maruz kalma koşulunun gerçekleşmesi aranmaktadır. Fakat tehdit, hakaret ve korkutma gibi davranışlar da aile içi şiddet sayılabileceği için, bunlar da kanun kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle, tehdit, hakaret veya korkutma gibi bir davranışta bulunulması, fakat diğer eşe, henüz maddi bir zarar verilmemiş olması, aynı kanunun uygulanmasını engellemez. Çünkü, bu tür davranışlar da şiddet olarak nitelendirilmektedir.

Şiddete yönelik davranış ciddi nitelik taşımaktadır. Mesela, tokat veya yumruk atma, bıçaklama gibi davranışlar ciddi olarak nitelendirilebilir. Özellikle manevi anlamda şiddetin ciddi olması önemlidir. Ciddi olarak nitelenemeyen tehditler için, Türk Ceza Kanunu gibi, 4320 sayılı Kanun'un da uygulanması mümkün değildir. Fakat, şiddetin ciddi olması aranırken, davranışın çok ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması da aranmamalıdır. Çünkü, 4320 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için şiddet olayının Ceza Hukuku bakımından ayrı bir suç teşkil etmesi zorunlu değildir.

2. Fail ve Mağdur Bakımından

4320 sayılı Kanun sadece aile içi şiddet uygulayan eşlerden biri hakkında uygulanabilir. Çünkü, kanunun 1. maddesine göre, bu kanunda öngörülen önlemler ancak kusurlu eş hakkında uygulanabilir. Bu nedenle aile içi şiddet, eşlerden biri dışında bir kişi tarafından gerçekleştirilirse kanunun

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

³⁶⁹ Bkz. Balo, s. 38.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

uygulanması söz konusu olamaz. Mesela, evin büyük oğlu, kardeşlerine veya ana babasına karşı şiddet uygulasa bile bu kanun uygulanmaz. Aile içinde şiddet uyguladığı gerekçeyle hakkında 4320 sayılı Kanun'a göre önlem alınabilecek kişiler; karı, koca, ana veya babadan ibarettir.

Kanunun uygulanması bakımından önemli bir yeri olan şiddet uygulayan eş kavramının yorumlanmasında kanaatimce, geniş bir yorum yapılmalı ve evlendirmeye yetkili resmi memur huzurunda yapılmayan ve bu nedenle Medeni Kanun'a göre evlenme olarak nitelendirilemeyen birliktelikler de kapsama alınmalıdır. Bu nedenle, halk arasında imam nikâhı olarak adlandırılan birlikteliklerde de, taraflar eş olarak 4320 sayılı Kanun kapsamında değerlendirilmeli ve bu birlikteliklerden doğan çocuklar da kanundaki korumadan yararlandırılmalıdır.

Ayrıca, eşler arasındaki evlilik, boşanma veya iptal gibi bir nedenle ortadan kalkarsa, boşanmış eşlerden birinin diğerine yönelik şiddet içeren davranışları Kanun'un uygulanması kapsamına girmemektedir. Çünkü, boşanma durumunda tarafları artık eş olarak nitelendirmek mümkün olamamaktadır. Fakat, ayrılık kararı verilmesi, evliliği ortadan kaldırmayacağı için, ayrılık kararı verilmesi durumunda da 4320 sayılı Kanun'un uygulanması mümkündür. Şiddete uğrayan eş ve çocuklar için aynı çatı altında birlikte yaşama koşulu aranmadığı ve ayrılık süresinde de evlilik devam ettiği için, 4320 sayılı Kanun'un uygulanması mümkündür.

Boşanma sonrası, özellikle kocanın kadına ve çocuklara yönelik rahatsız edici davranışları sıklıkla karşılaşılan durumlar olduğu için kanaatimce, kadının boşanma sonrasında da 4320 sayılı Kanun'un korumasından mahrum bırakılmaması yerinde olurdu.³⁷⁰

³⁷⁰ Nitekim 2000 yılında hazırlanan, 4320 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı'nda, bu durumdaki kişiler de kanun kapsamına alınmak istemiştir. Gerçekten, sözü geçen tasarının gerekçesine göre: "...aynı çatı altında yaşamayan; boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı

Aile içi şiddet, Kanun'un genel gerekçesine göre, "aile içinde, bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışdır." Fakat kanun, sadece kusurlu eşler hakkında uygulanabilecektir. Bu nedenle, eşler dışındaki kişilerin davranışları aile içi şiddet olarak değerlendirilip Kanun'un kapsamına alınmamıştır.³⁷¹ Kanaatimce, sadece eşlerin davranışları değil, aynı çatı altında yaşayan aile bireylerinden birinin diğerine yönelik şiddet içeren davranışlarının da kanun kapsamına alınması yapılacak değişiklikler için uygun olacaktır.³⁷²

konularda bulunan bireyler de aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden, aile içi şiddet mağduru kapsamının gerçeklere uygun olarak düzeltilmesi gerekmektedir..." Tasarının bu konuda getirilmesi önerilen hükmünde, "Boşanmış veya ayrılmış olsa bile eşlerden birinin veya çocuklarının veya aynı çatı altında yaşayan veya daha önce birlikte yaşamış olmalarına rağmen halen ayrı yaşıyor olan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığı..." ifadesi yer almaktaydı. Kanaatimce, 4320 sayılı Kanun'da yapılacak bir değişiklik, kanuna bu yönde bir hüküm eklenmesi yerinde olur.

³⁷¹ Kanunun, aile içinde şiddet uygulayan eş dışındaki kişilere uygulanmaması nedeniyle Anayasa Mahkemesi'nde açılan iptal davasında (1999/35 E, 2002/104 K) Yüksek Mahkeme şu gerekçeyle, hükmün Anayasa'nın 10. maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesine aykırı olmadığına karar vermiş ve iptal istemini reddetmiştir: "...Anayasa'nın "Ailenin korunması" başlıklı 41. maddesinde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulandıktan sonra, Devletin ailenin huzur ve refahı, özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüş, Devlete aileye yönelik bazı görevler yükleyerek aile kurumuna anayasal güvence sağlanmak istenmiştir. Devlete yüklenen tüm koruma görevlerinin aile içi koşulların düzeltilmesi, iyileştirilmesiyle ilgili olduğu açıktır. Amaç kari, koca ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünü korumaktır. Bu nedenle 4320 sayılı Yasa'yla kanun koyucu Anayasa'nın 41. maddesinin emrettiği düzenlemelerden birini yerine getirmiştir. -Aile birliğinin korunması ve devami yönünden eşlerle diğer aile bireylerinin görev ve sorumlulukları aynı olmadığından bunlar arasında eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. -Kaldı ki yasa koyucu diğer aile bireylerinin şiddet eylemlerine karşı aileyi koruyucu kimi önlemleri her zaman alabilir. -Açıklanan nedenlerle kural, Anayasa'nın 10. maddesine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir..." (RG, 29.03.2003, S. 25063 A)

³⁷² Nitekim, 2000 yılı içinde başlatılan, fakat seçimler nedeniyle kanunlaşma şansı bulamayan değişiklik çalışmalarına ilişkin tasarı gerekçesinde: "Aile içi şiddet söz konusu olduğunda çekirdek aile kavramı dışında olduğu halde, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine yönelik ya da bu aile bireyleri tarafından uygulanan şiddet türlerinin varlığı da bilinmektedir. Bu durumda şiddet kavramını geniş yorumlayarak aile içi şiddeti sadece eşler ara-

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Kanun, eşlerden birinin, diğer eşe, çocuklara ya da aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birine yönelik şiddet içeren davranışlarda bulunması durumunda uygulanır. Görüldüğü gibi, diğer eşe veya çocuklara yönelik şiddet durumunda kanunun uygulanabilmesi için, aynı çatı altında yaşamak zorunlu tutulmamıştır. Şiddete uğrayan eş veya çocuklar, şiddet uygulayan eşle aynı çatı altında yaşamasalar bile, bu kanun hükümleri uygulanabilir. Mesela, eşlerden birinin boşanma davası açması nedeniyle eşler fiilen ayrı yaşasalar bile, diğer eşe veya çocuklara yönelik şiddet uygulanması durumunda kanun uygulanabilir. Buna karşılık, söz konusu kanunun uygulanabilmesi için, eş veya çocuklar dışındaki diğer aile bireylerinin, şiddet uygulayan kişiyle aynı çatı altında birlikte yaşamaları zorunlu tutulmuştur. Mesela eşlerden birinin, kardeşine yönelik şiddet uygulaması durumunda kanunun uygulanabilmesi için, şiddet uygulayan kişiyle kardeşinin aynı çatı altında birlikte yaşaması gerekmektedir. Aynı çatı altında birlikte yaşama, niteliği gereği süreklilik taşımalıdır.³⁷³ Diğer eş veya çocuklar dışındaki aile bireylerine yönelik şiddet uygulanması durumunda, şiddeti uygulayan kişiyle mağdur aynı çatı altında birlikte yaşamıyorlarsa, kanunun uygulanması mümkün olamaz.

Şiddete maruz kalan çocuklar kavramına, evlat edinilen çocuklar da girer. Kanunda kullanılan çocuk kavramını, 18 yaşını doldurmamış kişiler olarak algılamamak gerekir. 18 yaşını doldurmuş çocukların aile içi şiddete maruz kalmaları

sı şiddet olarak algılamamak gereği ortaya çıkmıştır. Ayrıca aynı çatı altında yaşamayan; boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler de aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden, aile içi şiddet mağduru kapsamının gerçeklere uygun olarak düzeltilmesi gerekmiştir” denilmiştir. Bu nedenle sözü geçen tasarıda, 4320 sayılı Kanun’un 1. maddesinin birinci fıkrasından farklı olmak üzere ikinci fıkrasında “eş” ifadesinin kullanılmasının, uygulamada, olayın tarafları konusunda kavram karışıklığı yaratması nedeniyle, söz konusu karışıklığın ortadan kaldırılması ve Anayasa’nın 10. maddesinde yer alan “Kanun önünde eşitlik” ilkesine daha uygun hale getirilmesi amacıyla, “kusurlu eş” ifadesi yerine “şiddet uygulayan birey” ifadesinin kullanılmasının uygun bulunduğu ifade edilmektedir.

³⁷³ Peker, s. 650.

durumunda kanun uygulanabilir. Ayrıca, eşlerden birinin üvey çocukları da bu kapsamda değerlendirilmelidir. Mesela koca, karısının önceki evliliğinden olan çocuğuna sürekli olarak şiddet uyguluyorsa, 4320 sayılı Kanun uygulanabilmelidir.

Görüldüğü gibi, bir şiddet olayının aile içi şiddet olarak nitelendirilebilmesi için, öncelikle bir ailenin varlığı gerekir. Kanaatimce, 4320 sayılı Kanun açısından aile, Medeni Kanun'da öngörülen en geniş anlamda aileye kadar genişletilmiştir. Çünkü, anılan Kanun, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini de koruma altına almıştır. Mesela, eşlerden birinin aynı çatı altında birlikte yaşadığı kardeşine yönelik şiddet içeren davranışta bulunması durumunda, Kanun uygulanabilecektir. Çünkü aile, sadece farklı cinsiyetten iki insanın ve onların çocuklarının topluluğu değildir. Aile aynı zamanda, altsoy ve üst soy dediğimiz ana, baba ve çocuklar ve yan soy dediğimiz kardeşlerle daha geniş bir kavramdır. Bu nedenle kanunun tutumu yerindedir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

3. Başvuru

Aile mahkemesi hâkiminin, 4320 sayılı Kanun gereğince önlem alabilmesi için, aile içi şiddet olayının mahkemeye bildirilmesi gerekmektedir. Hâkimin kanun gereğince önlem kararı verebilmesi, aile içi şiddet olayının mahkemeye bildirilmesine bağlıdır. Hâkimin, aile içi şiddet olayını herhangi bir şekilde öğrenmesi, önlem kararı alınabilmesi için yeterli değildir.

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrasına göre bu bildirim, aile içi şiddete maruz kalan aile bireyi veya Cumhuriyet Başsavcılığı yapabilir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin Medeni Kanun hükümlerinden farklı olarak, Cumhuriyet Başsavcılığı'na da bildirimde bulunma yetkisi tanınmıştır. Bu nedenle, özellikle kolluk kuvvetlerinin, aile içi şiddete yönelik davranışlardan herhangi bir şekilde haberdar olmaları

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

durumunda, mağdurların şikâyetçi olmalarını beklemeksizin derhal gerekli delilleri toplayıp, durumu Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirmeleri ve Cumhuriyet Başsavcılığı'nın da derhal aile mahkemesine durumu bildirmesi gerekmektedir.³⁷⁴

Kanaatimce, 4320 sayılı Kanun'da, önlem alınması için şiddete maruz kalan aile bireyinin istemde bulunmasının zorunlu tutulmaması yerinde olmuştur. Çünkü, Medeni Kanun bakımından hâkime başvuru sebepleri, daha çok eşlerin iradeleri doğrultusunda gerçekleşmektedir. Mesela, eşler, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü konusunda anlaşamamışlarsa, hâkimin kendiliğinden müdahale edip bazı önlemler alması, evlilik birliğini korumaktan öte, birliğe zarar verebilir. Hâkimin, birliğe resen müdahale etmesi, sorunu kendi içlerinde halledebilecek olan eşler için yerinde olmayacak ve birliğe dışarıdan müdahale edilmesi, sorunu artık çözülemez noktalara getirebilir. Buna karşılık, 4320 sayılı Kanun'un temel amacı, aile içi şiddeti önlemek ve aile içi şiddet nedeniyle zarar gören aile bireylerini korumaktır. Kişilerin kişilik haklarından vazgeçmeleri veya aşırı sınırlamaları hukuken geçerli kabul edilmediği için, 4320 sayılı Kanun'da, Cumhuriyet Başsavcılığı'na da başvuru yetkisi tanınması yerindedir.³⁷⁵

³⁷⁴ Bkz. Balo, s. 24. TC Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından, 15.11.2002 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılıklarına, "...Cumhuriyet savcıları tarafından Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamında, aile içi şiddete maruz kalındığının öğrenilmesi durumunda, bu konuda herhangi bir şikâyet de aranılmaksızın derhal sulh hukuk (aile) mahkemesine bildirimde bulunulması, mahkeme tarafından tedbirleri içeren koruma kararının verilmesi halinde, kararın kanunun amacına uygun olarak infazının sağlanabilmesi için kolluk birimleriyle sıkı işbirliği kurulması, koruma kararına uymayanlar hakkında, yasal işlemlerin yerine getirilmesi konularında gereken dikkat ve özenin gösterilmesi..." gereği belirtilmiştir.

³⁷⁵ Zevkliler-Acabey-Gökyayla'nın da (s. 768) haklı olarak ifade ettikleri gibi, aile içi şiddet olayları çok istisnai durumlarda mahkeme önüne gelmektedir. Bu nedenle, Cumhuriyet Başsavcılığı'na da aile içi şiddet olaylarını mahkemeye bildirme yetki ve görevinin verilmesi ve olay kendisine intikal eden aile mahkemesinin, istem olmasa bile, gerekli bütün önlemleri resen alabilmesi yerindedir. Nitekim bu husus, İstanbul Bilgi Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi Sosyal ve Kriminolojik Araştırmalar

Aile içi şiddet olayının, gerek mağdurların doğrudan başvurusu, gerekse Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirimde bulunulması yoluyla aile mahkemesine intikal etmesi durumunda, aile mahkemesi meselenin niteliğini dikkate alarak gerekli bütün önlemlere resen karar verir.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

B. Usule İlişkin Özellikler

Medeni Kanun'a göre, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin başvurular harca tabi iken, 4320 sayılı Kanun'una göre yapılan başvurular harca tabi değildir. (mad. 1/f. son) Bu nedenle, Kanun kapsamında koruma kararı isteyen mağdur kişilerden herhangi bir harç alınmamalıdır.³⁷⁶

Çalışma Grubu tarafından gerçekleştirilen Kadına Yönelik Şiddet konulu Araştırma Raporu'nda şöylece belirtilmiştir: "Araştırmaya katılan evli kadınlar, kocasının kendisine yönelik bir şiddet hareketinde bulunması halinde, meseleyi şikayet konusu yapıp yapmama hususunda tereddüt içindedir. Gerçekten, "kocanız tarafından size karşı işlenen bir şiddet hareketini, örneğin dayak veya tehdidi polise veya savcıya ihbar eder misiniz?" şeklinde yöneltilen soruya, "evet ederim; ben her şeyden önce bir insanım; bana karşı şiddet uygulayan kim olursa olsun cezalandırılmasını isterim" diyenlerin oranı sadece %29,26 (2003'te bu oran %34,73) de kalırken; "Kocamın beni veya aile efradını ayda yılda bir değil; sık sık dövmesi, sövmesi, aç ve/veya açık bırakması veya buna benzer fena nuamelelerde bulunması halinde evet" diyenlerin oranı %26,79 (2003'te bu oran %22,23) "Hayır etmem, zira bu tür olaylar aile içinde kalır; polislin veya savcının aile içinde olup bitene karıştırılması doğru değildir" şeklinde yanıt verenlerin oranı %28,81 (2003'te bu oran %28,58) "Hayır etmem, kocamdan korkarım diyenlerin" oranı ise %10,19'dur. (2003'te bu oran %8,58) Araştırmaya katılanların %4,95'i (2003'te bu oran %5,88) ise görüş beyan etmekten kaçınmıştır." Bkz. (www.morcati.org/bülten).

³⁷⁶ 2000 yılında hazırlanan, 4320 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Tasarı'da ise, ekonomik durumu zayıf olan eşlerin mahkemeye daha kolay başvurmalarını sağlamak için, "Bu kanun kapsamındaki başvurular ve infazı için yapılan icrâ işlemler harca tabi değildir" hükmüne yer verilmişti. Yürürlükteki Kanuna göre, 4320 sayılı Kanun gereğince verilen koruma kararının infazı gereken işlemleri harca tabi iken, tasarıyla, icrâ işlemlerin de hiç bir harca tabi olmadığı açıkça belirtilmişti. mesela, yürürlükteki düzenlemeye göre, aile mahkemesi önlem kararında nafakaya hükmederse, bu nafakanın icra dairesi aracılığıyla tahsiline yönelik başvuru harca tabidir. Fakat tasarı, bu kararın icrasını da harçtan muaf tutmuştu.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Önlem alınmasına ilişkin yargılama yöntemi, 4320 sayılı Kanun'un gerekçesinde şöylece açıklanmıştır: "*Sulh hukuk (Aile) mahkemesi, mağdurların tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından, tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Şiddete uğrayanların, mahkemede şiddete uğrama ihtimallerini kanıtlanma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.*" Görüldüğü gibi aile mahkemesi, mağdurların veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirim üzerine, gerektiğinde karşı tarafın veya tanıkların dinlenmesine de gerek olmaksızın derhal gerekli tüm önlemleri alabilir.

Aile mahkemesi öncelikle kanunun uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığını incelemeli, bu koşulların oluştuğuna kanaat getirirse, kanunda öngörülen önlemleri almalıdır. Fakat, hâkimde oluşacak kanaat ve ispat ölçüsü, aynen ihtiyati tedbirlerde olduğu gibi değerlendirilmelidir. Çünkü 4320 sayılı Kanun'un amacı, aile içi şiddeti derhal önlemek olduğu için, davalardaki ispat ölçüsünü (tam ispat) 4320 sayılı Kanun gereğince alınacak önlemlerde aramak, meselenin mahiyetine uygun düşmez. Bu nedenle hâkim, aile içi şiddet olayının gerçekleştiğine yaklaşık olarak kanaat getirdikten sonra gerekli önlemleri almalıdır. Bu durum, Kanun'un gerekçesinde, tanık veya karşı taraf dinlenmeden de önlem alınabileceği belirtilmek suretiyle açıklanmıştır.³⁷⁷ 4320 sayılı Kanun'un bu özelliği gereğince, bu kanuna göre alınacak önlemler Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101. ve devamı maddelerinde düzenlenen ihtiyati tedbirlere benzemektedir.³⁷⁸ Bu nedenle,

³⁷⁷ Bu gerekçeden hareketle, zorunluluk olmadıkça sağlık raporu gibi kararı geciktirici delillerin istenmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Bkz. Balo, s. 25. Kanaatimce, söz konusu gerekçe, hâkimin somut olaydaki durum ve koşullar gerektiriyorsa karşı tarafı, yani diğer eşi ve tanıkları dinlemesine ve toplayacağı delilleri değerlendirdikten sonra bir karar vermesine engel değildir. 4320 sayılı Kanun'un yukarıda metni verilen gerekçesinde, ailenin korunmasına ilişkin hâkim tarafından derhal alınabilecek önlemlerin geçici niteliği gözetilerek, bunların geciktirilmesinin doğru olmayacağı belirtilmek istenmektedir.

³⁷⁸ Bkz. Hacıoğlu, Burhan Caner, "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen 'Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu'

niteliğine uygun düştüğü ölçüde, ihtiyati tedbire ilişkin hükümler 4320 sayılı Kanun gereğince yapılan başvurulara da uygulanmalıdır.³⁷⁹

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 105. maddesinin ikinci fıkrası gereğince, hâkim acele veya davacının hakkının derhal korunması gereken zorunlu hallerde her iki tarafı da davet etmeksizin dahi ihtiyati tedbire karar verebilir. Bu hüküm gereğince aile mahkemesi hâkimi, tarafları davet etmeden de gerekli önlemlere karar verebilmelidir.

Kanunun gerekçesinde yer alan, şiddete uğrayanların, yeniden şiddete uğrama ihtimalini kanıtlama yükümlülüklerinin bulunmadığına ilişkin ifade de, 4320 sayılı Kanun gereğince alınan önlemleri ihtiyati tedbirlere benzediğinin bir kanıtı olarak değerlendirilebilir.

4320 sayılı Kanun gereğince alınan önlemlere de ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerin niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanabileceğini kabul ettiğimiz için hâkim, şiddet uygulayan eşi davet etmeden de önlem kararı verebilir ve aile içi şiddet olayının kesin olarak ispat edilmesi gerekmez. Fakat, ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerden, 4320 sayılı Kanun'un niteliğine uygun düşmeyenler uygulanmaz. Mesela, şiddete uğrayan aile bireyinden teminat istenmesine ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 110. veya on gün içinde dava açılması zorunluluğuna ilişkin 109. maddesi, 4320 sayılı Kanun gereğince alınan önlemlere uygun olmadığı için uygulanamaz.

Üzerine Bir İnceleme." (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

³⁷⁹ Doktrinde, kanaatimce de haklı olarak ifade edildiği gibi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesinde düzenlenen ihtiyati tedbire aykırı davranışa ilişkin cezai yaptırım öngören kural, 4320 sayılı Kanun kapsamında alınan önlemlere aykırı davranışa uygulanamaz. Çünkü, Usul Kanunu'nun anılan maddesi, ancak fiilin daha ağır bir suç teşkil etmediği durumlarda uygulama alanı bulur. Bu nedenle, 4320 sayılı Kanun'daki cezai yaptırıma ilişkin hükümle, Usul Kanunu'nun 113/A maddesi aynı anda uygulama alanı bulamaz. Bkz. Hacıoğlu (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Kanaatimce, ihtiyati tedbire itiraza ilişkin Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 107. ve 108. maddeleri ise, 4320 sayılı Kanun gereğince alınan önlemlere uygulanabilmelidir. Buna göre, şiddet uygulayan eş, önlem alınmasına ilişkin olarak mahkemeye çağrılmışsa, bütün itiraz sebeplerini geldiği sırada bildirebileceği için, daha sonra itiraz etmesi mümkün değildir. Fakat, mahkemeye çağrılmadan aleyhinde, aile içi şiddet uyguladığı gerekçesiyle önlem kararı verilen eş, bu karara aynı mahkemede itiraz edebilmelidir.

Nitekim Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin istikrar kazanmış kararlarında, 4320 sayılı Kanun'da öngörülen önlemler, kanunun gerekçesinde belirtilen şu ifadeler nedeniyle ihtiyati tedbirlere benzetilmektedir: I. Bu Kanun gereğince önlem alınabilmesi için, mağdur aile bireyinin başvurusu gerekli değildir. II. Hâkim, gerekli bütün önlemleri resen alabilir. III. Alınan önlemler altı aylık bir süreyle sınırlandırılmıştır. IV. Hâkim, gerekirse, duruşma yapmadan veya tanık ya da karşı tarafı dinlenmeden de önlem kararı verebilir. V. Şiddete uğrayanların, yeniden şiddete uğrama olasılığı bulunduğunu kanıtlama yükümlülükleri yoktur.³⁸⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 10.09.2002 tarih ve 9948/9939 sayılı Yayınlanmamış Kararı'ndan: "...bu karar, kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir." Bu açıklamalar, kararın nihai nitelikte olmadığını sürekli sonuç doğurmayacağını göstermektedir. Öte yandan, kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi Adalet Komisyonu'nda müzakeresi sırasında 1/2. maddeye 'bu karara karşı tefhim veya tebliğden itibaren üç gün içinde aynı yer asliye hukuk mahkemesine itiraz edilebilir...Bu karar kesindir...' biçimindeki ekleme kanun metninden çıkarılmıştır. Bu konunun müzakereleri sırasında konuşmacılar, kanunun öngördüğü kararın tedbir niteliğinde olduğunu, hemen uygulanarak aile içi şiddetin bıçakla keser gibi kesilmesi ve kaldırılması gereğine işaretler, onun için sulh hukuk (aile) mahkemesinin kararı kesin olmalıdır demişlerdir. Bu görüşlere cevap veren ilgili bakan, "...bunlar taslakta yer aldığı müddetçe, kanunun ruhuna aykırı olacaktır...

³⁸⁰ Bkz. Balo, s. 25.

kusurlu eşin genel hükümlere göre itiraz hakkı vardır, yani Sulh Hukuk (aile) mahkemesine itiraz edilebilir. Asliye hukuk mahkemesine itiraz hakkı sağlamak, kusurlu eşe ek bir itiraz hakkı sağlamak anlamını taşımakta, zaten şiddet mağduru olan kadın ve çocukların bu süre zarfında daha çok mağdur olmalarına sebep olmaktadır. Demişti... Şu halde, 4320 sayılı Kanun uyarınca oluşturulan kararlar, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 105., 106., 107. ve 108. maddelerinde belirtilen prosedür uyarınca ittihaz olunan ve bu kanunun 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil, hâkimin tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelemesine tabi olmayan geçici tedbir niteliğinde kabul etmek, kanunun tedvin amacına uygun düşecektir."³⁸¹

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Bu gerekçelerden hareketle, 4320 sayılı Kanun gereğince aile mahkemesince verilen koruma kararının temyiz edilemeyeceği, fakat Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyati tedbire itiraza ilişkin hükümleri gereğince anılan koruma kararına aynı mahkemede itiraz edilebileceği Yargıtay'ca kabul edilmektedir.³⁸²

³⁸¹ Aynı yönde bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 30.12.1998 tarih ve 14493/14365 sayılı Karar, (iz. BD, 2000/1, s. 97); 2. Hukuk Dairesi, 4.10.2002 tarih ve 2002/14276 E, ve 2003/344 K sayılı Kararı, (www.e-akademi.org); 2. Hukuk Dairesi 18.12.2002 tarih ve 3039/14211 sayılı Karar, (Yayınlanmamıştır); Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 26.4.1999 tarih ve 1998/4506, 1999/40/2 sayılı Kararı'na göre, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 105. ve devamı maddelerinde belirtilen prosedüre göre yargılama yapılacak ve 105. maddenin ikinci fıkrasında da belirtildiği gibi, acele bir durum varsa, tarafları davet etmeden de karar verilebilecektir. (Karar yayınlanmamıştır.)

³⁸² Balo, s. 26; Özüğür, (Boşanma) s. 1292. Yargıtay 2. HD, 10.09.2002 tarih ve 9948/9939 sayılı Karar. (Yayınlanmamıştır.) 2. HD 13.9.1999 tarih ve 9877/8825 sayılı Karar. (Özüğür, Boşanma, s. 1292-1293) Aksi görüş için bkz. Peker, (s. 653) Kanaatimce, 4320 sayılı Kanun gereğince verilen koruma kararlarının temyiz edilebileceğine ilişkin bir hükmün yasaya eklenmesi yerinde olur. Çünkü, kanunun gerekçesinden hareketle, hâkimin kesin bir kanaate varması aranmamakta, yaklaşık ispat, koruma kararı verilebilmesi için yeterli sayılmaktadır. Ayrıca, kanun gereğince verilen koruma kararları, evden uzaklaştırma gibi, kişilerin yaşamlarını derinden etkileyebilecek türden önlemler içerdiği ve bunlara uyulmaması cezai yaptırma bağlandığı için, kısa bir temyiz süresi içinde bu koruma kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceği 4320 sayılı Kanun'a

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

C. Cezai Yaptırım

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin Medeni Kanun Hükümlerinden farklı olarak, aile içi şiddeti derhal önlemek amacıyla, anılan kanun gereğince alınan önlemlere aykırı davranılması cezai yaptırıma bağlanmıştır. Gerçekten, 4320 sayılı Kanun'un 2. maddesinin son fıkrasına göre, "*Fiili başka bir suç oluştursa bile,³⁸³ koruma kararına aykırı davranan eşe ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezası hüküm olunur.*"

Cezai yaptırımın uygulanma usulü de aynı kanunun 2. maddesinin birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında belirtilmiştir. Buna göre, aile mahkemesi, verdiği koruma kararının bir örneğini Cumhuriyet Başsavcılığı'na tevdi eder. Cumhuriyet Başsavcılığı, bu karara uyulup uyulmadığını zabıta aracılığıyla izler. Koruma kararına uyulmaması durumunda zabıta, mağdurların şikayet dilekçesi vermelerine gerek olmaksızın, gerekli soruşturmayı resen yapar ve soruşturma evrakını Cumhuriyet Başsavcılığı'na iletir. Cumhuriyet Başsavcılığı, koruma kararına uymayan eş hakkında, sulh ceza mahkemesinde kamu davası açar. Bu nedenle, koruma kararına aykırı davranış suçu, takibi şikâyete bağlı bir suç değildir. Bu davanın duruşması, yer ve zaman kaydına bakılmaksızın, 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu Hükümlerine göre yapılır. Bu dava sonunda, kusurlu eşin, koruma kararına aykırı davrandığı sabit olursa, fiil başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş, ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasıyla cezalandırılır. (AKK, mad. 2)

eklenmelidir. Bu durumda Yargıtay'ın da, mesela 15 gün gibi bir süre içinde temyiz incelemesini sonuçlandırması gerektiği ve bu karara karşı karar düzeltme yoluna gidilemeyeceği de kanuna eklenmelidir. Kararların temyiz edilebileceği yönündeki bu hükümlere paralel olarak kanuna, koruma kararının temyiz süresince etkili olmayacağı da eklenmelidir. Kanaatimce böylece, hem 4320 sayılı Kanun gereğince hızlı yargılama yapılarak karar alınması sağlanır ve aile içi şiddetle etkin bir mücadele gerçekleştirilir, hem de adil yargılanma hakkı yerine getirilmiş olur.

³⁸³ Kanunun bu hükmü gereğince, koruma kararına aykırı davranış bağımsız bir suçtur. Failin davranışı aynı zamanda başka bir suç da oluştursa, suçların içtimaı kuralları uygulanmaz. Bu konuda bkz. Hacıoğlu, (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

sulh ceza mahkemesince hapis cezasına hükmedilebilmesi için, bu kararın kusurlu eşe tebliğ veya teahhüt edilmesi gerekmektedir. Kusurlu eşin, koruma kararı tebliğ edilmeden bu karardan haberdar olması düşündürülemez için, kararın etkili olacağı süre tebliğ veya teahhütle birlikte başlamalıdır.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Aleyhine koruma kararı alınan eş, kararın etkili olduğu bu süre içinde karara aykırı davranırsa, durum, zabıta tarafından mağdur aile bireyinin şikayetçi olması beklenmeksizin derhal, Cumhuriyet Başsavcılığı'na bildirilir ve Cumhuriyet Başsavcılığı da sulh ceza mahkemesinde koruma kararına uymayan eş hakkında kamu davası açar.

2. Kusurlu Eşin Uyarılması

4320 sayılı Kanun, öncelikle eşlerin çeşitli konularda uyarılması temeline dayanır. Yapılacak uyarının türü, somut olayın özelliklerine göre değişir. Mesela, sürekli olarak sarhoş olup karısını döven bir koca, ortak konuta bu halde gelmemesi veya ortak konutta alkol kullanmaması konusunda uyarılabilir. 4320 sayılı Kanun'un ikinci fıkrasında altı bent halinde eşlerin uyarılabileceği konular örnek olarak şöylece sayılmıştır:

a. Şiddet Uygulamaması ve Korkuya Yönelik Davranışlarda Bulunmaması Konusunda

Hâkim, aile içinde şiddet olayının yaşandığı kanaatine varırsa, kusurlu eş, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendine göre: Diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması konusunda uyarır. Mesela, karısını veya çocuklarını döven, maddi veya manevi işkence yapan, tehdit eden kocanın veya çocuklarına cinsel tacizde bulunun tehdit ve hakaret eden babanın bu davranışlarına derhal son vermesi konusunda uyarılması

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

mümkündür.³⁸⁸ Görtüldüğü gibi, bu uyarının yapılması için, diğer aile bireyelerine mutlaka fiziksel bir şiddet uygulanması zorunlu değildir. Manevi anlamda işkence ve tehdit gibi davranışlar da, aile içi şiddet kapsamında değerlendirilir.

Kanaatimce hâkim, aile içi şiddet olayının yaşandığı her durumda, bu uyarıyı yapmalıdır. Çünkü kusurlu eşin, aile içi şiddet durumunda öncelikle bu hareketlere son vermesi gerektiği şeklinde uyarılması işin niteliği gereğidir.

Kusurlu eşin, şiddet uygulamaması ve korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması konusunda uyarılmasına rağmen, bu tür davranışları koruma kararının etkili olduğu süre içinde kasıtlı olarak³⁸⁹ gerçekleştirmeye devam etmesi durumunda, kusurlu eş, koruma kararına aykırı davranmış olur ve bu eş hakkında sulh ceza mahkemesinde ceza davası açılması için gerekli koşullar gerçekleşir. Doktrinde haklı olarak ifade edildiği gibi, mağdura maddi veya manevi bakımdan eziyet veren, fiziksel ve ruhsal yapısında zarar veya tehlike meydana getiren her tür hareket, bu uyarıya aykırı davranış olarak nitelendirilebilir.³⁹⁰

b. Ortak Konuta ve Diğer Eş ile Çocukların İşyerlerine Yaklaşmaması Konusunda

Diğer aile bireyelerine şiddet uygulayıp korkuya neden olan eş, ortak konuttan uzaklaştırılarak, bu konut diğer eşe ve varsa çocuklara "tahsis" edilebilir. (4320 SK, mad. 1/b)³⁹¹ So-

³⁸⁸ Zevkliler-Havutçu, s. 253; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 768; Güven, (Ailenin Korunması) s. 22; Hacıoğlu (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

³⁸⁹ Aile mahkemesinin koruma kararına aykırı davranışın suç oluşturabilmesi için, kusurlu eşin, koruma kararına kasıtlı olarak aykırı davranmış olması gerekir. Bu nedenle, 4320 sayılı Kanun'la kabul edilen bu suç, ancak kasıtlı davranışlarla işlen ebilen bir suç tipidir. Bkz. Hacıoğlu, (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

³⁹⁰ Hacıoğlu, (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

mut olayın özelliklerine göre hâkim, aile içi şiddetin kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılması yoluyla önlenebileceğine kanaat getirirse, kusurlu eşi, ortak konuta ve diğer eş ile çocukların okul veya iş yerlerine yaklaşmaması konusunda uyarabilir.

Ortak konut diğer eşe ve çocuklara özgülediği takdirde kusurlu eş, bu konuta yaklaşmaması konusunda uyarılır. Ayrıca aynı uyarı, gerektiğinde, kusurlu eşin sadece bu konuta değil, diğer eşin ve çocukların iş yerlerine veya okullarına yaklaşmaması konusunda da yapılabilir. Kusurlu eşin yaklaşmaması gereken yerler kapsamına, ortak konut dışında, diğer eş veya çocukların işyerleri veya okullarının da alınması yerinde bir düzenlemedir. Çünkü kusurlu eş, ortak konuta gelmese dahi, işyerine giderek mağdur eşi veya okula giderek çocukları rahatsız edebilir. Bu hükümlerle, bu durumun da önüne geçilmiş olmaktadır. Böylece, kusurlu eşin, koruma kararının uygulandığı sürece, hem ortak konuta, hem de diğer eş ve çocukların işyerleri veya okullarına yaklaşmaması sağlanabilir.

Kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılması ve bu konutun diğer eş ile çocuklara tahsisinde, bu konutun mülkiyetinin kime ait olduğu önemli değildir.³⁹² Ortak konut, kusurlu eşe de ait olsa kiralık da olsa bu önleme başvurulabilir.³⁹³ Ayrıca,

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

³⁹¹ 4320 sayılı Kanun'daki diğer önlemlerde olduğu gibi, ortak konuttan uzaklaştırmaya ilişkin bu önlem de en fazla altı aylık bir süre için mümkündür. (mad. 1/III)

³⁹² Zevkliler-Havutçu, s. 253; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 769; Güven, (Ailenin Korunması) s. 21.

³⁹³ Ortak konutun, maliki olmayan eşe tahsis edilerek, konut üzerinde mülkiyet hakkına sahip olan eşin ortak konuttan uzaklaştırılması, kanaatimce, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesiyle koruma altına alınan konuta saygı gösterilmesi hakkının ihlali niteliğinde sayılmamalıdır. Çünkü, diğer eşin ve çocukların korunması amacıyla geçici bir süre için alınabilecek bir önlemle getirilen bu tür bir sınırlama, arılan sözleşmenin konut üzerindeki hakka yapılabilecek kamu müdahalesinin sınırını belirten 8. maddesinin ikinci fıkrasına uygundur. Bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, s. 330, 340.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

buradaki ortak konut kavramı, Medeni Kanun'daki aile konutu kavramından farklıdır. Çünkü, kanunda geçen ve kusurlu eşin uzaklaştırılacağı ortak konut, aile konutu olarak kullanılan konut olabileceği gibi, aile konutu olmayan, fakat ailenin belli bir amaçla ve belli bir süreyle ortaklaşa kullandığı konut da olabilir. Mesela, eşlerin üç aylık yaz tatillerini geçirmek amacıyla gittikleri yazlık ev, aile konutu olmamasına rağmen, bu konutta şiddete uğrayan eş, aile mahkemesine başvurarak koruma kararı verilmesini isterse, hâkim, yazlık evin şiddete maruz kalan eşe tahsisine ve kusurlu eşin de bu yazlığa yaklaşmaması konusunda uyarılmasına karar verebilir.³⁹⁴ Çünkü, böyle bir durumda, hâkimin, eşlerin aile konutuna yaklaşmaması yönünde karar vermesinin hiçbir yararı yoktur. 4320 sayılı Kanun'un amacı, aile içi şiddetin önlenmesi olduğu için, bununla karşı karşıya kalan aile bireyleri, aile konutu dışındaki diğer konutlar bakımından da aynı önlemden yararlandırılmalıdır.

Kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılarak, konutun diğer eşe ve çocuklara tahsisi yönünde karar verilirken, hâkim çok dikkat bir inceleme yapmalıdır. Çünkü, eşlerden birinin ortak konuttan uzaklaştırılması, evlilik birliği için onarılması güç yaralara neden olabilir. Bu nedenle, hâkim bu önleme başvurabilmek için öncelikle aile içi şiddet olayının gerçekleştiğine ve bu önleme başvurulmaması durumunda şiddeti önlemenin kolay olmayacağına kanaat getirmesi gerekir. Aile içi şiddet, bu önlem dışında başkaca önlemlerle ortadan kaldırılabilecek nitelikteyse, bu önleme başvurulmamalıdır.

Kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılması durumunda, hâkim, aile içi şiddete uğrayan eşin ve çocukların yaşam düzeylerini de dikkate alarak, "*tedbir nafukası*"na resen hükmeder. Çünkü, 4320 sayılı Kanun'un birinci maddesinin son fıkrasında, hâkimin, mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde tutarak "*tedbir nafukası*"na hükmetmesi gerektiği

³⁹⁴ Bkz. ve karşı. Zevkliler-Havutçu, s. 253; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 769.

öngörülmektedir. Bu ifade biçiminden, söz konusu hükmün kamu düzenine ilişkin emredici bir nitelik taşıdığı anlaşıl-maktadır.

Kusurlu eş, ortak konuta veya diğer eş ve çocukların iş- yerleriyle okullarına yaklaşmaması konularında uyarılması- na rağmen, koruma kararının etkili olduğu süre içinde, anılan yerlere yaklaşması koruma kararının ihlali sayılır. Koruma kararına aykırı davranıldığı ve kusurlu eşin anılan yerlere yaklaştığının kabul edilebilmesi için, yaklaşma kavramının somutlaştırılması gerekir. Kanaatimce fıkrada geçen "yak- laşma" kavramının her somut olayda ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Fakat, genel olarak, ortak konut, işyeri veya okulun yakınlıklarına giderek, diğer eş veya çocuklar üzerinde psiko- lojik baskı oluşturabilecek bir mesafeye kadar yaklaşılması, kararın ihlali niteliğinde sayılmalıdır. Bu nedenle, somut ola- yın durumuna göre, yaklaşmama konusunda uyarılan evin önünden geçilmesi de uyarıya aykırı davranış olarak nitelen- dirilebilir. Yoksa, evin içine girilmesi zorunlu değildir.

c. Aile Bireylerinin Eşyalarına Zarar Vermemesi Konusunda

Aile içinde şiddet uygulayan eş, aynı zamanda, eşinin, çocuklarının veya aynı çatı altında yaşadığı diğer bir aile bireyine ait eşyalara da zarar veriyorsa hâkim, kusurlu eş, bu davranışına son vermesi konusunda uyarır. Ailenin ortak kullarımına özgülenmiş bir eşya söz konusuysa, bu eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğu önemli değildir. Ailenin ortak kullarımına tahsis edilen eşyalar, şiddet uygulayan eşe ait olsa bile, yapılan uyarı bu eşyaları da kapsar.³⁹⁵ Buradaki eşya kavramına taşınır veya taşınmaz mallar girdiği gibi, bu malların ekonomik olarak büyük bir değer taşıması da gerekli değildir.³⁹⁶

³⁹⁵ Bkz. ve karş. Hacıoğlu, (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html) Güven, (Ailenin Korunması) s. 23.

³⁹⁶ Bkz. Hacıoğlu (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

Bu uyarıya rağmen, aile bireylerine ait herhangi bir eşya ya kasten zarar verilmesi, bu uyarının ihlal edildiği anlamına gelir. Fakat, kasıtlı olmayan bir şekilde zarar verilmesi durumunda, uyarının ihlal edilmesi söz konusu olmaz.

d. Aile Bireylerini İletişim Araçlarıyla Rahatsız Etmemesi Konusunda

Bu önleme, çoğunlukla, kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılmasıyla birlikte karar verilir.³⁹⁷ Ortak konuttan uzaklaştırılan eşin, diğer eşi, çocukları veya diğer bir aile bireyini iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesi konusundaki bu uyarı, bütün iletişim araçlarını kapsar. Mesela, mektup, telefon, fax, teleks, e-mail gibi iletişim araçlarıyla yapılacak bütün rahatsız edici davranışlar, bu uyarının ihlal edilmesi anlamına gelir.

Kanaatimce, bu uyarıya rağmen, kusurlu eşin, eviyle yapacağı her telefon görüşmesi, bu uyarının ihlali anlamına gelmez. Çünkü, Kanun'da da belirtildiği gibi, uyarı, rahatsız etmemeye ilişkindir. Rahatsız etmemek kaydıyla iletişim araçlarıyla görüşülmesi durumunda, uyarıya aykırı davranıldığından söz edilemez. Çünkü, rahatsızlık verici hareketlerden kasıt, diğer eşin, çocukların ya da aynı çatı altında birlikte yaşayan diğer aile bireylerinin huzur ve düzenini bozucu şekilde, bu kişilerde üzüntü, sıkıntı, korku, endişe veya tedirginliğe neden olacak hareketlerde bulunmaktır.³⁹⁸ Mesela, bu konuda uyarılan koca, bir kaza sonucunda yaralanan eşini telefonla ararsa, bu uyarıya aykırı davranmış olmaz. Çünkü uyarıya aykırı davranıldığından söz edilebilmesi için, diğer eşin, çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin iletişim araçlarıyla rahatsız edilmesi gerekmektedir.

³⁹⁷ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 770.

³⁹⁸ Bkz. ve karşı. Hacıoğlu, (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

e. Silah ve Benzeri Araçlarını Zabıtaya Teslim Etmesi Konusunda

Kusurlu eş, aile içi şiddet olayları sırasında silah, çakı, bıçak gibi araçlar kullanıyorsa, bu eşten, diğer önlemlerle birlikte, bu araçlarını da zabıtaya teslim etmesi istenebilir. Bu önleme başvurulabilmesi için, aile içi şiddet olayı sırasında kusurlu eşin silah gibi aletler kullanması gerekir.³⁹⁹

Fakat, somut olayın niteliği gereğince kusurlu eşin silah ve benzeri araçlarını teslim etmesi uygun olmayacak ise, mesela kusurlu eş bir polis memuru veya asker ise, hâkim bu önleme başvurmamalıdır. Çünkü aksinin kabulü, şiddeti önleme amacı dışında bazı amaçlanmayan sonuçlara da neden olabilir. Bu durumda hâkim, bu önlem yerine, başkaca önlemlerle şiddeti önlemeye çalışmalıdır. Mesela, polis memuru olan ve silahıyla aile içi şiddet uygulayan eşin silahını teslim etmesi yerine, ortak konuttan uzaklaştırılması önlemine başvurulabilir. Çünkü, silah gibi bir aletle aile içinde şiddet uygulayan eşin ortak konuttan uzaklaştırılması için tüm koşullar sağlanmıştır. Silah aracılığıyla şiddet, aile içi şiddetin en uç bir boyutu olduğu için, böyle bir durumda, kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılması önlemine başvurulması yerinde olur.

Bu önleme aykırı davranılması da yani, silah ve benzeri araçların zabıtaya teslim edilmemesi de başlı başına koruma kararına aykırı bir davranış anlamına gelir. Fakat, bu önlemin diğerlerinden farklı bir yönü vardır. Çünkü, silah teslimi bir kez yerine getirilmekle ortadan kalkan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün altı aylık sürenin herhangi bir anında yerine getirilmesi uyarıya uygun davranıldığı anlamına gelmez. Bu nedenle hâkim, altı aylık süre için etkili olacak bu uyarıyla birlikte, belirlediği uygun bir süre içinde, mesela bir hafta, silahını zabıtaya teslim etmesi ve altı ay boyunca almaması

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

³⁹⁹ Bkz. ve karış. Hacıoğlu, (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html).

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

hususlarına da yer vermelidir. Bu nedenle hâkimin silahın teslimi için belirlediği süre içinde silahın zabıtaya teslim edilmemesi de başlı başına koruma kararına aykırı davranış olarak nitelendirilmelidir.

**f. Alkollü veya Uyuşturucu Herhangi Bir Madde
Kullanmış Olarak Ortak Konuta Gelmemesi
veya Ortak Konutta Bu Maddeleri
Kullanmaması Konusunda**

Diğer aile bireylerine şiddet uygulayan kusurlu eş, alkol veya uyuşturucu bazı maddeler kullanıyorsa, bu maddeleri ortak konutta kullanmaması veya bu maddeleri kullanmış olarak ortak konuta gelmemesi konusunda uyarılabilir. Uyarıya rağmen, ortak konutta bir kez bile olsa, bu tür maddelerin kullanılması veya bu tür maddelerin etkisi sürerken ortak konuta gelinmesi, uyarının ihlali olarak değerlendirilmelidir. Uyarının ihlal edildiğinden söz edilebilmesi için, alkol alındığı veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanıldığı sıradan aile bireylerine zarar verilmesi de zorunlu değildir. Çünkü, ortak konutta alkol kullanılması veya bu maddeleri kullanmış olarak ortak konuta gelinmesi de başlı başına, uyarının ihlali niteliğindedir.

4320 sayılı Kanun'a göre, önlem alınabilmesinin koşulu, aile içi şiddet olayının yaşanmasıdır. Sürekli olarak alkol alınması veya uyuşturucu madde kullanılması, hâkimin 4320 sayılı Kanun gereğince müdahalesi için yeterli değildir. Fakat kusurlu eş, aile içi şiddete yönelik bu olaylar sırasında alkol veya uyuşturucu gibi maddeler kullanıyor ve bu nedenle bu fiilleri gerçekleştiriyorsa, bu önleme de karar verilebilir.

Kanaatimce, aile mahkemesi hâkimi, kusurlu eşi uyarırken, gerektiğinde geniş kapsamlı bir uyarıda bulunmalıdır. Mesela kusurlu eş, her şeyden önce, diğer eşe veya çocuklara ya da aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddete ve korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması ko-

nusunda uyarılmalıdır. Bunun yanında somut olayın özelliklerine göre gerekiyorsa, kusurlu eş, ortak konuta veya diğer eşin veya çocukların iş yerleriyle okullarına yaklaşmaması, bu kişilerin eşyalarına zarar vermemesi, onları iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesi, varsa silah ve benzeri araçlarını zabıtaya teslim etmesi ve özellikle alkollü veya uyuşturucu herhangi bir madde kullanmış olarak ortak konuta gelmemesi veya ortak konutta bu maddeleri kullanmaması konularında uyarılmalıdır.

Ayrıca, bu uyarıyla birlikte, bu karara aykırı davranması durumunda tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezayla cezalandırılacağı da kusurlu eşe ihtar edilir. (4320 SK, mad. 1/III)

3. Nafakaya Hükmedilmesi

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin dördüncü fıkrasına göre, "Hâkim, bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak tedbir nafakasına hükmeder." Görüldüğü gibi emredici olarak düzenlenmiş olan bu hüküm, kanaatimce, genellikle, kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılmasına karar verildiği zaman uygulanacaktır. Çünkü, kusurlu eşin sadece, "diğer eşine veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddet veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması" yönünde uyarılmasına karar verilmişse, tedbir nafakasına karar verilmesine gerek yoktur.⁴⁰⁰ Fakat, kusurlu eşin ortak konuttan uzaklaştırılmasına karar verilmemiş olsa bile, söz konusu maddenin birinci fıkrasında, hâkime, benzeri bütün önlemleri alabilme yetkisi verildiği için, hâkim, gerektiğinde, tedbir nafakasına da karar verebilir.

Kanaatimce, hâkimin nafakaya karar verebilmesi için mağdur aile bireyinin bunu istemiş olması zorunlu değildir. Çünkü, Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında hâkime,

⁴⁰⁰ Bkz Güven, (Ailenin Korunması) s. 24.

EŞLER ARASINDA
BİR UYUŞMAZLIK
DOĞMASINDAN
SONRA
UYGULANABİLECEK
HÜKÜMLER

"...meselenin mahiyeti göz önünde bulundurarak..." uygun göreceği bütün önlemlere resen karar verme yetkisi tanındığı için, şiddete uğrayan aile bireyi istememiş olsa bile, hâkim nafakaya resen karar verebilir.

4. Hâkimin, Uygun Göreceği Benzer Önlemleri Alabilmesi

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasına göre, hâkim, "meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak", aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen önlemlerin birine veya birkaçına birlikte ya da bunların yanında, uygun göreceği başkaca önlemlere de karar verebilir.⁴⁰¹ Kendisine tanınan bu takdir yetkisi nedeniyle hâkim, her şeyden önce, Medeni Kanun'da öngörülen evlilik birliğini ve çocukları koruyucu önlemlere hükmedebilir. Ayrıca hâkim, gerektiğinde, Kanun'da düzenlenmemiş olan benzer önlemlere de hükmedebilir.⁴⁰² Mesela, fiilin niteliğine göre, kusurlu eşin evden uzaklaştırılmasına değil, eşlerin odalarının ayrılmasına da karar verilebilir. Benzer bir şekilde, aile içi şiddet uygulayan eş alkol bağımlısı ise, ortak konuta alkol alarak gelmemesi ve ortak konutta alkol kullanmaması konularında uyarılması yanında, eşlerin işyerleri de ortaksa, kusurlu eşin bu işyerlerine de alkol alarak gelmemesi konusunda uyarılması mümkündür.

⁴⁰¹ Doktrinde, hâkimin kanunda açıkça belirtilmemiş önlemlere karar vermesi ve bu karara uyulmaması durumunda, sulh ceza mahkemesince ceza verilmesinin, suçta ve cezada yasallık ilkesini ihlal ettiği ileri sürülmektedir. Aynı görüşe göre, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasındaki "...veya uygun göreceği benzeri tedbirlere" ifadesi Anayasa'nın 38. maddesine aykırıdır. Bkz. Hacıoğlu (www.jura.uni-sb.de/turkish/hacioglu.html) Balo, s. 31. Kanaatimce, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin "uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere" de hükmedebileceğinden söz edilmesinin, "suç ve cezaların kanuniliği ilkesine, dolayısıyla Anayasa'nın 38. maddesine aykırı olduğu" şeklinde ileri sürülen bir iddianın kabulü güçtür. Çünkü kanun koyucu, bu konuda hâkime tam bir serbesti vermemiş, onun ancak kanunda sayılan benzer nitelikte başkaca önlemler alabileceğini kabul etmiştir.

⁴⁰² Zevkliler-Havutçu, s. 255; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 768, 771.

SONUÇ

"Evlilik Birliğinin Korunması" konulu araştırmamızda varılan sonuçlar şöylece özetlenebilir:

1. Evlilik birliğinin korunması kavramından, evlilik birliğinin sona ermesinin önlenmesi, birliğinin karşılaştığı sorunların, boşanma aşamasına geçilmeden çözümlenmesi anlaşılır. Bu kavrama, Türk Medeni Kanunu'nun "Evlilik Birliğinin Korunması" kenar başlıklı 195-201. maddeleri yanında, eşler arasında bir uyuşmazlık doğmasını ve evlilik birliğinin bozulmasını önleyici diğer düzenlemeler de dahil edilmelidir.

2. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik düzenlemeler, ancak Medeni Kanun'a uygun olarak kurulmuş bulunan evliliklere uygulanabilir. Çünkü, ancak kanunda aranan şekli koşulları yerine getirmiş olan birliktelikler, evlenme olarak kabul edilebilir.

3. Medeni Kanun'un 194. maddesiyle getirilen aile konutuna ilişkin düzenlemenin uygulanabilmesi ve konutun, aile konutunun hukuki rejimine bağlı olabilmesi için, aile yaşamının odak noktası olarak seçilmesi ve eşler tarafından kullanılması, zorunlu ve yeterlidir. Medeni Kanun'un 194. maddesinin üçüncü fıkrasında, aile konutunun tapuya şerhinin ve son fıkrasında da kiralayana bildirimde bulunulmasının öngörülmesi, konutun, aile konutu olabilmesi için kurucu bir unsur değildir.

4. Aile konutunu, genellikle tek bir konut oluşturur. Ancak, bazı istisnai durumlarda, birden çok konut, aile konutunun unsurlarını taşıması koşuluyla, aile konutu olarak kabul edilebilir.

SONUÇ Yükümlülüğe aykırı davranışın, ileride de gerçekleşebilecek nitelikte olması koşuluyla, bu yola başvurulabilir. Ancak, yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşin kusurlu olması şart değildir.

15. Eşlerin evlilik birliğinden doğan önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmelerine dayanan müdahale isteminde hâkimin görevi, sadece, eşleri uzlaştırmaya çalışmak ve yönlendirici gibi davranıp, eşlerin bir çıkış yolu bulmalarına yardımcı olmaktır. Hâkim, eşler arasındaki uyuşmazlığı gidermek adına, onların yerine geçerek karar veremez. Ancak, hâkimin bütün bu faaliyetleri bir sonuç vermezse, hâkim, eşlerden birini, yapılması düşünülen işlem konusunda yetkilendirebilir veya eşlerden birinin istemi üzerine, Kanun'da öngörülen diğer önlemleri alabilir. (TMK, mad. 195/III)

16. Medeni Kanun'un 197. maddesinin birinci fıkrasında öngörülen koşullar gerçekleşmişse, eşlerin ayrı yaşama hakları doğar. Birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için, mutlaka, hâkimin izni gerekmez. Fakat, ayrı yaşama durumunda, parasal katkı gibi bazı önlemlerin alınması isteniyorsa, hâkim öncelikle ayrı yaşama hakkının doğup doğmadığını araştırmalıdır.

17. Eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye düşmesi nedeniyle ayrı yaşama hakkına sahip olması için kişiliğin tehlikeye düşmesine sebep olan olayda, diğer eşin bir kusurunun bulunması gerekmez.

18. Ortak yaşam nedeniyle çocukların kişiliğinin tehlikeye düştüğü durumlarda, kural olarak eşlerin ayrı yaşama hakkı yoktur. Fakat, çocukların kişiliğinin tehlikeye düşmesi, aynı zamanda ailenin huzurunun da bozulması niteliğindeyse, eşlerin ayrı yaşama hakkı doğar.

19. Evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvuru yapılmasından sonra, fakat bu konuda bir karar verilmeden önce, yetkili aile mahkemesinde boşanma davası açılmışsa, önlem istemini inceleyen hâkim, boşanma davası hiç açılmamış gibi önlem kararı vermelidir.

20. Ayrı yaşama durumunda, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkının belirlenmesi konusunda hâkimin vereceği karar, eşleri cezalandırma amacı taşımaz. Bu nedenle, parasal katkının belirlenmesinde, kusur asli bir unsur değildir. Hâkim, eşlerin maddi olanakları ve ihtiyaçlarını, çocukların hangi eş yanında bulunduğunu, hangi eşin ortak konutta kaldığını ve eşlerin çalışma olanaklarını dikkate alarak, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkıyı belirler.

21. Medeni Kanun'un 196. maddesinin son fıkrası gereğince, birlikte yaşam devam ederken, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkı, istem tarihinden geriye doğru son bir yıllık süre için de istenebilir. Böyle bir hüküm, aynı kanunun 197. maddesinde kabul edilmiş olmamakla birlikte, aynı hükmün, birlikte yaşamaya ara verilmesinde de kıyas yoluyla uygulanabileceği sonucuna varılması, menfaatler dengesine uygun düşer.

22. Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda, hâkim, hangi eşin ortak konutta kalacağına, her olayın somut özelliğini dikkate alarak karar verir. Fakat, ortak konutun eşlerden birine özğülenmesinde, özellikle, çocukların hangi eşin yanında bulunduğu, hangi eşin ortak konutta kalmasının daha uygun olacağı ve hangi eşin ortak konuta daha fazla ihtiyacı olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bu konuda, eşlerin kusur oranlarının, ikinci derecede bir önemi vardır. Ayrıca, konut üzerindeki hakkın hangi eşe ait olduğu önem taşımaz. Hâkim, gerektiğinde, konutun maliki olmayan eşin de ortak konutta kalmasına karar verebilir.

23. Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda hâkim tarafından alınan önlemler, eşlerin barışmaları ve yeniden birlikte yaşamaya başlamalarıyla birlikte ortadan kalkar. Çünkü, yeniden birlikte yaşamaya başlamakla, eşlerin, alınan önlemlerin uygulanmasından örtülü olarak feragat ettikleri kabul edilmelidir. Bununla birlikte, geçici birleşmeler, alınan önlemleri kendiliğinden sona erdirmez.

24. Eşler arasında şiddet uygulanması durumunda, Medeni Kanun'un 195. maddesinin birinci fıkrasındaki ilk

- BİBLİYOGRAFYA Akıllıoğlu, Tekin, *AIHS, AIHM İştüzüğü, Başvuru Koşulları*, Ankara 2002.
- Akıntürk, Turgut, "Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Aile Hukuku", *Türk Medeni Hukuku*, C. II, B. 6, İstanbul 2002.
- Akipek, Jale Güral-Akıntürk, Turgut, "Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Başlangış Hükümleri Kişiler Hukuku", *Türk Medeni Hukuku*, C. I, B. 4, İstanbul 2002.
- Akipek, Jale, "Zilyetlik ve Tapu Sicili", *Türk Eşya Hukuku, Aynı Haklar*, B. 2, Ankara 1972. (Kısaltma: Eşya)
- Aksoy, Muammer, *Mukayeseli Hukuk Açışından Karı Koca Mal Rejimi ve Miras Hukuku ile Bağı*, Ankara 1964.
- Akyol, şener, "İsviçre Medeni Kanunu'nun Evlenmenin Genel Hükümlerine Dair Öntasarısı Hükümlerinin Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ile Karşılaştırılması", *Medeni Kanun*, 50. Yıl Sempozyumu, 1. Tebliğler, İÜMHE Yay., İstanbul 1978, s. 373-398.
- Alangoya, Yavuz, *Medeni Usul Hukuku'nda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler*, İstanbul 1979.
- Alasu, Yılmaz, *Hukukumuzda İcra-İflas Suçları*, B. 3, Ankara 1998.
- Alıca, Süheyla Gökalp, "Kadınlara Karşı Her Türölü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi", *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 18-19.
- Alıcı, Burhan, "Hollanda Aile Hukuku'nda Evlilik İle İlgili Yeni Gelişmeler", *AD*, 2001/8, s. 76-87.
- Alpkaya, Gökçen, "Uluslararası Hukukta Kadının Durumuna İlişkin Bazı Veriler", *Prof. Dr. Gündüz Ökçün'e Armağan*, Ankara 1992, s. 11-44.
- Ansay, Sabri şakir, *Hukuk İcra ve İflas Usulleri*, Ankara 1960.
- Antalya, Gökhan, *Miras Hukuku*, İstanbul 2003.

Arcak, Ali, "Karının Müstakil Mesken İsteği", *AD*, 1950/12, s. 1638-1655.

Arsebük, Esat, *Medeni Hukuk*, C. II, Ankara 1940.

Artus, Amil, "Nafaka İlamlarının İcrasından Mütevellit Başlıca hukuki Mes'elelerin Tetkiki", *AD*, 1942/1, s. 51-67.

Atalay, Oğuz, *Medeni Usul Hukuku'nda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir 2001.

Ayan, Mehmet, *Eşya Hukuku*, C. I, "Zilyetlik ve Tapu Sicili", Konya 2000.

Ayhan, Rıza, "Aileye Yönelik hukuki Düzenlemeler", *TAY*, Ankara 1991, s. 81-95.

Ayiter, Kudret, *Medeni Hukuk'ta Tasarruf Muameleleri*, Ankara 1953.

Aysoy, Nejat Aydın, "Nafaka Takdir Edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?", *AD*, 1962/3-4, s. 298-304.

Aysoy, Nejat Aydın, "Sıyanet Tedbiri Olarak Hükmedilen Nafakalar İle Bunun Çoğaltılması, Azaltılması ve Kaldırılması Davalarında Vazifeli Mahkeme", *ABD*, 1962/6, s.599-607.

Aytaç, Mehlika, "Aile Ombudsmanlığı Hakkında Avrupa Konseyi No. R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı Üzerine Bir İnceleme", *AD*, 2001/6, s. 20-30.

Ayyıldız, Halef, "Nafaka Davalarında Görevli Mahkeme Hususunda Bir İnceleme", *ABD*, 1969/1, s. 39-42.

Bahar, Yakım, "Türk-İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Ayrılık Müessesesi Üzerine Bir İnceleme", *AD*, 1947/8, s. 777-787.

Balo, Y. Solmaz, "Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması", *AD*, 2002/12, s. 23-39.

- BİBLİYOGRAFYA Cansel, Erol, "Sosyal Devlet ve Aile", AÜHFD, 1969/3-4, s. 11-22. (Kısaltma: Sosyal Devlet)
- Cansel, Erol, "Türk Ailesinin Anayasa'nın 41. Maddesine Göre İncelenmesi", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 405-415.
- Cansel, Erol, *Tapu Siciline İtimat Prensibi*, Ankara 1964.
- Cansel, Erol, Medeni Kanun'da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi, *Medeni Kanun'un 50. Yılı*, AÜHF, Ankara 1977, s. 23-42. (Kısaltma: Kadın Erkek Eşitliği)
- Cin, Halil, "Tarih Boyunca Kadının hukuki Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 1-25.
- Cin, Halil, *Eski Hukukumuzda Boşanma*, B. 2, Konya 1988.
- Cin, Halil, *İslam ve Osmanlı Hukuku'nda Evlenme*, B. 2, Konya 1988.
- Curti-Forrer, "Şahsın Hukuku-Aile Hukuku", *Kanunu Medeni Şerhi*, Türk-İsviçre, C. I, Çev. Adliye Vekâleti, İstanbul 1930.
- Çakın, Akın, *Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma*, Ankara 1999.
- Çandarlı, Zahid-Berki, Osman Fazıl, *Medeni Kanun ve Devletler Hususi Hukuku'nda Boşanma-Ayrılık ve Buna Mütedair Yargıtay Kararları*, Ankara 1949.
- Çenberci, Mustafa, *Gayrimenkul Satış Vaadi*, B. II, Ankara 1973.
- Dalamanlı, Lütfü-Kazancı, Faruk-Kazancı, Muharrem, *Aile Hukuku*, C. II, İstanbul 1991.
- Dayınlarlı, Kemal, *Borçlar Kanunu'na Göre Alacağı Temliki*, B. 2, Ankara 2000.
- Demir, Mehmet, "Eşlerin Yaptığı Hukuksal İşlemler", 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Hukuk Yapısındaki Yenilikleri, *Konferans, Bildiriler ve Tartışmalar*, Muğla Barosu Yay., 2002, s. 9-13.

Dinçkol, Bihterin, "Devlet-Aile", *MÜHFHA*, 1995/1-3, s. 113-128.

Doğan, Murat, "Medeni Kanun'un Getirdiği Yeni Bir Müesse-
se: Aile Konutu", *AÜEHFD*, 2002/1-4, s. 285-300.

Doğanay, İsmail, "Boşanma ve Ayrılık Davası Açabilmek
İçin Mutlaka Sulh Teşebbüsünde Bulunmuş Olmak Şart
mıdır?", *AD*, 1946/10, s. 1101-1109. (Kısaltma: Sulh Te-
şebbüsü)

Doğanay, İsmail, "Muhtelif Nafaka Davaları", *AD* 1948/2,
s.107-138.

Doğanay, İsmail, *Nazarî ve Tatbikî Muhtelif Nafaka Davaları*,
Ankara 1961. (Kısaltma: Nazarî ve Tatbikî)

Domaniç, Hayri, *Hukukta Kaziyeyi Muhkeme ve Nispî Kuvveti*,
İstanbul 1964.

Edis, Seyfullah, "Hukukun Uygulanmasında Yargıca Tanın-
mış Takdir Yetkisi", *AÜHFD*, 1973/1-4, s. 169-196.

Egger, August, "Evllenme Hukuku, 1. Kısım, mad. 82 - 240",
Aile Hukuku, Çev. Çağa, Tahir, İstanbul 1943.

Emiroğlu, Haluk, "Roma Klâsik Hukuk Döneminde Mal Reji-
mi", *AÜHFD*, 2001/3, s. 175-183.

Erdem, Sabri, *Aile Hukuku, Evlenme-Boşanma-Nafaka*, İstanbul
1966.

Erdoğan, İhsan, "Medeni Kanun'da Kadının Yeri", *THED*,
Mart 2000, S. 52, s. 16-17.

Ergenekon, Yılmaz, *Türk Medeni Hukuku'nda Yardım Nafakala-
rı*, Ankara 1966.

Ergül, Ergin, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Uygulaması*,
Ankara 2003.

Ertaş, Şeref-Gürpınar, Damla-Serdar, İlknur, *Eşya Hukuku*, B.
4, Ankara 2002.

- BİBLİYOGRAFYA Hamzaçebi, Mehmet, "Boşanma Öncesi ve Sonrasında Nafaka", *YD*, 2000/3, s. 359-398.
- Hatemi, Hüseyin-Serozan, Rona, *Aile Hukuku*, İstanbul 1993.
- Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*, İstanbul 1999.
- Havutçu, Ayşe, "Türk Medeni Kanunu'nda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları", *İz. BD*, 1998/1, s. 7-17.
- Helvacı, İlhan, "Kadınlar ve Erkekler Arasında Eşitlik Hakkında İsviçre Federal Kanunu", *Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan*, İstanbul 1999, s. 323-328.
- İnal, Nihat, *Boşanma, Nafaka, Eşya, Nişanlanma Davaları*, Ankara 1998.
- İnan, Ali Naim, "Erkek Kadın hukuki Müsavatı Alman Aile Hukuku'nda Ne Gibi Değişiklikler Yapacak ve Bu Değişiklikleri İçine Alan 2. Kanun Tasarısının Hükümleri", *AD*, 1956/8, s. 799-835.
- Kaleli, Şakir, "Nafaka Davaları", *YD*, 1978, S. 1-2, s. 115-131.
- Kaplan, Emine Tuncay, "24 Mart 1995 Tarihli Kadın ve Erkeğin Hukuken Eşit Duruma Getirilmesi Hakkındaki İsviçre Federal Kanunu Hükümlerinin İncelenmesi ve Değerlendirilmesi", *Prof. Dr. Ali Bozer'e Armağan*, BTHAE Yay., Ankara 1998, s. 399-420.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Yeni Türk Medeni Kanunu Eşya Hukuku*, C. II, İstanbul 2002.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara 2002. (Kısaltma: Diğer Eşin Rızası)
- Kılıçoğlu, "Ahmet, Medeni Kanun Açısından Kadın-Erkek Eşitliği", *ABD*, 1991/1, s. 9-17. (Kısaltma: Kadın Erkek Eşitliği)

Kılıçoğlu, Ahmet, *Medeni Kanunu'muzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler*, Ankara 2003. (Kısaltma: Yenilikler)

Knoepfler, François, "İsviçre'de Yeni Aile Hukuku Üzerine Açıklamalar", Çev. Özer, Ahmet, *YD*, 1988/1-2, s. 121 vd.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Türk Medeni Hukuku'nda Gayrimenkul Satış Vaadi*, İstanbul 1959.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, "Medeni Kanunu'n 3444 sayılı Kanun'la Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları çerçevesinde Açılan boşanma davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmedebilir mi?", *İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan*, İstanbul 1990, s. 113-122.

Koç, Nevzat, "İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri", *Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birselle Armağan*, DEÜ Yay., İzmir 2001, s. 267 vd.

Koç, Nevzat, *Türk-İsviçre Hukuku'nda Nişanlanma Sözleşmesi*, İzmir 2002.

Koç, Nevzat, "Türk Medeni Hukuku'nda ve Roma Hukuku'nda Hükümsüzlük (=Butlan)", *DEÜHFD*, (Prof. Muhtin Alam Armağanı) 1981/2, s. 127-172.

Koçhisarlıoğlu, "Cengiz, Aile Hukuku'nda Eşlerin Eşitliği", *AÜHFD*, 1988/1-4, s. 251-279. (Kısaltma: Eşlerin Eşitliği)

Koçhisarlıoğlu, Cengiz, "İsviçre'de Evlilik Birliği Hukuku'ndaki Son Gelişmeler", *Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan*, Konya 1991, s. 431-451. (Kısaltma: Son Gelişmeler)

Koschaker, Paul-Ayiter, Kudret, *Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları*, İzmir 1993.

Köprülü, Bülent-Kaneti, Selim, *Aile Hukuku*, B. 2, İstanbul 1989.

- BİBLİYOGRAFYA
- Köteli, Argun, *Evliliğin hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler*, İstanbul 1991.
- Krüger, Hilmar, "Aile Hukuku Sorunları, Osmanlı İslam Geleneği", Çev. Giritlioğlu, Necla, *İBD*, 1979/7-9, s. 521-535.
- Kuntalp, Erden, "Mutlak Boşanma Nedenleri", *AÜHF Ellinci Yıl Armağanı*, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 113-125.
- Kuru, Baki-Arslan, Ramazan-Yılmaz, Ejder, *Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı*, B. 13, Ankara 2001.
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. II, B. 6, İstanbul 2001. (Kısaltma: C. II)
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, B. 6, İstanbul 2001. (Kısaltma: C. IV).
- Kuru, Baki, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. V, B. 6, İstanbul 2001. (Kısaltma: C. V)
- Mimaroglu, Sait K., *Eveli Kadının Kocasını Menfaatine Üçüncü Kişilerle Yaptığı İltizam Muameleleri*, Ankara 1961.
- Narmanlıoğlu, Ünal, *İş Hukuku Ferdi İş İlişkileri I*, B. 3, İzmir 1998.
- Odyakmaz, Zehra, Türk Kadınının Geçmişten Günümüze Kadar Yasama, Yürütme ve Kamu Hizmetlerindeki Etkinlikleri ve Atatürk'ün Kadın Haklarına Verdiği Önem, *THED*, Mart 2000, S. 52, s. 3-14.
- Oğuzman, Kemal-Dural, Mustafa, *Aile Hukuku*, B. 2, İstanbul 1998.
- Oğuzman, Kemal-Öz, Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul 1995.
- Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer-Oktay, Saibe, *Kişiler Hukuku*, B. 6, İstanbul 1999.

- Oğuzman, Kemal-Seliçi, Özer, *Eşya Hukuku*, B. 9, İstanbul 2002.
- Oğuzman, Kemal, "Evli Kadınların Kocaları Menfaatine Üçüncü Şahıslarla Yaptıkları hukuki Muameleler", *İBD*, 1952/5, s. 257-283.
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, Evlilik Birliğini Temsilde Medeni Kanun'un Dayandığı Esaslar, *AÜHFD*, 1950/3-4, s. 312-324. (Kısaltma: Temsil)
- Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit, *Aile Hukuku*, Ankara 1963.
- Oktay, Saibe, İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukuku'ndaki Gelişmeler, *GÜSBD*, Kış-1996, s. 33-51.
- Olgaç, Senai-Çenberci, Mustafa, *Hukuk Davalarında İkrar*, İstanbul 1964.
- Olgaç, Senai, *Medeni Kanun Şerhi*, Ankara 1975.
- Ortan, Ali Necip, "Eşler Arasında Cebri İcra Yasağı", *Prof. Dr. Mahmut koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı*, Ankara 1975, s. 687-723.
- Önder, "Akil, Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu İle Medeni Kanun'da Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır?", *AD*, 1942/9, s. 1035-1045.
- Önder, Akil, "Yargıcın Müsaadesine veya Tasdik veyahut Tasvibine Bağlanmış Olan Akit veya hukuki Tasarruflar", *AD* 1948/11, s. 1244-1261.
- Önen, Ergun, *Medeni Yargılama Hukuku'nda Sulh*, Ankara 1972.
- Özekes, Muhammet, *İcra İflas Hukuku'nda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999.
- Özer, Ahmet, "İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler", *YD*, 1988/1-2, s. 116-133.

BİBLİYOGRAFYA

- Öztañ, Bilge, "Medeni Kanun'un Mal Rejimi Prensiplerine İlişkin Bir Çalışma ve Bir Değişiklik Önerisi", *Prof. Dr. Akif Erginay'a 65. Yaş Armağanı*, Ankara 1981, s. 55-112.
- Öztañ, Bilge, "Medeni Kanun'un Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku", *AÜHFD*, 1995/1-4, s. 79-125.
- Öztañ, Bilge, *Aile Hukuku*, B. 3, Ankara 2000. (Kısaltma: Aile)
- Özuğur, Ali İhsan, *Boşanma ve Ayrılık*, Ankara 2000. (Kısaltma: Boşanma)
- Özuğur, Ali İhsan, *Nafaka Hukuku*, Ankara 2002. (Kısaltma: Nafaka)
- Pekcanutez, Hakan, "Medeni Yargıda Adil Yargılanma", *İz. BD*, 1997/2, s. 35-55.
- Peker, Hüseyin, "Ailenin Korunmasının Esasları", *1. Aile Şurası Bildirileri*, Ankara 1990, s. 361-364.
- Peker, Ömer Lütfi, "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Göre Verilen İlamların İcrası", *YD*, 2000/4, s. 647-660.
- Petek, Hasan, "Medeni Usul Hukuku'na Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları", *İz. BD*, 2000/3, s.11-54.
- Reisoğlu, Sefa, *Türk Eşya Hukuku*, C. I, B. 7, Ankara 1984.
- Ruhi, Ahmet Cemal, *Türk Hukuku'nda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili*, Ankara 2003.
- Saymen, Ferit Hakkı-Elbir, Halid Kemal, "Türk Medeni Hukuku", *Aile Hukuku*, C. III, İstanbul 1957.
- Saymen, Ferit Hakkı, "Evlenmenin hukuki Mahiyeti", *İBM*, 1942/10, s.638-660).
- Schwarz, Andreas, *Aile Hukuku I*, Çev. Davran, Bülent, B.2, İstanbul 1946.
- Serdar, İlknur, "Koruyucu Aile", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir 2000, s. 467-507.

Serozan, Rona, "Cumhuriyet ve Medeni Kanun", *Cumhuriyet'in 75. Yıl Armağanı*, İstanbul 1999, s.745-755.

Serozan, Rona, "Çocuğun Kişi Varlığının Aile Hukuku Alanında Korunmasında Yetersizlikler", *Prof. Dr. Kenan Tunçomağ'a Armağan*, İstanbul 1997, s. 381-406.

Serozan, Rona, "Evlilik Dışı Birlikte Yaşam İlişkisi", *İBD*, 1983/1-2-3, s. 5-17).

Sezal, İhsan, "Kent Ailesinin Ekonomik ve Sosyal Sorunları", *TAY*, Ankara 1991, s. 58-66.

Sirmen, Lale-Koçhisarlıoğlu, Cengiz-Tanrıver, Süha-Süral, Nurhal-Tercan, Erdal, "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemeleri'nin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", *Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan*, Ankara 2000, s. 1-32.

Sirmen, Lale, "Medeni Hukuk Alanında Kadın, Boşanan Kadının Mali Sorunları ve Yeni Düzenlemeler", *Hukuk Kulluğu 2000*, Özel Hukuk Bildirileri 2, C. III, Ankara 2000.

Somer, Pervin, "Dar Anlamda Roma Aile Hukuku'nun Esasları", *MÜHFD*, 2002/2, s. 115-180.

Sungurbey, İsmet, "Kişisel Hakların Tapu Kütüğüne Şerhi", İstanbul 1963.

Şener, Esat, "Aile Kavramı ve İslam Hukuku'nda Evlenme", *AD*, 1979/1-2, s. 2-12.

Şener, Esat, "Türkiye'de Boşanma Problemi var mıdır?", *AD*, 1975/5-6, s. 659-678.

Şıpka, Şükran, "Türk Medeni Kanun'unda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası", *TMK*, mad. 194, İstanbul 2002.

Şimşek, Mustafa, "Yeni Medeni Yasaya Bakış", *YD*, 2002/1-2, s. 123-151.

Tandoğan, Halûk, *Aile Hukuku Ders Notları*, Ankara 1965.

- BİBLİYOGRAFYA
- Tekinay, Selâhattin, Sulhi-Akman, Sermet-Burcuoğlu, Haluk-Altop, Atilla, *Eşya Hukuku*, C. I, B. 5, İstanbul 1989.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, "Aile Hukukumuzda Yapılması Gerekli Değişiklikler", *İBD*, 1966/10, s. 495-509.
- Tekinay, Selâhattin, "Sulhi, Medeni Kanun Ön Tasarısının Kadın Erkek Eşitliğine ve Evlilik Dışı Çocuklara İlişkin Hükümleri", *İBD*, 1985/10, 11, 12, s. 831-841.
- Tekinay, Selâhattin Sulhi, *Türk Aile Hukuku*, B. 7, İstanbul 1990. (Kısaltma: Aile)
- Tepeci, Kamil, *Notlu ve İzahlı Türk Medeni Kanunu*, C. I, B. 2, Ankara 1955.
- Tezcan, Durmuş-Erdem, Mustafa Ruhan-Sancakdar, Oğuz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu*, Ankara 2002.
- Tolan, Barlas, "Aile Yapılarının Farklılaşması", *İnan Kıraç'a Armağan*, Ankara 1994, s. 255-266.
- Tour, Pier, *İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı*, Çev. Artus, Amil, Ankara 1956.
- Tuğer, Sıtkı, "Muavenet Nafakası", *AD*, 1955/7, s. 684-689.
- Tuğsavul, Muhsin, "Evlilik Birliğinin Sıyaneti", *AD*, 1953/1, s. 28-50.
- Tuğsavul, Muhsin, "Usul Hukuku Bakımından Sıyanet Nafakası", *AD*, 1952/11, s. 1331-1336.
- Tuluay, Metin, "Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Tedbirlerden Olan Nafaka Davalarında Görevli Mahkeme (Karar İncelemesi)", *Dicle ÜHFD*, 1983/1, s. 347-349.
- Uçar, Ayhan, "4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", *AÜEHFD*, 2002/1-4, s. 317-332.
- Uyar, Talih, *Gereğçeli, Notlu, İçtihatlı, İcra ve İflâs Kanunu*, C. IV, Ankara 1999. (Kısaltma: İİK, C. IV)

- Uyar, Talih, *İcra ve İflâs Hukuku'nda Suç Sayılan Fiiller*, Manisa 1987. (Kısaltma: Suç Sayılan Fiiller)
- Uyar, Talih, *Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku, C. II*, Ankara 2002. (Kısaltma: TMK, C. II)
- Uyar, Talih, "Türk Medeni Kanunu", *Aile Hukuku, C. III*, Ankara 2002. (Kısaltma: TMK, C. III)
- Uyar, Talih, "Yargıtay Kararlarında Ortak Hayatın Tatili ve Sonuçları", (MK 162) *MBD*, S. 72, s. 55-66.
- Ünal, Mehmet, "İsviçre'de Alınan Aile Birliğini Koruyucu hukuki Tedbirler", *1. Aile Şurası Bildirileri*, Ankara 1990, s. 125-132.
- Ünal, Mehmet, "Türk Medeni Kanunu Bakımından Kadın Hakları", *SÜHFD*, (Prof. Dr. Süleyman Arslan'a Armağan) 1998/II, s. 667-675.
- Üstündağ, Saim, *İflas Hukuku, B. 5*, İstanbul 1998. (Kısaltma: İflas)
- Üstündağ, Saim, *Tapu Kütüğünün Düzeltilmesi Davası*, İstanbul 1959. (Kısaltma: Tapu Kütüğü)
- Üyegil, Fikret, "Nafaka Davaları ve Uygulama", *AD*, 1953/2, s. 204-216.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet-Esmer, Galip, *Gayrimenkul Tasarrufları ve Tapu Sicil Tatbikati*, B. 2, İstanbul 1956.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Evlenme ve Boşanma Hukukumuzda Ne Gibi Tadilâta İhtiyaç vardır?", *AD*, 1944/1-6, s. 71-124.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Türk Evlilik Hukuku'nun Bugünkü Meseleleri Üzerinde Düşünceler", *Medeni Kanun'un XV. Yıl Dönümü İçin*, İstanbul 1944, s. 625-668.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet, "Türk Medeni Hukuku", *Aile Hukuku, C. II*, İstanbul 1965.
- Von Tuhr, Andreas, *Borçlar Hukuku'nun Umumi Kısmı, C. I-II*, Çev. Edege, Cevat, Ankara 1983.

- BİBLİYOGRAFYA Will, Michael R.-Öztan, "Bilge, Hukukun Sebebiyet Verdiği Bir Acı: Transseksüellerin Hukuki Durumu", *AÜHFD*, 1993/1-4, s. 227-268.
- Will, Michael R., *2000 Yılına Doğru: Alman Medeni Kanunu'nun Revizyonu*, Çev. Öztan, Bilge-Öztan, Fırat, Batider 1993/1, s. 99-110.
- Yıldırım, Mehmet Kamil, *Medeni Usul Hukuku'nda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990.
- Yılmaz, Niyazi, "Aileye Yönelik Örgütler Örgütlenmeler Faaliyetler", *TAY*, Ankara 1991, s. 103-122.
- Yüce, Turhan, "Evlilik Hukuku'nda Nafaka", *AD*, 1951/12, s. 1822-1833.
- Zevkliler, Aydın-Acabey, M. Beşir-Gökyayla, K. Emre, *Medeni Hukuk*, B. 6, Ankara 2000.
- Zevkliler, Aydın-Havutçu, Ayşe-Albaş, Hakan-Acabey, Mehmet Beşir-Serdar, İlknur-Gürpınar, Damla, *Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları*, B. 4, Ankara 2002. (Kısaltma: Zevkliler Pratik)
- Zevkliler, Aydın-Havutçu, Ayşe, *Yeni Medeni Kanun'una Göre Medeni Hukuk*, Temel Bilgiler, Ankara 2002.
- Zevkliler, Aydın, "Medeni Kanun ve Cinsiyet Kargaşası", *TBBD*, 1988/2, s. 258-285. (Kısaltma: Cinsiyet Kargaşası)
- Zevkliler, Aydın, "Medeni Yasa Tartışmaları, Evlât Edinme", *İz. BB*, 2002/131, Temmuz/Ağustos, s. 17-18. (Kısaltma: Evlat Edinme)
- Zevkliler, Aydın, "Türk Hukuku'nda Korunmaya Muhtaç Çocuklar", *AÜHFD*, 1968/1-2, s. 173-236. (Kısaltma: Korunmaya Muhtaç Çocuklar)



10.000.000.- TL

Karanfil Sokak No: 5/62 06650 Kızılay-ANKARA
Tel: (+90.312) 425 30 11 - 425 36 19 - 418 13 46 Faks: (+90.312) 418 78 57
web: www.barobirlik.org.tr
e-mail: admin@barobirlik.org.tr • yayin@barobirlik.org.tr