

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI**

**EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK
HÂKİM TARAFINDAN ALINACAK ÖNLEMLER**

Yüksek Lisans Tezi

Samet YAZICI

Ankara-2020

**T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK
ANABİLİM DALI**

**EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK
HÂKİM TARAFINDAN ALINACAK ÖNLEMLER**

Yüksek Lisans Tezi

Samet YAZICI

**Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK**

Ankara-2020

**TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
(ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI)
(MEDENİ HUKUK BİLİM DALI)**

Samet YAZICI

**EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK
HÂKİM TARAFINDAN ALINACAK ÖNLEMLER**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

- 1- Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK
- 2- Doç. Dr. Yıldız ABİK
- 3- Dr. Öğt. Üyesi Yasemin DURAK
- 4-
- 5-

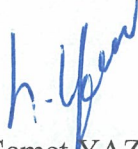
İmzası


Tez Savunması Tarihi

07.01.2020

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim.(07./01./2020.)


Samet YAZICI

10911926

İçindekiler

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR	V
GİRİŞ.....	1
I. ÇALIŞMANIN KAPSAMI VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
II. EVLENME VE EVLİLİK BİRLİĞİ	3
A. Tanımı	3
B. Hukuki Niteliği.....	8
III. AİLE KAVRAMI	10
IV. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI	14
V. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	17
A. Amacı	18
B. Yasal Düzenlemeler.....	20
C. İlkeler	24
D. Önlem Türleri	26

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİ

I. GENEL OLARAK	29
II. EŞLERİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	30
A. Evlilik Birliğinin Mutluluğunu Beraber Sağlama Yükümlülüğü	52
B. Çocuklara Beraberce Özen Gösterme Yükümlülüğü.....	54

C.	<i>Birlikte Yaşama Yükümlülüğü</i>	57
D.	<i>Sadakat Yükümlülüğü</i>	58
E.	<i>Yardım Yükümlülüğü</i>	63
F.	<i>Birliğin Giderlerine Güçleri Oranında Katılma Yükümlülüğü</i>	66
G.	<i>Aile Konutunu Birlikte Seçme Yükümlülüğü</i>	71
H.	<i>Evlilik Birliğini Beraber Yönetme Yükümlülüğü</i>	75
III.	BİRLİĞİN TEMSİLİ	76
A.	<i>Genel Olarak</i>	76
B.	<i>Temsil Yetkisinin Hukuki Niteliği</i>	78
C.	<i>Temsil Ehliyeti</i>	80
D.	<i>Birliği Temsil Yetkisinin Çeşitleri</i>	82
IV.	EŞLERİN MESLEK VE İŞİ	90
V.	EŞLERİN HUKUKİ İŞLEMLERİ	92
A.	<i>Hukuki İşlem Ehliyeti</i>	92
B.	<i>Aile Konutuna İlişkin Sınırlamalar</i>	94

İKİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK MEDENİ KANUNDA YER ALAN ÖNLEMLER

I.	GENEL OLARAK	119
A.	<i>Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Hükümlerin Kanun Sistematiği İçindeki Yeri</i>	119
B.	<i>Görevli ve Yetkili Mahkeme</i>	121
II.	HÂKİMİN GENEL MÜDAHALESİ	122
A.	<i>Şartları</i>	125

B.	Önlem Çeşitleri.....	128
III.	EŞLERİN YAPACAĞI PARASAL KATKININ BELİRLENMESİ.....	133
IV.	BORÇLULARA AİT ÖNLEMLER	138
V.	TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANMASI.....	143
A.	Şartları	145
B.	Konusu	149
C.	Hukuki Niteliği ve Sonuçları.....	151
VI.	TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASI VEYA SINIRLANDIRILMASI	153
A.	Şartları	154
B.	Mahkeme Kararı ve Sonuçları	157
VII.	AİLE KONUTUNA İLİŞKİN ÖNLEMLER	159
VIII.	MAL REJİMİNE İLİŞKİN ÖNLEMLER.....	160
A.	Eşin Malvarlığının Yönetimi	161
B.	Envanter Yapılması	161
C.	Eşler Arasındaki Borçlar	163
D.	Eşlerin Paylı Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkileri	164
IX.	ORTAK YAŞAMA ARA VERİLMESİ.....	166
A.	Genel Olarak	166
B.	Ortak Yaşama Ara Vermenin Şartları.....	169
C.	Ara Vermenin Süresi.....	175
D.	Önlem Çeşitleri.....	176
E.	Haklı Sebep Olmaksızın Ayrı Yaşama	190
F.	Tedbirlerin Sona Ermesi	192
X.	DİĞER ÖNLEMLER.....	193

KISALTMALAR

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AÜEHFD : Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
Dergisi

AÜHFD : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

Bkz. : Bakınız

C. : Cilt

C.Ü. : Cumhuriyet Üniversitesi

Çev. : Çeviren

DEÜHFD : Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

dn. : Dipnot

E. : Esas numarası

eMK : 743 sayılı mülga Medeni Kanun

HD : Yargıtay Hukuk Dairesi

HGK : Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

HUMK : 1086 sayılı mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri
Kanunu

İHAS : İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi

K. : Karar numarası

m. : Madde

MERNİS : Merkezi Nüfus İdare Sistemi

R.G. : Resmi Gazete

s. : Sayfa

S. : Sayı

sk. : Sayılı kanun

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBK : 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

TMK : 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

UYAP : Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

Vd. : ve devamı

YİBK : Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu

Yön. : Yönetmelik



GİRİŞ

I. ÇALIŞMANIN KAPSAMI VE SINIRLANDIRILMASI

Bu yüksek lisans tezinin temel konusu olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 195-201. maddelerinde yer alan evlilik birliğine ilişkin hâkim tarafından alınabilecek önlemler seçilmiştir. Bu tedbirlerden bir tanesi de eşlerin birliğin devamı esnasında ayrı yaşamaları hali olup bu çalışmada uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir dava türü olması sebebiyle ortak yaşama ara verilmesine ilişkin düzenlemeye geniş olarak yer verilecektir. Adına evlilik birliği denilen kurumda kural, eşlerin birlikte yaşamalarıdır. Bu durum evlilik birliğinin anayasası olarak kabul edilebilecek Türk Medeni Kanununun 185 ile 187. maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yükümlülüğün aksi eşlerce kararlaştırılmaz; bununla birlikte eşlerin işi, sağlık durumları ve benzeri nedenlerle geçici olarak ayrı oturmaları da bu yükümlülüğün ihlali anlamına gelmez. Yasa koyucu tarafından ortak yaşamın haklı neden olmaksızın sona erdirilmesi Türk Medeni Kanununun 164. maddesi ile mutlak boşanma nedeni olarak kabul edilmiştir. Bu nedenle eşlerin hangi durumlarda haklı nedene dayanarak ortak yaşama ara verebileceklerinin ve ara verme süresince uygulanacak tedbirler ile sonuçlarının etraflıca incelenmesi gerekir.

Evlilik birliğinin genel hükümleri ve evlilik birliğinin korunması, aile hukuku ve medeni hukuk kitaplarında ana hatlarıyla incelenmiş, bunun dışında çeşitli makaleler ve incelemelerde ise dağınık olarak konu bütünlüğü dikkate alınmadan

incelenmiştir. Bu çalışmalar ile birlikte evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak yazılmış kitapların da oldukça sınırlı sayıda ve benzer mahiyette oldukları görülecektir.

Çalışmanın giriş bölümünde aile, evlenme ve evlilik birliği tanımlanmaya çalışılacak ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi açısından da konu ayrıca değerlendirilecektir.

Birinci bölüm, evlenmenin genel hükümleri başlığını taşımaktadır. Bu bölümde Türk Medeni Kanununun 185 ile 194. maddeleri arasında yer alan düzenlemeler incelenecektir. Konumuzla bağlantılı olarak eşlerin hangi durumlarda ve hangi yükümlülüklerin ihlali halinde ortak yaşama ara verme haklarının olduğunun görülebilmesi için eşlerin yükümlülükleri ayrıntılı olarak incelenecektir. Yine kanunun sistematığı gereği evliliğin genel hükümleri arasında düzenlenen evlilik birliğinin temsili ve aile konutuna ilişkin hükümler de genel hatlarıyla anlatılacaktır.

Tezin ikinci bölümü evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olup Türk Medeni Kanununun koruma maddeleri ile getirilen koruma rejimi bu bölümde ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu bölümde Türk Medeni Kanununun 195-201. maddeleri ile birlikte mal rejimlerine ilişkin hükümlerde yer alan evlilik birliğinin korunmasına yönelik düzenlemeler ve Türk Medeni Kanununun içinde yer alan birliği koruyucu diğer hükümler aynı başlık altında incelenecektir.

Son bölümde ise özel kanunlarda yer alan düzenlemelere bakılacaktır. Bu kapsamda konuya ilişkin oldukça ayrıntılı hükümler içeren “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ile “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” incelenecektir.

II. EVLENME VE EVLİLİK BİRLİĞİ

A. Tanımı

Hukukumuzda evlenmenin yasalar ile yapılmış bir tanımı bulunmamaktadır. Türk Medeni Kanununda (TMK) evlenme tanımlanmamış, bunun yerine evlenmenin nasıl ve ne şekilde yapılacağı, eşlerin evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükleri, evlenmenin hukuki sonuçları ile evlilik birliğinin sona erdirilmesinin sonuçlarına yer verilmiştir.

Doktrinde evlenmeye ilişkin olarak yapılmış pek çok tanım bulunmaktadır. Bu tanımlar, ağırlıklı olarak evlenmenin unsurları dikkate alınarak yapılmıştır. Bu unsurlar içerisinde öne çıkanlar süreklilik ve tam bir hayat ortaklığıdır¹.

Evlenme için kanun tarafından belirlenen şekil kurallarına uyulması, yani nişanlıların evlenme iradelerini, yetkili memur önünde sözlü olarak açıklamaları gerekir².

Bir tanıma göre evlenme, “cinsiyetleri farklı iki kişinin iradelerinin, tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere, hukukun aradığı koşullara uygun olarak

¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, **Medenî Hukuk**, Ankara 2000, s. 671; Öztan, **Aile Hukuku**(Aile), Ankara 2015, s. 94; Velidedeoğlu, **Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku**, İstanbul 1960, s. 49; Schwarz, **Aile Hukuku**, Çev. Davran, İstanbul 1946, s. 27.

² Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk(Temel Bilgiler)**, Ankara 2018, s. 232; Köprülü/Kaneti, **Aile Hukuku**, İstanbul 1989, s. 512; Feyzioğlu, **Aile Hukuku**, Bası 3, baskıyı hazırlayanlar Özakman - Sarial, M. Enis, İstanbul 1986, s.171 Könezoğlu, **Aile ve Ailenin Korunması**, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara 2006, s. 32; 4721 sayılı TMK'nın 142. maddesi ile “Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur” hükmünden de açıkça anlaşılacağı üzere evlenme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun sözlü beyanları ile kurulmakta olup evlendirme memurunun yapacağı açıklama ve evlenme defterinin imzalanması sadece ispata yönelik bir fonksiyon taşımaktadır. Konuya ilişkin olarak Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 737; Yine aynı yönde olmak üzere 15/07/1965 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 14/06/1965 tarih ve 3/3 E.-K. Sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararına göre “...Şekle bağlı bir hukuki işlem niteliği taşıyan evlenme akdinin geçerli olarak meydana gelebilmesi için, evlenecek kişilerin yetkili evlendirme memuru önünde sadece irade bildirimlerini bir arada ve sözle olumlu olarak açıklamaları yeterlidir. Evlendirme memurunun aldığı bu olumlu karşılıklar üzerine, evlenmenin yasaca akdedilmiş olduğunu söylemesi bile evlenme akdinin meydana gelmesi için esaslı bir unsur olmadığı gibi, yapılan evlenme akdini deftere işleyip altını imzalaması da idari bir şekil işleminden ibaret olup evlenmenin geçerli sayılmasını sağlayacak bir şartı da olamaz. Bu sebeple evlenme akdinin teşekkülü ile bunun belgelendirilmesi işini birbirine karıştırmamak gerekir.” şeklinde karar verilmiş olup tarafların sözlü ve olumlu açıklamalarından sonra yapılacak işlemler sadece ve sadece ispata yönelik idari nitelikteki işlemler olarak kabul edilmelidir.

birleşmesi”³ iken bir diğer tanıma göre evlenme nişanlıların, evlilik birliğini meydana getirmelerini sağlayan hukuki işlemdir⁴. Başka bir tanıma göre ise evlenme, “bir erkek ile bir kadının, şekli ve koşulları hukuken düzenlenen bir sözleşmeyle tam bir hayat ortaklığı yaratmak üzere hayatlarını birleştirmeleri”dir⁵. Doktrinde yapılan bir diğer tanıma göre ise evlenme, “bir erkek ile bir kadının, süreklilik taşıyan tam bir hayat ortaklığı kurmak üzere, hukuken kabul edilebilir ve geçerli bir şekilde yaşamlarını birleştirmeleri”dir⁶.

Doktrinde yapılan ve benim de benimsediğim tanıma göre evlilik, “tam ve sürekli bir hayat ortaklığı meydana getirmek üzere farklı cinsiyetteki iki kişinin, kurulması ve koşulları önceden yasa ile belirlenmiş hukuken makbul ve geçerli bir şekilde birleşmesi olup sosyal, ahlâkî ve aynı zamanda hukukî bir kurumdur”⁷.

³ Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s.222.

⁴ Oğuzman/Dural, **Aile Hukuku**, Bası 2, İstanbul 1998, s. 57.

⁵ Feyzioğlu, s.83.

⁶ Ayan, **Evlilik Birliğinin Korunması**, Ankara 2004, s. 10.

⁷ Velidedeoğlu, s. 41; Köprülü/Kaneti, s. 62; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 739; Ayan, s. 10; Schwarz, s. 27; Ardiç, **Medenî Hukuk**, Ankara 2011, s. 271; Akıntürk, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, Cilt 2, İstanbul 2019, s. 61; Benzer nitelikteki bir diğer tanım için Bkz. Saymen/Elbir, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, C. III, İstanbul 1957, s. 30.

Evlilik, yasada önceden belirlenmiş şekillere uygun olarak yapılan bir hukuki işlem olup, nişanlıların evlendirme memuru ile iki tanığın yanında iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları ile kurulan birlik ise evlilik birliğidir(bkz. TMK m.185/1)⁸.

Evlilik birliği, kanunun tanıdığı, koruduğu ve kamu vicdanının da saygı duyduğu bir hayat ortaklığıdır ⁹. Doktrinde, evlilik birliğinin manevi yönü olarak ahlaki temelde bir birlik olması yanında aynı zamanda ekonomik bir yönü de olan bir birliktelik olduğu da vurgulanmaktadır ¹⁰.

Evlilik hukuku, Türk Medeni Kanununun ikinci kitabında yer bulan aile hukukunun en önemli kısmını oluşturmakta olup TMK'nin 118-281. maddeleri ile konuya ilişkin ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır.

Evlilik hukukuna ve evlilik birliğine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesinin ön şartı geçerli ve hukuken korunan bir evliliğin bulunmasıdır. Bu bakımdan evlilik

⁸ Öztan, **Medeni Hukuk'un Temel Kavramları**, Ankara, 2019, s. 431; Dural/Öğüz/Gümüş, **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 2019, s. 48; Tekinay, **Türk Aile Hukuku**, İstanbul 1990, s. 295; Zevkliler/Ertay/Havutçu/Acabey/Gürpınar (Temel Bilgiler), s. 236, Akıntürk, s. 88; Öztan (Aile), s. 20; Schwarz, s. 180.

⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 741; Schwarz, s. 180.

¹⁰ Acabey, “*Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt 2, İstanbul 2001, s.778; Schwarz, s. 179-181, Ayan, s. 9.

birliği olmaksızın dini nikâhla veya nikâhsız olarak birlikte yaşayanlar ile aynı cinsten kişilerin birlikteliklerinde, bu hükümlerin ve evlilik birliğinin devamı esnasında hâkim tarafından alınacak önlemlere ilişkin düzenlemelerin uygulama kabiliyeti bulunmamaktadır. Bununla birlikte ileride de değineceğimiz üzere aralarında hukuken geçerli bir evlilik bağı bulunmasa da birlikte yaşayan kimselerin 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ile getirilen koruma rejiminden yararlanması mümkündür.

Anayasa Mahkemesi de 5 Nisan 1965 tarih, 1965/2-24 Esas ve Karar sayılı kararında “aile müessesesi” kavramını kullanmış ve böylece Medeni Kanun hükümlerine göre medeni nikâh esasına uygun olarak kurulan evliliklerin korunacağını benimsemiş olup TMK ile getirilen koruma rejimi medeni nikâh dışındaki birlikteliklerde eşler bakımından uygulama alanı bulmayacaktır¹¹. Çocuklar açısından ise anne ve babanın hukuken korunan bir evlilikleri bulunmasa dahi Medeni Kanun hükümleri uygulanacaktır.

¹¹ İnan, “Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları”, **Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı**, İstanbul 1999, s. 709; Ayhan, “Aileye Yönelik Hukuki Düzenlemeler”, **Türkiye Aile Yıllığı**, Ankara 1991, s. 87; Cansel, “Türk Ailesinin Anayasa’nın 41. Maddesine Göre İncelenmesi”, **Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan** (Aile), Konya 1991, s. 406 Dini nikâhlı birlikteliklerin evlilik birliğini meydana getirmeyeceğinden TMK’da düzenlenen evlilik birliğine ilişkini hükümlerin uygulanamayacağı hakkında Özüğür, **8 Mart Dünya Kadınlar Günü Etkinliği**, “Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması”, Ankara, 2003, s. 182; Anayasanın 41. maddesinde belirtilen ailenin korunması ilkesinin sadece TMK’ya uygun olan birliktelikleri değil fiili birleşmeleri de koruduğu, TMK hükümlerinin ise sadece kanuna uygun olarak yapılan evlilikleri koruduğu hakkında Ayan, s. 22 dn. 75; Könezoğlu, s. 33; Köprülü/Kaneti, s. 64; Saymen/Elbir, s. 34.

B. Hukuki Niteliği

TMK'nin evlilik hukukuna ilişkin hükümlerine bakıldığında evlilik birliğine ilişkin olarak daima “birlik” düşüncesinden hareket ettiği, eşlerin hak ve yükümlülükleri ile eşlerin hem birbirleriyle hem de çocuklarıyla ilişkilerinin düzenlenmesinde birlik düşüncesine uygun hükümler vazedildiği görülmektedir. Yasa koyucu evlilik birliği içerisinde ortaya çıkabilecek hemen her kişisel ve mali ilişki için bu düşünceden hareketle eşlerin hem malvarlıklarıyla hem de emekleriyle birliğe katkıda bulunmasını ve birliği bu şekilde sürdürmelerini öngörmüş, bu konuda eşlere eşit sorumluluk yüklemiştir.

Evlilik birliği, birliği oluşturan karı ve kocadan farklı bir tüzel kişiliğe sahip olmadığı gibi eşler arasında kurulmuş bir adi ortaklıktan da söz edilemez¹². Dolayısıyla birliğin, eşlerin malvarlığından ayrı bir malvarlığı da bulunmamaktadır. Bununla birlikte yasa koyucu evlilik birliğine ilişkin düzenlemeler yaparken birliğin sanki bir tüzel kişiliği varmışçasına hareket etmiş, birliğin eşler tarafından birlikte yönetilmesi, birliğin temsili ve eşlerin tasarruf yetkisine ilişkin düzenlemelerle

¹² Havutçu, **Evlilik Birliğinin Temsili**, Ankara 2006, s. 27; Gençcan, **Türk Medenî Kanunu'nda Kadın ve Çocuk Hakları**, Ankara 2006, s. 37 (Kısaltma: Kadın ve Çocuk); Ayan, s.15; Evlilik birliğinin aynı zamanda iktisadi bir birlik olduğu yönünde Bkz. Acabey, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi**, İzmir, 1998, s. 2 (Kısaltma: Mal Rejimi).

birliğin devamını sağlamak üzere hâkime yetki vermesi evlenmenin birlik niteliğini ön plana çıkarmaktadır¹³.

Evlilik birliği, eşlerden oluşan ve fakat ayrı bir tüzel kişiliği bulunmayan Anayasa, Türk Medeni Kanunu ve özel kanunlar ile korunan bir hukuki birliktir¹⁴.

Doktrinde hâkim olan ve benim de katıldığım görüşe göre evlenme, sui generis bir aile hukuku sözleşmesidir ve eşlerin karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini sözlü olarak açıkladıkları anda kurulmuş olur¹⁵. Yargıtay da evlenmenin sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Nitekim Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun önüne gelen bir olayda evlenmenin evlendirme memuru önünde sözlü olarak eşlerin karşılıklı ve birbirlerine uygun beyanda bulunmaları anında mı yoksa evlendirme defterini imzalamalarının da gerekip gerekmediği tartışılmış ve neticesinde “..sözlü bir akit niteliğini taşıyan bu hukuki işlemde, evlenecek kişilerin yetkili evlendirme memuru önünde bu amacı güden ve birbirine uygun irade bildiriminde (beyanında) bulunmaları, kişiliğe sıkı sıkıya bağlı hukuki bir işlem olan bu akdin esaslı unsurunu teşkil etmektedir. Bu esaslı unsur dışında yasa koyucu, daha bir takım şekil şartlarını öngörerek niteliklerini belirtmişse de bu şartlar ikinci

¹³ Ayan, s. 15; Havutçu, s.27; eMK'nın kocaya karısından daha üstün konum vermesiyle evlenmenin birlik olduğunu vurguladığına dair Bkz. Velidedeoğlu, s. 94.

¹⁴ Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 236; Köprülü/Kaneti, s. 111; Ayan, s.15.

¹⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s.708; Oğuzman/Dural, s.58; Ayan s. 12.

derecede bir önem taşımakta olup yerine getirilmemeleri halinde evlenme akdi geçerliliğini yitirmez” görüşüne yer verilmek suretiyle evlenmenin bir sözleşme olduğu da belirtilmiştir¹⁶.

III. AİLE KAVRAMI

Aile kavramı, kapsamı ve niteliği yere ve zamana göre değişebilen ancak her toplumda varlığını sürdüren bir kurumdur ¹⁷. Aile, insanların dünyaya gelir gelmez içinde yer bulduğu ve ilişkiye geçtiği ilk toplumsal birimdir ¹⁸. Bu nedendir ki her toplumda kendi inanış ve kültürel özelliklerine göre farklılaşan ancak her zaman özel bir önem atfedilmiş bir aile kavramı bulunmaktadır ¹⁹.

¹⁶ YİBK 14.06.1965 gün ve 1965/3-3 sayılı kararı için http://www.kararevi.com/karars/242537#.Ue_QpyVrNdg.

¹⁷ Zevkliler/Ertas/Havutcu/Acabey/Gürpınar, s. 217; Oğuzman/Dural, s. 1; Schwarz, s. 14; Saymen/Elbir, s. 2; Akıntürk, s. 4; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 666; Öztan(Aile), s. 4.

¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 1.

¹⁹ Akıntürk, s. 4; Feyzioğlu, s. 3; Velidedeoğlu, s. 4; Schwarz, s. 19.

Aile, Türk toplumu için özel bir önemi olan ve Anayasal bir koruma altına alınan en küçük toplum birimidir ²⁰. Anayasanın 41. maddesi ailenin korunması başlığını taşımakta olup “*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.

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) *Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.*

(Ek fıkra: 7/5/2010-5982/4 md.) *Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” hükmünü haizdir.*

TMK’de ailenin tanımı yapılmamış olmakla birlikte üç farklı aile türüne yer verdiği görülmektedir²¹. Söz konusu aile tanımlarının içerisinde hem kan bağı

²⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 665; Akıntürk, s. 5; Saymen/Elbir, s. 3; Oğuzman/Dural, s. 2; Köprülü/Kaneti, s. 3; Velidedeoğlu, s. 7.

²¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 667; Ayan, s.17; Akıntürk, s. 5-6; Öztan(Aile), s. 3; Velidedeoğlu, s. 6.

esasına dayalı aile türüne hem de aralarında kan bağı bulunmayan kişilerin oluşturduğu aile türüne yer verilmiştir.

Doktrinde aileye ilişkin olarak pek çok tanım yapılmıştır. Mac Iver ve Page'ye göre aile, çocuk sahibi olarak onları büyütme özelliğini gösteren bir grupken Summer ve Keller'e göre ise en az iki neslin beraber olduğu ve kan bağı ile ifade edilen sosyal bir örgüttür²².

Aile genel olarak tek çatı altında bir arada yaşayan bireylerden oluşur ve bu bireylerin hemen her türlü ihtiyacı da aile tarafından karşılanır²³.

Türk Medeni Kanununun aile hukuku başlığını taşıyan ikinci kitabının birinci kısmı evlilik hukuku adını taşımakta olup nişanlılık, evlilik birliğinin kurulması ve hükümleri, eşler arasındaki mal rejimi ve boşanmaya ilişkin hükümler bu kısımda yer almıştır. İlgili maddelerin kapsamı incelendiğinde ağırlıklı olarak eşler arasındaki

²² Könezoğlu, s. 3 dn. 7 ve 8'deki yazarlar; Gökçe, “*Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme*”, **Aile Yazıları I, Temel Kavramlar Yapı ve Tarihi Süreç, Bilim Serisi 5/1**, T.C. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara, 1991; Gökçe'nin tanımına göre ise aile “*Ana-baba ve çocuklar ve tarafların kan akrabalarından meydana gelmiş ekonomik ve toplumsal bir birlik*” olarak kabul edilir.

²³ Ayan, s. 16; Ayhan, s. 81.

ilişkileri düzenlediği görülecektir. Bu nedenle doktrinde dar anlamda ailenin, evlenme ile bir araya gelen eşleri kapsadığı kabul edilmektedir²⁴.

Aile hukuku kitabının ikinci kısmı hısımlık başlığını taşımakta olup bu kısımda hem geniş anlamda aile hem de en geniş anlamda aileye ilişkin düzenlemeler yer almaktadır. Soy bağı ayırımında genel olarak geniş anlamda aileye ilişkin düzenlemelere yer verilmiş olup eşler ve çocuklardan oluşan topluluğun geniş anlamda aileyi ifade ettiği söylenebilir^{25 26}.

En geniş anlamda aileye ilişkin olarak ise TMK m.367'de yer alan düzenlemeye bakmak gerekir. Şunu ifade etmek gerekir ki en geniş anlamda ailenin

²⁴ Hatemi, **Aile Hukuku**, İstanbul 2019, s. 1; Karagülmez/Ural, **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, Ankara 2003, s. 21; Helvacı/ Erlüle, **Medeni Hukuk**, B. 2, İstanbul 2011, s. 127; Oğuzman, **Aile Hukuku Dersleri**, İstanbul 1990, s.1; Zapata, **Medeni Hukuk**, B. 12, Ankara 2012, s. 153; Deryal,, **Medeni Hukuk Bilgisi**, B. 4, Ankara 2010, s. 209; Egger, **Aile Hukuku**, Ankara 1949, s. 5-6; Altaş, **Medeni Hukuk Ders Notları**, 9 Nolu Dosya, s. 1, (http://huseyinaltas.net/dosya/Medeni_Hukuk_9.doc, E. T. 10.04.2013), Akıntürk, s. 5-6; Velidedeoğlu, s. 6; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 216; Feyzioğlu, s. 4; Köprülü/Kaneti, s. 3; Öztan, s. 403; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 665-666; Ayan, s. 16; Tekinay, s. 2.

²⁵ Akıntürk, s. 6; Velidedeoğlu, s. 6; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 667; Öztan(Aile), s. 3; Geniş anlamda aile TMK'nın 335-363. maddelerinde yer almakta olup anne-baba ile çocukların karşılıklı yükümlülükleri ve hakları düzenlenmiştir. Konuya ilişkin olarak Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 216.

²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin aileye ilişkin yorumu daha da geniş olup evlilik dışında birlikte yaşayan tarafların de facto aile bağları da bu kapsamdadır. Bir ilişkinin aile hayatı sayılıp sayılmayacağı değerlendirilirken eşlerin beraber yaşayıp yaşamadıkları, birlikteliklerinin uzunluğu ve çocuk sahibi olarak ya da başka şekilde birbirlerine bağlılık gösterip göstermedikleri dikkate alınır. Yine Mahkemeye göre böyle bir ilişkiden doğan çocuk, doğması ile birlikte hukuken aile biriminin parçası olarak kabul edilir. Bununla beraber, aile sayılan bu gibi birlikteliklere Devletlerin kanuna uygun evlenmelerle aynı statü ve hakları tanınmasının da zorunlu olmadığı ifade edilmektedir. Daha ayrıntılı bilgi ve emsal kararlar için Doğru/Nalbant; **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 2, Ankara 2013, s. 7-8.

içerisine kan bağı ile birbirlerine bağı olmayan kimseler de girmektedir. Nitekim kanun bunu “kan veya kayın hısımlığı, işçilik, ıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi çerçevesinde ev halkı olarak bir arada yaşayanlar” şeklinde ifade etmiştir. Bu bakımdan en geniş anlamda aile eski aile tipinin uzantısı olarak kabul edilebilir²⁷.

IV. EVLENME VE AİLE KURMA HAKKI

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin (İHAS) 12. maddesi ile evlenme ve aile kurma hakkı düzenlenmiştir. Buna göre *“Evlenme çağına giren her erkek ve kadın, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara göre evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”*

İHAS m. 12 ile aile kurma hakkı düzenlenmişken 8. maddede ise kurulmuş olan ailenin korunması düzenlenmiştir. 12. maddeye göre, evlenme ve aile kurma hakkının düzenlenmesi bakımından devletlerin takdir hakkı oldukça geniştir.

²⁷ Öztan(Aile), s. 4; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 668; Akıntürk, s. 6.

Devletler evlilik, evlilik töreni ve evliliğin hukuki sonuçlarını belirlemek hususunda geniş bir takdir hakkına sahiptir²⁸.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre, İHAS sadece tek evliliği kabul edip düzenler²⁹.

Hukukumuzda halen kabul edildiği üzere evlilik ancak farklı cinsiyetteki iki kişi arasında yapılabilir. AİHM de önceleri bunu kabul etmekteydi. Mahkeme, Christine Goodwin-Birleşik Krallık davasında³⁰ bu görüşünü kısmen de olsa değiştirmiştir. Buna göre Mahkeme, cinsiyet değiştirmiş olan transseksüel kişilerin evlenmelerine izin verilmemesinin evlenme hakkının özünü zedelediği ve İHAS'ın ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme, bu kararı ile evlilik birliğinin mutlaka bir çift olarak çocuk sahibi olmak anlamına gelmediğini belirtmiş ve bir çiftin sırf

²⁸ Doğru/Nalbant, s. 539.

²⁹ AİHM 18.12.1986 tarih ve 9697/82 sayılı Johnston ve Diğerleri vs. İrlanda davasında vermiş olduğu bir kararda İrlanda'da boşanmanın olmaması nedeniyle bir evliliğin bozulmasından sonra başka bir kimseyle birlikte yaşayan kimsenin bu birlikteliğinden kaynaklı olarak aile olarak kabul edilmemelerini, bu kişilerin birbirlerinin mirasçısı olamamalarını Sözleşme'ye aykırı bulmamış ve hukuken tanınan ve korunan bir evlilik mevcut iken diğer bir birlikteliğin koruma kapsamında sayılmayacağına hükmetmiştir. Kararın ayrıntılı bir özeti için Bkz. Doğru/Nalbant, s.549-555.

³⁰

#{"fulltext":["goodwin"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"it
emid":["001-60596"]} Bu davada Mahkeme, cinsiyet değiştirmiş bir transseksüel ile bir erkeğin evlenmesine engel olan ulusal yasaların evlenme hakkının özünü zedelediği ve İHAS m. 12'yi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

çocuk yapma yeteneğinden yoksun olması nedeniyle evlenme hakkından yoksun bırakılamayacağını ifade etmiştir³¹.

Transseksüel kişilerin evlenmelerine izin verilmemesini Sözleşme'nin ihlali olarak kabul eden AİHM, eşcinsel kişilerin evlenebilmeleri hususunda devletlerin takdir hakkı olduğunu kabul eder. Schalk ve Kopf-Avusturya davasında AİHM, eşcinsellerin evlenmelerine izin verilmemesinin İHAS'ı ihlal edip etmediğini incelemiştir³². Mahkeme, evlilik kurumunun Sözleşme'nin kabulünden bu yana temel bir takım sosyal değişikliklere maruz kaldığını belirtmiş olsa da eşcinsel evlilikler hususunda bir Avrupa mutabakatının mevcut olmadığı kanaatindedir. Mahkeme, evliliğin bir toplumdan diğerine hatırı sayılır şekilde değişebilen derin sosyal ve kültürel çağrışımlara sahip olduğunu belirtmiş, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirme ve bunlara cevap verme açısından ulusal makamların kararlarının daha isabetli olacağına vurgu yaparak kesin bir kanaat belirtmeyeceğini ifade etmiştir. Sonuç olarak AİHM, eşcinsel kişilerin evlenmelerine izin verilmeyen ulusal yasaların İHAS'ı ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

³¹ Doğru/Nalbant, s.540.

³²

#{"fulltext":["schalk"],"documentcollectionid2":["GRANDCHAMBER","CHAMBER"],"itemid":["001-112004"]}

V. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Hukukumuzda evlilik birliği ve ailenin korunmasına ilişkin temel düzenleme Anayasanın 41. maddesinde yer alır. Buna göre, devlet, ailenin korunması için gerekli önlemleri almak zorundadır. Bu nedenledir ki yasa koyucu hem TMK’de hem de birtakım özel yasalarda evlilik ve ailenin korunmasına ilişkin düzenlemeler yapmıştır. Bu düzenlemelerin temelini evliliğin sürekli olması ve tam bir hayat ortaklığı oluşturması düşünceleri oluşturur³³.

Yasa koyucu Anayasa ile koruma altına alınan aile ve evlilik birliğinin gerektiği gibi korunabilmesi amacıyla TMK ile eşlere birtakım haklar tanıdığı gibi kimi yükümlülükler de yüklemiş ve bu yükümlülüklerin ihlali halinde uygulanacak tedbirlere de yer vermiştir³⁴.

Burada şunu dikkat edilmesi gereken husus en geniş ve geniş anlamda ailenin korunmasına ilişkin hükümler ayrı tutulduğunda salt evlilik birliğinin korunması denilen ve koruma altına alınan evlilikten anlaşılması gereken şeyin yetkili

³³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 671; Ayan, s. 22; Akıntürk, s. 9; Velidedeoğlu, s. 9; Feyzioğlu, s. 201; Köprülü/Kaneti, s. 125.

³⁴ Baygın, “4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt 2, İstanbul 2003, s.458.

evlendirme memuru önünde yapılan evlilik olduğudur³⁵. Butlanla batıl olan evlenmeler butlan kararı verilinceye dek geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğuracağı için evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler bu tür evliliklere de uygulanacaktır³⁶.

A. Amacı

Ailenin ve evlilik birliğinin korunmasına ilişkin temel amaç, ailenin birliği ve sürekliliğinin sağlanması ve bu suretle hem birliği oluşturan eşlerin kişiliklerinin korunması hem de eşler arasında çıkacak uyuşmazlıkların birlik içinde çözülmesini sağlamaktır³⁷. Böylece hem eşlerin kişilik hakları birbirlerine karşı korunacak hem

³⁵ Ayan s. 22, Ayhan, s. 87; Öztan, “*Medeni Kanun’un Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku*” **AÜHFD**, 1995/1-4, s. 105 (Kısaltma: 70. Yıl).

³⁶ Ayan s. 23; Öztan(Aile), s. 148; Butlan halleri TMK’nın 145. maddesinde sınırlı sayıda sayılmış olup burada belirtilen haller dışında evliliğin butlanına karar verilemeyecektir. Bu haller dışında kalan ve yok hükmünde olduğu kabul edilen birliktelikler evlilik olarak kabul edilemeyeceğinden evliliğin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanması da söz konusu olmayacaktır. Ayrıntılı bilgi için Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 264; Öztan(Aile), s. 255; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 833; Feyzioğlu, s. 95; Akıntürk, s. 194.

³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 185; Ayan, s. 23; Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemlerin birinci amacının tehlike içerisinde bulunan evlilik birliğinin devamını sağlamak, ikinci amacının ise boşanma yoluna başvurmak istemeyen eşlerin menfaatlerini korumak olduğu yönünde Tour, **İsviçre Medeni Kanunu’nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı**, Çeviren Artus, Ankara 1956, s. 180.

de eşler arasındaki uyuşmazlıklar hâkimin müdahalesi ile çözülecek, aile ve evlilik birliğinin devamı sağlanacaktır³⁸.

Evlilik birliği huzur ve mutluluk içinde devam ettiği müddetçe evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler uygulama alanı bulmayacaktır. Hatta sorunsuz bir evlilik yürüten çiftler evlilik birliğinin temsilinden, mal rejimlerine ilişkin hükümlerden dahi haberdar olmayabilirler. Bu nedenle evlilik birliği içerisinde bir sorun ortaya çıkarsa evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler devreye girebilecektir³⁹. Bu halde eşlerden birinin talebi üzerine kanunda belirtilen önlemleri almaya yetkili olan hâkim de bu amaçları gözeterek evlilik birliğinin devamını sağlamaya yönelik önlemleri alacaktır⁴⁰. Hâkim müdahalesi ile eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinin aynen ifası değil eşlerin, ailenin

³⁸ Ayan, s. 23; Eşlere tanınan hak ve yükümlülüklerin eşlerin evlilik birliğine saygı göstermeleri ve bu şekilde evliliğin korunması amacına hizmet ettiği yönünde Bkz. Koçhisarlıoğlu, “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukunda Son Gelişmeler”, Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan, Konya, 1991, s. 450 (Kısaltma: Son Gelişmeler).

³⁹ Peker, “Ailenin Korunmasının Esasları”, 1. Aile Şurası Bildirileri, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara 1990, s. 361; Saymen/Elbir, s. 201.

⁴⁰ Oğuzman/Dural, s. 5; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 185; Uzman kişilerin yardımının istenmesi eMK’da düzenlenmeyen bir husus olup mevcut durumda da ancak eşlerin her ikisinin de rıza göstermesi halinde bu yola başvurulabilir.

menfaatlerini dikkate alarak aralarındaki sorunların sona erdirilmesi hedeflenmektedir⁴¹.

B. Yasal Düzenlemeler

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin TMK’de çeşitli hükümler bulunmakla birlikte bu konudaki çerçeveyi, temel amaçları ve önlemleri belirten hükümler m. 195-201 arasında yer alır. Türk Medeni Kanunu’nda yer alan evlilik ve aileyi koruyucu önlemler sadece medeni nikâh esasına göre kurulan evlilikler açısından uygulama alanı bulur. Dini nikâh yaparak veya nikâh yapmaksızın beraber yaşayanlar koruma hükümlerinden istifade edemezler⁴².

⁴¹ Ayan, s. 24.

⁴² Yargıtay bir kararında sosyal güvenlik hakkı yönünden konuyu değerlendirmiş ve medeni esasa göre yapılmayan evliliklerden eşlerin sosyal güvenlik hakkı bakımından diğer eşin sahip olduğu sosyal güvencelerden yararlanamayacağına ve hak sahibi olamayacağına karar vermiştir. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi’nin 23.05.2013 tarih ve 2012/19201 E.-2013/11230 K. sayılı ilamına göre “Anayasa’nın; 41. maddesinde, ailenin, Türk toplumunun temeli olduğu ve “eşler” arasında eşitliğe dayandığı vurgulanmış, 90. maddesinde, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası andlaşmaların kanun hükmünde olduğu, bunlar hakkında Anayasa’ya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamayacağı, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümlerinin esas alınacağı belirtilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun; 141. maddesinde, evlenme töreninin, evlendirme dairesinde evlendirme memurunun ve ayırt etme gücüne sahip ergin iki tanığın önünde açık olarak yapılacağı, ancak, evleneceklerin istemi üzerine törenin evlendirme memurunun uygun bulacağı diğer yerlerde de yapılabileceği, 142. maddesinde, evlendirme memurunun, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini soracağı, evlenmenin, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşacağı, 185. maddesinde, evlenmeyle “eşler” arasında evlilik birliğinin kurulmuş olacağı hüküm altına alınmıştır.

506 sayılı Kanunun; 2. maddesinde, bu Kanunda belirtilen Sosyal Sigorta yardımlarından sigortalılar ile bunların “eş” ve çocukları ve sigortalıların ölümlerinde bu Kanuna göre “hak sahibi” olan kimselerinin yararlanacağı bildirilmiş, 65. maddesinde, ölüm sigortasından sağlanan yardımlar arasında ölen sigortalının “eşine” aylık bağlanmasına yer verilmiş, 66. maddesinde, ölen sigortalının “hak sahibi kimselerine” aylık bağlanacağı açıklanmış, 68. madde başlığı “Eş ve çocuklara aylık bağlanması” olarak düzenlenerek anılan maddede, ölen sigortalının “dul eşine” aylık bağlanacağı öngörülmüştür. 01.10.2008 tarihinde yürürlüğe giren 5510 sayılı Kanunun ise; 3. maddesinde hak sahibi, sigortalının veya sürekli iş göremezlik geliri ile malûllük, vazife malûllüğü veya yaşlılık aylığı almakta olanların ölümü durumunda gelir veya aylık bağlanmasına veya toptan ödeme yapılmasına hak kazanan “eş”, çocuk, ana ve babası olarak tanımlandıktan sonra 32. maddesinde, ölen sigortalının “hak sahiplerine” ölüm aylığı bağlanması, ölüm sigortasından sağlanan hak olarak vurgulanmış, 34. maddesinde, ölen sigortalının “dul eşine” ölüm aylığı bağlanacağı belirtilmiştir.

Anılan yasal düzenlemeler ve metinlerde yer alan ibarelerin taşıdığı anlam hep birlikte değerlendirildiğinde, 506 sayılı Kanun ve diğer sosyal güvenlik mevzuatında ölüm sigortasından yararlanacak kişiler arasında belirtilen “eş/hak sahibi” kavramından Türk Medeni Kanunu hükümleri gereğince gerçekleştirilmiş resmi evlilikler sonucu kazanılan yasal konumun amaçlandığı, evlilik dışı birlikteliklerin kapsam dışı tutulduğu, her türlü kuşkudan uzak bulunmaktadır.

Bununla birlikte, Anayasa'nın 90. maddesi gereğince iç hukukun ayrıcalıklı bir parçası olup, iç hukukta doğrudan/kendiliğinden uygulanma güç ve yeteneğine sahip bulunan İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS - İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme) hükümlerinin de irdelenmesinde fayda bulunmaktadır. Sözleşme'nin “Özel ve aile hayatına saygı hakkı” başlığını taşıyan 8. maddesi ile aile hayatının korunması güvence altına alınırken, “Evlenme hakkı” başlıklı 12. maddede, evlenme çağına gelen her erkek ve kadının, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduğu vurgusu yapılmıştır.

Bu konuda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nce 3976/05 numaralı davada verilen 02.11.2010 tarihli karar komuya ışık tutabilecek niteliktedir. Türkiye Cumhuriyeti aleyhine açılan davanın nedeni, Şerife Yiğit (başvuran) adlı Türk vatandaşının yaptığı başvurudur. Türk Medeni Kanunu hükümleri kapsamında geçerli evlilik (resmi nikah) ilişkisi kurulmaksızın yıllardır birlikte yaşadığı kişinin yaşamını yitirmesi üzerine sosyal güvenlik kurumuna başvurarak ölen kişi üzerinden kendisine sosyal sigorta yardımı yapılmasını isteyen başvuranın bu talebinin Kurum ve mahkemelerce reddedilmesi üzerine gerçekleştirilen başvuruda Mahkeme; “ AİHS'nin hükümleri, ilke olarak,

Evlilik birliğinin korunmasına yönelik özel kanunlardan bir tanesi 4787 sayılı “Aile Mahkemelerin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun” olup kanunun 7. maddesi ile boşanma ve ayrılık davalarında evlilik birliğinin korunmasını sağlamaya yönelik olarak hâkime çeşitli ödevler yüklemektedir. Buna göre hâkim, boşanma niyetiyle gelen çiftleri sulha davet ve teşvik edecek ve gerekirse eşleri

Yüksek Sözleşmeciler Devletlerin, belirli bir sınıf veya gruptan oluşan bireylere, farklı muamelelerin, sonuçlarının, bütün olarak, yasal sınıf veya grup için AİHS ve Protokolleri kapsamında haklı gösterilebilecek olması halinde, diğerlerinden farklı muamele edilmesini sağlayan yasama tedbirleri yoluyla genel politika tasarımlarını çıkarmalarının önüne geçmez. Başka bir deyişle, 14. madde, farklı olgusal koşulların tarafsız olarak değerlendirilmesine dayanan, kamu çıkarına dayalı olarak toplumun çıkarlarını koruyan ve AİHS'nin teminat altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil denge sağlayan muamele farklılıklarının önüne geçmez. Yüksek Sözleşmeciler Devletler, kanunda benzer durumlardaki farklılıkların farklı bir muameleyi haklı gösterip göstermeyeceği veya ne dereceye kadar haklı göstereceğinin belirlenmesinde belirli bir takdir payını kullanmaktadırlar. Bu takdir devletin, mali kaynaklarıyla yakından ilintili olan genel mali, ekonomik ve sosyal tedbirlerinin uygulanmasında daha geniştir. Evliliğin korunması, ilk olarak, evli ve evli olmayan çiftler arasında farklı muameleyi haklı çıkarabilecek kadar önemli ve makul bir nedendir. Evlilik, bu kavramı, beraber yaşayan bir erkek ile kadının durumundan büyük ölçüde ayıran hak ve yükümlülükler bütünüdür. Dolayısıyla, devletlerin, özellikle de vergilendirme, aylıklar ve sosyal sigorta hakları gibi mali politikalar ve sosyal politika konularına giren sorunlarda, evli ve evli olmayan çiftlere farklı muamelede bulunma konusunda belirli bir takdir payı bulunmaktadır. ...

Yukarıdakiler ışığında, AİHM, söz konusu muameledeki farklılığın öncelikle kamu düzeni ile başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma yönündeki meşru amacı güttüğünü kabul eder. ... Medeni Kanun'a göre resmi nikâhın geçerli olması ve üçüncü taraflar ile devlet arasında etkisinin olabilmesi için bağlayıcı hukuki evrakların düzenlenmesi gerekmektedir. ... Ayrıca resmi nikâhı düzenleyen bağımsız ve resmi koşulları öngören kurallar açık ve ulaşılabilir, resmi nikâh kıyma düzenlemeleri kolay anlaşılabilir, ilgili kimselere haddinden fazla yük yüklemeyiz. ... Bu hususlar ışığında, AİHM, bahse konu muamele farklılığı ile güdülen meşru amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunduğu sonucuna varır. Bu nedenle söz konusu muamele farkı için tarafsız ve makul bir gerekçe bulunmaktadır. ... 8. madde, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının güvencesini vererek, ailenin varlığını gerektirir. ... Ayrıca, Devlet'in planladığı ve demokratik bir toplumda görüşlerin makul biçimde büyük ölçüde farklılaşabildiği ekonomik, mali ve sosyal politikalar çerçevesinde, bu takdir yetkisi ister istemez daha geniştir. ... Buna göre, AİHM, 8. maddenin Devlet'e dini nikâhı tanıma yükümlülüğü getirdiği biçiminde yorumlanamayacağı görüşündedir. ... ” yönündeki yaklaşımıyla Sözleşme'ye Ek 1 No'lu Protokol'ün 1. maddesiyle birlikte alındığında AİHS'nin 14. maddesinin ve ayrıca 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.”

konuya ilişkin uzman yardımı almaya yönlendirecektir. Durum böyle olmakla birlikte uygulamada ne yazık ki ilgili hüküm gereği gibi uygulanamamakta ve eşlerin sulha teşviki gereği gibi yapılmamaktadır.

Evlilik ve ailenin korunmasına ilişkin en yeni ve kapsamlı düzenlemelerden birisi de mülga 4320 sayılı kanunun yerine uygulanmaya başlanan 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ve uygulama yönetmeliğidir⁴³. İlgili düzenlemeler önceki özel kanundan oldukça kapsamlı olduğundan bu kanuna ilişkin ayrıntılar ayrı bir başlığın altında incelenecektir. Bununla birlikte şimdilik ifade etmek gerekir ise bu kanunun getirdiği koruma rejiminden yararlanmak için resmi nikâh bulunması gerekli olmayıp dini nikâhla birlikte yaşayanlar, nikâhsız yaşayanlar, nişanlılar, nişanlılık öncesi birliktelikler hakkında da ilgili kanun hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

Kanaatimize göre TMK’nin getirdiği koruma rejiminden medeni nikâh esası dışında kimsenin yararlanamaması ne kadar doğru ise 6284 sk. kapsamında getirilen koruma rejiminden mümkün olduğunca geniş bir biçimde medeni nikâhı bulunmayanların yararlandırılması da o kadar doğrudur. Zira ileride de ifade

⁴³ 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği, 18.01.2013 tarih ve 28532 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanmış olup ilgili yönetmelik ile kanunda öngörülen tedbirlerin ne şekilde ve hangi merciler tarafından uygulanabileceği belirtilmiş; ancak kanunda yer almayan kimi düzenlemelere de yer verilmiştir. Daha önce kanuni bir düzenleme bulunmayan hallere ilişkin yönetmelikle düzenleme yapılamayacağı kanaatindeyiz.

edileceği üzere bu kanunla hedeflenen birlikte yaşıyan aile bireylerinin başta fiziksel şiddet olmak üzere her türlü şiddet tehlikesine karşı korunmasıdır.

C. İlkeler

Aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin genel niteliği, borçlar hukukundan farklı olarak, sözleşme özgürlüğüne yer vermemesi ve aile hukuku ilişkilerini genellikle emredici bir biçimde düzenlemesidir ⁴⁴. Bu bağlamda bireyler evlenme akdini yapma konusunda özgür iradelerini açıkladıktan sonra kanunun öngördüğü rejimin emredici hükümlerine uymak zorundadırlar. Örnek olarak, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini benimsemeyen çiftler için yasa koyucu üç tane seçimlik mal rejimi tanımış, ancak kanunda sayılanlardan başka mal rejiminin uygulanmasına imkân vermemiştir. Ailenin korunmasını devlete bir ödev olarak yükleyen Anayasanın 41. maddesi gereğince evlilik birliğinin korunmasına ilişkin

⁴⁴ Akıntürk, s. 10; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 672; Schwarz, s. 13; Öztan(Aile), s. 145; Oğuzman/Dural, s. 4; Velidedeoğlu, s. 10.

hükümlerin emredici niteliği gereği taraflarca aksinin kararlaştırılması mümkün değildir⁴⁵.

Yasa koyucunun evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri getirirken kabul ettiği temel ilkeler eşler arasında eşitlik ilkesi⁴⁶, eşlerin kişiliklerinin korunması ilkesi, evlilik birliğinin sürekliliği ilkesi, korumanın kural olarak talebe bağlılığı ilkesi⁴⁷ şeklinde ifade edilebilir⁴⁸.

Anayasa koyucu ve yasa koyucu ailenin ve evlilik birliğinin korunmasına ve devamlılığına büyük önem vermiş; ancak her durumda birliğin sürdürülmesini de hedeflememiştir. Bu nedenledir ki evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler

⁴⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 2; Oğuzman/Dural, s. 4; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/ Gürpınar, s. 217; Ayan, s. 33; Öztan(Aile), s. 6.

⁴⁶ Akıntürk, s. 12; Zevkliler/Havutçu, s. 218, 237; Ayan, s. 34; Öztan(Aile), s. 8; Köprülü/Kaneti, s. 11.

⁴⁷ Saymen/Elbir, s. 145; Feyzioğlu, s. 201; Öztan(Aile), s. 213; Köprülü/Kaneti, s. 125; Velidedeoğlu, s. 120; Akıntürk, s. 122; Tekinay, s. 337. Talebe bağlılık ilkesi TMK ile öngörülen koruma rejimine ilişkin olup ailenin korunmasına ilişkin olarak resmi makamlar re'sen harekete geçmek zorunda olduğu gibi kanun koyucu şiddet veya şiddet tehlikesini öğrenen kimselere de bu durumu resmi makamlara bildirme yükümlülüğü getirmiştir(6284 sk. m. 7). Talebe bağlılık ilkesinin bir diğer istisnası ise zayıf bir halde olan çocukları korumak amacıyla alınacak önlemlerdir. Bu konuya ilişkin olarak Öztan(Aile), s. 223; Akıntürk, s. 429; İnan, “Özel(Medeni) Hukuk Bakımından Ana-Baba ile Çocuk İlişkileri ve Çocukların Ana-Babaya Karşı Korunması”, **Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan**, Ankara 1995, s. 27 (Kısaltma: Çocuk İlişkileri), Cansel, “Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması”, **AÜHFD 50. Yıl Armağanı 1925-1975 C. I**, Ankara 1977, s. 137-148 (Kısaltma: Velayet).

⁴⁸ Başpınar, : “Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, **A.Ü.H.F.D.**, Cilt 52 Sayı 3, Ankara 2003, s. 98 (Kısaltma: Önerilerimiz); Doğan, “Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, **AÜHFD**, C. 52, S. 4, Ankara 2003, s. 93-128 (Kısaltma: Yenilikler).

temel olarak birlik içerisinde eşlerin hak ve yükümlölükler bakımından eşit konumda bulunmasını ve her bir eşin kişilik haklarının da korunmasını hedefler. Eşler arasındaki eşitlik bozulduğunda veya eşlerden birisinin kişilik hakları ihlal edildiğinde evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler devreye girecek ve alınacak önlemlerle evlilik birliğinin huzur içerisinde devamı sağlanmaya çalışılacak; bunun gerçekleşmesi mümkün değil ise kişiler evli kalmaya da zorlanamayacaktır. Hâkim eşlerin kişilik hakları ve evlilik birliğinin sürdürölmesindeki menfaatleri arasındaki dengeyi dikkate alarak bir karar vermelidir⁴⁹.

D. Önlem Türleri

Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler çeşitli açılardan sınıflandırılabilir. Niteliklerine göre bu önlemler iki gruba ayrılabilirler⁵⁰. Birinci grup önlem olarak henüz eşler arasında uyuşmazlık doğmadan kendiliğinden devreye

⁴⁹ Ayan, s. 34; Arsebük, **Medeni Hukuk C. II**, Ankara 1940, s. 698; Koçhisarlıoğlu (Son Gelişmeler), s. 445; Oğuzman/Dural, s. 5; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 5.

⁵⁰ Eşler arasında bir uyuşmazlık çıkmasını önleyici ve uyuşmazlığın sona erdirilmesi sağlayıcı yönde ayrıma ilişkin Bkz. Arsebük, s. 699; Hâkim kararına bağlı olan önlemler ve hâkim kararı olmaksızın doğrudan uygulanabilir önlemler şeklindeki ayrım için Bkz. Oğuzman/Dural, s. 161; Ayan, s. 27.

giren önlemler yer alırken ikinci grupta ise eşler arasında uyuşmazlık doğmasından sonra alınabilecek önlemler yer alır.

Eşler arasında henüz bir uyuşmazlık çıkmadan alınacak önlemler, kendiliğinden devrede olan bir koruma düzeni sağlar⁵¹. Bu kapsamda kanunca önceden tespit edilen hallerde yapılacak olan hukuki işlemin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Bu türden önlemlere örnek olarak aile konutuna ilişkin tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olması (TMK m. 194/1), evlilik birliğinin temsiline ilişkin düzenlemeler (TMK m. 188-191), mal ortaklığı rejimine ilişkin olağanüstü yönetime ilişkin düzenleme (TMK m. 263) gösterilebilir.

Eşler arasında uyuşmazlık çıkmasından sonra uygulanacak hükümler temel olarak TMK'nin 195 vd. maddelerinde yer alan düzenlemelerdir ve genellikle evlilik birliğinin korunması denilince anlaşılan hükümler de bunlardır⁵².

Bana göre, eşler arasında henüz bir uyuşmazlık çıkmadan kendiliğinden söz konusu olan önlemler geniş anlamda evlilik birliğinin korunması kavramına dâhildir ve bu düzenlemelerin de temel amacı evlilik birliğinin korunmasını sağlamaktır⁵³.

⁵¹ Ayan, s. 28.

⁵² Acabey, s. 41; Ayan, s. 29; Akıntürk, s. 121; Schwarz, s. 195; Öztan(Aile), s. 212.

Evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak alınabilecek önlemler alınabilecekleri döneme göre ise üçe ayrılır. Birinci grupta ortak yaşam devam ederken alınacak önlemler ikinci grupta ortak yaşama ara verilmesi halinde alınacak önlemler yer alırken üçüncü grupta ise hem ortak yaşam devam ederken hem de ortak yaşama ara verilmesi halinde alınabilecek önlemler yer alır.



⁵³ Akıntürk, s. 112; Öztan(Aile), s. 171, Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 772; Köprülü/Kaneti, s. 130; Arsebük, s. 699; Schwarz, s. 197; Ayan, s. 31.

Birinci Bölüm

EVLİLİĞİN GENEL HÜKÜMLERİ

I. GENEL OLARAK

Evliliğin genel hükümleri TMK'nin 185-201. maddeleri arasında beş başlık altında düzenlenmiştir. Bunlar haklar ve yükümlülükler, birliğin temsili, eşlerin meslek ve işi, eşlerin hukuki işlemleri ve birliğin korunması şeklindedir.

TMK'nin bu bölümde yer alan hükümleri evliliğin genel hükümlerine dair İsviçre Medeni Kanununda yapılan ve 01/01/1988 tarihinde yürürlüğe giren değişikliklerden büyük ölçüde etkilenmiş ve böylece yeni Türk Medeni Kanunu ile birlikte Anayasada öngörülen eşler arasında eşitliğe dayanan bir evlilik birliği kabul edilmiştir⁵⁴. Yeni Medeni Kanunun 743 sayılı kanundan en önemli farkı aile hukukuna ilişkindir. TMK ile daha önce hukukumuzda var olmayan kurumlar kanunda kendisine yer bulduğu gibi mevcut düzenlemelerde de eşitliğe aykırı olan

⁵⁴ Gümüş; **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, İstanbul 2008, s. 3-4; Barlas, “*Yeni Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Eşler Arasında Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları*”, **Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan**, Ankara 2004, s. 117; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 237; Doğan(Yenilikler), s. 93 vd; Başpınar (Önerilerimiz), s. 79 vd; Öztan(Aile), s. 210; Ayan, s. 34; eMK'de yer alan karı-kocanın birbirlerinden farklı statüde değerlendirilmesinin yerinde bir düzenleme olduğu, aksi takdirde evlilik birliğinin ve ailenin zarar göreceği yönündeki görüş için Bkz. Arsebük, s. 666.

hükümler kanundan çıkartılmış, kimi kurumlar ise geliştirilmiştir. Bu değişiklikler yapılırken uygulama sürecinde oluşan içtihatlar da dikkate alınmıştır⁵⁵.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin devreye girmesi eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerini gereği gibi yerine getirmemesine bağlı olduğundan kısaca evlilik birliğinden kaynaklı eşlerin hak ve yükümlülüklerine değinmekte fayda vardır.

II. EŞLERİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

TMK m.185-187 hükümlerinde genel olarak eşlerin evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülüklerine yer verilmiştir.

Bu hükümleri incelemeden önce eMK döneminde eşlerin hak ve yükümlülüklerinin hangi mantığa dayandığını ifade etmek gerekir ki 4721 sayılı TMK ile getirilen ve eşlerin mutlak eşitliğini benimseyen hükümlerin devrim niteliğinde olduğu ve evlilik birliğini gerçek bir birlik ve birliktelik haline getirdiği daha iyi anlaşılabilir. Önceki Medeni Kanunumuz eşlerin mutlak eşitliğini

⁵⁵ Barlas, s. 115-116; Baygın, s. 460-461; Havutçu, s. 39.

benimsememiş ve kocaya belirli bir üstünlük tanımış olup evlilik birliğine ilişkin hükümlerin genel mantığını eşlerin eşitsizliği oluşturmuştur⁵⁶.

Doktrinde evlilik birliğinin anayasası⁵⁷ olarak da nitelendirilmiş olan TMK m. 185 hükmü şu şekildedir:

“Madde 185- Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.

Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.

Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar.”

Bu hüküm, evlilik birliğine ilişkin olarak temel ilkeleri ortaya koymuş ve yasa koyucunun birliğe bakışını yansıtmıştır. İlgili hüküm, evlilik birliğinin korunması bağlamında, ileride de değinileceği üzere, önemli bir yer tutar. Eşlerden birinin talebi üzerine kanunda yazılı önlemlerden birini almaya yetkili olan hâkim, eşleri uzlaştırırken, alınacak önlemleri seçerken bu madde hükmünü de dikkate almak zorundadır⁵⁸. Hâkim, evlilik birliğine ilişkin olarak alacağı önlemlere karar verirken hukukun ailenin iç işleyişi konusunda eşleri olabildiğince serbest bırakması

⁵⁶ Koçhisarlıoğlu, “Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği”, **AÜHFD**, Cilt: XL Sayı: 1-4, Ankara 1988, s. 252; eMK'da kadın ve erkek evlilik içerisinde farklı şekilde konumlandırılmış, yükümlülük ve hakları farklı şekilde düzenlenmiş olup kocaya daha üstün haklar tanınmıştır. Doktrinde bu durumun nedeni olarak aile birliğinin ve kadının korunması gösterilmekteydi. Bkz. Öztan(Aile), s. 145; Feyzioğlu, s. 92; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 674; Tour, s. 170; Saymen/Elbir, s. 121. Evliliğin ve ailenin korunması açısından daha ağır yükümlülük yüklenen kocaya birlik içerisinde üstün bir konum tanınmasının Anayasa'da yer alan eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmayacağı hakkında Bkz. Köprülü/Kaneti, s. 11; Hatemi, s. 59.

⁵⁷ Gümüş, s. 4; TMK m. 185 hükmünün evlilik birliğinin temel hükmü olduğu hakkında Öztan(Aile), s. 150; Doğan (Yenilikler), s. 98.

⁵⁸ Eşlerin birlikten kaynaklı hak ve yükümlülüklerinin tam olarak belirlenemediği, hak ve yükümlülüklerin neleri kapsadığı konusunda temel norm olarak kabul edilen TMK m. 185'e başvurmak gerekeceği hakkında Dural/Öğüz/Gümüş, s. 161.

ve her ailenin kendi yaşam tarzına saygı göstermek gerektiğini unutmamalıdır⁵⁹. Ancak hâkim, her zaman aile içinde kadının erkekle eşit konumda olduğunu unutmamalı ve toplumumuzda genel olarak zayıf konumda olan kadın ve çocukların yararını gözetmekten de kaçınmamalıdır.

Hukukumuzda her ne kadar boşanma sebepleri arasında sayılmasa da eşlere hak ve yükümlülükler yükleyen TMK m. 185 hükmüne eşlerden birisinin aykırı davranması ve bu davranışların belirli ağırlık ve süreklilikte olması halinde diğer eş lehine boşanma hakkı doğar⁶⁰.

Kanunun bu hükmü ile birlikte önceki kanunda yer alan eşler arasındaki eşitsizlikler ve eşlerin hak ve yükümlülüklerini cinsiyetlerine göre belirleyen anlayış ortadan kaldırılmış ve evlilik eşler arasında ortak hak ve yükümlülükler ile karşılıklı sevgi ve saygı ile yardımın olduğu bir birlik olarak kabul edilmiştir⁶¹.

⁵⁹ Koçhisarlıoğlu, s. 261; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 759; Ayan, s. 44; Hâkimin sadece aracı ve birliği koruyucu hareket etmesi gerektiği, ailenin kendi iç işleyişine karışmaması yönünde Bkz. Knoepfler, “İsviçre’de Aile Hukuku Üzerine Açıklamalar”, Çeviren: Özer, **Yargıtay Dergisi**, 1988/1-2, s. 127.

⁶⁰ Köseoğlu/Kocağa, **Aile Hukuku ve Uygulaması(Bilimsel Görüşler ve İçtihatları)**, TBB Yayınları, Ankara 2009, s. 637.

⁶¹ Gümüş, s. 5;Ayan s. 39-46; Öztan(Aile), s. 14; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 757 Kılıçoğlu, “Medeni Kanun Açısından Kadın- Erkek Eşitliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1991/1 Yıl: 48, (Kısaltma: Eşitlik), s. 10; Büyüktanır, “Türk Medeni Kanunu (Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar)”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2002, Sayı: 2, s. 73 (Kısaltma: Açıklamalar). Eşit hak ve yükümlülükler getirilmesinin bir sonucu olarak birlikten kaynaklanan yükümlülüklerin eşlerin birey olarak kişisel haklarına esaslı bir şekilde aykırılık teşkil edemeyeceği yönündeki görüş için Bkz. Ayan, s. 46.

İlgili hüküm ile eşler arasında sürekli bir borç ilişkisi doğar ve bu borç, kural olarak, evlilik birliği devam ettiği sürece devam eder⁶².

Önceki Medeni Kanun, bilindiği üzere eşlerin toplum içinde farklı rollere sahip olduğu düşüncesinden hareket etmekte idi ve bu rol dağılımına göre erkek eş, evin geçimini üstlenirken kadın eşin görevi ev ve çocuklarla ilgilenmektir⁶³. Bu durumun bir sonucu ve gereği olarak koca, birliğin reisi olarak kabul edilmişti. Bunun doğal bir sonucu olarak koca hem haklar bakımından daha üstün tutulmuş hem de daha ağır yükümlülük altına alınmıştı⁶⁴.

Önceki Medeni Kanun uyarınca koca birliğin reisi olarak kabul edildiği için birliğe ilişkin bir konuda uyuşmazlık çıkması halinde kocanın oyu üstün tutuluyordu⁶⁵. Yeni medeni kanunumuzla gelen eşitlik ilkesi uyarınca her iki eş de eşit bir şekilde söz hakkına sahip olmuş ve eşlerin kararları birlikte alma mecburiyetleri doğmuştur⁶⁶. Doktrinde eşlerin birlikte hareket edip beraber karar

⁶² Ayan, s. 36.

⁶³ Şıpka, **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası(TMK m.194)**, İstanbul 2004, s. 5-6; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 755-756; Koçhisarlıoğlu, s. 278.

⁶⁴ Ayan, s. 42; eMK döneminde yasa koyucu tarafından eşlerin görev dağılımının yapıldığı, erkeğin çalışmak ve ailenin geçimini sağlamakla yükümlü olduğu, kadının ise ev işleri ile ilgilenip çocukları yetiştireceği hakkında Bkz. Öztan(Aile), s. 158; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 756; Saymen/Elbir, s. 125, Köprülü/Kaneti, s. 117; Velidedeoğlu, s. 99.

⁶⁵ Ayan, s. 41. Kocanın ailede reis olarak kabulünün kocayı karısından üstün bir konuma sokmadığı, evliliğin daha iyi bir şekilde yürütülmesi bakımından daha kuvvetli ve daha tecrübeli olan kocanın bu özelliklerinden ailenin de faydalanmasının sağlanması için bu düzenlemelerin yapıldığı hakkında Bkz. Velidedeoğlu, s. 94.

⁶⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 759; Ayan, s. 44.

alma gerekliliği, yasa koyucu tarafından eşlere tanınan katılma hakkı ve yüklenen bir yükümlölük olarak da nitelendirilmektedir⁶⁷.

Geçtiğimiz yüzyılda yaşanan gelişmelerin sonucunda, kanunun eşler için öngördüğü rol dağılımı geçerliliğini yitirmiş ve kadınlar da erkekler gibi iş hayatında yer almaya başlamış, kadınların sadece ev işleri ile uğraşıp çocuk büyütmeleri gerektiğine ilişkin düşünce çağ dışı kalmış ve bu nedenle yeni bir evlilik birliği düzeninin tesisi zorunlu hale gelmiştir⁶⁸. Çağdaş medeni kanunlarda eşitliğe aykırı hükümler çok daha önce yürürlükten kaldırılmış, mehz İsviçre Medeni Kanununda 1 Ocak 1984'te yapılan düzenlemeler ölkemizde ancak 2002'de kabul edilmiştir⁶⁹.

Toplumsal gelişim ve ihtiyaçları dikkate alan yasa koyucu da yeni medeni kanunu yaparken eşlere önceden belirlenen görev ve roller vermemiş, bunun yerine eşlerin hak ve yükümlölükleri düzenlemiş, bunu yaparken de eşler arasında bir ayrıma gitmemiştir⁷⁰.

⁶⁷ Şıpka, s. 48, Kadın ve erkeğin evlilik içerisinde eşit olarak konumlandırılmaları sonucunda evliliğin birlik vasfının öne çıkarıldığı ve eşlerin birlik için ve adına yapılacak işlemlere diğer eşin katılma hakkı olduğu yönünde Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 760.

⁶⁸ Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tolan, “*Aile Yapılarının Farklılaşması*”, **İnan Kırac’a Armağan**, Ankara 1994, s. 260 vd.; Koçhisarlıoğlu (Son Gelişmeler), s. 433 vd., Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 759.

⁶⁹ Kılıçoğlu(Eşitlik), s. 10-11; İsviçre'de 1984 yılında yapılan düzenlemelerin evlilik birliği ve birliğin huzuru bakımından birlikte yükümlü tutulması, evlilik birliği ve ailenin korunması ve eşlerin hukuki yararları ile eşlerin alacaklılarının yararlarının eşitlenmesi amaçlarını taşıdığı yönünde Bkz. Şıpka, s. 32.

⁷⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 759; Koçhisarlıoğlu(Son Gelişmeler), s. 433; Koçhisarlıoğlu, s. 251-252; Kılıçoğlu(Eşitlik), s. 10; Havutçu, s. 32; Ayan, s. 44; Barlas, s. 117; Baygın, s. 461.

Kanunun evliliği birlik olarak nitelendirmesinin temelinde de evliliğin eşler arasında eşit hak ve yükümlülükler ile eşit statüsünü öngören düzenlemeleri yatar. Yasa koyucu, TMK m. 185 hükmü ile birlikte evliliği gerçek bir birlik konumuna kavuşturmuştur⁷¹.

Önceki medeni kanundan farklı olarak kocanın reisliği yerine TMK m. 186/2 hükmü ile “Birliği eşler beraberce yönetirler.” hükmünün getirilmesi eşlerin sadece birliğin mutluluğunu birlikte sağlamayacaklarını, birliğin yönetimi ve temsili de dâhil olmak üzere birlikte ilgili tüm iş işlemlerde aynı derecede hak ve yükümlülüğe sahip olduğunu göstermektedir. Böylece evlilik birliğinden kaynaklanan hak ve yükümlülüklerin dağılımındaki kadın erkek farkı tamamen ortadan kaldırılmıştır⁷². Eşler arasında tam bir eşitliğin, eşit hak ve yükümlülüklerin kabul edilmesi, evlilik birliğinin çıkarlarıyla çelişmemekte tam tersine yeni medeni kanunla birlikte birliğin mutluluğunun bir unsuru olarak kabul edilmelidir⁷³.

Kanunun bu hükümleri emredici olup eşler tarafından aksi kararlaştırılamaz. Bununla birlikte eşler arasında eşlerin birbirlerine ne şekilde yardım edecekleri, evlilik birliğine nasıl ve şekilde katkıda bulunacakları hususunda eşler arasında

⁷¹ Şıpka, s. 8; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 757, 760.

⁷² Kılıçoğlu, **Medeni Kanunu’muzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler (Kısaltma: Yenilikler)**, Ankara 2003, s. 24; Büyüktanır s. 73.

⁷³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 760; Ayan, s. 46; Eşlerin evlilik içerisinde eşit olarak yer alması nedeniyle eşlerin birliğin sıhhati ve devamı için zaman zaman kendi haklarından feragat etmelerinin gerekebileceği hakkında Bkz. Öztan(Aile), s 150,151; Koçhisarlıoğlu(Son Gelişmeler), s. 435,436.

anlaşma yapılması da mümkündür⁷⁴. Yani, eşler evlilik birliği içerisinde görev dağılımını diledikleri gibi yapabilirler.

TMK m. 187 hükmü ile kadının evlenmeyle birlikte kocasının soyadını almasına ilişkin esas korunmuş; ancak kadına kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanması imkânı tanınmıştır⁷⁵. Doktrinde bu hükmün kadın erkek

⁷⁴ Gümüş, s. 5-6; Eşlerin kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile birliğin yönetimini eşlerden bırakmalarına yönelik düzenleme yapılmasının daha faydalı olacağı yönünde Bkz. Doğan(Yenilikler), s. 103.

⁷⁵ Kadına ilk olarak bu hakkın 14.05.1997 tarih ve 4248 sayılı kanunla değişik eMK'nin 153. maddesi ile tanınması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Abik, **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Ankara, 2005, s. 79 vd.

⁷⁶ Anayasa Mahkemesinin kadının eşinin soyadını almasına ilişkin iptal istemi üzerine vermiş olduğu 2009/85 Esas ve 2011/49 Karar sayılı kararı şu şekildedir (R.G. 21/10/2011-28091):

“Başvuru kararları ve ekleri, işin esasına ilişkin rapor, itiraz konusu kural, dayanan Anayasa kuralları ve bunların gerekçeleri ile diğer yasama belgeleri okunup incelendikten sonra gereği görüşülüp düşünüldü:

Başvuru kararlarında, itiraz konusu kural ile evlenen kadının kocasının soyadını almak zorunda bırakıldığı, kadının kendi soyadını tek başına kullanmasına izin verilmediği, bu durumun eşler arasındaki eşitlik ilkesine, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkına aykırı olduğu belirterek, itiraz konusu kuralın Anayasa'nın 2., 10., 12., 17., 41. ve 90. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun itiraz konusu 187. maddesinde kadının evlenmekle kocasının soyadını alacağı; ancak kadının evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus memuruna yapacağı yazılı başvuru ile önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği, daha önce iki soyadı kullanan kadının bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabileceği hükme bağlanmıştır. Böylece kadın evlenmekle, ilke olarak kocasının soyadını almakta, ancak dilerse evlenmeden önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabilme olanağına sahip olmakta, daha önce iki soyadı kullanması halinde bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilmektedir.

Anayasa'nın 2. maddesinde, Türkiye Cumhuriyeti'nin bir hukuk devleti olduğu belirtilmiştir. Hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adil bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan ve yargı denetimine açık olan devlettir.

Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesinin amacı, hukuksal durumları aynı olanların kanunlarca aynı işleme bağlı tutulmalarını sağlamak ve kişilere kanun karşısında ayırım yapılmasını ve ayrıcalık tanınmasını önlemektir. Bu ilkeyle, aynı durumda bulunan kimi kişi ve topluluklara ayrı kurallar uygulanarak kanun karşısında eşitliğin çiğnenmesi yasaklanmıştır. Bu ilke

ile eylemli değil hukuksal eşitlik öngörülmektedir. Kanun önünde eşitlik, herkesin her yönden aynı kurallara bağlı tutulacağı anlamına gelmez. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Aynı hukuksal durumlar aynı, ayrı hukuksal durumlar farklı kurallara bağlı tutulursa Anayasa'nın öngördüğü eşitlik ilkesi çiğnenmiş olmaz.

Anayasa'nın 12. maddesinde, *'Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder'* hükmüne yer verilmiştir. Maddenin bu şekilde düzenlenmesinden de açıkça anlaşıldığı gibi Anayasakoyucu kişiyi temel hak ve hürriyetlerle donatırken, bu hak ve hürriyetlerin kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı olan ödev ve sorumluluklarından ayrı düşünölemeyeceği vurgulanmış; 17. maddesinde *'Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir'*; 41. maddesinde de *'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, teşkilâtı kurar'* denilmiştir.

Soyadı, belli bir ailenin bireylerini diğer ailenin bireylerinden ayırmaya yarayan ve kuşaktan kuşağa geçen addır. Bir kimsenin kimliğinin belirlenmesinde en önemli unsur olan soyadı, vazgeçilemez, devredilemez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkıdır. Ayrıca 2525 sayılı Soyadı Kanunu'nun 1. maddesinde yer alan *'Her Türk öz adından başka soy adını da taşımağa mecburdur'* hükmü gereğince, soyadı kullanmak kişilere yüklenmiş bir yükümlülüktür. Türk hukukunda aile ismi ile eş anlamda kullanılan soyadının, kişinin kimliğini belirleme işlevi yanında, ailesini ve soyunu belirleme, kişiyi başka ailelerin bireylerinden ayırt etme işlevleri de bulunmaktadır. Bu işlevleri nedeniyle yasakoyucu, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi, soyun belirlenmesi, ailenin korunması gibi sebeplerle soyadı kullanımını yasal düzenlemelerle kural altına almaktadır.

İtiraz konusu *'Kadın evlenmekle kocasının soyadını alır'* kuralının da aile birliğinin korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, nüfus kayıtlarının düzenli tutulması, resmi belgelerde karışıklığın önlenmesi ve soyun belirlenmesi gibi kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri nedeniyle kabul edildiği anlaşılmaktadır.

Milletlerin ayırıcı vasıflarının, değer yargılarının, inanç ve düşünce kalıplarının aktarılması ve kuşaklar arası bağın sürdürölmesini sağlayan aile, üstlendiği rol ve işlevleri ile geçmişten günümüze hemen her toplumun özelliklerini yansıtmaktadır. Bu bakımdan ailenin toplumdaki etkinliği ve algılanışı da toplumdan topluma değişmektedir. Toplumun temel ögesi olan aile, sevgi, saygı, hoşgörü ve benzeri insani ve ahlaki değerlerin, gelenek, görenek, dil, din ve diğer özelliklerin yaşandığı ve gelecek nesillere aktarıldığı kutsal bir kurumdur.

Aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş, Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Uluslararası hukukun temel belgelerinden olan İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddelerinde de ailenin toplumun doğal ve temel unsuru olduğu ve devlet tarafından korunması gerektiği belirtilmiş; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu kabul edilmiştir.

İtiraz konusu kural ile aile ismi olarak kullanılan soyadının kuşaktan kuşağa geçmesiyle, Türk toplumunun temeli olan aile birliği ve bütünlüğünün devamı sağlanmış olmaktadır.

Soyadının kişilik haklarından olması, ona hiçbir müdahalede bulunulamayacağı anlamına gelmez. Yasakoyucunun soyadı kullanımına kamu yararı ve kamu düzeni gerekleri uyarınca Anayasa'ya uygun olmak koşuluyla müdahalede takdir hakkının bulunduğu açıktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de soyadı kullanımı ile ilgili başvuruları, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan *'özel hayatın ve aile hayatının korunması'* ilkesi kapsamında incelemiş ve kararlarında, nüfusun eksiksiz ve doğru olarak kaydedilmesi, aile adlarının

eşitliğine aykırı olduğunu savunanlar bulunmaktadır⁷⁷. Buna göre kadın ve erkek aralarında anlaşarak içlerinden birisinin soyadını aile soyadı olarak belirleyebilmelidirler⁷⁸. Bu görüşe karşı çıkan yazarlar ise bu durumun nüfus siciline ilişkin sistemle bağdaşmayacağını ve kayıtlarda kargaşa ile toplumda belirsizliğe neden olacağını savunmaktadırlar⁷⁹.

Kadının tek başına evlilik öncesi soyadını kullanamaması ile ilgili olarak Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yapılmış ve Mahkeme tarafından kadının, Anayasanın 17. maddesinde yer alan manevi varlığın korunması ve geliştirilmesi hakkının ihlal edildiğine karar verilerek ihlalin ortadan kaldırılması için ilk derece

istikrarına verilen önem, kişisel kimlik saptaması veya belli bir ismi taşıyanların belli bir aile ile bağlantılarının kurulabilmesi gibi kamu yararının gerekleri uyarınca, soyadı değiştirme imkânına yasal sınırlamalar getirilebileceği; ulusal yasakoyucunun bu sınırlamaları da kendi devletiyle ilgili tarihi ve siyasal yapısına bağlı kalarak seçmesinde takdir hakkının bulunduğunu belirtmiştir.

Bu kapsamda, yasakoyucunun aile soyadı konusundaki takdir hakkını, aile birliği ve bütünlüğünün korunması ve aile bağlarının güçlendirilmesi başta olmak üzere, kamu yararı ve kamu düzeninin gerektirdiği kimi zorunluluklar nedeniyle, eşlerden birisine öncelik tanıyacak biçimde kullanmasının hukuk devletine aykırı bir yönü bulunmamaktadır. Kaldı ki itiraz konusu kuralda kadının başvurusu durumunda önceki soyadını kocasının soyadının önüne ekleyerek kullanabileceği belirtilerek, kişilik hakkı ile kamu yararı arasında adil bir dengenin kurulması da sağlanmıştır.

Kadının evlenmekle kocasının soyadını almasının cinsiyet ayırımına dayanan bir farklılaşma yarattığı savı da yerinde değildir. Durum ve konumlarındaki özellikler, kimi kişiler ya da topluluklar için değişik kuralları gerekli kılabilir. Belirtilen gerekçelerle yasakoyucunun takdir yetkisi kapsamında aile soyadı olarak kocanın soyadına öncelik vermesi eşitlik ilkesine aykırılık oluşturmamaktadır.

Açıklanan nedenlerle itiraz konusu kural Anayasa'nın 2., 10., 12., 17. ve 41. maddelerine aykırı değildir. İptal isteminin reddi gerekir.”.

⁷⁷ Moroğlu, **Kadının Soyadı**, İstanbul 1999, s. 147; Demir, Pınar Özlem “*Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler*”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul 2004, s. 525; Sirmen, “*Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığında Evlenme Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular*”, **Hukukta Kadın Sempozyumu**, Ankara 2000, s.86, Abik, s. 93.

⁷⁸ Abik, s. 92, Moroğlu, s. 147, Sirmen, s. 86.

⁷⁹ Akıntürk, s. 122; Hatemi, s. 80, Baygın, s. 452, Abik, s.98'deki yazarlar.

mahkemesi tarafından yeniden yargılama yapılmasına karar verilmiştir⁸⁰. Yüksek Mahkemenin bu kararı ile yukarıda zikredilen kadının eşinin soyadını almasına yönelik düzenlemenin Anayasaya aykırı olmadığı yönündeki kararı arasında bariz bir görüş farklılığı göze çarpmaktadır⁸¹. Kanaatime göre artık yasa koyucunun kadınların bu hakkını ancak dava yoluyla kullanmalarına imkân tanıyan uygulamadan vazgeçerek evlenmeden önce yapılacak bir bildirimle kadının tek başına kendi soyadını kullanmasına izin vermesi hukuk devleti olmanın da bir gereğidir. Anayasa Mahkemesinin iptal talebi üzerine yaptığı değerlendirmede Anayasanın 90. maddesine ilişkin bir değerlendirmede bulunmadığı görülmekte olup bireysel başvuru üzerine verdiği kararı doğrultusunda TMK m. 187 hükmünün İHAS ile çeliştiği ve uygulama kabiliyetinin kalmadığı tespit edildiğinden ilgili hükmün Anayasaya aykırı olduğunun kabulü gerekecektir; ancak somut norm denetimine ilişkin on yıl içerisinde yeniden başvurulamayacak olması sebebiyle ilgili hüküm bu şekilde uygulanmaya devam edecektir.

⁸⁰ Anayasa Mahkemesi Birinci Bölümünün 19.12.2013 tarih ve 2013/2187 başvuru numaralı kararında Mahkeme tarafından konu Anayasanın 17. maddesi ve İHAS m. 8 hükümleri bağlamında değerlendirilmiştir. Mahkemeye göre soyadı bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olup kişinin manevi varlığı kapsamındadır. Mahkeme, AİHM'in kadının evlilik öncesi soyadını tek başına kullanmasına izin vermeyen ulusal mevzuatların İHAS m. 8'de yer alan özel hayatın ve aile hayatının korunması ile 14. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna vardığını belirtmek suretiyle anılan Sözleşme'nin temel hak ve özgürlüklere ilişkin olması karşısında TMK m. 187 hükmünün İHAS ile çeliştiğini ve İHAS hükümlerinin uygulanması gerektiğini kabul etmiştir.

⁸¹ Anayasa Mahkemesinin eMK m. 153 (TMK m. 187) hükmünü Anayasa'ya aykırı bulmadığına dair kararı için bkz. 15.11.200 tarih ve 24937 sayılı Resmi Gazete

Yasal durum bu şekilde olmakla birlikte Anayasa Mahkemesinin görüşü de ortaya çıktıktan sonra Yargıtay kadının önceki soyadını tek başına kullanmak istemesine yönelik davalarda davanın kabul edilmesi gerektiği yönünde karar vererek sorunu çözme yoluna gitmiştir⁸². Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de 2016/22056 Esas 2017/12849 Karar sayılı ilamı ile aynı görüşü benimsediğini göstermiştir⁸³.

82 Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 30/09/2015 tarih ve 2014/2-889 Esas 2015/2011 Karar sayılı ilamı şu şekildedir: *“Dava, evlilik soyadının iptali ile evlilik birliği içinde kızlık soyadının kullanılması istemine ilişkindir.*

Davacı Hatice Yılmaz Yüksekşildiz vekili 13/01/2011 harç tarihli dava dilekçesinde özetle; müvekkilinin araştırma görevlisi olarak “Yılmaz” soyismi ile birçok akademik eseri bulunduğunu, aynı zamanda uluslararası gemilerde üçüncü kaptan olarak görev yapan müvekkilinin uluslararası limanlardan “Yılmaz” soyismi ile defalarca giriş çıkış yaptığını, tüm bu başarılarının yanı sıra müvekkilinin kadın olarak soyadı gibi kişiye sıkı sıkıya bağlı devredilmez bir kişilik hakkının kullanım hakkını haiz olduğunu, evlendiği eşinin soyadını kullanmak zorunda bırakıldığını, çoğu Avrupa ülkesinde eşitlikçi bir yaklaşımla bu sorunun aşıldığını, kadın kendi soyadını eşinin soyadına bağımlı olmaksızın evlendikten sonra da koruyabildiği gibi kendi soyadını eşine de çocuklarına da verebildiğini hatta aile adı olarak da kullanabildiğini iddia ederek müvekkilinin evlenmekle edindiği “Yüksekşildiz” soyadının iptali ile sadece kızlık soyadı olan “Yılmaz” soyismini kullanmasına karar verilmesini istemiştir.

Davalı Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğü cevap vermemiştir.

Dahili davalı Ercan Yüksekşildiz 18.04.2011 tarihli cevap dilekçesinde “davanın kişilik hakkının korunmasına yönelik ve haklı bir dava olduğunu kabul ediyorum” şeklinde beyanda bulunmuştur.

Mahkemece istem kabul edilmiş, davalı Nüfus Müdürlüğü temsilcisinin temyiz istemi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle karar bozulmuştur. Mahkemece önceki gerekçeler tekrar edilerek ilk kararda direnilmiştir. Direnme kararı davalı temsilcisi tarafından temyiz edilmiştir.

Uyuşmazlık, AİHS karşısında Anayasa Mahkemesi kararlarının bağlayıcı olup olmadığı; varılacak sonuca göre TMK 187 madde hükmüne rağmen kadının evlilik birliği içinde sadece kendi soyadını kullanıp kullanamayacağı noktasında toplanmaktadır.

1982 Anayasasının 90. maddesinin son fıkrasında; “Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesi’ne başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır” hükmü yer almaktadır. Bu durumda mahkemelerin önlerine gelen uyuşmazlıklarda, usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar ile iç hukukun birlikte yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir.

Hal böyle olunca, uyuşmazlığa ilişkin yasa hükümleri ve Türkiye Cumhuriyetinin taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve buna göre oluşan içtihatlar ile diğer uluslar arası sözleşmelerin incelenmesi gerekmektedir.

İşin esasının incelenmesine geçilmeden önce kadının evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmasına dair Avrupa Birliği, Birleşmiş Milletler ve Türkiye Cumhuriyeti’ndeki süreç hakkında kısaca bilgi verilmesi gereklidir.

A. AVRUPA BİRLİĞİ

Bakanlar Komitesi, medeni hukukta eşlerin eşitliğine dair 27 Ekim 1978 tarihli, (78) 37 sayılı Karar ve cinsiyet ayrımcılığına karşı yasal korumaya dair 5 Şubat 1985 tarihli, 2 sayılı Tavsiye kararlarında, bazı biçimlerdeki, cinsiyet ayrımcılığının bazı ülkelerin mevzuat ve uygulamalarında

halen yer aldığına dikkat çekmiş ve bu ülkeleri soyadı seçimi ve ebeveynlerin isimlerinin çocuklarına geçmesi konularındaki bu tür tüm ayrımcılıkları ortadan kaldırmaya çağırmış ve bir takım tavsiyelerde bulunmuş, ayrımcılığa karşı etkili hukuki çareler ve müeyyideler uygulanmasını istemiştir.

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi kadınla erkek arasında soyadı seçimi ve ebeveynlerin isimlerinin çocuğa geçmesi gibi konulardaki ayrımcılığa ilişkin 28 Nisan 1995 tarihli ve 1271 (1995) sayılı Tavsiye Kararında, Bakanlar Komitesi'nin cinsiyete dayalı ayrıma izin veren üye ülkeleri belirleyerek bu ülkelerden, başka noktaların yanı sıra "evlilikte ortak bir soyadının seçiminde eşler arasında tam bir eşitlik sağlanması" için gereken önlemleri almalarını istemesini tavsiye etmiştir.

Bakanlar Komitesi, 3 Nisan 1996 tarihinde tavsiye kararını üye ülkelerin Hükümetlerine ayrıca durumu ayrıntılı olarak inceleyerek makul bir zaman içerisinde alınması gereken önlemler konusunda önerilerde bulunmaları için Avrupa Yasal İşbirliği Komitesi (CDCJ) ile Kadın-Erkek Eşitliği Yürütme Komitesi'ne (CDEG) bildirmiştir. Komite, çoğu ülkeler soyadına ilişkin ayrımcılığı ortadan kaldırmış olsa da bazı ülkelerin kararı uygulama biçimini yetersiz bulmuştur.

Bunun üzerine Avrupa Yasal İşbirliği Komitesi sorunu yeniden incelemiştir. 1995'te bazı Devletlerin kararda yer alan, aralarında evli çiftlerin ortak adına ilişkin şartların da bulunduğu bazı koşullara uymadığını belirtmiş ve bu ülkelerden bu konudaki yasaların gözden geçirmelerini talep etmiştir. Aynı zamanda komite, bu ülkeleri Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin 1. (g) bendinde belirtilen ilkeleri uygulamaya koymaları ve bu hükme koydukları çekinceleri kaldırmaları konusunda teşvik etmiştir.

1999 yılında Bakanlar Komitesi'ne gönderdiği görüş taslağında CDCJ, birçok Devletin bu alandaki iç hukuk hükümlerini kısa süre önce değiştirdiğini ancak diğerlerinin henüz bunu yapmadığını tespit etmiş, adet ve yerel gelenek çeşitliliğine saygı duyulmasının gerektiğini ve tek bir

sistem kabul etmenin gerekli olmadığını bildirmiş, soyadı konusunda kadınlar aleyhine ayrımcılık yapan hükümler bulunan Devletlerin bu ayrımcılığı ortadan kaldırmak için gerekli önlemleri almaları gerektiğini ifade etmiştir.

Nitekim AİHM, Ünal Tekeli/Türkiye, (B. No: 29865/96, 16/11/2004), Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, (B. No: 7971/07, 28/5/2013), Tuncer Güneş/Türkiye, (B. No: 26268/08, 3/10/2013) ve Tanbay Tüten/Türkiye, (B. No:38249/09, 10/12/2013) kararlarında cinsiyete dayalı farklı muameleleri AİHS 14. Madde kapsamında aynı Sözleşmesinin 8. maddesine aykırı bulmuştur.

B. Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler Genel Meclisi tarafından 19 Aralık 1966'da kabul edilen Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre Taraf Devletler, Sözleşmede yer alan bütün kişisel ve siyasal hakların kullanılmasında eşit haklar sağlamayı taahhüt etmiştir. Avrupa Konseyi'nin birçok üyesi tarafından onaylanmış bu sözleşmeyi Türkiye, 15 Ağustos 2000 tarihinde imzalamış ancak henüz onaylanmamıştır. Sözleşmenin 23. maddesinin 4. bendi, Taraf Devletleri, kadınla erkek arasında, eşlerin kendi soyadlarını kullanabilme ya da yeni soyadının seçimi konusunda ortak karar alma hakkı da dahil hiçbir ayrımcılık olmamasını sağlamakla yükümlü kılmuştur.

3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren ve 24.7.1985 tarihinde Türkiye tarafından onaylanan Kadınlara Yönelik Her Türü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına ilişkin Sözleşme'nin 16. maddesinin (g) bendinde "aile adı, meslek ve iş seçimi dahil her iki eş (kadın-erkek) için geçerli, eşit kişisel haklar;" sağlama yükümlülüğü getirmiştir. Avrupa Konseyi'nin Türkiye de dahil birçok ülkesi bu sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye, 19 Ocak 1996'da sözleşmeyi onaylarken Medeni Kanun'un aile ilişkilerini düzenleyen bazı hükümlerinin, Sözleşme'nin 15. ve 16. maddeleriyle uyumlu olmayabileceğine yönelik bir çekince koymuş ise de 20 Eylül 1999 tarihinde Türkiye Cumhuriyeti bu çekincesini kaldırmıştır.

C. Ülkemize gelince;

Mülga 743 sayılı Medeni Kanunun 153. maddesinde kadının, kocanın aile ismini taşıyacağı düzenlenmiş, 14 Mayıs 1997'de Medeni Kanun'un 153. maddesinin değiştirilmesinden sonra evli kadınların kızlık soyadlarını evlilikten sonraki soyadlarının önünde kullanabileceği kabul edilmişti.

22 Kasım 2001 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK ile ailenin temsilinde, ekonomik etkinliklerde ve aileyi ve çocukları etkileyen kararların alınmasında kadını erkekle eşit bir konuma getirmiş, diğer bazı yeniliklerin yanı sıra erkeğin aile reisi olarak kabul edilmesinden vazgeçilmiştir. Erkek de kadın da aileyi temsil gücüne kavuşmuştur.

Ne var ki Medeni Kanun'un 2001'de yürürlüğe girmesine rağmen, evlilikten sonraki aile ismine yönelik, kadınları kocalarının ismini almaya zorlayan hükümler değişmeden kalmıştır.

Yukarıda belirtilen ve Türkiye Cumhuriyetinin de taraf olduğu uluslararası sözleşmelere rağmen gerekli düzenleme yapılmamış, AİHM'nin ve Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru sonucunda verdiği ihlal kararları ile evlilik birliği için kadının sadece kendi soyismini kullanmasına imkan tanınmıştır.

İşin esasına gelince;

AİHS'nin "Özel ve aile hayatına saygı hakkı" kenar başlıklı 8. maddesi şöyledir:

"(1) Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

(2) Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve

özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." düzenlemesini içermektedir.

Özel yaşama saygı hakkı alt kategorisinde geçen "özel yaşam" kavramı AİHM tarafından oldukça geniş yorumlanmakta ve bu kavrama ilişkin tüketici bir tanım yapmaktan özellikle kaçınılmaktadır.

Kişinin bireyselliğinin, yani bir kişiyi diğerlerinden ayıran ve onu bireyselleştiren niteliklerin hukukten tanınması ve bu unsurların güvence altına alınması son derece önemlidir. Birçok uluslararası insan hakları belgesinde "kişiliğın serbestçe geliştirilmesi" kavramına yer verilmekle beraber, Sözleşme kapsamında bu kavrama açıkça işaret edilmediğı görölmektedir.

Bununla birlikte, Sözleşme'nin denetim organlarının içtihatlarında, "bireyin kişiliğini geliştirmesi ve gerçekleştirilmesi" kavramının, özel yaşama saygı hakkının kapsamının belirlenmesinde temel alındığı anlaşılmaktadır. Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkına indirgenemeyeceğı gerçeğı karşısında, kişiliğın serbestçe geliştirilmesiyle uyumlu birçok hukuksal çıkar bu hakkın kapsamına dâhil edilmiştir. Bu kapsamda dış dünya ile ilişki kurma noktasında son derece önemli olan isim hakkı da, Sözleşme denetim organları tarafından ön ad ve soyadını kapsayacak şekilde maddenin güvence alanı içinde yorumlanmıştır.

AİHM, Sözleşmenin 8. maddesinin ad ve soyadı konusunda açık bir hüküm içermediğini belirtmekle beraber, kişinin kimliğinin ve aile bağlarının belirlenmesinde kullanılan bir araç olması nedeniyle, soyadı, mesleki bağlamın yanı sıra, bireylerin özel ve aile yaşamında diğer insanlarla sosyal, kültürel ya da diğer türden ilişkiler kurabilmesi için önemli olup, onları dış dünyaya tanıtmada fonksiyonunu üstlendiğı, belirli bir dereceye kadar diğer kişilerle ilişki kurmayı da içeren özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkıyla ilgili olduğunu ve bir kamu hukuku konusu olarak toplumun ve Devletin adların düzenlenmesi konusuyla ilgilenmesinin bu unsuru özel hayat ve aile hayatı kavramlarından uzaklaştırmayacağını kabul etmektedir. Bu kapsamda, soyadı değiştirme ile çocuğın

ve kadının soyadı bağlamında AİHM içtihatlarına konu edildiği görülen soyadının da Sözleşme'nin 8. maddesinin koruma alanında olduğu anlaşılmaktadır. (Burghartz/İsviçre, B.No: 16213/90, 22/2/1994, § 24; Stjerna/ Finlandiya, B.No: 18131/91, 25/11/1994, § 37; Niemietz/Almanya, B.No: 13710/88, 16/12/1992, § 29).

1982 Anayasasına gelince; Anayasa'nın "Kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" kenar başlıklı 17. maddesinin birinci fıkrası şöyledir:

"Herkes, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir."

Belirtilen fıkra göre, herkesin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğu belirtilmekte olup, bu düzenlemede yer verilen maddi ve manevi varlığı koruma ve geliştirme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde özel yaşama saygı hakkı kapsamında güvence altına alınan fiziksel ve zihinsel bütünlük hakkı ile, bireyin kendisini gerçekleştirme ve kendisine ilişkin kararlar alabilme hakkına karşılık gelmektedir. Bireyin yaşamıyla özdeşleşen ve kişiliğinin ayrılmaz bir unsuru haline gelen, birey olarak kimliğin belirlenmesinde en önemli unsurlardan biri ve vazgeçilmez, devredilmez, kişiye sıkı surette bağlı bir kişilik hakkı olan soyadının da kişinin manevi varlığı kapsamında olduğu açıktır. Nitekim Anayasa Mahkemesi 30.03.2012 gün ve E.2011/34, K.2012/48, 10.03.2011 gün ve E.2009/85, K.2011/49, sayılı kararı ile isim hakkı Anayasa'nın 17 maddesi kapsamında değerlendirilmiştir.

AİHS'nin "Ayrımcılık" kenar başlıklı 14. maddesi ise;

"Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır."

hükmünü içermektedir.

Sözleşmenin 14. maddesi, diğer bağımsız maddeler tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı koruma sağlamaktadır. Ancak her farklı muamele bu maddeye aykırı olmayabilir. Eşdeğer ya da benzer bir konumdaki başka insanlara imtiyazlı muamele yapıldığının ve bu farkın ayrımcılık teşkil ettiğinin kanıtlanması gereklidir (National & Provincial Building Society, Leeds Permenant Building Society ve Yorkshire Building Society/İngiltere, 23 Ekim 1997 tarihli karar, Hüküm ve Karar Raporları 1997-VII, § 88).

AIHM'nin içtihatlarına göre, bir farklı muamelenin 14. maddeye aykırı olması için nesnel ve makul bir nedeninin olmaması gereklidir. Böyle bir nedenin varlığı demokratik toplumlarda normalde geçerli olan ilkelere göre değerlendirilir. AIHS'nin belirlediği bir hakkın kullanımındaki farklı bir muamelenin meşru bir amacı olması da yeterli değildir: "kullanılan yöntem ile gerçekleştirilmesi istenilen amaç arasında makul bir oransal bağ olmadığı" kanıtlandığında da 14. maddenin ihlal edildiği kabul edilir (Petrovic/Avusturya, 27 Mart 1998 tarihli karar, Hüküm ve Karar Raporları 1998-H, § 30 ve Lithgov/ ve Diğerleri/İngiltere, 8 Temmuz 1986 tarihli karar, Seri A sayı 102, § 177).

Başka bir deyişle ayrımcılık kavramı, genellikle, AIHS'nin daha iyi muameleyi gerekli kılmadığı durumlarda da dahil, geçerli bir neden olmadan bir kişi ya da gruba diğerlerinden daha kötü bir muamelede bulunmayı kapsar (Abdülaziz, Cables ve balkandalı/İngiltere, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, Seri A sayı 94, § 82).

Burada şunun ifade edilmesi gereklidir ki; 14. madde, temelde farklı olgusal durumların nesnel bir şekilde değerlendirilmesine dayanan; kamu çıkarlarına bağlı oldukları için topluluğun çıkarlarının korunması ile AIHS'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasında adil bir denge kuran farklı muameleleri yasaklamamaktadır (GMB ve K.M./İsviçre (karar), sayı 36797/97,27 Eylül 2001). Bu nedenle taraf Devletler, benzer durumlar arasındaki küçük farklılıkların hangi durumlarda yasalarda farklı muameleyi gerekli kıldığını belirlemede bir dereceye kadar takdir hakkına sahiptir. Bu hakkın kapsamı durumlara, konuya ve konunun geçmişine göre değişebilir (Rasmussen/Danimarka, 28 Kasım 1984 tarihli karar, Seri A sayı 87, § 40 ve

Inze/Avusturya 28 Ekim 1987 tarihli karar, Seri A sayı 126, § 41). Ancak, yalnızca cinsiyete dayalı bir farklı muamelenin AİHS'ye uygun olduğunun kabul edilebilmesi için çok geçerli nedenler sunulması gereklidir (Schuler-Zgraggen/İsviçre, 24 Haziran 1993 tarihli karar, Seri A sayı 263, § 67).

Somut olayda; davacının iddiası, evli erkeklerin evlenmeden önceki soyadlarını kullanabilmelerine karşın evli kadınların evlendikten sonra yalnızca kızlık soyadlarını kullanamamaları hakkındadır. Bu durumun, benzer konumdaki kişiler arasında cinsiyete dayalı "farklı muamele" teşkil ettiği şüphesizdir. Hemen ifade edilmelidir ki; farklı muameleyi haklı çıkartacak ikna edici gerekçeler gösterilmediği müddetçe 14. maddenin ilkesel olarak, erkek ve kadına eşit şekilde uygulanmasını zorunludur.

Hukuk Genel Kurulunca, kızlık soyisminin kullanılmasının aile birliğinin sağlanmasında olumsuz etkisi olacağı savunmasına karşı, aile birliğinin sağlanmasında ortak bir soyadın kullanılmasının etkisinin bulunmadığı kabul edilmiş, ortak soyadın bu konuya geleneksel yaklaşım dışında bir katkısının bulunmadığı ortak bir aile ismi ile aile birliğinin yansıtılmaması halinde, evli çiftlerin ve/veya üçüncü tarafların somut ya da önemli bir sorun ile karşılaşmayacağı, nüfus hizmetlerinin yürütülmesinde çıkabilecek bir takım aksaklıkların da teknik düzenlemeler ile aşılabileceği kabul edilmiştir .

Ayrıca Hukuk Genel Kurulunca, evli kadınların aile birliği adına kocalarının soyadını taşımak zorunda bırakılmalarının -önüne kendi kızlık soyadlarını ekleyebilseler de- nesnel ve makul bir nedeni olmadığını kabul edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu, geleneksel kocanın soyadına dayalı aile ismi sisteminden, evli çiftlerin kendi soyadlarını kullanabilmelerine izin veren başka bir sisteme geçişin doğum, evlilik ve ölüm kayıtlarının tutulması konusunda yaratacağı sorunların önemini göz ardı etmemiştir. Ancak bireylerin seçtikleri isme göre, saygınlık ve itibarla yaşamalarını sağlamak için toplumdan bir miktar sıkıntı

çekmesini beklemek de makul olacaktır (Mutatis mutandis, Christine Goodwin/İngiltere [GC], sayı 28957/95, § 91, AİHM 2002-VI).

Bu nedenle yukarıda belirtilen ve ülkemizin de taraf olduğu uluslararası metinlerde aralarında soyadı seçiminin de bulunduğu birçok konuda cinsiyete dayalı ayrımcılığı yok etme yükümlülüğü dikkate alındığında aile birliğini ortak bir aile ismi aracılığıyla yansıtma amacı, cinsiyete dayalı farklı muamele için yeterli bir gerekçe oluşturmamaktadır. Dolayısıyla, sözkonusu farklı muamele 8. maddeyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye aykırı olduğu açıktır.

Görüşmeler sırasında tartışılan bir diğer mesele de şu olmuştur: Anayasa Mahkemesi önüne iptal istem ile götürülen ancak iptal edilmeyen TMK 187 maddesinin yürürlükte olduğu dikkate alındığında, yürürlükte olan bir maddenin Anayasa'nın 17, AİHS'nin 8 ve 14. maddeleri karşısında uygulanmasının gerekip gerekmediği tartışma konusu olmuş, yapılan görüşme sonunda şu sonuca varılmıştır.

Anayasa'nın 90. maddesine göre usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalarda yer alan düzenlemelerin kanun hükmünde olduğu belirtilerek, 7/5/2004 tarihinde yapılan değişiklikle fıkraya eklenen son cümle ile, hukukumuzda kanunlar ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmalar arasında bir çeşit hiyerarşi ihdas edilmiş ve aralarında uyumsuzluk bulunması halinde antlaşmalara öncelik tanınacağı hüküm altına alınmıştır. Bu düzenleme uyarınca, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası bir antlaşma ile bir kanun hükmünün çatışması halinde, uluslararası antlaşma hükmünün öncelikle uygulanması gerekir. Bu durumda başta yargı mercileri olmak üzere, birbiriyle çatışan temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir uluslararası antlaşma hükmü ile bir kanun hükmünü önlerindeki olaya uygulamak durumunda olan uygulayıcıların, kanunu gözardı ederek uluslararası antlaşmayı uygulama yükümlülükleri vardır.

Belirtilen düzenleme uyarınca, uluslararası insan hakları hukukunun temel belgelerinden olan ve Türkiye'nin usulüne uygun olarak onaylayıp taraf olduğu Sözleşme iç hukukta doğrudan uygulanma kabiliyetini haizdir. Sözleşme'nin 8. maddesi özel hayata ve aile hayatına saygıyı ifade ederken, 14. maddesi cinsiyete dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır. AİHM'in, kişinin soyadını özel hayat kapsamında değerlendirerek evli kadının kocasının soyadını kullanma zorunluluğunu özel hayata müdahale olarak kabul ettiği birçok kararında, soyadı kullanımı ile ilgili başvurular, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "özel hayatın ve aile hayatının korunması" ilkesi kapsamında incelenmiş ve kadının evlendikten sonra yalnızca evlilik öncesi soyadını kullanmasına ulusal mercilerce izin verilmemesinin, Sözleşmenin özel hayatın gizliliğini öngören 8. maddesiyle bağlantılı olarak, ayrımcılığı yasaklayan 14. maddesine aykırı olduğu sonucuna varılmıştır (Ünal Tekeli/Türkiye, B. No: 29865/96, 16/11/2004; Leventoğlu Abdulkadiroğlu/Türkiye, B. No: 7971/07, 28/5/2013; Tuncer Güneş/Türkiye, B. No: 26268/08, 3/10/2013; Tanbay Tüten/Türkiye, B. No: 38249/09, 10/12/2013).

Anayasa'nın 90. maddenin beşinci fıkrası uyarınca, sözleşmeler hukuk sistemimizin bir parçası olup, kanunlar gibi uygulanma özelliğine sahiptir. Yine aynı fıkra göre, uygulamada bir kanun hükmü ile temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan sözleşme hükümleri arasında bir uyumsuzluğun bulunması halinde, sözleşme hükümlerinin esas alınması zorunludur. Bu kural bir zımni ilga kuralı olup, temel hak ve özgürlüklere ilişkin sözleşme hükümleriyle çatışan kanun hükümlerinin uygulanma kabiliyetini ortadan kaldırmaktadır.

Direnmeye konu yargılama kapsamında verilen kararın 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesine dayanarak verildiği anlaşılmaktadır. Ancak, yukarıda yer verilen tespitler ışığında ilgili Kanun hükmünün sözü edilen Sözleşme hükümleri ile çatıştığı görülmektedir. Bu durumda, uyumsuzluğu karara bağlayan ilk derece Mahkemelerinin, AİHS ve diğer uluslararası insan hakları antlaşmaları ile çatışan 4721 sayılı Kanun'un 187. maddesini kararlarına esas almayarak, başvuru

Yasa koyucunun TMK m. 185-187 hükümlerinin başlığını hak ve yükümlülükler olarak belirtmesi sıradan bir tercih değildir. Bu nedenle eşlerin birliğin yönetimine katılma hakkı olduğu gibi aynı zamanda yükümlülüğü de vardır. Bu konuda yasa koyucunun kabul ettiği en önemli ilke eşitlik ilkesidir⁸⁴. Konumuzla da bağlantılı olarak şunu da ifade etmek gerekir ki eşlerden birisinin birlik yönetimine katılma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler devreye girebilecektir⁸⁵. Bu hükümlerin kendiliğinden

konusu uyumsuzluk açısından Anayasa'nın 90. maddesi uyarınca uygulanması gereken uluslararası sözleşme hükümlerini dikkate alması gerektiği sonucuna varılmaktadır.

Somut olaya gelince: sebep önemli olmaksızın davacı evlilik birliği içinde sadece kızlık soyismini kullanmak istemektedir. Kızlık soyisinin kullanmak istemek için haklı bir gerekçenin bulunmasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Bu hak AİHS 8 ve Anayasanın 17. maddeleri kapsamında bir insan hakkıdır ve cinsiyete dayalı olarak bir ayrıma tabi tutulmaksızın erkek ve kadın arasında eşit şekilde uygulanmalıdır. Aksi durum AİHS'nin 14. maddesine aykırılık teşkil edecektir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle yerel mahkeme kararı usul ve yasaya uygun olup, onanmalıdır.”.

83 “Dava evli kadının münhasıran evlenmeden önceki soyadının kullanılmasına izin verilmesine ilişkindir. Mahkemece; davanın Türk Medeni Kanununun 187. maddesine aykırı olduğu gerekçesi ile reddine karar verilmiş, hükmü davacı temyiz etmiştir.

Hukuk Genel Kurulu “emsal davalarda” gerekçesi aşağıya alınan 2014/2-889 esas, 2015/2011 karar ve 40.09.2015 günlü kararı ile “yeni bir uygulamaya” geçmiştir. Hukuk Genel Kurulunun benzer davalarda da sürdürülen yeni uygulaması Dairemiz tarafından da benimsenmiş olup Dairemiz emsal bütün davalarda Hukuk Genel Kurulunun aşağıdaki görüşlerine aynen katılmaktadır.”.

⁸⁴ Barlas, S. 117; Ayan, s. 38; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 24; Akıntürk, s. 12; Şıpka, s. 9.

⁸⁵ Oğuzman/Dural, s.. 152; Köprülü/Kaneti, s. 112; Ayan, s. 37; Velidedeoğlu, s. 95; Arsebük, s. 668; Öztan(Aile), s. 212.

devreye girmesi veya hâkimin re'sen harekete geçmesi olası değildir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, kural olarak, eşlerden birinin talebinin bulunması şarttır. Bu nedenle eşlerin hak ve yükümlülüklerine uyulmamasının doğrudan bir yaptırımının olmadığı da doktrinde savunulmaktadır⁸⁶.

A. Evlilik Birliğinin Mutluluğunu Beraber Sağlama Yükümlülüğü

TMK m. 185/2 hükmüne göre eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu birlikte sağlamakla yükümlüdür⁸⁷. Buna göre, eşler kural olarak evlilik birliğinin mutluluğu için gereken şeyler her neyse birlikte yapmak zorundadırlar⁸⁸. Kanun, bu

⁸⁶ Gümüş, s. 22; Ayan, s. 37.

⁸⁷ Yargıtay evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama yükümlülüğüne aykırı olarak kabul edip boşanma nedeni saydığı davranışlara örnek olarak müşterek yaşanan yerde izinsiz görüntü kaydı yapılması, görüntülerin başka kişilere izletilmesi, eş ve eşin ailesinin hor görülmesi, aşağılanması, bu kimselerle alay edilmesi gibi davranışlar gösterilebilir.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 04.11.2013 tarih ve 2013/11501-24893 E.K. sayılı ilamında “davalının sürekli olarak eşini aşağılayıcı söz ve davranışlarda bulunduğu, eve sabaha karşı geldiği ve davacıya ‘sen bana karışamazsın sana ben bakıyorum...’ şeklinde evlilik birliğinin mutluluğu ile bağdaşmayacak sözler söylediği” yine aynı Dairenin 26.06.2012 tarih ve 2011/10100 E. 2012/17644 K. sayılı ilamında da “davalı-davacı (kadın)’ın da, birlikte yaşadıkları mekanın ve evdeki eşyaların görüntülerini kaydedip, evden ayrıldığı ve görüntüleri kaydettiği (CD)’yi komşularına izletip etrafa teşhir ettiği, birlikte yaşamaktan kaçındığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Kadının açıklanan bu tutum ve davranışı koca ve ailesinin görgüsüyle alay etme ve aşağılama niteliğinde olup, evlilik birliğinin mutluluğu ile bağdaşmaz ve ortak hayatı koca bakımından çekilmez kılar.” denilmek suretiyle evlilik birliğinin bu davranışlar nedeniyle temelinden sarsılacağı ifade edilmiştir.

⁸⁸ Akıntürk s. 106; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 237; Öztan(Aile), s. 146; Gümüş, s. 10-11; Ayan, s. 47; Oğuzman/Dural, s. 152; Ergün, s. 35; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 164.

yükümlülüğü emredici olarak düzenlemiştir⁸⁹. Eşlerin, bu yükümlülükleri yerine getirip getirmediklerinin tespiti için iyi niyet kurallarından ve eşlerin evlilik birliği içinde ortaya çıkan ihtiyaçları ile eşlerin bu konudaki çabalarından faydalanılabilir⁹⁰.

Eşler evliliğin toplumsal, manevi ve ahlaki amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla, diğer bir ifadeyle huzurlu bir aile ortamı tesis etmek için ellerinden geleni yapmakla yükümlüdür⁹¹. Bu bağlamda kanunda açıkça ifade edilmemekle birlikte evliliğin cinsel arzuları tatmin etme ve nesli devam ettirme amaçları da vardır⁹² ve Yargıtay da bu durumu kararlarında ifade etmektedir⁹³. Yargıtay kararlarına göre *“Evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başırlamamış olması karşısında eşlerde birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Böyle bir durumu davacı açısından bir kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yakınlaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık bir haksızlıktır.*

⁸⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 744; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 233.

⁹⁰ Öztan(Aile), s. 154; Ayan, s. 47; Velidedeoğlu, s. 92; Tandoğan; **Aile Hukuku Ders Notları**, Ankara 1965, s. 111-112.

⁹¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.164; Bu yükümlülüğün evlilik birliğinin devamı süresince diğer hak ve yükümlülüklerin kapsamının belirlenmesi ve yorumunda göz önünde tutulmasının gerekliliği hakkında Öztan(Aile), s. 153; Demir, Pınar Özlem, s. 19; Akıntürk, s. 112.

⁹² Öztan (Aile), s. 154; Ayan, s. 47; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 744; Akıntürk, s. 116.

⁹³ Yargıtay 2. HD 2006/19300 E.- 2007/7924 K. ve 2008/15175 E.- 2009/18062 K. sayılı ilamları.

Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez. Aile birliğinin temelinden sarsıldığı (TMK m. 166/1) kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi” gerekir.

Eşlerin, bu hususta yapacakları şeyler önceden belirli olmayıp her evlilikte eşlerin ihtiyaçlarına, sosyo-ekonomik durumlarına, kültür seviyelerine, malvarlıklarına, tıbbi durumlarına göre değişir.

B. Çocuklara Beraberce Özen Gösterme Yükümlülüğü

Evlilik birliğinin doğal sonuçlarından birisinin de neslin devamını sağlamak olduğuna yukarıda değinmiştik. Çocuk, toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin önemli bir unsuru olup deyim yerindeyse evlilik birliğinin meyvesidir. Bu durumu bilen yasa koyucu ana-baba ve çocuklar aralarındaki ilişkiyi detaylı bir biçimde düzenlemiş, bu hususta TMK m. 185/2’de, *“Eşler, ... çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.”* düzenlemesi ile ana kuralı koymuştur⁹⁴. eMK döneminde kadının görevi ev işleri ve çocuklarla ilgilenmek,

⁹⁴ Yargıtay kimi kararlarında eşlerin bu yükümlülüklerini ihlal ettiği sonucuna ulaşmış ve bu durumun evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dahi neden olacağını belirtmiştir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 02.04.2013 tarih ve 2012/23050 E. 2013/9063 K. sayılı ilamında *“davalı kocanın tarafların daha önce fiilen birlikte yaşadıkları Düziçi ilçesinde bir konut satın almasına rağmen; burada eşi ve çocuğuyla birlikte aile konutunu oluşturma yerine, ev eşyalarını kayınpederinin evinin bir bölümüne bırakıp, satın aldığı konutu kiraya verdiği, eş ve çocuğunu kayınpederiyle birlikte yaşamak zorunda bıraktığı, ”denilmek suretiyle çocukların ayrı bir evde yaşaması imkânı varken dedelerinin evinde yaşamak zorunda bırakılması bu yükümlülüğün ihlali olarak kabul etmiştir.*

erkeğin görevi ise ailenin geçimini temin etmek olarak tespit edildiğinden her iki eşin çocuklara aynı oranda özen göstermesi beklenmiyordu⁹⁵. TMK ile bu anlayış terk edildiğinden eşlerin çocuklarına beraberce özen göstermesi hüküm altına alınmıştır.

“20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme” ile de çocuğun yetiştirilmesi, eğitimi ve gelişiminde anne ve baba öncelikli olarak yükümlü kılınmış ve devletlere bunu sağlayacak şekilde önlem alma yükümlülüğü getirilmiştir⁹⁶.

TMK’nin 327. maddesine göre çocukların bakım, eğitim ve korunmaları bakımından gereken masraflar ana-baba tarafından karşılanır. Bakım, eğitim ve koruma yükümlülüklerinin kapsamını, çocukların yiyecek ve kıyafet ihtiyaçlarının giderilmesi, gerekli olması halinde ilaç, tedavi giderlerinin temini, eğitim-öğretim hayatları yönünden ihtiyaç duyulan malzemelerin temin edilmesi gibi hususlar oluşturur⁹⁷. Eşler sosyal, kültürel ve ekonomik imkânları doğrultusundan kendilerinden beklenen ölçüde çocuklarını madden ve manen ilgi ve becerileri noktasında eğitmelidirler⁹⁸.

⁹⁵ Aydın, “*Türk Aile Hukuku’nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi*”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, 1. Cilt, İstanbul 2009, s. 388.

⁹⁶ Tekinay, s. 306; Ergün, **Boşanma Davaları**, Ankara 2004, s. 35; Akyüz, “*Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni Kanunu Işığında Değerlendirilmesi*”, **Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı**, İstanbul 1999, s. 657-658.

⁹⁷ Akıntürk, s.118; Gümüş, s. 11; Öztan(Aile), s. 158; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 235; Tekinay, s. 306; Ayan, s. 48; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 164.

⁹⁸ Öztan (Aile), s. 158; Ayan, s. 48; Köprülü/Kaneti, s. 113; Öztan(Temel Kavramlar), s. 433; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 235; Akıntürk, s. 118.

Eşlerin bakım yükümlülükleri velayet hakkına bağlı değildir. Velayet yetkisi elinden alınmış olan eşin de yükümlülüğü devam eder. Yine bu yükümlülüğün süresi kural olarak çocuk ergin oluncaya değin devam etse de çocuğun eğitimi sürdürüyor olması halinde ana-babanın yükümlülükleri de devam edecektir.

Eşlerin çocuklara özen yükümlülüğü sadece müşterek çocukları için olmayıp üvey çocukları da kapsar⁹⁹. Zira TMK m. 338/1 hükmü ile “*Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler.*” düzenlemesi getirilmiştir¹⁰⁰.

⁹⁹ Tekinay, s.297; Gümüş, s. 11; Ayan, s. 48; Öztan(Aile), s. 148; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 124; Akıntürk, s. 114; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 780; Köprülü/Kaneti, s.113; Şahin, Mualla Gücin : “Evlilik Düzeni Açısından Evliliğin Genel Hükümleri”, **Manisa Barosu Dergisi**, Sayı 93, Yıl 24, Nisan 2005, s. 70 Velayet hakkı bulunmayan üvey baba ve annenin diğer eşin çocuklarına özen gösterme ve bu çocuklara beraber bakma yükümlülüğünün kaynağının velayete ilişkin hükümler değil evlilik birliğinden doğan yükümlülükler olduğu hakkında Bkz. Akyüz, s. 647 vd.

¹⁰⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 31.03.2011 tarih ve 2010/5208 E. 2011/5736 K. sayılı ilamında “*davacının mahkemece sabit kabul edilen kusurları yanında davalının da, ev işlerini yapmadığı, kocasının ilk evliliğinden olma 2001 doğumlu çocuğuna fiziki şiddet uyguladığı ve onu bakımsız halde bıraktığı, bu suretle üvey çocuğuna özen gösterme yükümlülüğünü (TMK.md.338/1) ihlal ettiği anlaşılmaktadır.*” denilmek suretiyle bu durumu aynı zamanda boşanma sebebi olarak da kabul edileceğine vurgu yapılmıştır. Benzer bir kararda da şuna değinilmiştir: “*davacı-davalı (koca)'nın güven sarsıcı davranışlar içine girdiği, eşine hakaret ettiği, onu ortak konuttan kovduğu, eşine koca gibi davranmadığı ve annesinin evlilik birliğine haksız müdahalesine engel olmaya çalışmadığı; buna karşılık, davalı-davacı (kadın)'ın ise, Türk Medeni Kanununun 338/1. maddesindeki yükümlülüğüne aykırı olarak kocasının ilk eşinden olma üvey çocuğuna gerekli özen ve ilgiyi göstermediği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu olaylar karşısında; boşanmaya neden olan olaylarda her iki taraf da kusurlu ise de, eşine göre davacı-davalı (koca)'nın daha fazla kusurlu olduğunun kabulü gerekir.*” (2. HD 2012/12520 Esas 2013/8719 Karar sayılı ilam).

C. Birlikte Yaşama Yükümlülüğü

TMK'nin 185/3 düzenlemesine göre eşler birlikte yaşamak zorundadır¹⁰¹. Bu birliktelik, haklı sebepler olmadıkça manevi ve cinsel anlamda birliktelik olarak anlaşılmalıdır¹⁰². Kanun, bu durumu emredici olarak düzenlemiş ve hatta ortak konutun terkini de mutlak boşanma sebebi saymıştır¹⁰³.

Bu yükümlülük, ayrı yaşamayı haklı kılan haller saklı kalmak kaydıyla evlilik hayatı süresince devam eder¹⁰⁴. Ayrı yaşamayı haklı kılan ve konumuzu da ilgilendiren hallere örnek olarak TMK m. 197'de yer alan durumlar ve boşanma davasının açılması gösterilebilir. Kanaatime göre hangi sebebe dayanılırsa dayanılsın boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama yükümlülükleri sona

¹⁰¹ Eşlerin aynı çatı altında birlikte yaşama yükümlülükleri hakkında Ayan, s. 49; Şıpka, s. 77 vd.; Başpınar, “Yeni Türk Medeni Kanunu”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 678; Yargıtay pek çok kararında birlikte yaşama yükümlülüğünün ihlali sayılan davranışları belirtmiş olup konuya ilişkin olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 22/10/2015 tarih ve 2015/19263-19130 E.K. sayılı ilamında “davacı-davalı erkeğin tam bağımsız konut temin etmediği, eşine hakaret ederek kovduğu, davalı-karşı davacı kadının ise eşini istemediğini söyleyerek sık sık evi terk ederek birlik görevlerini yerine getirmekten kaçındığı” denilmek suretiyle yine 10.06.2014 tarih ve 2013/23724 E. 2014/12852 K. sayılı ilamında “davalı kocanın evinin ve eşinin ihtiyaçları ile yeteri kadar ilgilenmediği, annesinin evliliğe müdahalesine sessiz kaldığı, son tartışmadan sonra da davacı kadını götürüp kız kardeşi tanık Meryem'in evine bırakmak sureti ile birlikte yaşama son verdiği” denilerek birlikte yaşama yükümlülüğünün ihlali sonucu doğuran davranışlar örneklenmiştir.

¹⁰² Köseoğlu/Kocaağa, s. 637.

¹⁰³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 49; Könezoğlu, s. 49; Akıntürk, s. 113; Öztan(Aile), s. 154.

¹⁰⁴ Tutukluluk, askerlik, öğrenim görme, tedavi gibi haller nedeniyle eşlerin ayrı yaşamasının birlikte yaşama yükümlülüğünün istisnası olduğu ve yükümlülük ihlali sayılamayacağı hakkında Akıntürk, s. 113.

erer¹⁰⁵. Boşanma davasının retle sonuçlanması durumunda ise eşlerin ortak yaşama yükümlülükleri devam edecektir.

D. Sadakat Yükümlülüğü

Sadakat yükümlülüğü, eşlerin birbirlerine yönelik tam ve sınırsız bağlılığını ifade eder¹⁰⁶. Doktrinde bu yükümlülüğün kapsamının geniş ve şartsız olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁷. Kanunun öngördüğü sadakat yükümlülüğü sadece cinsel yönden

¹⁰⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 24.04.2012 tarih ve 2011/14095 E. 2012/10505 K. sayılı ilamında bu husus şu şekilde ifade edilmiştir: “ Eşlerin bir kısım yasal yükümlülükleri, boşanma davasının açılmasıyla birlikte sona ermesine karşın (örneğin, birlikte yaşama); sadakat yükümlülüğü (TMK m. 185/3), boşanma hükmünün kesinleşmesi tarihine kadar devam eden yükümlülüklerdendir.”.

¹⁰⁶ Gümüş, s. 12 dn. 31.

¹⁰⁷ Öztan(Aile), s. 155; Yargıtayın son dönemde sadakat yükümlülüğüne aykırı kabul ettiği hallere örnek kararlar şu şekildedir: “Kadının, evlilik birliğinde başka erkeklerle iletişim kurması ve (sms) yoluyla mesajlaşması, Türk Medeni Kanununun 185/3. maddesinde yer alan sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmaz. Kadının açıklanan bu tutumundan diğer tarafın “kendisinin aldatıldığı” sonucuna ulaşması ve bunu kardeşlerine ifade etmesi kusur teşkil etmez. Bu bakımdan, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kadın tamamen kusurludur.(2. HD 09.03.2015 tarih ve 2014/19488 E. 2015/3951 K)”, “Davalının, kocasının bilgisi dışında ikinci bir cep telefonu edindiği, makyajını yapıp, başkalarıyla internet ortamında "görüntülü" olarak iletişim kurduğu, zamanının büyük bir kısmını bilgisayar başında geçirdiği, dışarıya birlikte yemeğe çıkmayı teklif eden kocasına "...ben gelecek hayatımda seni düşünmüyorum ki seninle yemeğe çıkayım" dediği yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davalının gerçekleşen bir tutum ve davranışları güven sarsıcı nitelikte olup, Türk Medeni Kanununun 185/3. maddesinde yer alan ve evlilik birliğinin temeli olan sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmaz(2. HD 27.11.2014 tarih ve 2014/12980-24130 E.K.)”, “Eşler birbirine sadık olmak zorundadır (TMK md. 185/3). Eşlerin sadakat yükümlülüğü evlilik sona erinceye kadar devam eder. Fiilen ayrı yaşamak, taraflar arasında görülmekte olan boşanma davası olması bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz. Dosyaya karardan sonra sunulan Nazilli Cumhuriyet Başsavcılığının 2012/1867 soruşturma, 2012/957 karar sayılı, 20.03.2012 tarihinde kovuşturmayla yer olmadığına karar verilen soruşturma evrakında davalı-davacı kadının imzalı ifade tutanağında bir başka erkekle bir süre birlikte kaldığı ve boşanma onunda evlenmek istediğini açıkladığı gibi;evlenmeden önceki hayatı hakkında bilgi verilmesi gereken hususları eşinden gizlediği anlaşılmaktadır. Davacı-davalı kocanın mahkemece de sabit kabul edilen ilk gece sonrası davranışı karşısında; her iki taraf da kusurlu olmakla birlikte kocasına göre davalı-davacı kadın daha fazla

değildir. Cinsel sadakat yanında duygusal, düşünsel, ekonomik yönden de eşler birbirlerine sadık kalmak zorundadırlar¹⁰⁸. Bu bakımdan bir eşin aile servetini israf etmesi, kumar alışkanlığı olması, başka birisiyle duygusal anlamda yakınlaşması, başka kişilerle normal hayat ilişkilerinin gerektirdiği ölçünün ötesinde yakınlık kurması, evlilik birliğiyle ilgili sırları ifşa etmesi sadakat yükümlülüğüne aykırı olan hallere örnek gösterilebilir¹⁰⁹.

Hukukumuzda eşlerin cinsel yönden sadakatsizliği mutlak boşanma nedeni sayılmışken¹¹⁰ diğer sadakat yükümlülüğü ihlalleri mutlak boşanma nedeni oluşturmaz.

kusurlu duruma düşmüştür.(2. HD 09.11.2012 tarih ve 2011/17338 E. 2012/26606 K)”, “Mahkemenin kabulünde olduğu gibi davalı-davacı kadının güven sarsıcı davranışları karşısında, davacı-davalı kocanın da aile sırlarını başkalarına anlattığı sabittir. Bunların dışında davacı-karşı davalı (koca)'nın, kendi davasının kabulü ile verilen boşanma kararı henüz kesinleşmeden bir başka kadınla birlikte yaşamaya başladığı ve bu kadından bir çocuğunun bulunduğu ileri sürülmüş ve bu iddia temyiz aşamasında sunulan nüfus kaydı ve diğer delillerle doğrulanmıştır. Türk Medeni Kanununun 185/3. maddesinde yer alan eşlerin sadakat yükümlülüğü evlilik birliği süresince geçerlidir ve boşanma yönünde oluşan karar kesin hüküm halini alıncaya kadar bu yükümlülük devam eder.(2. HD 12.10.2012 tarih ve 2011/15745 E. 2012/24419 K)”, “ davacının başka bir erkekle otomobil içinde öpüşürken yakalandığı ve kocasına "sen bana karışamazsın" dediği anlaşılmaktadır. Soruşturmanın takipsizlik kararıyla sonuçlanmış olması, kadının bu eylemini ve kusurunu ortadan kaldırmaz. Eşlerin sadakat yükümlülüğü (TMk.m.185/3) de, evlilik süresince geçerli olup, boşanma yönünde oluşan hüküm kesinleşinceye kadar devam eder.(2. HD. 25.10.2011 tarih ve 2010/16559 E. 2011/16957 K.)”.

¹⁰⁸ Öztan(Aile), s. 155; Akıntürk, s. 117; Gümüş, s. 12; Köprülü/Kaneti, s. 112; Oğuzman/Dural, s. 152; Ayan, s. 50-51; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 164.

¹⁰⁹ Badur/Turan Başara, “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:65, Yıl:2016 s. 107-108; Zevkililer/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 234; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 164; Gümüş, s. 12; Öztan (Aile), s. 155; Velidedeoğlu, s. 97; Aydın, s. 389; Könezoğlu, s. 45; Akıntürk, s. 107; Tekinay, s. 298; Tandoğan, s. 112; Köprülü/ Kaneti; s. 112-113; Gençcan, s. 1101; Ayan, s. 50, Zevkililer/Acabey/Gökyayla, s. 744-745; Cinsel sadakat dışında kalmakla birlikte uygulamada sadakat yükümlülüğüne aykırı olarak kabul edilen hallere ilişkin olarak Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 17.02.2014 tarih ve 2014/1778-2883 E.K. sayılı ilamında “ davacı-davalı kadının da, eşinin psikolojik rahatsızlığı sırasında onunla ilgilenmeyip müşterek evi terk ettiği, sadakatsiz davranışlar sergilediği anlaşılmaktadır.” denilmektedir.

¹¹⁰ Akıntürk, s. 117, Ayan, s. 50; Tekinay, s. 307; Velidedeoğlu, s. 83; Badur/Turan Başara, s. 105.

Sadakat yükümlülüğü, evlenmeyle başlar¹¹¹ ve evliliğin sona ermesiyle sona erer¹¹². Bu bakımdan eşlerin fiilen veya mahkeme kararına dayalı olarak ayrı

¹¹¹ Konuya ilişkin emsal kararında Yargıtay 2. Hukuk Dairesi evlilik öncesi ilişkinin sadakat yükümlülüğüne aykırılık olarak kabul edilemeyeceğine dair şu şekilde karar vermiştir: “*Erkek eş boşanma sebebi olarak sadece “Davalı bakire değil” vakiasına dayanmıştır. Tarafların sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin kurulmasıyla başlar (TMK m.185). Davalı kadının evlilik öncesi cinsel ilişki yaşamış olması (bakire olmaması) boşanma davasında davalı kadın için kusur oluşturmaz. Açıklanan sebeple davanın reddi gerekir*” (2015/16257 Esas 2016/7382 Karar sayılı ilam).

¹¹² Yargıtay daha önceki kararlarında boşanma davasının açılmasından sonra gerçekleşen sadakat yükümlülüğüne aykırı eylemler nedeniyle de aynı dava içerisinde boşanma kararı verilebileceğini ve bu durumun kusur durumuna etki edeceğine dair kararlar vermekte iken son dönemde bu görüşünü değiştirmiştir. Konuya ilişkin ayrıntılı değerlendirmenin yapıldığı Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 15.09.2015 tarih ve 2015/1895-15882 E.K. sayılı ilamında “*Eşler birbirine sadık kalmak zorundadırlar (TMK.md. 185/3). Bir boşanma davasının açılması durumunda eşlerin sadakat yükümlülüğü elbette ortadan kalkmaz. Bunun aksi de düşünülemez. Nitekim boşanma davasının açılmasıyla eşler arasındaki cinsel sadakat yükümlülüğünün “kalktığına” ve dava tarihinden sonra gerçekleşen sonraki cinsel sadakate aykırı davranışların “yeni bir dava” konusu yapılamayacağına ilişkin bugüne kadar alınmış hiçbir Yargıtay kararı da bulunmamaktadır. Boşanma davalarında uygulanacak yargılama usulü Türk Medeni Kanununun 184 ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile emredici olarak düzenlenmiş olduğundan eşlerin sadakat yükümlülüğünün evlilik süresince geçerli olmasına ilişkin “maddi hukuk kuralı” Taraflara ön inceleme aşaması tamamlanuncaya kadar usulüne uygun şekilde dayanılmayan vakialara dayanma ve bu vakialara ilişkin delil sunma hakkını vermez.*

Boşanma davasına bakan mahkeme yargılamayı Türk Medeni Kanununun 184 ve Hukuk Muhakemeleri Kanununun 33. 119. 129. 137. 140/3 ve 187. hükümlerinde yer alan emredici düzenleme sebebiyle ön inceleme sonuç tutanağında yer alan ve taraflarca imzalanarak kabul edilen çekişmeli vakıaları gösteren tutanak esas alınmak suretiyle yürütmek zorundadır. Ön inceleme sonuç tutanağı boşanma davasının yol haritasıdır. Başka yoldan gidilmesi ancak karşı tarafın açık muvafakatı ile mümkündür (HMK.md.141/1) Ön inceleme aşaması tamamlanana kadar usulüne uygun şekilde ileri sürülmemiş olan vakıalar, mahkemece kendiliğinden incelenemeyeceği gibi, hakim onları hatırlatacak hallerde dahi bulunamaz (HMK.md.25/1). O halde, sadece ön inceleme aşaması tamamlanana kadar usulüne uygun şekilde (HMK. md.141) bildirilmiş olan vakıalar boşanma davalarının sınırını çizmekte ve mahkemece ancak, bu vakıalar hakkında inceleme ve değerlendirme yapılabilmektedir. Aksinin kabulü: davacının dayandığı olguların, dolayısıyla elde etmek istediği nihai talebin dışına çıkılması sonucunu doğuracağı gibi; temyiz ve karar düzeltme süreçleri de dahil, yargılamanın hangi aşamasına kadar gerçekleşecek hukuki ve fiili olguların nazara alınması gerektiği sorununun ortaya çıkaracaktır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 184. maddesinde “boşanmada yargılama usulü” ayrıca düzenlenmiş; anılan maddenin ilk fıkrasında “Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallara saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir.” hükmüne yer verilerek, maddede sayılan istisnalar dışında, boşanma davalarının “genel yargılama usulüne” tabi olduğu belirtilmiştir. Boşanmada genel yargılama usulünün uygulanmasına ayrı olan kurallara ve uygulanması özel usuller, Türk Medeni Kanununun 184. maddesinde sınırlı olarak belirtilmiş olmasına karşın; bu sınırlamalar ve istisnalar içinde, tarafların usulüne uygun şekilde dayanmadığı vakıaların ve özellikle tahkikat aşamasında meydana gelen boşanma sebebi oluşturan cinsel sadakatsizlik dahil her türlü vakıanın değerlendirmede esas alınacağına dair özel bir düzenlemeye bir başka deyişle istisnaya yer verilmemiştir.

yaşamaları, boşanma davası açılması ve hatta ilk derece mahkemesinin boşanma kararı vermiş olması dahi karar kesinleşmedikçe eşlerin sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz¹¹³.

Ön inceleme aşaması tamamlanana kadar usulüne uygun şekilde (HMK. md. 141) dayanılmayan bir vakianın, tahkikat aşamasında gerçekleştiğinden bahisle davalıya kusur olarak yüklenmesine, açıklanan "emredici usul kuralları" sebebiyle imkan bulunmamaktadır.

Davacı-karşı davalının açtığı boşanma davası, davalı karşı davacının sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı gerekçesi ile kabul edilmiştir. Ne var ki mahkemece davalı karşı davacıya kusur olarak isnat edilen sadakatsizlik eylemi dava açılmasından sonra meydana gelmiştir. Her dava açıldığı tarihteki şartlara tabidir. Davadan sonra oluşan vakıalar görülmekte olan boşanma davasında hükme esas alınamaz, ancak yeni bir dava konusu yapılır ve ispat edilirse birleştirilerek görülecek yeni boşanma davasında bu sebeple boşanma kararı verilebilir." şeklinde karar verilmek suretiyle boşanma hükmünün kesinleşmesine kadar devam eden sadakat yükümlülüğünün mevcut bir davada ancak ön inceleme aşaması tamamlanıncaya kadar ileri sürülebileceğini, aksi takdirde yeni bir dava konusu yapılması gerektiği belirtilmiştir.

¹¹³ Badur/Turan Başara, s. 105; Tekinay, s. 298; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 778; Öztan(Aile), s. 155; Akıntürk, s. 107; Tandoğan, s. 112; Gençcan; s. 1099-1100; Yargıtay boşanma kararı verilmiş olsa dahi bu karar kesinleşmeden önce sadakat yükümlülüğüne aykırı hareket edilmesi halinde bu durumun haksız fiil oluşturacağını ve diğer eşin tazminat talep edebileceğini kabul etmekte iken daha sonra içtihadı birleştirme kararı ile aldatılan eşin sadece diğer eşten tazminat isteyebileceğini ve üçüncü kişi aleyhine tazminata hükmedilemeyeceğini kabul etmiştir: "İçtihadı birleştirmenin konusu; evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevî tazminat isteminde bulunup bulunamayacağı hususundadır. ...Yasal dayanağını TMK'nın 185. maddesinin 3. fıkrasından alan eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü, evlilik birliğinin taraflarını oluşturan eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri nispi bir hak olup, eşler bu yükümlülüğün ihlal edilmemesini ancak birbirinden talep edebilirler. Bu doğrultuda aile hukukunda evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışına karşı diğer eşin başvurabileceği çeşitli hukuki yollar ve uygulanacak yaptırımlar düzenlenmiştir. Bu yaptırımlardan biri olan ve TMK'nın 174. maddesinin 2. fıkrasındaki düzenlemeye göre "Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir". Bu madde gereğince manevî tazminat sadece kusurlu olan diğer eşten ve ancak boşanma davası ile birlikte istenebilir. Bir kimsenin eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı şeklinde herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir kişilik hakkı yasalarda yer almadığından, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin aldatılan eşin bir mutlak hakkını ihlal etmesi söz konusu değildir. ...üçüncü kişinin eyleminde haksız fiilin unsurlarının bulunup bulunmadığı hususu değerlendirilmelidir. TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrasına göre haksız fiil sorumluluğunun söz konusu olabilmesi için diğer koşulların yanı sıra zarara sebep olan fiilin hukuka aykırı olması aranmaktadır. Bu bakımdan öncelikle evli bir kişiyle evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişinin eyleminde hukuka aykırılık unsurunun bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Hukuka aykırılık unsurunun gerçekleşebilmesi için hukukumuzda benimsenen objektif hukuka aykırılık teorisine göre, bir özel koruma normunun veya herkese karşı ileri sürülebilen mutlak bir hakkın ihlal edilmiş olması gerekir. ...üçüncü kişinin eyleminin herhangi bir koruma normunu ihlal ettiği söylenemeyeceğinden bu yönden hukuka aykırı kabul edilmesine olanak bulunmamaktadır. Dolayısıyla hukuka aykırılık koşulu gerçekleşmeyen bir eylem nedeniyle TBK'nın 49. maddesinin 1. fıkrası gereğince haksız fiil

sorumluluğunun söz konusu olmadığı açıktır. ...Eşlerden biri yalnızca diğer eşten sadakat yükümlülüğüne uygun davranmasını talep edebilir. Üçüncü kişinin sadakat yükümlülüğünün bulunmaması nedeniyle, evli eşle birlikte olan üçüncü kişinin bu davranışının diğer eşin kişilik haklarına doğrudan bir saldırı niteliğinde olduğu söylenemez. ...bu tür olaylarda yansıma bir zararın varlığından dahi bahsedilemez. Gerçekten de, üçüncü kişinin cinsel birliktelik yaşadığı eşe karşı herhangi bir hukuka aykırı fiili bulunmamaktadır ki, aynı fiil ile diğer eşin de kişilik haklarına saldırıldığından bahsedilsin ve zina yapan eşin uğradığı herhangi bir zarar bulunmamaktadır ki, diğer eşin yansıyan bir zararı mevcut olsun. Bu sebeple, diğer eşin, üçüncü kişinin fiili yüzünden apaçık bir manevî zarara uğradığı kabul edilse dahi, bu zararların giderilmesi, ancak bu yönde açık bir düzenlemenin varlığı halinde mümkün kabul edilmelidir (Demircioğlu, s. 713).TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrası zarara sebep olan fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille kasten başkasına zarar veren kişinin de haksız fiil sorumluluğunu kabul etmiştir. Evli bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin eyleminin ahlâka aykırı olduğunu söylemek mümkündür ancak üçüncü kişinin TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrasına göre tazminatla sorumlu olduğunu kabul edebilmek için birlikte olduğu kişinin evli olduğunu bilmesine rağmen bu fiili işlemesi yeterli değildir. Çünkü TBK'nın 49. maddesinin 2. fıkrası, aynı maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeden farklı olarak ahlâka aykırı fiilin kasten zarar verme amacıyla işlenmesi gerektiğini belirtmiştir.Mülga 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 41. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "bilerek" sözcüğünün yerine 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 49. maddesinin 2. fıkrasında "kasten" sözcüğü kullanılmıştır. Kusurun en ağır derecesi olan kast, failin zarara neden olan sonucu bilmesinin yanında bu sonucu isteyerek eylemini gerçekleştirmesini ifade eder. Bu durumda kanun koyucunun maddenin yeniden düzenlenmesi sırasında ahlâka aykırı bir fiille başkasına zarar veren kişinin sonucu bilmesini yeterli görmediği, aynı zamanda istemesini de gerekli gördüğü yorumunu yapmak mümkündür.Bu bakımdan, evli olduğunu bilerek bir kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin eylemi, evlilik birliğine karşı göstermesi gereken özen ve saygıyı göstermemiş olması nedeniyle tek başına TBK'nın 49/2. maddesine göre sorumluluğunu gerektirmez. Ayrıca üçüncü kişinin aldatma eylemine katılmasının, aldatan eşe karşı duyduğu duygusal yakınlıktan kaynaklanması veya eylemin para karşılığı gerçekleşmesi de olasıdır. Bu durumlarda da eylem ahlâka aykırı kabul edilse bile aldatılan eşe kasten zarar verme amacı taşıdığını söylemek her zaman mümkün değildir. Kanunda belirtildiği anlamda kasten zarar verme amacının gerçekleşmesi için üçüncü kişinin ahlâka aykırı bu fiili, salt birlikte olduğu kişinin eşine zarar verme kastıyla işlemiş olması gerekmektedir. Evli kişiyle birlikte olan üçüncü kişinin sırf diğer eşe zarar verme kastıyla hareket ettiğinden bahsedilemediği taktirde, artık üçüncü kişinin bu fiili TBK 49/2 ye göre tazminatı gerektirmeyecektir. Başka bir anlatımla evli olduğunu bildikleri bir kişiyle ilişkiye giren tüm üçüncü kişilerin aldatılan eşe zarar vermeyi bilerek ve isteyerek hareket ettiklerine dair bir ön kabul yerinde değildir. Zira evli olduğunu bildiği bir kişiyle ilişkiye giren üçüncü kişi, aldatılan eşin zarara uğrayacağını biliyor ve doğrudan doğruya bu sonucun gerçekleşmesini istememekle birlikte; gerçekleşmesini göze alıyorsa, ihtimali kastla hareket etmiş kabul edilir (Badur/Turan Başara, s. 126).Öte yandan, konunun incelenmesi sırasında müteselsil sorumluluğa ilişkin hükümlerin de değerlendirilmesi gerekmektedir. TBK'nın 61. maddesine göre birden fazla kişinin birlikte bir zarara sebebiyet vermeleri veya aynı zarardan çeşitli sebeplerden dolayı sorumlu olmaları durumunda müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır.Ancak bu kişilerin her birinin davranışları gereği sorumlu tutulabilmeleri, söz konusu normun ön şartıdır. Aldatan eş ve üçüncü kişinin birlikte bir zarara sebebiyet verip, müteselsil sorumlu olabilmeleri için; üçüncü kişinin fiilinin de hukuka (veya ahlâka) aykırı olması gerekir (Badur/Turan Başara, s. 128).Konumuz açısından üçüncü kişinin fiilinin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesine olanak bulunmadığından sadece aldatma fiiline iştirak etmesi nedeniyle, aldatan eşle birlikte TBK'nun 61. maddesi çerçevesinde müteselsilen sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir.Görüldüğü üzere evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı manevi tazminat sorumluluğu ile ilgili olarak kanunlarımızda özel bir tazminat hükmü yer almamasına rağmen, haksız fiile ilişkin genel koşulları da taşımayan eyleminden dolayı üçüncü kişi aleyhine yargı kararıyla tazminat sorumluluğu ihdas edilmesi, evlilik birliğinin ve aile bütünlüğünün korunması gibi saiklerle dahi kabul görmemelidir.Hemen belirtilmelidir ki, üçüncü kişinin katıldığı aldatma eylemi ile bağlantılı olmakla birlikte sadakatsizlik olgusundan farklı olarak, bağımsız, özel ve nitelikli bir kişilik

E. Yardım Yükümlülüğü

Medeni Kanun eşlerin birbirlerine yardım etmekle yükümlü olduklarını emredici bir biçimde düzenlemiştir¹¹⁴. Bu yükümlülük hem maddi hem de manevi yükümlülük olarak karşımıza çıkar¹¹⁵.

Eşlerin birbirlerine manevi yönden yardım yükümlülüğü eşlerin birbirlerine destek olmaları, gerekli hallerde teselli etmeleri ve nasihatte bulunmaları, üçüncü

hakkı ihlali durumunda, eş söyleyişle üçüncü kişinin doğrudan aldatılan eşin kişilik değerlerine yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunması durumunda manevi tazminat sorumluluğunun doğacağına tereddüt bulunmamaktadır. Bu kapsamda örneğin, aldatma eylemi ile bağlantılı olarak üçüncü kişinin, aldatılan eşin konut dokunulmazlığını ihlal etmesi, özel yaşamına müdahale etmesi, sır alanına girmesi, ele geçirdiği bazı özel bilgileri ifşa etmesi, kullandığı söz ve diğer ifadeler ile onur ve saygınlığını zedelemesi gibi eylemlerinde hukuka aykırılık unsurunun gerçekleştiği şüphesizdir. Hâl böyle olunca, üçüncü kişi tarafından gerçekleştirilen başkaca bir kişilik hakkı ihlali bulunmadıkça, salt evli bir kişiyle birlikte olmak şeklindeki eyleminden dolayı aldatılan eşin üçüncü kişiden manevi tazminat isteyebilmesinin mümkün bulunmadığı sonuç ve kanaatine varılmıştır.” (İBK 2017/5-2018/7).

¹¹⁴ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 14/03/2013 tarih ve 2012/20436 E. 2013/6947 K. sayılı ilamı ile yardım yükümlülüğüne ilişkin şu şekilde karar verilmiştir: “davalı-karşı davacı kocanın eşinin arkadaşlarıyla görüşmesini engellemeye çalıştığı, ortak konutun ve eşinin ihtiyaçlarını karşılamadığı, eşinin ortak konuta girmesine engel olmak için, konutun kapı kilidini değiştirdiği, buna karşılık davacı-karşı davalı kadının da kayınvalidesinin evine gelmesini istemediği anlaşılmaktadır. Eşler; birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, birlikte yaşamak, birbirine yardımcı olmak, birliğin giderlerine güçleri oranında katılmak yükümlülüğü altındadır (TMK.m.185/2.3.186/3). Eşlerin bu yükümlülüklerini ciddi bir biçimde yerine getirmemeleri, ihmal etmeleri kendileri için kusurlu davranış olur. Bu kapsamda; kocanın kusurlu davranışları eşine göre daha ağır olmak üzere, tarafların açıklanan kusurlu davranışları sonucu taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir.”.

¹¹⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 745; Akıntürk, s. 108; Ayan, s. 51; Öztan(Aile), s. 148; Arsebük, s. 664; Köprülü/Kaneti, s. 113; Tekinay, s. 298; Oğuzman/Dural, s. 152; Velidedeoğlu, s. 98; Feyzioğlu, s. 184; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 164; Koçhisarlıoğlu(Son Gelişmeler), s. 438-439; Gençcan, s. 1102.

kişilere karşı birbirlerine destek olmaları, sevinç ve üzüntülerini paylaşmaları şeklinde karşımıza çıkabilir¹¹⁶.

Yardım yükümlülüğünün maddi boyutunu ele alırken TMK'nin 186. Maddesi ile düzenlenen *“Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.”* hükmünü de dikkate almak gerekir.

Yardım yükümlülüğünün maddi boyutu, birlik giderlerine katılma yükümlülüğünden farklıdır ve bu yükümlülüğü aşan katkılarda somutlaşır¹¹⁷.

Evlilik birliğinin giderlerini karşılama yükümlülüğü, güçleri oranında eşlerin her birine eşit şekilde yüklenmiş olmakla birlikte özellikle eşlerden birinin öngörülemeyen hastalık, işsizlik gibi zorunlu hallerde görevini hiç veya gerekli olduğu ölçüde yerine getirememesi halinde veya eşlerden birinin birlik giderlerine salt emeğiyle katılma halinde diğer eş, birlik giderlerinin kendisine isabet eden payını aşan katkıyı yardım yükümlülüğü kapsamında sağlamak zorundadır¹¹⁸.

¹¹⁶ Gümüş, s. 13; Köprülü/Kaneti, s. 113; Zevkliler/Havutçu, s. 236; Tekinay, s. 298; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 164; Öztan(Aile), s. 156; Ergün, s. 36; Ayan, s. 50; Gençcan, s. 1102; eşlerin manevi kapsamdaki yardım yükümlülüğüne aykırı olan davranışlarına örnek içeren bir karar şu şekildedir: *“davalı-karşı davacı kocanın eşinin arkadaşlarıyla görüşmesini engellemeye çalıştığı, ortak konutun ve eşinin ihtiyaçlarını karşılamadığı, eşinin ortak konuta girmesine engel olmak için, konutun kapı kilidini değiştirdiği, buna karşılık davacı-karşı davalı kadının da kayınvalidesinin evine gelmesini istemediği anlaşılmaktadır. Eşler; birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, birlikte yaşamak, birbirine yardımcı olmak, birliğin giderlerine güçleri oranında katılmak yükümlülüğü altındadır (TMK.m.185/2.3.186/3). Eşlerin bu yükümlülüklerini ciddi bir biçimde yerine getirmemeleri, ihmal etmeleri kendileri için kusurlu davranış olur. Bu kapsamda; kocanın kusurlu davranışları eşine göre daha ağır olmak üzere, tarafların açıklanan kusurlu davranışları sonucu taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir.”* (2. HD 2012/20436 Esas 2013/6947 Karar sayılı ilamı).

¹¹⁷ Gümüş, s. 13; Öztan (Aile), s. 201.

¹¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 168; Akıntürk, s.118; Öztan (Aile), s. 201.

Eşin yardım yükümlülüğün kapsamını eşlerin ekonomik gücü oluşturur ve talep edilen yardımın TMK m. 2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı olmaması da gerekir¹¹⁹.

Doktrinde ifade edildiği üzere yardım yükümlülüğünün kapsamına eşlerden birinin ödemekle yükümlü olduğu nafaka borçları da girer¹²⁰. Bu noktada da sınırı dürüstlük kuralı belirler.

Doktrinde yardım yükümlülüğün evliliğin sona ermesine kadar süreceği ve hatta boşanma kararı alınması durumunda dahi durumu iyi olan eşin diğer eşe yargılama giderleri konusunda yardım etmek zorunda olduğu ileri sürülmüş ise de kanımızca boşanma davası sonuçlandıktan ve fakat karar henüz kesinleşmeden önceki aşamada eşlere böyle bir yükümlülük yüklenemez. Zira boşanma aşamasına gelmiş bir eşten diğer eşin yaptığı masrafları karşılamasını beklemek hayatın gerçeklerine uymaz. Bu tarz bir yükümlülük, ancak ahlaki bir yükümlülük olarak kabul edilebilir ve yargılama giderlerini ödeyemeyen eşe yardım etmeyen eş hakkında evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler uygulanamaz.

¹¹⁹ Gümüş, s. 13-14.

¹²⁰ Gümüş, s. 14; Öztan(Aile), s. 155-156.

F. Birliğin Giderlerine Güçleri Oranında Katılma Yükümlülüğü

Önceki medeni kanunda yer alan birliğin reisinin koca olduğuna ve evin geçimini sağlamanın kocaya ait olduğuna ilişkin düzenlemenin bir sonucu olarak kadın sadece kocasına yardımcı ve gereken hallerde danışmanlık yapma görevine sahipti¹²¹. Eşitsizliğe neden olan bu hükümlerin kaldırılmasının bir sonucu olarak yasa koyucu her iki eşe de birlik giderlerine güçleri oranında katılma yükümlülüğü getirmiştir¹²². TMK m. 186/3 hükmü ile bu husus düzenlenmiş ve eşlerin birliğin

¹²¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 752; Baygın, s. 450; Tekinay, s. 324; Gençcan, s. 1104; Ayan, s. 54 Akıntürk, s. 115 Demir, Sevgi, **Türk Medeni Kanunu: Aile Hukuku Alanında Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yenilikler**, Ankara 2004, s. 61; Feyzioğlu, s. 186.

¹²² Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 25; Akıntürk, s. 109; Öztan (Aile), s. 227-228; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 239; Ayan, s. 54; Yargıtay da eMK m. 152'deki hükmün değiştirilmesinin ve her iki eşe de güçleri oranında birlik giderlerine katılma yükümlülüğü getirilmesinin ardından verdiği bir kararında şu hususları ifade etmiştir: “Mahkemece, davacının çalıştığı ve geliri bulunduğu gözetilerek , tedbir nafakası talebi reddedilmiştir. Oysa Hakim, nafakayı takdir ederken günün ekonomik koşullarını, tarafların gelirlerini ve sosyal yaşantılarını esas almakla birlikte, nafakanın niteliğini; bu bağlamda, davalı eşin birlikte yaşarken eşine sağladığı geçim şartlarını ayrı yaşama halinde de sağlaması gerektiğini gözetecek ve sonucu dairesinde karar verecektir. Davacı eşin belirli ve sürekli bir gelirinin olması, ona, tedbir nafakası bağlanmasını engelleyeceği bir hal değildir. Zira geliri bulunan eşe tedbir nafakası bağlanmasını yasaklayan yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Aksine yukarıda belirtildiği gibi TMK'nun 186/3.maddesine göre; eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmak zorundadırlar.

Taraflar arasındaki uyumsuzluk, eşlerin evlilik birliği içerisinde ve devamı süresince, birliğin geçindirilmesine ne oranda katılacağı hususundadır. MK'nun 152/2.maddesinde yer alan "kocanın karısını infakla mükellef bulunmasına ilişkin" hükmü, yeni TMK'da değiştirilmiş, her iki eşinde bu giderlere katılmak zorunda olduğu kabul edilmiştir. Giderlere katılmada ölçü olarak da eşlerin "güçleri" esas alınmıştır. Yeni düzenleme ile kadın erkek eşitliğine yer verilmiş olması, ekonomik gücü daha iyi olan eşin giderlere eşit olarak katılmasını değil, gücüne göre (denk) katılımını öngörür.

Somut olayda; davalı kocanın gelir durumu davacıya göre daha yüksek olduğu gibi, davacı birlikte yaşarken sahip olduğu sosyal imkanları da ayrılmakla kaybetmiştir. Evlilik birliğinin geçindirilmesi esasen her iki eşe de yükletilmiş olmakla; ayrı yaşamakta haklı olduğu anlaşılan ve ayrılmakla maddi kayba uğrayan, davacı eş için; davacının evlilik birliği içerisinde sahip olduğu

geçimini güçleri oranında emekleri veya malvarlıkları ile katılarak sağlayacakları öngörülmüştür¹²³. Böylece eski kanundan farklı olarak koca asıl yükümlü olmaktan çıkmış ve her iki eşe de aynı oranda yükümlülük yüklenmiştir¹²⁴. Bu düzenleme ile birlikte yasa koyucunun evliliğin gerçek bir birlik ve birliktelik olduğu

sosyal statüsünü devam ettirecek, davalının geliri ile orantılı, hakkaniyete uygun nafakaya hükmedilmesi gerekir.(3. HD 29/05/2008 tarih ve 2008/8001-9703 E. K.)”.

¹²³ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 08/12/2015 tarih ve 2015/22248-23571 E. K. sayılı ilamı ile konuyu boşanma sonucu hükmedilecek maddi tazminat bakımından değerlendirmiş ve bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin kusurlu olması nedeniyle maddi tazminat ödemesi gerektiğine dair şu şekilde karar vermiştir: “Mahkemece, "davacı kadının Türk Medeni Kanununun 174/1. maddesine dayanan maddi tazminat talebi, " tarafların birlikte ev kurmadıkları, iki gün birlikte otelde kaldıktan sonra hiç bir araya gelmedikleri, evlenme ile elde edilen bir menfaatin bulunmadığı, davalının memur olup davalının çalışmaya elverişli olmadığı için denetimli olarak yaşadığı, Türk Medeni Kanununun 4. maddesindeki hakkaniyet ölçüsünün de dikkate alındığı" belirtilerek reddedilmiştir. Oysa, Türk Medeni Kanununun 185. maddesi "evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur" hükmünü getirdiği gibi aynı kanunun 186. maddesi "eşlerin evi birlikte seçeceklerini, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacaklarını" düzenlemiştir. Taraflar 1993 yılında evlenmişler, kanunen o tarihte evlilik birliği kurulmuş, mahkemenin de kabulünde bulunduğu üzere, o tarihten itibaren davalı erkek birlikte yaşamaktan kaçındığı gibi, birlik giderlerine katkıda da bulunmamıştır. Davalı erkek, yurt dışında yaşamakta ve 1000 euro ödenek almaktadır. Evlilik birliğinin devamı sırasında davalı erkeğin, evlilik birliğinin giderlerine emeği ve mal varlığı ile sağladığı katkı (TMK md. 186/3) ve eşine yardımcı olma yükümlülüğü (TMK md. 185/3), diğer eş bakımından ekonomik bir menfaat oluşturur. Davalı erkek boşanmada tam kusurlu olduğuna göre, davacı kadın mevcut bu menfaatten yoksun kalmıştır.” Yine bir başka kararda eşin gücünü aşar şekilde katkı payı belirlenmesini kanuna aykırı gören Yargıtay 3. Hukuk Dairesi şu şekilde karar vermiştir: “Türk Medeni Kanunu'nun 196.maddesi gereğince eşlerden birinin istemi üzerine hakim, ailenin geçimi için herbirinin yapacağı parasal katkısı belirler. Mahkemece, davacı ve müşterek çocuklar için tedbir nafakasına hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.

Ancak; Türk Medeni Kanunu'nda eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacakları hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda tedbir nafakası miktarı tayin edilirken, birliğin giderlerine katılmada eşlerin "ekonomik güçleri" dikkate alınmalıdır.

Somut olayda yapılan ekonomik ve sosyal durum araştırmasında; davalının emekli olduğu, 640 TL maaş aldığı, başka gelirinin olmadığı, 200 TL kira ödediği tespit edilmiştir. Davalının tespit edilen sosyal ekonomik durumuna göre takdir edilen nafaka miktarı yüksektir.

O halde, mahkemece; tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, davalının gelir düzeyi nazara alınarak; davacının geçimi için gerekli, davalının geliri ile de orantılı olacak şekilde, TMK.nun 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesi de gözetilerek daha uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekirken, tespit edilen sosyal ve ekonomik durumuna göre aylık 640 TL geliri bulunan davalının aylık toplam 500,00 TL nafaka ödemesine karar verilmek suretiyle, davalının geliri ile mütenasip olmayacak şekilde fazla nafakaya hükmedilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.” (3. HD 2013/16324 Esas 2014/913 Karar sayılı ilam).

¹²⁴ Akıntürk, s. 108-109; Öztan(Aile), s. 158; Oğuzman/Dural, s. 154; Ayan, s. 54; Gençcan, s. 1104.

düşüncesinden hareket ettiği ve eşitlikçi düşünceyi bu şekilde somutlaştırdığı söylenebilir¹²⁵.

Kanun, katkı yükümlülüğünün sadece malvarlığıyla olmasını aramamış, eşlerin emekleriyle de katkıda bulunmasına olanak tanımıştır¹²⁶. TMK m. 196, emekle katılmaya örnek olarak eşin ev işlerini görmesini, çocuklara bakmasını ve diğer eşin işinde karşılıksız çalışmasını göstermiştir. Böylece çalışmayıp evde çocuk bakan, ev işlerini gören, tarlada ve bahçede çalışıp emeğini ortaya koyan kadının edimleri de katkı olarak kabul edilmiştir¹²⁷. Bununla birlikte doktrinde bu düzenlemenin de yeterli olmadığı ve ev işleri ile uğraşmak suretiyle birlik giderlerine katılan eşin ayrıca sigorta ettirilmesi ve primlerin aile bütçesinden ödenmesi hususunda sosyal güvenlik hukukunda da düzenleme yapılması gerektiği hususunda bir görüş de ileri sürülmektedir¹²⁸.

Eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan giderlere katılma yükümlülüğü evlilik birliği kurulduğu anda başlayıp birliğin kesin olarak sona erdiği ana değin devam eder¹²⁹. Eşler mahkeme kararıyla veya mahkeme kararı olmaksızın ayrı yaşasalar

¹²⁵ Akıntürk, s. 109; Zevkliler/Havutçu, s. 236.

¹²⁶ Öztan (Aile), s.169; Ayan, s:54; Ergün, s. 39; Demir, Pınar Özlem, s. 523 Dural/Öğüz/Gümüş, s.168; Hangi eşin birliğin giderlerine ne şekilde katkıda bulunacağını eşlerin kendi aralarında yapacağı anlaşmaya bağlı olduğu hakkında Bkz. Sirmen, s. 47.

¹²⁷ Gümüş, s. 51; Ayan, s. 54; Zevkliler/Havutçu, s. 235; Akıntürk, s. 109; Şahin, Mualla Gücin, s. 73; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 168; Akıntürk, s. 115; Daha önce dikkate alınmayan ve kadının mağduriyetine neden olan çalışmayan evli kadınların mağduriyetinin yapılan düzenleme ile giderildiği hakkında Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 25-29.

¹²⁸ Başpınar, s. 98(Önerilerimiz).

¹²⁹ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 169; Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 26/10/2015 tarih ve 2015/8844-16594 E. K. sayılı ilamı ile ayrı yaşama hakkı olan eşin diğer eşten birlik giderlerine katılmasını talep edebileceğini ve bu yükümlülüğün ayrı yaşamaya başlamakla sona ermeyeceğine dair kararında şu

dahi bu yükümlülükleri devam eder ¹³⁰. Bilakis bu durumlarda iki ev olması nedeniyle eşlerin katkı paylarının yeniden belirlenmesi ve eşlerin yapacakları katkı miktarının artması da söz konusu olabilir ¹³¹. Bununla birlikte eşlerden birisi evlilik birliğinden kaynaklanan diğer yükümlülüklerini yoğun şekilde ihlal ediyorsa ihlali gerçekleştiren eşin diğer eşe yönelik bu talebi hakkın kötüye kullanılması kapsamında değerlendirilebilir¹³².

Son olarak katılma yükümlülüğü bağlamında eşlerin katılma ile yükümlü olduğu giderlerin neleri içereceğine kısaca değinmekte fayda vardır. Bu bağlamda birlik giderlerine en başta gıda, barınma(kira bedeli, konut kredisi, aydınlatma, ısıtma, su-telefon-internet ödemeleri), kıyafet, şahsi bakım, sağlık hizmetleri gibi temel ihtiyaçlar girer¹³³.

ifadelere yer vermiştir: “Dava; ayrı yaşamada haklılık nedenine dayalı tedbir nafakası istemine ilişkindir.

TMK’nın 197.maddesi gereğince; ayrı yaşamakta haklı olan eş, diğer eşten tedbir nafakası isteminde bulunabilir. Tedbir nafakasının niteliği ve yasal düzenlemeler gereği eşler birliğin giderlerine güçleri oranında katılmak zorundadır. (TMK m.186/son) Buna göre birliğin ortak giderleri olan kira, elektrik, yakıt, su ve benzeri giderlere davalı eş katılmak zorundadır.

Bu bağlamda; tedbir nafakası miktarı tayin edilirken, birliğin giderlerine katılmada eşlerin "ekonomik güçleri" ile müşterek yaşam sırasında davalının eşine sağlamış olduğu yaşam düzeyi dikkate alınmalı, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyelerini ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiği gözetilmelidir.”.

¹³⁰ Gümüş, s. 34-35.

¹³¹ Öztan(Aile), s. 168; Gümüş, s. 35.

¹³² Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 167.

¹³³ Öztan(Aile), s. 169-171; Gümüş, s. 43; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 167-168.

Bunlardan başka, sigorta primleri, kültürel ihtiyaçlar (gazete, tiyatro, sinema, kitap), vergiler, sosyal güvenlik harcamaları, evlilik birliği ile bağlantılı ihtilaflara yönelik davalara ilişkin yargılama masrafları da bu kapsamda değerlendirilir¹³⁴.

Birlik ihtiyaçlarının kapsamı, her bir evlilik için değişkenlik gösterir¹³⁵. Bu ihtiyaçların ve birlik giderlerinin kapsamının tayininde eşlerin kararlaştırdıkları yaşam standardı, eğitimleri, sosyal ve kültürel seviyeleri ile masrafların eşlerin mali güçleriyle orantılı olması dikkate alınacaktır¹³⁶.



¹³⁴ Gümüş, s. 43-44.

¹³⁵ Öztan (Aile), s. 171; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 168; Eşlerin birlikte yaşarken söz konusu olan hayat standartlarının ayrı yaşamaları halinde de korunması gerektiğini kabul eden Yargıtay bir kararında konu şu şekilde hükme bağlanmıştır: “ Eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılırlar. (TMK 183/6)

Kadının maaşının olması, gelirin kocasından çok olması, kocanın ortak giderlere katılma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Bu durum ancak nafaka miktarının tayininde belirleyici olacaktır. Zira, evlilik birliğinin korunması ve devamını sağlamak için, eşlerin asgari ölçüde uyması gereken bazı yükümlülükler ve karşılımları gereken bazı ortak giderler mevcuttur.

Kural olarak tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin gerektirdiği hallerde iradın artırılması veya azaltılmasına karar verilebilir. (TMK m. 176/4) Tedbir nafakası ve artırımına ilişkin davalarda, nafaka miktarı tayin edilirken, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyesini ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiği gözetilmelidir. (HD 06/10/2015 tarih ve 2015/7160-15136 E. K.)”.

¹³⁶ Öztan(Aile), s. 171; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 168.

G. Aile Konutunu Birlikte Seçme Yükümlülüğü

TMK'nin 186/1 hükmüne göre eşler oturacakları konutu beraberce seçmek zorundadırlar ve seçilen konuta aile konutu denir ¹³⁷. Önceki Medeni Kanunda birliğin reisi koca olarak kabul edildiği için aile konutunun seçimini de koca yapıyordu ¹³⁸. Eşler arasında eşitliğe aykırı hükümlerin yürürlükten kaldırılması ve kadının da birlik giderlerine gücü oranında katılmasının bir yükümlülük olarak öngörülmesinin doğal bir sonucu olarak aile konutunun seçiminde bir tarafa söz hakkı tanıyan önceki kanun hükmünün değiştirilmesi bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır¹³⁹. Evlilik birliği bir yönüyle konut ortaklığı sayılır ¹⁴⁰. Zira TMK m. 185/3'te yer alan birlikte yaşama yükümlülüğünün doğal sonucu olarak da eşit konumdaki eşlerin aile konutunu birlikte seçmeleri beklenir ¹⁴¹. Aile konutunu seçme

¹³⁷ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 24; Öztan(Aile), s. 152; Şıpka, s. 51; Doğan, “*Medeni Kanunun Getirdiği Bir Müessese: Aile Konutu*”, **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, AÜEHF'nin 25. Kuruluş Yılına Armağan**, Cilt 6, Sayı:1-4, Erzincan 2002, s. 287; Tekinay, s. 301; Oğuzman/Dural, s. 153.

¹³⁸ Hatemi, s. 77; Giray, “*4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan 'Aile Konutu' Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan Yıl:23 Sayı:1-2**, İstanbul 2003, s. 423; Feyzioğlu, s. 186; Velidedeoğlu, s. 100; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 747; Ayan, s. 52.

¹³⁹ Kılıçoğlu(Eşitlik), s. 11; Öztan(Aile), s. 166; Demir, Sevgi, s. 61; Başpınar(Önerilerimiz), s. 92; Şıpka, s. 372; Ayan, s. 52.

¹⁴⁰ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 25; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 166.

¹⁴¹ Öztan (Aile), s. 166; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 24; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 166; bu yükümlülüğe aykırı davranışın kusurlu bir davranış olduğunu kabul eden Yargıtay 3. Hukuk Dairesinin 10/07/2006 tarih ve 2006/8759-9269 E. K. sayılı ilamında “*Somut olayda; davalı, evlendikten sonra eşini annesiyle birlikte yaşamaya zorlamıştır. Bu husus, cevap dilekçesinden, dinlenen tanık beyanlarından ve yapılan ekonomik ve sosyal durum araştırmasından anlaşılmaktadır. TMK'nun 186.maddesine göre, "Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler". Davacı eşin, kayınvalidesiyle birlikte oturmayı istememesi halinde, davalı kocanın bağımsız ev*

hakkının kocadan alınıp tarafların ortak iradesine bağlanması evlilik birliğinin temellerinden sayılır¹⁴². Eşlerin aile konutunu birlikte seçme hak ve yükümlülüğü TMK'de yerini bulan eşler arasındaki mutlak eşitliğin de bir görünümüdür¹⁴³. Bununla birlikte eşlerden birisinin diğerine aile konutunun seçimi hususunda temsil yetkisi vermesi de mümkündür¹⁴⁴. Bu halde dahi aile konutu eşlerce müşterek olarak seçilmiş sayılır.

Eşlerin aile konutunun seçiminde anlaşamamaları halinde aile mahkemesi hâkimine başvurmaları mümkündür. Hâkim, tarafların yerine geçerek konutu

açma yükümlülüğü bulunmaktadır. Bağımsız ev açmayarak, evlilik birliğinin kurulmasına ve devamına engel olan davalı olayda kusurludur.” görüşüne yer verilmiştir.

¹⁴² Doğan s. 288.

¹⁴³ Demir, Sevgi, s. 61; Başpınar, (Önerilerimiz), s. 92; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da aile konutunu eşlerin beraberce seçebileceğini, eşlerden birisine yetki verilebileceğini ve hâkimin müdahalesinin istenebileceğini kabul eden 28/09/2011 tarih ve 2011/2-447 E. 2011/556 K. sayılı ilamında “4721 sayılı TMK’nun 186. maddesinde “eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.” düzenlemesi yapılmış; ailenin fiilen yaşayacağı maddî alanı oluşturan konutun seçimi eşlerin ortak iradesine bırakılmıştır.

Aile konutu seçimi her iki eşin katılımıyla yapılabileceği gibi, eşlerin anlaşarak bu yetkiyi içlerinden birine vermeleriyle ya da eşlerden birinin seçtiği konutu diğer eşin kabul etmesiyle de gerçekleşebilir. Eşler konutun seçiminde anlaşamazlarsa, TMK’nun 195/1. maddesi uyarınca ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini talep edebilirler.

Evlilik, eşlere birlikte yaşama yükümlülüğü getirmektedir. TMK’nun 186/1. maddesinde ‘eşlerin oturacakları konut’, TMK’nun 194. maddesinde ise ‘aile konutu’ düzenlenmektedir. Çoğu olayda, eşlerin birlikte seçtikleri konut aile konutudur. Bunun yanı sıra, eşlerin ikametgâhlarını aynı yerde seçmeleri o yerin aile konutu olduğu yönünde emare teşkil eder. Ancak eşlerin iradeleri ile belirledikleri konutlar her zaman aile konutu değildir. Eşlerin birlikte oturdukları birden fazla konut olsa bile, bunlardan sadece biri aile konutu sayılır ve TMK’nun 194.maddesindeki korumadan faydalanabilir. Çünkü, TMK’nun 194.maddesi ile, ailenin oturduğu veya kullandığı herhangi bir konutun değil aile için yaşam merkezi olan, kaybedildiğinde aile birliğinin maddî ve manevî yönden sarsılacağı, ailenin ve diğer eşin barınma hakkını kaybedeceği konutun korunması amaçlanmıştır.” şeklinde karar vermiştir.

¹⁴⁴ Giray, s. 428; Doğan(Yenilikler), s. 104.

seçemez, sadece tarafları birlikte hareket etmeleri hususunda uyarır¹⁴⁵. Taraflar bu uyarıya rağmen anlaşamazlarsa bu durum ileride açılacak boşanma davasında delil niteliği taşır.

¹⁴⁵ Köseoğlu/Kocaağa, s. 639; Mahkemeye başvuru neticesinde hâkimin eşlerden birisini aile konutunu seçme hususunda yetkilendirebileceği hakkında Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 24; Yargıtay ise hâkimin doğrudan doğruya aile konutunu kendisinin belirleyebileceği görüşündedir. “Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler (TMK.md.186/1). Türk Medeni Kanununun 188. maddedeki koşulların oluşması halinde eşlerden biri konutun seçimine hâkim tarafından yetkili kılınabileceği gibi; ortak konut Türk Medeni Kanununun 195. madde gereğince başvuru üzerine bizzat hakim tarafından da belirlenebilir.(2. HD 09/02/2011 tarih ve 2010/684 E. 2011/2020 K. sayılı ilam)” Aynı görüşte olan Yargıtay 3. HD 2010/1383-2258 E. K. sayılı ilamında “TMK'nun 186/1.maddesine göre; eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Bu konuda uzlaşma sağlanamazsa, aile mahkemesinden müşterek konutun belirlenmesini isterler.” şeklinde karar verilmiştir. Bununla birlikte yine Ömer Uğur Gençcan karşı oy yazısında Yargıtay uygulamasından farklı bir yönde görüş bildirmiştir. “DAVALI EŞİN BOŞANMA DAVASININ BULUNMASI ORTAK KONUT BELİRLEMESİ İSTEMİNİ ENGELLER Mİ?

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 186 hükmüne göre eşler oturacakları konutu “birlikte” seçerler. Evin seçimini eşlerden biri tek başına gerçekleştiremez;

Evin seçimi konusunda çekişme çıkmamışsa sorun yoktur. Ancak konutun seçimi nedeniyle “çekişme çıkarsa” ne olacaktır?

Çözüm: Eşler ayrı ayrı veya birlikte yapacakları istem ile aşağıdaki durumlarda TMK. m. 195 f. I hükmüne göre aile mahkemesi hakiminin müdahalesi istenebilir;

-Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin (TMK. m. 185-186) yerine getirilmemesi,

-Evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi.

O halde davacı kadın eş TMK. m. 195 f. I hükmüne göre aile mahkemesi hakiminin müdahalesini isteyebilecektir.

Davalı erkek eşin boşanma davasının bulunması ortak konutun belirlenmesi isteyen kadını kötü niyetli mi kılar? Kadın eş ortak konutun belirlenmesini isteyebilmesi için yıllar boyu sürececek eşinin boşanma davasının sonlanmasını beklemek zorunda mıdır?

Terk sebebiyle boşanma davası açmayı hedefleyen davacı kadın eşin çağrı yapabilmesi için ortak konutun belirlenmesini istemesini engelleyen bir yasa hükmü var mıdır?

Davacı kadının iyiniyeti, kötü niyeti “erkek eşin boşanma davasını inceleyen hakim” görevidir.

Kadının ekonomik yaşama katılması ve birliğin giderlerine gücü oranında katılmasının öngörülmesiyle birlikte aile konutunun seçiminde kadının iradesinin de aranması zorunlu olarak söz konusu olacaktır¹⁴⁶. Bu durumu zorunlu kılan hususlardan birisi de ülkemizin de tarafı olduğu “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme” hükümleridir ¹⁴⁷. Bu Sözleşme ile yerleşim yeri ve dolayısıyla oturulan yerin seçiminde kadının erkekle aynı haklara sahip olduğu kabul edilmiştir.¹⁴⁸.

O halde mahkemece yapılacak iş TMK. m. 195 f. I hükmüne göre aile mahkemesi hakiminin müdahalesi ile ortak konutun belirlenebilmesi konusunda;

-Eşleri uyarması,

-Onları uzlaşturmaya çalışması,

-Eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını istemesi,

Bunlara rağmen uzlaşamadıkları takdirde kanunda öngörülen önlemleri alması gerekmektedir.

Bu sebeplerle değerli çoğunluğun “farklı görüşüne” katılmıyorum.(2. HD 17/04/2008 tarih ve 2007/5464 E. 2008/5555 K. sayılı ilamda yer alan karşı oy yazısı)” Yargıtay daha yakın tarihli olan 2012/23693 Esas 2013/17226 Karar sayılı ilamında da benzer şekilde konutun hâkim tarafından belirlenmesine karar vermiştir: “Dava, ortak konutun hakim tarafından belirlenmesi isteğine ilişkindir. (TMK.md.186/1,195) Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. (TMK.md.195/1) Hakimin, ortak konutun seçimi konusunda uyuşmazlığa düşüldüğünü tesbit etmeden, Türk Medeni Kanununun 195. maddesine dayalı olarak hüküm tesisi doğru olmadığı gibi, davacı talebinde haklı olsa bile ortak konutun mahkemece belirlenmesi yerine bu hususta davacıya yetki verilmesine şeklinde hüküm tesisi doğru görülmemiştir.”.

¹⁴⁶ Giray, s. 424.

¹⁴⁷ Sözleşme metni için Bkz. 14/10/1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete.

¹⁴⁸ Giray, s. 424; Aydın, s. 390 Bu yükümlülükler aykırı davranışların boşanma nedeni olduğunu gösteren bir kararda şu ifadelerle yer verilmiştir: “Eşler birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama, çocukların bakım ve yetiştirilmesine beraberce özen gösterme, birlikte yaşama ve birbirine yardımcı olma birliğin giderlerine güçleri oranında katılma yükümlülüğü altındadır (TMK.m.185/2,3; 186/3). Yapılan tahkikat ve toplanan delillerle; davalı kocanın tarafların daha önce fiilen birlikte

H. Evlilik Birliğini Beraber Yönetme Yükümlülüğü

Türk Medeni Kanununun 186. maddesi ile eski kanundan farklı olarak eşler evlilik birliğini beraberce yönetirler hükmü getirilmiştir. Birliğin yönetimi eşler açısından hem yükümlülük hem de haktır¹⁴⁹. Esasen şimdiye kadar anlattığımız bütün hak ve yükümlülükler, eşlerin birliği beraberce yönetmelerinin bir görünümüdür. Yasa koyucu, önceki kanundan farklı olarak devrim niteliğinde düzenlemeler ile evlilik birliği içerisinde kadın ve erkeğin farklı konumlarına ilişkin bütün düzenlemeleri kanundan çıkartmış ve yerine eşlerin aynı derecede hak, yükümlülük ve sorumluluğa sahip olduğu bir hayat birlikteliği getirmiştir. Bu durumun en doğal sonuçlarından birisi de eşlerin evlilik birliğini beraberce yönetmeleridir.

743 sayılı Medeni Kanunda yer alan birliğin reisinin koca olduğuna ilişkin “evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi, ona aittir” şeklindeki hüküm(eMK m. 152/1), eve kadının bakacağına ilişkin hüküm(eMK m. 153/2) yeni kanuna alınmayarak eşlerin evlilik birliğine dair yerine getirilecek her iş yönünden

yaşadıkları Düziçi ilçesinde bir konut satın almasına rağmen; burada eşi ve çocuğuyla birlikte aile konutunu oluşturma yerine, ev eşyalarını kayınpederinin evinin bir bölümüne bırakıp, satın aldığı konutu kiraya verdiği, eş ve çocuğunu kayınpederiyle birlikte yaşamak zorunda bıraktığı, tarafların bu şekilde altı yıldır fiilen ayrı yaşadıkları; böylece davalının belirtilen birlik görevlerini yerine getirmekten kaçındığı anlaşılmaktadır. Davacıya yüklenebilecek bir kusurlu davranış kanıtlanamamıştır. Davalının açıklanan kusurlu davranışları sonucu evlilik birliği temelinden sarsılmış ve Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesindeki boşanma koşulları oluşmuştur.” (2. HD 2012/23050 Esas 2013/9063 Karar sayılı ilam).

¹⁴⁹ Erkan, *Türk Medeni Kanununda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 134, Yıl:2018, s. 434; Evlilik birliğini yönetmekten kaçınma halinin evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemlerin uygulanmasını gerektireceği hakkında bkz. Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 162.

diğerini bilgilendirmesi ve işlerin birliğin ruhuna uygun şekilde diğer eşin katılımıyla yapılmasının sağlanması amaçlanmıştır¹⁵⁰. Bir eşin rızası olmayan bir işlem yapılmamalıdır¹⁵¹. Eşler, ev işlerinin nasıl yapılacağı, nerede tatil yapılacağı, eve alınacak eşyaların seçimi gibi bütün işlemlerde birlikte hareket etmelidirler¹⁵².

III. BİRLİĞİN TEMSİLİ

A. Genel Olarak

Evlilik birliğinin eşler arasında eşitliğe dayanması ve eşlerin bu birliği birlikte yönetme yükümlülüğüne sahip olmasının bir sonucu olarak her bir eşe evlilik birliğini temsil yetkisi tanınmıştır. Önceki kanunda temsil yetkisine sahip olan eş, şahsi sorumluluğu gereği tek başına kocaya aitken kadın, sadece birliğin sürekli ihtiyaçları yönünden birliği temsil edebilirdi¹⁵³.

Kadın ve erkek arasında evlenmenin meydana gelmesiyle birlikte eşlerin hukuki işlemleri bakımından evlilik birliğinin temsili ve bu yetkiye dayanarak yapılan hukuki işlemlerden dolayı eşlerin sorumluluğu meselesi gündeme gelir. Bu

¹⁵⁰ Akıntürk, s. 115; Ayan, s. 53; Erkan, s. 434.

¹⁵¹ Akıntürk, s. 115-116; Ayan, s. 53; Demir, Pınar Özlem, s. 19; Köseoğlu, s. 364-365; Zevkliler/Havutçu, s. 236.

¹⁵² Akıntürk, s. 115; Köseoğlu, s. 365.

¹⁵³ Gümüş, s. 110.

bağlamda eşlerden her biri evlilik birliğini temsil yetkisine dayanarak birliğin sürekli ihtiyaçlarını gidermek amacıyla birtakım hukuki işlemler yapabilir¹⁵⁴. İşte bu işlemlerle ilgili olarak aşağıda değineceğim yasal düzenlemelere karşın uygulamada çok ciddi sorunlarla karşılaşmaktadır. Bu sorunlar arasında eşlerin temsil yetkisinin kapsamı, temsil yetkisi olmaksızın ya da temsil yetkisinin açık aşımı hallerinde eşlerin sorumluluğun nasıl tespit edileceği, üçüncü kişilerin iyi niyetlerinin korunup korunmayacağı, eşlerin tasarruf yetkisinin ne zaman sınırlanabileceği gibi hususlar sayılabilir.

Eşlerin temsil yetkisine ilişkin genel hükmü içeren TMK m. 188 şu şekildedir:

“Madde 188- *Eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder.*

Ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden biri, birliği ancak aşağıdaki hâllerde 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.”*

¹⁵⁴ Büyüktanır, s. 74; Demir, “Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 691; Ayan, s. 215, Schwarz, s. 184, Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 240, Akıntürk, s. 125; Öztan(Aile), s. 183; Tandoğan, s. 117; Köprülü/Kaneti, s. 120; Velidedeoğlu, s. 110.

Kanun, eşlerden her birinin birliğin sürekli ihtiyaçları bakımından birliği temsil yetkisinin bulunduğunu emredici olarak düzenlemiştir. Bu yetki esasen önceki kanunda kadına tanınan yetkinin tekrarıdır. Bu bakımdan bir işte çalışmaksızın evde çalışarak birliğe katkıda bulunan eş dahi birliğin sürekli ihtiyaçları söz konusu olduğunda hukuki işlem ve hukuki işlem benzeri fiilleri birlik adına birliği temsilen yapmaya yetkilidir.¹⁵⁵.

B. Temsil Yetkisinin Hukuki Niteliği

Evlilik birliğinin temsili, borçlar hukukunda yer alan temsilden farklıdır. Evlilik birliğinin temsili birliğin ihtiyaçlarının karşılanması, birliğin devamının sağlanmasını temin etmek üzere eşlerin üçüncü kişilerle hukuki işlem yapabilmesini ve diğer eşin de bu işlemlerden ötürü müteselsilen sorumlu olmasını ifade eder¹⁵⁶.

Evlilik birliğini temsil yetkisi, kanun hükmü gereği eşlere tanınan ve tüzel kişiliği bulunmayan evlilik birliğinde işlemi yapmayan eşin de müteselsil sorumluluğunu doğuracak bir biçimde hukuki işlem yapma yetkisini ifade eder¹⁵⁷. Bu

¹⁵⁵ Öztan(Aile), s. 187; Gümüş, s. 110.

¹⁵⁶ Ayan, s. 216; Demir, s. 694; Hatemi, s. 81; Oğuzman/Dural, s. 154; Akıntürk, s. 116; Acabey, s. 58 Temsille kast edilenin evlilik birliği adına üstlenilen borçlardan hangi eşin sorumlu olması olduğu yönünde Öztan(Aile), s. 183; Dural/ Öğüz/ Gümüş; s. 181.

¹⁵⁷ Gümüş, s. 110-111; Ayan, s. 216; Kılıçoğlu(Yenilikler), s 34; Oğuzman/Dural, s. 157.

bakımdan resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşama hallerinde ve nişanlılıkta evlilik birliğinin temsiline ilişkin hükümler uygulama alanı bulmaz¹⁵⁸.

Evlilik birliğini temsil yetkisi kanundan kaynaklandığından iradi temsilin aksine eşin Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.40/2’de olduğu gibi birliği temsilen hareket ettiğini işlem yapacağı üçüncü kişiye açıklaması gerekli olmadığı gibi, üçüncü kişi işlem yaptığı kişinin birliği temsil hareket ettiğini bilmesi dahi temsilin hukuki sonuçları doğar¹⁵⁹.

Bu özellikleri nedeniyle evlilik birliğini temsil yetkisi kişiye sıkı sıkıya bağlı, devredilemez, vazgeçilemez özelliklere sahip sui generis bir aile hukuku kurumu olarak karşımıza çıkar¹⁶⁰. Bu bağlamda eşlerin kanun gereği sahip oldukları evlilik birliğini temsil yetkisi mal rejimlerine göre genişletilip daraltılamaz ve eşin birliği temsil yetkisinden feragat etmesi de mümkün değildir¹⁶¹.

¹⁵⁸ Havutçu, s. 98; Gümüş, s. 111.

¹⁵⁹ Havutçu, s. 25; Öztan(Aile), s. 184; Büyüktanır(Açıklamalar), s. 74; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 239; Gümüş, s. 112.

¹⁶⁰ Havutçu, s. 25-27; Öztan(Aile), s. 183-184; Dural/ Öğüz/ Gümüş; s. 181; Gümüş, s. 112; Demir’e göre evlilik birliğini temsil yetkisi TBK’daki iradi temsilden ziyade adi şirkete ilişkin ortakların şirketi temsil yetkisine benzetilmektedir. Demir, s. 694.

¹⁶¹ Demir, s. 694; Gümüş, s. 112; Havutçu, s. 48-49, Dural/ Öğüz/ Gümüş; s. 181.

C. Temsil Ehliyeti

Fiil ehliyetine sahip her eş temsil yetkisini kanuni çerçevede kullanabilir. Buna karşın tam ehliyetsiz olan eşin birliği temsil yetkisi ortadan kalkar. Tam ehliyetsiz eşe vasi atanması halinde bu kanuni temsilcinin de birliği temsil yetkisi bulunmaz¹⁶². Zira birliği temsile ilişkin hak şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardan olup kanuni temsilcilerin bu hakkı kullanması söz konusu değildir¹⁶³.

Doktrinde ağırlıklı olarak savunulan görüşe göre, hakkında kısıtlılık kararı alınan ayırtım gücüne sahip eşin de temsil yetkisi sona erer¹⁶⁴. Bunun gerekçesi de ayırtım gücüne sahip olmayan eşler için olan gerekçeyle aynıdır. Temsil yetkisinin kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması gerçeği karşısında kanuni temsilcilerin temsil yetkisini kısıtlı eş adına kullanamayacağını yukarıda ifade etmiştim.

Bu ayrımın yapılmasının sebebi üçüncü kişilerin iyi niyet iddiası bakımından farklı sonuçların söz konusu olmasıdır. Ayırtım gücüne sahip olmayan eşin yaptığı işlemler bakımından üçüncü kişilerin TMK m. 189/2'ye göre ileri sürecekleri iyi niyet iddiaları dinlenmezken ayırtım gücüne sahip kısıtlılar açısından üçüncü

¹⁶² Gümüş, s. 112-113.

¹⁶³ Öztan(Aile), s. 186; Gümüş, s. 113.

¹⁶⁴ Havutçu, s. 105-106; Gümüş, s. 113; Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 182.

kişilerin iyi niyet iddiasının dinlenmemesi için kısıtlama kararının TMK m. 410'da yer alan usullerle ilanı şarttır¹⁶⁵.

Birliği temsil yetkisine sahip olan diğer eşin birliği temsile ilişkin yetkisi aynen devam eder. Bu bakımdan temsil yetkisine sahip olan eşe önceden geçerli bir biçimde diğer eş tarafından verilen birliği tek başına temsil yetkisi de kısıtlama kararıyla birlikte sona erer. Ancak bu durumun üçüncü kişiler bakımından sonuç doğurması için kısıtlama kararının usulüne uygun bir biçimde ilan edilmiş olması gerekir.

Kısıtlanan ayırtım gücüne sahip eş adına bu eşin kanuni temsilcisi de TMK m.188/2 maddesi uyarınca temsil yetkisine sahip olan eşe evlilik birliğini tek başına temsil etmesi için yetki veremez. Zira birliği temsile yetkisi bulunmayan kanuni temsilcinin temsil yetkisinin devrine de yetkisi yoktur¹⁶⁶.

TMK'nin 458. maddesi uyarınca bir kimseye kayyım atanması, onun fiil ehliyetini etkilemeyeceğinden kendisine kayyım atanan temsil yetkisi devam eder¹⁶⁷.

Kendisine yasal danışman atanan kişilerin durumuna gelince doktrinde savunulan bir görüşe göre¹⁶⁸, eşlerden birine yasal danışman tayini fiil ehliyetini ortadan kaldırmayıp sadece sınırladığı için temsil yetkisine kural olarak bir etkisi

¹⁶⁵ Havutçu, s. 107; Gümüş, s. 113.

¹⁶⁶ Havutçu, s. 108; Gümüş, s. 114.

¹⁶⁷ Havutçu, s. 110; Gümüş, s. 114 dn. 357.

¹⁶⁸ Gümüş, s. 114 dn. 357.

yoktur. Bununla birlikte bu durum, eşin temsil yetkisinin alınması için emare delil teşkil eder. Bu görüşe kimi noktalarda katılmıyorum. Kanaatime göre, eşe yasal danışman atanması ile birlikte TMK m. 429’da sınırlı olarak sayılan iş ve işlemlere ilişkin olarak bu eşin temsil yetkisi ortadan kalkar. Zira yasa koyucu bu işlemlere ilişkin olarak yasal danışman atanan eşin tek başına karar veremeyeceği öngörmüş ve yasal danışmanın görüşünün alınmasını zorunlu kılmıştır. Sayılan hukuki işlemlerin yapılmasına olumlu görüş bildirmek suretiyle katılması gereken yasal danışmanın varlığı kişiye sıkı sıkıya bağlı olan birliği temsil yetkisinin kullanılmasına da katılması anlamına gelecek olup bu durumun kabulü mümkün değildir. Buna karşılık TMK’nin m. 429. maddesinde sayılan haller dışında kendisine yasal danışman atanan eşin birliği temsil yetkisi devam eder.

D. Birliği Temsil Yetkisinin Çeşitleri

i. Olağan Temsil Yetkisi

TMK m. 188/1 uyarınca eşlerden her biri evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları yönünden birliği tek başına temsil yetkisine sahiptir. Bu yetki kanun uyarınca ortak yaşam devam ettiği müddetçe sürer.

- Olağan temsil yetkisinin başlaması ve sona ermesi

Madde metninden hareketle ilk olarak tartışılması gereken husus, temsil yetkisinin ne zaman başlayıp ne zaman sona ereceğidir. Eşlerin evlilik birliğini

temsil yetkisi evlenme ve ortak hayatın başlamasıyla birlikte başlar ve ortak yaşam süresince devam eder¹⁶⁹. Tartışılması gereken husus ortak yaşamın devamından ne anlaşılması gerektiğidir. Kanaatime göre kısa süreli ayrılıklar ortak yaşamın devamına engel olmaz. Bu nedenle askerlik, hastalık, yurt dışında bulunma, öğrencilik için başka yere gidilmesi gibi hallerde ortak yaşam devam edeceği için temsil yetkisi de devam eder.

Bununla birlikte bir eşin, aile konutunu terk etmesi halinde ikili bir ayırım yapılması gerekir. Evin terki haklı bir sebebe dayanmıyorsa evi terk eden eşin birliği temsilen hukuki işlem yetkisi ortadan kalkar. Buna karşın terk edilen eşin birliği sürekli ihtiyaçlar için temsil yetkisi devam eder. Ayrılığın mahkeme kararına dayanması veya TMK m.197 uyarınca ayrı yaşama hallerinde ortak yaşam sona erdiğinden ortak yaşamın yeniden tesisine kadar eşlerin temsil yetkisi de sona erer.¹⁷⁰.

– Ailenin sürekli ihtiyaçları kavramı

Olağan temsil yetkisi açısından en önemli husus ailenin sürekli ihtiyaçlarının kapsamının nasıl belirleneceğidir. Aile için gerekli temel ihtiyaçların sürekli ihtiyaç olduğuna şüphe yoktur. Bu bakımdan beslenme, giyim, barınma, ısınma, aydınlanma,

¹⁶⁹ Gümüş, s.115-116; Brosset'e göre ortak yaşamın ayrılık kararı ya da terk sonucu sona ermesi halinde eşlerin birliğe ilişkin temsil yetkileri kendiliğinden sona erer. Bu nedenle artık temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması da söz konusu olmayacağından TMK m. 190 hükmü sadece ortak yaşam devam ediyorsa uygulanabilir. Brosset, “*Evlenme(Umumi Hükümler) Evlilik Birliğinin Temsili*”, Çev. Türkeş, **Ankara Barosu Dergisi**, 1975/6, s. 856.

¹⁷⁰ Gümüş, s. 116, Eşlerin yeniden beraber yaşamaya başlaması sonucunda etkisiz hale gelen askıda olan temsil hükümlerinin yeniden işlerlik kazanacağı hakkında bkz. Havutçu, s. 102.

su, telefon, internet gibi işlemler için her eş tek başına birliği temsilen hareket edebilir. Günlük kullanıma dâhil olan küçük ev aletleri için de aynı şey söylenebilir¹⁷¹. Yine ailenin ekonomik durumu, yaşam standardı dikkate alındığında beyaz eşya tabir edilen buzdolabı, çamaşır ve bulaşık makinesi, fırın, elektrikli süpürge ve televizyon gibi ev eşyaları da sürekli ihtiyaç olarak nitelendirilebildiği ölçüde bu kapsama dâhildir¹⁷².

Sürekli ihtiyaç kavramının içine küçük tamirat ve tadilatlar, evin genel bakımı için yapılan masraflar, çocukların eğitimi ve bakımı için yapılan işlemler, sağlık harcamaları, sosyal ve kültürel faaliyetlere ilişkin hukuki işlemler, aile bireylerinin kullandığı araçlar için yapılan sigorta işlemleri ve bakım masrafları da girer¹⁷³.

Konut, yazlık, bağ evi, yayla evi satın alınması veya kiralanması, otomobil alım satımı, mobilya alınması, konutta yapılacak büyük ölçekli tadilat ve tamiratlar sürekli ihtiyaç kapsamına girmez¹⁷⁴.

Sürekli ihtiyaç kavramının kapsamı içerisine sayılanlardan başka şeyler de girebilir. Burada yegâne ölçüt ailenin menfaatidir¹⁷⁵. Bunu tespit ederken de ailenin

¹⁷¹ Gümüş, s. 117; Doğan(Yenilikler), s. 116; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 238; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 32; Oğuzman/Dural, s. 157; Brosset, s. 856; Akıntürk, s. 119; Acabey, s. 57; Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 183.

¹⁷² Karşı görüş için bkz. Havutçu, s. 73; Gümüş, s. 117.

¹⁷³ Havutçu, s. 74; Öztan(Aile), s. 188; Gümüş, s. 117-118.

¹⁷⁴ Gümüş, s. 118; Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 183 dn. 87'deki yazarlar.

¹⁷⁵ Gümüş, s. 114; Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 182.

ekonomik gücü, eşlerin iş ve meslekleri, eşlerin eğitim durumu, ailenin sosyal ve kültürel seviyesi gibi hususlar dikkate alınacaktır¹⁷⁶.

Sürekli ihtiyaç kavramını belirlerken göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus, yapılması gereken hukuki işlemde kimin faydalanacağıdır. Aile bireylerinin geneline yönelik olmayan, münhasıran bir aile ferdinin yararlanmasına yönelik işlemler sürekli ihtiyaç kapsamına dâhil değildir. Bu bakımdan aile bireylerinin hobilerine yönelik yaptığı işlemler, mesleki faaliyetlerine ilişkin işlemler, bir görüşe göre¹⁷⁷ sigorta sözleşmeleri sürekli ihtiyaç kavramına dâhil değildir.

Eşler, evlilik birliğini olağan temsil yetkisine dayalı yetkilerini tek başlarına kullanabilirler ve bu yetkiye dayanarak yaptıkları işlemde ötürü diğer eşin de müteselsil sorumluluğu bulunur¹⁷⁸. Olağan temsil yetkisine dayalı işlem yapan eş, aynı işlemin diğer eş tarafından da yapılması tehlikesi varsa diğer eş derhal bilgilendirmelidir¹⁷⁹.

ii. ***Olağanüstü Temsil Yetkisi***

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkilerine ilişkin ana kuralı koyan TMK m. 188'e göre eşler, sadece, birliğin sürekli ihtiyaçları için birliği temsilen tek başlarına

¹⁷⁶ Havutçu, s. 64; Öztan(Aile), s. 187; Gümüş, s.114-115; Ayan, s. 217 dn. 87; Demir, s. 696; Akıntürk s. 130; Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 182.

¹⁷⁷ Havutçu, s. 75.

¹⁷⁸ Gümüş, s. 119; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 34; Könezoğlu, s. 71; Ayan, s. 218; Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 181.

¹⁷⁹ Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 183; Gümüş, s. 119.

işlem yapabilirler. Bunun dışında kalan hallerde, yani sürekli ihtiyaç kapsamına girmeyen bütün hallerde kural eşlerin birlikte hareket etmeleridir. Yani diğer ihtiyaçlar söz konusu olduğunda eşlerin evlilik birliğini tek başlarına temsil yetkisi yoktur¹⁸⁰. Bununla birlikte yasa koyucu üç halde (TMK m. 188/2) eşlerden birinin tek başına diğer ihtiyaçlar yönünden de birliği temsil edebileceğini kabul etmiştir.

- Diğer eşin yetkilendirmesi

Fiil ehliyetine sahip olan her eş, birliğin diğer ihtiyaçları için diğer eşini yetkilendirebilir. Verilen yetkinin geçerli bir temsil yetkisi olup olmadığı TBK hükümlerine göre belirlenir¹⁸¹.

Evlilik birliğinin temsiline ilişkin yetki verilmesinin sonuçları TBK’de yer alan temsil hükümlerinden farklıdır¹⁸². Zira burada eş, kendisine temsil yetkisini veren eş adına ve hesabına değil bizzat birlik adına ve kendi hesabına hukuki işlem yapmaktadır ve yapmış olduğu her işleminden de bizzat sorumludur. Bununla birlikte müteselsil sorumluluk ilkesi yasa gereği öngörüldüğünden diğer eş de işlemi yapan eşle birlikte müteselsilen sorumlu olur.

Eşlerden birine temsil yetkisi verilmesi veya eşin bu konuda yetkilendirilmesi, yapılmak istenen hukuki işleminden bağımsız olarak herhangi bir

¹⁸⁰ Gümüş, s. 120; Öztan(Aile), s. 189; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 32; Zevkililer/Havutçu, s. 238; Oğuzman/Dural, s. 157; Doğan(Yenilikler), s. 118.

¹⁸¹ Gümüş, s. 121.

¹⁸² Gümüş, s. 121.

şekle tabi değildir¹⁸³. Söz konusu yetkilendirme işleminden önce, işlemle aynı zamanda veya işlemden sonra verilebilir. İşlemden sonra verilen yetkilendirme esasen icazet verme hükmündedir¹⁸⁴. Yine temsil yetkisinin geri alınması da şekle tabi değildir¹⁸⁵.

- Hâkim tarafından yetkilendirilme

Eşlerden birinin birliğin diğer ihtiyaçları açısından birliği temsilen tek başına işlem yapmasına diğer eş haklı bir sebep olmaksızın izin vermiyorsa gerekli yetki için hâkime başvurulabilir. Yetkilendirme talebinde bulunan eşin bu konuda menfaatinin bulunduğunu ve yapılması istenen işlemin birliğin menfaatleri için gerekli olduğunu ispatlaması gerekir¹⁸⁶. Eğer bir eş, temsil yetkisi verilmese dahi o işlemi kendi adına ve tek başına borç ve yükümlülük altına girerek yapabilecek durumdaysa artık yetkilendirme için hâkime başvurmakta hukuki yararı yoktur.

Hâkim tarafından yetkilendirilen eşin yapmış olduğu işlemden artık diğer eş de müteselsilen sorumlu olur¹⁸⁷.

¹⁸³ Havutçu, s. 112; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 183; Öztan(Aile), s. 190.

¹⁸⁴ Havutçu, s. 113; Gümüş, s. 122.

¹⁸⁵ Gümüş, s. 123; TBK m. 42/3 hükmünün kıyasen burada da uygulanabileceği hakkında Havutçu, s. 114.

¹⁸⁶ Gümüş, s. 123.

¹⁸⁷ Gümüş, s. 123; Dural/ Öğüz/ Gümüş; s. 184.

- Gecikmesinde sakınca bulunan hal olması ve diğer eşin rızasının alınamaması

Yasa koyucu, eşlerden birinin hastalığı, başka bir yerde bulunması ya da benzeri nedenlerle rızasının alınamadığı durumlarda gecikmesinde sakınca umulan haller varsa hâkim tarafından yetkilendirilmeyi aramaksızın diğer eşin birliği temsilen işlem yapabilmesine olanak tanımıştır. Bu hüküm, hâkime başvuru için yeterli zaman yoksa da uygulanır¹⁸⁸.

Bu durumlarda yapılan işlemlerde de eşlerin müteselsil sorumluluğu devam eder; ancak eşlerin müteselsilen sorumlu olması gerektiğini ispat yükü, bu durumdan kendi lehine sonuç doğmasını sağlayacak olan üçüncü kişiye aittir. Üçüncü kişi, gecikmesinde sakınca bulunan halin varlığını ve eşin hangi sebeple rızasının alınamadığını her türlü delille ispatlayabilir¹⁸⁹.

iii. **Eşlerin Sorumluluğu**

Eşlerin birliği temsilen giriştikleri işlemlerden kaynaklı sorumluluklarını düzenleyen TMK m. 189 hükmü şu şekildedir:

*“**Madde 189-Birliği temsil yetkisinin kullanıldığı hâllerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar.***

¹⁸⁸ Havutçu, s. 116; Gümüş, s. 124.

¹⁸⁹ Gümüş, s. 124; Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 184-185.

Eşlerden her biri, birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumludur. Ancak, temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması hâlinde eşler müteselsilen sorumludurlar.”

O halde ana kural, eşlerin birliği temsilen hareket ettiği hallerde işlemi yapan eşle birlikte diğer eşin de müteselsilen sorumlu olmasıdır. Yasa koyucu, ana kuralı belirledikten sonra bir istisna hükmü de getirerek işlemi yapan eşin tek başına sorumlu olacağı hali de düzenlemiş, hemen ardından ise ticari hayattaki hukuki işlem güvenliğini de düşünerek istisna hükmüne de istisna getirmek suretiyle ana kurala dönmüştür.

Evlilik birliğini temsilen işlem yapan eşin temsil yetkisini aştığı işlemin tarafı olan üçüncü kişi tarafından bilinmiyorsa ya da bilinmesi de gerekmiyorsa eşlerin müteselsil sorumluluğu devam eder¹⁹⁰.

Eşlerin hem sürekli ihtiyaçlar hem de diğer ihtiyaçlar bakımından yaptığı işlemler açısından müteselsil sorumluluk söz konusu olacaktır. Müteselsil sorumluluk için işlemi yapan eşin birliği temsilen hareket ettiğini bildirmesi gerekli değildir¹⁹¹. Zira burada kanundan doğan bir müteselsil sorumluluk hali mevcut olup eşlerin ailenin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hareket ettiği bütün hallerde

¹⁹⁰ Havutçu, s. 44; Öztan(Aile), s. 191-192; Hatemi, s. 83; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 36; Büyüktanır(Açıklamalar), s. 74; Gümüş, s. 125; Dural/ Öğüz/ Gümüş; s. 184.

¹⁹¹ Havutçu, s. 120; Öztan(Aile), s. 184; Büyüktanır(Açıklamalar), s. 74; Akıntürk, s. 118; Saymen/Elbir, s. 130; Gümüş, s. 126.

müteselsil sorumluluk söz konusu olacak ve eşler işlemin tarafı olan üçüncü kişiye karşı bütün malvarlıklarıyla birlikte sorumlu olurlar¹⁹².

Eşlerin müteselsilen sorumlu olduklarını ispatla yükümlü olanın işlemin tarafı olan üçüncü kişi olduğunu ifade etmiştik. Üçüncü kişi, ispat yükünün gereğini yerine getiremezse sadece işlemi yapan eş sorumlu olacaktır¹⁹³.

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkileri ortak yaşam devam ettiği müddetçe mevcut olup - daha önce değindiğim hallerde- eşlerin birliği temsil yetkisi sona ermişse artık eşlerin müteselsil sorumluluğu da sona erecek olup, kural olarak, üçüncü kişinin TMK m.189/2 bağlamındaki iyi niyet iddiası dinlenmeyecektir¹⁹⁴.

IV. EŞLERİN MESLEK VE İŞİ

Yasa koyucu eşlerin kişilik hakkının bir parçası olarak eşlere seçecekleri meslek ve işlerde ve bunların yürütülmesinde özgürlük alanı tanımış ve bu seçimi yaparken kural olarak diğer eşin izni veya rızasına gerek olmadığını ifade

¹⁹² Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 185; Havutçu, s. 122; Gümüş, s. 126.

¹⁹³ Dural/ Ögüz/ Gümüş; s. 185; Havutçu, s. 123; Gümüş, s. 127-128.

¹⁹⁴ Gümüş, s. 128-129. İyi niyet iddiasının hukuki sonuç doğurmaması için TMK m. 190 yoluyla mahkeme kararının ilan edilmesi gerekir. Konuya ilişkin olarak Öztan(Aile), s. 194; Doğan(Yenilikler), s. 118; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 240; Ayan, s. 222.

etmiştir(TMK m. 192/1)¹⁹⁵. Ancak seçilecek işin birliğin huzur ve yararı göz önünde tutularak seçilmesi gerekir¹⁹⁶.

Seçilecek iş ve mesleğin genel ahlaka aykırı olmaması¹⁹⁷, birliğin huzur ve saadetini tehlikeye düşürmemesi, varsa çocukların huzur ve üstün yararlarının dikkate alınması gerekir¹⁹⁸.

Meslek seçimi ve yürütülmesinin evliliğin huzur ve yararına uygun olup olmadığı hususunda uyuşmazlık meydana gelirse hâkimin müdahalesi talep edilebilir¹⁹⁹.

195 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi bir kararında (2018/1888-4996 E-K) eşinin baskısı altında işinden ayrılmak zorunda kaldığını beyan eden eşin maddi tazminat istemli davasını eşlerin meslek ve iş seçiminde diğer eşin iznini almasına gerek olmadığı gerekçesiyle illiyet bağı olmadığı gerekçesiyle şu şekilde reddetmiştir: “*Türk Medeni Kanunu’nun 192. maddesi gereğince; eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak, meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur. Aynı Kanunun 193. maddesi uyarınca, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir. Şu durumda davacının çalışabilmesi davalının iznine tabi olmadığına göre, davalının eylemi ile zarar arasında illiyet bulunmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekir*” Yargıtay bu kararında haksız fiil olarak kabulü gereken bir hususu eşlerin meslek seçiminde özgür olmasının illiyet bağı kestigiine karar vermiş olmakla birlikte söz konusu kanaate katılmam mümkün değildir.

¹⁹⁶ Hatemi, s. 85-86; Büyüktanır, s. 74; Ayan, s. 170; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 170; Gençcan, s. 1117.

¹⁹⁷ Konsomatris olarak çalışan kadının seçtiği işin evlilik birliğinin temelinden sarsılması bakımından kusurlu davranış olduğu hakkında karar veren Yargıtay şu hükme ulaşmıştır: “*eşlerden birinin "işinin türü" kural olarak tek başına boşanma sebebi oluşturması mümkün değil ise de; davalı-davacı kadının evlilik yaşamı ile bağdaşmayan şekilde eşinin karşı çıkmasına rağmen gazinolarda konsomatris olarak çalıştığı ve bu sebeple evlilik birliğinin huzur ve yararının bozulduğunun davacı koca tarafından kanıtlandığı anlaşılmaktadır (TMK.md.192).(2. HD 28/03/2013 tarih ve 2013/4708-8647 E. K. sayılı ilamı)*”.

¹⁹⁸ Gümüş, s.59; Erkan, s. 440; Demir, Pınar Özlem, s. 529-530; Demir, Sevgi, s. 67; Karagülmez/Ural, s. 160; Oğuzman/Dural, s. 160; Uçar, “4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, AÜEHF'nin 15. Kuruluş Yılına Armağan**, Erzincan 2002, Cilt: VI Sayı: 1-4, s. 318.

V. EŞLERİN HUKUKİ İŞLEMLERİ

Türk Medeni Kanununda eşlerin hukuki işlemleri başlığı altında ilk olarak eşlerin genel anlamda hukuki işlem ehliyeti düzenlenmiş hemen ardından ise önceki kanunumuzda olmayan bir düzenlemeye gidilmiş ve aile konutuna ilişkin olarak eşlerin hukuki işlem ehliyeti belirli kural ve sınırlamalara tabi kılınmıştır. Çalışmamızın konusu ve kapsamı itibarıyla aile konutu ve bu konuta ilişkin hukuki işlemler ayrı bir çalışmanın konusu olabileceğinden konuya ilişkin sadece genel bir bilgi verilmekle yetinilecektir.

A. Hukuki İşlem Ehliyeti

TMK m. 193'e göre “ *Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.* ”

Bu düzenleme ile kanun esas olarak önceki kanundan farklı olarak ²⁰⁰ her iki eş için de sözleşme özgürlüğünü tanımıştır²⁰¹. Bu kural, özel hukuka hâkim olan

¹⁹⁹ Uçar, s. 319; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 170.

²⁰⁰ eMK m.169: “ 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.

irade serbestliğinin sözleşmeler hukukuna yansımalarının da bir sonucudur ²⁰². Yasa koyucu eşlerin sözleşme özgürlüğünü tanımış; ancak istisnai durumlarda tasarruf işlemlerinin yapılabilmesini diğer eşin rızasına bağlamak suretiyle tasarruf yetkisini sınırlamıştır. Bunlara örnek olarak aile konutu üzerindeki işlemler ve yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde söz konusu olan diğer eşin rızası bulunmaksızın eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan malları üzerinde tasarrufta bulunamaması gösterilebilir²⁰³.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu ile de hukuki işlem ehliyeti bakımından önceden var olmayan yeni bir sınırlama kefalet sözleşmeleri bakımından getirilmiş durumdadır. Buna göre eşlerden birisinin kefalet sözleşmesi yapabilmesi ancak diğer eşin rızası ile mümkün olup rızanın en geç kefalet sözleşmesinin kurulması anında verilmesi şarttır ²⁰⁴. TBK'nin 584. maddesinde yer alan bu düzenlemenin uygulamada ticarî hayatın işleyişi bakımından tereddütler ve sıkıntılar doğurması sebebiyle ilgili maddede değişikliğe gidilmiş ve esnaflar ile tacirlerin işletmeleriyle ilgili olarak verecekleri teminatlar bu maddenin kapsamı dışında bırakılmıştır²⁰⁵.

Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.”.

²⁰¹ Gümüş, s. 60-61; Demir, s. 693; Uçar, s. 321; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 170.

²⁰² Demir, s. 694.

²⁰³ Gümüş, s. 61-62.

²⁰⁴ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 170-171.

²⁰⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 172.

B. Aile Konutuna İlişkin Sınırlamalar

i. Tanımı ve Kapsamı

Aile olarak bir arada müşterek bir hayatın sürdürülebilmesi açısından aile konutunun ayrı bir önemi vardır ²⁰⁶. Barınma ihtiyacı bir aile için en temel ihtiyaçlardan olduğu için yasa koyucu aile konutunun seçimi, değiştirilmesi, el değiştirmesi gibi hallere ilişkin olarak aile konutunun önemini de dikkate alarak çeşitli koruma hükümleri getirmiştir²⁰⁷.

Aile konutunun tanımı kanunda yer almamakla birlikte eşlerin evlilik birliğinin devam ettiği müddetçe sürekli olarak bulundukları, evlilik hayatının merkezi olarak kabul ettikleri, geçerli bir aynî ya da kişisel hakka dayalı olarak fiilen kullandıkları, konut vasfındaki taşınır veya taşınmaz yer olarak kabul edilebilir²⁰⁸. Aile konutu, TMK’de yer alan gerekçeye göre, “eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocuklarıyla birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları, acı ve tatlı günleri içinde paylaştıkları ortak konut”tur. Doktrinde yer alan bir tanıma göre aile konutu, “eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı bir yerde ortak oturma ihtiyacının giderilmesinde kullanmak üzere sürekli olarak seçtikleri, aile yaşamlarının merkezi haline getirdikleri, konut olarak kullanılmaya

²⁰⁶ Kılıçoğlu, “Aile Konutu ve Konut Eşyası ile Sağlanan Koruma”, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 527 (Kısaltma: Aile Konutu).

²⁰⁷ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 527; Ayan, s. 62; Gençcan, s. 1121.

²⁰⁸ Öztan (Aile), s. 200; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 173; Şıpka, s. 76; Barlas, s. 122.

elverişli taşınır veya taşınmaz yer”dir²⁰⁹. Bir tanıma göre ise aile konutu “ailenin kullanımına özgülenmiş, aile faaliyetlerinin merkezini oluşturan ve konut özelliğine sahip, genellikle sabit nitelikte yer”i ifade eder²¹⁰. Yine bir diğer tanıma göre ise aile konutu, “eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini geçirdikleri, yaşantılarına buna göre yön verdikleri, acı ve tatlı günleri içinde yaşadıkları, anılarla dolu bir alan”dır²¹¹. Bu bağlamda, aile konutu tek bir konut olup, tapulu veya tapusuz, taşınır veya taşınmaz olabilir²¹². Yazlık, dağ evi, çiftlik evi, yayla evi, bağ evi, devre mülk gibi konutlar veya tatil gibi amaçlarla gidilen oteller aile konutu niteliğinde değildir²¹³.

Seçilecek aile konutunun ailenin ekonomik durumu ile uyumlu olması, seçim yapılırken eşlerin kişisel özelliklerinin(bedensel engel, hastalık, yükseklik korkusu gibi) dikkate alınması ve konutun eşlerin sosyal statülerine uygun olması gerekir²¹⁴.

Bir yerin aile konutu olduğundan söz edebilmek için ortada hukuken korunan ve geçerli bir ailenin, yani evliliğin söz konusu olması gerekir. Evli olmayan kişilerin

²⁰⁹ Şıpka, s. 77; Gümüş, s. 66; Giray, s. 426 Uçar, s. 47; Gençcan, s. 1257.

²¹⁰ Acar, **Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, Ankara 2016, s. 17.

²¹¹ Bulut, **Aile Konutu ve Aile Mahkemelerinin Yargılama Yöntemi**, İstanbul 2007, s. 91.

²¹² Gümüş, s. 67-68; Öztan (Aile), s. 200, Şıpka s. 76; Barlas, s. 122; Ayan, s. 69; Gençcan (TMK), s. 1093, Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 173.

²¹³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173; Ayan, s. 66; Akıntürk, s. 125; Öztan (Aile), s. 166-167; Şıpka, s.86; Ergün, s. 44; Barlas, s. 122-123; Giray, s. 427; Doğan, s. 286; Gümüş, s. 35; Şıpka s. 76; Gençcan (TMK), s. 1093.

²¹⁴ Aydın, s. 390.

veya hukuken korunmayan birlikteliklerde kişilerin birlikte oturdukları yer aile konutu olamaz²¹⁵.

Aile konutu eşlerin birlikte mülkiyetinde bulunabileceği gibi eşlerden birisinin mülkiyetinde de olabilir. Aile konutunun kira sözleşmesiyle de kullanılması mümkündür. Burada önemli olan eşlerin ortak yaşamlarını sürekli bir şekilde geçirdikleri ve aile olarak bulundukları bir yer olmasıdır²¹⁶.

Aile konutu, eşler birden fazla konutu aile için kullanıyor olsalar dahi taktır. Birden ziyade konutun aile konutu olarak kabulü ve TMK m. 194'te yer alan koruyucu hükümlerden yararlanması söz konusu değildir. Ailenin birden fazla konutu olması halinde, eşlerin ve ailenin günlük yaşamlarının merkezi olan ve üçüncü kişilerce de objektif olarak böyle olduğu kabul edilen yer aile konutu olarak kabul edilmelidir²¹⁷.

Aile konutu, aile bireylerinin kullanımına özgülenmiş olduğundan aile bireylerinin aile konutundan yararlanmalarına ilişkin kanundan doğan hakları vardır. Bu hak şahsa bağlı olup devredilemez ve herkese karşı ileri sürülebilir. Aile konutundan yararlanma hakkı, eşler için konutun seçilip aileye özgülenmesiyle; çocuklar için doğumla başlar ve evliliğin sona ermesiyle ya da konutun aile konutu

²¹⁵ Şıpka, s. 73; Giray s. 427; Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 47.

²¹⁶ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 41; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 175; Hatemi, s. 77; Barlas, s. 121-122; Doğan, s. 286; Gümüş; s. 37; Ayan, s. 66-67.

²¹⁷ Şıpka, s. 82; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 173; Ayan, s. 66, Gümüş; s. 34.

olma özelliğini kaybetmesiyle sona erer²¹⁸. Boşanma veya ayrılık davası açılmış olması aile konutunun bu niteliğini kaybetmesine neden olmaz²¹⁹. Aynı şekilde terk halinde de aile konutu aile konutu olmaktan çıkmaz²²⁰. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir²²¹. Ancak durum böyle olmakla birlikte hem Yargıtay 2. Hukuk Dairesi hem de Hukuk Genel Kurulu dava açıldığı tarih itibarıyla veya dava devam ederken aile konutu niteliğini yitirdiği tespiti üzerine açılan davanın esası hakkında karar verilmesine yer olmadığı kararı verilmesi görüşündedir²²². Söz konusu karar her ne kadar oybirliğiyle verilmiş ise de kanaatime göre açık bir şekilde hukuka aykırıdır.

²¹⁸ Ayan, s. 61, Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 173.

²¹⁹ Acar, s. 22; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 173-174.

²²⁰ Acar, s. 28; Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 174.

²²¹ Yargıtay 2. HD 2004/5653-6811 E.-K. Sayılı ilamı.

²²² Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun cebri icra yoluyla satışı yapılan aile konutu bakımından tescilden önce mülkiyetin kazanılmasına dair TMK'nın 705. maddesi hükmüne atıfla vermiş olduğu kararı şu şekildedir: "TMK'nın 705. maddesinde ise "Taşınmaz mülkiyetinin kazanılması tescille olur. Miras, mahkeme kararı, cebri icra, işgal, kamulaştırma hâlleri ile kanunda öngörülen diğer hâllerde, mülkiyet tescilden önce kazanılır. Ancak, bu hâllerde malikin tasarruf işlemleri yapabilmesi, mülkiyetin tapu kütüğüne tescil edilmiş olmasına bağlıdır." yasal düzenlemesi mevcuttur.

Öte yandan, bir taşınmazın borçlunun borcu nedeniyle haczedilebilmesi için haciz tarihinde borçlu adına kayıtlı olması zorunludur. Hukuk Genel Kurulunun 07.04.2004 gün ve 2004/12-210 E., 2004/208 K. sayılı kararında da bu durum açıklanmıştır.

Somut olayda da, haciz tarihinde borçlu İlhan Birel adına kayıtlı dava konusu taşınmazın dava sırasında cebri icra yoluyla satıldığı, mülkiyetin icra vasıtasıyla yapılan satış sonucu davalı bankaya geçtiği (TMK.md.705/2), davalı İlhan Birel tarafından açılan ihalenin feshi davasının da reddedilerek kesinleştiği anlaşılmaktadır.

Cebri icra ile yapılan satışlarda yukarıda anılan TMK'nın 705. maddesine ilişkin düzenleme dikkate alındığında mülkiyet tescilden önce alıcıya geçmektedir. Dolayısıyla dava tarihi itibarıyla aile konutu olarak kullanıldığı ileri sürülen taşınmaz iradi olmayan bir tasarruf sonucu aile konutu niteliğini yitirmiş duruma gelmektedir. Bu durumda TMK'nın 194. maddesi uyarınca işlem diğer eşin rızasına bağlı olmaktan çıkmış ve davacının aile konutu korumasından yararlanma olasılığı kalmamıştır." (13/12/2017 tarih ve 2017/2-2935 Esas 2017/1722 Karar sayılı ilam) Benzer şekildeki karar için bkz. Yargıtay 2. HD 2014/22455 Esas 2015/14065 Karar sayılı ilam.

Zira Yargıtayın da isabetle kabul ettiği üzere bir taşınmazın aile konutu niteliği kazanması ve TMK m. 194'ün koruyuculuğundan yararlanması için tapuya aile konutu şerhinin tescili zorunlu olmayıp aile konutu korumasından kendiliğinden yararlanmakta ve eşin açık rızası olmayan tasarruf işlemleri geçersiz olmaktadır. Yapıldığı anda geçersiz olan bir tasarruf işlemini geçersizliğin ileri sürüldüğü esnada ve dava devam ederken taşınmazın aile konutu vasfını kaybettiği gerekçesiyle geçerli kabul edebilmenin hiçbir hukuki izahının bulunmadığı kanaatindeyim²²³. Nitekim Yargıtay pek çok benzer mahiyetteki davada işlemin geçersizliğine açık vurgu yapmışken taşınmazın aile konutu vasfını kaybettiği ve artık bu korumadan yararlanamayacağı belirtilerek tabiri caizse ölüyü diriltten bu görüşü yerinde değildir²²⁴.

Yasa koyucu, aile konutuna özel bir önem vermiş ve aile konutu üzerinde hak sahipliği bulunmayan eşin ve dolaylı olarak bu konutta birlikte yaşayan diğer aile bireylerinin korunmasını sağlamak için aile konutu üzerindeki bazı tasarruf işlemlerinin yapılabilmesi bakımından diğer eşin açık rızasını aramıştır²²⁵. Rızaya

223 Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 177.

224 Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2016/23532 Esas 2018/4443 Karar sayılı ilamı “Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutunu diğer davalı Emrullah adına devir ederek tescil ettirmiş, bu işlem sırasında davacı eşin açık rızası alınmamıştır.

Hukuk Genel Kurulunun 15.04.2015 tarih ve 2013/2-2056 esas, 2015/1201 karar günlü kararında açıkça ifade edildiği ve Dairemizce de aynen benimsendiği üzere eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır. Eş söyleyişle eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında yukarıda açıklanan yasal düzenleme ile ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi gerekir” denmişken az yukarıda ifade edilen görüşü ile bu kararlar arasında çelişki olduğu da izahtan varestedir.

225 Gümüş, s. 64; Ayan, s. 71; Uçar, s. 322.

ilişkin açık olmayan beyanlar rıza verildiğini göstermez²²⁶. Borçlandırıcı işlemler bakımından ise ikili bir ayırım yapılması gerekmekte olup taşınmazdan yararlanmayı engelleyecek şekilde yapılacak borçlandırıcı işlemler bakımından da diğer eşin rızasının aranması gerekecektir²²⁷. Bu kapsamda taşınmazın kiralanması, taşınmaz üzerinde intifa veya oturma hakkı tesisi gibi işlemlerde diğer eşin rızası zorunludur²²⁸.

Aile konutuna ilişkin olarak hak sahibi eş tarafından yapılacak tasarruf işlemine veya kira sözleşmesinin feshine ilişkin verilecek rıza şekle tabi değildir²²⁹.

Konuya ilişkin olarak Yargıtayın son görüşünü yansıtan kararında rızanın açık olmasının gerekliliğine ve bu rızanın herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığına vurgu yapılmıştır²³⁰.

²²⁶ Şıpka, s. 144; Gümüş, s. 83; Ayan, s. 69; Doğan, s. 291; Önceden verilmiş genel ve soyut nitelik taşıyan iznin yeterli olmayacağı hakkında Şıpka, s. 135; Öztan(Aile), s. 207; Barlas, s. 128.

²²⁷ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 175; Hatemi, s. 77; Gümüş, s. 41.

²²⁸ Dural/ Öğüz/ Gümüş, s. 175; Şıpka, s. 119; Kılıçoğlu, s. 19.

²²⁹ Şıpka, s. 138; Gümüş, s. 83; Ayan, s. 69; Doğan, s. 291; Yargıtay da aynı görüşte olup yeni tarihli bir kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: “Türk Medeni Kanunu 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle söz konusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin “açık” olması gerekir.(2. HD 03/12/2015 tarih ve 2015/17096-23003 E. K. sayılı ilamı)”.

²³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 2017/2-2934 Esas 2017/1556 Karar sayılı ilamının ilgili kısmı şu şekildedir: “Türk Medeni Kanunu’nun 194/1. maddesine göre, “Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.”.

Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, konutun aile konutu vasfı bulunduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilme bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir.

Bununla birlikte ispat açısından rızanın yazılı olması gerektiğini savunan bir görüş de vardır²³¹.

Hak sahibi olmayan eşin rızayı haklı bir sebep olmaksızın vermemesi halinde hâkimin müdahalesi istenebilir. Hâkim, rıza verilmemesinin hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu tespit ederse başvuruda bulunan eşe ilgili tasarruf işlemini yapmak için yetki verir²³². Hâkim diğer eşin yerine geçerek işleme rıza veremez²³³.

Eş söyleyişle aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde tek başına aile konutunu bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir. TMK'nın 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle söz konusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin "açık" olması gerekir.

Nitekim bu ilkeler HGK'nın 15.04.2015 gün ve 2013/2-2056 E., 2015/1201 K.; 02.03.2016 gün ve 2015/2-53 E., 2016/211 K.; 24.05.2017 gün ve 2017/2-1604 E., 2017/967 K. sayılı kararlarında da aynen benimsenmiştir.

Somut olaya gelince; dava konusu taşınmazın aile konutu niteliği taşıdığı hususunda Özel Daire ve mahkeme arasında uyuşmazlık bulunmamaktadır. Ne var ki, davalı Vedat Batılı adına kayıtlı taşınmaza 05.07.2004 tarihinde davalı şirket aleyhine ipotek tesis edildiği, bu işlem sırasında davalı şirket tarafından davacı eşin açık rızasının alınmadığı anlaşılmıştır. Bu durumda, TMK'nın 194/1. maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında tapu kütüğünde aile konutu şerhinin işlenmemiş olduğu durumlarda TMK'nın 1023. maddesinde yer alan düzenleme karşısında iyi niyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımının korunacağı, bu nedenle Özel Daire bozma kararının yerinde olduğu ileri sürülmüş ise de bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.”.

²³¹ Uçar, s. 323.

²³² Şıpka, s. 161; Ayan, s. 70; Gümüş, s. 85; Uçar, s. 323; Adıgüzel, “Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu Düzenlemesi”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:2002, Sayı: 2, s. 132; rıza vermemeye yönelik irade beyanının hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmesi halinde hakimin müdahalede bulunabileceği yönündeki Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 29/04/2013 tarih ve 2012/2-1567 E. 2013/579 K. sayılı ilamında “Diğer eşin kanunun kendisine tanımış olduğu rıza verme yetkisini haklı sebep olmaksızın eşinden esirgemesi, bu yolla hakkını kötüye kullanması mümkündür. Bunun önlenmesi için de maddenin ikinci fıkrasında böyle bir rızaya muhtaç olan eşe hâkime başvurma yetkisi tanınmıştır” ifadelerine yer verilmiştir.” şeklinde karar verilmiştir.

²³³ Gümüş, s. 86; Kılıçoğlu(Yenilikler)s, 45; Şıpka, s. 161.

Yapılacak tasarruf işlemine ilişkin olarak verilecek rıza izin biçiminde olabileceği gibi icazet biçiminde de olabilecektir. Tasarruf işlemi yapıldığı anda rıza mevcut değilse işlem askıda geçersiz olur²³⁴. Diğer eş, işleme icazet verirse işlem baştan itibaren geçerli olup hüküm ve sonuç doğururken rıza verilmemesi halinde işlem baştan itibaren geçersiz kabul edilir²³⁵.

ii. **Hukukî Niteliği**

Yasa koyucunun öngördüğü bu sınırlamanın hukuki niteliği yönünden ortaya atılan ilk görüş bunun bir fiil ehliyetinin sınırlanması olduğu yönündedir²³⁶. Bu görüşün savunucularına göre, kanunun sistematiği bunun bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu doğrular. Zira yasa koyucu önce TMK m. 193 ile fiil ehliyetinin asıl olduğunu düzenlemiş, ardından ise aile konutuna ilişkin olarak buna bir istisna getirmek suretiyle eşlerin fiil ehliyetini sınırlamıştır²³⁷. Bu görüşe göre, hak sahibi olan eşin hem borçlandırıcı işlem yapma yetkisi hem de tasarrufî işlem yapma yetkisi

²³⁴ Şıpka, s. 143; Ayan, s. 70-71; Doğan, s. 291.

²³⁵ Şıpka, s. 141; Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 38; Gümüş, s. 84; Ayan, s. 71; Doğan(Yenilikler), s. 109; işlemin geçersiz olacağı yönünde karar veren Yargıtay'a göre “ Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmaksızın kendisine rıza verilmeyen eş, hakim müdahalesini isteyebilir.(TMK.md.194/2)Açıklanan hüküm gereği aile konutunun devrine ilişkin işlemin geçerliliği, diğer eşin açık rızasına bağlıdır. Rıza alınmadan yapılan işlem geçersiz olup, bu geçersizlik konutun korunma süresi zarfında olmak kaydıyla her zaman ileri sürülebilir.Konut üzerinde hak sahibi olan davalı eş, davacının açık rızasını almaksızın konutu diğer davalıya devrettiğine ve devralan davalı İzzet Yücel’in de kötüniyetli olduğu gerçekleştiğine göre konutla ilgili davacının tapu iptali ve tescile ilişkin isteğinin kabulü gerekir...(2. HD 13/11/2008 tarih ve 2008/17541-15129 E. K.)”.

²³⁶ Öztan(Aile), s. 206; Demir, s. 701; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 176 dn. 57’deki yazarlar.

²³⁷ Ayan, s. 73.

sınırlandırılmıştır. Yargıtay da son kararlarında bu görüşü benimsediğine dair hükümler vermektedir²³⁸.

Bir diğer görüş ise katılma hakkından hareketle fiil ehliyetinin sınırlanmasının söz konusu olmadığını ileri sürerek diğer eşin rızasının katılma hakkına ilişkin olduğunu belirtmiş ve aranan rızayı katılma hakkı ile açıklamıştır²³⁹. Şıpka'ya göre adına evlilik birliğin denilen birlik her ne kadar tüzel kişiliğe sahip olmasa da emredici kurallarla düzenlenen özel bir birliktir. Bu nedenle eşlerin uymaları gereken yükümlülükler bulunmaktadır. Buna göre, evliliğin genel hükümleri arasında düzenlenen hak ve yükümlülükler eşlere tanınmış katılma hakkıdır. Yasa koyucu TMK m. 194 düzenlemesiyle katılma hakkının yansıması sonucu aile konutu üzerinde hak sahipliği bulunmayan eşi de hak sahibi saymaktadır. Bunun doğal sonucu olarak sadece tasarrufi işlemler bakımından değil borçlandırıcı işlemler bakımından da diğer eşin rızası gerekir.

Doktrinde savunulan bir diğer görüşe göre sözleşme özgürlüğünün kanundan kaynaklanan bir sınırlaması söz konusudur²⁴⁰. Bu görüşe göre aile konutuna ilişkin işlemlerde aranan diğer eşin rızası ne fiil ehliyetine ilişkindir ne de tasarruf yetkisine ilişkindir. Buna göre yasa koyucu tarafından her iki eşe birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğü getirilmiş olup eşlerin TMK m. 193 ile öngörülen sözleşme

²³⁸ Yargıtay 2. HD 2016/16259-16213 E-K sayılı ilamında “*Türk Medeni Kanunu madde 194 ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlama...*” denmektedir.

²³⁹ Şıpka, s. 45-49; Acar, s. 178.

²⁴⁰ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 36.

özgürlüğü kanundan ötürü sınırlanmıştır. Bu sınırlamanın da fiil ehliyetiyle de alakası yoktur.

Yine bir diğer görüş ise fiil ehliyeti veya tasarruf yetkisinin sınırlanmasının söz konusu olmadığını, sadece emredici bir kanun hükmü ile getirilmiş diğer eşin açık rızasını alma yükümü olduğunu kabul etmektedir²⁴¹. Bu görüşe göre rıza alınmaksızın yapılan işlem yasak işlem olur ve rıza alınmaksızın yapılan işlem askıda geçersiz olur. Bu nedenle aile konutu üzerinde aynı hak devralan kişi iyi niyetli olup olmadığına bakılmaksızın işlemin yasak kuralına aykırı olması sebebiyle aynı hak kazanamaz²⁴².

Doktrinde savunulan bir diğer görüş ise aile konutunun maliki olmayan eş lehine 'birlikte karar verme hakkı' tanınmıştır²⁴³. Bu görüşe göre ortada hak ve fiil ehliyetine yönelik bir sınırlama söz konusu olmayıp aileyi korumaya yönelik kamusal yarar ile malik olmayan eşin özel yararını korumayı sağlayacak bir birlikte karar alma hakkı mevcuttur. Yapılacak olan işlemin geçerli olabilmesi için aynı hak sahibi eşin iradesini açıklaması yetmez, buna diğer eşin onay vermesi şeklinde tamamlayıcı bir irade beyanının da eklenmesi gerekir. Bu irade işlemin olmazsa olmazıdır, bu iradenin açıklanmamış olması işlemi geçersiz kılar ve bu görüşün kabulü halinde TMK m. 1023'te yer alan iyi niyet iddiası dinlenmez.

²⁴¹ Hatemi, s. 78-79.

²⁴² Hatemi, s. 79.

²⁴³ Uçar, s. 44-45.

Yargıtay'ın da eski kararlarında kabul ettiği ve benim de katıldığım görüşe göre ise aile konutuna ilişkin düzenleme ile eşlerin tasarruf yetkisi kısıtlanmıştır²⁴⁴. Aile konutuna ilişkin düzenlemenin amacı konut üzerinde hak sahipliği bulunmayan eş ve çocukların korunması olduğundan söz konusu sınırlama fiil ehliyetinin sınırlanması olarak kabul edilemez. Zira fiil ehliyetine ilişkin sınırlamalarda ehliyeti sınırlanan kişinin korunması asıldır. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, kural olarak, fiil ehliyeti vardır, ancak bu eşin aile konutu üzerinde yapacağı tasarruf işlemleri açısından diğer eşin açık rızası arandığından ortada tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama söz konusudur²⁴⁵. Bu durum Ayan'ın da ifade ettiği gibi TMK m. 194 ile m. 199 hükümlerinin birlikte yorumlanmasıyla da anlaşılabilecektir ²⁴⁶. Yasa koyucu, aile konutuna ilişkin olarak hâkim kararına gerek olmaksızın kanun ile tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama öngörmüştür.

Yargıtay da söz konusu sınırlamanın tasarruf yetkisine ilişkin olduğunu kabul etmiş ve konuya ilişkin emsal niteliği taşıyan bir kararında bu durumu şöyle ifade etmiştir:²⁴⁷ *4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 194/1, 194/3 maddeleri gereği, aile konutu özel bir konuma ve öneme sahip kılınmış ve üzerindeki tasarruf yetkisi yasa ile sınırlandırılmıştır. Takibe ve tahliye konu taşınmazın aile konutu olduğunun belirlenmesi halinde bu yasal gereklerin yerine getirilip getirilmediğinin araştırılması gerekir.*

²⁴⁴ Gümüş, s. 82-83; Ayan, s. 82-85; Barlas, s. 126; Doğan(Yenilikler), s. 109; Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 176-177.

²⁴⁵ Ayan, s. 82; Barlas, s. 126; Gümüş s. 41 vd.

²⁴⁶ Ayan, s. 83.

²⁴⁷ Yargıtay HGK 26.10.2005 tarih ve 2005/12-676 E.- 2005/600 K. sayılı ilamı.

Aile konutuna ilişkin düzenlemenin amacı, aile konutu olmayan eş ve çocukları korumaktır²⁴⁸. TMK'nin 194. maddesi ile aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin hukuki işlem ehliyeti kısıtlanmamış, sadece tasarruf işlemlerinin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı kılınmış olduğundan aile konutunda oturan hak sahibi olmayan eşin ve çocukların korunması amaçlanmıştır²⁴⁹.

TMK m. 194/1'e göre “ Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.”

Yine aynı maddeye göre aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eş, tapu kütüğüne aile konutu şerhi verilmesini isteyebilir. Bunun için hak sahibi eşin rızası veya işleme katılmış olması aranmaz. Eşin bu talebini bir mahkeme kararına dayandırıyor olması da gerekmez. Talep sahibi eşin tapu müdürlüğüne aile cüzdanı veya evli olduklarını gösterir nüfus kayıt örneği ve halen o konutta oturduğuna dair yerleşim yeri belgesini ibraz etmesi yeterlidir²⁵⁰. Tapu müdürlüğünce bu şerhin konulmaması halinde aile mahkemesinden tapu kütüğüne 'aile konutudur' şerhinin konulması istenebilir²⁵¹. Açılacak olan bu dava maktu harca tabi olup husumetin diğer eşe yöneltilmesi gerekir²⁵².

²⁴⁸ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 38; Ayan, s. 71; Şıpka, s. 46.

²⁴⁹ Ayan, s. 71-72.

²⁵⁰ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 180; Köseoğlu/Kocaağa, s. 643-644; Uçar, s. 46; Ayan, s. 89; Gümüş, s. 65; Ayrıca konuya ilişkin olarak Bkz. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı genelgesi.

²⁵¹ Köseoğlu/Kocaağa, s. 645; Şahin, **Aile Hukuku Davaları**, Ankara 2012, s. 1435.

²⁵² Şahin, s. 1436.

Tapu kütüğüne mahkeme kararı ile şerh konulması için kural olarak aynı hak sahibi olmayan eşin bu yönde talepte bulunması gerekir; ancak doktrinde TMK m. 199 hükmü ve 6284 sayılı kanun kapsamında talep olmasa dahi hâkimin şerh konulmasına yönelik karar verebileceği ifade edilmektedir²⁵³. Kanaatime göre TMK m. 199 kapsamında bu tür bir şerhin konulması mümkün değildir. Zira bu madde ile tasarrufi işlemin yapılmasına ilişkin olarak hâkim kararıyla getirilen bir sınırlama ve belirlenen malvarlığı değerine ilişkin tasarruf işleminin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanması söz konusuysa aile konutu olarak kabul edilen yer açısından aranan rıza kanun hükmü gereğidir. 6284 sayılı kanun açısından ise hâkim, kanunda yer alan önlem türleriyle bağlı olmadığı için hâkimin aile konutuna ilişkin şerhi re'sen koydurması da mümkündür.

Aile konutuna ilişkin sınırlamalar diğer hukuk sistemlerinde de bulunmaktadır. Fransız Medeni Kanununda aile konutu ile ev eşyası üzerinde eşlerin tek başlarına tasarrufta bulunamayacakları düzenlenmiştir²⁵⁴. Belçika Medeni Kanununda ise Fransız Medeni Kanununda yer alan hüküm tekrarlanmış ve ayrıca yapılamayacak işlemler arasında ipotek tesisi ve kira sözleşmesinin feshi olduğu da düzenlenmiştir²⁵⁵.

Yasa koyucu aile konutu ister eşlerden birisinin mülkiyetinde olsun isterse de eşlerden biri tarafından kiralanmış olsun ayırım yapmaksızın aile konutu üzerindeki

²⁵³ Köseoğlu/Kocaağa, s. 646.

²⁵⁴ Giray, s. 430-431.

²⁵⁵ Giray, s. 431.

kullanma ve yararlanma hakkını etkileyecek olan hukuki işlemlerde birlikte hareket etme zorunluluğunu kabul etmiştir²⁵⁶.

Aile konutu olarak kullanılan yerin eşlerden birisi tarafından kira sözleşmesi yapılmak suretiyle temin edilmiş olması halinde sözleşmenin tarafı olmayan eşin kiralayana bildirim yapması ile bu eş de sözleşmenin tarafı haline gelir. Bu eşin yapacağı bildirimle birlikte diğer eşle birlikte müteselsil sorumluluğu söz konusu olur ve bu sorumluluk kanundan kaynaklanır²⁵⁷. Kiralayan tarafından sadece kira alacağına yönelik olarak dava açılacak ise eşler arasında ihtiyari dava arkadaşlığı söz konusu olurken tahliye yönelik olarak açılacak davaların her iki eşe birlikte yöneltilmesi gerekir²⁵⁸. Böyle bir bildirim yapılmamış ve eş sözleşmenin tarafı olmamış olsa dahi kiracı olan eş, kira sözleşmesini eşinin açık rızası olmaksızın feshedemeyecektir. Bu düzenleme önceki uygulamada sıklıkla karşılaşılan bir soruna çözüm bulmak için getirilmiştir. Zira eMK döneminde kiracı olan eş, evlilik birliğini sona erdirmeyi göze aldığı anda evi terk etmek ve kira ödemeyeceğini de kiralayana bildirmek suretiyle ekonomik özgürlüğü olmayan kadın eş ve çocukların kapı dışına atılmasına neden olmaktadır²⁵⁹.

²⁵⁶ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 532; Gümüş, s. 76-77.

²⁵⁷ Gençcan, s. 1143; Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 49; Demir, s. 703; TMK m. 194/4 hükmünün feshe izin verme yetkisi ile donatılmış bulunan sözleşmeye taraf olmayan eşin kendisini de müteselsil sorumlu hale getirecek bir bildirimde bulunmasının olağan olmaması nedeniyle ölü hüküm olduğu hakkında Bkz. Gümüş, s. 81.

²⁵⁸ Sungurtekin Özkan, “*Medeni Kanun'un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri*”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, Eskişehir 2003, s. 87.

²⁵⁹ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 532.

TMK m. 194 ile kiracı konumunda bulunan eşin kira sözleşmesini feshedemeyeceği belirtilmiş ise de kiralayan açısından getirilmiş bir sınırlama bulunmamaktadır. Kiralayan fesih sebeplerinin varlığı halinde kira sözleşmesini feshedebilir²⁶⁰.

Aile konutu üzerinde aynı hakka sahip olan eşin bu konut üzerindeki kimi tasarruf işlemlerinin yasa koyucu tarafından sınırlandırıldığını ve diğer eşin açık rızasına bağlandığına değinmiştim. Bu bakımdan mülkiyet sahibi olan eşin konutu satması mümkün olmadığı gibi aile konutu üzerinde diğer eşin rızası aranmaksızın ipotek tesis etmesi, oturma hakkı veya intifa hakkı tesis etmesi de mümkün değildir²⁶¹.

TMK m. 194 hükmü eşler arasındaki mal rejimine bağlı olmaksızın uygulama alanı bulacaktır ²⁶². Yani aile konutu olarak kullanılan taşınmaz eşlerin edinilmiş malları arasında olmasa dahi TMK m. 194 hükmü emredici olarak uygulanacaktır ²⁶³. Kiracı olan eşin bu durumu kötüye kullanarak kiralayan tarafından sözleşmenin

²⁶⁰ Büyüktanır(Açıklamalar), s. 76; Gümüş, s. 79 dn. 286.

²⁶¹ Demir, s. 704; Gümüş, s. 77; Şıpka, s. 119; Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2017/1775 Esas 2018/12459 Karar sayılı ilamı ile “Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin “açık rızası” şarttır.

Somut olayda, davalılardan Türkiye Vakıflar Bankası A.Ş. ipotek tesisine davacı eşin muvafakatının alındığını ileri sürmüş, davacı ise sunulan “muvafakatname”deki imzanın kendisine ait olmadığını belirterek muvafakatnameyi kabul etmemiştir. “Muvafakatname” başlıklı belgedeki davacının ismi altındaki imzanın davacının eli ürünü olmadığı 19.11.2014 tarihli adli tıp raporu ile tespit edilmiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında, hak sahibi olan davalı erkek, davacı kadının açık rızasını almadan, taşınmaz üzerine Türkiye Vakıflar Bankası A.Ş. lehine 10.02.2009 tarihinde ipotek tesis ettirdiği anlaşılmaktadır. Tüm bu nedenlerle mahkemenin de kabulünde olduğu üzere aile konutu niteliğinde duraksama bulunmayan taşınmaz için davacı (kadın)’ın bilgisi ve onayı dışında, bir başka deyişle açık rızası alınmadan Türk Medeni Kanunu’nun 194/1. maddesi hükmüne aykırı olarak ipotek tesis edilmesi nedeniyle açılan davanın kabulüne karar verilmesi gerekir” denilmek suretiyle benzer görüşe yer verilmiştir.

²⁶² Şahin, s. 1436; Gümüş, s. 69.

²⁶³ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 534-535; Anıl/Taner, **Eşler Arasındaki Mal Rejimleri**, İstanbul 2011, s. 60.

feshine neden olmasını engellemenin yolu ise yukarıda sözünü ettiğim kiralayana yapılacak yazılı bildirim ile kiracı sıfatını haiz olmayan eşin sözleşmenin tarafı olmasını sağlayan hükümdür²⁶⁴.

Aile konutu üzerinde hak sahipliği bulunmayan eş, tapu kütüğüne şerh konulmasını talep edebilir. Söz konusu şerh kurucu değil bildirici olduğundan tapuya şerh konulmasa dahi TMK m. 194'te düzenlenen tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin hükümler geçerliliğini korur²⁶⁵. Buna ilişkin olarak Yargıtayın emsal nitelikte verdiği bir karar da bulunmaktadır²⁶⁶. Burada tartışmalı olan husus üçüncü kişilerin

²⁶⁴ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 532-533.

²⁶⁵ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 179; Ergün, s. 44-45; Ateş, **Edinilmiş Mallara(Kazanılmış) Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul 2013, s. 146; Adıgüzel, s. 133-134; Doğan, s. 291; Barlas, s. 129-130; Başpınar, s. 93; Şerhin etkisine yönelik son dönemde verdiği bir kararında Yargıtay şu tespitleri yapmıştır: "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194/1. maddesine göre, "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi "konulmuş olmasa da" eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır.

Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten varolduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilmese bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira dava konusu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu nedenle aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh "kurucu" değil "açıklayıcı" şerh özelliğini taşımaktadır.(2. HD 03/12/2015 tarih ve 2015/17096-23003 E. K. sayılı ilamı)".

²⁶⁶ **Hukuk Genel Kurulu 2006/2-591 E, 2006/624 K.** Taraflar arasındaki "tapu iptal-tescil ve aile konutu şerhi verilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; (Sivas Aile Mahkemesince davanın reddine dair verilen 28.10.2004 gün ve 609-1142 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay ikinci Hukuk Dairesinin 03.05.2005 gün ve 2547-7234 sayılı ilamı ile,

(...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş, yeni kanunda 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerde "aile konutu" adı altında yeni bir hukuki kavram getirmiştir.Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi "eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacağını" hükme bağlamıştır.Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına onamına bağlanmıştır. Amaç aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almaktır. Bu koruma evlilik birliği devam ettiğine göre 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe girişi 01.01.2002'den önceki edinilmiş aile konutları için de geçerlidir. Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgüledikleri

tartışmasızdır. Davalılar H.... ve H...'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacının da satışa rızasının bulunmadığını bildikleri sabittir. Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Bu açık lamalar karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi uygun görülmemiştir...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yen den yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Temyiz Eden: Davacı vekili

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde tereyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra **gereği görüşüldü:**

Dava, tapu iptal-tescil ve aile konutu şerhi verilmesi istemine ilişkindir.

Davacı; üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan dava konusu meskenin, tapuda kayden malik olan eşi Yüksel B. tarafından, kendisinin rızası alınmadan davalılara satıldığını, dava konusu meskenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde ifadesini bulan aile konutu olduğunu ileri sürerek; davalılar üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile eşi Yüksel B. adına tesciline ve tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun satıştan altı ay sonrâ yürürlüğe girdiğini, bu itibarla geçmişe etkili olamayacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmişlerdir.

Mahkemece, "davanın kabulüne" dair verilen ilk karar; Özel Daire'ce "hususetin malik eşe de yöneltilmesi gereğine" işaretle bozulmuş; Yerel Mahkeme bozma kararına uyarak, "davalıların tapu kaydına güvenle, aile konutu olduğunu bilmeden taşınmazı satın aldıkları ve meskenin davacı esiri rızası hilafına satıldığını bilmediklerinin anlaşıldığı" gerekçesiyle "davanın reddine" karar vermiştir.

Davacının temyizi üzerine bu karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme "Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesinde ifadesini bulan aile konutunun devir ve buna ilişkin malikin işlem yasağının, taşınmaza daha önceden aile konutu olduğuna yönelik bir şerh konulması halinde mümkün olacağı ve ancak bu halde, üçüncü kişilerin ve dolayısıyla davalıların taşınmazın devrine ilişkin iyi niyetli olup olmadıklarının değerlendirilebileceği" gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyumsuzluk; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin III. fıkrasında yer alan aile konutu şerhinin bir kurucu şerh olup olmadığı, tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet hakkı kazanan işlem tarafı üçüncü kişinin bu kazanımının korunup korunmayacağı noktasındadır.

Bir başka ifadeyle Yerel Mahkeme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin III. fıkrasında yer alan şerhin kurucu bir şerh olması sebebiyle, şerhin yokluğunda artık işlem tarafı üçüncü kişinin iyi niyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunmasını öngörmekte; Özel Daire ise, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malin maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememiş olsa bile işlem tarafı üçüncü kişi kötü niyetli ise şerhin yokluğuna rağmen kazanımının korunamayacağını kabul etmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun aile konutu ile ilgili 194. maddesi ile tapu kütüğündeki tescile iyi niyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunmasına ilişkin 1023. maddesi hükmünün birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanununun "Aile konutu" başlığı altında düzenlenen 194. maddesi; "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza Verilmeyen eş, hakimın müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur." hükmünü öngörmüştür.

Anılan maddenin gerekçesinde ise "Bu madde ile İsviçre Medenî Kanununun 169. maddesine uygun olarak eşlerin hukukî işlemlerinde 193. maddeyle kabul edilen genel kuralın bir istisnasına yer verilmiştir. Madde eşlerin aile konutlarıyla ilgili hukukî işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesine istisna getirmiş ve böylece aile konutu ile ilgili bazı hukukî işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kabul edilmiştir. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir mal varlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukukî işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarını etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakları ve buna benzer diğer hukukî işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlanmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır. Maddede, aile konutunu eşlerden birinin kiralaması halinde, diğer eşin bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi öngörülmektedir. Bu konu İsviçre Medenî Kanununda Temmuz 1998 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle "boşanmanın sonuçları" ile ilgili 121. maddede üç fıkra halinde düzenlenmiştir.

Ancak bizde evliliğin devamı sırasında da kira sözleşmesine taraf olmayan eşin mağdur Siması gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle söz konusu hüküm evlenmenin hükümleri kısmında ele alınmıştır.

Diğer eşin kanunun kendisine tanımış olduğu rıza verme yetkisini hak sebep olmaksızın eşinden esirgemesi, bu yolla hakkını kötüye kullanması mümkündür. Bunun önlenmesi için de maddenin ikinci fıkrasında böyle bir rızaya muhtaç olan eşe hakime başvurma yetkisi tanınmıştır." denilmiştir.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Bu kadar önemli olduğu açık olan bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukukî işlem yapması diğer eşin önemli yararlarını zedeler. Bu nedenledir ki, 4721 sayılı Türk

Medenî Kanunu'nun 194. maddesi hükmü ile, bu konutun başkalarına devri diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin rızasına bağlı bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. (Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medenî Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18)

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 194 maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki anılan madde ile, tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. (KILIÇOĞLU, s. 20)

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyi niyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur.

Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyi niyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlanmasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyi niyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir. (KILIÇOĞLU, s. 20)

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır, işlem tarafı olan davalılar H.... ve H...'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildikleri de kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da işlem tarafı olan üçüncü kişiler yönünden gerçekleşmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davanın kabulü gereğine işaret eden özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır.

Sonuç: Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı (BOZULMASINA), istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 04.10.2006 gününde bozmada oy birliği, sebebinde oy çokluğu ile karar verildi.

KARŞI OY YAZISI

...

Değerli çoğunluk ile yerel mahkemenin direnme kararının "bozulması" yönünde aramızda "görüş birliği" vardır. Ancak "bozma gerekçesinde" değerli çoğunduk ile aramızda "görüş ayrılığı" vardır.

Değerli çoğunlukla aramızdaki bozma gerekçesine ilişkin çekişme nedir?

Değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde aile konutu bulunmayan taşınmazını devretmişse işlem tarafı üçüncü kişinin varsa "iyi niyeti korunur" düşüncesindedir. Düşüncemize göre aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde şerh bulunmayan aile konutunu devretmişse hiçbir şekilde işlem tarafı üçüncü kişinin "iyi niyeti korunmaz."

Başka bir anlatımla değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememişse işlem tarafı üçüncü kişinin "kötü niyetini kanıtlamak" (TMK m. 1023) zorundadır. Düşüncemize göre; aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenmemiş olsa bile taşınmazın aile konutu olduğu ve malik olmayan eşin rızasının bulunmadığı gerçekleşmişse hiçbir şekilde üçüncü kişinin iyi niyeti korunmaz.

...

Değerli çoğunluk ile aramızda oluşan "görüş ayrılığı" ise tarafımdan nasıl temellendirilmektedir?

Değerli çoğunluğun "değişik bozma" önerimize katılmayan görüşünün kadının (= Davacı-malik olmayan-rızası alınmayan eş) durumunu iyice güçleştirdiği görülmektedir. Rıza alınmadan yapılan işlemin "kesin hükümsüz" olduğu gerçeği karşısında kadına "kanıtlama kolaylığı" getirmek yerine bir de işlem tarafı üçüncü kişinin kötü niyetini kanıtlama külfeti ile yüklenilmesi normun koruma amacı ile de doğrusu bağdaşmamaktadır. (ŞİPKA, s. 160)

Kanıtlama külfetinden "kurtulmanın" yolunun ise 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 194 f. III hükmünde yer alan şerhin varlığına bağlı kılınması bu şerhi "açıklayıcı" şerhten "kurucu" şerh konumuna getirdiği/yükselttiği gibi, şerhin "yokluğunda" ise uygulamadaki bariz ispat zorluğu dikkate alındığında 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 194 hükmünün uygulanamazlık anlamında "ölümü" sonucunu doğurmaktadır. Ülkemizde tapu kayıtlarının "ezici çoğunluğunun" erkekler üzerinde olduğu gerçeğinden (=Bu gerçek, farkında olunmamakla/görmezden gelinmekle maalesef yok olmamaktadır) konuya baktığımızda karşılaşılan manzara hiç de iç açıcı değildir. Önce mal rejimleri konusunda "sözleşme yükü" (4722 SK m. 10) altına sokulmuş olan kadınların bu kez de aile konutu (TMK m. 194) koruması için "şerh yükü"/ "kanıtlama yükü" altına konulduğu gözlenmektedir.

Bir an için akla gelebilecek "Aile konutu şerhi olmazsa/davalının iyiniyeti görmezden gelinirse mülkiyet ediniminde kaos olur" düşüncesi bile aile konutu şerhi gibi bir müesseseden yoksun İsviçre uygulamasında sanıldığı gibi bir kaos da yaşanmamış olması gerçeği karşısında inandırıcı değildir.

Davacı kadının /barınma hakkı/Kanunun koruma amacı ve hedefi/emredici yasal düzenleme ise işlem tarafı üçüncü kişinin iyi niyetine/yolsuz tescile "tercih" edilmektedir.

Karısının rızasını almayan (TMK m. 194 f. II), rızanın verilmeyişinden rahatsız olup da hakim m. müdahalesini talep etmeyen (TMK m. 194 f. II) başka bir anlatımla diğer eşin izni ve hakim yetkilendirmesi olmaksızın adeta 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yer alan düzenlemeleri "hiç sayan"/"umursamayan" koca bu davada "seyirci" statüsünde kalmıştır.

"4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 194 hükmünü yok sayan ve karısını onun rızasını almadan/almayarak açık seçik/bilerek ve isteyerek mağdur eden koca, mağdur karısının üçüncü kişinin kötü niyetini ispatlayıp ispatlayamayacağı yönündü bu davayı "sanki davanın tarafı değilmiş/sanki çekişmeyi kendisi değil de karısı çıkarmış gibi" sadece dışarıdan izlemektedir/izlemiştir.

Buna karşılık kadın ise; gerçekleştirilen işlemlere hiçbir katılımı bulunmadığı halde yokluğunda yapılmış hukuki işlemde (=aile konutunun devredilmesi) rızasının alınmaması sanki geçerli ve meşru imişcesine başka bir anlatımla ortada geçerli bir hukuki işlem varmışcasına hiç tanımadığı, çoğunlukla da tanınmasının peşinen olanaksız olduğu işlem tarafı insanların/kişilerin kötü niyetini (TMK m. 1023) kanıtlamak zorunda bırakılmıştır.

Düşüncemizin anlaşılabilir kılınabilmesi ve doğru olarak değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanununda yer alan "Eşlerin hukuki işlemleri" konusuna açıklık getirmek gerekmektedir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 193 hükmüne göre "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça", eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle "her türlü hukukî işlemi" yapabilir. Başka bir anlatımla "kural olarak" eşlerden her biri diğeri ile her türlü hukukî işlemi yapabileceği gibi eşlerden her biri üçüncü kişilerle de her türlü hukukî işlemi yapabilir. Eş "kural olarak" herhangi bir yetkili makamın onayına bağlı olmadan ve "eşinin rızasını almadan" her türlü hukukî işlemi yapabilir. Bu konularda hakim kararına gereksinim yoktur. (Ömer Uğur GENÇCAN, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınevi: I. Cilt, (TMK. m. 1-351), An kara 2004 (1614 sayfa), II. Cilt, (TMK. m. 352-1030) Ankara 2004 (1628 sayfa), kısalt ma: GENÇCAN-TMK, s. 1091)

Ne var ki 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 193 hükmünde yer alan "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesine dayanılarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerden birinin aile konutu ile ilgili sadece aşağıdaki işlemlerle sınırlı olarak "fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır";

-Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshedilmesi,

-Aile konutunun devredilmesi,

- Aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması,

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 194 hükmünde yer alan tapu kütüğünü kilitleme "kendiliğinden" gerçekleşmişken 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 199 hükmünde bir "hakim Kararı" gereklidir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" gerçeği ve gerekçesi "...Madde eşlerin aile konutlarıyla ilgili hukukî işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesine istisna getirmiş ve böylece aile konutu ile ilgili bazı hukukî işlemlerin

diğer eşin rızasına bağlı olduğu kabul edilmiştir. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukukî işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarını etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakları ve buna benzer diğer hukukî işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırılmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır...." sözleriyle ifade edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu m. 194 f. I hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" ise "Eşlerden biri, 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça,' aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." sözleriyle biçimlendirilmiştir.

"Fiil ehliyeti sınırlamasına" yönelik düşüncemiz aynı zamanda İsviçre öğretisinde-ki "çoğunluk görüşü" olduğu gibi Türkiye öğretisinde de kabul gören bir düşüncedir. TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s. 205, HEGNAUER/BREİTSCHMID, N. 17.17, s. 183, HAUSHEER/GEİSER/KOBEL, N. 08.103, s. 89, ÖZTAN, s. 205-206.) Amaç aileyi bir bütün olarak korumaktır. (HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 169, nr.37a, HASANBÖHLER, Art. 169, nr.11, AKINTÜRK, s. 352-354, ÖZTAN, s. 205-206.)

Eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" olgusu 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça,' vurgusu ile seslendirilmiştir. Başka bir anlatımla 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına devri "diğer eşin açık rızasına" bağlanmıştır. Böylece aile konutu olarak özgülenen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin "rızasına bağlı" bir hukukî işlem olarak kabul edilmiştir. (Şükran ŞİPKA, Aile konutu ile ilgili işlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194), Doçentlik başvuru eseri, İstanbul-2004, s. 137, Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207, Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medenî Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18)

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına devri diğer eşin "rızasına" değil de "açık rızasına" bağlanmıştır. Rızanın sözlü olarak verilmesi yeterli görülse idi "rızasına" deyişi maksadı anlatmaya yeter de artardı bile. Oysa özellikle "açık rıza" deyişiyle maksadın farklı olduğu gösterilmiştir Biz bu sebeple "açık rıza" deyişini rızanın "resmî şekilde" olarak alınması olarak yorumladık. (Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-2, s. 564, GENÇCAN-TMK, s. 1095) Nitekim İsviçre Tapu Tüzüğü (GBV) Art. 13a hükmü ile ZGB m. 169 gerekçesinde "yazılı rıza" deyişi varken İsviçre tapu uygulamasında da yazılı şeklin "resmî makam" tarafından onaylanması aranmaktadır. (SCHMID, s. 609, ŞİPKA, s. 143)

Rıza alınmadan yapılan işlemin ise "kesin hükümsüz" (GENÇCAN-TMK, s. 1096, 3036; GENÇCAN-Boşanma-2, s. 565) olduğu hemen hemen bütün bilimsel görüşlerde ve uygulamada kabul edilmektedir. (ŞİPKA, s. 153)

...

Sonradan verilen rıza ise ex tunç (geçmişe etkili) olarak hüküm ve sonuç doğurur. Başka bir anlatımla işlemi "geçerli" hale getirir. (DURAL/ÖGÜZ/GÜMÜŞ, a. 213, ÖZTAN, s. 207)

...

iyi niyet iddialarının dikkate alınıp alınmayacağıdır. Bilindiği üzere TMK m. 1023 hükmü ile tapu siciline güven ilkesi kabul edilmiş olup tapudaki bir hakka güvenerek aynı hak kazanan kişinin hakkı, tapu kaydı gerçeğe uygun olmasa dahi korunur²⁶⁷. Yukarıda sözünü ettiğimiz Yargıtay kararında iyi niyetli üçüncü kişinin aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazlar bakımından aynî hak kazanımıyla ilgili olarak iyi niyetinin korunup korunmayacağı da tartışılmış ve aile konutuna ilişkin şerhin bildirici nitelikte olmasının TMK m. 1023 hükmünün uygulanmasına engel olmayacağı, tapuda yer almayan bir kaydın olmadığına güvenen üçüncü kişinin kazanımının korunacağı sonucuna ulaşılmıştır. Doktrinde de aile konutunu devralan veya üzerinde sınırlı ayni hak kazanan kişinin taşınmazın aile konutu olduğunu bilmemesi halinde elde ettiği hakkın korunacağı ifade edilmiştir²⁶⁸. Aile konutu şerhi, iyi niyet iddialarının önüne geçme amacına hizmet eder²⁶⁹. Bununla birlikte Yargıtay yukarıda bahsettiğim ve alıntılıdığım karardaki görüşünü değiştirmiş, karşı

Diğer eşin izni ve hakim'in yetkilendirmesi olmaksızın işlem tarafı üçüncü kişi adına yapılacak tescil "yolsuz bir tescil" olup eşlerden biri tarafından açılacak olan tapu kütüğünün düzeltilmesi davası (TMK m. 1025 f. I) ile düzeltilmesi her zaman istenebilir. (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215) Başka bir anlatımla rıza alınmadan yapılan hukuki işlem "geçersiz" olup rızası alınmayan eş bunun "iptalini" talep edebilecektir. (KILIÇOĞLU, s. 22)

İşlem tarafı üçüncü kişinin oluşan zararı ise culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında malik olan eşten istenebilir.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun sistematigi, Kaynak Kanun uygulaması, gerek Türkiye ve gerekse İsviçre öğretisindeki "baskın görüşler" dikkatle incelendiğinde değerli çoğunluk görüşüne katılabilmem olanaklı değildir. Açıklanan sebeplerle yerel mahkeme kararının "belirttiğim gerekçelerle" bozulması görüşünde olduğumdan değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılmıyorum.

²⁶⁷ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 535.

²⁶⁸ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 535; Dural/ Öğüz/ Gümüş; s. 178-179.

²⁶⁹ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 535-536.

oydaki görüşe itibar etmiş ve “eşin açık rızası” şartını geçerlilik şartı olarak kabul ederek TMK m. 1023 hükmünün uygulama alanı kalmadığını hükme bağlamıştır²⁷⁰.

²⁷⁰ “Dava, aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılması istemine ilişkindir.

Davacı vekili, müvekkili ile davalının 15.06.1982 tarihinden bu yana evli olduklarını, davalı eş adına tapuda kayıtlı olup 1997 yılından itibaren müşterek çocukları Murat Pamuk ve Serhat Pamuk ile birlikte yaşadıkları ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ’nun 194. maddesi anlamında aile konutu niteliğinde bulunan taşınmazın, davalı eş tarafından müvekkilinin bilgisi ve muvafakati dışında, dava dışı Alkan Makine Boya San. Tic. Ltd. Şti. ile diğer davalı T. Vakıflar Bankası T.A.O. arasında imzalanan kredi sözleşmesinin teminatı olarak davalı banka lehine ipotek ettirildiğini, kredi borcunun ödenmemesi üzerine davalı bankaca başlatılan icra takibi üzerine bu durumdan haberdar olduğunu, davalıların kötüniyetli olduklarını, müvekkilinin ipotek işlemine açıkça muvafakatinin bulunmadığını ileri sürerek, aile konutu üzerine konulan ipoteğin kaldırılmasını ve icra takibinde taşınmazın satışının teminatsız olarak durdurulmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı T. Vakıflar Bankası T.A.O. vekili, dava konusu taşınmazın tapu kaydında aile konutu olduğuna dair bir şerhin bulunmadığını, müvekkili bankanın iyiniyetli olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Davalı Mehmet Pamuk, yapılan usuli tebligata rağmen yargılamalara katılmamıştır.

Mahkemece, TMK’nın 194/1. maddesinde eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlamanın aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının herhangi bir öneminin bulunmadığı, eldeki davada davacı eşin rızası alınmaksızın aile konutunun ipotek olarak davalı eş tarafından gösterilmesinin TMK’nın 194/1 maddesine aykırılık teşkil ettiğinden bahisle davanın kabulü ile dava konusu aile konutu üzerindeki ipoteğin kaldırılmasına dair verilen karar, davalı T. Vakıflar Bankası T.A.O. vekilinin temyizi üzerine, Özel Dairece yukarıda açıklanan nedenlerle oyçokluğu ile bozulmuştur.

Mahkemece, önceki gerekçelerle ipoteğin kaldırılmasına dair ilk kararda direnilmiştir.

Direnme kararı, davalı T. Vakıflar Bankası T.A.O. vekili tarafından temyiz edilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; ipotek işleminin davacı ve ipotek veren davalı ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasına göre, bu hususun davacının ipotek işleminden haberdar olup bu işleme muvafakat ettiği anlamına gelip gelmediği noktasında toplanmaktadır.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 194/1. maddesine göre,

“Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.”

Bu madde hükmü ile aile konutu şerhi konulmuş olmasa da eşlerin birlikte yaşadıkları aile konutu üzerindeki fiil ehliyetleri sınırlandırılmıştır. Sınırlandırma aile konutu şerhi konulduğu için değil, zaten var olduğu için getirilmiştir. Bu sebeple tapuya aile konutu şerhi verilme bile o konut

aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir. Dolayısıyla bu haktan önceden feragat edilemeyeceği gibi eşlerin anlaşmasıyla da ortadan kaldırılamaz ve açık rıza ancak “belirli olan” bir işlem için verilebilir.

TMK’nın 193. maddesi ile eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle olan hukuki işlemlerinde özgürlük alanı tanınmış olmakla birlikte TMK’nın 194. madde hükmü ile eşlerin aile konutu ile ilgili bazı hukuksal işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kuralı getirilerek eşlerin hukuki işlem özgürlüğü, “aile birliğinin” korunması amacıyla sınırlandırılmıştır. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Bu cümleden hareketle, aile konutunun maliki olan eş aile konutundaki yaşantıyı güçlüğe sokacak biçimde, aile konutunun ipotek edilmesi gibi tek başına bir ayni hakla sınırlandıramaz. Bu sınırlandırma ancak diğer eşin açık rızası alınarak yapılabilir.

TMK’nın 194. maddesi yetkili eşin izni için bir geçerlilik şekli öngörmemiştir. Bu nedenle sözkonusu izin bir şekle tabi olmadan, sözlü olarak dahi verilebilir. Ancak maddenin ifadesinden de anlaşılacağı üzere, iznin “açık” olması gerekir (GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler; Vedat Kitapçılık, İstanbul 2007, Birinci Basıdan İkinci Tıpkı Bası, 41-42 sh.).

Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötüniyetli ve muvazaalı işlemleri ile aile konutunun elden çıkarılma tehlikesi nedeniyle ipotek işlemine diğer eşin açık rızası şarttır.

Somut olayda, davalı eş dava konusu aile konutu üzerinde diğer davalı banka lehine ipotek tesis etmiş, bu işlem sırasında davalı banka tarafından davacı eşin açık rızası alınmamıştır.

Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde ipotek işleminin, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediye teminat teşkil etmek üzere kurulmuş bulunmasının da önemi bulunmamaktadır. Bu durumda, TMK’nın 194/1 maddesi eşin açık rızasını aradığından, yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkansızdır.

Hukuk Genel Kurulunda yapılan görüşmeler sırasında bir kısım üyelerce; ipotek işleminin kurulmasına neden olan, davacı ve davalı eş ile aynı çatı altında oturan müşterek çocukların kullandığı krediden ve dolayısıyla da ipotek işleminden davacı eşin haberdar olmadığını kabul etmenin hayatın olağan akışına aykırı olduğu ileri sürülmüş ise de yukarıda açıklanan nedenlerle bu görüş Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir.

Hal böyle olunca, mahkemece, yukarıda açıklanan yasal düzenleme ve ilkelere uygun değerlendirme yapılarak davanın kabulüne karar verilmesi ve bu kararda direnilmesi usul ve yasaya uygun olup; direnme kararının onanması gerekir.(Yargıtay HGK 15/04/2015 tarih ve 2013/2-2056 E. 2015/1201 K. sayılı ilamı)”.

İkinci Bölüm

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA YÖNELİK MEDENİ KANUNDA YER ALAN ÖNLEMLER

Evlilik birliğinin korunması başlığı altında Türk Medeni Kanununda ayrı bir bölüm olmakla birlikte evlilik birliğini korumaya yönelik önlemler bundan ibaret değildir. Bu kısımda TMK'nin çeşitli bölümlerinde yer alan birliğin korunmasına ilişkin önlemlere değinilecek, özel kanunlarda yer alan düzenlemelere ise sonraki bölümde yer verilecektir.

I. GENEL OLARAK

A. Evlilik Birliğinin Korunmasına İlişkin Hükümlerin Kanun Sistematigi İçindeki Yeri

Aile hukuku, Türk Medeni Kanununun ikinci kitabıdır. Kanunun bu kitabı üç kısma ayrılmıştır. Birinci kısım evlilik hukuku, ikinci kısım hısımlık, üçüncü kısım ise vesayet başlığını taşır.

Evlilik hukuku kendi içinde dört bölüme ayrılmıştır. Bunlar;

- Evlenme,
- Boşanma,

- Evliliğin genel hükümleri,
- Eşler arasındaki mal rejimi şeklindedir.

Bir kanunun sistematığı yasa koyucunun konuya ilişkin tercihlerini ve uygulama silsilesini göstermesi bakımından büyük önem taşır. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulunun bir kararında Sn. Sami Selçuk şöyle belirtmiştir: “Bir yasa yalnız metni, noktası, virgülleriyle değil, sistematığıyla ve bu sistematığı belirlemede temel öğeleri oluşturan başlık, alt başlık ve yan başlıklarıyla birlikte yürürlüktedir”²⁷¹. Bu nedenle bir yasa, bütün alt ve yan başlıkları ile birlikte yürürlükte olup yasanın yorumunun da bu durum gözden uzak tutulmadan yapılması gerekir. Evliliğin genel hükümleri ve bu arada evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler boşanmadan hemen sonra düzenlenmiştir. Bana göre kanun koyucunun buradaki tercihi çok da doğru olmamıştır. Zira evlenmenin nasıl yapılacağını düzenleyen hükümlerden hemen sonra evlilik birliğinin nasıl yürütüleceğine ve bu esnada karşılaşılan sorunların çözüm yollarına değinmek gerekirken boşanmaya daha önce yer verildiği görülmektedir. Tabii ki buradan yasa koyucunun boşanmaya öncelik verdiği, evliliklerin sona erdirilmesini teşvik ettiği sonucuna ulaşılamaz; ancak evliliğin genel hükümlerine ilişkin düzenlemelerin bir kısmında boşanmaya ilişkin hükümlere atıf yapılmış olması ve Yargıtayın evlilik birliğinin korunmasına ilişkin şimdiye kadarki içtihatlarında boşanmaya ilişkin içtihatlarındaki kıstasları uygulaması hâkimlerin bu hükümleri pek de önemli olmayan bir yan yol görmesi gibi bir sonuç doğurmaktadır. Bu durumun diğer hukukçulara da sirayet etmesi

²⁷¹ Selçuk, **Karşıoylarım**, Ankara 2001, s.493 15/06/1988 tarih ve 19843 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu kararına yazılan karşı oy.

halinde yasanın bu düzenlemeleri yeterince incelemeye konu olmayacak ve uygulanmayabilecektir.

B. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Görevli mahkeme, 4787 sayılı kanunun 4. maddesi uyarınca aile mahkemeleridir²⁷². Aile mahkemelerinin kurulmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleri, aile mahkemesi sıfatıyla görevlidir²⁷³.

Yetkiye ilişkin olarak ise TMK'nin 201. maddesinde bir düzenleme yapılmıştır. Buna göre yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesidir²⁷⁴. Eşlerin yerleşim yeri farklı ise ilk olarak talepte bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır.

Yetkiye ilişkin kanunda yer alan bu düzenlemeler kamu düzenine ilişkin değillerdir²⁷⁵. Dolayısıyla yetkinin kesin olduğundan söz edilemez. Mahkeme yetki itirazı, ilk itiraz olarak ileri sürülmedikçe yetkisiz olduğunu belirterek kendiliğinden yetkisizlik kararı veremeyecektir.

Kanunda açıklık bulunmamakla birlikte yetkiye ilişkin kuralların TMK'de yer alan evlilik birliğinin korunmasına ilişkin diğer hükümler bakımından da geçerli

²⁷² Ayan, s. 281; Gümüş, s. 134-135.

²⁷³ Dural/Ögüz/Gümüş, s. 185-186; Öztan(Aile), s. 229; Ayan, s. 281.

²⁷⁴ Akıntürk, s. 125; Ayan, s. 281; Gümüş, s. 133.

²⁷⁵ Ayan, s. 281.

olduğu sonucuna varılabilecektir²⁷⁶. Buna örnek olarak eşlerin temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin TMK m. 190, aile konutu şerhi konulmasına ilişkin TMK m. 194 hükümleri verilebilir.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirler bakımından mahkemenin görev ve yetkisi boşanma veya ayrılık davasının açılmasıyla sona erer; ancak görevli ve yetkili mahkeme tarafından alınan önlemler devam eder²⁷⁷. Boşanma veya ayrılık davasını gören mahkemenin TMK'nin 169. maddesine göre geçici tedbirleri almasıyla birlikte bu tedbirler TMK'nin 195 vd. maddelerine göre alınan tedbirlerin yerine geçecektir.

II. HÂKİMİN GENEL MÜDAHALESİ

Evlilik birliği içerisinde eşler arasındaki uyuşmazlıklara ilişkin temel müdahale normunu TMK m. 195 oluşturmaktadır. Madde hükmü şu şekildedir:

“Evlilik birliğinden doğan yükümlölüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşölmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler.

Hakim, eşleri yükümlölükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

²⁷⁶ Gümüş, s. 134; Gençcan, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, C. 1, Ankara 2015, s. 1070-1071 (Kısaltma:TMK).

²⁷⁷ Gümüş, s.134.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.”

Hâkim, eşlerin birlikte veya ayrı ayrı başvurmaları üzerine, şartları da gerçekleşmişse kanunda yer alan önlemlerden biri veya birkaçını alabilir. Bu arada hatırlatmak gerekir ki evlilik birliğinin korunmasına ilişkin diğer önlemler açısından kanunda yer alan özel şartların gerçekleşmesi ve eşlerin bu önlemin alınmasını talep etmiş olması da şarttır²⁷⁸.

TMK m. 195 ve devamında yer alan evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin tedbir niteliğinde olduğunda kuşku bulunmamakla birlikte HMK bağlamında ihtiyati tedbir olarak nitelendirilmesi doğru değildir²⁷⁹. Dolayısıyla HMK'nin geçici hukuki korumalara ilişkin 389-406. maddelerinde yer alan hükümlerin evlilik birliğinin korunması kapsamında uygulama alanı bulması söz konusu değildir. Ancak doktrinde savunulan bir görüşe göre hâkimin TMK m. 198 kapsamında hâkimin eşlerden birisinin birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde bu eşin borçlularına ödemeyi diğer eşe yapmalarını emretmesini öngören kararına 3. kişilerce uyulmaması halinde HMK m. 398'de yer alan disiplin hapsinin kıyasen uygulanabileceği savunulmaktadır²⁸⁰.

Hâkimin müdahale yetkisinin kapsamının ne olduğunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Hâkimin müdahalesi temelde bir arabuluculuk faaliyetidir ve

²⁷⁸ Ayan, s. 200-201; Koçhisarlıoğlu(Son Gelişmeler), s. 446; Akıntürk, s. 126; Öztan(Aile), s. 216; Doğan(Yenilikler), s. 103; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 762; Tekinay, s. 337; Köprülü/Kaneti, s. 124-125; Tandoğan, s. 132; Gümüş, s. 137; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187.

²⁷⁹ Sungurtekin Özkan, s. 85.

²⁸⁰ Sungurtekin Özkan, s. 86.

hâkim, uyuşmazlık konusu hakkında eşlerin yerine geçerek bir karar alamaz. Örneğin, çocuklarına koyacakları isim konusunda uyuşmazlık yaşayıp hâkime başvuran eşlerin çocuğuna hâkim isim koyamaz, zira bu hak münhasıran çocuğun anne ve babasına aittir²⁸¹. Hâkim, sadece eşleri uyuracak ve arabuluculuk yapmak suretiyle eşlerin ortak bir çözüme ulaşmalarına katkı sağlayacaktır. Bu nedenle müdahale kavramının Gümüş'ün de belirttiği şekilde “arabuluculuk” olarak anlaşılması zorunludur²⁸². Diğer bir ifadeyle hâkimin işlevi aracı ve uzlaştırıcı

281 Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de önüne gelen bir uyuşmazlıkta konuya ilişkin benzer mahiyette şu şekilde karar vermiştir: “Davacı baba, 21.09.2016 tarihinde doğan ortak çocuğa davalı annenin kendisine haber vermeksizin “Ömer Asaf” adını koyduğunu, ortak çocuğun adına anne ve babanın uzlaşması ile karar verilebileceğini belirterek, Türk Medeni Kanununun 195. maddesine göre hakim bu konuda müdahalesini talep ve dava etmiş, mahkemece; “5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun ilgili maddesine göre doğum bildiriminin anne tarafından yapılabileceği ve annenin ortak çocuğa tek başına ad koymasında yasal bir engel olmadığı” gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı tarafından temyiz edilmiştir.

Taraflara ait nüfus kaydı kapsamında; tarafların 13.09.2014 tarihinde evlendikleri, ortak çocuğun 21.09.2016 tarihinde doğduğu ve davalı annenin 28.09.2016 tarihinde nüfus müdürlüğüne başvurusu ile çocuğun adının “Ömer Asaf” olarak nüfusa tescil edildiği anlaşılmaktadır.

Çocuğun adını ana ve babası koyar (TMK m. 339/5). Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır (TMK m. 195). Doğum bildirimi; veli, vasi, kayyım, bunların bulunmaması hâlinde çocuğun büyükanne, büyükbaba veya ergin kardeşleri, yada çocuğu yanında bulunduranlar tarafından yapılır (5490 S.k m. 15/5).

Mahkemenin gerekçesine esas aldığı Nüfus Hizmetleri Kanununda çocuğun adının konulmasına ilişkin bir düzenleme olmayıp, Kanunun 15/5. maddesinde doğum olayının bildirilmesi düzenlenmektedir. Yasal gerekçesi yukarıda belirtildiği üzere; çocuğu diğer kişilerden ayıran onun kişi olarak ifade edilmesini sağlayan, aynı ailedeki kişileri birbirinden ayırt etmeye yarayan bir kavram olan çocuğun adını ana ve babası birlikte koyarlar. Ancak, ana ve babanın, velayet hakkının kapsamı içerisinde yer alan çocuğun adı konusunda anlaşmazlığa düşmeleri halinde, ana ve baba ayrı ayrı veya birlikte hakim müdahalesini isteyebilirler. O halde; mahkemece tarafların gösterdikleri deliller usulüne uygun şekilde toplanıp taleple ilgili olarak, Türk Medeni Kanununun 195. maddesinde gösterilen usul çerçevesinde bir karar vermek gerekir” (2016/26017 Esas, 2017/14036 Karar sayılı ilam).

²⁸² Gümüş, s. 137.

olmaktır. Hâkim, hiçbir şekilde eşlerin yerine geçerek karar veremeyecek, sadece eşleri uzman kişilerin yardımını alma konusunda ve uzlaşmaları hususunda yönlendirecek, deyim yerindeyse tıpkı bir aile büyüğü gibi soruna çözüm bulma yollarını göstermek suretiyle eşlere rehberlik yapacaktır²⁸³.

A. Şartları

TMK m. 195'e göre hâkimin arabuluculuğunun söz konusu olması için “eşlerden birisinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmesi ve eşlerin tek başına veya birlikte talepte bulunması” gerekir.

Evlilik birliğinden doğan yükümlülükler hem kanundan hem de sözleşmeden doğan yükümlülükler dâhildir.

Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinin içerisine hiç kuşkusuz ki eşlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri ile birlikte diğer aile bireylerine ve çocuklara karşı olan yükümlülükleri de girer²⁸⁴. Eşlerin, ailenin geçimine güçleri oranında katılmamaları, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, kumar oynama alışkanlığı, cinsel veya duygusal sadakatsizliği, eşlerin cinsel birleşmeden sebepsiz

²⁸³ Baygın, s. 461; Gümüş, s. 137; Ayan, s. 204-205; Koçhisarlıoğlu (Son Gelişmeler), s. 445-447.

²⁸⁴ Kanunda kullanılan ifadenin hatalı olduğu, evlilik birliğinden doğan yükümlülükler yerine eşlerin ailesine karşı yükümlülükleri ifadesinin kullanılmasının gerekli olduğu hakkında Bkz. Gümüş, s. 137-138, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187.

yere kaçınmaları, fiziksel veya psikolojik şiddet uygulanması, hastalık vb. hallerde eşlerin birbirlerine destek olmamaları, eşlerin birbirlerine gerekli yardımı sebepsiz yere yapmamaları, çocukların bakım ve gözetiminden kaçınmaları ihlallere örnek olarak gösterilebilir²⁸⁵. Yükümlülük ihlallerinin boşanma sebebi oluşturabilecek düzeyde olmaları gerekmez. Bununla birlikte TMK m. 195'teki önlemlerin alınması amacıyla hâkimin arabuluculuğunun istenebilmesi için evlilik birliğinden doğan yükümlülük ihlallerinin ciddi olması, belli bir ağırlıkta olması gereklidir²⁸⁶.

Yükümlülük ihlalinden kaynaklı olarak hâkimin müdahalesi için bir zarar doğmuş olması gerekmemeyle birlikte²⁸⁷ yükümlülük ihlalinin kusur sorumluluğuna dayanıp dayanmadığı hususunda doktrinde iki görüş vardır. Bir görüşe göre, yükümlülük ihlali yeterli olup ayrıca eşin kusurlu olması aranmaz²⁸⁸. Bu görüş savunucularına göre kusur aranmamasının nedeni, önlemlerin evlilik birliğini koruma amacına yönelik olmasıdır. Benim de katıldığım diğer görüşe göre eşe yükümlülük

²⁸⁵ Akıntürk, s.135-136; Öztan (Aile), s. 211; Gümüş, s. 138; Ayan, s. 191-193; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 246; Büyüktanır(Açıklamalar), s. 74; Feyzioğlu, s. 202; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187.

²⁸⁶ Öztan(Aile), s. 211; Uçar'a göre ciddi bir ihlalin belirli bir ölçüsü olmadığından hâkimin müdahalesinin oldukça kısıtlı bir alana ilişkin olması gerekir. Uçar, s. 331; Doğan'a göre evlilik birliğine ilişkin bir konunun önemli olup olmadığına hâkim karar vermelidir. Bu bakımdan eşlerin şahsi geçimsizlik konuları değil, ailenin yaşamsal menfaatleri söz konusu ise hâkimin müdahalesi olmalıdır. Doğan(Yenilikler), s. 101; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187; İhlalin boyutunun boşanmayı gerektirecek kadar ağır olması halinde de boşanmayı tercih etmeyen eşin hâkimin müdahalesini isteyebileceği hakkında Bkz. Öztan(Aile), s. 212; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187.

²⁸⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 765; Öztan(Aile), s. 215; Ayan, s. 193-194; Feyzioğlu, s. 202.

²⁸⁸ Öztan(Aile), s. 212-213; Ayan, s. 196-197; Oğuzman/Dural, s. 161; Saymen/Elbir, s. 146; Köprülü/Kaneti, s. 124; Tandoğan, s. 132.

ihlalinin eşin kusurlu davranışından kaynaklanması gerekir²⁸⁹. Ancak kusurlu davranışın kast boyutuna ulaşması gerekmez, ihmal düzeyindeki kusur da yeterlidir.

Yükümlülük ihlali oluşturan davranışın süreklilik taşıması gerekmez. Somut olayda tek bir kusurlu davranış dahi TMK m.195'e göre hâkime başvurmayı haklı kılıyorsa hâkimin arabuluculuğu talep edilebilir. Belli bir ağırlıkta olmayan ve ciddi nitelik taşımayan davranışlar için hâkime gidilemeyeceğini ifade etmiştik. Bununla birlikte bu ihlaller süreklilik kazanmışsa davranışların bütün olarak değerlendirilmesi sonucu evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülük ihlalinin belirli bir ağırlığa ulaştığı kabul edilebilecek ve hâkime başvurulabilecektir²⁹⁰. Doktrinde, evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerin bir kez ihlal edilmiş olması halinde hâkime başvurulamayacağı yönünde bir görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, yükümlülüğe aykırı davranışın belli ölçüde süreklilik de taşıması gerekir²⁹¹.

Eşlerin hâkimin arabuluculuğunu isteyebilecekleri diğer bir durum ise eşlerin birliğe ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleridir. Evlilik birliğinin dışındaki bir konuya ilişkin uyuşmazlığa düşülmesi halinde hâkime başvurulamaz²⁹². Eşlerin evlilik birliği içindeki konumları, çocukları ile aralarındaki ilişkiler evlilik birliğinden kaynaklanmış kabul edilir. Önceki kanundan farklı olarak yeni TMK ile birlikte eşlerin birlik içerisinde eşit konumda oldukları ve birliği beraberce yönetecekleri düzenlenmiş olduğundan eşlerin birliğe ilişkin her türlü kararı kural

²⁸⁹ Akıntürk, s. 136-137; Tekinay, s. 337.

²⁹⁰ Gümüş, s. 139.

²⁹¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 764; Ayan, s. 194; Öztan(Aile), s. 213; Akıntürk, s. 131.

²⁹² Ayan, s. 199; Gümüş, s. 140.

olarak birlikte almaları gerekir²⁹³. Tabiatıyla eşlerin her konuda aynı görüşte olmaları düşünülemez. İşte eşlerin fikir ayrılığına düşüp karar veremedikleri konularda, eğer ortada önemli bir konu var ise hâkimin arabuluculuğu istenebilir. Kanaatimce uyuşmazlığın önemli olup olmadığı konusunda eşlerin sübjektif durum ve düşünceleri değil objektif olarak uyuşmazlık konusu olayın önemli olup olmadığı hususu dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan kabul edilmesi gereken kıstas ise uyuşmazlık konusunun evlilik birliği için yol ayrımı niteliğinde olabilecek birliğin sağlıklı bir şekilde devamı için hayati önemde olması aranmalıdır²⁹⁴. Bu hallere örnek olarak ise çocuğa ad seçimi, çocukların hangi okula gidecekleri, küçük yaşta evlenmek isteyen çocuğa nişan yapılıp yapılmayacağı, aile konutunun seçimi, evlilik birliğinin tasarruflarının değerlendirilmesi gösterilebilir²⁹⁵.

B. Önlem Çeşitleri

i. Uyarıda Bulunma

Hâkim, eşlerden birinin veya her ikisinin talep etmesi üzerine eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır. İhtar ancak hâkim yapabilir. Hâkim dışında bir başka üçüncü kişinin TMK m. 195 anlamında ihtar yapabilmesi mümkün değildir. Uyarı, yapısı gereği eşlerden birinin veya her ikisinin evlilik birliğinden doğan

²⁹³ Baygın, s. 458; Ayan, s. 198-199; Gümüş, s. 140; Tekinay, s. 347-348.

²⁹⁴ Gümüş, s. 140-141; Doğan(Yenilikler), s. 101, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187.

²⁹⁵ Akıntürk, s. 137; Öztan (Aile),s. 213; Ayan, s. 199-200; Zevkililer/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 246; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187.

yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde başvurulabilecek bir önlemdir. Hâkimin uyarısı eşlere bir tür ödev hatırlatma niteliğindedir²⁹⁶. Bu uyarının esas fonksiyonu eşe, diğer önlemlere başvurulmadan sonra son bir hatırlatma yapmaktır²⁹⁷. Hâkimin yaptığı uyarı eşlere yükümlülükleri yerine getirmesi yönünde bir emir sonucunu doğurmaz, sadece eşin davranışının evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri ihlal niteliği taşıdığı hususunda eşin dikkatini çekme sonucunu doğurur²⁹⁸. Bu uyarıyla birlikte eş, ihlal ettiği yükümlülüğü yerine getirmeye yöneltilecek ve evlilik birliğinin devamı sağlanmış olacaktır²⁹⁹. Hâkim, yapmış olduğu uyarıda eşe, birlikten doğan yükümlülüklerini yerine getirmediğini bildirir ve davranışlarını değiştirmedeği takdirde kanunda öngörülen önlemlerin alınabileceğini ihtar eder³⁰⁰. Hâkim, ayrıca yapacağı uyarıda ihlalin niteliği ve ağırlığına göre durumun suç oluşturabileceğine, yükümlülük ihlalinin Türk Ceza Kanunu (TCK) m. 233/1 gereğince aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olmak yükümlülüğünü yerine getirmeme kapsamında kalabileceğini veya 6284 sayılı kanun kapsamında aleyhine tedbire hükmedilebileceğini de belirtebilir. Hâkimin yapmış olduğu uyarı, ileride açılması muhtemel bir boşanma davasında önemli bir rol oynar³⁰¹.

²⁹⁶ Öztan(Aile), s. 214; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 765; Akıntürk, s. 134; Tekinay, s. 339; Tandoğan, s. 132; Köprülü/Kaneti, s. 126; Ayan, s. 204.

²⁹⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 765; Akıntürk, s. 125; Ayan, s. 204.

²⁹⁸ Gümüş, s. 141; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188.

²⁹⁹ Ayan, s. 204.

³⁰⁰ Öztan(Aile), s. 214; Ayan, s. 202; Uçar, s. 326; Doğan(Yenilikler), s. 102; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 765; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 246.

³⁰¹ Gümüş, s. 142.

Bir önlem olarak uyarı, bazen diğer sert yasal önlemlerden daha etkili olabilir ve beklenen sonucu doğurabilir³⁰².

Hâkim uyarıda bulunacağı eşe, hareketlerini düzeltmesi, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi için belirli bir süre de verebilir³⁰³. Ancak süre verilmesi zorunlu da değildir. Hâkim, bu konuda dava dilekçesinde diğer eşe süre verilmesi yönünde bir talep olup olmadığına dikkat etmeli, eşe süre verilmesi yönünde bir talep yoksa talebi aşar şekilde karar vermemelidir. Hâkim, kusurlu eş uyardığında, bu uyarının işe yarayacağını düşünüyorsa, kusurlu eş ihlalini düzeltmesi için süre verebilir. Verilecek süre, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin bu yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için uygun bir süre olmalıdır³⁰⁴. Uyarılan eşe süre tanınması, hâkimin bu sürenin sonuna kadar birliğe müdahale edemeyeceği anlamına gelmediği evlilik birliğinin korunması ilkesine uygun düşmez³⁰⁵. Şartlar değiştiği takdirde hâkim, süre vermişse bu sürenin bitimini beklemeden diğer eşin istemi ile müdahale edebilir ve kanunda öngörülen diğer tedbirlere başvurabilir³⁰⁶.

TMK m. 195'te düzenlenen ihtar, diğer önlemlere başvurunun bir ön koşulu değildir. Türk Medeni Kanununun 195. maddesinde tüm önlemler eşit konumdadır. Eşler, hangi önlemin faydalı olacağını düşünüyorlarsa o önlemi isteyebilirler³⁰⁷.

³⁰² Könezoğlu, s. 63; Ayan, s. 204; Öztan(Aile), s. 214; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188; Tekinay, s. 339-340.

³⁰³ Sürenin mutlaka belirlenmesi gerektiği yönünde bkz. Öztan(Aile), s. 216; Ayan, s. 205.

³⁰⁴ Ayan, s. 205; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Acabey/Gürpınar, s. 246; Öztan(Aile), s. 215; Könezoğlu, s. 63.

³⁰⁵ Ayan, s. 205.

³⁰⁶ Tekinay, s. 340; Tandoğan, s. 133; Velidedeoğlu, s. 12; Akıntürk, s. 135.

³⁰⁷ Öztan (Aile), s. 214-215; Akıntürk, s. 139-140; Ayan, s.203-207.

ii. ***Uzlaştırma***

Eşler hâkime, evlilik birliğine ilişkin önem taşıyan bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri sebebiyle başvurmuşlarsa hâkim, eşleri uzlaştırmaya, yani eşlerin aralarını bulmaya çalışır. Bu durumda hâkim, bir aile büyüğü gibi eşleri alternatif çözümler aramaya yöneltir ve eşler arasında orta bir yol bulmaya çalışır³⁰⁸.

Hâkim uzlaştırma yaparken, eşleri anlaşmaları hususunda ikna etmeye ve sevgi, saygı dâhilinde ortak bir karar almalarını sağlamaya çalışır.

Uzlaştırma, hâkimin ve her iki eşin katılımıyla yapılır. 4787 sayılı kanun ile aile mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemeye yardımcı olmakla görevlendirilen psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacılar bulunmakta olup eşlerin birlikte başka bir isim üzerinde uzlaşmamaları halinde hâkim tarafından bu kişiler aracılık hususunda görevlendirilebilir.

Hâkim, yapmış olduğu arabuluculuk çalışmasından sonuç alamazsa eşler yerine geçerek karar veremez ve eşleri uzlaşmaya zorlayamaz. Hâkimin bütün çabalarına karşın eşler uzlaşma sağlayamazsa, hâkim onları uzlaşmak için zorlamayacak, eşlerden birinin talebi halinde kanunda öngörülen diğer önlemlerden birini alacaktır³⁰⁹.

³⁰⁸ Ayan, s. 208; Gümüş, s. 141; Doğan(Yenilikler), s. 102; Büyüktanır(Açıklamalar), s. 79; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 246; Öztan(Aile), s. 215.

³⁰⁹ Öztan (Aile), s. 214-215; Akıntürk, s. 126; Ayan, s. 207-208; Koçhisarlıoğlu(Son Gelişmeler), s. 446; Uçar, s. 327; Doğan(Yenilikler), s. 103; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188.

iii. *Uzman Yardımı*

Uyarma ve uzlaştırmanın dışında hâkim, eşlerin birlikte rıza göstermeleri halinde eşlerin uzman yardımı almasına da karar verebilir. Eşlerin bu konudaki rızalarının açık olması gerekir³¹⁰. Hâkimin uzman yardımı istemesi için yalnızca eşlerin ortak rızası yeterli değildir; eşler arasındaki uyuşmazlığın çözümü için uzman yardımının gerekli olduğuna, etkili olacağına inanması da gerekir.

Uzman kişiler psikolog, pedagog, sosyal çalışmacı veya danışman gibi kişiler olabilir. Hâkim takdir yetkisini kullanarak somut olayın gereklerine göre hangi uzman kişiden yardım alınacağını belirler³¹¹.

Hâkim, duruşmada eşlere gerekirse eşlere uzman yardımı isteyebileceklerini hatırlatmalıdır. Uzmanların görevi, temelde hâkimin arabuluculuk faaliyetine yardımcı olmaktır. Uzman, eşlerin yaşadıkları sorun ile sebeplerini tespit etmek suretiyle çözüm yolları hususunda hâkime yardımcı olmaya çalışır³¹². Uzman yardımı sırasında eşlerin; uyuşmazlık konusuna ilişkin kanaatleri, beklentileri, bakış açıları daha sonraki aşamalarda yol gösterici olabilir.

³¹⁰ Akıntürk, s. 126; Ayan, s. 209; Doğan(Yenilikler), s. 102; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 246; Büyüktanır, “*Aile Mahkemeleri*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2003, Sayı: 1, s.29-30.

³¹¹ Ayan, s. 209-210; Akıntürk, s. 126; Doğan(Yenilikler), s. 102; Koçhisarlıoğlu(Son Gelişmeler), s. 445.

³¹² Gümüş, s. 142; Ayan, s. 210.

III. EŞLERİN YAPACAĞI PARASAL KATKININ BELİRLENMESİ

Türk Medeni Kanunu ile birlikte eski kanundan farklı olarak evi geçindirme yükümlülüğünün tek başına kocaya ait olmadığına daha önce değinmiştik. Önceki Medeni Kanunun 152. maddesi ile kocanın ailenin reisi olduğu ve evin geçimi ile giderlerinden kocanın sorumlu olduğu düzenlenmişti³¹³. Yeni kanun ile eşitliği bozan tüm hükümler kaldırılmış olduğundan bu konuda da farklı bir düzenleme getirilmiştir. Evlilik birliğinin anayasası olarak nitelendirilebilecek TMK m. 185-186 hükümleri arasında eşlerin birlik giderlerine katılma yükümlülüğüne ilişkin düzenleme de bulunmaktadır. TMK'nin 186/3 maddesine göre eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.

Eşlerin katılma yükümünü ihlal etmeleri halinde evlilik birliğinin korunmasına yönelik olarak TMK m. 196 hükmü ile eşin yapacağı parasal katkının hâkim tarafından belirlenmesi kabul edilmiştir³¹⁴. Hemen ifade etmek gerekir ki bu

³¹³ eMK döneminde evi geçindirme yükümlülüğü olan kocanın eMK m. 190 hükmü uyarınca koca, karısının münasip bir derecede aile masraflarına katılmasını isteyebilmesi mümkündü. Bu hükme dayanarak kocanın hâkime başvurarak desteğin belirlenmesini talep hakkı bulunmaktaydı. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Doğan(Yenilikler), s. 114; Koçhisarlıoğlu(Son Gelişmeler), s. 439.

³¹⁴ “TMK'nun 195.maddesi uyarınca; evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.

Aynı kanunun 196. maddesine göre de; eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için herbirinin yapacağı parasal katkısı belirler.

Taraflar aynı evde birlikte yaşıyor olsalar da diğer tarafın evlilik birliğinin gereklerini yerine getirmemesi halinde yukarıda anılan kanun hükmü uyarınca sosyal ve ekonomik durumuna uygun şekilde evlilik birliği giderlerine katkıda bulunması zorunludur.(3. HD 11.11.2015 tarih ve 2014/21778 E. 2015/17718 K.)” Yine bu yükümlülüğe aykırı hallere örnek olarak kabul edilen haller bir Yargıtay kararında şu şekilde ifade edilmiştir: “Somut olayda, dinlenen tanık beyanlarına göre;

hüküm sadece ortak yaşam devam ettiği müddetçe uygulama alanı bulur ³¹⁵. Bu nedenle ortak yaşam sona erdikten sonraki parasal katkının tespitine yönelik talepler TMK m. 197 hükmüne göre yapılacaktır.

Eşler arasında birlik giderlerine katılmaya ilişkin uyuşmazlıklar genelde ortak yaşam devam ettiği sürece çıkmayacaktır. Bununla birlikte nadir de olsa ortak yaşam süresince de uyuşmazlık çıkabilir. Kısa süreli ayrılıklar veya eşlerin ortak kararı sonucu ayrı konutlarda yaşamaları halinde ortak yaşam devam edeceğinden ortaya çıkacak olan uyuşmazlıklarda TMK m. 196 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu hallere örnek olarak eşlerin işi münasebetiyle farklı yerlerde oturmaları gösterilebilir.

Eşlerin ortak yaşamı devam ettiği sürece parasal katkının belirlenmesine yönelik olarak TMK m.196'da yer alan hüküm şu şekildedir: *“Eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkısı belirler.*

Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.

Bu katkılar, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir.”

İlk olarak maddenin son fıkrasına bakılırsa yasa koyucunun katkı payının belirlenmesine ilişkin olarak süre sınırlaması öngördüğü görülecektir. Buna göre

birlikte yaşama devam etse de davalının içip içip eve geldiği, evin geçimine katkısı olmadığı ve evin masraflarını kızlarının karşıladığı, böylelikle evlilik birliğinin gereklerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Taraflar arasında ailenin giderleri ve harcamalar yönünden uyuşmazlık bulunmaktadır. Bu durumda davacı için nafaka talep edildiğine göre, TMK'nun 196/1.maddesi gereğince; davacının geçinmesi için gerekli, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve TMK'nun 4.maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesi de gözetilerek; uygun bir miktar nafakaya hükmedilmesi gerekmektedir.(3. HD 09.09.2015 tarih ve 2015/5137-13871 E. K. sayılı ilam)”.

³¹⁵ Ayan, s. 214-215.

hâkime başvuru tarihinden önceki bir yıldan başlamak kaydıyla gelecek dönem için katkı payının belirlenmesi talep edilebilecektir³¹⁶. Hâkime başvuru anında katkı payının tespiti istenen dönem belirtilmediği takdirde hâkim dava tarihinden itibaren tespit yapacaktır³¹⁷. Böyle bir durumda Gümüş tarafından belirtilen geçmiş bir yıl için örtülü bir ibra olup olmadığı hususunda hâkimin re'sen inceleme yapması gerektiği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir³¹⁸. Zira 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 109/3 maddesi uyarınca açıkça feragat edilmediği takdirde daha sonra ayrı bir dava açılmak suretiyle dava tarihinden itibaren bir yıllık süreye ilişkin veya yargılama sırasında yapılacak ıslah ile ıslah tarihinden geriye doğru hesaplanacak bir yıllık süreye ilişkin katkı payının tespiti her zaman istenebilir. Bu duruma somut bir örnek vermek gerekirse, 1 Temmuz 2019 günü

³¹⁶ “...birlikte yaşayan eşler yönünden mahkeme, tedbir nafakasını takdir ederken geçmiş bir yıl için de nafaka talebi var ise, bunu da değerlendirmek zorundadır. Mahkemece, hüküm kısmında geçmişe yönelik nafaka talebinin reddine karar verilmiş; ancak, gerekçe kısmında bu reddin nedenine değinilmemiştir.

Somut olayda, davacı tarafın dava dilekçesinde; tarafların 21 yıldır evli olduklarını, davalının 15 yıldır evin geçimine katkıda bulunmadığını belirttiği, davalının duruşmada; eve yatmak için gittiğini, yaşanan evin davacı kadın tarafından alındığını, aylık 150 TL ev için katkıda bulunabileceğini beyan ettiği, tarafların müşterek çocuğu olan tanığın duruşmada; davalı babanın evin bütçesine hiç katkısının olmadığını, evin tüm giderlerinin davacı anne tarafından karşılandığını ifade ettiği anlaşılmaktadır. Bu ifadeler karşısında davacı tarafın talep ettiği gibi TMK 196/3 maddesi göz önünde bulundurularak geçmiş bir yıl için de tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması hatalı olmuştur. (3. HD 10.06.2015 tarih ve 2015/2656-10662 E. K. sayılı ilam)”.

³¹⁷ Aynı yöndeki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi kararı şu şekildedir: “Davacı-karşı davalı kadın, Türk Medeni Kanunu'nun 196/son maddesine dayalı alacak isteğinde bulunmuş, bu isteğin reddine karar verilmiştir. Eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkısı belirler. Bu katkılar, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir (TMK m. 196/1-3). Bu sebeple, dava tarihinden itibaren son bir yıl içindeki ailenin geçimi için giderler belirlenip, tarafların ekonomik durumları dikkate alınarak, geçmiş bir yıllık toplam giderler üzerinden, davacının yapması gereken parasal katkısının belirlenmesi gerekirken, yetersiz gerekçe ile bu isteğin reddi doğru olmamıştır.” (2016/3092 Esas 2017/8564 Karar sayılı ilam).

³¹⁸ Gümüş, s. 148.

gelecek döneme ilişkin katkı payının tespiti için fazlaya ilişkin haklar saklı tutularak dava açılmış olup yargılama devam ederken 1 Ekim 2019 günü ıslahla geçmiş bir yıl için katkı payının da tespiti istenirse hâkim ancak 1 Temmuz 2018'den itibaren katkı payını hesaplayabilir³¹⁹.

Yasa koyucu parasal katkının belirlenmesine ilişkin olarak hâkim tarafından değerlendirme yapılırken maddi edimler yanında iş görme edimlerinin de dikkate alınması gerektiğini kabul etmiştir³²⁰. TMK m. 196/2'ye göre “eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması” katkı payının belirlenmesinde dikkate alınacaktır.

Hâkim, her somut olayda eşlerin geliri ile birlikte ihtiyaçlarını, yaşam standartlarını, emeklerini de dikkate almak suretiyle hakkaniyete uygun bir katkı payı belirler³²¹. Her iki eş de çalışıyorsa hâkim eşlerin gelir düzeyleri ile birlikte ev işleri,

³¹⁹ Özügür, s. 33.

³²⁰ Akıntürk, s. 130; Gümüş, s. 146; Doğan(Yenilikler), s. 113; Büyüktanır(Açıklamalar), s. 78-79; Uçar, s. 327; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 189.

³²¹ Ayan, s. 214; Doğan(Yenilikler), s. 115; Uçar, s. 327; Öztan(Aile), s. 217; Hakkaniyetin dikkate alınması gerektiğine dair bir kararda şu ifadeler yer almaktadır: “*Türk Medeni Kanunu'nun 196.maddesi gereğince eşlerden birinin istemi üzerine hakim, ailenin geçimi için herbirinin yapacağı parasal katkıyı belirler. Mahkemece, davacı ve müşterek çocuklar için tedbir nafakasına hükmedilmesinde bir isabetsizlik bulunmamaktadır.*

Ancak; Türk Medeni Kanunu'nda eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıkları ile katılacakları hükme bağlanmıştır. Bu bağlamda tedbir nafakası miktarı tayin edilirken, birliğin giderlerine katılmada eşlerin "ekonomik güçleri" dikkate alınmalıdır.

Somut olayda yapılan ekonomik ve sosyal durum araştırmasında; davalının emekli olduğu, 640 TL maaş aldığı, başka gelirinin olmadığı, 200 TL kira ödediği tespit edilmiştir. Davalının tespit edilen sosyal ekonomik durumuna göre takdir edilen nafaka miktarı yüksektir.

O halde, mahkemece; tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumları, davalının gelir düzeyi nazara alınarak; davacının geçimi için gerekli, davalının geliri ile de orantılı olacak şekilde, TMK'nun 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesi de gözetilerek daha uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekirken, tespit edilen sosyal ve ekonomik durumuna göre aylık 640 TL geliri bulunan davalının

çocuk bakımı hususunda eşlerin ortaya koyduğu emeği de dikkate alarak bir katkı payı belirleyecektir³²². Bu gibi hallerde gerekli olduğu ölçüde bilirkişi incelemesi de yaptırılabilir.

Eşlerin her ikisi de çalışıyorsa elde ettikleri gelir doğrultusunda katkı payının belirlenmesi daha kolay olacaktır. Bununla birlikte TMK m. 196/2 hükmü uyarınca ev işlerini yapan, çocukların bakımıyla uğraşan eşlerden biriye bu eşin daha az katkı payıyla sorumlu tutulması da hakkaniyet gereğidir.

Eşlerin geliri birliğin ihtiyaçlarını karşılamada yetersiz kalıyorsa kanaatime göre hâkim, eksik kalan kısmı her iki eş arasında eşit olarak paylaşmalıdır. Zira maddenin amacı evlilik birliğinin korunması olup eşlerin kusur durumu katkı payının belirlenmesinde önem taşımaz. Bu nedenle eksik kalan kısım eşler arasında paylaşılmalıdır. Bu bakımdan doktrinde yer alan TMK m. 185'teki yardım

aylık toplam 500,00 TL nafaka ödemesine karar verilmek suretiyle, davalının geliri ile mütenasip olmayacak şekilde fazla nafakaya hükmedilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir.(3. HD 23.01.2014 tarih ve 2013/16324 E. 2014/913 K. sayılı ilam)”.

322 Parasal katkının tespit edilip verilmesi gereken duruma ilişkin örnek ve bu katkının ne şekilde tespitinin gerektiğine dair yönetime ilişkin olarak Yargıtay şu görüştedir: “Her ne kadar mahkemece, tarafların aynı evde birlikte yaşadıkları, davalının evlilik birliği görevlerini yerine getirdiğinden bahisle davanın reddine karar verilmiş ise de, bu yönde yeterli araştırma yapılmamıştır.

Somut olayda; davacı, davalının 10 aydır bir bayanla gayrimeşru ilişki yaşadığını, ev ile ilgilenmediğini ve ihtiyaçları karşılamadığını, davalının Hollanda'dan 1800 Euro emekli maaşı aldığını ve kira gelirinin de olduğunu; kendisinin ise ev hanımı olduğu ve herhangi bir gelirinin olmadığını belirterek, davalının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle tedbir nafakası talebinde bulunmuş, beyanı alınan tarafların müşterek kızı ise davacı iddialarını teyit etmiştir.

O halde mahkemece; taraflar aynı evde birlikte yaşasalarda diğer tarafın (kocanın) evlilik birliği gereklerini yerine getirmemesi halinde sosyal ve ekonomik durumuna uygun şekilde evlilik birliği giderlerine katkıda bulunması zorunlu olduğundan, TMK'nın 196/1.maddesi hükümleri gözetilerek, bir inceleme ve araştırma yapılmalı, sonucu dairesinde, TMK'nın 4.maddesi gereğince tarafların mali ve sosyal durumları gözönünde bulundurularak hakkaniyete uygun miktarda davacı için nafakaya hükmedilmesi gerekir” (3. HD 2014/1008-8733 E-K).

yükümlülüğü kapsamında diğer eşin evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılanabilmesi için sahip olunması gereken gelir üzerinden belirlenecek katkı payına göre diğer eşin daha fazla katkısının talep edilebileceğine ilişkin görüşe katılmamız mümkün değildir³²³. Zira bu tarz bir önlemle hükmedilecek fazla katkı payının evlilik birliğini koruyucu bir yönü olmayacaktır.

IV. BORÇLULARA AİT ÖNLEMLER

TMK m. 198 hükmüne göre *“Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir.”*

Eşlerin evliliğin genel hükümleri arasında yer alan TMK’nin 186/3. maddesi uyarınca birlik giderlerine güçleri doğrultusunda emek ve malvarlıklarıyla katılması gerekli olup bu yükümlülüğü ihlal eden eşe karşı diğer eşin TMK m. 196 uyarınca tedbir uygulanmasını talep etmesi mümkün olduğu gibi TMK m. 198’de yer alan tedbirin de uygulanmasını istemesi mümkündür³²⁴.

Daha önceki açıklamalarımda da ifade ettiğim gibi TMK m. 196 hükmü ortak yaşam devam ettiği müddetçe uygulanacak bir tedbir olduğu için genelde eşler tarafından bu hükme dayanılarak bir başvuru yapılmamaktadır. Bu nedenle hem

³²³ Gümüş, s. 147.

³²⁴ Akıntürk, s. 131; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s 766; Uçar, s. 327; Oğuzman/Dural, s. 165; Tekinay, s. 346.

ortak yaşam devam ederken hem de ortak yaşam sona erdikten sonra uygulanabilecek bir tedbir olan TMK m. 198 hükmü evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler içinde önemli bir yer tutar.

Hâkimin, birlik giderlerine katılmayan eşin borçlularına yönelik olarak ödemenin diğer eşe yapılması yönündeki talimatının hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Ayan'a göre, hâkim kararıyla birlikte alacağın yargısal temlik söz konusu olur ve alacak diğer eşe geçer³²⁵. İsviçre Federal Mahkemesinin görüşüne göre ise burada özel ve imtiyazlı bir cebri icra tedbiri söz konusudur³²⁶. Bana göre ise burada söz konusu olan tedbir, evliliğin genel hükümlerine özgü nitelik taşıyan bir tedbir olup alacaklı olan eşin alacakları üzerindeki tasarruf yetkisini sona erdiren bir nitelik taşır³²⁷.

Hâkimin, bu tedbire başvurabilmesi için aranan ilk şart, eşlerden birisinin birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesidir³²⁸. Bunun için de öncelikli olarak hâkimin TMK m. 186/3 hükmünde yer alan eşlerin güçleri oranında emek ve malvarlıklarıyla birlik giderlerine katılma yükümlülüğü uyarınca eşlerin katkı payını tespit etmesi gerekir³²⁹. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesinin kusura dayanması gerekli olmamakla birlikte bir seferlik ihlalde veya ihlalin ciddi

³²⁵ Ayan, s. 256; Akıntürk, s. 132; Oğuzman/Dural, s. 165; Könezoğlu, s. 87.

³²⁶ Bkz. Gümüş, s. 181, dn. 575; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 193.

³²⁷ Gümüş, s. 181; Öztan'a göre de ortada alacağın kazai temlik veya havale işlemi söz konusu olmayıp alacaklı eş, üçüncü kişiye karşı daha önce içerisinde bulunduğu hukuki durumu korumakta, ancak alacağını talep etme hakkı sınırlanmış bulunmaktadır. Öztan(Aile), s. 225.

³²⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 766; Gümüş, s. 182; Ayan, s. 253; Köprülü/Kaneti, s. 128; Tekinay, s. 346; Feyzioğlu, s. 206.

³²⁹ Ayan, s. 253.

nitelik taşımadığı durumlarda bu tedbire hükmedilmemesi gerekir³³⁰. İhlalin ciddi olmasından maksat ise birlik giderlerine katılma yükümlüğünün ihlali neticesinde birliğin geleceğinin tehlike altında olması ve eş ile çocukların bu durum nedeniyle zarar görme tehlikesi bulunmasıdır.

TMK m. 198 için aranan ikinci şart ise birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin üçüncü kişilerden alacaklı olması ve diğer eşin bu yönde talepte bulunmasıdır³³¹.

Alacaklı olan eşin özel hukuk kaynaklı alacakları kadar bu eşe doğrudan ödeme yapılmasının gerekli olmadığı kamu hukuku kaynaklı alacakları da TMK m.198 kapsamında değerlendirilir. Özellikle eşin çalışmasından kaynaklı ücret alacakları da hâkimin vereceği talimatın konusunu oluşturabilir. Nitekim Yargıtay da eMK döneminde vermiş olduğu kararlarında eşlerin kamu kurumlarından aldığı aylıkların da bu kapsamda olduğu görüşündedir. Yargıtay mevcut durumda da aynı görüşünü korusa da bu madde kapsamında nafakaya hükmetme imkânı olduğunu kabul etmesi ve öncelikle bu yolun tercih edilmesini araması kanuna aykırılık oluşturmaktadır³³².

³³⁰ Gümüş, s. 182; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 193.

³³¹ Ayan, s. 254; Akıntürk, s. 140; Velidedeoğlu, s. 109; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 193.

³³² “Taraflar uzun yıllardan beri aynı bahçe içerisinde ayrı evlerde yaşamaktadır. Davacı (ev hanımı) kadının ayrı yaşamakta haklı olduğu davacı eşin ileri sürdüğü gibi davalı kocanın evin giderlerine katılmadığı köy bakkalını uyararak eş ve çocuklarının alışveriş yapmasına engel olduğu ve kumar oynadığı tanıklarca ifade edilmektedir.

MK'nun 198.maddesi uyarınca "Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmese, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir".

Birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen alacaklı eşin kişiye sıkı sıkıya bağlı alacakları bu madde kapsamına girmez ve bu alacaklara ilişkin olarak borçlulara talimat verilemez³³³.

Hâkim, talebi yerinde bulursa vereceği kararda alacaklı eşin borçlularına ilişkin olarak hangi borç için hangi miktarda diğer eşe ödeme yapılması gerektiğini

Anılan hüküm Medeni Kanununun, aile birliğinin korunmasına ilişkin "Birliğin Korunması" başlığı altında düzenlenen önlemlerden biridir. Aile birliğinin korunmasına ilişkin bu önlemler (md.195-199); "eşler birlikte yaşarken ailenin geçimi için diğer eşin yapacağı parasal katkının belirlenmesi " (madde 196) "ayrı yaşama halinde nafaka (mad.197) eşlerden birinin borçlularına ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmasının emredilmesi " (madde 198) ve "eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanması " (mad.199) dır.

1479 sayılı kanunun 67.maddesine göre bağlanacak aylıklar nafaka borçları nedeniyle haczedilebilir devir ve temlik edilebilirler.

Bu hükme göre, davalının Bağ-Kur'dan aldığı aylıklı aylığını doğrudan diğer eşin almasına karar verilmesinde Bağ-Kur Yasası yönünden bir engel bulunmamaktadır.

Bağ-Kur, MK'nun 198.maddesindeki "borçlular" terimi içinde yer almalıdır. Hakim anılan hüküm uyarınca koşulları gerçekleştiği takdirde; eşlerin birlikte yahut ayrı yaşaması halinde bu önlemi alabilir.

Önceki MK'nun 198.maddesinde yer alan "emreder" kelimesi İsviçre Medeni Kanununun bu maddeyi karşılayan 171.maddesindeki esaslara uygun olarak emredebilir diye düzenlenerek hakimnin takdir hakkının bulunduğu şeklinde değiştirilmiştir. Bu bakımdan sebeplerin gerçekleşmesi halinde kanundaki önlemlerden birinin tercihi hakimnin takdir hakkı çerçevesinde mütalaa edilmelidir.

O nedenle Medeni Kanunun 198.maddesinde düzenlenen ve birliği korumayı amaçlayan bu önlemlerle, davalı kocanın alacakları üzerindeki tasarruf yetkisi kaldırılmakta olduğundan önemli nedenler halinde bu önleme başvurulmalıdır.

Davalı kocanın sorumluluk sahibi olmadığı, kumar oynadığı, evine harcama yapmayan bir kişi olduğu, eş ve çocuklarının alışveriş yapmaması için talimat verdiği telefon faturalarının ödenmemesi nedeniyle telefonun kesildiği ifade edilmektedir. Bu bakımdan MK'nun 198.maddesinin öngördüğü koşulların gerçekleştiği kabul edilebilir. Ancak, davalı eşin düzenli ve haczi kabil geliri bulunmaktadır. Evlilik birliğinin nafakaya hükmedilmek suretiyle korunması (md.198) mümkündür. Bu gibi durumlarda, diğer eş için ağır neticeler doğuran; onun tasarruf yetkisini sınırlayan yahut "kısıtlı" durumuna sokan bir önleme başvurulmamalıdır.

Mahkemece talebin içeriği de gözetilerek nafakaya hükmedilmesi gerekir” (3. HD 2007/14193-14996 E-K sayılı ilam).

³³³ Gümüş, s. 184.

belirtir ve ödemenin bu eşe yapılmaması halinde borçtan kurtulmayacağını ve mükerrer ödeme yapabileceğini de ihtar eder³³⁴. Borçlu olan üçüncü kişilerin verilecek kararda taraf olmadıklarından yasa yollarına başvuru imkânları yoktur. Bu nedenle borçlu olan 3. kişi verilen karara itiraz edemez. Bununla birlikte borçlu üçüncü kişi alacaklı eşe karşı ileri sürebileceği tüm defî ve itirazları diğer eşe karşı da ileri sürebilir³³⁵.

Üçüncü kişinin hâkimin ihtarına rağmen ödemeyi alacaklı eşe yapması halinde doktrinde ihtiyati tedbirlere ilişkin disiplin hapsini öngören HMK'nin 398. maddesinin uygulanmasını savunan bir görüş olduğuna daha önce değinmiştik³³⁶.

Hâkim, alacaklı eş yerine diğer eşe ödeme yapılmasını emrederken katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin ihlal ettiği katkı payını da dikkate almak, katkı payını aşacak şekilde karar vermemeli ve alacaklı eşin aczine de yol açmamalıdır.

Hâkim kararıyla birlikte, daha önceden ifade ettiğimiz gibi, alacak hakkına sahip olan bu eşin alacağı üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkar. Bunun bir sonucu olarak alacaklı olan eşin alacağına ilişkin yapmış olduğu tasarruf işlemleri askıda geçersizdir ve tedbir talep eden eşin icazeti olmadıkça geçersizdir³³⁷.

³³⁴ Ayan, s. 255; Oğuzman/Dural, s. 165; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 766.

³³⁵ Ayan, s. 255.

³³⁶ Sungurtekin Özkan, s. 86.

³³⁷ Öztan(Aile), s. 225; Akıntürk, s. 145; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 194.

V. TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANMASI

Tasarruf yetkisinin sınırlanması adını taşıyan TMK'nin 199. maddesi şu şekildedir: *“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.*

Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırsa, re'sen durumun tapu kütüğüne şerhedilmesine karar verir.”

Evlilik birliği içerisinde eşlerin kural olarak her türlü hukuki işlemi yapabileceğini belirtmiştik. Yasa koyucu çeşitli düzenlemeler yaparak bu kurala istisnalar getirmiştir. Bunlardan birisi de eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına olanak tanıyan TMK m. 199 hükmüdür. Evlilik birliği içerisinde sorunların arttığı dönemlerde eşlerin birlikten kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal ettikleri veya mal kaçırmaya çalıştıkları bilinen bir gerçektir. Yargı uygulamasında bu gibi hallere ilişkin olarak açılan davalar TBK m. 19'da yer alan muvazaaya ilişkin olarak kabul edilmekte ve Yargıtay tarafından muvazaa iddiasında bulunan eşin boşanma kararının kesinleşmesi öncesinde doğmuş bir alacağından söz

edilemeyeceğinden bahisle davaların reddi gerektiği görüşü benimsenmektedir³³⁸. Bu nedenle yasa koyucu tarafından benimsenen evlilik birliğini korumak için belirli malvarlığı değerlerine ilişkin tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasıyla yapılabileceğine ilişkin düzenleme büyük önem taşımaktadır.

TMK'nin 199. maddesi hem ortak yaşam devam ederken hem de ortak yaşam sona erdikten sonra uygulanabilir³³⁹.

Bu hükmün amacı eşlerin mal kaçırmasını önlemek, eşlerin boşanma davası öncesinde veya sırasında nafaka, tazminat yükümlülüğünden kaçınmak, diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla malvarlığı değerlerinin devrini önlemektir.

Yasa koyucu TMK m. 199 hükmü dışında TMK m. 229 hükmü ile edinilmiş mallara eklenecek değerleri de ayrıca belirlemek suretiyle eşlere ayrıca bir koruma getirmiştir; ancak TMK m. 229'a ilişkin olarak yapılacak taleplerde ispat yükü malvarlığı değerlerinin edinilmiş mallara değer olarak eklenmesini talep eden eşe ait

³³⁸ Yargıtay 4. HD 05/11/2013 tarih 2012/18060 E.-2013/16988 K sayılı ilamı ile “*Kural olarak muvazaa nedeniyle hakları zarara uğratılanlar, tek taraflı veya çok taraflı hukuki işlemlerin geçersizliğini ileri sürebilirler. Çünkü, danışıklı olan bir hukuki işlem haksız eylem niteliğindedir. Muvazaalı muamele (danışıklı işlem) ile hakkın zarar gördüğünün benimsenebilmesi için danışıklı işlemde bulunandan bir alacağın var olması ve bu alacağın ödenmesini önlemek amacıyla danışıklı işlemin yapılması gerekir.*

Somut olayda; davacının eşi davalı Musa Kara tarafından davacı aleyhine 25.09.2009 tarihinde açılan boşanma davasının Ankara 7. Aile Mahkemesinin 2009/128 Esas, 2010/716 Karar sayılı kararı ile reddine karar verildiği, davacı ve davalı eşin halen evli bulundukları, davacı tarafından açılmış boşanma veya katkı payı alacağı davasının bulunmadığı, dolayısı ile davacının davalı eşinden herhangi bir alacağının bulunmadığı anlaşılmaktadır.

İlk derece mahkemesince açıklanan olgular gözetilerek, davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yerinde olmayan gerekçe ve yanlışlıklarla değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmiş olması usul ve yasaya uygun düşmediğinden kararın bozulması gerekmektedir.” şeklinde hüküm verilmiştir.

³³⁹ Akıntürk, s. 132; Gümüş, s. 171; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Acabey/Gürpınar, s. 248.

olacağından henüz malvarlığı değerleri elden çıkartılmadan önlem alınmasını sağlayan TMK m. 199 hükmü ayrı bir önem taşımaktadır.

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin koruma önlemi esasen son derece istisnai olarak uygulama alanı bulur. Bu madde ile amaçlanan evlilik birliğini ve eşlerin menfaatlerini korumak olduğundan yalnızca bu doğrultuda ve korumayı sağlayacak ölçüde malvarlığı değerleri üzerinde tedbir uygulanabilir³⁴⁰.

A. Şartları

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması için yasa koyucu biri alternatifli şart olmak üzere iki şart aramıştır. Alternatifli şartlardan birisi ailenin ekonomik temelinin korunması gereği, diğeri ise evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesidir. Bu şartlardan birisinin gerçekleşmiş olması yeterlidir. TMK m. 199 uyarınca tedbire hükmedilebilmesinin ikinci şartı ise eşlerden birisinin talepte bulunmuş olmasıdır.

³⁴⁰ “Dava, Türk Medeni Kanununun 199. maddesine dayanan davalı eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması isteğine ilişkindir. Anılan hüküm gereğince, 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. Düzenleme böyle olduğuna göre, davalıya ait dava konusu taşınmaz malların değerlerinin belirlenmesi ve evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün gerektirdiği ölçünün, tarafların ekonomik ve sosyal durumları nazara alınmak suretiyle saptanması, bu ölçünün gerektirdiği malvarlığıyla sınırlı olacak şekilde davalının tasarruflarının davacının rızasıyla yapılabileceğine karar verilmesi gerekir. Açıklanan yönde araştırma yapılmadan, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün gerektirdiği ölçü belirlenmeden eksik incelemeye dayalı olarak tüm malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilmesi doğru bulunmamıştır. (2. HD 14.05.2014 tarih ve 2014/3971-11187 E. K. sayılı ilam)”.

Ailenin ekonomik temelının korunması için oluşması gereken tehlike ciddi ve güncel olmalıdır³⁴¹. Bu duruma eşlerden birisinin sebebiyet vermesi şarttır³⁴². Bu gibi hallere örnek olarak ani ve nedensiz malvarlığı eksilmeleri, malvarlığı değerlerinin karşılıksız veya yok pahasına elden çıkarılması, ticari işletmenin sebepsiz kapatılması, kumarda para harcanması, evlilik birliği içerisinde yapılan birikimlerin harcanması, ev eşyalarının satılması veya bağışlanması, gelir getirmeyen işlere girişilmesi gösterilebilir³⁴³. Ailenin ekonomik temelının korunması için tasarruf yetkisinin kısıtlanmasında bir zarar doğması gerekmez, zarar görme tehlikesi bu şartın gerçekleştiğinin kabulü için yeterlidir³⁴⁴.

Alternatif şartlardan ikincisi ise evlilik birliğinden doğmuş olan mali yükümlülüklerden birisinin ihlal edilmesidir. Yasa koyucu tarafından da açıkça belirtildiği üzere her yükümlülük ihlali değil evlilik birliğinden kaynaklanan ve malvarlığı değerlerine ilişkin yükümlülüklerin ihlali halinde bu şart gerçekleşmiş olabilir. Bu bağlamda hükmün amacı da gözetildiğinde eşlerden birisinin birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi, muvazaalı işlemlerde bulunması, diğer eşin edinilmiş mallara katılma rejiminden kaynaklanan katılma alacağını azaltmak kastıyla malvarlığı değerlerini devretmesi halleri tasarruf yetkisinin sınırlandırılması sonucunu doğurabilir³⁴⁵.

³⁴¹ Gümüş, s. 189; Ayan, s. 259; Könezoğlu, s. 87; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 195.

³⁴² Gümüş, s. 189.

³⁴³ Öztan(Aile), s. 226-227; Gümüş, s. 189; Ayan, s. 259.

³⁴⁴ Ayan, s. 260; Gümüş, s. 74.

³⁴⁵ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 61; bir Yargıtay kararında eşin hakkında icra takibi başlatılmasına sebebiyet vermesi haklı sebep olarak kabul edilmiş ve şu şekilde karar verilmiştir: "*Ailenin ekonomik*

Doktrinde bu şart ileri sürülerek TMK m. 199'da yer alan tedbirin doğrudan istenip istenemeyeceği hususunda iki farklı görüş vardır. Bir görüşe göre ³⁴⁶ bu şart nedeniyle tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının istenebilmesi için TMK m. 196 veya m. 197 hükümleri uyarınca eşin yapacağı parasal katkının tespit ettirilmesi, tespit edilen bu katkı payının ödenmemesi veya ödenmeyeceğinin açıkça öngörülmüş olması gerektiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre evlilik birliğinden doğan mali yüküm, katılma yükümüdür. Bu nedenle salt bu yükümlülüğün ihlali halinde ailenin ekonomik temeli tehlikede değilse, yani diğer alternatif şart gerçekleşmemişse doğrudan doğruya TMK m. 199 hükmü uyarınca talepte bulunulamaz. Buna karşılık bir diğer görüş ise ³⁴⁷ kanunda ön şart aranmadığını, kanunun lafzı incelendiğinde ön koşul öngörülmediğini, hâkimin TMK m. 199'a ilişkin gelen talep halinde zaten katkı yükümüne ilişkin de değerlendirme yapacağını belirterek evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün ihlali halinde doğrudan doğruya TMK m. 199 uyarınca tedbir isteyebileceğini savunmaktadır.

Her iki görüşün de isabetli noktaları bulunmakla birlikte kanaatime göre evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün ihlali halinde ön şart olarak katılma payının belirlenmesi aranmaksızın TMK m.199 uyarınca tedbir istenebilir. Hâkim, her katılma yükümlülüğünün ihlali durumunda tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik

varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir (TMK.md.199/1). Toplanan delillerden, davacı-davalı kadının ailenin ekonomik varlığının korunmasını gerektirecek şekilde hakkında icra takibi başlatılmasına sebebiyet verdiği anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunun 199. madde koşulları oluştuğu halde davanın kabulü yerine reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir. (2. HD 23.10.2012 tarih ve 2012/1246-25640 E. K. sayılı ilam) ”.

³⁴⁶ Gümüş, s. 190.

³⁴⁷ Ayan, s. 261-262.

olarak tedbir almayacaktır. Zira bu tedbire hükmedilebilmesi için tedbirin amaca uygun olması ve ölçülü olması gerekir. Bu bakımdan uygulamada ağırlıklı olarak ciddi ve güncel bir tehlike oluşturmeyen hallerde istenen tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik talepler kabul edilmeyecektir. Bununla birlikte eşlerden birisi veya ailenin ekonomik menfaatlerine yönelik ciddi ve güncel bir tehlike var ise zarar gerçekleşmesi aranmaksızın tasarruf yetkisi sınırlandırılabilir. Eşlerden birisinin yurt dışına kaçmaya hazırlanması hali, evdeki eşyaların başka bir yere götürülmesi, ticari işletmesini uygun bir karşılık olmaksızın devretmeye çalışması tehlikenin ciddi olduğunu göstermeye yeterlidir³⁴⁸.

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması için aranan bir diğer şart, eşlerden birisinin talepte bulunmuş olmasıdır. Doktrinde savunulan bir görüş³⁴⁹ boşanma davasında hâkimin TMK m. 169 hükmü kapsamında bu önlemi talep olmaksızın da alabileceğini savunmakta ise de boşanma davasında dahi hâkim talep olmaksızın TMK m. 169'da yer alan re'sen gereken önlemleri alma yetkisine dayanarak tasarruf yetkisini sınırlayamaz. Zira Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 2002/18965-3228 esas ve karar sayılı ilamı uyarınca TMK m. 199'a dayanan talepler nispi harca tabidir. Bu nedenle maktu harç alınarak görülen boşanma davalarında boşanma davasının ferisi niteliğinde olmayan tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin tedbirin ayrıca harçlandırılması gerekli olup 492 sayılı Harçlar Kanunu uyarınca hâkim tarafından harcı tamamlanmayan dava ve işler için bir karar verilemeyeceğinden hâkim, bu tedbire re'sen hükmedemez.

³⁴⁸ Ayan, s. 262; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 195.

³⁴⁹ Gümüş, s.191.

B. Konusu

Hâkim, tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin önlemleri ancak belirli malvarlığı değerleri için alabilir, bu nedenle genel bir sınırlama doğru değildir³⁵⁰. Bu bakımdan Yargıtay kararlarına da yansıdığı üzere tüm taşınmazlara, tüm araçlara ilişkin tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlanması hukuki değildir³⁵¹.

³⁵⁰ Gümüş, s. 191; Ayan, s. 264; Uçar, s. 327; Öztan(Aile), s. 227; Barlas, s. 134; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 195-196.

³⁵¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin 23.12.2010 tarih ve 2010/21219-21853 E. K. sayılı ilamına göre *“Türk Medeni Kanununun 199.maddesi gereğince tasarruf yetkisinin sınırlanmasına karar verilebilmesi için, ailenin ekonomik varlığının korunması ve evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesinin bunu gerektirmesi zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların istemde bulunan eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Taraflar arasında görülmekte olan bir boşanma davası bulunmamaktadır. Gerek işbu dosyadaki gerekse reddedilen vesayet davasındaki delillerden davalının evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğü yerine getirmede anlaşılmaktadır. Bu bakımdan davalının tasarrufunun davacının rızasına bağlanması gerektiği esas itibarıyla doğrudur. Ancak, mahkeme davalıya ait tüm taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamıştır. Taşınmazların değerleriyle ilgili bir araştırma yapılmadığı gibi, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçü de tespit edilmemiştir. Mahkemece yapılacak iş, davalıya ait taşınmazların değerleri konusunda gerektiğinde bilirkişiden görüş almak, belirlenen değerlere göre, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün kapsamını ve gerektirdiği ölçüyü tespit etmek ve ulaşılabilecek sonuç uyarınca karar vermek gerekirken, açıklanan husus gözetilmeden eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”* şeklinde karar verilerek tasarruf yetkisinin hangi malvarlığı değerlerini kapsaması gerektiğine dair incelemenin ne şekilde yapılacağı anlatılmıştır. Yargıtay ölçülülük üzerinde önemle durduğunu ve pek çok kararında bu hususu bozma sebebi yaptığını gösteren kararları şu şekildedir: *“Mahkemece yapılacak iş; davacıya evlilik birliğinden doğan ve yerine getirilmeyen mali yükümlülüklerin tutarını açıklattırmak, tedbir konulacak menkul, gayrimenkul ve hakları buna uygun belirlemekten ibarettir. Bu yön üzerinde durulmadan davalının tüm mal varlığını kapsar şekilde tasarruf yetkisini kısıtlayarak hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.”* (2. HD 2016/21131 Esas 2017/12499 Karar sayılı ilam), *“Olayda davalı erkeğin mal varlığının bir kısmını elden çıkarma yönünde girişimde bulunduğu toplanan delillerden anlaşıldığına göre, davalının tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında gereklilik bulunduğu gerçekleşmiştir. Ne var ki sınırlandırma ölçülü olmalıdır. Mahkemece davalıya ait davaya konu tüm taşınmazlar üzerindeki tasarrufun sınırlandırılmasına karar verilmiştir. Taşınmazların sayı ve nitelikleri dikkate alındığında sınırlandırma ile ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olanın üstünde ve ölçüsüz olduğu görülmektedir. Bu husus dikkate alınarak ölçülülük ilkesine uygun sınırlandırma yapılması gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir.”* (2. HD 2016/2060-9790 E-K sayılı ilam).

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verecek olan hâkim, hükmedeceği tedbirin amaca uygun ve ölçülü olmasına dikkat etmeli, diğer eşin rızası alınmaksızın tasarruf işlemi yapılamayacak malvarlığı değerlerini ayrıca ve açıkça belirtmelidir. Yargıtay'ın bir kararında belirtildiği üzere tasarruf işlemi yapılması diğer eşin rızasına bağlanan malvarlığı değerleri, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektiği ölçüyü aşmamalıdır³⁵².

Sınırlama herhangi bir malvarlığı değeri üzerine konabilir. Taşınır mallar, para, kıymetli evrak, ev eşyası, hisse senedi, banka hesabı, aile konutu dışındaki taşınmazlar üzerine bu sınırlama konulabilir³⁵³.

³⁵² Benzer görüş için Bkz. Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 59; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 196; Konuya ilişkin Yargıtay uygulamasından örnekler: “Dosyaya alınan tapu kayıtlarına göre, çoğu "tarla" niteliğinde olan gayrimenkullerin davalı adına kayıtlı olduğu ve bunların bir çoğunun edinildiği tarihlere göre davalının "kişisel malı" olduğu görülmektedir. Davalının kişisel malları üzerindeki tasarrufları ancak evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerinin yerine getirilmesinin gerektirdiği ölçüde sınırlandırılabilir. Evlilik birliğinden doğan mali yükümlülükler; birliğin giderlerine katılmak (TMK. md. 186/3) çocukların bakım, eğitim ve gözetimini sağlamak, sosyal ve ekonomik durumlarına uygun beraberce yaşayacakları konut edinmek gibi yükümlülüklerdir. Bu yükümlülüklerin gerektirdiği ölçü belirlenmeden, davalıya ait "tarla" vasfındaki sekiz parça taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması ölçülülük ilkesine uygun olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” (2. HD 2011/14806 Esas, 2012/8394 Karar sayılı ilam), Yargıtay 2. HD, 2005/19253 E.- 2006/7175 K. Sayılı ilamı; “Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesine göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim belirleyeceği mal varlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Bu düzenleme ile yasa, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına iki halde gidilebileceğini öngörmüştür. Bunlardan birincisi; sınırlandırmayı ailenin ekonomik varlığının korunması gerekli kılmalı, ikincisi ise evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin bunu gerektirmesidir. Her iki halde de yasa, sınırlandırmanın ölçülü olmasını aramıştır. Ölçülülük, sınırlandırma ile ulaşılmak istenen amaç bakımından sınırlandırmanın gerekli ve orantılı olmasını gerekli kılar. Olayda davalı erkeğin mal varlığının bir kısmını elden çıkarma yönünde girişimde bulunduğu toplanan delillerden anlaşıldığına göre, davalının tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasında gereklilik bulunduğu gerçekleşmiştir. Ne var ki sınırlandırma ölçülü olmalıdır. Mahkemece davalıya ait davaya konu tüm taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilmiştir. Taşınmazların sayı ve nitelikleri dikkate alındığında sınırlandırma ile ulaşılmak istenen amaç bakımından gerekli olanın üstünde ve ölçüsüz olduğu görülmektedir.” (2. HD 2017/5962 Esas 2018/13051 Karar sayılı ilam).

³⁵³ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 63; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 195-196.

C. Hukuki Niteliği ve Sonuçları

Tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin kararın hukuki niteliği hususunda hâkim görüş, bunun bir tasarruf ehliyetinin sınırlanması olduğu yönündedir³⁵⁴. Bu sebeple diğer eşin rızası bulunmaksızın yapılan borçlandırııcı işlemler geçerli iken tasarruf işlemleri ise askıda geçersizdir³⁵⁵. Tasarruf işlemine icazet verilirse işlem baştan itibaren geçerli olacak, aksi takdirde ise geçersiz olacaktır.

Tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin diğer eşin rızasına başvurusu ve bu eşin de haklı bir sebep olmaksızın rıza vermemesi halinde TMK m. 199 hükmünde açık bir düzenleme olmamakla birlikte aile konutuna ilişkin TMK m. 194/2 hükmünün kıyasen burada da uygulanması gerekir³⁵⁶. Buna göre rıza vermeye yetkili olan eş haklı bir neden olmaksızın tasarruf işlemine rıza vermekten kaçınırsa, diğer eş hâkime başvurup haklı bir neden olmaksızın rıza verilmediğini ispatlarsa hâkim tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamayı somut olayın özelliklerine göre tamamen kaldırabilir veya sadece o malvarlığı değerine ilişkin olarak konulmuş olan tasarruf yetkisi sınırlamasını kaldırabilir. Ancak hâkim, diğer eşin yerine geçerek işleme rıza veremez.

Diğer eşin vereceği rıza veya icazet için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir. Buna göre yazılı, sözlü veya zımni olarak rıza verilebilir; ancak

³⁵⁴ Öztan(Aile), s. 227; Akıntürk, s.145-146; Gümüş, s. 193; Ayan, s. 266; Barlas, s. 133; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 196.

³⁵⁵ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 66; Gümüş, 195; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 196.

³⁵⁶ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 67-68.

Tapu Sicil Tüzüğü uyarınca tapuda yazılı talep olmaksızın işlem yapılamayacağından taşınmazlara ilişkin olarak verilecek rızanın yazılı olması gerekir³⁵⁷.

İyi niyetli üçüncü kişilerin, tasarruf yetkisindeki eksikliği bilmemeleri durumunda üçüncü kişilerin yapılan bu işlemler bakımından iyi niyeti korunacaktır. Bu bakımdan yasa koyucu çeşitli koruma önlemleri öngörmüştür. TMK m. 199/2 hükmü uyarınca hâkim, tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin kararla birlikte gerekli önlemleri alacak, TMK m. 199/3 hükmü uyarınca ise taşınmazlara ilişkin sınırlamaları kendiliğinden tapu kütüğüne şerh ettirecektir³⁵⁸.

Hâkimin taşınmazlar dışındaki malvarlığı değerlerine ilişkin alabileceği önlemlere örnek olarak banka hesabına bloke koymak, teminat istemek, tevdi mahalli belirlemek gösterilebilir³⁵⁹. Somut olayın özelliklerine göre hâkim, alınacak önleme karar verecektir. Bu önlemlerin amacı, aleyhine önlem alınan eşin, sınırlamayı ihlal etmemesini sağlamak ve ailenin ekonomik menfaatlerini korumak olduğundan hâkim bu amaca uygun düşen önlemleri almakta serbesttir.

Hâkimin, taşınmazlara ilişkin olarak aldığı karar kurucu yenilik doğuran bir karar olup hâkimin kararıyla birlikte eşin tasarruf yetkisi sınırlanır. Bu nedenle tapuya yapılacak şerh de kurucu değil, bildirici nitelik taşır³⁶⁰. Bununla birlikte

³⁵⁷ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 66.

³⁵⁸ Uçar, s. 328; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 248; Öztan(Aile), s. 227; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 197.

³⁵⁹ Gümüş, s. 196; Barlas, s. 135.

³⁶⁰ Gümüş, s. 197; Ayan, s. 268; Uçar, s. 328.

hâkimin kararının tapuya şerh edilmesinden önce üçüncü kişilerin TMK m.1023 hükmü uyarınca iyi niyetleri korunur³⁶¹.

Tapu kütüğüne konulacak olan şerhin tapu kütüğünü işlemlere kapatıp kapatmayacağı hususunda bir görüş, söz konusu şerhin me haz kanunda yer alan beyan gibi kabul edilmesini ve tapu kütüğünün işlemlere kapatılmasını savunur³⁶². Buna karşın benim de savunduğum doktrindeki hâkim görüşe göre ise konulan şerh, üçüncü kişilerin iyi niyet iddiasını ortadan kaldıracak, fakat tapu kütüğü tasarruf işlemlerine kapanmayacaktır³⁶³.

VI. TEMSİL YETKİSİNİN KALDIRILMASI VEYA SINIRLANDIRILMASI

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisi ve kapsamına ilişkin olarak daha önce evlilik birliğinin genel hükümlerini incelerken gerekli açıklamaları yapmıştım. Bu açıklamalarım ışığında bu bölümde temsil yetkisinin hangi durumlarda sınırlandırılıp kaldırılabilceğine kısaca değinmekle yetineceğim.

³⁶¹ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 66-67; Ayan, s. 268-269; buna karşın Gümüş'e göre ise TMK'nin 1023. maddesi sadece lehine tescil yapılmış olan kimseye yönelik olup TMK m. 199'un amacı da dikkate alındığında henüz tapu siciline şerh işlenmemiş olsa dahi iyi niyet iddiasında bulunulamaz. Gümüş, s. 96-97.

³⁶² Gümüş, s. 198; Ayan, s. 267; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 197.

³⁶³ Barlas, s. 136-137; Kılıçoğlu, **Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Ankara 2002, s. 34-35; Öktem, *“Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”*, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 67, Ankara 2006, s. 323.

TMK m.190 hükmü uyarınca eşlerden birinin talebi üzerine hâkim, temsil yetkisini aşan veya bu yetkiyi kullanmakta yetersiz kalan eşin temsil yetkisini sınırlayabileceği gibi tamamen de ortadan kaldırabilir.

A. Şartları

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması için aranan iki şart vardır. Bunlardan birincisi temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması istenen eşin temsil yetkisini aşmış olması veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalması iken ikinci şart, diğer eşin hâkimden temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını talep etmiş olmasıdır³⁶⁴.

Temsil yetkisinin aşılmasından anlaşılması gereken şey, bu yetkinin açık aşımıdır³⁶⁵. Bu durum, özellikle, eşlerin olağan temsil yetkileri bakımından önem taşır. Daha önce de ifade ettiğimiz gibi her evlilik birliğinde ailenin sürekli ihtiyaçları farklılık gösterir. Ailenin gelir durumu, sosyal çevresi, kültürel seviyeleri gibi hususlar sürekli ihtiyaç kavramının her evlilikte farklılaşmasına yol açar. Ailenin gündelik yaşamına ilişkin olan ve günlük yaşamın devam etmesini sağlayan ihtiyaçlar kural olarak sürekli ihtiyaç olarak kabul edilir³⁶⁶. Eşlerden birisinin harcamaları ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalıyorsa veya miktar itibarıyla eşlerin

³⁶⁴ Hâkimin kendiliğinden temsil yetkisine ilişkin olarak karar veremeyeceği hakkında Akıntürk, s. 120; Doğan(Yenilikler), s. 118; Ayan, s. 221; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar , s. 240.

³⁶⁵ Gümüş, s. 201; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 198.

³⁶⁶ Havutçu, s. 63-64; Yargıtay 15. Hukuk Dairesince 2016/2342 Esas 2017/3987 Karar sayılı ilam ile eşlerden birisinin oturdukları villadaki bahçe düzenlemesine yönelik olarak yaptığı eser sözleşmesi kapsamında bu işin sürekli ihtiyaç olmadığı yönünde karar verilmiştir.

ekonomik güçlerinin açıkça üzerindeyse yani ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürme ihtimali varsa temsil yetkisinin açıkça aşıldığından söz edilebilecektir. Eşin olağan temsil yetkisini açıkça aşması işlem tarafı üçüncü kişiler tarafından bilinebiliyorsa eşlerin müteselsil sorumluluğundan söz edilemeyecek ve sadece işlemi yapan eş bu işlemlerden sorumlu olacaktır³⁶⁷. Zira TMK m. 189 hükmüne göre kural olarak, eşler evlilik birliğini temsil yetkisi bulunmaksızın yapmış oldukları işlemlerden ötürü kişisel olarak sorumludur.

Temsil yetkisinin açık aşımının tek bir hukuki işlemle de olup olamayacağı hususunda bir görüş aşma halinin belli bir süreklilik göstermesi gerektiğini savunur³⁶⁸. Bu görüşün savunucularına göre bir kereye mahsus yetkinin aşılması kasıtlı dahi olsa temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması için yeterli değildir. Buna karşın benim de savunduğum diğer bir görüşe göre ise birden fazla küçük işlemin bir araya gelmesi neticesinde temsil yetkisinin açık aşımı söz konusu olabileceği gibi kimi durumlarda tek bir işlemle dahi temsil yetkisinin açık aşımı söz konusu olabilecektir³⁶⁹.

Eşlerin evlilik birliğini olağanüstü temsil yetkisi olan hallerde kural olarak temsil yetkisinin açık aşımından söz edilemez. Zira mahkeme kararı ile olağanüstü temsil yetkisinin verildiği hallerde yetki verilen işlemin yapılmasıyla temsil yetkisi de sona erer. Yine olağanüstü temsil yetkisinin diğer eşin rızasıyla kullanıldığı hallerde de rıza dâhilinde işlem yapıldığı için aşma söz konusu olmaz. Verilen

³⁶⁷ Gümüş, s. 202; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 199.

³⁶⁸ Havutçu, s. 152; Ayan, s. 219-220.

³⁶⁹ Gümüş, s. 201-202.

rızanın kapsamı dışında işlem yapılması durumunda ise temsil yetkisinin açık aşımı değil temsil yetkisi olmaksızın işlem yapılması durumundan söz edilmesi gerekir.

Eşin temsil yetkisini kullanmakta yetersiz kalmasından anlaşılması gereken husus, eşin temsil yetkisinin sınır ve kapsamını bilemeyecek oluşu veya bilse bile temsil yetkisinin aşılmasının hukuki anlam ve sonuçlarını idrak edemeyecek oluşudur³⁷⁰. Yetersizlik halinde evlilik birliğini temsilen işlem yapan eşin evlilik birliğinin geleceğini düşünememesi, yapılan işlemin kendisi ve eşi üzerinde doğuracağı sonuçları öngörememesi ve ailenin ekonomik geleceğini zarara uğratması söz konusu olur.

Yetersizlik durumu, dışarıdan da açıkça anlaşılabilirse bu durum üçüncü kişilerin evlilik birliğini temsilen yapılan işlemlerden doğan müteselsil sorumluluk kuralını kötüye kullanmaları sonucunu da doğurabilir.

Eşlerden birisinin temyiz kudreti yoksa evlilik birliğini temsil yetkisi de bulunmadığından temsil yetkisini kullanmada yetersizlik de söz konusu olmaz.

Eşlerin evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması için aranan ikinci şart eşlerden birisinin bu konuda hâkimden talepte bulunmuş olmasıdır. Hâkim, eşlerden birisinin talebi olmaksızın temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin nedeni öğrense bile re'sen harekete geçemez³⁷¹.

³⁷⁰ Gümüş, s. 204; Havutçu, s. 153; Ayan, s. 220; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 199.

³⁷¹ Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar , s. 242; Gümüş, s. 204; Havutçu, s. 154; Ayan, s. 263.

B. Mahkeme Kararı ve Sonuçları

Eşlerden birisinin talebi üzerine hâkim tarafından diğer eşin temsil yetkisinin sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına karar verilebilir.

Temsil yetkisinin sınırlanması veya kaldırılması talebinde bulunan eşin sınırlama veya kaldırma sebeplerini ispat etmesi gerekir.

Hâkim, somut olayın şartlarına göre temsil yetkisinin kaldırılması talep edilmiş olmakla birlikte kaldırmayı haklı kılan nedenler olmadığını anlarsa temsil yetkisinin sınırlandırılmasına karar verebilir. Hâkimden sadece temsil yetkisinin sınırlandırılması talep edilmiş ise temsil yetkisinin kaldırılmasına karar verilemez.

Temsil yetkisinin sınırlanması veya kaldırılmasına ilişkin verilen karar eş tarafından kişisel duyuru yoluyla bildirilebilir. Buna karşın talep üzerine hâkimin, kararın ilanına da hükmetmesi mümkündür. Doktrinde bir görüş³⁷², hâkimin takdir yetkisini kullanarak ilan yolunu da belirleyebileceğini, TMK m. 190 hükmünden açıkça anlaşılmamakla birlikte mehzaz İsviçre Medeni Kanununun 174. maddesinin amacının da bu olduğunu savunmakla birlikte kanaatimce bu görüşe katılmak mümkün değildir. Zira TMK m. 190 hükmü ile bu konuda hâkime açık bir yetki verilmemiştir. Bu durumda hâkimin talebi aşar şekilde karar vermesi mümkün

³⁷² Havutçu, s. 156.

değildir. Talep üzerine ilana karar verilmişse bu ilanla birlikte artık üçüncü kişilerin iyi niyet iddiası dinlenmez³⁷³.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin karara rağmen eşin birliği temsilen yaptığı işlemler diğer eşi bağlamaz ve işlemi yapan eş tek başına sorumlu olur³⁷⁴. Ancak bu durumun üçüncü kişiler açısından sonuç doğurması durumun üçüncü kişiler tarafından bilinmesine veya hâkim kararıyla ilan yapılmasına bağlıdır³⁷⁵. Üçüncü kişilerin iyi niyetli olmaları halinde, karar hâkim tarafından ilan edilmemişse, eşlerin müteselsil sorumluluğu devam eder. Bu durumda borçtan dolayı sorumlu tutulan eşin diğer eşe rücu hakkı vardır. Temsil yetkisi kaldırılan eşin yaptığı işlem evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçların için dahi olsa artık bu eş yapmış olduğu işlemlerden kişisel olarak kendi mal varlığı ile sorumlu olur.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin karar, hâkim kararıyla ilan edilmişse artık üçüncü kişilerin iyi niyet iddiası dinlenmez ve işlemi yapan eş bu işleminden dolayı sadece kişisel olarak sorumlu olur. Üçüncü kişiler diğer eşe yönelik herhangi bir talepte bulunamazlar.

Temsil yetkisi kaldırılmış olmakla birlikte, temsile yetkili olmayan eşin daha önce yaptığı işlemler nedeniyle müteselsil sorumluluk devam eder. Bu durum temsil

³⁷³ Ayan, s. 222-223; Öztan(Aile), s. 194; Akıntürk, s. 120; Doğan(Yenilikler), s. 118; Havutçu, s. 157-158; Demir, Sevgi, s. 66; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 199.

³⁷⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 753.

³⁷⁵ Ayan, s. 222; Akıntürk, s. 119; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Acabey/Gürpınar , s. 240; Doğan(Yenilikler), s. 118; Oğuzman/Dural, s. 158; Demir, Pınar Özlem, s. 527; Demir, Sevgi, s. 64-65.

yetkisinin kaldırıldığını bilmeyen iyi niyetli üçüncü kişinin korunması gereğinin bir sonucudur.

VII. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN ÖNLEMLER

TMK m. 194 hükmü ile aile konutu düzenlemesi yeni bir kurum olarak hukukumuzda girmiştir. Yasa koyucu, aile konutu üzerinde aynı veya kişisel hak sahibi olan eşin bu konut üzerinde yapabileceği işlemlerin diğer eş ve bu konutta birlikte yaşayan eşler aleyhine sonuç doğurmasını önlemek için çok önemli hükümler sevk etmiştir. Buna göre aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, diğer eşin rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı kabul edilmiştir.

Tapu kütüğüne aile konutuna ilişkin konulacak şerhin de kurucu değil bildirici olduğuna daha önceki açıklamalarımda yer vermiştim. Bu nedenle tapuda aile konutu şerhi bulunmasa da TMK m. 194/1 kapsamında kalan işlemlere diğer eş rıza göstermedikçe işlemler geçerli değildir. Üçüncü kişilerin iyi niyetine ilişkin hükümler ise saklıdır.

Aile konutuna ilişkin olarak ilgili bölümde ayrıntılı açıklamalarda bulunduğum için bu bölüme bakılması gerekecektir.

VIII. MAL REJİMİNE İLİŞKİN ÖNLEMLER

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 202-281. maddeleri arasında eşler arasındaki mal rejimi düzenlenmiştir. Mal rejimlerine ilişkin düzenlemeler arasında evlilik birliğinin ve eşlerin korunmasına yönelik pek çok önlem de bulunmaktadır. Mal rejimleri konu ve kapsam itibarıyla oldukça geniş olduğundan çalışmanın bütünlüğünü bozmamak adına bu bölümde sadece konuya ilişkin önlemlere değinilecektir. Yasa koyucu biri yasal üçü de sözleşmesel olmak üzere dört ayrı mal rejimi kabul etmiş olup tüm mal rejimlerinde geçerli olacak genel hükümler de sevk etmiştir. Bu hükümler içerisinde evlilik birliğinin ve eşlerin korunmasına yönelik olan hükümler TMK m. 206 vd. hükümlerinde yer alan olağanüstü mal rejimi, bir eşin malvarlığının diğeri tarafından yönetimine ilişkin TMK m. 215 hükmü, envanter yapılmasına ilişkin TMK m. 216 düzenlemesi ile eşler arasındaki borçlara ilişkin TMK m. 217 hükmüdür.

Olağanüstü mal rejimine ilişkin düzenleme aşağıda TMK m. 197 hükmü içerisinde ayrıca incelenecektir.

A. Eşin Malvarlığının Yönetimi

Eşler arasındaki mal rejiminin ne olduğuna bakılmaksızın, kural olarak, eşler kendi malvarlıklarını kendi yönetir. Bu bağlamda bir eşin malvarlığının diğer eş tarafından yönetilmesi eşlerin kendi arasındaki anlaşmayla gerçekleşir³⁷⁶.

TMK m. 215 hükmü şu şekildedir: *“Eşlerden birinin açık veya örtülü olarak mallarının yönetimini diğer eşe bırakması hâlinde, aksi kararlaştırılmış olmadıkça vekâlet hükümleri uygulanır.”*

Vekâlet sözleşmesinde söz konusu olan özen borcuna yönelik TBK m. 506 hükmü burada da uygulanır. Bu bakımdan malvarlığı yönetimi, yönetimi bırakılan malvarlığının korunması, bakımı için gerekli fiili ve hukuki tedbirleri de kapsar³⁷⁷.

B. Envanter Yapılması

TMK m. 216'ya göre *“Eşlerden her biri, diğerinden her zaman mallarının envanterinin resmî senetle yapılmasını isteyebilir.*

Bu envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içinde yapılmışsa, aksi ispatlanmış olmadıkça bu envanterin doğru olduğu kabul edilir.”

³⁷⁶ Gümüş, s. 244.

³⁷⁷ Gümüş, s. 246; Öztan(Aile), s. 239-240.

Envanterin resmi şekilde yapılması öngörölmüş olup noterler tarafından düzenleme veya onaylama şeklinde bu işlemin yapılması mümkündür.

Eşlerin envanter yapılmasına ilişkin talebi üzerine diğer eşin bu talebe uyması zorunludur³⁷⁸. Bu yükümlölük TMK m. 185'te yer alan katılma yükümlölüğünden kaynaklanır³⁷⁹. Bu talebe karşın diğer eşin envanter yapmaktan kaçınması halinde hakime başvurulabilir. Envanter düzenlenmesi de evlilik birliğinin korunmasına ilişkin bir hüküm olduğundan yetkili ve görevli mahkeme TMK m. 201'e göre belirlenir.

Envanter tutulmasını talep hakkından eşlerin feragat etmesi veya bu hakkı zayıflatan anlaşmalar geçersizdir³⁸⁰.

TMK m. 216/2 hükmü ispat yüküne ilişkin bir düzenlemedir. Buna göre eğer envanter, malların getirilmesinden başlayarak bir yıl içerisinde yapılmışsa bunun doğru olduğu kabul edilir. Bu halde envanterin aksini iddia eden eş bunu ispatla yükümlüdür³⁸¹. Bu düzenleme ile mal rejimlerinde ispatı düzenleyen TMK m. 222, 243, 245, 261 hükümlerinde yer alan ispat yükü ters çevrilmiş ve envanterin doğru olmadığını iddia eden eşe ispat külfeti yüklenmiştir³⁸². Bununla birlikte envanter malların getirilmesinden itibaren son bir yıl içinde yapılmamışsa ispata ilişkin genel

³⁷⁸ Sarı, **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi**, İstanbul 2007, s. 120.

³⁷⁹ Öztan(Aile), s. 241; Gümüş, s.247.

³⁸⁰ Anıl/Taner, s. 66.

³⁸¹ Sarı, s. 124.

³⁸² Sarı, s. 124; Gümüş, s. 246 dn. 86.

düzenlemeler geçerli olacak ve envantere dayanan eş, bunun doğruluğunu ispatlayacaktır.

C. Eşler Arasındaki Borçlar

Mal rejimlerine ilişkin ortak hükümler arasında yer alan TMK m. 217 hükmü şu şekildedir: *“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 düzenlemeye göre eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun eşler arasındaki borçlar muaccel hale gelir ve cebri icraya başvurmak da mümkündür³⁸³. Ancak, TBK m. 153 hükmüne göre evlilik birliği devam ettiği müddetçe eşlerin arasında zamanaşımı işlemez, daha önce işlemeye başlayan zamanaşımı da durur.

Yasa koyucu ana kuralı koyduktan sonra eşler arasındaki borcun belirli şartların varlığı halinde ertelenebilmesine de imkân tanımıştır. Buna göre borcun olağan vadesinde ifa edilmesi halinde borçlu eş açısından ciddi bir kayıp ve zarar tehlikesi mevcutsa, evlilik birliği objektif olarak önemli güçlüklerle karşılaşacaksa ve erteleme ile bu tehlike ve güçlüğü ortadan kalkması söz konusu ise borçlu eşin

³⁸³ Gümüş, s. 248.

talebi üzerine hâkim, ödemeyi erteleyip borçlu eşe ödeme için bir süre verebilir. Hâkimin bu kararıyla birlikte borcun muaccel hale geleceği tarih ileri atılmış olacaktır³⁸⁴.

D. Eşlerin Paylı Malları Üzerindeki Tasarruf Yetkileri

Paylı mülkiyetin söz konusu olduğu hallerde ana kural, paydaşlardan her birinin payını diğer paydaşların izni olmaksızın devredilmesidir. Ancak yasa koyucu, edinilmiş mal rejimi için geçerli olmak üzere eşlerin paylı mülkiyetlerinde olan mallara ilişkin tasarruf yetkilerine ilişkin özel bir hüküm kabul etmiştir³⁸⁵.

Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde münhasıran eşlerin paylı mülkiyetlerinde bulunan malları üzerindeki tasarruf yetkileri TMK m. 223/2 hükmü ile sınırlanmıştır. Bu düzenlemeye göre “*Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.*” Rıza olmaksızın payın başkasına devri evlilik birliğinin mutluluğunu ve geleceğini olumsuz etkileyebilir, eşlerin hiç istememekle birlikte üçüncü bir kişiyle ortak olmaları sonucunu doğurabilir³⁸⁶. Bu düzenleme ile söz konusu sakıncaların ortaya çıkmaması düşünülmektedir.

³⁸⁴ Gümüş, s. 249-250.

³⁸⁵ Öztan(Aile), s. 185; Ayan, s. 117.

³⁸⁶ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 56.

Bu düzenleme eşlerden başka üçüncü bir kişinin de paydaş olduğu mallar için geçerli değildir³⁸⁷. Zira anılan düzenleme ile eşler arasındaki ortaklığa eşlerin ortak rızası olmaksızın dışarıdan bir kimsenin dâhil olmaması amaçlanmıştır³⁸⁸. Düzenlemenin amacı dikkate alındığında zaten üçüncü bir kişinin paydaş olduğu bir malda eşin rızasının aranması herhangi bir yarar sağlamayacaktır. Buna karşın doktrinde üçüncü kişilerin de paydaş olduğu mallar bakımından da rıza aranacağına dair bir görüş de bulunmaktadır³⁸⁹.

Yasa koyucu, rıza için belirli bir şekil şartı öngörmediğinden sözlü olarak verilen rıza da geçerlidir. Rıza olmaksızın yapılan borçlandırııcı işlemler geçerlidir. Zira madde ile sadece tasarruf yetkisine sınırlama getirilmiştir³⁹⁰. Rıza olmaksızın yapılan tasarruf işlemleri askıda geçersiz olup verilecek icazetle beraber işlem başından itibaren geçerli hale gelecektir.

Pay üzerinde aynı bir hak kazanan üçüncü kişi aynen TBK m. 46'da ifade edildiği gibi, rızası alınmamış eşe süre vererek işleme icazet verip vermeyeceğini sorabilir. Verilen süre içinde icazet verilmediği takdirde üçüncü kişi de işlemle bağlı olmaktan kurtulur ve işlem baştan itibaren geçersiz olur³⁹¹.

Haklı bir sebep olmaksızın rızayı sağlayamayan eşin hâkime başvurup başvuramayacağı hususunda bir görüş TMK m. 194/2 hükmünün kıyasen uygulama

³⁸⁷ Gümüş, s. 280; Barlas, s. 141; Sarı, s. 65-66.

³⁸⁸ Gümüş, s. 280; Barlas, s. 141.

³⁸⁹ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 63-64.

³⁹⁰ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 64; Gümüş, s. 280.

³⁹¹ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 64.

alanı bulacağı ve hâkimin müdahalesinin talep edilebileceği yönündedir³⁹². Buna karşın diğer bir görüş ise rızayı sağlayamayan eşin yapabileceği tek şeyin paydaşlığın giderilmesini talep edebileceği şeklindedir³⁹³. Bana göre, haklı sebep olmaksızın rıza göstermeyen eşin rıza göstermemesi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğu için TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralı uyarınca hâkimden izin talep edebilmesi gerekir³⁹⁴.

IX. ORTAK YAŞAMA ARA VERİLMESİ

A. Genel Olarak

Medeni Kanunumuz, eşler arasında evlilik birliği devam ederken ortak yaşamın sona erdirilmesini haklı kılan ölçüde uyuşmazlıklar ve sorunlar olabileceğini öngörmek suretiyle bu gibi hallerde dahi ortak yaşamın yeniden tesisi, daha doğrusu evlilik birliğinin korunmasını sağlamak üzere çeşitli önlemler alınabileceğini kabul etmiştir.

TMK m. 197 hükmü şu şekildedir: *“Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.*

³⁹² Gümüş, s. 279.

³⁹³ Bkz. Gümüş, s. 279 dn. 238'deki yazar.

³⁹⁴ Kılıçoğlu(Yenilikler), s. 58.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır.

Eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hâle gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir.

Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır.”

Madde metni incelendiğinde ilk olarak tespit edilebilecek iki husus vardır. Bunlardan bir tanesi eşlerden birisinin ayrı yaşamada haklı olması ve ayrı yaşama için yargısal yetkilendirme aranmamasıdır.

TMK m. 185/3'e göre eşler birlikte oturmak zorundadırlar ve evlilik birliğinin kurulmasıyla beraber eşler birlikte yaşama yükümlülüğü altına girerler³⁹⁵. Bununla birlikte eşlerden birisi ortak yaşam nedeniyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir³⁹⁶. Maddenin lafzına bakıldığında madde aranan şartlardan birisinin

³⁹⁵ Öztan(Aile), s. 218.

³⁹⁶ Haklı sebep oluşturan hallere ilişkin pek çok Yargıtay kararı bulunmakta olup örnek teşkil edebilecek kararlardan bazıları şu şekildedir: “Somut olayda davacı tarafın ayrı yaşamada haklılık olgusuna dayalı olarak eldeki davada tedbir nafakası isteminde bulunduğu, yargılama esnasında dinlenen davacı tanığı Yılmaz Uyar'ın beyanında; "davacının kendisini telefonla arayarak eniştesinin kendisini evden kovduğunu, Bursa'daki kızının yanına gitmek istediğini, onların da torununa bakabileceğini söylediklerini ilettiğini, müşterek konutu, eşinin kendisini kovması nedeniyle terkettiğini söylediğini bildirmiş, diğer davacı tanığı (damadı) ise; baldızının evinde bir süre çocuk bakan davacının, daha sonra kendi evlerinde kalmaya başladığını, ayrı yaşamaya başladıktan sonra eşinin para göndermediğini, davalı tanığı, tarafların kızı Nazike beyanında, bir süre çocuğuna bakması için annesinin yanına geldiğini, daha sonra babasıyla tartıştıklarını söyleyip ablasının

gerçekleşmesi halinde mahkeme kararına gerek duyulmaksızın ayrı yaşama hakkı gerçekleşir³⁹⁷. Bununla birlikte ayrı yaşama halindeki haklılığını ispat etmek isteyen veya ayrı yaşamaya ilişkin şartların gerçekleşip gerçekleşmediği hususunda tereddüte düşen eş, hâkime başvurmak suretiyle ayrı yaşama hakkının bulunduğu tespitini isteyebilir³⁹⁸.

Eşlerden her biri TMK m. 197'de aranan şartların varlığı halinde ayrı yaşama hakkına sahiptir. Bu eşin talebi üzerine hâkim tarafından ayrı yaşamada haklılık olduğu tespit edilen eş lehine maddede öngörülen tedbirler alınabilir. Haklı bir sebep olmadan ortak yaşamın sona erdiren eş aleyhine de bu maddede öngörülen tedbirler alınabilecek, TMK m. 164'te yer alan terke dayalı boşanma davası açılacaktır³⁹⁹.

Ortak yaşama ara verilmesi, TMK m. 170 ve devamı maddelerinde düzenlenen ayrılık kurumuyla amaç yönünden benzerken, sebep ve sonuçları bakımından farklıdır. Her iki durumda da amaç evlilik birliğinin korunması ve eşlerin birlikte yaşamasını temin etmektir. Bununla birlikte ayrılık kararı verilebilmesi için aranan sebepler boşanma sebepleriyle aynıdır; ortak yaşama ara verilmesi ise TMK m. 197'de ifadesini bulan sebeplere dayanır. Bu sebeplerin aynı

yanına geçtiğini, bir süredir evlerinde birbirleriyle konuşmadıkları, ayrı odalarda yaşadıklarını beyan etmiştir. Dinlenen tanık beyanlarına göre, davacının ayrı yaşamada haklı olduğunun (41 yıllık evlilikten sonra davacının nedensiz olarak evini terketmeyeceği de gözönüne alınarak) kabulü gerekir.(3. HD 17.12.2015 tarih ve 2015/14141-20550 E. K.)”.

“...davalının davacı eşi ile birlikte yaşamak için ayrı bağımsız konut temin etmediği, eşine kötü davrandığı ve ailesinin de eşine yönelik hoş olmayan tavır ve davranışlarına müsaade ettiği gözetildiğinde, davacının ayrı yaşamada haklı duruma geldiği anlaşılmaktadır.(3. HD 15.12.2015 tarih ve 2015/15268-20321 E. K.)”

³⁹⁷ Öztan(Aile), s. 359; Akıntürk, s. 136; Gümüş, s. 149; Ayan, s. 229.

³⁹⁸ Öztan(Aile), s. 359.

³⁹⁹ Gümüş, s. 151.

zamanda boşanma sebebi olması da mümkündür, ancak ortak yaşama ara verilmesi için aranan sebeplerin boşanma sebepleri kadar ağır olması beklenmez. Ortak yaşama ara verilmesi için yargısal bir yetkilendirme gerekli değilken ayrılık ancak hâkim kararı ile mümkün olur. Ayrıca hâkim tarafından belirlenen ayrılık süresinin sonunda ortak yaşam yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin açacağı davada hâkim boşanma kararı verir, oysa ortak yaşama ara verilmesinde böyle bir durum söz konusu değildir⁴⁰⁰.

B. Ortak Yaşama Ara Vermenin Şartları

Yukarıda da değindiğimiz üzere ortak yaşama ara vermek için aranan şartlar ortak yaşam nedeniyle eşlerden birisinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşmesi şeklindedir. Yasa koyucu bu şartları alternatif şart olarak düzenlemiştir. Aranan üç şarttan birisinin varlığı halinde ayrı yaşama hakkı doğar.

Eşlerin ayrı yaşama hakkının doğabilmesi için maddede öngörülen sebeplerin ortak yaşamdan kaynaklanması gerekir. Yani, kanunun aradığı şartların bizatihi ortak yaşam nedeniyle doğmuş olması gerekir. Eşlerin kişiliği, ekonomik güvenliği veya

⁴⁰⁰ Ayan, s. 249.

ailenin huzuru için aranan tehlike yakın ve ciddi olmalıdır⁴⁰¹. Bu tehlikenin evlilik birliğini temelinden sarsacak ölçüde ciddi olması gerekmez⁴⁰².

Yargıtay kararlarında ayrı yaşamayı haklı kılan veya kılmayan sebeplere dair çeşitli örnekler verilmiştir⁴⁰³. Bu kararlarda dikkat çeken bir husus çocuklar

⁴⁰¹ Öztan(Aile), s. 218.

⁴⁰² Gümüş, s. 153.

⁴⁰³ Yargıtay 3. HD 2013/10094-12977 E.-K. Sayılı ilamına göre “*Davalı eş ve çocuklarını yanına alarak İstanbul'a gitmediği gibi; bir süre sonra da gelip ailesini yanına alma gayreti içine girmemiş; bu süre içerisinde eşi ve çocuklarıyla iletişime geçmemiş; eş ve çocuklarına maddi-manevi herhangi bir katkıda bulunmamıştır. Evlilik birliğinin yüklediği yükümlülükleri gereği gibi yerine getirmeyen birlikte yaşamaktan kaçınan davalının kusurlu olduğu ve davacının haklı nedenlerle nafaka talep edebileceği*”

Yargıtay 3. HD 2010/20121 E.-2011/651 K. Sayılı ilamına göre “*...davalı kocanın da boşanma davasında ayrılmak istediğini beyan etmesi ve birlikte yaşamak için gerekli çabayı göstermemesi nedeniyle, evlilik birliğinin gereklerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı için nafaka talep edildiğine göre, TMK'nun 196/1.maddesi gereğince; davacının geçinmesi için gerekli, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve TMK'nun 4.maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesi de gözetilerek; uygun bir miktar nafakaya hükmedilmesi*”

Yargıtay 3. HD 2007/17765-17191 E.-K. Sayılı ilamına göre “*...davalının, davacı eşine bağımsız ev açmayarak önce (boşanma davaları devam ederken) yaşlı anne ve babası ile, bu dava açıldığında ise annesiyle birlikte oturmaya zorunlu kıldığı anlaşılmıştır. Boşanma davalarının reddedilmesinden sonra davalının usulüne uygun şekilde davacı eşini müşterek konuta davet ettiği de iddia ve ispat edilmediğine göre, davacının ayrı yaşamada haklı olduğunun kabulü gerekir.*”

Yargıtay 3. HD 2007/4825-4822 E.-K. Sayılı ilamına göre “*...davacı aleyhine davalı tarafından “zina nedeniyle boşanma” davası açılmış ve mahkemece kabule ilişkin verilen hüküm, Yüksek Yargıtay 2. Hukuk Mahkemesi tarafından; “ taraflı tanıkların anlatımlarına itibar edilerek davanın kabulüne ilişkin karar verilmesi doğru görülmediği” gerekçesi ile bozulmuştur. Davalı tarafından ispatlanamayan bu ağır itham karşısında davacı eşin ayrı yaşamakta haklı olduğunun kabulü gerekmektedir.*”

Yargıtay 3. HD 2008/171016-19290 E.-K. Sayılı ilamına göre “*...bağımsız ev açmayan ve davacıyla birlikte yaşamak istemeyen evlilik birliğinin kurulmasına engel olan davalı (koca) olayda kusurludur. Davacı kadın ayrı yaşamada haklıdır.*”.

Yargıtay 3. HD 2009/9477-13744 E.-K. Sayılı ilamına göre “*Davalının davacıya hakaret ve küfür ettiği, yüz felci geçirdiğinde davacıyı kontrollere götürmediği, babasının evine bırakıp gittiği ve ilgilenmediği dosya kapsamından anlaşıldığından davacının ayrı yaşamakta haklı olduğunun kabulü gerekir. Ayrıca ayrı yaşamakta haklı olmasa bile müşterek çocuk için nafakaya hükmedilmesi gerekir.*”

bakımından hâkimin re'sen gereken önlemleri alması gerektiğine ilişkindir. Yargıtay, ayrı yaşamakta haklılığı kanıtlayamayan eşin yanında bulunan çocuğun geçimi için her halde nafakaya hükmedilmesi gerektiğini belirtmektedir⁴⁰⁴.

i. **Kişiliğin Tehlikeye Düşmesi**

Ortak yaşam sebebiyle eşlerden birisinin hukuken korunan kişisel değerlerine, örneğin şeref ve onuruna, vücut bütünlüğüne, cinsel hayatına yönelik ciddi ve yakın bir tehlike doğmuşsa bu eş, ayrı yaşama hakkına sahiptir⁴⁰⁵. Bu tehlike eşlerden birisinin diğeri tarafından topluluk içinde küçük düşürülmesi⁴⁰⁶ veya zor durumda bırakılması şeklinde olabileceği gibi kendisini ilgilendiren bir kısım haksız ithamlarda bulunulması ya da asılsız iddiaların ileri sürülmesi şeklinde de gerçekleşebilir⁴⁰⁷. Bu gibi hallere örnek olarak eşlerden birisinin diğeri dövmesi⁴⁰⁸,

Yargıtay 3. HD 2010/20565 E.-2011/535 K. Sayılı ilamına göre “*Davalının açtığı boşanma davası, davalının kusurlu olması nedeniyle reddedilmiş, davadan sonra da taraflar bir araya gelmemiş, davalı birlikte yaşamak için herhangi bir barış girişiminde de bulunmamıştır. Taraflar uzun süredir ayrı yaşamaktadır. Dolayısıyla davacı ayrı yaşamakta haklıdır.*”.

⁴⁰⁴ “TMK’nun 327.maddesinin 1.fikrasında; “çocuğun bakımı, eğitim ve korunması için gerekli giderler anne ve baba tarafından karşılanır”, aynı kanunun 328/1.maddesinde; “ana ve babanın bakım borcu, çocuğun ergin olmasına kadar devam eder”, 329/1.maddesinde de; “küçüğe fiilen bakan ana veya baba diğeri karşı çocuk adına nafaka davası açabilir”, hükmü yer almaktadır.

Müşterek çocuk yönünden talep edilen önlem nafakası takdirinde ayrı yaşamakta haklılık olgusundan ziyade kimin yanında kaldığı ve kimin tarafından bakıldığı nazara alınır. Çocuk yönünden ayrı yaşamda haklılık olgusu aranmaz. (3. HD 15.04.2015 tarih ve 2014/20735 E. 2015/6373 K.)”.

⁴⁰⁵ Gümüş, s. 153-154.

⁴⁰⁶ “Somut olayda, dinlenen davacı tanıkları, davalının, davacıya sürekli toplum içerisinde “hiç bir şey bilmez, bir şeyden anlamaz, inşallah ölür de kurtulurum” gibi incitici sözlerle gururunu rencide ettiğini beyan etmişler; gerek davacı gerek davalı beyanlarından olay günü tarafların yemek masasında tartıştıkları ve davalının bu esnada masada bulunan yemeği davacının üzerine fırlattığı hususu anlaşılmıştır. Davacı tanıklarının somut, birbirleriyle tutarlı beyanları nazara alındığında davacı ayrı yaşamada haklı olmasına rağmen mahkemece davalının kardeşi ve yengesinin yaşamın olağan akışına aykırı beyanlarına itibar edilerek davanın reddi cihetine gidilmesi usul ve yasaya aykırıdır. (3. HD 20.06.2013 tarih ve 2013/8579-10707 E. K.)”.

⁴⁰⁷ Akıntürk, s. 136.

eşine baskı uygulaması, eşinin dışarı çıkmasına veya çalışmasına izin vermemesi, aile sırlarını ifşa etmesi, eşinin çeşitli kusurları varsa bunları yayması gösterilebilir⁴⁰⁹.

Ayrı yaşama hakkının doğumu için eşlerin kusuru aranmaz. Eşlerden birisinin ağır ve bulaşıcı bir hastalığa yakalanması halinde de ortak yaşama ara verilmesi mümkün olabilir ⁴¹⁰. Bununla birlikte ayrı yaşama hakkının doğması sonucunu doğuran tehlikenin kaynağı diğer eş olmalıdır ⁴¹¹. Diğer aile bireylerinden kaynaklı kişiliğin tehlikeye düşmesi hallerinde ayrı yaşama hakkı doğmaz. Bununla birlikte

⁴⁰⁸ "...eşi tarafından hamile iken dövülen ve ailesinin evine gönderilen davacının, ayrı yaşamakta haklı olduğunun kabulü gerekir. (3. HD 26.10.2015 tarih ve 2015/9001-16544 E. K. sayılı ilamı)".

⁴⁰⁹ Eşlerden birinin diğerinin güvenini sarsacak davranışlarda bulunmasının da haklı sebep sayılacağını kabul eden Yargıtay şu şekilde karar vermiştir: "*Davada, ayrı yaşamda haklılık nedenine dayalı olarak tedbir nafakası talebinde bulunulmuştur. Dinlenen bir kısım davacı tanıkları ile davalı tanığı Hülya Dinçer; davacının, Hollanda'da çalışan davalının yanına gidebilmek amacıyla dil dersi almak istediğini, ancak bu amaçla görüştüğü tanık Hülya'nın davalının istememesi nedeniyle davacıya ders vermekten vazgeçtiğini, diğer taraftan davalının davacıyı geçici de olsa yanına almak için bir girişimde bulunmadığını, bu nedenle davalı izne geldiğinde tarafların tartıştığını ve davalının davacıya karşı şiddet uyguladığını beyan etmişlerdir. Şu durumda, davalının evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmekten kaçındığı ve davacıya karşı güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, dolayısı ile davacı eşin ayrı yaşamakta haklı olduğu ortadadır. (3. HD 26.11.2012 tarih ve 2012/20035-24318 E. K.)*".

⁴¹⁰ Ayan, s. 232; Epilepsi hastası olan eşin geçirdiği nöbetler esnasında diğer eşe zarar vermesi halinde bu eş açısından ayrı yaşama hakkı doğacağına dair bir kararında (3. HD 11.09.2013 tarih ve 2013/9853-12476 E. K.) Yargıtay şu şekilde hüküm kurmuştur: "*Davacı gerek işbu nafaka davasında ve gerekse Sivaslı Asliye Hukuk Mahkemesi (Aile Mahkemesi sıfatıyla) nin 2011/200 Esas-2012/26 Karar nolu davalıya karşı açmış olduğu boşanma davasında, davalının epilepsi rahatsızlığı olduğunu, bu rahatsızlık nüksettiğinde davalının saldırgan tutumlar sergilediğini, hatta bir seferinde davalının boğazını sıkarken kaynanası tarafından kurtarıldığını beyan etmektedir. Davacı tanıkları da davacının boğazında morluklar gördüklerine ilişkin beyanda bulunmuşlardır. Davalı da mahkemenin 02.11.2012 tarihli celsesinde epileptik piskoz rahatsızlığı olduğunu ve tedavisinin devam ettiğini beyan etmiştir. Mahkemece öncelikle davalının bu rahatsızlığının ne kadar süredir devam ettiği, tedavi olup olmadığı, rahatsızlığının geçici ya da kalıcı bir rahatsızlık olup olmadığı, bu rahatsızlık nedeniyle krize girip girmediği, kriz zamanları var ise bu zamanlarda saldırgan tutumlar sergilemesinin mümkün olup olmadığı araştırılmalı, davacının davalıdan ayrı yaşamasını haklı kılacak sebeplerin olması halinde davacı lehine tarafların sosyal ve ekonomik durumları da dikkate alınarak tedbir nafakasına karar verilmelidir. Mahkemece yukarıda belirtilen hususlar araştırılmadan davacının tedbir nafakası talebinin reddine dair hüküm kurulması hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.*".

⁴¹¹ Gümüş, s. 156.

diğer aile bireylerinden kaynaklı tehlikeyi önleme imkânı varken eşin bu konuda duyarsız kalması ve tehlikeyi önlemek için çaba göstermemesi halinde de ayrı yaşama hakkının bulunduğu kabul edilmelidir.

ii. ***Ekonomik Güvenliğin Tehlikeye Düşmesi***

Ortak yaşam sebebiyle eşlerden birisinin ekonomik güvenliği ciddi ve yakın bir tehlike altındaysa ayrı yaşama hakkı doğar.

Eşlerin sahip oldukları meslek veya işinin gelişmesinin veya bu işin yapılmasının diğer eşin bir kısım davranışları nedeniyle önemli bir biçimde tehlikeye karşılanması halinde ayrı yaşama hakkı doğar.

Eşlerden birisinin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi tek başına bu maddenin uygulanmasını haklı kılmaz⁴¹². Doktrindeki bir görüşe göre diğer tedbirlere başvuru halinde ekonomik güvenlik sağlanabilecekse, örneğin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması yoluyla mevcut tehlike bertaraf edilebilecekse bu tedbire başvurulamaz⁴¹³. Daha önceki bölümlerde de ifade ettiğimiz üzere bu görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira yasa koyucu, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlerde ön şart aramamıştır⁴¹⁴. Eşler, şartları varsa

⁴¹² Gümüş, s. 157.

⁴¹³ Gümüş, s. 158 dn. 522.

⁴¹⁴ Yargıtay da aynı görüşte olup verdiği emsal nitelikteki bir kararda doğrudan yapılan nafaka talebinin kabulü gerektiğine işaret etmiş ve ekonomik güvenliğin tehlikeye düşmesi halinde parasal katkı talep edilebileceğini ifade etmiştir: “*TMK.nun 195.maddesi uyarınca, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Hakim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine Kanunda öngörülen önlemleri alır. Aynı yasanın 197. maddesine göre de; eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.*”

TMK m. 195 vd. maddelerinde yer alan tedbirlerden dilediğine başvurma hakkına sahiptir. Hâkim, talep edilen tedbir için kanunda öngörülen şartların gerçekleşip gerçekleşmediğini inceler ve mevcut durum ile istenen tedbir arasında ölçülülük ve orantılılık olup olmadığını denetleyerek bir sonuca ulaşır.

iii. ***Ailenin Huzurunun Tehlikeye Düşmesi***

TMK m. 197/1 hükmü ile ailenin huzurunun ciddi ve yakın bir tehlikeye düşmesi halinde de eşlerin ayrı yaşama hakkı olduğu kabul edilmiştir. Bu bakımdan sadece eşlerin değil diğer aile bireylerinin, özellikle çocukların huzurunun bozulması tehlikesi ortaya çıkmışsa ayrı yaşama hakkı doğar⁴¹⁵. Örneğin eşlerden birisinin çocukları dövmesi, eşin alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığının bulunması, kumar oynama alışkanlığının olması, eşlerden birisinin çocukların fiziksel, ruhsal ve

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır.

Somut olayda; davacı ile davalının 16.08.2009 tarihinde evlendikleri, evlendikten sonra Karşıyaka/İzmir adresinde davalıya ait evde ikamet etmeye başladıkları, ancak davalının Kemalpaşa ilçesinde İngilizce öğretmeni olması nedeniyle Kemalpaşa'da ev kiraladıkları ve müşterek konutun Kemalpaşa'da kurulduğu, ancak davalı koca tarafından müşterek konutun nedensiz yere terk edildiği, davacının davalıyı müşterek konutta belli bir süre beklemesine rağmen davalının müşterek konuta dönmediği bunun üzerine davacının Kemalpaşa'da bulunan konutu da Karşıyada'ki diğer konuta taşıdığı, davalının Karşıyaka'ya taşınan konuta gelmediği gibi abonelik kayıtları üzerine bulunan elektrik ve suyu da kestirdiği (Gediz Elektrik Dağıtım AŞ'nin 25.06.2012 tarihli ve İz-su Genel Müdürlüğü' nün 07.06.2012 tarihli yazı cevapları) davalının sebepsiz ve kusurlu davranışları ile ortak yaşamı devam ettirmediği gibi bu süreçte, evlilik birlikteliğinin üzerine yüklediği yükümlükleri de (evin infak ve iâşesi) yerine getirmediği, bu suretle davacının ayrı yaşamada haklı olduğu, özellikle davacı tanıkları Güler Tunca ve Meryem Tanrıbilir'in somut, birbirleriyle tutarlı beyanları ve tüm dosya kapsamında sabit olmasına rağmen mahkemece tedbir nafakası davasının reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir. (3. HD 15.10.2014 tarih ve 2014/14655-13379 E. K.)”.

⁴¹⁵ Yargıtay'a göre bir eşin diğer eşi kaynana ve kayınbabası ile yaşamaya mecbur etmesi ailenin huzurunu tehlikeye düşürür: “ Evlilik birliği içerisinde koca, eşine ve çocuklarına ayrı bir ev temin etmekle mükelleftir. Kadının, kocanın ailesi ile birlikte yaşamaya evlenmeden önce rıza göstermesi; Kocanın, kadının bu duruma katlanması için diretmesini haklı kılmaz. (3. HD 18.11.2015 tarih ve 2015/10337-18322 E. K.)”.

cinsel gelişimlerini bozacak ölçüde farklı davranışlar göstermesi hallerinde ayrı yaşama hakkından söz edilebilir⁴¹⁶.

C. Ara Vermenin Süresi

Eşlerin ayrı yaşama hakları, ayrı yaşamayı gerekli kılan ciddi tehlike var olduğu sürece devam eder. Ortak yaşama hakkı bulunduğu tespit hâkimden istenmiş ve hâkim kararında bir süre belirtmişse, kural olarak, kararda öngörülen sürenin bitimiyle ortak yaşamın yeniden tesisi gerekir. Bununla birlikte hâkimin kararında belirtilen nedenin varlığı devam ediyorsa veya başkaca nedenler ortaya çıkmışsa hâkimden yeni bir tespit yapması istenebileceği gibi ayrı yaşama hakkının doğumu için mahkeme kararı gerekli olmadığından karar olmaksızın da ayrı yaşamaya devam edilebilir.

Eşlerin fiilen birlikte yaşamaya başlamaları halinde ara verme kendiliğinden sona erer⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Bir eşin diğerinden evde köpek beslemek konusunda muvafakat almaması neticesinde başlayan tartışma üzerine köpeği tercih eden eş karşısında evi terk eden kocayı haklı bulan Yargıtay davacı kadının ayrı yaşama hakkı bulunmadığına ve davalının ayrı yaşama hakkı bulunduğu dair verdiği kararında “...davacının müşterek hanede davalının muvafakati olmadan köpek beslediği; tartışmalarının çoğunun evdeki köpek yüzünden yaşandığı, aralarında yaşanan tartışma sonrası davacının köpeği tercih ettiği ve davalının da bu sebeple evden ayrılmak zorunda kaldığı, bir ay sonra döndüğünde evin anahtarının değiştirilmiş olması sebebiyle müşterek haneye dönemediği anlaşıldığından artık davacı eşin ayrı yaşamakta haklı olduğunu kabul etmek mümkün değildir.(3. HD 11.12.2104 tarih ve 2014/10885-16388 E. K.)” ifadelerine yer vermiştir.

⁴¹⁷ Gümüş, s. 161.

Ortak yaşama ara verildiği esnada boşanma davası açılmışsa davanın devamı süresince eşlerin ayrı yaşama hakkı olup olmadığı bakımından TMK m. 169 hükmü uygulama alanı bulur.

Eşlerin evlilik birliğinden kaynaklı yükümlülükleri ve özellikle de sadakat yükümlülüğü evlilik birliğinin kesin hükümle ortadan kalkmasına kadar devam ettiği için bu yükümlülüklerin ihlali boşanma sebebi oluşturabilir⁴¹⁸.

D. Önlem Çeşitleri

Türk Medeni Kanununa göre, ortak yaşama ara verilmesi için haklı sebepler varsa eşlerden birisinin talebi üzerine hâkim, parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin gereken tedbirleri alır. Hâkim, konuya ilişkin gereken önlemleri alırken varsa eşlerin ergin olmayan çocukları için gereken tedbirleri re'sen alır. Yani hâkim, önüne TMK m. 197 hükmüne dayalı bir uyuşmazlık geldiğinde tedbir isteyen eş talep etmese dahi re'sen harekete geçme ilkesi uyarınca ergin olmayan çocuklarla ilgili tedbirleri alacaktır⁴¹⁹.

Hâkime başvurmaya yetkili olanlar eşlerdir. Bununla birlikte kısıtlı olan eşler açısından kanuni temsilcinin başvuru hakkı bulunup bulunmadığı noktasında

⁴¹⁸ Gümüş, s. 161.

⁴¹⁹ Gümüş, s. 163.

Yargıtay, vesayet makamından alınacak izinle kanuni temsilcinin dava açma ehliyeti olduğunu kabul etmektedir⁴²⁰.

i. ***Parasal Katkının Tespiti***

Türk Medeni Kanununda ortak yaşama ara vermenin haklı sebeplere dayandığı hallerde yapılacak katkı parasal katkı ile sınırlanmıştır. Her ne kadar TMK m. 197'de parasal katkının tespitinin nasıl yapılacağı belirtilmemiş ise de bu hususun tespiti açısından faydalanılması gereken hüküm, TMK m.196'dır⁴²¹. Bu maddeye ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalar burada da geçerlidir.

TMK m. 196 hükmü eşler birlikte yaşarken birlik giderlerine katkının tespitine yönelik olup eşlerin ortak yaşama ara vermeleri halinde parasal katkının tespiti açısından da kıyas yoluyla uygulama alanı bulacaktır. TMK'nin 196/2 hükmün göre "eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması" katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Bu bağlamda hâkim, öncelikle eşlerden hangisinin iş görme suretiyle birlik giderlerine katkıda bulunduğunu tespit edecek ve diğer eşin yapacağı parasal katkı miktarını belirleyecektir⁴²².

Yargıtay, eşlerin her ikisinin çalışması durumunda da parasal katkı talep edilebileceğini açık bir şekilde vurgulamaktadır. Yargıtay TMK m. 197 kapsamında tespiti gereken nafakayı kanaatime göre her ne kadar yanlış adlandırırsa da sonuç

⁴²⁰ Yargıtay 3. HD 2004/13644-13297 E. K. sayılı ilamı.

⁴²¹ Gümüş, s. 164.

⁴²² Gümüş, s. 164.

olarak yaptığı tespit bence de yerindedir. Yargıtay bir kararında⁴²³ “*Tedbir nafakasının niteliği ve yasal düzenleme gereği, her iki eşin birliğin giderlerine katılma zorunluluğu vardır. Bu husus TMK'nın 186.maddesinin 3. fıkrasında düzenlenmiş olup; eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları hükme bağlanmıştır. Birliğin giderlerine katılmada ölçü ise eşlerin ekonomik güçleridir. Davacı eşin belirli bir gelirinin olması hatta gelirinin davalı eşin gelirinden fazla olması, davalı eşi nafaka yükümlülüğünden kurtarmaz. Davacı eşin gelirinin bulunması sadece hükmedilecek nafakanın miktarının tayininde göz önünde bulundurulur.*” demek suretiyle eşlerin gelir getirici faaliyetlerinin nasıl dikkate alınacağını belirlemiştir.

Eşlerin ortak yaşama ara vermeleri hiç şüphesiz ki birlik giderlerini artıracaktır. Zira bu gibi hallerde iki ayrı ev ve bu iki ayrı ev için farklı farklı ihtiyaçlar ve sıkıntılar gündeme gelecektir. Ayrı yaşamanın getirdiği ek katkı yükü, kural olarak, eşler arasında yarı yarıya paylaşılır⁴²⁴. Bu durumu bir örnekle açıklayalım. Eşlerin her ikisi de çalışıyor olsun. Eşlerden birisinin ayrı yaşamakta haklı bir sebebi olduğunu ve bu sebeple ortak yaşamı sona erdirip ayrı bir ev

⁴²³ Yargıtay 3. HD 2013/12052-14471 E.-K. sayılı ilamı ve ayrıca Yargıtay 3. HD 2013/9277-12889 E.-K. Sayılı ilamına göre “Tedbir nafakasının niteliği ve yasal düzenleme gereği, her iki eşin birliğin giderlerine katılma zorunluluğu vardır. Birliğin giderlerine katılmada ise eşlerin "güçleri" esas alınmıştır. Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında katılmak zorunda olduğundan davalı (kadının) maaşının olması, gelirinin davacı (kocadan) az olması veya çok olması, tedbir nafakasına hükmolunmasına engel olmadığı gibi, nafakanın tamamen kaldırılmasına da gerekçe olamaz. Zira; davacı koca evin ortak giderlerine (elektrik, su, telefon, yakıt, kira parası v.s.) katılmak zorundadır. Davalı kadının gelirinin bulunması sadece nafaka miktarının belirlenmesinde nazara alınır.

Hakim, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyesini, ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiğini gözetmelidir. ” demek suretiyle katkı payının nasıl tespit edileceğine işaret etmektedir.

⁴²⁴ Gümüş, s. 164.

kiraladığını varsayalım. Bu eşin hâkimden parasal katkının tespitini talep etmesi halinde hâkim öncelikle tarafların ekonomik, sosyal, mali ve içtimai durumlarını araştırarak⁴²⁵, ortak yaşama ara vermeden önceki eşlerin durumuna göre katkı miktarını belirleyecektir. Daha sonra ayrı bir ev açılması nedeniyle bu ev için gerekli olan kira, elektrik, su, yakıt vs. giderleri de ayrıca hesapladıktan sonra ayrı yaşam nedeniyle oluşan et katkı yükünü taraflar arasında eşit olarak paylaşacaktır.

Eşlerin yapacağı parasal katkının üst sınırını eşlerin ortak yaşam devam ederken sahip oldukları hayat standardı oluştururken alt sınırını ise eşlerin hayatlarını devam ettirebilmeleri için gerekli asgari miktar oluşturur⁴²⁶.

Yargıtay konuya ilişkin kararlarında hükmedilecek parasal katkının tespiti açısından eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyelerinin ayrı yaşamaları halinde de korunmasını kararlarında temel kıstas olarak kabul etmektedir⁴²⁷.

Hâkimin vereceği karar, dava tarihinden itibaren ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Bununla birlikte geçmişe dönük olarak da parasal katkının belirlenmesi istenebilir. Kanaatime göre bu talebin ne kadar geriye dönük olabileceği hususunda TMK m.196/3 hükmünden faydalanılması ve kıyasen geçmiş bir yıllık dönem için - ayrı yaşama süresini geçmeyecek şekilde- katkı talebinde bulunulabilir⁴²⁸.

Eşler arasında görülmekte olan TMK m. 197'ye dayalı dava devam ederken boşanma davası açılması halinde bütün tedbirleri alma yetkisi boşanma davasını

⁴²⁵ Yargıtay 3. HD 2004/9228-8910 E. K. sayılı ilamı.

⁴²⁶ Gümüş, s. 165; Öztan(Aile), s. 222.

⁴²⁷ Yargıtay 3. HD 2013/9719-12467 E. K. ve 2013/10463-13755 E. K. sayılı ilamlar.

⁴²⁸ Öztan(Aile), s. 222; Gümüş, s. 166.

gören mahkemeye geçer. Boşanma davası açılması ile birlikte TMK m. 197'ye dayalı olarak karar verilmesi olanağı ortadan kalkar. Bu durumda TMK m. 197'ye dayalı dava hemen reddedilmemeli, boşanma davasının sonucu bekletici mesele yapılmalıdır⁴²⁹.

Eşler arasında görülmekte olan bir boşanma davası varsa bu dava kesin hükümle sonuçlanmadan TMK m. 197'ye dayalı olarak talepte bulunulamaz. Böyle bir talep varsa hâkim, hukuki yarar yokluğundan davayı usulden reddetmelidir.

ii. ***Konut ve Ev Eşyasından Yararlanma***

Hem boşanma davalarında alınacak tedbirler, hem TMK m. 197 hükmüne göre alınacak tedbirler hem de mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalarda en çok ihtilaf konut ve eşyalara ilişkin taleplerde ortaya çıkar. Bu konuda temel alacağımız ana kıstas yerindelik, amaca uygunluk kıstasıdır⁴³⁰. Hâkim, bu kıstas doğrultusunda inceleme yaparken eşlerin kusur durumuna bakmaz⁴³¹. Yine ortak konuta ilişkin olarak eşin sahip olduğu mülkiyet hakkı veya konuta ilişkin olarak yapmış olduğu kira sözleşmesinin konuttan yararlanacak olan eşin belirlenmesinde önemi yoktur⁴³².

Ülkemizde taraflar arasındaki ortak yaşamın herhangi bir şekilde sona ermesi halinde aile konutu ve ev eşyasından kimin faydalanacağı önemli bir sorun olarak ortaya çıkmakta ve genellikle kadın eş mağdur olmaktadır⁴³³. Ortak yaşama ara

⁴²⁹ Gümüş, s. 169.

⁴³⁰ Gümüş, s. 171; Ayan, s. 245.

⁴³¹ Gümüş, s. 171.

⁴³² Öztan(Aile), s. 223.

⁴³³ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 529.

verildiği dönemde evlilik birliği devam ettiğinden ve daha da önemlisi birliğin sorunların çözümü yoluyla devamı imkânı varken hâkimin bu konuda yapacağı belirlemenin büyük önemi vardır. Hâkim, yerindelik çerçevesinde kararını verirken kimin aile konutu ve ev eşyasından yararlanma konusunda en haklı yararı olduğuna bakmalıdır⁴³⁴. Hâkim, bu konuda karar verirken eşlerin mesleğini, çocukların arma verme süresince hangi eşin yanında kalacağını, çocukların okulu ile oturacakları yerin mesafesini dikkate almak suretiyle öncelikle çocukların yararını üstün tutmak kaydıyla değerlendirme yapmalıdır⁴³⁵.

Hâkimin çocuklara ilişkin önlemleri re'sen alacağını ifade etmiştik. Hâkim, çocukların üstün yararını gözeterek ayrı yaşam süresince çocuğun hangi eşin yanında kalacağına karar vermişse konuttan yararlanma hakkını da bu eşe vermesi uygun olur. Yine eşlerin mesleki faaliyeti için gerekli olan eşyanın da bu eşe bırakılması gerekir⁴³⁶.

Konut ve ev eşyasından yararlanma hakkı kendisine bırakılan eş, bu konut ve eşyaların maliki olmayabilir; ancak eşin sahibi olduğu bu hak aile hukukundan kaynaklanan mutlak hak niteliğindedir⁴³⁷. Bu bakımdan intifa ve oturma hakkına ait hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir. Bu nedenle konut veya eş eşyasının maliki olan eşin yapmış olduğu mülkiyet devrine yönelik tasarruf işlemleri diğer eşin konut

⁴³⁴ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 529-530.

⁴³⁵ Kılıçoğlu(Aile Konutu), s. 531.

⁴³⁶ Gümüş, s. 171.

⁴³⁷ Gümüş, s. 172.

ve ev eşyasından yararlanma hakkını ortadan kaldırmaz. Bu eşe karşı tahliye veya istihkak davası açılmaz⁴³⁸.

iii. ***Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Tedbirler***

- Genel Olarak

Yasa koyucu TMK m. 197/2 hükmünde hâkimin eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbirleri de alabileceğini söylemiş, ancak hangi tedbirlerin alınabileceğini belirtmemiştir. Bu kapsamda kanaatime göre alınabilecek en önemli ve olası tedbir hâkimin olağan üstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçişe karar vermesi şeklinde olacaktır⁴³⁹. Bu tedbir dışında hâkimin belirli mal varlığı değerlerine ilişkin yönetimi kayyıma devretmesi de mümkündür⁴⁴⁰. Ancak hâkim, bu madde kapsamında tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar veremez. Zira bu tedbir TMK m.199 hükmü ile düzenlenmiş olup eşlerden birisi tarafından bu konuda talep olmadıkça hâkim tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar veremez.

Doktrinde ifade edilen ve TMK m. 197 uyarınca mal ayrılığına geçişten önce öncelikli olarak TMK m. 199'da yer alan tasarruf yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılmasına yönelik tedbirin uygulanması, bu tedbirin yetersiz kalacağının anlaşılması halinde TMK m. 197 hükmü gereğince tedbir alınabilmesine imkân veren görüşe katılmam mümkün değildir⁴⁴¹. Zira yasa koyucu evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler arasında hiyerarşi öngörmemiş olup her tedbirin diğer

⁴³⁸ Gümüş, s. 171-172.

⁴³⁹ Öztan(Aile), s. 223; Ayan, s. 250; Anıl/Taner, s. 69-70.

⁴⁴⁰ Gümüş, s. 173.

⁴⁴¹ Gümüş, s. 173.

tedbirlerden bağımsız olarak ilgili maddelerinde öngörülen koşullarla bağlantılı olarak değerlendirilmesi gerekir. Yine, bu tür bir yorum kanun yapma tekniğine de uygun değildir. Kanunda sıra itibarıyla önde yer alan bir tedbirin uygulanmasının sıra itibarıyla daha sonra yer alan bir hükmün uygulanması koşuluna bağlı tutulması için yasa koyucunun açık bir düzenleme yapması gerekirdi. Böyle bir düzenleme de yer almadığı için TMK m. 195 vd. hükümlerinde yer alan her tedbir diğerlerinden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeyi yapacak olan hâkimin bakması gereken şey istenen tedbirin orantılılık ve ölçülülük ilkelerine uygun olmasıdır.

TMK m. 197 bağlamında mal ayrılığının talep edildiği hallerde dahi TMK m. 206 hükmü uyarınca aranan haklı sebeplerden birisinin varlığı kanaatimce şarttır. Bu nedenle TMK m. 206 ile kabul edilen olağan üstü mal rejimine geçişin şartlarına bakmak gerekir.

- Mal Ayrılığına Geçiş

Yasa koyucu evlilik birliğinden geçerli olabilecek mal rejimlerini belirlemiştir. Yasada yer alan mal rejimlerinden farklı bir rejim kabul edilemeyeceği gibi karma mal rejimi de söz konusu olmaz. Yasa koyucu, belirlediği dört mal rejiminden birisini yasal mal rejimi olarak kabul etmiş, diğerlerini sözleşmesel mal rejimi olarak düzenlemiştir. Yine bazı durumlarda eşler arasında uygulama alanı bulan yasal veya sözleşmesel mal rejiminin uygulanmasının eşlerin veya ortaklığın malları açısından tehlike oluşturması halinde olağan üstü mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimini kabul etmiştir.

Geniş anlamda evlilik birliğini koruyucu tedbirler arasında yer alan olağan üstü mal rejimine geçiş ya eşlerden birisinin talebi üzerine ya da belirli şartların gerçekleşmesi halinde kendiliğinden söz konusu olur⁴⁴².

TMK m. 197 hükmü uyarınca olağan üstü mal rejimine geçilmesi için eşlerden birisinin bu konuda talepte bulunmuş olması şarttır. Hâkim, TMK m. 197 uyarınca mal ayrılığı rejimine geçişin talep edilmesi halinde kanaatime göre TMK m. 206/1'de ifade edilen haklı sebebin varlığını araştırmak, mal ayrılığına geçişi haklı kılan bir sebep olmaması halinde ise talebi ölçülülük ilkesine uygun olmadığından reddetmelidir.

Hâkim, TMK m. 206/1'de yer alan ve kendisine tanınan takdir yetkisi kapsamında haklı sebebin varlığı halinde dahi talebi reddedebilir. Bu nedenle doktrinde ifade edilen ve bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi halinde hâkimin haklı sebep olup olmadığına bakmaksızın davayı kabul ederek mal ayrılığı rejimine geçmesine dair karar vermesi gerektiği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir⁴⁴³. Zira maddenin lafzından açıkça anlaşıldığı üzere hâkim, şartları gerçekleşse dahi olağan üstü mal rejimine geçilmesini orantılılık ve ölçülülük ilkeleri uyarınca uygun görmeyebilir. Böyle bir durumda tarafların yapması gereken TMK m.203-205 maddeleri uyarınca mal rejimi sözleşmesi ile diledikleri mal rejimini seçmektir.

⁴⁴² Öztan(Aile), s. 243.

⁴⁴³ Gümüş, s. 229.

TMK m. 197 uyarınca yapılan talebin dışında boşanma davasının devamı sırasında da hâkim mal ayrılığına geçişe yönelik tedbiri TMK m. 169 hükmü bağlamında uygulayabilir. Ancak bunun için diğer tedbirlerden farklı olarak eşlerden birisinin bu konuda talepte bulunması ve yapılacak istek ayrı harca tabi olduğundan harcı da yatırmış olması gerekir⁴⁴⁴.

Hâkim tarafından mal ayrılığı rejimine geçişe dair verilen karar ileriye etkili olarak sonuç doğurur ve bu ana kadar geçerli olan mal rejiminin tasfiyesi de TMK m. 212 hükmünün açık anlatımı nedeniyle ilgili mal rejimine ilişkin hükümler çerçevesinde yapılır.

Mal ayrılığına geçiş için talepte bulunan eşin haklı bir sebebinin bulunması gerekir. TMK m. 206'da olağan üstü mal rejimine geçişi haklı kılan sebepler örnek olarak gösterilmiştir⁴⁴⁵. Maddede sayılanlar dışındaki hallerde de hâkim, takdir yetkisini kullanarak haklı sebebin bulunup bulunmadığına karar verecektir. Kanunda örnek olarak sayılan haklı sebepler şunlardır:

⁴⁴⁴ Benzer görüşte Öztan(Aile), s. 246; Yargıtay da bu görüşü şu şekilde ifade etmiştir: *“Davacı koca aynı dava dilekçesinde Türk Medeni Kanununun 206. maddesi uyarınca “mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesinde talep etmiştir. Bu talep boşanmanın eki niteliğinde olmayıp, ayrıca harca tabidir. Yatırılan başvurma harcı dava dilekçesindeki tüm talepleri kapsar. Davacının mal rejiminin değiştirilmesi yönündeki talebi ile ilgili maktu peşin harç (karar ve ilam harcı) alınmamıştır. Yargı işlemlerinden alınacak harçlar ödenmedikçe mütakip işlemler yapılmaz (Harçlar Kanunu md.30-32). Mahkemece, davacıya noksan harcın tamamlanması konusunda takip eden celseye kadar süre verilip tamamlanması halinde, bu konudaki talebi ile ilgili delillerin değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, eksik harç tamamlanmadan isteğin esası ile ilgili hüküm kurulması doğru olmamıştır. (2. HD 13.03.2014 tarih ve 2013/22263 E. 2014/5701 K.)”*.

⁴⁴⁵ *“TMK'nun 206.maddesine göre haklı bir sebep varsa Hakim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir. Haklı sebebin varlığına ilişkin maddede beş bent halinde sebepler sayılmış ise de bu sebepler maddede yazılı olanlarla sınırlı değildir. (8. HD 22.04.2014 tarih ve 2013/11089 E. 2014/7833 K)”* sayılı ilamda Yargıtay da bu görüşü ifade etmiştir.

Eşlerden birisine ait mal varlığının borca batık olması

Eşlerden birisine ait mal varlığının pasifleri aktiflerinden fazlaysa, yani mal varlığı borca batıksa eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun mal ayrılığı rejimine geçiş talep edilebilir. Bu durumun haklı sebep olarak kabul edilmesinin nedeni, eşlerden birisinin borçlarını diğer eşe yöneltebileceği katılma alacağıyla sona erdirmesini engellemek ve böylece borçlu olmayan eşin mal varlığını korumaktır⁴⁴⁶.

Mal ortaklığında eşlerden birisinin ortaklıktaki payının haczedilmesi

Sadece mal ortaklığı rejiminde söz konusu olan bu haklı sebep uyarınca mal ortaklığı rejiminde söz konusu olan ortaklık payının(TMK m. 256 vd.) haczi halinde mal ayrılığına geçiş talep edilebilir.

- ***Eşlerden birisinin talepte bulunan eşin veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması***

Kanunda belirtilen bu haklı sebep evlilik birliğinin ekonomik geleceğinin açık ve yakın bir tehlike altında olduğu hallerde ya da eşlerden birisinin talepte bulunan eşin mal rejimine yönelik olarak ileride söz konusu olabilecek taleplerini tehlikeye atması halinde söz konusu olabilir⁴⁴⁷.

- ***Mal ortaklığında eşlerden birisinin ortaklık mallarına ilişkin tasarruf işlemi yapılmasını haklı bir sebep olmaksızın engellemesi***

Mal ortaklığına ilişkin tasarruf işlemlerini düzenleyen TMK m. 263 hükmüne göre eşler, olağan yönetim sınırlarını aşan işlerde ancak birlikte veya diğer eşin

⁴⁴⁶ Gümüş, s. 230.

⁴⁴⁷ Gümüş, s. 231.

rızasını alarak tasarruf işlemlerini yapabilirler. Yasa koyucu mal ortaklığının bu niteliğini de gözeterek eşlerden birisinin vermesi gereken rızayı haklı sebep olmaksızın vermekten kaçınması ve diğer eşin mal varlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemlerini yapmasını sebepsiz olarak engellemesi halinde hâkimden mal ayrılığı rejimine geçilmesinin istenebileceğini kabul etmiştir.

- *Eşlerden birisinin talepte bulunan eşe mal varlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması*

TMK m. 186/3 hükmü uyarınca eşlerin birlik giderlerine güçleri oranında emek ve mal varlıklarıyla katılmalarının gerekli olduğunu ifade etmiştim. Bu durumun doğal bir sonucu olarak eşlerin kazanç getirici faaliyetlerini ve kazançlarını saklamamaları, diğer eşin talebi halinde ise gerekli bilgileri vermesi zorunludur. Yine eşlerin diğer eşin talebi halinde mallarının envanterini yapması da zorunludur. Bununla birlikte eşlerin karşılıklı olarak malvarlıkları, gelirleri, borçları ya da ortaklık malları hakkında bilgi vermeye yanaşmaması mal ayrılığına geçiş sonucunu doğuracak kadar önemli bir ihlal olarak kabul edilmiş olmakla birlikte eşlerin hak ve yükümlülüklerini düzenleyen maddeler arasında bilgi verme yükümlülüğünün sayılmamış olması haklı olarak doktrinde eleştirilmektedir⁴⁴⁸.

Eşlerin aydınlatma yükümü esasen eşlerin birliğin mutluluğunu birlikte sağlama ve sadakat yükümlülüklerinin somut olarak ifadesidir⁴⁴⁹.

⁴⁴⁸ Gümüş, “Evlilik Birliğinde Eşlerin Aydınlatma(Bilgi Verme) Yükümü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, İstanbul, Yıl: 2006, Sayı: 2, s. 205(Kısaltma: Bilgi Verme).

⁴⁴⁹ Gümüş(Bilgi Verme), s. 205-206.

Eşlerin aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde hakimden, mal ayrılığına geçişi talep etmeden önce eşi bilgi vermeye zorlayacak şekilde dava açılıp açılmayacağı tartışmalı olmakla birlikte bir görüş, bilgi vermekten kaçınan eş ve üçüncü kişiden yargısal yolla bilgi elde edilemeyeceği şeklindedir⁴⁵⁰. Bununla birlikte bir görüşe göre bilgi isteme veya bilgi vermeye ilişkin uyuşmazlık çıkması halinde hâkime başvurulabilir ve hâkim, istenen bilgi ve belgelerin gösterilmesini emredebilir⁴⁵¹. Doktrinde kanunda bu yükümlülüğün ve dava hakkının açıkça kabul edilmemiş olması eleştirilmektedir⁴⁵². Gümüş'e göre eşlerin birlik giderlerine güçleri oranında katılma yükümlülüklerini gereği gibi ifa edebilmeleri, eşlerin katkı payının tespit edilebilmesi, hâkimin TMK m. 198 hükmü uyarınca borçlulara ait önlemleri alabilmesi, tasarruf yetkisinin sınırlanması kapsamında hangi malvarlığı değerlerine ilişkin olarak sınırlama kararı verileceği, evlilik birliğinin temsili bağlamında eşlerin birliği temsil yetkisinin kapsamının belirlenebilmesi açısından eşlerin malvarlığına ilişkin bilgi sahibi olması zorunludur⁴⁵³. Eşlerin bu bilgiye sahip olmaları hâkimden hangi önlemin alınmasını talep edebilecekleri hususunda da önem taşır.

Mal ortaklığı rejiminde aksi ispatlanmadığı sürece eşlerin bütün mallarının ortaklık malları sayılması ve eşlerin ortaklık borçlarından kişisel malları ve ortaklık mallarıyla sorumlu olmasının doğal bir sonucu olarak eşlerin ortaklık mallarının tamamı, ortaklığın borçları konusunda her türlü bilgiye sahip olması gerekir.

⁴⁵⁰ Öztan(Aile), s. 226; Ayan, s. 183.

⁴⁵¹ Uçar, s. 329; Sarı, s. 111.

⁴⁵² Gümüş(Bilgi Verme), s. 207-209.

⁴⁵³ Benzer görüşte Bkz. Uçar, s. 328-329.

Yasa koyucu tarafından öngörülen bu yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde hâkimden olağan üstü mal rejimine geçilmesi istenebilir.

Eşlerden birisinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması

Eşlerden birisinin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması eşlerin ortak katılımını arayan mal rejimlerinin idaresini zorlaştırır. Bu nedenle sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksunluk veya sürekli kısıtlılık hallerinde hâkimden mal ayrılığına geçiş talep edilebilir⁴⁵⁴.

iv. ***Eşlerin Ergin Olmayan Çocuklarına Yönelik Tedbirler***

TMK m. 197/4 hükmüne göre “hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkiyi düzenleyen hükümlere göre” gereken önlemleri re’sen alır. Hâkimin alabileceği tedbirler soybağını düzenleyen TMK m. 321 vd. hükümlerinde yer alan çocuğun bakımını sağlama, eğitim giderlerini karşılama, çocuğun korunması ve özellikle de şahsi ilişki tesisine ilişkin tedbirlerdir⁴⁵⁵. Hâkim, TMK m. 197 hükmüne dayalı talepleri incelerken eşlerin ayrı yaşamakta haklı olup olmadığına bakmaksızın müşterek çocukla ilgili olarak kiminle kalacağı, tedbir esnasında şahsi ilişkinin nasıl sağlanacağı ve nafakaya ilişkin olarak karar verecektir⁴⁵⁶. Bunun için eşlerden birisinin talepte bulunması gerekmez⁴⁵⁷.

⁴⁵⁴ Gümüş, s. 232-233.

⁴⁵⁵ Gümüş, s. 174.

⁴⁵⁶ “...davacı, davalıyı kendi ailesi ile birlikte yaşamaya mecbur etmiştir. Evlilik birliği içerisinde koca, eşine ve çocuklarına ayrı bir ev temin etmekle mükelleftir. Kadının, kocanın ailesi ile birlikte yaşamaya evlenmeden önce rıza göstermesi; Kocanın, kadının bu duruma katlanması için diretmesini haklı kılmaz. Kabul durumuna göre de Dairemizin yerleşik içtihatlarına göre kadın

Hâkim, ortak yaşama ara verme süresince çocukların durumunu değerlendirirken gelişim psikolojisini de dikkate almak zorundadır⁴⁵⁸. Buna göre ilk grup olan 0-3 yaş dilimi ile ikinci grup olan 3-6 yaş diliminde çocuğun velayetinin anneye verilmesi daha uygunken 6-13 yaş diliminde çocuğun gereksinimlerini en iyi şekilde karşılayacak olan tarafa, 13-17 yaş diliminde ise babaya verilmesinin daha uygun olduğu yönünde doktrinde görüş bulunmaktadır⁴⁵⁹.

E. Haklı Sebep Olmaksızın Ayrı Yaşama

Ülkemizde çoğu zaman eşlerden birisinin evi terk ettiği veya kadın eşin evden kovulduğu ve ailesinin yanına gönderildiği bilinen bir gerçektir. Yasa koyucu bu gibi hallerde de TMK m. 197 hükmünün uygulanmasına olanak tanımış ve haklı sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınan eş aleyhinde TMK m. 197/2'de yer alan tedbirlerin talep edilebileceğini belirtmiştir.

yönünden ayrı yaşamakta haklı olunmadığı durumlarda dahi çocuk için nafakaya hükmedilmesi gerekmektedir. (3. HD 30.09.2015 tarih ve 2015/6826-14676 E. K.)”

“Somut olayda, taraflar ayrı yaşamakta, ortak çocuk Mehmet, davacı kadın yanında kalmaktadır. Davacı ayrı yaşamakta haklı olduğunu kanıtlayamasa dahi yanında bulunan ortak çocuk için nafaka talep edebilir. (3. HD 07.09.2015 tarih ve 2015/4923-13637 E. K.)”

“Dairemizin yerleşik uygulamasına göre küçüğe fiilen bakan anne veya babanın tedbir nafakası isteyebileceği, diğer bir ifadeyle, ayrı yaşamakta haklılık olgusunun, çocuk yönünden değerlendirilemeyeceği kabul edilmektedir. Bu durumda mahkemece, çocuğun ihtiyaçları ve tarafların sosyal ekonomik durumuna göre hakkaniyete uygun bir nafakaya hükmedilmesi gerekirken talebin tümünden reddi doğru görülmemiştir. (3. HD 01.07.2015 tarih ve 2015/2337-12095 E. K.)”.

⁴⁵⁷ Öztan(Aile), s. 224.

⁴⁵⁸ Tutumlu, **Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Ankara 2006, s. 595.

⁴⁵⁹ Tutumlu, s. 595-597.

Eşlerden birisinin haklı sebep olmaksızın ortak konutu terk etmesi ve ayrı yaşaması halinde de TMK m. 186'da yer alan birlik giderlerine katılma yükümlülüğü devam eder⁴⁶⁰. Bu gibi hallerde haklı sebep olmaksızın evi terk eden eş, ayrı yaşamanın getirdiği ek yüke tamamen kendisi katlanacaktır.

Eşler arasında görülmekte olan boşanma davasının retle sonuçlanması ve kararın kesinleşmesi halinde eşlerin birlikte yaşamaları gerekecektir⁴⁶¹. Boşanma davası reddedilen kusurlu eş, buna rağmen ortak konuta dönmezse ayrı yaşamakta haklı olduğunun tespiti için hâkimden talepte bulunması gerekir⁴⁶². Böyle bir talepte bulunmazsa haklı sebep olmaksızın ortak yaşama ara vermiş olur ve birlik giderlerine katkı için talepte bulunamayacağı gibi diğer eşin talebi halinde aleyhine TMK m. 197/2'de yer alan önlemler alınabilir.

⁴⁶⁰ Gümüş, s. 176.

⁴⁶¹ Retle sonuçlanan davadan sonra birlikte yaşamayı temin etme yükümlülüğünün reddedilen davada kusurlu bulunan eşe ait olduğunu kabul eden Yargıtay kusurlu eşin birlikte yaşamayı sağlamaması halinde diğer eşin ayrı yaşama hakkı olduğuna vurgu yaptığı kararlarının bir kısmında şu ifadelerle yer vermiştir: “Somut olayda; evlilik birliğini kurma görevi, reddedilen boşanma davasıyla kusurlu durumda bulunan davalı kocaya düşer. Reddedilen boşanma davasından sonra davalı koca tarafından evlilik birliğinin kurulması konusunda herhangi bir çaba sarfedilmemiş barış girişiminde de bulunulmamıştır. Taraflar arasında evlilik birliğinin tekrar kurulamadığı, tarafların halen ayrı yaşadıkları sabittir. Davacı kadın ayrı yaşamakta haklıdır. (3. HD 22.05.2014 tarih ve 2014/477-7998 E. K.)”

“...davalı koca tarafından, boşanma davası açılmakla, davacı kadın ayrı yaşama hakkını kazanmıştır. Boşanma davasının reddedilmesinden sonra, davalı kocanın birlikte yaşama konusunda girişimde bulunduğu dair bir savunması bulunmadığından davacının ayrı yaşamada haklı olduğunun kabulü zorunludur. (3. HD 06.05.2013 tarih ve 2013/6246-7375 E. K.)”

“Davalı (koca) tarafından açılan boşanma davası, davacı (kadına) atfı kabil bir kusur bulunmadığından redle sonuçlanmıştır. Boşanma davası öncesinde müşterek evden ayrılan eşin eve dönmesi asıldır ve kusurlu olan eş eve dönmelidir. Yine, bu durumda eşini birlikte yaşamaya ikna etmek davalı kocanın yükümlülüğündedir. Mahkemece, yukarıdaki yasal düzenlemeler çerçevesinde, tarafların halen ayrı yaşadıkları gözetilerek, davacının geçimi için gerekli, davalının geliri ile orantılı olacak şekilde, TMK'nun 4.maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesi de gözetilerek, uygun bir miktarda nafakaya hükmedilmelidir. (3. HD 11.09.2012 tarih ve 2012/12362-18502 E. K.)”.

⁴⁶² Gümüş, s. 176.

Yargıtay, ayrı yaşama konusunda haklı sebep bulunup bulunmadığı hususunda bir değerlendirme yaparken eşlerin TMK m. 185 vd. hükümlerinde yer alan evlilik birliğinden kaynaklı yükümlülüklerini yerine getirip getirmediğine ve eşlerin bu yükümlülüklerin ihlalinde ne derece kusurlu olduklarına bakmaktadır⁴⁶³.

F. Tedbirlerin Sona Ermesi

Kural olarak eşlerin tekrar bir araya gelmeleri ile hâkim tarafından alınan tedbirler son bulur. Yine hâkim tarafından tedbir kararında bir süre belirtilmişse sürenin bitimi ile tedbir sona erer. Bununla birlikte ayrı yaşamayı haklı kılan sebep devam ediyorsa veya başka sebepler söz konusu ise ayrı yaşama hakkı için hâkim

⁴⁶³ Yargıtay 3. HD 2013/13774-16739 E.-K. Sayılı ilamına göre “... tarafların 2003 yılında evlendikleri, 1 tane müşterek çocuklarının bulunduğu ve 2004 doğumlu müşterek çocuğun davacı ile birlikte yaşadığı, davacı kadın tarafından davalı aleyhine 20.01.2012 tarihinde açılan boşanma davasının, anlaşma sağlanamadığından reddine karar verildiği, davalı kocanın iş hayatında başarılı olamaması ve ticari işlerin kötüye gitmesi nedeniyle 2010 yılı Mart ayından itibaren ayrı yaşadıkları gerekçesi ile iş bu davanın açıldığı ve dinlenen taraf tanıklarının; tarafların birlikte tekstil işi ile uğraşıp 3-4 yıl önce iflas etmeleri üzerine ayrı yaşamaya başladıklarını, aralarının ekonomik nedenlerden dolayı bozulduğunu beyan ettikleri anlaşılmaktadır.

Bu bilgiler ışığında somut olaya baktığımızda, davacı tanık anlatımlarından davacı eşin ayrı yaşamakta haklı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Davacının, ayrı yaşamada haklı olduğunu kanıtlaması gerekir.”.

Yargıtay 3. HD 2013/14612-16774 E.-K. Sayılı ilamına göre “...davacının ayrı yaşamada, haklı olup olmadığının araştırılması ve “ayrı yaşamada haklılık” olgusunun kanıtlanması gerekir.

Somut olayda, dinlenen davalı tanıkları, davacının bulaşık ve çamaşır yıkamadığını, evdeki yiyecekleri çürüttüğünü, davalı ameliyat olduğunda evlerine gittiklerinde evde yemek olmadığını, sobanın yanmadığını gördüklerini, davacının hasta olan eşine bakamayacağını, eşine bakmak zorunda olmadığını söylediğini, sonrasında evden ayrıldığını, o günden sonra tarafların bir daha araya gelmediğini, 4-5 kez aracılık için gidildiğini, davacının olumlu cevap vermediğini beyan etmişlerdir. Davalının hasta olduğu dosyaya sunulan evraklar ile sabittir. Davalı tanıklarının somut, birbirleriyle tutarlı beyanları nazara alındığında davacının ayrı yaşamada haklı olmadığı anlaşılmaktadır”.

kararı gerekmediğinden ayrı yaşama hakkı devam eder; ancak tedbirin devamı için yeniden hâkime başvurulması gerekir.

Aleyhine tedbire hükmolunan eş de her zaman hâkime başvurarak haklı sebebin ortadan kalktığını ispatlamak koşuluyla tedbirin kaldırılmasını isteyebilir.

Hâkim tarafından tedbir kararı verildikten sonra boşanma davası açılması halinde TMK m. 169 gereği tüm tedbirleri alma yetkisi boşanma davasına bakan hâkime geçecektir. Bu gibi hallerde evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlem alan hâkimin tedbiri kaldırması, değiştirmesi mümkün değildir. Bununla birlikte boşanma davasına bakan hâkim aksi yönde bir karar vermedikçe daha önce konulan tedbirler geçerliliğini korur. Boşanma davası esnasında daha önceden verilen tedbirlere aykırı bir tedbir uygulanması halinde önceki tedbir kararı kendiliğinden son bulur.

X. DİĞER ÖNLEMLER

A. Cinsiyet Değiştirmenin Yasak Olması

TMK m. 40 hükmü ile belirli şartların varlığı halinde cinsiyet değiştirme mümkün kılınmıştır. Aranılan şartlardan bir tanesi de kişinin evli olmamasıdır. Önceki Medeni Kanundan farklı olarak cinsiyet değiştirmek için izin isteyen kişinin evli olmaması şartı aranmıştır. Eski kanun döneminde cinsiyet değişikliği kararının

kesinleşmesiyle birlikte evlilik kendiliğinden sona ermekteydi⁴⁶⁴. eMK'de yer alan bu düzenleme isteyen herkese cinsiyet değiştirme imkânı tanınması, kişinin evli olup olmadığını dikkate almaması sebebiyle eleştirilmiştir⁴⁶⁵. Yeni medeni kanunda getirilen evli kişilerin cinsiyet değiştirmesinin yasak olması yönündeki düzenleme ile evlilik birliğinin korunması, cinsiyet değişikliğinin çocuklar üzerinde doğuracağı olumsuz etkilerin ortadan kaldırılması sağlanmış olacaktır⁴⁶⁶.

TMK m. 40 uyarınca cinsiyet değiştirilmesi için aranan koşullar cinsiyet değiştirecek kişinin 18 yaşını tamamlamış olması, evli olmaması, ayrıca transseksüel yapıda olup ruh sağlığı açısından da cinsiyet değiştirmenin zorunlu olduğu hususlarının sağlık kurulu raporu ile belirlenmesi ve mahkemece cinsiyet değiştirmeye izin verilmiş olması şeklindedir⁴⁶⁷.

B. Evlenme Yaşına İlişkin Düzenlemeler

Ülkemizde halen daha çocuk yaşta evlilikler yapılmakta olup kimi bölgelerde evlenme yaşının 11-12'ye düştüğü görülmektedir. Bu durum çocuk yaşta evlenen kız ve/veya erkek için çok ciddi sorunlar doğurmakta ve kimi zaman intiharla da sonuçlanabilmektedir. Yasa koyucu tarafından önceki kanunda yer alan olağan ve

⁴⁶⁴ Genç Arıdemir, “Tarihsel Gelişim İtibarıyla Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Sona Erdirilmesi ile Mal Rejimleri Bakımından Kadın ve Erkek Eşitliği”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul 2004, s. 5.

⁴⁶⁵ Genç Arıdemir, s. 5.

⁴⁶⁶ Ayan, s. 150.

⁴⁶⁷ Büyüktanır(Açıklamalar), s. 67.

olağan üstü evlenme yaşına ilişkin yaş sınırları yükseltilmiş ve kız ile erkekler için söz konusu olan farklı yaş uygulaması da sona erdirilmiştir. Önceki Medeni Kanun'da olağan evlenme yaşı erkekler için 17 kızlar için ise 15 iken TMK m. 124/1 düzenlemesi ile kız ve erkek için olağan evlenme yaşı 17 olarak tespit edilmiştir. Olağan üstü evlenme yaşı ile ilgili olarak önceki kanun döneminde erkekler için 15 kızlar için ise 14 yaş aranmaktayken TMK m. 124/2 hükmü ile olağanüstü evlenme yaşı kız ve erkekler için 16'ya çıkartılmıştır. Esasen kadın için evlenme yaşı 743 sayılı kanun yürürlüğe girdiğinde 17 olarak düzenlenmiş; ancak sonradan yapılan değişikliklerle yaş sınırı düşürülmüştü⁴⁶⁸. Bu duruma neden olan faktörler yasadaki sınıra karşın çocuk yaşta gelinlerin azalmaması ve evlenme yapılamadığı için çocukların evlilik dışı doğmuş olmasıdır ⁴⁶⁹. Olağanüstü evlenme yaşına göre kişilerin evlenmesi için hâkim kararı şart olup hâkim, olağanüstü durum ve pek önemli bir sebebin varlığı halinde evlenmeye izin verebilir⁴⁷⁰.

Evlenme yaşına ilişkin bu düzenlemelerin amacı evlenecek kişilerin ilk ve orta öğretimini tamamlamadan ve evliliğin sorumluluğunu üzerine alabilecek fiziksel ve ruhsal olgunluğa erişmeden çocukların evlenmelerine engel olmaktır.

Evlenme yaşını düzenleyen TMK m. 124 hükmü, küçüklerin menfaatini korumayı amaçlar. Bu nedenle olağanüstü evlenme yaşına ilişkin düzenlemenin de bu şekilde yorumlanması zorunludur. Bu bağlamda hâkim tarafından evlenmeye izin verilmeden önce evlenecek kişilerin sosyal ve ekonomik durumları tetkik edilmeli,

⁴⁶⁸ Başpınar, s. 676.

⁴⁶⁹ Başpınar, s. 676.

⁴⁷⁰ Şahin, s. 53; Velidedeoğlu, s. 59-60; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 745; Tekinay, s. 72.

evlilik birliğinin yaşı küçük olanın açıkça menfaatine uygun olup olmadığı araştırılmalı ve ulaşılabacak kanaate göre bir karar verilmelidir.

Doktrinde evlenme yaşına ilişkin düzenlemelerin eğitim ve öğrenim hakkı ile birlikte değerlendirildiği de görülmektedir. Milli Eğitim Bakanlığı Ortaöğretim Kurumları Yönetmeliğinin⁴⁷¹ 21. maddesine göre öğrenci iken evlenen kişilerin örgün öğretimdeki kayıtları silinip açık liselere kaydı yapılacaktır. Bunun dışında polis okulları ve askeri okullara ilişkin olarak da benzer yasaklar bulunmaktadır⁴⁷². Danıştayın bu konudaki yaklaşımı, evli olan öğrencinin okula devam zorunluluğu bulunmayan bir öğretim kurumuna devam ediyor olması halinde kişilerin eğitim-öğrenim hakkından yoksun bırakılmaması şeklindedir⁴⁷³. Bu karara uygun olarak ilgili yönetmelikte 26.03.2017 tarihinde yapılan değişiklikle açık liselerde eğitime devam edilmesi imkânı tanınmıştır.

⁴⁷¹ 07/09/2013 tarih ve 28758 sayılı Resmi Gazete.

⁴⁷² Kaya, “Eğitim ve Öğrenim Hakkının Bir Sınırı Olarak Evlenme Yasağı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XIV Yıl: 2010 Sayı: 1-2, s. 51-53.

⁴⁷³ Kaya, s. 57.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ÖZEL KANUNLARDA YER ALAN DÜZENLEMELER

I. 6284 SAYILI KANUN KAPSAMINDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

A. Kanunun Amacı ve Kapsamı

Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddet ülkemizin en önemli sorunlarından birisi olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁷⁴. Bu durum, ülkemizde her yıl onlarca kadın ve çocuğun en temel hakkı olan yaşama hakkının elinden alınması şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan ülkemizde daha önce yürürlükte olan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun döneminde şiddet olgusuna çözüm bulunamamış ve şiddet her geçen gün artarak devam etmiştir⁴⁷⁵. İlgili kanun döneminde koruma kapsamında yer alanlar “medeni nikâh esasına dayalı evliliklerde eşler, çocuklar, bu kimselerle aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri, hakkında ayrılık kararı verilen ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen ayrı yaşayan aile bireyleri”

⁴⁷⁴ TMK hükümlerinin aile içi şiddetin önlenmesi bakımından yetersiz olduğu hakkında Zevkliler/Acabey/Gökyayla; 767; Uçar, s. 148; Ayan, s. 133.

⁴⁷⁵ Uğur, *Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanun'un Getirdikleri. TBB Dergisi*, S. 101, 2012, s. 338; Şener; “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?”, *Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu*, Mart 2012, s. 2.

idi⁴⁷⁶. Ülkemizde her yıl erkek şiddeti yüzünden onlarca kadın ölmektedir. Mevcut yasal düzenlemelerin yetersizliği, hâkim ve savcılarının aile içi şiddet olgusuna gereken önemi vermemeleri, kolluk kuvvetlerinin aile içi şiddeti görmezden gelmeleri, eğitimsizlik ve cehalet gibi nedenler bu duruma sebep olarak gösterilebilir.

Aile içi şiddet ve kadına yönelik şiddetin önlenmesi için etkili, süratli bir şekilde önlem alınabilmesini temin etmek amacıyla 4320 sayılı kanunun yerine kabul edilen 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun 1. maddesinde kanunun amacı, “*şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasları düzenlemek*” şeklinde ifade edilmiştir. Böylece şiddet içeren söz, eylem, davranış henüz gerçekleşmese bile şiddete uğrama tehlikesi altında olan kişiler ile ısrarlı takibe ilişkin şartların varlığı halinde aile kapsamı dışında kalan diğer şiddet mağdurları da kanunun getirdiği koruma rejiminden yararlanma şansına kavuşmuştur⁴⁷⁷.

Sözleşme kapsamında korunması gerekli kadın kavramının içerisine medeni durumu, yaşı, uyruğu fark etmeksizin tüm kadınlar dâhildir⁴⁷⁸. Amaca ilişkin kanunda yer alan çocuk ifadesinden de on sekiz yaşını doldurmamış tüm bireyler

⁴⁷⁶ Uğur, *Aile Bireyleri ve Kadının Şiddete Karşı Korunması (Kadının Korunması)*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi** C. 8, S. 97- 98, İstanbul 2012, s.114; Ceylan, Ebru, *Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler*, **TBBT**, S. 109, Y. 2013, s. 21.

⁴⁷⁷ Gençcan, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı (Ailenin Korunması)*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 97- 98, İstanbul 2012, s. 90; Nuhoğlu, *Kadına Yönelik Şiddet*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 97- 98, İstanbul 2012, s. 69; Ceylan, s. 21; Şener, s. 94.

⁴⁷⁸ Sağiroğlu, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*, İstanbul 2013, s. 29, Gençcan (*Ailenin Korunması*), s. 92.

anlaşılmalıdır. Çocuğun evlat edinilmiş olması, öz veya üvey olması arasında da bir fark bulunmamaktadır⁴⁷⁹.

Uygulamada yorum farklılıklarına sebep olan husus aile bireylerinden ne anlaşılması gerektiğidir. Bu kapsamda dar anlamda aileden en geniş anlamda aileye kadar ailenin kapsamı farklı şekilde belirlenebildiğine göre kimlerin aile bireyi olduğu konusunda tereddütler doğmaktadır. Aynı evde yaşama kıstasının esas alınması halinde babanın oğluna, erkek kardeşlerin birbirlerine yönelik şiddetinin kanun tarafından korunmaya değer bulunup bulunmadığı sorusu gündeme gelebilir. Kanaatime göre burada yorum yaparken ister dar anlamda aile bireyleri olsun, isterse de geniş anlamda ailenin kapsamına giren bireyler olsun kanunun amacı dikkate alınarak kişilerin şiddetten korunmasını sağlamaya elverişli tedbirlerin alınması gerekir. Bu kapsamda şayet aile bireyi olmadığı düşünülüyor ise dahi tek taraflı ısrarlı takip mağduru kavramının içerisine bu kişilerin dâhil edilerek korunması mümkün ve gereklidir⁴⁸⁰.

B. Tedbirlerin Özellikleri

6284 sayılı kanunda öngörülen önleyici tedbirler, 4320 sayılı kanun döneminde olanlar gibi, kanunda açıkça belirtilmemekle beraber ihtiyati tedbire

⁴⁷⁹ Gençcan (*Ailenin Korunması*), s. 93; Sağıroğlu, s. 29.

⁴⁸⁰ Gençcan, (*Ailenin Korunması*), s. 95.

benzer niteliktedirler ⁴⁸¹. Bununla birlikte anılan kanunda öngörülen özel usul yöntemleri, kanun yoluna ilişkin düzenlemeler de dikkate alındığında Hukuk Muhakemeleri Kanununun (HMK) ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümlerinin uygun düştüğü ölçüde 6284 sayılı kanuna da uygulanabileceğini söyleyemeyiz. Bu bakımdan 4320 sayılı kanun döneminde ileri sürülen buna ilişkin görüşler kanaatimce geçerliliğini yitirmiştir⁴⁸².

C. 6284 Sayılı Kanun ve Medeni Kanunun Evlilik Birliğini Koruyucu

Hükümlerinin Karşılaştırılması

Daha önce de ifade ettiğim üzere, 6284 sayılı kanun, aile içi şiddet söz konusu olduğu hallerde, hızlı ve etkili bir önlem alınabilmesi ve bu sayede de şiddet mağduru bireyin korunmasını sağlamak amacıyla çeşitli tedbirler öngördüğünden sadece şiddetin söz konusu olması halinde uygulama alanı bulacak ve esasen Türk Medeni Kanunu ile birlikte uygulanacak, TMK'de öngörülen tedbirlerin tamamlayıcısı olarak evlilik birliğinin etkin bir biçimde korunmasını sağlayacaktır.

Türk Medeni Kanununda öngörülen tedbirlere hükmedilmesi, kural olarak, eşlerin birlikten kaynaklanan yükümlülüklerini ihlal etmeleri ya da evlilik birliğine ilişkin ciddi bir hususta uyuşmazlık yaşamaları durumunda hâkimden talepte bulunmaları üzerine mümkünken ⁴⁸³, 6284 sayılı kanun bakımından ise hâkim, mülki

⁴⁸¹ Ayan, s. 316 vd., Uçar, s. 133.

⁴⁸² Ayan, s. 317-319; Balo, s. 24; Könezoğlu, s. 112.

⁴⁸³ Tekinay, s. 337; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 762.

amir veya kolluk amirinin talep olmasa dahi tedbir uygulanmasını gerektiren olayı öğrenmeleri halinde doğrudan tedbire hükmetmeleri mümkün ve gereklidir.

İki kanunda öngörülen tedbirlerle ilgili olarak bir diğer fark, hâkimin TMK’de yer alan tedbirlere karar verilebilmesi için kural olarak, eşlerden birinin o tedbirin uygulanmasını istemesi gerekirken 6284 sayılı kanun bakımından hâkim kanunda belirtilen önleyici ve koruyucu tedbirlere veya kendisinin uygun göreceği benzer başka bir tedbirlere de re’sen hükmedebilir⁴⁸⁴.(6284 sk. m.4-5)

Değinilmesi gereken farklardan birisi de tedbirlerin süresi ile ilgilidir. TMK’de öngörülen tedbirler herhangi bir süre ile sınırlandırılmamışken 6284 sk. kapsamında düzenlenen tedbirlerin ilk defasında en çok altı ay için verileceği belirtilmiştir⁴⁸⁵. (m. 8/2)

Kanaatimce her iki kanun arasındaki en önemli fark tedbirlere uyulmamasının yaptırımı konusundadır. 6284 sk. kapsamında verilen tedbir kararının ihlali halinde ilk ihlalde üç günden on güne, tekrarlayan her ihlalde ise on beş günden otuz güne kadar zorlama hapsi uygulanacaktır(m. 13). Buna karşın TMK kapsamında alınan tedbirlere uyulmaması doğrudan bir yaptırıma bağlanmamıştır. Bununla birlikte tedbirlere uyulmaması durumunda ilgilinin bu davranışı boşanma davasında tarafların kusur durumlarına ilişkin belirlemede dikkate alınacaktır.

Son fark, TMK'nin evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerinin, sadece geçerli bir evlenmenin söz konusu olduğu hallerde uygulama alanı bulmasına

⁴⁸⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 768; Könezoğlu, s. 98.

⁴⁸⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 767; Göktepe, “4320 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Örnekler”, **Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Yeni Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları**, İstanbul 2003, s. 31; Uçar Mehmet Ali, **Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası**, Ankara 2003, s. 155.

karşın⁴⁸⁶ 6284 sk. kapsamında hukuken korunan bir evlilik birliği olmasa dahi tedbire hükmedilebilmesidir⁴⁸⁷. 4320 sayılı kanun döneminde bu husus eleştiri konusu olmuş ve şiddet olarak kabul edilebilecek her türlü fiil ve davranış bakımından kişilerin resmi durumlarının ne olduğu önem arz etmeksizin korunması gerektiği ileri sürülmüştür⁴⁸⁸.

D. 6284 Sayılı Kanunun Uygulanmasının Şartları

i. *Şiddete Uğrama Tehlikesi:*

6284 sayılı kanun kapsamında tedbire hükmolunabilmesi için aranan şartlardan birisi şiddet mağdurunun⁴⁸⁹ şiddete uğraması veya uğraması tehlikesinin var olmasıdır⁴⁹⁰.

Şiddet, “bireyin kendisine, bir başka bireye, bir gruba ve/veya topluma yönelik sözel, duygusal, fiziksel veya cinsel yolla, doğrudan veya dolaylı olarak uygulanan, kişi veya kişilerin fiziksel, ruhsal, cinsel bütünlüğüne, kültürel

⁴⁸⁶ Uçar, Mehmet Ali, s. 155; Öztan(Aile), s. 210.

⁴⁸⁷ Könezoğlu, s. 97; Balo, “*Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması*”, **Aile ve Toplum Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi**, Yıl: 5 C: 2, S: 6, Ankara 2003, s. 25; buna karşın hukuk sisteminde geçerli olanın resmi nikah olması nedeniyle aynı çatı altında nikahsız olarak yaşayan veya boşanmış çiftlerle bunların evlilik dışı çocukları arasında meydana gelecek şiddet olaylarının ilgili özel kanunla kapsamında kabul edilemeyeceği yönünde Bkz. Ruhi, “*Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması*”, **AÜEHFD**, C. VIII, S. 1-2, Erzincan 2004, s. 531-532.

⁴⁸⁸ Gençcan, (Ailenin Korunması), s. 90; Emiroğlu, Turgut, *6284 Sayılı Yasaya Genel Bakış, Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi*, C. 8, S. 97- 98, İstanbul 2012, s. 106.

⁴⁸⁹ 6284 sk. m. 2/1-e) “*Şiddet mağduru: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri.. ifade eder.*”.

⁴⁹⁰ 4320 sayılı kanun döneminde şiddete uğrama tehlikesinin kapsama dahil olmadığı hakkında Sağıroğlu, s. 28; Nuhoğlu, s. 70.

değerlerine veya hareket özgürlüğüne zarar veren veya zarar verme olasılığı bulunan her türlü davranış” olarak tanımlanmaktadır⁴⁹¹. Şiddet olarak kabul edilebilecek davranışlar zamana göre, toplumun değer yargıları ve kültürel yapısına göre farklılık oluşturmaktadır ⁴⁹². Bu nedenle şiddetin yukarıdaki tanımı dışında çok çeşitli tanımları da yapılabilir. Bu bağlamda dar anlamda şiddet fiziki olarak kullanılan ve kişinin hayatı, vücut bütünlüğü, malvarlığına yönelik davranışlar veya tehditler şeklinde anlaşılabilirken geniş anlamda şiddet ise sadece fiziksel olmayıp cinsel, duygusal, psikolojik, ekonomik her türlü baskıyı ifade eder⁴⁹³.

Aile içi şiddet ise, “aile üyelerinden biri tarafından, ailedeki bir diğer üyenin yaşamını, fiziksel ve/veya psikolojik bütünlüğünü veya bağımsızlığını tehlikeye sokan, kişiliğine veya kişilik gelişimine ciddi boyutlarda zarar veren eylem ya da ihmal” olarak tanımlanır⁴⁹⁴. Bu kapsamda şiddet kavramına, kadının cinsel birlikteliğe zorlanması, zorla üreme yeteneğinden yoksun bırakılması, cinsel kölelik, hamile kalmaya veya hamileliği sona erdirmeye zorlama şeklindeki cinsel şiddet de dâhildir⁴⁹⁵.

Şiddete uğrama tehlikesinin hangi hallerde söz konusu olabileceğine dair açık bir düzenleme bulunmamakta olup ülkemizin tarafı olduğu İstanbul Sözleşmesi kapsamında risk değerlendirme ve risk yönetimi konusunda düzenleme yapılması

⁴⁹¹ Şiddetin bireylerin yaralanmasına, sindirilmesine, öfkelenmesine veya duygusal baskı altına alınmasına yol açan fiziki veya herhangi bir şekilde hakaret, davranış veya muamele olduğu tanımı için Könezoğlu, s. 101.

⁴⁹² Kocacık, “*Şiddet Olgusu Üzerine*” C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi, 2001, C. 2 S.1 s. 2.

⁴⁹³ Ünsal; “Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi”, *Cogito*, S. 6-7 Kış-Bahar, s. 32.

⁴⁹⁴ Polat, *Kadın ve Şiddet, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003, s.87.

⁴⁹⁵ Polat, s. 87.

gerekliliği vardır⁴⁹⁶. Mevcut durumda ise bu konuda takdir yetkisi tedbir kararı verme yetkisi olan kolluk amirleri, mülkî idare amirleri ve hâkimdedir.

ii. **Israrlı Takip Mağduru Olunması**

Yasa koyucu, tanımlara ilişkin bölümde ısrarlı takipten ne anlaşılması gerektiğini açıklamamış, bununla birlikte uygulama yönetmeliğinde tek taraflı ısrarlı takipten ne anlaşılması gerektiğini şöyle ifade etmiştir: “*Aralarında aile bağı veya ilişki bulunup bulunmadığına bakılmaksızın, şiddet uygulayanın, şiddet mağduruna yönelik olarak, güvenliğinden endişe edecek şekilde fiziki veya psikolojik açıdan korku ve çaresizlik duygularına sebep olacak biçimde, içeriği ne olursa olsun fiili, sözlü, yazılı olarak ya da her türlü iletişim aracını kullanarak ve baskı altında tutacak her türlü tutum ve davranıştır.*” (m. 3) Bu bağlamda telefon, mesaj, e-posta gibi her nevi iletişim aracı ile sürekli rahatsız etme, takip etme, hediye ve çiçek gönderme gibi davranışlar ısrarlı takibin tipik örneklerindendir⁴⁹⁷. Bu eylemlerin ayrıca suç teşkil etmesi halinde cezaî sorumluluk da gündeme gelecektir⁴⁹⁸.

Bu düzenleme ile birlikte önceki 4320 sayılı kanundan farklı olarak kanunun uygulanma alanı oldukça fazla bir biçimde genişletilmiştir. Tedbire hükmedilmesi için delil de aranmayacağına ilişkin kanun hükmü de dikkate alındığında ısrarlı takip

⁴⁹⁶ Yenisey, *Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik “Şiddet Riskinin” Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 97- 98, İstanbul 2012 s. 12.

⁴⁹⁷ Türkmen, *Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, **DEÜHFD**, C. 11, Özel S. 2009, s. 1389.

⁴⁹⁸ Türkmen, s. 1400; Sağiroğlu, s. 35.

mağduru olduğunu belirten herkes başvurduğu takdirde tedbire hükmedilebilecektir⁴⁹⁹.(6284 sk. m. 8/3)

iii. ***Şiddet Uygulayan Kavramı***

6284 sayılı kanunda şiddet uygulayan, “şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişi” olarak tanımlanmıştır. Şiddetin ne olduğu ise kanunda şu şekilde tanımlanmıştır: “*Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışı ifade eder.*” (m. 2/1-d)

Yine kanunda kadına karşı şiddet ayrı bir şiddet türü olarak şu şekilde tanımlanmıştır: “*Kadına yönelik şiddet: Kadınlara, yalnızca kadın oldukları için uygulanan veya kadınları etkileyen cinsiyete dayalı bir ayrımcılık ile kadının insan hakları ihlaline yol açan ve bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan her türlü tutum ve davranışı ifade eder.*”

6284 sayılı kanun uygulamasında şiddet uygulayan kişinin şiddet mağdurunun eşi olması gibi bir şart aranmaz. Aynı evde beraber yaşayan kişilere, aynı evde birlikte yaşamamakla birlikte kanun kapsamında korunan kişilere (kadınlar, çocuklar, tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan herkes) karşı Kanunda

⁴⁹⁹ Gençcan (*Ailenin Korunması*), s. 95, Nuhoglu, s. 69.

yasaklanan eylemlerin gerçekleşmesi halinde bu eylemi gerçekleştiren kişi şiddet uygulayan olarak kabul edilecektir⁵⁰⁰.

Şiddet uygulayanla ilgili olarak kanunda kusurlu olma ve temyiz kudretine sahip olma şartları aranmadığından, bir diğer deyişle tedbir uygulanması gereken bir durumun tedbir uygulamakla yetkili makamlarca öğrenilmesi halinde herhangi bir delil veya belge aranmayacağından tedbir uygulanması gerekecektir. Bununla birlikte şiddet uygulayanın temyiz kudreti olmadığını ileri sürerek yasal temsilcisi tedbir kararına itiraz ederse tedbirin kaldırılması, tedbir kesinleştikten sonra ilgilinin tedbire aykırı davranması durumunda da zorlama hapsi uygulanmaması gerekir.

iv. **Şiddet Mağduru**

Kimlerin kanunda şiddet olarak tanımlanan eylemlere maruz kalmaları veya şiddet tehlikesi altında bulunmaları halinde 6284 sayılı kanunda yer alan tedbirlerden faydalanabileceği kanunun tanımlar kısmında şu şekilde ifade edilmiştir: “*Şiddet mağduru: Bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışlara doğrudan ya da dolaylı olarak maruz kalan veya kalma tehlikesi bulunan kişiyi ve şiddetten etkilenen veya etkilenme tehlikesi bulunan kişileri ifade eder.*” (m. 2/1-e)

Yapılan bu tanımdan hareketle kimlerin bu kanun kapsamında mağdur olabileceğini incelemek gerekir. Öncelikli olarak en geniş anlamda aile kavramına dâhil olan kimseler⁵⁰¹, diğer aile bireylerinin şiddet kabul edilen eylemlerine karşı

⁵⁰⁰ 4320 sayılı kanun döneminde sadece eşin fail olarak kabul edilmesinin şiddete uğrayan eş ve çocukların mağduriyetine neden olduğu yönünde eleştiri için Bkz. Uçar, Mehmet Ali, s. 162.

⁵⁰¹ Ev başkanının otoritesi altında yaşayan anne, baba ve çocukların yanı sıra bu çatı altında birlikte yaşayan kan ve kayın hısımları ile beraber yaşadıkları hizmetlilerin de en geniş anlamda aileye

kanunun koruması altındadırlar. Bu kişilerin aynı evde birlikte yaşama şartları da kanaatimce aranmamalıdır. Zira 6284 sayılı kanunun amacı düşünüldüğünde mümkün oldukça geniş kapsamda aile bireylerini, kadın ve çocukların korunmasının temini önemlidir. Bunun yanı sıra çocuklar, aralarında medeni nikâh bulunmaksızın evli gibi birlikte yaşayanlar, aralarındaki evlilik birliği sona ermiş olsa bile eşler kanun kapsamında korumadan yararlanırlar. Yine kanaatime nişanlılar ve hatta sevgililer de bu kanun kapsamında tedbir talep edebilirler⁵⁰².

E. Tedbir Kararları

4320 sayılı kanun uygulamasından ayrı olarak 6284 sayılı kanunda hâkimin yanı sıra mülki amir ve kolluk amirine de tedbir alma yetkisi getirilmiştir. Kanunda yer alan tedbirler koruyucu ve önleyici tedbirler olarak ikiye ayrılmıştır.

i. Koruyucu Tedbir Kararları

Bu tedbirler niteliği itibarıyla şiddet mağduru olan kişileri şiddete maruz kalmaktan korumaya yöneliktir ve kanunda mülki amir ve hâkim tarafından alınabilecek tedbirler olarak ikiye ayrılmıştır.

Mülki amir illerde vali, ilçelerde ise kaymakamdır. Dolayısıyla tedbirlerden yararlanma hakkı olanlarla da dâhil olmak üzere herkes ihbar ya da şikâyetlerini illerde valiliğe, ilçelerde ise kaymakamlığa yapmak suretiyle şiddet uygulayan veya

dâhil olduğu hakkında bkz. Öztan (Aile), s. 403; Feyzioğlu, s. 5; Zevkliler/ Acabey/ Gökyayla, s. 667; Akıntürk/ Ateş Karaman, **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 6098 Sayılı Borçlar Kanununa Göre Uyarlanmış** C. 2, İstanbul 2013, s.6.

⁵⁰² Özkara/Can, *Kadına Yönelik Şiddetle İlgili Güncel Yasal Değişiklikler ve Adli Tıp*, **TBB Dergisi**, S. 99, Y. 25, Mart- Nisan 2012. s. 345-346.

mağdur hakkında tedbir uygulanmasını isteyebilirler⁵⁰³. Oysaki uygulamada valilikler veya kaymakamlıklar bu türden müracaatları almamakta ve en yakın polis veya jandarma karakoluna başvurulmasını tavsiye etmektedirler.

Koruyucu tedbirlerin özelliği şiddet ortaya çıkmadan bunu engellemeye yönelik mağdur bakımından alınacak önlemleri içermesidir. Bu şekilde mağdurların tehlike altında olmadan hayatlarını devam ettirmeleri sağlanmak istenmektedir⁵⁰⁴.

Mülki amir tarafından alınabilecek koruyucu tedbirler şunlardır:

“- Kendisine ve gerekiyorsa beraberindeki çocuklara, bulunduğu yerde veya başka bir yerde uygun barınma yeri sağlanması⁵⁰⁵,

- Diğer kanunlar kapsamında yapılacak yardımlar saklı kalmak üzere, geçici maddi yardım yapılması,

-Psikolojik, meslekî, hukukî ve sosyal bakımdan rehberlik ve danışmanlık hizmeti verilmesi,

- Hayatî tehlikesinin bulunması hâlinde, ilgilinin talebi üzerine veya resen geçici koruma altına alınması,

- Gerekli olması hâlinde, korunan kişinin çocukları varsa çalışma yaşamına katılımını desteklemek üzere dört ay, kişinin çalışması hâlinde ise iki aylık süre ile sınırlı olmak kaydıyla, on altı yaşından büyükler için her yıl belirlenen aylık net asgari ücret tutarının yarısını geçmemek ve belgelendirilmek kaydıyla Bakanlık bütçesinin ilgili tertibinden karşılanmak suretiyle kreş imkânının sağlanması.”

⁵⁰³ Sağiroğlu, s. 73.

⁵⁰⁴ Ceylan, s. 29, Emiroğlu, s. 106.

⁵⁰⁵ Mağdurların şiddete boyun eğme nedenlerinden birisinin de gidebilecekleri bir yer olmadığı hakkında bkz. Korkut Owen/ W. Owen, *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet*, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara 2008.

Mülki amirin alabileceği bu tedbirlerden barınma yeri sağlanması ve geçici olarak koruma altına alma tedbirlerini gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirleri de alabileceklerdir ⁵⁰⁶. Kolluk amiri, tedbir aldıktan sonra ilk iş günü içerisinde tedbiri mülki amirin onayına sunar. Mülki amir tarafından 48 saat içerisinde onaylanmayan tedbirler ise kendiliğinden kalkar.

Hâkim tarafından alınabilecek koruyucu tedbirler ise şunlardır:

“- İşyerinin değiştirilmesi⁵⁰⁷,

- Kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi,

- 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması⁵⁰⁸,

- Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin bulunması ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağının anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27.12.2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu hükümlerine göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi,

- Mülki amir tarafından alınabilecek koruyucu tedbirler(Yön. m. 12),

Uygun görülen benzer tedbirler.”

Kanunda yer almamakla birlikte yönetmelik hükmü ile hâkime mülki amir tarafından alınacak tedbirleri alma yetkisi tanınması yasaya aykırı olmakla birlikte

⁵⁰⁶ Nuhoğlu, s. 75.

⁵⁰⁷ Bu tedbirin mağdurun serbest meslek sahibi olması veya kamu görevlisi olmasına göre uygulama kabiliyeti olacağına dair bkz. Sağiroğlu, s. 87.

⁵⁰⁸ Şerhin tasarruf tedbirlerinin diğer eşin rızası olmadan yapılmasını önleyici fonksiyonu hakkında bkz. Ceylan, s 37; Ayan, s. 383; Hatemi, s. 77.

hâkime uygun gördüğü benzer tedbirleri alma yetkisi verilmesi nedeniyle hâkimin bu tedbirlerden uygun gördüklerini alması mümkündür.

Hâkim tarafından alınabilecek koruyucu tedbirlerin kolluk amirince alınması mümkün değildir.

ii. **Önleyici Tedbir Kararları**

6284 sayılı kanunun 5. maddesinde hâkimin alabileceği önleyici tedbirler tadadi olarak sıralanmıştır⁵⁰⁹. Hâkim, şiddet tehlikesinin başka bir şekilde önlenmesini mümkün görüyorsa kanunda yer almayan bir tedbiri de alabilir. Önemli olan husus hâkimin Kanunda yer almayan başka bir tedbire başvurusu sırasında bu tedbirin şiddeti veya şiddet tehlikesini önleme ve ortadan kaldırma konusunda uygun bir tedbir olduğuna kanaat getirmesidir⁵¹⁰. Hâkim, mülki amirden farklı olarak koruyucu tedbir dışında önleyici tedbir alma hakkına da sahiptir⁵¹¹. Kanunda yer alan tedbirler şunlardır:

“- Şiddet uygulayanın şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması,

- Şiddet uygulayanın müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi,

- Şiddet uygulayanın korunan kişilere, bu kişilerin bulundukları konuta, okula ve iş yerine yaklaşmaması,

⁵⁰⁹ Akın, *Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması*, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 14, Y. 2007, s. 14.

⁵¹⁰ Erdem, *Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun*, **TBB Dergisi**, S. 73, Ankara 2007, s. 59.

⁵¹¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 191.

- Çocuklarla ilgili daha önce verilmiş bir kişisel ilişki kurma kararı varsa, kişisel ilişkinin refakatçi eşliğinde yapılması, kişisel ilişkinin sınırlanması ya da tümüyle kaldırılması,

- Gerekli görülmesi hâlinde şiddet uygulayanın, korunan kişinin- şiddete uğramamış olsa bile- yakınlarına, tanıklarına ve kişisel ilişki kurulmasına ilişkin hâller saklı kalmak üzere çocuklarına yaklaşmaması,

- Şiddet uygulayanın korunan kişinin şahsi eşyalarına ve ev eşyalarına zarar vermemesi,

- Şiddet uygulayanın korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair surette rahatsız etmemesi,

- Şiddet uygulayanın bulundurulması veya taşınmasına kanunen izin verilen silahları kolluğa teslim etmesi,

- Şiddet uygulayan silah taşınması zorunlu olan bir kamu görevi ifa etse bile bu görevi nedeniyle zimmetinde bulunan silahı kurumuna teslim etmesi,

- Şiddet uygulayanın korunan kişilerin bulundukları yerlerde alkol ya da uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanmaması ya da bu maddelerin etkisinde iken korunan kişilere ve bunların bulundukları yerlere yaklaşmaması, bağımlılığının olması hâlinde, hastaneye yatmak dâhil, muayene ve tedavisinin sağlanması,

- Şiddet uygulayanın bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması ve tedavisinin sağlanması,

- Çocuk Koruma Kanununda yer alan koruyucu ve destekleyici tedbirlerin uygulanması,

- Daha önce TMK'ye göre hükmedilmemiş olması kaydıyla tedbir nafakasına hükmolunması.”

Hâkimin, bu tedbirleri alabilmesi için şiddet uygulayan sıfatına sahip olan kişinin şiddet uyguladığı ya da uygulama tehlikesinin bulunduğu hususunda olguların bulunması gerektiği⁵¹² doktrinde ileri sürülmüş ise de kanaatime göre kanunun şiddet konusunda delil veya belge aramadığı dikkate alındığında somut birtakım olgular aranmaksızın beyana göre karar verilmesi gerekmektedir. Nitekim uygulamada da önleyici tedbir kararları bakımından delil veya belge aranmadığı görülmektedir.

Hâkim, aile bireylerine şiddet uygulayan ya da onları korkutmaya, aşağılamaya yönelik söz veya davranışlarda bulunan eşi veya diğer aile bireylerini bu yöndeki davranışlarını sona erdirmesi konusunda uyarır⁵¹³. Her türlü sözlü veya fiili hareket tarzı, bu kapsama girebilir. Örnek olarak; dövme, hakaret etme, fiziksel veya manevi baskı veya zor kullanma, bir yere kapatma ve korkutma gösterilebilir⁵¹⁴.

Hâkim, şiddet uygulayanın müşterek konut veya bulunduğu yerden uzaklaştırılarak bu yerin korunan kişiye tahsisine karar verebileceği gibi şiddet uygulayanın korunan kişilerin oturmakta olduğu konuta, iş yerlerine, okula yaklaşmamasına da karar verebilir⁵¹⁵. Tedbire konu edilen konutun malikinin şiddet uygulayan olması ya da konutu onun kiralamış olmasının önemi yoktur⁵¹⁶. Hâkim, şiddet uygulayanın konuttan uzaklaştırılması kararıyla beraber evin korunan kişiye tahsisine de karar verir. Uzaklaştırma kararının kendisinden beklenen sonucu doğurabilmesi için gerekli gördüğü takdirde şiddet uygulayanın konuta, okula veya iş

⁵¹² Sağiroğlu, s. 93.

⁵¹³ Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 250; Ruhi, s. 540; Balo, s. 28; Ayan, s. 323.

⁵¹⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 848; Ayan, s. 323-324; Uçar, Mehmet Ali, s. 156-157.

⁵¹⁵ Uçar, s. 157; Balo, s. 28; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 250; Ayan, s. 325; Erdem, s. 62.

⁵¹⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 849; Uçar, Mehmet Ali, s. 157; Ayan, s. 325.

yerlerine yaklaşmamasına karar verilebilir. Hâkim bu tedbire başvururken şiddet uygulayanın bu gibi yerlere ne kadar mesafeden fazla yaklaşamayacağını da karar altına almalıdır. Eğer böyle bir belirleme yapılmamışsa kanaatime göre ev, iş yeri veya okulun varsa bahçe sınırı yoksa bu yerlerin giriş kapısı tedbirin sınırını oluşturacaktır.

Burada değinilmesi gereken diğer bir husus korunan kişiye tahsis edilen konutun elektrik, su, gaz, telefon masrafları ile konut şiddet uygulayan tarafından kiralanmışsa kira bedelinin kim tarafından ödeneceğidir. Kanaatime göre bu gibi masrafları şiddet uygulayan karşılamaya devam edecektir⁵¹⁷. Şiddet uygulayanın evin kira ve genel masraflarını karşılamaması halinde şiddet mağdurunun aile mahkemesine başvuru suretiyle kendisine nafaka bağlanmasını isteme olanağı vardır. Böyle bir nafaka talebi üzerine hâkim, TMK m.197'de yer alan tedbire benzer nitelikte bir nafakaya hükmetmelidir⁵¹⁸. Hâkim, nafakaya hükmetmişse 6284 sayılı kanunun 18. maddesi gereği bu kararı resen ilgili icra dairesine gönderecek, icra dairesi de kendiliğinden nafaka borçlusunun Sosyal Güvenlik Kurumu ile bağlantısı varsa nafakayı tahsil edecektir.

Korunan kişiye ait konut şiddet uygulayan tarafından kiralanmışsa hâkim, kira sözleşmesinin tedbir süresince sona erdirilmemesini, bu konut bir lojman ise lojmana ilişkin tahsisin kaldırılmamasına da karar verebilir.

⁵¹⁷ Benzer yönde bkz. Badur, “*Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler*”, **TBB Dergisi**, S. 84, Y. 2009, s. 85; Karınca, **Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet**, Ankara 2010, s. 82.

⁵¹⁸Könezoglu, s. 118.

Konutun tahsisi sonucu olarak şiddet uygulayan veya yakınlarına ait eşyanın veya bunlara ait evrakın bu kişilere teslimine hâkim talep halinde karar verebilir.

Önceki kanunda yer almayan yeni bir tedbir olarak hâkimin şiddet uygulayanla ilgili olarak daha önce verilmiş çocuklarla ilgili şahsi ilişki tesisine yönelik kararın refakatçi eşliğinde kullanılmasına, şahsi ilişkinin sınırlandırılmasına veya tümüyle kaldırılmasına karar verebilecek oluşu ve korunan kişinin şiddete uğramasa bile yakınlarına, şiddet olayına ilişkin tanıklarına yaklaşamaması gösterilebilir. Bu tedbir ile birlikte şiddet uygulayan kimsenin mağdurun oturduğu konuta, okuluna veya çalıştığı işyerine giderek tehdit oluşturma riski bertaraf edilmiş olur⁵¹⁹. Kanaatime göre her olayda bu tedbirler uygulanmamalıdır. Şayet şiddet uygulayan tarafından çocuklara yönelen herhangi bir şiddet eylemi bulunmuyorsa bu tedbire başvurulmamalıdır. Zira aksi halde çocuğun tedbirden olumsuz etkilenmesi söz konusu olabilir. Yine şiddete uğramayan kişilere yaklaşmamaya karar vermek için de en azından şiddet uygulayan tarafından bu kişilere baskı yapılabileceğine ilişkin somut olgular mevcut olmalıdır.

6284 sayılı kanun şiddet mağdurlarının can güvenlikleri kadar malvarlığı değerlerini de korumayı amaçlar⁵²⁰. Bu nedenle, korunan kişilerin ev eşyalarına ve şahsi eşyalarına zarar vermemeye yönelik tedbire karar verilmesi de mümkündür⁵²¹. Tedbire konu eşyanın mutlaka korunan kişinin mülkiyetinde olması da şart değildir.

⁵¹⁹ Ayan, s. 325; Uçar, Mehmet Ali, s. 157.

⁵²⁰ Könezoğlu, s. 118; Uçar, Mehmet Ali, s. 157.

⁵²¹ Ruhi, s. 540; Uçar, Mehmet Ali, s. 157; Ayan, s. 327; Karınca, s. 83.

Ortak kullanıma tahsisli eşya şiddet uygulayanın mülkiyetinde bulunsa dahi tedbire konu edilebilir⁵²².

Kanunda yer alan ve sıklıkla uygulama alanı bulan tedbirlerden biri de, şiddet uygulayanın korunan kişiyi iletişim araçlarıyla veya sair şekilde rahatsız etmemesidir. İletişim araçlarından maksat her nevi görsel ve işitsel araçtır. Telefon, faks, e-posta, SMS, mektup, ses ve görüntü kaydeden cihazlar gibi iletişim araçları gibi kitle iletişim araçları da bu kapsamdadır⁵²³.

İletişim araçlarının haricinde korunan kişinin herhangi bir şekilde rahatsız edilmesi de 4320 sayılı kanundan farklı olarak bu tedbire dâhil edilmiştir⁵²⁴.

4320 sayılı kanun döneminde yer alan şiddet uygulayanın kanunen bulundurması veya taşınması yasal olan silahlarını teslim etmesi⁵²⁵ tedbiri aynen korunmuş olmakla birlikte 4320 sayılı kanun döneminde uygulanmasında tereddüt olan polis, asker, güvenlik görevlisi gibi görevi gereği silah taşıyanlar hakkında tedbirin nasıl uygulanacağına dair hüküm eklenmiş ve bu kişilerin zimmetlerinde bulunan silahı kurumlarına teslim etmesi de ayrı bir tedbir olarak düzenlenmiştir.

Kanunda yer alan tedbirlerden bir bölümü de sağlık tedbirlerine ilişkindir. Alkol veya uyuşturucu bağımlılığı olan şiddet uygulayan kişinin hastaneye yatışının sağlanması dâhil tedavisinin yapılmasına yönelik tedbir uygulanabilir⁵²⁶.

⁵²² Ayan, s. 327; Karınca s. 83.

⁵²³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 850; Ayan, s. 328; Ruhi, s. 541; Uçar, Mehmet Ali, s. 158.

⁵²⁴ Karınca, s. 84; Uçar, s. 158; Ayan, s. 328; Könezoğlu, s. 119.

⁵²⁵ Uçar, Mehmet Ali, s. 158; Ayan, s. 329; Balo, s. 29; Ruhi, s. 541.

⁵²⁶ Uçar, Mehmet Ali, s. 158-159; Karınca, s. 84; Balo, s. 29; Ruhi, s. 541.

Yasa koyucu, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı ile şiddet ve suça eğilim arasında sıkı ilinti olması nedeniyle bu türden maddelerin etkisi altında bulunan kusurlu eşin her an şiddete başvurma ihtimalini dikkate alarak, bu eş ya da aile bireyinin uyuşturucu madde kullanmış şekilde şiddet mağdurunun bulunduğu yere gelmemesi veya bu yerlerde madde kullanmamasını da tedbirlerden biri olarak öngörmüştür⁵²⁷.

Kusurlu eş veya aile bireyi alkollü olarak diğer aile bireylerinin huzurunu bozacak şekilde davranıyor ise hâkim bu tedbire hükmedebilir⁵²⁸. Bununla birlikte kişinin fiziksel şiddete maruz kalması tedbir için bir ön şart olarak değerlendirilemez⁵²⁹.

Aile mahkemesi hâkimi, önüne getirilen uyuşmazlıkla ilgili olarak kanunda yer alan tedbirlerden bir veya birkaçına birlikte hükmedebileceği gibi somut olayın mahiyetine göre kanunda belirtilen tedbirlerden başka bir tedbire de hükmedebilir⁵³⁰. Kanunda sayılanlar dışında verilebilecek tedbirler, fiilin ortak konuttan uzaklaştırmayı gerektirmemesi halinde eşin evde odasının ayrılması⁵³¹, korunan kişilerin iletişim numaralarının değiştirilmesi, 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanununda düzenlenen koruyucu ve destekleyici tedbirlere hükmedilmesi, şiddet uygulayanın tedavi dışında çeşitli kurs, tedavi veya faaliyetlere katılımın sağlanması gibi tedbirler gösterilebilir.

⁵²⁷ Ruhi, s. 541; Balo, s. 29; Könezoğlu, s. 121.

⁵²⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 851.

⁵²⁹ Ayan, s. 330; Karınca, s. 86.

⁵³⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 851.

⁵³¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 851.

6284 sayılı kanunun 5/4. maddesi uyarınca; “*Şiddet uygulayan aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise 4721 sayılı Kanun hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla hakim, şiddet mağdurunun yaşam düzeyini göz önünde bulundurarak talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.*”

Tedbir nafakasına, asıl olarak eşin bakımı ve günlük ihtiyaçlarının giderilmesini gerektiren hallerde karar verilmelidir⁵³². Bu kapsamda, tedbir nafakası, evden uzaklaştırılan eşin evin gider ve bakımlarını karşılayan eş olması halinde en iyi biçimde işlevini yerine getirir.

F. İhbar ve Şikâyet

6284 sayılı kanunun uygulanması bakımından bir tedbire hükmedilebilmesi için, şiddet veya şiddet tehlikesi bulunduğunu öğrenen herkesin durumu yazılı veya sözlü olarak resmi mercilere ihbar etmesi mümkündür⁵³³. Şikâyet mercileri ise kolluk, mülki amir, C. savcısı, hâkim ve Aile, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının ilgili birimleridir. Aile mahkemesi hâkimi, açıkladığımız yollardan biriyle veya resen tedbiri gerektiren durumları öğrendiği takdirde somut olayı göz önünde tutarak kanunda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka bir tedbire hükmedebilir.

⁵³² Ayan, s. 331.

⁵³³ Şahin, s. 1384.

G. Tedbire İlişkin Usul İşlemleri ve Kararların İnfazı

i. Görevli ve Yetkili Mahkeme

6284 sayılı kanun bakımından tedbir kararlarının alınmasında görevli mahkemeler aile mahkemeleri, bu mahkemenin kurulmadığı yerlerde ise asliye hukuk mahkemeleridir. Yetkili mahkeme açısından ise herhangi bir sınırlama yapılmamış ve tedbirin en çok ve kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden istenebileceği kanunda hüküm altına alınmıştır⁵³⁴.

ii. İspat

Yasa koyucu koruyucu ve önleyici tedbirler için farklı ispat usulleri öngörmüştür. Buna göre koruyucu tedbir kararının verilmesi için şiddetin uygulandığı hususunda herhangi bir delil aranmayacaktır. Bununla birlikte önleyici tedbirlere ilişkin olarak nasıl bir ispat gerektiğine değinilmemiş, sadece bu tedbirlerin geciktirilmeksizin verileceği belirtilmiştir.

Şiddet mağduru, tedbir kararı alabilmek için hâkim önünde aile içi şiddet olgusunu mutlak olarak ispat etme yükü altında değildir. Kanunun amacı, korunan kişilerin fiziki, sözlü, psikolojik, cinsel ve duygusal şiddete uğrama tehlikesini derhal önlemek olduğundan önleyici tedbirler açısından ispat ölçüsünü, özel hukuk uyuşmazlıklarının birçoğunda arandığı şekilde tam ispat şeklinde kabul etmek kanunun amacına ve olaya uygun düşmez⁵³⁵. Nitekim Yargıtay da aynı görüştedir⁵³⁶.

⁵³⁴ Şahin, s. 1387; Ruhi, s. 532; Ayan, s. 306; Uçar, Mehmet Ali, s. 160.

⁵³⁵ Ayan, s. 316; Sağıroğlu, s. 109.

Aile mahkemesi hâkimi, tedbire duruşma yapmaksızın karar verdiğiinden önüne gelen dosya kapsamında kanunda şiddet olarak tanımlanan bir eylemin bulunup bulunmadığını araştırmalı, şartların gerçekleştiğine kanaat getirirse kanunda öngörülen tedbirlere hükmetmelidir.

iii. ***Tedbir Kararları ve Gizlilik***

Hukuk muhakemesine hâkim olan ilkeler arasında yer alan tasarruf ilkesi gereği hukuk mahkemeleri tarafından verilen hükümler mahkemece kendiliğinden tebliğe çıkartılmaz ve kesinleşen kararlar hakkında da mahkeme tarafından infaz işlemleri yapılmaz. Kural bu olmakla birlikte yasa koyucu kimi davalarda buna istisna getirmiştir. Örnek olarak boşanma kararları kesinleştiğinde mahkeme kararı kendiliğinden ilgili nüfus müdürlüğüne göndererek infazı sağlar. 6284 sayılı kanun uygulamasında ise mahkeme hem kararı resen tebliğe çıkartır hem de tedbirlerin infazı için ilgili yerlere yazı yazar. Bu durum, kanunun amacına da uygundur. Zira bu kanun kapsamında alınması gereken tedbirler ivedi olan tedbirlerdir ve şiddet mağdurunun hayat ve mal güvenliğini de gerçekleştirmeye yarar.

Mahkeme tarafından verilen tedbir kararları hem şiddet uygulayana hem de şiddet mağduruna tebliğ edilirken tedbirin reddi kararları ise sadece korunan kişiye tebliğ edilecektir.

Mahkeme, somut olayın özelliklerine göre resen veya talep üzerine şiddet mağduru ve aile bireylerinin Milli Eğitim Bakanlığı, MERNİS, Sosyal Güvenlik

⁵³⁶ Yargıtay 2HD. 2002/14276 E.-2003/344 K. Sayılı ilamı.

Kurumu, UYAP, kolluk, bankalar, sağlık kurum ve kuruluşlarında yer alan tüm kayıtlarının gizli tutulmasına da karar verebilir.

iv. ***Kararların İnfazı***

Aile mahkemesi hâkimi, koruyucu tedbir kararını kesinleşmesini beklemeksizin kararı yerine getirmek üzere ilgili kurum ve kuruluşlara, önleyici tedbir kararını da uygulanmasını izlemek üzere C. savcılığına gönderir. C. savcısı tarafından kolluk marifetiyle şiddet uygulayanın karara uyup uymadığı izlenir ve karara aykırılığın tespit edilmesi halinde C. savcısı tarafından durum derhal aile mahkemesine bildirilir.

v. ***Harç ve Masraflar***

Yasa koyucu, aile içi şiddete ilişkin olayların mahiyeti ile şiddet mağdurunun kolaylıkla başvuruda bulunabilmesini dikkate almıştır. Kanunun daha yaygın şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla yapılan başvuruların ve kararın infazı için yapılan işlemlerin her türlü harçtan muaf olacağını, taleplerden yargılama gideri, posta gideri ve benzeri hiçbir ödeme alınamayacağını hükme bağlamıştır⁵³⁷.

Mahkemece nafakaya hükmedilmesi halinde icra dairelerince de herhangi bir harç alınmayacak ve posta giderleri de suçüstü ödeneğinden karşılanacaktır⁵³⁸.

⁵³⁷ Uçar, Mehmet Ali, s. 154; Könezoğlu, s. 99.

⁵³⁸ Şahin, s. 1386.

H. Kanun Yolları

Yasa koyucu hem mülki amir hem de hâkim tarafından verilen kararlara itiraz edilebileceğini hükme bağlamıştır. 6284 sayılı kanun uyarınca kolluk amiri tarafından verilen tedbir kararlarına itiraz edilebileceği düzenlenmemiştir. Zira böyle bir şeye gerek de yoktur. Kolluk amiri tarafından verilen tedbir kararları ilgisine göre en geç ilk iş günü içerisinde ilgili merciin onayına sunulacak ve merci tarafından onaylanmayan kararlar da ilgisine göre 24 veya 48 saat sonra kendiliğinden sona erecektir. Bununla birlikte kolluk amiri kararının onanmasına ilişkin mülki amir veya hâkim kararına itiraz edilebilir.

Mülki amir tarafından doğrudan veya onaylama suretiyle verilen kararlara karşı ilgililer tefhim veya tebliğden itibaren iki hafta içerisinde aile mahkemesine, aile mahkemesi bulunmayan yerlerde ise asliye hukuk mahkemesine itiraz edebilirler. İtirazı dosya üzerinden inceleyen mahkeme bir hafta içerisinde karar verir. Bu karar ise kesindir.

Hâkim tarafından verilen koruyucu ve önleyici tedbirler için de başvuru yolu ve süresi aynıdır. İtiraz, kararı veren mahkemeye yapılır. Mahkeme, kararını değiştirmezse itirazı incelemek üzere dosyayı numara olarak kendisini izleyen mahkemeye, o yerde aynı işi yapan başka bir mahkeme yoksa en yakın mahkemeye gönderir. İtiraz üzerine dosya üzerinden bir hafta içerisinde verilecek olan karar kesindir.

İ. Tedbire Aykırı Davranış

Tedbir kararına aykırı davranıldığıının kolluk tarafından tespiti üzerine bir tutanak tutularak durum C. savcısına bildirilir. C. savcısının talebi üzerine hâkim, tedbir kararının ihlal edildiğini tespit ederse ilk ihlalde üç günden on güne, tekrar eden her ihlalde ise on beş günden otuz güne kadar zorlama hapsine karar verir. Zorlama hapsinin toplam süresi altı ayı geçemez. Uygulamada ise kolluk tarafından doğrudan doğruya aile mahkemelerine durum bildirilmekte ve hâkim tarafından resen harekete geçme ilkesi kapsamında zorlama hapsi hususunda bir talep olmasa dahi şiddet uygulayanın kararın gereklerine aykırı hareket edip etmediği değerlendirilmektedir.

Hâkimin, zorlama hapsine karar verebilmesi için tedbir kararının şiddet uygulayana tebliğ edilmiş olması ve daha önce ilgiliye tedbir kararına uymaması halinde zorlama hapsi uygulanacağı hususunun ihtarı gerekir.

Kanaatime göre, zorlama hapsine ilişkin kararlar kesindir. Zira zorlama hapsi özellikleri itibarıyla 5271 sayılı kanunda yer alan disiplin hapsine benzer ve aynı hukuki sonuçları doğurur. Bu tür hapisler bir ceza değildir. Bunlar, kısmi bir düzeni korumak amacıyla yaptırım altına alınmış olan fiil dolayısıyla verilen, seçenek yaptırımlara çevrilemeyen, ön ödeme uygulanmayan, tekerrüre esas olmayan, şartla salıverilme hükümleri uygulanmayan, ertelenemeyen ve adli sicil kayıtlarına geçirilmeyen hapislerdir⁵³⁹. Bu bakımdan derhal infaz edilmeleri gerekir.

⁵³⁹ Özgenç, *Şiddet Uygulayan Kişinin Zorlama Hapsine Tabi Tutulması*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 97- 98, İstanbul 2012, s. 59.

Yasa koyucu, 6284 sayılı kanunda itiraza ilişkin düzenlemeyi 8. maddede, zorlama hapsine ilişkin düzenlemeyi de 13. maddede yaparak zorlama hapsine ilişkin kararların kesin olacağını öngörmüştür. Bu kararların itiraza tabi olması istenseydi zorlama hapsine ilişkin düzenlemenin itiraz maddesinden önce yer alması gerekirdi. Bununla birlikte kanuna dayanılarak çıkartılan ve kanuna aykırı olmaması beklenen uygulama yönetmeliğinin 38. maddesinde zorlama hapsi kararları için de iki haftalık itiraz süresi öngörülmüştür. Bu düzenlemeden sonra uygulamada zorlama hapsi kararları ilgililere tebliğ edilmekte, karar süre sonunda kesinleştirilip infaza gönderilmektedir.

Zorlama hapsine itiraz yolunun açılması, yasanın amacına ve işin özelliğine de ters düşmektedir. Zira tedbir kararına aykırı davranmak suretiyle tehlikeliliğini ortaya koyan şiddet uygulayana zorlama hapsi kararı tebliğ veya tefhim edilmek ve kesinleşmesi de beklenmek suretiyle şiddet mağdurları güç duruma düşürülmektedir.

II. 4787 SAYILI KANUN BAĞLAMINDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

A. Aile Mahkemeleri

Ülkemizde son yıllarda hemen hemen bütün temel kanunlar tamamen değiştirilmiş olup yasama faaliyetleri çok hızlı icra edilir hale gelmiştir. Bu bağlamda ilk değişen temel kanun Medeni Kanun olmuş ve 01.01.2002 tarihinde halen yürürlükte bulunan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu uygulanmaya başlamıştır. Bu kanunun önceki kanundan en önemli farkı hiç şüphesiz ki aile hukuku kitabında

olmuştur. Önceki kanunda yer alan eşitliğe aykırı bütün düzenlemeler kaldırılmış, eşlerin eşitliğine dayanan devrim niteliğinde düzenlemeler getirilmiştir. Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten bu yana aile hukukuna dayanan uyuşmazlıklar çok hızlı bir şekilde artmaktadır. Aileyi, evlilik birliğini, çocukları koruyan düzenlemelerden beklenen amacın gerçekleşebilmesi çıkan uyuşmazlıkların mümkün olduğunca hızlı ve etkili bir biçimde çözüme kavuşturulmasına bağlıdır. TMK'nin aileyi, evlilik birliğini ve çocukları koruyucu hükümlerinin etkili bir biçimde sonuç doğurabilmesi, bu konularda çıkan uyuşmazlıkların olabildiğince hızlı, sağlıklı ve toplum yararı da dikkate alınmak suretiyle çözülmesine bağlıdır⁵⁴⁰. Bu durumu öngören yasa koyucu da aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklara bakmak ve uzmanlaşmanın gerçekleşmesini sağlamak amacıyla “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun”u kabul etmiş ve anılan kanun 18.01.2003 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Aile mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin olarak yasanın yürürlüğe girdiği dönemde aile mahkemesi hâkimlerinin hangi niteliklere sahip olacağı net bir biçimde belirlenmişti. Buna göre aile mahkemesi hâkimlerinin evli ve çocuk sahibi olup 30 yaşını doldurmuş olmaları şart koşulmuş, aile hukuku alanında yüksek lisans yapmış olmak ise tercih sebebi olarak öngörülmüştü⁵⁴¹. Ancak yasa koyucu 20.04.2004 tarihli Resmi Gazetede yayımlanan 5133 sayılı kanun ile daha önce aranan ve mutlaka bulunması gereken şartları tercih nedeni haline getirmiştir. Bu değişikliğin

⁵⁴⁰ Büyüktanır, s.29-30; Karınca, s. 16.

⁵⁴¹ Büyüktanır, s. 30.

isabetsiz olduğu ve aile mahkemelerinden beklenen işlevi önemli ölçüde zayıflattığını söyleyebiliriz.

Aile mahkemelerinin görevi kanunun 4. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre aile mahkemeleri, vesayet hukuku hariç olmak üzere TMK'nin ikinci kitabı olan aile hukuku ile 4722 sayılı yürürlük kanununa göre aile hukukundan doğan dava ve işler; aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizine yönelik davalar ile kanunda verilen diğer görevleri yerine yetirmekle görevlendirilmiştir.

Aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıklar her geçen gün artmakta ve karmaşık bir hal almaktadır ve bu uyuşmazlıkların çözümü de uzmanlaşmayı gerektirir⁵⁴².

Ailenin önemi, çocukların korunması ihtiyacı dikkate alındığında aile hukuku kaynaklı uyuşmazlıkların toplumu da ilgilendirdiği ve çoğunlukla kamu düzeninden olduğu da dikkate alındığında devletin bu alana müdahalesinin özel hukukun diğer alanlara göre bariz bir şekilde fazla olması sonucu doğmuş ve ihtisas mahkemelerinin kurulması zorunlu hale gelmiştir⁵⁴³.

Yasa koyucu ailenin ve evlilik birliğinin gerekli şekilde korunmasını sağlamak üzere aile mahkemelerinde görev alacak hâkimlerin de belirli nitelikleri taşımalarını kabul etmiş ve bu şekilde ailenin, evlilik birliğinin daha iyi bir şekilde korunmasını ve daha etkili önlemler alınmasını amaçlamıştır. Buna göre aile

⁵⁴² Tanrıver, “*Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler*”, Prof .Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 947.

⁵⁴³ Tanrıver, s. 947.

mahkemesi hâkimleri tercihan evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış hâkimler arasından seçilecektir⁵⁴⁴.

Yasa koyucu, aile mahkemesi hâkimlerinin önlerine gelen uyuşmazlıklarda henüz işin esasına girmeden eşler arasındaki sorunları tespit etmek suretiyle bu sorunların sulh yoluyla çözümünü sağlamak üzere tarafları teşvik etmesini ve gerektiğinde de uzmanlardan yardım almasını öngörmüştür. Buna göre aile mahkemesi hâkimlerinin önlerine gelen uyuşmazlıklarda aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların sorunlarını tespit etmesi ve bunları sulh yoluyla çözmeleri beklenmektedir⁵⁴⁵.

Yasa koyucunun bu düzenlemesine karşın uygulamada sulha tarafların yeterince teşvik edilmediği de bir gerçektir. Bu durumun sebepleri arasında ilk sırayı şüphesiz ki iş yükü almaktadır. Hâkimler, ağır iş yükü altında taraflara yeterince vakit ayıramamaktadır. Bunun yanı sıra hâkimlerin sulha teşvik esnasında ihsas-ı reyde bulunmuş olmaktan çekinmeleri, yeterince uzman bulunmaması gibi sebepler de bulunmaktadır. Keza aile hukukuna ilişkin uyuşmazlıkların çoğunlukla kamu düzenine ilişkin olması ve tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri konuların azlığı dikkate alındığında hâkimin sulha teşviki sınırlı kalacaktır⁵⁴⁶.

Hâkimin faydalanabileceği uzmanlar kanunun 5. maddesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı olarak sıralanmıştır. Adalet Bakanlığınca tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim

⁵⁴⁴ Tanrıver, s. 949.

⁵⁴⁵ Karagülmez/Ural, s. 207; Karınca, s. 82.

⁵⁴⁶ Tanrıver, s. 952.

yapmış olanlar arasından en az üç tane uzman atanması kabul edilmiştir. Uyuşmazlıkların çözümünde önemli görevler üstlenmesi beklenen bu uzmanların hukuki kimlikleri konusunda kesin nitelemeler yapılmaması ciddi sorunlar doğurmaktadır⁵⁴⁷.

Bu uzmanların görevi, kanunun 5. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre uzmanların görevi; “davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek; mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek ve mahkemece verilecek diğer işleri yapmak” şeklindedir.

B. Koruyucu, Eğitici ve Sosyal Önlemler

4787 sayılı Kanunun 6. maddesine göre, aile mahkemesi hâkimleri, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda yetişkinler ve küçükler hakkında kanunda öngörülen tedbirleri alabilir. Bu tedbirlerin alınması bakımından talep gerekip gerekmediği hususunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte boşanma veya ayrılık davalarında TMK m. 169 hükmünün hâkime tanıdığı takdir yetkisi kapsamında hâkim, 4787 sayılı kanunun 6. maddesinde belirtilen önlemleri de

⁵⁴⁷ Tanrıver s. 949-950.

re'sen alabilir. Boşanma veya ayrılık davası dışında TMK m.195/son hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle hâkimin bu önlemleri ancak eşlerden birinin talebiyle alabileceğinin kabulü gerekir.

Hâkimin yetişkinler hakkında alabileceği önlemler şunlardır:

“- Evlilik birliğinden doğan yükümlülükler konusunda eşleri uyararak gerektiğinde eşleri uzlaştırmak,

- Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli tedbirleri almak,

- Eşleri resmi veya özel sağlık veya sosyal hizmet kurumlarına, huzur evlerine veya benzeri yerlere yerleştirmek,

- Bir meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna vermek.

Hâkimin küçükler hakkında alabileceği önlemler ise şu şekildedir:

- Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almak,

- Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya manen terk edilmiş halde kalan küçüğü, ana ve babadan alarak bir aile yanına veya resmi ya da özel sağlık kurumuna veya eğitimi güç çocuklara mahsus kuruma yerleştirmek,

- Çocuk mallarının yönetimi ve korunmasına ilişkin önlemleri almak,

- Genel ve katma bütçeli daireler, mahalli idareler, kamu iktisadi teşebbüsleri ve bankalar tarafından kurulmuş teşekkül, müessese veya işletmelere veya benzeri iş yerlerine yahut meslek sahibi birinin yanına yerleştirmek.”

Yasa koyucu, bu önlemleri aynı maddede ihtiyati tedbir olarak nitelendirmiş ve uyulmaması halinde mülga HUMK m. 113/A hükmüne atıf yapmıştır. Bu düzenlemenin karşılığı 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 398. maddesidir. Buna göre bu tedbirlere uymayan veya tedbire aykırı davranan kimse bir aydan altı aya kadar disiplin hapsiyle cezalandırılır.



SONUÇ

Evlilik kurumu, nişanlılık döneminden başlayıp evliliğin devamı süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda da sona erme sebebine göre gerek mal rejiminin tasfiyesi, gerekse de boşanan eşlerin bu sıfatla birbirlerine karşı olan yükümlülükleri bakımından 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun ikinci kitabında düzenlenmiştir.

Bu düzenlemelerin en belirgin özelliklerinden bir tanesi de özel hukukun diğer alanlarından farklı olarak sözleşme serbestisinin çok kısıtlı olması ve evlenme ile evlenmenin hükümlerinin şekil şartlarına bağlanmış olmasıdır. Bu sebeple çalışmanın giriş bölümünde konuya ilişkin kısa bir bilgi verilmiş; evliliğin tanımı yapılmıştır. Daha sonra çalışmamız bakımından taşıdığı önem sebebiyle evlilik birliğinin korunmasına neden ihtiyaç duyulduğu üzerinde durulmuştur. Bu bağlamda TMK’de yer alan evlilik birliğini korumaya yönelik önlemlerin özel kanunlarda yer alan önlemlerden en önemli farkı evliliğin TMK’ye göre resmi memur önünde gerçekleştirilmesine yönelik şarttır.

Evlilik birliğine yönelik kanunda yer alan önlemlerin en önemli amacı, eşlerin arasında ihtilaf oluşturan konunun evlilik birliğinin devamını sağlamaya yönelik önlemlerle bertaraf edilmesidir⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Dural/ Ögüz/ Gümüş, s. 185; Ayan, s. 23

Çalışmanın birinci bölümünde evliliğin genel hükümleri, hakim tarafından alınacak önlemler bağlamında incelenmiş olup ilk olarak eşlerin hak ve yükümlülüklerinin neler olduğu üzerinde durulmuştur.

Önceki kanunumuzdan farklı olarak kadın erkek eşitliğine aykırı olan ve evlilik birliğinde kocayı üstün gören anlayışın terk edilmesi sonucunda hak ve yükümlülükler yönünden de eşler eşit hale gelmiştir. Bu durum evliliğe ilişkin hükümlerin temel taşı diyebileceğimiz TMK'nin 185. maddesi ile ifadesini bulmuştur⁵⁴⁹.

Kanunumuz eşlerin evlilik birliğini beraberce yöneteceklerini kabul ederek eşlerin evlilik birliğini sadece birlikte yönetmelerini değil bu birliği beraberce temsil etmesini de öngörmüş olup bu durumu eşlerin mutluluğu ve birliğin devamı için zorunlu bir unsur olarak görmüştür. Bununla birlikte evlilik soyadı konusunda geçmişten gelen alışkanlıktan vazgeçilmeyerek kocanın soyadının ailenin de soyadı olarak kabul edileceği düzenlemesiyle Anayasanın 10. maddesi ile öngörülen eşitlik ilkesine aykırı bir düzenleme getirmiştir. Bu eşitsiz durum Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ile ortadan kaldırılmış ise de durumun yasal düzenlemeye kavuşturulmaması ve bekarlık soyadını kullanmak isteyen kadının hakkını dava yoluyla almasını beklemenin hukuk devleti ilkesine uygun düştüğü de söylenemeyecektir.

⁵⁴⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 674, Gümüş, s. 4, Öztan (Aile), s. 145-150.

Eşlerin kanunda tek tek ifade edilen hak ve yükümlölüklerinin dışında önem taşıyan ve sorunlara sebebiyet veren evlilik birliğinin temsili ile aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılmasına ilişkin düzenlemelere de detaylı olarak yer verilmiş; konu yargı kararlarına yansıdığı biçimiyle ele alınmıştır.

Evlilik birliğinin temsilinin borçlar hukukunda düzenlenen temsilden farklı olduğuna ve birliği temsilen yapılan hukuki işlemler yönünden sadece işlemi yapan eşin değil de her iki eşin birlikte sorumlu olduklarına değinilmiştir.

Eşlerin evlenmeleri hukuki ehliyetleri yönünden doğrudan bir kısıtlama getiriyorsa da aile konutunda olduğu gibi kanunla bu ehliyetin kısıtlandığı haller de bulunmaktadır. Bu sınırlamalardan aile hukukunu ilgilendiren ve hâkimin müdahalesinin sıklıkla söz konusu olduğu en önemli durum aile konutuna yönelik sınırlamalara ilişkindir. Konuya ilişkin yasal düzenlemeler ışığında Yargıtayın bakış açısı aile konutuna yönelik kanunda öngörölen sınırlamanın hukuki niteliği ile ilgili görüş ayrılıkları bağlamında değerlendirilmeye çalışılmıştır.

Çalışmanın ikinci bölümünde birinci bölümde bahsedilen hak ve yükümlölüklerin ihlali halinde eşlerin hâkime başvuru suretiyle hangi taleplerde bulunabileceği TMK’de yer aldığı şekliyle incelenmiştir.

Bu önlemler arasında eşlerin evlilik birliğinden kaynaklı tüm yükümlölük ihlalleri bakımından başvurulması mümkün olan tedbir türleri TMK’nin 195. maddesinde hâkimin eşleri uyarması, uzlaştırmaya çalışması ve uzman kişilerin yardımını istemesi şeklinde ifade edilmiş olup yargı uygulamasında da hâkimin

evlilik birliğine müdahalesi terimi ile anlaşılan önlemlerin bu üç tedbir olduğu görülmektedir.

Belirtilen önlemler yönünden hâkimin resen harekete geçmesi söz konusu olmayıp bu yönde hâkimin önüne getirilmiş bir başvuru olması şarttır. Bu başvuruyu inceleyen hâkimin ilgili tedbirlerin yeterli olmayacağını görmesi halinde kendiliğinden kanundaki diğer tedbirlere başvurma imkânı olmadığı gibi eşlerin diğer tedbirlerin her biri yönünden de açıkça talepte bulunmuş olmaları şarttır.

Eşlerin bu kapsamda ayrıca talep edebileceği önlemler temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması, eşin borçlularına yönelik olarak ödemenin diğer eşe yapılmasının emredilmesi, eşin tasarruf yetkisinin belirli malvarlığı değerleri yönünden sınırlandırılması, eşlerin ortak yaşamı sürsün veya sürmesin evin geçimine yönelik parasal katkı yapılması, konut ve ev eşyalarından yararlanmaya yönelik düzenleme yapılması, mal rejimine yönelik önlemlerin alınması şeklinde özetlenebilir.

Bu düzenlemeler içerisinde uygulamada en çok karşılaşılan önlem türü hatalı bir şekilde tedbir nafakası olarak adlandırılan TMK'nin 197. maddesindeki önlemlerdir. Eşlerin çoğunlukla boşanma yönünde kararlarını kesinleştirmeden ortak yaşama şu veya bu şekilde son verdikleri ve boşanma davası açılmazdan önce geçen bu süreçte özellikle çalışmayan kadınların ve onunla birlikte kalan çocukların geçimlerinin sağlanması bakımından bu önleme başvurulduğu görülmektedir. Boşanma davası açıldıktan sonra tüm önlemleri TMK'nin 169. maddesi kapsamında boşanma davası esnasında hâkimin alması mümkündür.

Ülkemizin pek çok yöresinde halen daha kadının evlilik birliği içerisinde konumunun erkek eşle aynı olmadığı, erkeğin evi terk etmesi durumunda çalışmayan ve “baba evi”ne de dönemeyen kadının boşanma imkanına sahip olamadığı bilinen bir gerçek olup TMK’nin 197. maddesi tam da bu tehlikeyi bertaraf etmeye yönelik etkili bir koruma sistemi getirmiştir.

Evlilik birliğini korumaya yönelik önlemler sadece TMK’de düzenlenenlerle sınırlı olmadığından çalışmanın üçüncü bölümünde yine uygulamada sıklıkla karşılaşılan olaylara yönelik olarak alınan önlemler bazında bu önlem türlerinin de değerlendirilmesi yapılmıştır. Bu kapsamda 4787 sayılı kanun ile günümüzde maalesef çok tartışılan 6284 sayılı kanun kapsamında alınabilecek önlemler incelenmiştir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız : **Kadının Soyadı ve Buna Bağlı Olarak Çocuğun Soyadı**, Ankara, 2005
- Acabey, M. Beşir :“*Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi*”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı**, Cilt 2, İstanbul 2001, s. 777-798
- Acabey, M. Beşir : **Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi**, İzmir, 1998 (Kısaltma: Mal Rejimi)
- Acar, Faruk : **Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı**, Ankara 2016
- Adıgüzel, Recep : “*Yeni Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu Düzenlemesi*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl:2002, Sayı: 2, s. 129-136
- Akın, Mustafa : *Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması*, **Terazi Hukuk Dergisi**, S. 14, Y. 2007, s. 93-102

Akıntürk, Turgut : **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku**, Cilt 2,
İstanbul 2019

Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman,

Derya : **Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, 6098 Sayılı
Borçlar Kanununa Göre Uyarlanmış C. 2**,
İstanbul 2013

Akyüz, Emine : “*Medeni Kanunun Velayete İlişkin Hükümlerinin
Çocuk Hakları Sözleşmesi ve İsviçre Medeni
Kanunu Işığında Değerlendirilmesi*”,
Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul 1999, s.
103-141

Altaş, Hüseyin : **Medeni Hukuk Ders Notları**, 9 Nolu Dosya, s. 1,
([http://huseyinaltas.net/dosya/
Medeni_Hukuk_9.doc](http://huseyinaltas.net/dosya/Medeni_Hukuk_9.doc), E. T. 10.04.2013)

Anıl, Yaşar Şahin/Taner, Yonca : **Eşler Arasındaki Mal Rejimleri**, İstanbul 2011

Ardıç, Oğuzhan : **Medenî Hukuk**, Ankara 2011

Arsebük, Esat : **Medeni Hukuk C. II**, Ankara 1940

Ateş, Turan : **Edinilmiş Mallara(Kazanılmış) Mallara
Katılma Rejimi**, İstanbul 2013

- Ayan, Serkan : **Evlilik Birliğinin Korunması**, Ankara 2004
- Aydın, Sevgican : “*Türk Aile Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi*”, **Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağın**, 1. Cilt, İstanbul 2009, s. 387-408
- Ayhan, Rıza : “*Aileye Yönelik Hukuki Düzenlemeler*”, **Türkiye Aile Yıllığı**, Ankara 1991, s. 81-95
- Badur, Emel/Turan Başara,
Gamze : “*Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi*”, **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı:65, Yıl:2016, s. 101-136
- Badur, Emel : “*Ailenin Korunması Alanındaki Son Gelişmeler*”, **TBB Dergisi**, S. 84, Y. 2009, s. 63-92
- Balo, Yusuf Solmaz : “*Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması*”, **Aile ve Toplum Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi**, Yıl: 5 C: 2, S: 6, Ankara 2003, s. 23-32
- Barlas, Nami : “*Yeni Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Eşler Arasında Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları*”,

Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin
Armağan, Ankara 2004, s. 115-144

Başpınar, Veysel : “*Yeni Türk Medeni Kanunu*”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara 2003, s. 669-690

Başpınar, Veysel : “*Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz*”, **AÜHFD.**, Cilt 52 Sayı 3, Ankara 2003, s. 79-101 (Kısaltma: Önerilerimiz)

Baygın, Cem : “*4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler*”, **Bilgi Toplumunda Hukuk-Ünal Tekinalp'e Armağan**, Cilt 2, İstanbul 2003, s. 437-461

Brosset, George : “*Evlenme(Umumi Hükümler) Evlilik Birliğinin Temsili*”, Çev. Türkeş, **Ankara Barosu Dergisi**, 1975/6, s. 854-861

Bulut, Harun : **Aile Konutu ve Aile Mahkemelerinin Yargılama Yöntemi**, İstanbul 2007

Büyüktanır, Tahir : “*Aile Mahkemeleri*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2003, Sayı: 1, s. 29-40

- Büyüktanır, Tahir : “*Türk Medeni Kanunu (Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar)*”, **Ankara Barosu Dergisi**, Yıl: 2002, Sayı: 2, s. 55-110 (Kısaltma: Açıklamalar)
- Cansel, Erol : “*Türk Ailesinin Anayasa'nın 41. Maddesine Göre İncelenmesi*”, **Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan**, Konya 1991, s. 405 vd. (Kısaltma: Aile)
- Cansel, Erol : “*Velayet Hakkı ve Kötüye Kullanılması Nedeniyle Kaldırılması*”, **AÜHFD 50. Yıl Armağanı 1925-1975 C. I**, Ankara 1977, s. 137-148 (Kısaltma: Velayet)
- Ceylan, Ebru : *Türk Hukukunda Aile İçi Şiddet ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesiyle İlgili Yeni Düzenlemeler*, **TBB Dergisi**, S. 109, Y. 2013, s. 13-54
- Demir, Mehmet : “*Türk Medeni Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler*”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, Ankara 2003, s. 691-715
- Demir, Pınar Özlem : **Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler**, İstanbul 2004

- Demir, Sevgi : **Türk Medeni Kanunu: Aile Hukuku Alanında Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yenilikler**, Ankara 2004
- Deryal, Yahya : **Medeni Hukuk Bilgisi**, B. 4, Ankara 2010
- Doğan, Murat : “*Medeni Kanunun Getirdiği Bir Müessese: Aile Konutu*”, **Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, **AÜEHF'nin 25. Kuruluş Yılına Armağan**, Cilt 6, Sayı:1-4, Erzincan 2002, s. 285-300
- Doğan, Murat : “*Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler*”, **AÜHFD**, C. 52, S. 4, Ankara 2003, s. 93-129 (Kısaltma: Yenilikler)
- Doğru, Osman/Nalbant, Atilla : **İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar**, C. 2, Ankara 2013
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan,/
- Gümüş, Mustafa Alper : **Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku**, İstanbul, 2019
- Egger, Albin : **Aile Hukuku**, Ankara 1949

- Erdem, Mehmet : *Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun*, **TBB Dergisi**, S. 73, Ankara 2007, s. 46-77
- Ergün, Zafer : **Boşanma Davaları**, Ankara 2004
- Erkan, Vehbi Umut : “*Türk Medeni Kanununda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 134, Yıl:2018, s. 431-450
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin : **Aile Hukuku**, Bası 3, baskıyı hazırlayanlar Özakman - Sarıal, M. Enis, İstanbul 1986
- Genç Arıdemir, Arzu : “*Tarihsel Gelişim İtibarıyla Türk Hukukunda Evlilik Birliğinin Sona Erdirilmesi ile Mal Rejimleri Bakımından Kadın ve Erkek Eşitliği*”, **Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan**, İstanbul 2004, s. 1-26
- Gençcan, Ömer Uğur : **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, C. 1**, Ankara 2004, s. 1101 (Kısaltma:TMK)
- Gençcan, Ömer Uğur : **Türk Medenî Kanunu’nda Kadın ve Çocuk Hakları**, (Kadın ve Çocuk) Ankara 2006
- Gençcan, Ömer Uğur : **4721 sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, C. 1**, Ankara 2015 (Kısaltma:TMK)

- Gençcan, Ömer Uğur : *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Amaç ve Kapsamı (Ailenin Korunması)*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, Sayı 97- 98, s. 89-96 İstanbul 2012
- Giray, Faruk Kerem : “4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan 'Aile Konutu' Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi”, **Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni**, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan Yıl:23 Sayı:1-2, s. 423-448, İstanbul 2003
- Gökçe, Birsen : “Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme”, **Hacettepe Sosyal ve Beşeri Bilimler Dergisi**, C. 8, S. 1-2, s. 46-67, Ankara 1976
- Göktepe, İnci : “4320 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Örnekler”, **Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Yeni Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları**, s. 31-42, İstanbul 2003
- Gümüş, Mustafa Alper : **Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri**, İstanbul 2008
- Gümüş, Mustafa Alper : “Evlilik Birliğinde Eşlerin Aydınlatma(Bilgi Verme) Yükümü”, **Maltepe Üniversitesi Hukuk**

Fakültesi Dergisi, İstanbul, Yıl: 2006, Sayı: 2, 205-220 (Kısaltma: Bilgi Verme)

Hatemi, Hüseyin : **Aile Hukuku**, İstanbul 2019

Havutçu, Ayşe : **Evlilik Birliğinin Temsili**, Ankara 2006

Helvacı, Serap/ Erlüle, Fulya : **Medeni Hukuk**, B. 2, İstanbul 2011

İnan, Ali Naim : “*Çocuğun Korunmasında Medeni Kanunumuzun İlkeleri ve Çocuk Haklarına Dair Sözleşmede Hak Grupları*”, **Cumhuriyet’in 75. Yıl Armağanı**, s. 703-720 İstanbul 1999

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. 17-37 (Kısaltma: Çocuk İlişkileri)

Karagülmez, Ali/Ural,

Sami Sezai : **Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri**, Ankara 2003

Karınca, Eray : **Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet**, Ankara 2010

Kaya, Cemil : “Eğitim ve Öğrenim Hakkının Bir Sınırı Olarak Evlenme Yasağı”, **Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: XIV Yıl: 2010 Sayı: 1-2, s. 47-57

Kılıçoğlu, Ahmet : **Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı**, Ankara 2002

Kılıçoğlu, Ahmet : “Medeni Kanun Açısından Kadın- Erkek Eşitliği”, **Ankara Barosu Dergisi**, Sayı: 1991/1 Yıl: 48, s. 9-17 (Kısaltma: Eşitlik)

Kılıçoğlu, Ahmet : **Medeni Kanunu'muzun Aile- Miras- Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler**, Ankara 2003 (Kısaltma: Yenilikler)

Kılıçoğlu, Ahmet : “Aile Konutu ve Konut Eşyası ile Sağlanan Koruma”, **Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan**, Ankara 2008, s. 527-545 (Kısaltma: Aile Konutu)

Knoepfler, François : “İsviçre'de Aile Hukuku Üzerine Açıklamalar”, Çeviren: Özer, **Yargıtay Dergisi**, 1988/1-2, s. 116-133

Koçhisarlıoğlu, Cengiz : “Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği”, **AÜHFD**, Cilt: XL Sayı: 1-4, Ankara 1988, s. 251-279

Koçhisarlıoğlu, Cengiz : *“İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukunda Son Gelişmeler”*, **Prof. Dr. Jale G. Akipek’e Armağan**, Konya, 1991, s. 431-452 (Kısaltma: Son Gelişmeler)

Kocacık, Faruk : *“Şiddet Olgusu Üzerine”* **C.Ü. İktisadi ve İdari Bilimler Dergisi**, 2001, C. 2 S.1, s. 1-7

Korkut Owen, Fidan/ W. Owen,

Dean : *Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet*, **T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü**, Ankara 2008, (<http://www.aileicisiddet.net/egitim/set/KYAIS.pdf>, E.T. 21.05.2013)

Könezoğlu, Bilge : **Aile ve Ailenin Korunması**, Yayınlanmamış YL Tezi, Ankara 2006

Köprülü, Bülent,/Kaneti, Selim : **Aile Hukuku**, İstanbul 1989

Köseoğlu, Bilâl/Kocaağa,

Köksal : **Aile Hukuku ve Uygulaması (Bilimsel Görüşler ve İçtihatları)**, TBB Yayınları, Ankara 2009

Moroğlu, Nazan : **Kadının Soyadı**, İstanbul 1999

Nuhoğlu, Ayşe : *Kadına Yönelik Şiddet*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 97- 98, s. 62-78, İstanbul 2012

Oğuzman, Kemal/Dural,

Mustafa

: **Aile Hukuku**, Bası 2, İstanbul 1998

Oğuzman, Kemal

: **Aile Hukuku Dersleri**, İstanbul 1990

Öktem, Seda

: “*Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması*”, **Türkiye Barolar Birliği Dergisi**, S. 67, s. 317-338, Ankara 2006

Özgenç, İzzet

: *Şiddet Uygulayan Kişinin Zorlama Hapsine Tabi Tutulması*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi**, C. 8, S. 97- 98, s. 59-61, İstanbul 2012

Özkara/Can

: *Kadına Yönelik Şiddetle İlgili Güncel Yasal Değişiklikler ve Adli Tıp*, **TBB Dergisi**, S. 99, Y. 25, Mart- Nisan 2012, s. 341-348

Öztan, Bilge

: **Medeni Hukuk’un Temel Kavramları**, Ankara, 2019

Öztan, Bilge

: **Aile Hukuku**, Ankara 2015 (Kısaltma: Aile)

Öztan, Bilge

: “*Medeni Kanun'un Kabulünün 70. Yılında Aile Hukuku*” **AÜHFD**, 1995/1-4, s. 79-125 (Kısaltma: 70. Yıl)

- Özüğur, Ali İhsan : *“Evliliğin Genel Hükümleri” Yeni Medeni Yasanın Aile Hukukuna Getirdiği Yenilikler ve Uygulaması*, s. 182-199, Ankara, 2003
- Peker, Hüseyin : *“Ailenin Korunmasının Esasları”, 1. Aile Şurası Bildirileri*, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, s. 361-364, Ankara 1990
- Polat, Oğuz : *Kadın ve Şiddet, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın*, İstanbul 2003
- Ruhi, Ahmet Cemal : *“Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması”, AÜEHFD, C. VIII, S. 1-2, Erzincan 2004*Sağiroğlu, *Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun*, s. 529-562, İstanbul 2013
- Sarı, Suat : *Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, İstanbul 2007
- Saymen, Ferit Hakkı/Elbir,
- Halid Kemal : *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C. III*, İstanbul 1957
- Schwarz, Andreas : *Aile Hukuku*, Çev. Davran, İstanbul 1946

- Selçuk, Sami : **Karşıoylarım**, Ankara 2001
- Sirmen, Lale : “*Medeni Hukuktaki Son Gelişmelerin Işığı Altında Evlenme ve Boşanma Alanında Yeniden Düzenlenmesi Gereken Konular*”, **Hukukta Kadın Sempozyumu**, s. 82-90i Ankara 2000
- Sungurtekin Özkan, Meral : “*Medeni Kanun’un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medeni Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri*”, **Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-I, Yeni Türk Medeni Kanunu'nun Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi**, Eskişehir 2003
- Şahin, Emin : **Aile Hukuku Davaları**, Ankara 2012
- Şahin, Mualla Gücin : “ Evlilik Düzeni Açısından Evliliğin Genel Hükümleri”, **Manisa Barosu Dergisi**, Sayı 93, Yıl 24, Nisan 2005
- Şener, Ülker : “*6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?*”, **Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu**, s. 1-5, Mart 2012

- Şıpka, Şükran : **Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası(TMK m.194)**, İstanbul 2004
- Tandoğan, Haluk : **Aile Hukuku Ders Notları**, Ankara 1965
- Tanrıver, Süha : *“Aile Mahkemeleri Üzerine Bazı Düşünceler”*, **Prof .Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan**, s. 947-953, Ankara 2003
- Tekinay, Selahattin Sulhi : **Türk Aile Hukuku**, İstanbul 1990
- Tolan, Barlas : *“Aile Yapılarının Farklılaşması”*, **İnan Kırac’a Armağan**, s. 255-256, Ankara 1994
- Tour, Pier : **İsviçre Medeni Kanunu'nun Federal Mahkeme İçtihatlarına Göre Sistemli İzahı**, Çeviren Artus, Ankara 1956
- Tutumlu, Mehmet Akif : **Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları**, Ankara 2006
- Türkmen, Ahmet : *Yeni Bir Hukuki Olgu Olarak Israrlı Takip ve Taciz (Stalking) ve Bunun Türk Medeni Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, **DEÜHFD**, C. 11, Özel S. 2009, . 1387-1434

Uçar, Ayhan : “4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, **Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, AÜEHF'nin 15. Kuruluş Yılına Armağan**, Erzincan 2002, Cilt: VI Sayı: 1-4, s. 317-332

Uçar, Mehmet Ali : **Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası**, Ankara 2003

Uğur, Hüsamettin : *Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanun'un Getirdikleri* **TBB Dergisi**, S. 101, s. 333-366, 2012

Uğur, Hüsamettin : *Aile Bireyleri ve Kadının Şiddete Karşı Korunması (Kadının Korunması)*, **Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi** C. 8, S. 97- 98, s. 110 vd. İstanbul 2012

Ünsal, Artun : “Genişletilmiş Bir Şiddet Tipolojisi”, **Cogito**, S. 6-7 Kış-Bahar, s. 29-36

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet : **Türk Medenî Hukuku, C.2, Aile Hukuku**, İstanbul 1960

Yenisey, Feridun : *Uluslararası Sözleşmede Kadına Yönelik “Şiddet Riskinin” Değerlendirilmesi ve Türk Hukuku*,

Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, C. 8, S. 97- 98,
s. 10-13, İstanbul 2012

Zapata, Tan Tahsin : **Medeni Hukuk**, B. 12, Ankara 2012

Zevkliler, Aydın/Acabey,

M. Beşir/Gökyayla, K. Emre : **Medenî Hukuk**, 6. Baskı, Ankara 2000

Zevkliler, Aydın/Ertas, Şeref/

Havutçu, Ayşe/Acabey, M. Beşir/

Gürpınar, Damla : **Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni
Hukuk(Temel Bilgiler)**, Ankara 2018

[http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"goodwin\"\],\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\],\"itemid\":\[\"001-60596\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/tur/Pages/search.aspx#{\)

<http://www.resmigazete.gov.tr>

UYAP-Ulusal Yargı Ağı Bilişim Sistemi

ÖZET

YAZICI, Samet. Evlilik Birliğinin Korunmasına Yönelik Hâkim Tarafından Alınacak Önlemler, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020

Aile, toplumun en temel birimi olup aile ve aileyi oluşturan bireylerin korunması, kişiliklerinin geliştirilmesi, ailenin ve evlilik birliğinin huzurlu bir şekilde devamı devletlerin ödevleri arasındadır. Bu bakımdan Anayasa başta olmak üzere çeşitli kanun hükümleri ile evlilik birliğinin korunması ve uzun yıllar boyunca devamını sağlamaya yönelik olarak çeşitli tedbirler alınmıştır. Bu tedbirler eşlerin eşitliği temelinde evliliği oluşturan eşlerin ve evlilik birliğinin korunması amacına hizmet eder şekilde yorumlanmalıdır. Bu yorumu yapacak olan da hâkimdir.

İşte bu çalışmamızda hâkimin evlilik birliğine müdahalesinin koşulları, kapsamı, süresi ve şekilleri üzerinde durulmuş, uygulamacılara yol göstermek amaçlı Yargıtay'ın bakış açısına da yer verilerek hâkimin müdahalesi yoluyla evlilik birliğinin korunmasına dair tespitlere yer verilmiştir.

SUMMARY

YAZICI, Samet. Measures to be taken in order to preserve the union of marriage (marital union/sanctity of marriage) by Judge, Master Thesis, Ankara 2020

Family, is the most basic unit of the society therefore protection of the family and the individuals within the family, improving their personal development, keeping the peace of the union of marriage (marital union/sanctity of marriage) and the family are the main task of the states. In this regard, especially within the constitution and other legislation, some measures has been taken in order to preserve the union of marriage (marital union/sanctity of marriage) for the lifetime. These measures should be interpreted to serve the purpose of preserving the union of marriage (marital union/sanctity of marriage) and the couples on the basis of equality of the couples. This interpretation will be done by the Judge.

In this study, the requirements, scope, time and methods of intervention of the Judge has been examined and the perspective of the Appeal Court has been reflected in order to lead the practitioners on the subject of preserving the union of marriage (marital union/sanctity of marriage) through the intervention of the Judge.