

**T.C.
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

DOKTORA TEZİ

EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU ÖNLEMLER

Hazırlayan:

EDA ERDEM

DANIŞMAN

PROF. DR. ABDÜLKADİR ARPACI

MAYIS 2022

İNTİHAL SAYFASI

Yüksek lisans tezi olarak sunduğum,bu çalışmayı,bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yol ve yardıma başvurmaksızın yazdığımı,yararlandığım eserlerin kaynakçada gösterilenlerden oluştuğunu ve bu eserleri her kullanışmada alıntı yaparak yararlandığımı belirtir;bunu onurumla doğrularım.

Enstitü tarafından belli bir zamana bağlı olmaksızın,tezimle ilgili yaptığım bu beyana aykırı bir durumun saptanması durumunda,ortaya çıkacak tüm ahlaki ve hukuki sonuçlara katlanacağımı bildiririm.

EDA ERDEM

14,06,2022

ÖZET

Bu çalışmanın amacı, Türk hukukundaki evlilik birliğini koruyucu önlemlerin, teorik olarak ve yargı kararları ışığında, mehz İsviçre hukukundaki duruma da değinilerek ortaya konulmasıdır. İsviçre Medeni Kanunu'nun toplum yapımıza uygun hale getirilmeden iktibas edilmesinin sakıncaları, evlilik birliğini koruyucu önlemlere ilişkin hükümler incelendiğinde açık biçimde ortaya çıkmaktadır. Hâkimin evlilik birliğine bu kadar müdahale etmesinin, kanaatimizce, İsviçre'de kabul gören “aile birliğinin” adeta bir ticaret şirketi olarak değerlendirilmesi, Türk aile yapısına ve anlayışına ne derecede uygun düştüğü hususu bu çalışmada ele alınıp tartışılacaktır. Tartışma neticesinde varılacak sonuçlar “kanunların doğrudan değil bünyemize uydurularak iktibas edilmesi” gerekliliği hususunda somut örnekler ortaya koyularak değerlendirilecektir. Dolayısıyla, Türk Medeni Kanunu'nun 194. ilâ 201. hükümlerinde öngörülen önlemlerin kabul edilme nedenleri, Türk hukuku bakımından ele alınıp değerlendirilecek, anılan hükümlerin amacı ortaya çıkarılarak ihtiyaca cevap verebilme durumları irdelenecektir. Son mevzuat değişiklikleri dikkate alındığında yeri geldikçe mukayeseli hukuktaki gelişmelerle de yapılacak olan bir karşılaştırma, çalışmanın daha da faydalı olmasını sağlayabilecektir. Çalışmada, uygulama hiçbir aşamada göz ardı edilmeyip, yeri geldikçe ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Anahtar Kelimeler: Evlilik birliği, aile, Türk Medenî Kanunu, mal rejimi, aile konutu, eşin rızası, kefalet, kadına karşı şiddetin önlenmesi.

ABSTRACT

The aim of this study is to present the measures to protect the marriage union in Turkish law, theoretically and in the light of judicial decisions, by referring to the situation in Swiss law. The drawbacks of quoting the Swiss Civil Code without adapting it and making it suitable for our social structure become evident when the provisions regarding the measures to protect the marriage union are examined. In this study, it will be discussed and evaluated that the judge's intervention in the marriage union, the consideration of the "family union" in Switzerland almost as a commercial partnership, and the extent to which it fits the Turkish family structure and understanding. The conclusions to be reached as a result of the discussion will be evaluated by presenting concrete examples regarding the necessity of "laws should not be quoted directly, but by adapting them to our social and cultural structure". Therefore, the reasons for the adoption of the measures stipulated in the 194th-201st provisions of the Turkish Civil Code will be discussed and evaluated in terms of Turkish law, the purpose of the aforementioned provisions and their ability to respond to the needs will be examined. Considering the recent legislative changes, a comparison with the developments in comparative law when necessary will make the study even more beneficial. In the study, the judicial practice will not be ignored at any stage and will be discussed in detail when necessary.

Keywords: Marriage union, family, Turkish Civil Code, property regime, family residence, spouse's consent, surety, prevention of violence against women.

İÇİNDEKİLER

İNTİHAL SAYFASI	i
ÖZET.....	ii
ABSTRACT	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR, EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KURUMUNUN TEMELLERİ	4
I..... TEMEL KAVRAMLAR, EVLENMENİN ŞARTLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ	4
A. Aile Kavramı ve Ailenin İşlevi.....	4
1.Dar Anlamda Aile.....	5
2.Geniş Anlamda Aile	6
3.En Geniş Anlamda Aile	6
4.Otonom Bir Kavram Olarak Aile Yaşamı	6
B. Bir Hukukî İşlem Olarak Evlenme	8
C. Evlenmenin Şartları	9
II. EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ.....	12
A. Genel Olarak.....	12
1. Birliğin Mutluluğunu Elbirliğiyle Sağlama Yükümlülüğü	13
2. Eşlerin Çocuklarına Birlikte Özen Gösterme Yükümü	15
3. Sadakat Yükümlülüğü.....	16
4. Eşlerin Yardım Yükümlülüğü.....	20
5. Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Yükümlülüğü.....	22

6.	Müşterek Konutu Seçme Yükümlülüğü	23
7.	Evlilik Birliğini Birlikte Yönetme Yükümlülüğü	25
8.	Eşlerin Bilgi Verme Yükümlülüğü	26

III. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASININ ANAYASAL VE KANUNÎ ÇERÇEVESİ

27

A.	Anayasal Çerçeve	28
B.	Kanunî Çerçeve	30

İKİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU DÜZENLEMELER.....

36

I.	GENEL AÇIKLAMALAR	36
II.	TÜRK MEDENÎ KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ.....	37

A.	Bazı Hukuki İşlemlerde Diğer Eşin Rızasının Aranmasına İlişkin Hükümler	37
1.	Aile Konutunun Devrinde Eşin Rızası.....	39
a.	Aile Konutu Kavramı ve Özellikleri	39
b.	Aile Konutunun Önemi ve Unsurları	46
c.	Aile Konutuna Yönelik Bir Düzenleme Olarak Türk Medeni Kanunu Madde 194 49	
d.	Aile Konutuna İlişkin Rızanın Hukuki Niteliği	54
e.	Aile Konutunun Eşlerden Birinin Mülkiyetinde Olması.....	60
f.	Eşlerin Aile Konutu Üzerinde Birlikte Hak Sahibi Olmaları.....	63
g.	Aile Konutu Şerhi.....	66
h.	Aile Konutunun Kiralık Olması	74
i.	Hâkimin Hak Sahibi Eşi Tek Başına İşlem Yapmaya Yetkili Kılması.....	78
j.	Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşin Kira Sözleşmesine Taraf Haline Gelmesi.....	81
2.	Mal Rejimiyle ilgili Kurallar	81

a.	Tanım	81
b.	Mal Rejimi Türleri ve Evlilik Birliğinin Korunmasıyla İlişkisi.....	82
c.	Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi)	89
i.	Genel Olarak.....	89
ii.	Türk Medeni Kanununun Yasal Mal Rejimiyle İlgili Getirmiş Olduğu Düzenlemeler ve Eşlerin Mal Rejimi Sözleşmesiyle Yapabilecek Oldukları Değişiklikler.....	91
iii.	Paylı Mülkiyette Pay Devrinin Rızaya Tâbi Olması	95
iv.	Mal Rejimi Çerçevesinde Öngörülen Hâkim Kararına Dayalı Ödeme Ertelemeleri.....	100
v.	Mal Rejiminin Hâkim Kararı ile Mal Ayrılığına Dönüşmesi.....	102
3.	Evlilik Birliğinin Temsili.....	104
a.	Genel Olarak	104
b.	Temsil Yetkisinin İçeriği.....	104
c.	Türk Borçlar Kanunu'nda Yer Alan Temsil İle Aile Hukukunda Yer Alan Temsil Kurumunun Farkları	108
d.	Eşin Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanmasının Üçüncü Kişilere Duyurulması	109
e.	Temsil Yetkisinin Geri Verilmesi	111
4.	Evlat Edinme, Evlat Edinilme ve Eşlerden Birinin Evlat Edinilmesi.....	112
a.	Genel Olarak Evlat Edinme.....	112
b.	Eşlerin Birlikte Evlat Edinmesi Kuralı.....	113
c.	Eşlerden Birinin Evlat Edinilmesi.....	116
5.	Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası.....	118
a.	Evli Kimseler İçin Getirilmiş Olan Kefalet Sözleşmesinde Eşin Yazılı Rızasının Aranması Kuralı	118
i.	Eşin Rızasının Aranacağı ve Aranmayacağı Haller	122

ii.	Rızanın Niteliği, Zamanı ve Şekli	134
iii.	Eşin Rızasının Yokluğuna Bağlanan Sonuçlar	137
6.	Türk Medeni Kanunu md.198: Borçlulara İlişkin Önlemler	140
7.	Evlilik Birliğini Koruyucu Bir Tedbir Olarak Cinsiyet Değiştirme Yasası ..	144
a.	TMK md. 40 Öncesi Durum	144
b.	TMK md. 40'ta Öngörülen Sistem.....	145
c.	Evli Olmama Şartı.....	148
B.	Evlilik Birliğini Korumak için Hâkimin Alacağı Önlemler	150
1.	Hâkimin Evlilik Birliğine Müdahale Edebilmesi için Aranılan Şartlar	150
2.	Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerin Eşlerden Biri Tarafından Yerine Getirilmemesi	151
3.	Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşmesi	153
4.	Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Parasal Katkılarının Belirlenmesi	153
C.	Birlikte Yaşama Ara Verilmesi	155
1.	Birlikte Yaşama Ara Verilmesinin Koşulları.....	157
a.	Birlikte Yaşama Ara Verilmesi Haklı Bir Sebebe Dayanmalıdır	157
b.	Eşlerin Kişiliğinin Tehlikeye Düşmesi	158
c.	Ekonomik Güvenliğin Tehlikeye Düşmesi	161
d.	Ailenin Huzurunun Tehlikeye Düşmesi	162
2.	Birlikte Yaşama Ara Verilmesinde Süre.....	164
3.	Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesinin Sonuçları ve Tedbirler.....	166
a.	Eşlerden Birinin Ötekine Karşı Yapacağı Parasal Katkı.....	166
b.	Konut ve Ev Eşyasından Yararlanma Şeklinin Düzenlenmesi	169
c.	Malların Yönetimi İle İlgili Olan Önlemler	173
d.	Çocuklara İlişkin Alınacak Önlemler.....	173

D. Eşler Arasında Bir Uyuşmazlık Doğmasından Sonra Uygulanabilecek Hükümler	176
1. Eşlerin Malvarlığı Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması	176
2. Ayrılık	181
3. Ergin Olmayan Kişilerin Evlenmeleri Halinde Ergin Kılınmaları	185
II. 6284 SAYILI KANUNDA EV İÇİ ŞİDDET İLE KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİ	188
A. Genel Olarak	188
B. 6284 sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemeler	189
1. Kanunun Kapsamı	190
2. Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbir Kararları	191
3. Hâkim Tarafından Verilebilecek Koruyucu ve Önleyici Tedbir Kararları	193
4. Koruyucu ve Önleyici Tedbirlerin Özellikleri	195
C. Konunun Erkeğe Yönelik Şiddet Boyutu	196
D. 6284 Sayılı Kanun'un Uygulanması Hakkında Değerlendirme	197
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	
EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASININ USULİ BOYUTU	202
I. EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU ÖNLEMLERİN NİTELİĞİNİN MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	202
A. Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemlerin, Medeni Usul Hukukunda Yer Alan Geçici Hukuki Koruma Türlerinden “Geçici Önlem” veya “İhtiyati Tedbir” Olarak Nitelendirilmesi	203
B. Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemler Bakımından Görevli Mahkeme	205
C. Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemler Bakımından Yetkili Mahkeme	206
SONUÇ	208
KAYNAKÇA	211

KISALTMALAR

AHFD :	:	Ankara Hukuk Fakóltesi Dergisi
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakóltesi Dergisi
AYM	:	Anayasa Mahkemesi
BAM	:	Bölge Adliye Mahkemesi
BD	:	Büyük Daire
bkz.	:	bakınız
C.	:	Cilt
ÇKK	:	Çocuk Koruma Kanunu
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
E.T.	:	Erişim Tarihi
EMK	:	Eski Medeni Kanun
ERÜHFD	:	Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
HD.	:	Hukuk Dairesi
HGK	:	Hukuk Genel Kurulu
HMK	:	Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBGK	:	İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu
İHOP	:	İnsan Hakları Ortak Platformu
İKÜHFD	:	İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakóltesi Dergisi
İMK	:	İsviçre Medeni Kanunu
K.	:	Karar
Kn.	:	Kenar notu
karş.	:	karşılaştırınız
md.	:	madde
No.	:	Numara
OFK	:	Orell Füssli Kommentar
para.	:	paragraf
R.G.	:	Resmi Gazete
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
ŞÖNİM	:	Şiddeti Önleme ve İzleme Merkezi

TAAD	:	Türkiye Adalet Akademisi Dergisi
TBB	:	Türkiye Barolar Birliği
TBK	:	Türk Borçlar Kanunu
TMK	:	Türk Medenî Kanunu
TST	:	Tapu Sicili Tüzüğü
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
yuk.	:	yukarıda
ZGB	:	Zivilgesetzbuch



GİRİŞ

Aileyi oluşturan eşler arasındaki hukuki ilişki, maddi hukukta düzenlenen diğer hukuki ilişkilerden farklıdır. Zira, bu ilişkinin, kurulması, yürütülmesi ve sonlanması yönleri ile kamu düzenini ve toplumsal yaşamı derinden etkilediği kabul edilir. Bu doğrultuda, Anayasa'nın 41. maddesinde, devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı hükme bağlanmıştır. Anayasa'nın “*Ailenin korunması ve çocuk hakları*” kenar başlıklı 41. maddesi hükmü şu şekildedir:

“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.

Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir.

Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.”

Evlilik birliğini oluşturan eşlerin hukuki ilişkilerinin açıklığa kavuşturulmasında, bu kişilerin olduğu kadar kamunun da menfaati söz konusudur. Bu amaca, en çok ailenin korunmasına ilişkin kanuni önlemler hizmet etmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, bu noktada evlilik birliğinin korunması için önemli ve özel nitelikte önlemler öngörmüştür.

Bu çalışmanın amacı, Türk hukukundaki evlilik birliğini koruyucu önlemlerin, teorik olarak ve yargı kararları ışığında, mehz İsviçre hukukundaki duruma da değinilerek ortaya konulmasıdır.

İsviçre Medeni Kanunu'nun (“İMK”) toplum yapımıza uygun hale getirilmeden iktibas edilmesinin sakıncaları, bu hükümler incelendiğinde açık bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Hâkimin evlilik birliğine bu kadar müdahale etmesinin, kanaatimizce, İsviçre'de kabul gören “aile birliğinin” adeta bir ticaret şirketi olarak değerlendirilmesi, Türk aile yapısına ve anlayışına ne derecede uygun düştüğü hususu bu çalışmada ele alınıp tartışılacaktır. Tartışma neticesinde varılacak sonuçlar “kanunların doğrudan değil bünyemize uydurularak iktibas edilmesi” gerekliliği hususunda somut örnekler ortaya koyularak değerlendirilecektir. Dolayısıyla, Türk Medeni Kanunu'nun md. 194-201

hükümlerinde öngörülen önlemlerin sevk edilme nedenleri, Türk hukuku bakımından ele alınıp değerlendirilecek, anılan hükümlerin *ratio legis*'i açısından ihtiyaca cevap verebilme durumları da irdelenmiş olacaktır.

Son mevzuat değişiklikleri dikkate alındığında yeri geldikçe mukayeseli hukuktaki gelişmelerle de yapılacak olan bir karşılaştırma, çalışmanın daha da faydalı olmasını sağlayabilecektir. Çalışmada, uygulama hiçbir aşamada göz ardı edilmeyip, yeri geldikçe ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

Çalışmamızın birinci bölümünde, “aile” kavramı hem medeni hukuk açısından hem de insan hakları perspektifinden değerlendirilecektir. Evlilik birliğinde, eşlerin yükümlülükleri, evlilik birliğinin korunmasında anayasal dayanaklar ve kanuni çerçeve genel olarak açıklanacaktır. Evlilik birliğinin korunması için kanun koyucunun eşlere yüklemiş olduğu yükümlülükler güncel veriler ışığında değerlendirilecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde ise, TMK md. 194 hükmünün amacı, hukuki niteliği ve buna ilişkin şerhin nasıl bir sonuç doğurduğu ve görüş farklılıkları Yargıtay'ın da bu husustaki görüşü ele alınarak değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeden sonra, TMK'da yer alan mal rejimi türleri, eşlerden birinin paylı mülkiyete sahip olduğu hallerde kendi payı üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için eşin rızası (TMK md. 223/II) değerlendirilecektir. Bir diğer koruyucu önlem olan eşlerin birbirini temsili, aile hukukundaki temsilin Türk Borçlar Kanunu'ndaki temsille kıyaslanması ve sona ermesi anlatılacaktır. Bir diğer başlık ise evlat edinme kurumu olup, bu kurumun evlilik birliğine olan etkisi, şartları değerlendirilip eşin rızasının bu kurum açısından taşıdığı öneme değinilecektir. Uygulamada oldukça önemli bir yere sahip olan kefalet sözleşmesi ana hatlarıyla ele alındıktan sonra bu sözleşmede eşin rızasının aranmasının uygulamaya yönelik avantajları ve dezavantajlarına değinilip, eşin rızasının hangi durumlarda geçerli olacağı ve bu rızanın kefalet dışında hangi sözleşmeler için aranacağı da tartışılacaktır. Daha sonra, hâkimin evlilik birliğine müdahalesi ve koşulları değerlendirilecektir. Birliği koruyucu olan bir diğer önlem, birlikte yaşamaya ara verilmesidir. Çalışmamızda bu kurum için aranan şartlar bunun evliliğe olan etkisi ve eşlerin vereceği kararda hâkimin kararının gerekli olup olmadığı değerlendirilecektir. Çalışmamızda yer alan bir başka inceleme konusu ise, eşler arasında cinsiyet değiştirme yasağıdır. Cinsiyet değiştirme yasağının hukuki niteliği ve

evlilik birliğini koruyucu bir işlevinin bulunup bulunmadığı üzerinde tartışılacaktır. İkinci bölümün son konusu ise, kadına karşı şiddetin önlenmesidir. “6284 sayılı Kanun çerçevesinde ev içi şiddet ile kadına karşı şiddetin önlenmesine yönelik düzenlemeler” ve bu düzenlemelerin uygulaması güncel veriler ışığında eleştirel bir şekilde ele alınacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde ise, evlilik birliğini koruyucu önlemlerin medeni usul hukuku boyutu irdelenecektir. Eşler, evlilik birliği devam ederken yükümlülüklerini yerine getirmez ya da evlilik birliğine ilişkin önemli kararlarda uyuşmazlığa düşerlerse, hâkimden evlilik birliğine müdahale etmesini talep edebilirler. Hâkimin hükmedeceği evlilik birliğini koruyucu önlemler, eşlerin barışmasını sağlar; gelecekte ortaya çıkabilecek zorlukları engellemeyi veya mevcut zorlukların ortadan kaldırılmasını amaçlar ve eşlerin birbirlerinden uzaklaşmasına sebep olan uyuşmazlıkları önler. Örneğin, TMK md. 199’a göre hâkim, ailenin ekonomik varlığını korumak için gerekli önlemleri alıp eşlerden birinin tasarruf yetkisini kısıtlayabilir. İşte, bu başlık altında söz konusu önlemlerin usul hukuku bakımından niteliği, nereden ve nasıl talep edileceği konuları ele alınacaktır. Evlilik birliğini koruyucu önlemler, nitelik itibarıyla usul hukuku kapsamında “geçici hukuki koruma” olan ve HMK’nın “geçici hukuki korumalar” başlığı altında 389. ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olan ihtiyatî tedbir niteliğini haizdir.

BİRİNCİ BÖLÜM

TEMEL KAVRAMLAR, EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KURUMUNUN TEMELLERİ

Bu bölümde Türk Medeni Kanunu'ndaki aile kavramına değinilecek; daha sonra aile kavramı üzerinden evlenme ve evlenmenin sonucu olarak ortaya çıkan evlilik birliği incelenecektir. Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler ve bu kapsamda evlilik birliğinin korunmasına dair yasal dayanaklar ve mekanizmalar üzerinde durulacaktır.

I. TEMEL KAVRAMLAR, EVLENMENİN ŞARTLARI VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Aile Kavramı ve Ailenin İşlevi

Türk Medeni Kanunu'nda aile kavramının bir tanımı yapılmamıştır. Çünkü içeriği itibariyle aile kavramının kanun koyucu tarafından tanımlanması mümkün değildir. Bu tanım ülkeden ülkeye ve içinde bulunulan çağa göre değişiklik göstermekte olup, her milletin kendine has bir aile kavramı ve aileye bakış açısı olduğu açıktır¹. Dolayısıyla, aile kavramının anlamı, toplumdan topluma ve yaşanan döneme göre değişiklik göstermektedir. Ancak yaşadığımız çağın gerekleri göz önünde bulundurulduğunda, aile kavramının, geçmişe nazaran daha dar bir anlam ile kabul gördüğü söylenebilir².

Ailenin birden fazla işlevi olduğu kabul edilir³. Ailenin öne çıkan en doğal işlevi ve görevi; iki ayrı cinsten kişinin hayatlarını birleştirmeleri, cinsel ihtiyaçlarını birbirleri ile karşılayıp eğer varsa çocuklarını en iyi şekilde yetiştirmeleridir.

¹ Öztan, Bilge: Aile Hukuku, (6. Bası, Ankara, 2015), s. 3; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz I Evlilik, (2. Bası, İstanbul, 1949), s. 4.

² Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku (23. Bası, İstanbul, 2021), s. 4; Zevkliler, Aydın/Acabey, M.Beşir/Gökyayla, Emre: Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku (6. Bası, Ankara, 2000), s. 666; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Aile Hukuku (15. Bası, İstanbul, 2020), s. 1; Oğuzman, M. Kemal/Dural, Mustafa: Aile Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 1998), s. 1-2; Velidedeoğlu, s. 4; Kayabaş, Ebru: Osmanlı Devleti'nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi (İstanbul, 2009), s. 1.

³ Akıntürk/Ateş, s. 4.

Ailenin bir başka işlevi ise ekonomiktir⁴. Günümüze kıyasla eski zamanlarda daha belirgin olmakla birlikte, aile fertleri ortak geleceklerini en iyi şekilde inşa etmek için iktisadi dayanışma içindedirler.

Son olarak ailenin bir diğer işlevi ise, ahlakidir. Ailenin en önemli işlevlerinden olan ahlak olgusu, aile fertlerinin birbirlerine yardımcı olmaları, birbirlerine saf, temiz duygularla ve şefkatle yaklaşarak aile içi huzuru, dinginliği sağlamaları açısından önem taşımaktadır. Toplumun en küçük ve en temel yapı taşı olan ailede huzur ne derece hâkim olursa, o toplum o kadar ilerleme sağlayacaktır⁵.

1. Dar Anlamda Aile

En dar anlamı ile aile, sadece eşlerin bir araya gelerek oluşturduğu birliği ifade eden bir kavramdır. Dar anlamda aile, doktrinde⁶ evlilik birliği ile aynı anlamda kullanılmaktadır ve resmi bir evliliğin kurulması ile birbirine bağlanan eşlerden ve eşlere soybağı aracılığı ile bağlanan kişilerden oluşur⁷.

Dar anlamda aile ibaresi TMK’da net bir şekilde kullanılmamış olup ilgili düzenlemeler TMK’nın 118. ve 281. maddeleri arasında yer almaktadır. Doktrinde çoğunluk tarafından benimsenen görüşe göre dar anlamda aile kavramı çocukları kapsamamaktadır. Bu yazarların görüşüne göre, TMK’nın 118, 281. maddeleri eşler arasındaki karşılıklı hak ve yükümlülükleri düzenlendiğinden kanun, dar anlamda aile olarak eşleri kabul etmektedir⁸. Bununla birlikte, biz, çocukların da dar anlamda aile kavramı içinde değerlendirilebileceğini, bununla birlikte dar anlamda bir aileden bahsedebilmek için çocukların zorunlu bir unsur olmadığını düşünüyoruz. Ne var ki, esasen, tüm bu görüşlerin kanuni bir dayanağını bulmanın güç olduğu ortadadır. Başka deyişle, dar, geniş ve en geniş anlamda aile tanımları kanun kaynaklı değil; doktrin kaynaklıdır.

⁴ Akıntürk/Ateş, s.10

⁵ Akıntürk/Ateş, s. 3; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim: Aile Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 1989), s. 4.

⁶ Akıntürk/Ateş, s. 5-6; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 204; Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu: Aile Hukuku, (İstanbul, 2018), s. 1; Yıldırım, Abdülkerim: Türk Aile Hukuku, (1. Bası, Ankara, Nisan 2014), s. 3; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Aile Hukuku, (İstanbul, 1993), s. 3; Velidedeoğlu, s. 6; Gönensay, Ahmet Samim: Medeni Hukuk - Aile Hukuku Cilt 2 Kısım I, (İstanbul, 1937), s. 6.

⁷ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 1; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 1; Köprülü/Kaneti, s. 3; Tekinay, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, (7. Bası, İstanbul, 1990), s. 1; Köteli, s. 13; Hasenböhler, Franz: Züricher Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band II/1c, 1998, Art. 169 Kn. 18.

⁸ Öztan, s. 3; Akıntürk/Ateş, s. 6; Badur, Emel: “Aile Korunması Alanındaki Son Gelişmeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, s. 84, (2009), s. 63-92, s. 70.

2. Geniş Anlamda Aile

Aile kavramı daha geniş anlamı ile, bir evin içinde yaşayan kimseler, kanunun söylemi ile, “ev halkı olarak birlikte yaşayanlar” şeklinde tanımlanır. Doktrinde geniş anlamda aile, “velayet ailesi” terimi olarak da kullanılmaktadır⁹. Öte yandan, TMK md. 367’de ayrıca “aile halinde yaşama” ifadesi kullanılmıştır. İMK’da ise daha geniş anlamda aile kavramı için farklı ifadeler kullanılmamıştır¹⁰. Geniş anlamda aile, eşlerden ve onların altsoyu dediğimiz ortak çocuklarından oluşur¹¹. Kanunda geniş anlamda aileye ilişkin bir tanımlama yapılmamıştır. TMK’nın sistematığıne baktığımızda geniş anlamda aileye ilişkin düzenlemelerin büyük bir kısmına md. 282 ve 363 arasında yer verilmiştir. Bu bölümde anne, baba ve çocuklar arasında olan ilişkinin doğurduğu hak ve yükümlülükler düzenlenmiştir.

3. En Geniş Anlamda Aile

En geniş anlamda aile ise, bir ev içerisinde yaşayan dar ve geniş anlamda aile mensuplarının dışında kalan hısımlar ve hatta hizmetlilerdir. En geniş aile kavramı, dar ve geniş aile kavramlarından farklı olarak sadece hısımlığı değil; aynı zamanda aynı çatı altında yaşayan sözleşme ilişkisi ile eve bağlı olan çalışanları da kapsamaktadır¹². En geniş anlamı ile aile, bir ev başkanının hâkimiyeti altında olup, aynı yerde yaşayan insan topluluğu olarak ifade edilebilir. Bu durum eski devirlerde yaygın olup en geniş anlamda ailenin tanımı bu şekilde yapılmıştır¹³. Yürürlükten kaldırılan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi md. 318’in “ev reisliği” olarak düzenlediği en geniş aile kurumuna, TMK md. 367 -371’de “ev düzeni” adı ile yer vermiştir¹⁴.

4. Otonom Bir Kavram Olarak Aile Yaşamı

Yukarıda daha çok Türk özel hukuku bakımından açıklanan aile kavramının, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (“İHAM”, “Mahkeme”) kararlarında nasıl tanımlandığına ve yorumlandığına da değinilmesi gerekir. Zira Türkiye Cumhuriyeti

⁹ Badur, s. 70; Akıntürk/Ateş, s. 6; Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, (1. Bası, Ankara, 2004), s. 18; Zevkliler/Acabey: s. 667.

¹⁰ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 2.

¹¹ Öztan, s. 4; Akıntürk/Ateş, s. 6; Yıldırım, s. 3; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 1979), s. 5.

¹² Yıldırım, s. 3; Akıntürk/Ateş, s. 6; Öztan, s. 4; Velidedeoğlu, s. 6; Feyzioğlu, s. 5; Badur, s. 71.

¹³ Hatemi/Kalkan Oğuztürk, s. 1; Öztan, s. 4; Akıntürk/Ateş, s. 6.

¹⁴ Öztan, s. 4.

Anayasası md. 90'ın son fıkrası gereği, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ("İHAS", "Sözleşme") ile İHAM içtihatları da iç hukukun bir parçasıdır.

İHAM, Sözleşme'de yer alan birçok kavramı taraf devletlerin hukuklarından bağımsız olarak somut olaylar bazında özerk (otonom) bir biçimde yorumlamakta olup bu yorum sonucunda Sözleşme'deki birçok kavram özerk/otonom kavram olarak kabul edilmektedir¹⁵. İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını düzenleyen 8. maddesi kapsamında İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi birçok davada aile yaşamı kavramını da otonom şekilde yorumlamıştır.

Mahkeme'ye göre aile yaşamının varlığı, biçimsel bir konu olmayıp kişiler arasında fiiliyatta yakın kişisel bağların bulunmasına bağlı olan olgusal bir konudur. Dolayısıyla evli olup olmamak, aile yaşamı bakımından belirleyici bir unsur olarak görülmemekte; medeni nikahlı çiftlerin yanı sıra evlilik dışı ilişkiler de aile yaşamı kapsamında kabul edilebilmektedir¹⁶. Bununla birlikte, medeni nikâhla evli çiftler bakımından aile yaşamından bahsedilebilmesi için bu kişilerin birlikte yaşaması olmazsa olmaz bir koşul değildir¹⁷. Mahkeme, aile yaşamını yalnızca kadın ve erkek birliktelikleriyle sınırlı tutmayıp eşcinsel fiili birliktelikleri de aile yaşamı kavramı kapsamında görmektedir¹⁸.

Çocuk ile ebeveyni arasında "aile yaşamının" mevcut olup olmadığının tespitinde ise genetik ilişki ya da kan bağı tek başına yeterli değildir. Mahkeme bir transseksüelin, kadın partnerinin bir donörden alınan spermle suni döllenme yoluyla doğurduğu çocuğu ile arasındaki ilişkiyi de aile yaşamı kapsamında görmüştür¹⁹. Buna karşın başka bir davada, sperm donörü ile çocuk arasındaki ilişkide tek başına bu bağın varlığının aile yaşamını oluşturmayaacağına karar verilmiştir. Öte yandan evlat edinen ile

¹⁵ Örneğin, bireysel başvuru hakkına sahip olma bakımından "mağdur" kavramı; mülkiyet hakkı bakımından "mülkiyet" kavramı; adil yargılanma hakkı bakımından "medeni hak ve yükümlülük", "tanık" gibi kavramlar; özel yaşam ve aile yaşamına saygı hakkı bakımından "özel yaşam" "aile yaşamı" kavramları gibi.

¹⁶ E.B. v. Fransa (Büyük Daire kararı), Başvuru No. 43546/02, 22.01.2008, para. 41. Mahkeme bu kararda, evlilik dışı çocuk ve babası arasındaki ilişkiyi aile yaşamı kapsamında görmüştür. Evlilik dışı birlikteliklerin aile yaşamı kapsamında görüldüğü davalar için bkz. Marckx v. Belçika, Başvuru No. 6833/74, 13.06.1979, para. 31; Keegan v. İrlanda, Başvuru No. 16969/90, 26.05.1994, para. 44; Kroon ve diğerleri v. Hollanda, Başvuru No. 18535/91, 27.10.1994, para. 30.

¹⁷ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 9214/80, 28.05.1995, para. 62.

¹⁸ P.B. ve J.S. v. Avusturya, Başvuru No. 18984/02, 22.07.2010, para. 30.

¹⁹ X., Y. ve Z. v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 21830/93, 20.03.1997, para. 36-42.

evlatlık arasındaki ilişki²⁰, mirasa ilişkin meseleler²¹, çiftlerin boşanmasından sonra ortak çocuklarının velayetinin akıbeti²² veya velayet kendisine verilmeyen ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma ve görüşme hakkı²³ da aile yaşamı kapsamındadır.

B. Bir Hukukî İşlem Olarak Evlenme

Evlenme, erkek ve kadının Türk Medeni Kanunu'nda yer alan belirli kurallara uyarak yaptıkları ve sonucunda evlilik birliği kurumunu oluşturdukları bir hukuki işlemdir²⁴. Doktrinde evlenme için farklı tanımlar da yapılmaktadır.

Evlenme hakkında, “*nişanlıların evlilik birliğini meydana getirmelerini sağlayan bir hukuki işlem*”²⁵, “*tam ve dâimi bir hayat iştiraki yaratmak üzere bir kadınla bir erkeğin hukuken makbul bir şekilde birleşmesi*”²⁶, “*bir erkekle bir kadının, şekil ve şartları hukuken düzenlenmiş bir akidle, tam bir yaşama ortaklığı yaratmak üzere hayatlarını birleştirmeleri*”²⁷ gibi tanımlamalar mevcuttur.

Türk Medenî Kanunu'nda nişanlanma tanımlanmış olmasına rağmen, evlenmeye ilişkin bir tanım yer almamaktadır²⁸. Bununla birlikte, Evlendirme Yönetmeliği²⁹ md. 2'ye göre evlenme, bir kadın ve bir erkeğin usulüne göre yetki verilmiş bir memur önünde bir aile kurmak amacı ile yapmış oldukları resmi akittir.

²⁰ Aminoff v. İsveç, Kabul edilebilirliğe ilişkin karar, Başvuru No. 10554/83, 15.05.1985.

²¹ Marckx v. Belçika, para. 52.

²² Salgueiro Da Silva Mouta v. Portekiz, Başvuru No. 33290/96, 21.12.1999, para. 22.

²³ Glaser v. Birleşik Krallık, Başvuru No. 32346/96, 19.09.2000, para. 64-65.

²⁴ Evlenmenin hukuki mahiyetiyle ilgili olarak doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüş, evlenmenin kendine özgü özellikleri bünyesinde barındıran aile hukukuna özgü bir sözleşme olduğu yönündedir. Başka bir görüşe göre ise, evlenme “kurum”dur. Eşleri bir statüye sokan ve emredici düzenlemeleri içinde barındıran eşleri belli bir kalıba dahil eden nitelikte bir statüdür. Son olarak başka bir görüş ise, evliliği şart tasarruf mahiyetinde bir müessese olarak tanımlamaktadır. Bu görüşe göre, taraflar karşılıklı uyumlu irade beyanları ile kanunen objektif ve genel olarak görülen bu statüye evlenme memurunun beyanıyla girerler. Bu statüden de kendileri çıkamaz ancak hâkim kararı ile çıkabilirler. *Akıntürk/Ateş*, s.60,61. Kanaatimizce evlenme aile hukukuna özgü bir sözleşmedir. Evlenme ile birlikte eşler hem bir takım haklar edinirler. Hem de bir takım yükümlülükler altına girerler.

²⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 47.

²⁶ Gmür, Max: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch II, Familienrecht, (1923) mad. 90 şerhi No. 11, s. 8 n.3, Aktaran: *Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet*, s. 44.

²⁷ Feyzioğlu, s. 89; *Akıntürk/Ateş*, s. 59; *Velidedeoğlu*, s. 45.

²⁸ TMK md. 118'e göre nişanlanma “*evlenme vaadiyle olur*”. *Feyzioğlu*, hukuki kurumların dondurulmaması ve toplumsal gelişmelerin takip edilebilmesi saikiyle Eski Medeni Kanun'da tanımdan mümkün olduğu ölçüde kaçınıldığını, bunun da isabetli bir yaklaşım olduğunu belirtmektedir (*Feyzioğlu*, s. 89).

²⁹ 07.11.1985 tarih ve 18921 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

Ülkemizde yaygın olan dini nikah kavramı, evlilik birliğini oluşturmadığından aile hukukuna da tâbi olmaz. Evlilik, iki ayrı cinsten kişinin birbirlerinin üzüntülerinde ve sevinçlerinde yanında olmaları, hayatı paylaşmaları anlamına gelip sadece “cinsel ortaklık” değildir. Bununla birlikte, durum her zaman böyle olmayabilir; tarafların bir takım maddi menfaatleri gerçekleştirmek amacı ile bir araya gelmeleri de söz konusu olabilir. Örneğin, bir ülkenin vatandaşlığını kazanmak, bir ülkede oturma veya çalışma izni kazanabilmek için yapılan evlilikler de söz konusu olabilir. Bu türden evliliklerin muvazaalı olduğu tartışılabilir. Ancak, kanaatimizce, muvazaa tarafların gerçekte yapmak istemedikleri bir işlemi yapmış gibi görünmeleri ya da gerçekte yapmak istedikleri işlemten başka bir işlem yapıyor gibi görünmelerini ifade eder. Oysa burada taraflar evlenmek istemektedir. Ne var ki, evlenme yolundaki iradeleri aile birlikteliği kurmak amacıyla değil de başka bir amacı gerçekleştirebilmek içindir. Çoğu zaman bu davranışın, kanun tarafından yasaklanmayan; ancak kanunun başka yolla ulaşılmasına da izin vermediği bir sonuca yine kanun tarafından yasaklanmayan bir yoldan ulaşma anlamına geleceği de göz önünde tutulmalıdır. Bu sebeple konunun her şeyden önce kanuna karşı hile ve muvazaa ekseninde tartışılması gereklidir. Bununla birlikte, bizim düşüncemize göre, evlilik sözleşmesinin gerçekleştirilmesi hususunda iradenin mevcut olmasından dolayı muvazaa kavramından uzaklaşarak bu türden evlilikleri geçerli saymak ve fakat eğer tespit edilir ise aile birlikteliği kurmak dışında ulaşmak istedikleri amaca ulaşmalarına engel olmak yerinde olur³⁰.

C. Evlenmenin Şartları

Türk Medeni Kanunu’nda öngörülen şekil şartlarına uyulmadan gerçekleştirilen evlenme, evlilik birliğini oluşturmaz. Evlenmeye ilişkin şartlar TMK md. 124-133

³⁰ Vatandaşlık Kanunu md. 16 ise, “Bir Türk Vatandaşı ile evlenme doğrudan Türk vatandaşlığını kazandırır. Ancak bir Türk vatandaşı ile en az üç yıldan beri evli olan ve evliliği devam eden yabancılar Türk vatandaşlığını kazanmak üzere başvuruda bulunabilirler”. Taraflar Vatandaşlık Kanunu md. 16’daki şartları yerine getirirlerse Türk vatandaşlığını kazanmış olurlar. Taraflar evlenirken süreklilik arz eden bir hayat birlikteliği tasavvur etmemişler, örneğin aralarında hiçbir şekilde cinsi münasebetin gerçekleşmeyeceğini kararlaştırarak evlenmişlerse bu tarz evliliklere “*cali evlilik*” denir. Bu tarz evliliklerin geçerli olup olmayacağı konusunda doktrinde fikir birliği bulunmayıp, çoğunluk görüşü tarafların kanuna uygun olarak evlenmesi söz konusu olduğu için bu evliliklerin geçerli olacağı yönündedir. Bkz. *Velidedeoğlu*, s. 45., *Tekinay*, s.181. Azınlık görüşüne göre ise bu tür evlilikler “*cali evlilik*” olup, geçerli bir evlenmenin hukuki sonuçlarını doğurmazlar ve bu evliliklerin ortadan kalkması kaçınılmazdır. *Akıntürk/Ateş*, s.59.

arasında düzenlenmiş olup, bunlar “evlenme ehliyetine ilişkin olan şartlar” ve “evlenme engelleri” olmak üzere iki başlıkta ele alınmıştır.

TMK md. 124 evlenme yaşını, md. 125 ayırt etme gücünü, md. 126-127-128 ise küçük ve kısıtlıların evlenmelerine ilişkin şartları düzenlemiştir.

TMK md. 124/I uyarınca, “*Erkek veya kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez*”. Doktrinde buna, olağan evlenme yaşı denilmekte olup, on yedi yaşın tamamlanmasının, on sekizinci yaştan gün alınmasıyla gerçekleşeceği belirtilmektedir³¹. Maddenin ikinci fıkrasında ise, olağanüstü evlenme yaşı düzenlenmiş olup, buna göre hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir. Olanak bulundukça karardan önce ana ve baba veya vasi dinlenir³². Evlenme yaşı, evlenebilmek için gerekli olmakla birlikte yeterli değildir. Bunun yanı sıra kanun evlenebilmek için Türk Medeni Kanunu md. 125’te “*Ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemez*” hükmü ile evlenebilmenin şartlarından birinin mümeyyiz olmak, yani ayırt etme gücüne sahip olmak olduğunu belirtmiştir. Evlenme bakımından ayırt etme gücü, evlenmenin anlam ve amacını

³¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 49; Akıntürk/Ateş, s. 64; Yıldırım, s. 26; Erdem, Mehmet: Aile Hukuku, (1. Bası, İstanbul, 2018), s. 48; Hatemi, Hüseyin/Kalkan Oğuztürk, Burcu: Aile Hukuku, (4. Bası, İstanbul, 2014), s. 43; Kılıçoğlu, M, Ahmet: Aile Hukuku, (5. Bası, Ankara, 2020), s. 37; Bucher, Eugen/Aebi-Müller, Regina: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit (Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern, 2017), Art. 19c, s. 454, Kn. 272; Iseli, Lukas: Orell Füssli Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch (Orell-Füssli Verlag, 3. Auflage, 2016), Art. 94, s. 240 vd.; Keller, Stefan: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz (Schultess Verlag, 3. Auflage, 2016), s. 333 vd.

³² Eski Medeni Kanun’da olağan evlenme yaşı erkek için on yedi yaşın, kadın için ise on beş yaşın doldurulması olarak öngörülmüştür. Olağanüstü evlenme yaşı ise, erkeğin on beş, kadının ise on dört yaşını doldurması olarak öngörülmüştür. Ayrıca eski Medeni Kanun’da veli veya vasi dinlenmesi zorunlu olarak öngörülmüştür. Anılan madde gerekçesine bakıldığında, 4721 sayılı Medeni Kanun’da bu değişikliğin “mutlak zorunluluk” olmaktan çıkarılmasının sebebi belirtilmiştir. Gerekçeye göre, bu kişilerin bulunamaması, nerede olduklarının bilinmemesi gibi hallerde de erken evlenmeye izin verilebilmesi için bu unsur mutlak zorunluluk olmaktan çıkartılmıştır.

kavrayabilmek, evlenmeye bağı yükümlölük ve ödevleri benimseyip üstlenebilme yeteneğine sahip olmaktadır³³.

Evlenme engelleri ise, TMK md. 129-133 arasında sayılmış olup “*numerus clausus*”, diğör bir ifadeyle sınırlı sayı ilkesine tâbidir. Bu kapsamda ilk olarak, md. 129’a göre üstsoy ve altsoy arasında, kardeşler arasında, amca, dayı, hala ve teyze ile yeğen arasında evlenme yasaktır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, kayın hısımlılığını meydana getirmiş olan evlilik sona ermiş olsa dahi eşlerden biri ile diğöğünün üstsoyu ve altsoyu arasında evlenmenin yasak olduğı düzenlenmiştir. Maddenin üçüncü fıkrasına göre ise evlât edinen ile evlatlığın veya bunlardan biri ile diğöğünün altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır.

TMK md. 130-132 arasında, önceki evlilikle ilgili bazı şartlar düzenlenmiştir. Buna göre öncelikle, yeniden evlenmek isteyen kimse önceki evliliğinin sona erdiğini ispat etmek zorundadır (TMK md. 130). Hakkında gaiplik kararı verilen kişinin eşi, mahkeme tarafından evliliğın feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez (TMK md. 131/I)³⁴. Kaybolan kişinin eşi evliliğın feshini, gaiplik başvurusuyla birlikte ya da ayrıca açacağı bir davayla isteyebilir. Evliliğın feshi ayrı bir dava ile istenecekse, bu dava davacının yerleşim yeri mahkemesinde açılır (TMK md. 131/I, 131/II). Öte yandan evliliğı sona eren kadın, evliliğın sona ermesinden başlayarak 300 gün geçmedikçe evlenemez (TMK md. 132). Kadının doğum yapması veya kadının önceki evliliğinden gebe olmadığının anlaşılması ya da evliliğı sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hallerinde, söz konusu bu süre mahkemece kaldırılır (TMK md. 132/I, 132/III).

³³Tekinay, s. 9, Oğuzman/Dural, s. 64. Ayrıca, ayırt etme gücü yaş küçüklüğünü de içeren bir ölçüt olmakla birlikte bununla sınırlı değildir. Sürekli veya geçici ayırt etme gücünden yoksun olma durumu sürekli ise mutlak butlan; geçici ise nisbi butlan sonucunu doğurmaktadır.

³⁴Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 46; Öztan, s. 153. Belirtilmesi gerekir ki, mehz İsviçre Medeni Kanununun ilgili bölümünde 2000 yılında değışiklik yapılarak, gaiplik kararıyla birlikte evlenmenin de çözüleceğı hükmü getirilmiş; evliliğın feshinin dava yoluyla ayrıca talep edilmesine gerek kalmamıştır. Bu doğrultuda, TMK’da da bu yönde bir değışiklik yapılması yerinde olacaktır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s.59.

Son olarak, TMK md. 133'e göre akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi bir sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelenmedikçe evlenemezler³⁵. TMK'da yer alan bu şartlara ek olarak, 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu md. 123'e göre bazı bulaşıcı hastalıklar da evlenmeye engeldir. Yukarıda saymış olduklarımız evlenmenin maddi şartlarıdır. Bunların yanı sıra evlenmenin geçerli olabilmesi için gerekli olan şekil şartları da vardır. Evlenme özel hukuk alanı içerisinde en sıkı şekil şartlarına tâbi olan hukuki işlemdir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNDE EŞLERİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A. Genel Olarak

Evlenme ile eşler arasında bir birliktelik doğar ve bu birlikteliğe de evlilik birliği adı verilir. Evlilik birliğinin kurulması sonucunda eşler birtakım yükümlülükler yüklenmiş olurlar. Bu yükümlülüklerin amacı evlilik birliğini sağlıklı bir şekilde ayakta tutarak bu birliğin devamını sağlamaktır.

Eski Medeni Kanun'da evlilik birliği bakımından bazı yükümlülükler her iki eş için, bazıları yalnızca kadın, bazıları ise yalnızca erkek eş için öngörülmüştür. Eşler

³⁵ Bu koşul, bütün akıl hastalıklarını kapsamamaktadır. Alınacak sağlık raporunda evlenme için herhangi bir sakıncanın doğmayacağı belgelenirse, bu kişiler de evlenebilir. Bu konuda örnek bir Yargıtay kararı için bkz. "[...]4721 sayılı Türk Medeni Kanunu(TMK)'nın 133 üncü maddesi "akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler" hükmünü içermektedir. Bu hükümden anlaşılabileceği üzere, akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Gerçekten, mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır. Yerel mahkemece yapılan yargılama sonunda Küçükçekmece Sulh Hukuk Mahkemesinin 2001/2279 Esas sayılı vesayet dosyasında, Bakırköy Prof. Dr. Mazhar Osman Ruh Sağlığı ve Sinir Hastalıkları Eğitim ve Araştırma Hastanesinin 29.11.2001 tarih ve 2001/6546 sayılı Sağlık Kurulu Raporu ile davacının akıl hastası olduğunun tespit edildiği, dolayısıyla davacının, evlilik aktinin yapıldığı sırada ve halen ayırt etme gücünden yoksun olduğu ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunduğu gerekçesi ile evliliğin iptaline karar verilmiştir. Az yukarıda belirtildiği üzere akıl hastalığı kural olarak kesin evlenme engellerinden biridir. Ancak bu engel her türlü akıl hastalığını kapsamamaktadır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel bulunmamaktadır. Bu nedenle evlenme tarihinden önce vesayet dosyasında alınan rapor davacının evlenme tarihi itibarıyla evlenmesine engel olacak şekilde akıl hastalığının bulunup bulunmadığına ilişkin bir bilgiyi içermemektedir. Hal böyle olunca; mahkemece, davacı/davalı(koca)nın evlenme akdinin yapıldığı 21.04.2006 tarihinde sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olup olmadığı ve evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunup bulunmadığı hususu tıbben belirlenerek sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.[...]" "HGK., 13 Mayıs 2015 Tarih ve E.2015/167 K.2015/1328 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 18.05.2020".

arası eşitliği kabul eden yürürlükteki TMK’da ise bu ayırım ortadan kalkmış olup evlilik birliğine ilişkin tüm yükümlülükler her iki eş için de geçerli kabul edilmiştir³⁶.

Evlilik birliğinde eşlerin yükümlülükleri TMK md. 185’te düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler özetle; birliğin mutluluğunu sağlama, çocukların bakımı, eğitimi ve gözetimine birlikte özen gösterme, birlikte yaşama, sadakat ve yardım yükümlülüğü olup bu bölümde söz konusu yükümlülüklerle ilişkin açıklamalara yer verilecektir.

“Yaptırıma bağlanmış olma” ilkesi, evlilik birliğinden doğan yükümlülükler için geçerlidir. Bu yükümlülükler kişilerin şahıslarıyla doğrudan ilgili oldukları için kişilerin özgürlükleri aşırı derecede sınırlanmış olacaktır³⁷. Örneğin, eşlerin birbirlerine sadık kalmaya veya birbirlerine yardım etmeye zorlanmaları bu niteliktedir. Eşler bu yükümlülüklerle uymaz veya önemli bir konuda uyuşmazlığa düşerlerse, TMK md. 195-201 uygulama alanı bulur³⁸.

1. Birliğin Mutluluğunu Elbirliğiyle Sağlama Yükümlülüğü

Evlilik birliği içerisinde eşler evlilik birliğinin mutluluğunu birlikte sağlamak yükümlülüğü altındadır (TMK md. 185/II). Bu davranış normunun kapsamı belirlenirken TMK’nın 2. maddesinin ilk fıkrasındaki “dürüstlük kuralı” da dikkate alınır³⁹.

Evlilik birliğinde eşlerin nihai amacı, birlikte mutluluğu bulmaktır. Eşler hayatlarını mutlu olma saikiyle birleştirmiştir. Bu mutluluk, düzen ve dirlik sağlanamazsa, evlilik birliğinin kurulmasından beklenen yararın hiçbirisi gerçekleşemez. Bu nedenle birliğin mutluluğunu sağlama yükümlülüğü, eşlerin en önemli yükümlülüklerindendir. Eşlerden her biri, evliliğin sosyal, manevi ve ahlaki amaçlarını gerçekleştirmek için elinden geleni yapmak zorundadır. Karşılıklı saygı, özen ve ilgi birlikte yaşam yolculuğunun emrettiği anlayış ve yakınlık birliğe mutluluk getiren

³⁶ Bu çalışmanın konusuna girmemesi nedeniyle Eski Medeni Kanun’daki durum ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. *Akıntürk*, s. 105-118; *Saymen/Elbir*, s. 123-137; *Oğuzman/Dural*, s. 153-160, *Gönensay*, s. 119-136.

³⁷ *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 37; *Akıntürk/Ateş*, s. 132.

³⁸ *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 37; *Velidedeoğlu*, s. 95; *Köprülü/Kaneti*, s. 112; *Badur*, s. 22.

³⁹ *Tandoğan, Haluk*: Aile Hukuku Ders Notları, (Ankara, 1965), s. 51; *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 47.

vazgeçilmez şartlardır⁴⁰. Evlilikteki hayat arkadaşlığı olgusu da bu düşünceyi destekleyici niteliktedir. Kanun koyucu açıkça belirtmemiş olmakla birlikte, eşler cinsel yakınlıkta bulunmakla da yükümlüdürler. Kanun koyucu cinsel yakınlığı evliliğin en temel unsurlarından saydığı için, bu konuda açık bir kural koymamıştır⁴¹. Eşlerin hareket ve tavırları, bu genel davranış normuna uygun olmak zorundadır. Eşler, birliğin mutluluğunu her zaman ön planda tutmak durumundadırlar.

Eşler, evlilik birliğinin sürekli ihtiyaçları için işlem yapma noktasında ayrı ayrı temsil yetkisine sahip olup, bu bakımdan yaptıkları işler hakkında birbirlerine bilgi vermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama yükümlülüğünün de bir örneğini oluşturmaktadır⁴². Eşinden boşanacağını söyleyerek evi terk etmek, zamanının çoğunu sosyal paylaşım sitesi ve internette geçirmek⁴³, diğer eşin yardıma ve bakıma muhtaç üstsoyuna yardımcı olmamak veya

⁴⁰ Tekinay,s.297; Öztan,s.162;Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması,s.47; Zevkliler,Aydın/Ertay, Şeref/Acabey, Beşir/Gürpınar, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, (10. Bası, Ankara, 2018), s. 248; Köprülü/Kaneti, s. 112; Saymen/Elbir, s. 124.

⁴¹ Akıntürk, s. 112; Öztan, s. 197; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 744. Ayrıca bkz. “[...]Evlimenin sosyal amacı yanında, belki de daha önemli olarak nesli devam ettirme ve cinsel arzuları tatmin etme gayesi vardır[...]” “2. HD., 25 Kasım 2002 Tarih ve E.2002/11926 K.2002/13123 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 20.05.2020”.

⁴² Öztan, s. 271. “[...]birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlama ödevi, eşlerin evlilik birliğinde karşılıklı hak ve ödevlerinin çerçevesini belirleyen anahtar hüküm niteliğindedir. Eşlerin birbirinden habersiz hareket etmeleri ve ailenin ihtiyaçları için yapılan işlemler hakkında birbirine bilgi vermemeleri, eşleri gereksiz mali külfete sokabilecek, birliğin uyumu, huzur ve mutluluğu da bundan etkilenebilecektir.[...]” Havutçu, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili, Seçkin Yayınevi, (1. Bası, Ankara, Ocak, 2006), s. 78 dn. 89.

⁴³ Bu konuda bkz. “[...]Evlilik birliğinde eşler, birlikte yaşamak ve birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakla yükümlüdürler. Davalının "eşinden boşanacağını" söyleyerek evi terk etmesi, birlikte yaşamaktan kaçınma ve zamanının çoğunu sosyal paylaşım sitesi ve internette geçirmesi, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama konusundaki özen yükümlülüğüne (TMK md. 185/2) aykırı olup, diğer taraf için birlikte yaşamı çekilmez kılar [...]” “2. HD., 11 Mart 2015 Tarih ve E.2014/19849 K.2015/4186 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 20.05.2020”.

ona karşı kötü söz ve davranışlarda bulunmak⁴⁴, sadakat yükümlülüğünü ihlal etmek, diğer eşin kişilik haklarına saldırmak bu yükümlülüğün ihlalini oluşturur⁴⁵.

2. Eşlerin Çocuklarına Birlikte Özen Gösterme Yükümü

TMK md. 185/II uyarınca: “Eşler... çocukların bakımına eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.” Eşlerin bu yükümlülüğü, sadece öz çocukları için değil, TMK 314. maddesinin birinci fıkrası gereği, evlat edinilen çocuklar ile yine TMK’nın 338. maddesinin ilk fıkrası gereği üvey çocuklar için de kabul edilmiştir⁴⁶. Bu çerçevede, TMK md. 314/Te göre, “ana ve babaya ait olan haklar ve yükümlülükler evlat edinene geçer”. Ayrıca TMK md. 338/Te göre “eşler ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler”.

Çocuklara bakma yükümlülüğünün kapsamı onların yiyecek, giyecek, eğitim-öğretimleri için gerekli olan her türlü ihtiyaçlarının tamamıdır. Medeni Kanunumuzun 327. maddesinin birinci fıkrasına göre, çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli giderler ana-baba tarafından karşılanır. Görüldüğü gibi kanun koyucu, çocukların bakım, eğitim ve gözetim yükümlülüğünü velâyet hakkıyla özdeşleştirmemiş

⁴⁴ Bu konuda bkz. “[...]Davalının, ayrı şehirde oturan ve rahatsızlığının tedavisi için evlerine gelen, geçici bir süreyle evlerinde bulunan ameliyatlı olması nedeniyle de yardıma ve bakıma muhtaç durumda bulunan kayınvalidesini istemediği, ona yardımcı olmadığı ve “terbiyesiz” gibi sözler sarf ettiği yapılan soruşturma ve toplanan delillerle gerçekleşmiştir. Eşler, evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve birbirlerine yardımcı olmak zorundadırlar (TMK md. 185) ve evlilikte eşit hak ve yükümlülüklerle sahiptirler. Hasta ve ameliyatlı olan, bu yüzden yardıma ve bakıma muhtaç durumda bulunan kayınvalideye yardımcı olmak ahlaki bir ödevdir. Bu ödev ve fedakarlık her iki eş için de geçerlidir.[...]” “2. HD., 23 Ekim 2008 Tarih ve E.2007/13963 K.2008/13938, Sayılı Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 15.05.2020”.

⁴⁵ Bu konuda bkz. “[...] Davacı, evlilik birliği devam ederken eşinin başka bir kadınla yaşamaya başladığını, bu beraberlikten bir de çocuğu olduğunu, bu durumun kendisini toplum nezdinde küçük düşürdüğünü ve manen çok yıprattığını ileri sürerek manevi zararının davalıdan tahsilini istemiştir. Davalı, aralarında uzun zamandır anlaşmazlıklar olduğunu, boşanma isteğinin davacı tarafından kabul edilmediğini, böyle bir yaşamı davacının tercih ettiğini belirterek davanın reddini savunmuştur. Mahkemece davanın reddine karar verilmiştir. Dosya kapsamından; davalı eşin başka bir kadınla beraber yaşadığı, hatta ondan çocuk sahibi olduğu anlaşılmaktadır. Bu konu taraflar arasında da ihtilaflı değildir. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 185. maddesinde mevcut olan eşlerin evlilik birliği devam ettiği sürece bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorunda olduklarına dair düzenleme ve bunun aynı zamanda sosyal ve ahlaki bir görev de olduğu dikkate alındığında davalının bu davranışı davacı eşin kişilik haklarına saldırı teşkil etmekte olup, mahkemece uygun bir miktarda manevi tazminata hükmetmek gerekirken mevcut bir boşanma davası bulunmadığı gerekçesiyle talebin reddine karar verilmesi doğru olmamış, kararın bu sebeple bozulması gerekmiştir.[...]” “4. HD., 17 Mayıs 2012 Tarih ve E.2011/7058 K.2012/8739 Sayılı Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 15.05.2020.”

⁴⁶ Kılıçoğlu, Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, (3.Bası, Ankara,2014), s. 133; Feyzioğlu, s. 184; Oğuzman/Dural, s. 152.

ve velâyet hakkı kendisinde olmayan e e de bu yükümlülüğü y klemitir. Gerçekten de Medeni Kanunumuzun 350. maddesinin birinci fıkrasına göre, “*Vel yetin kaldırılması halinde, ana ve babanın çocukların bakım ve eğitim giderlerini karşılama yükümlülükleri devam eder.*” Eşin ortak çocuklara karşı görevlerini yerine getirmemesi birlikte yaşamı temelinden sarsacak derecede ve evlilik birliğinin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizliği gösterir ve boşanma sebebi olu turur⁴⁷.

3. Sadakat Yükümlülüğü

Eşlerin evlilik birli indeki temel yükümlülüklerinden biri de, diğer e e sadakat gösterme y k ml l   d r. Bu yükümlülük TMK’nın 185. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça düzenlenmiş olup, aynı zamanda “Kanunun 2. maddesindeki dürüstlük kuralının” da bir yansımasıdır⁴⁸. Bu yükümlülük “*eşler (...) birbirine sadık olmak zorundadırlar*” şeklinde öngörülmüştür. Eşlerin diğer yükümlülüklerinde olduğu gibi sadakat gösterme yükümlülüğü de her iki e  için eşit olarak geçerli bir y k ml l   t r⁴⁹.

⁴⁷ Bu konuda bkz. “[...]Diğer yandan, aksi kanıtlanmayan tanık anlatımlarına göre, davalı erkeğin fiili ayrılık süresince, e ini ve çocuklarını arayıp sormadı ı, onlara maddi ve manevi olarak yardımda bulunmadığı, davacının ve ortak çocukların tüm ihtiyaçlarının davacı kadının ailesi tarafından kar ılandı ı belirlenmiştir. Bu durumda, davalı erkeğin en azından, ortak çocuklara karşı birlik görevlerini yerine getirmediği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan bakıldığında da davanın reddi doğru olmamıştır. Yukarıda yapılan tüm bu açıklamalara göre, taraflar arasında birlikte yaşamı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu  artlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık yasal olarak mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru değildir.[...]” “2. HD., 12 Eylül 2018 Tarih ve E.2016/21389 K.2018/9106 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 16.05.2020”.

⁴⁸ Gümüş, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, (1. Bası, İstanbul, 2008), s. 12; Zevkliler/Ert   /Havut  u/Acabey/G r pınar, s. 248; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 49; Akıntürk/Ateş, s. 113.

⁴⁹  ztan, s. 68; Feyzioğlu, s. 184; Saymen/Elbir, s. 124;  akir, Berki: “Türk Medeni Kanunu’nda Evlenmenin Evli Kadınla İlgili Neticeleri”, Prof. Dr. H.C. O uzo lu’na Armağan, (Ankara, 1972), s. 103; Arsebük, Esat: Medeni Hukuk Cilt II, (Ankara, 1940), s. 664; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 744. Sadakat yükümlülüğünün eşler arasında geçerli olması, ihlali halinde yalnızca eşlerin birbirlerine karşı ileri s rebilece i, diğer bir anlatımla nisbi olduğu anlamına gelir. Aynı yöndeki Yargıtay kararları için bkz. “[...]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.[...]” İBGK., E.2017/5 K.2018/7; “[...]Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulunun 06/07/2018 tarihli ve 2017/5 E. - 2018/7 K. sayılı kararında da belirtildiği üzere; TMK md. 185/3’te düzenlenen sadakat y k ml   , evlilik sözleşmesinden kaynaklanmakta olup, ihlal edilmesi durumunda yalnızca sözleşmenin taraflarının yani eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri nisbi hak niteliğindedir. Yani mutlak bir hak mahiyetinde olmadığı için, herkese karşı ileri sürülemez.[...]” “4. HD., 21 Ocak 2019 Tarihli ve E.2017/4695 K.2019/206 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T.16.05.2020”.

Evlilik birliğı hukuken sona ermiş olmadıkça, eşler fiilen ayrı yaşasa veya boşanma davası derdest olsa da sadakat yükümlülüğü devam eder⁵⁰.

Sadakat yükümlülüğü özellikle duygusal, cinsel, düşünsel, ekonomik sadakat gibi unsurları içerir. Cinsel sadakat yükümlülüğüne aykırılık, aynı ya da başka cinsten bir kimseyle cinsel ilişkiyi ifade etse de, bir görüşe göre başkasıyla geç saatlere kadar sık sık yemeğe çıkılması, flört ilişkisi, cinsel içerikli yazışmalar gibi cinsel ilişki düzeyine erişmemiş olan birtakım davranışları da kapsamaktadır⁵¹.

Kanaatimizce sadakat yükümlülüğünü sübjektif ve objektif olarak ikili bir ayırımla ele almak mümkündür. Sübjektif ölçüye göre, bir kimse, eşine diğer kimselere davrandığından daha özenli davranmalıdır. Diğer yandan objektif bir ölçünün varlığı da kabul edilmelidir. Buna göre, evli bir kimse, üçüncü kimseler ile olağan arkadaşlık ve iş yaşantısının gerektirdiğı ölçülerin dışına çıkacak şekilde yaklaşamaz. Aksi halde, sadakat yükümlülüğü yine ihlal edilmiş olur. Bunun yanı sıra, eşlerin evlilik birliğinin devamı için kullanılması gereken para vb. kıymetleri keyfi olarak kullanması, diğer eşin kişisel veya ticari bir sırrını ifşa etmesi, eşin ceza veya hukuk yargılamasında tanıklıktan kaçınma hakkını -dürüstlük kuralına aykırı olarak- kullanmaması⁵² gibi durumlar da sadakat yükümlülüğüne aykırılık oluşturabilir. Güven sarsıcı davranış boyutunda kalan, nisbeten daha hafif fiiller sadakat yükümlülüğünün ihlal edildiğı anlamına gelmez⁵³.

⁵⁰ Bu konuda bkz. "[...] Eşler arasındaki sadakat yükümlülüğü, evliliğin kurulmasıyla başlayıp evlilik birliğinin herhangi bir nedenle (iptal, ölüm, boşanma vb.) sona ermesine kadar devam eder. Bu süre boyunca verilen ayrılık kararı veya eşlerin fiilen ayrı yaşamaları ya da boşanma davası açılmış olması, sadakat yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz[...]" "HGK., 04 Aralık 2018 Tarih ve E.2017/4-1473 K.2018/1824 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 16.05.2020".

⁵¹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s.164. Ancak Dural/Öğüz/Gümüş s. 106. Eşcinsel ilişkiyi zina olarak kabul etmemektedir. Öte yandan Arpacı, zinanın yalnızca vajinal yoldan ilişkiyle gerçekleşebileceğini savunmaktadır (Bkz. Arpacı, Abdülkadir: Yayınlanmamış Özel Hukuk Uygulamaları Ders Notları, 2020).

⁵² Gümüş, Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri, s. 12; Tekinay, Türk Aile Hukuku, s. 298; Velidedeoğlu, s. 97; Oğuzman/Dural, s. 152; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 745.

⁵³ Güven sarsıcı davranış doğrudan zina veya sadakat yükümlülüğünün ihlal anlamına gelmez. Türk Medeni Kanunu'nun md. 166/1-2 hükmü gereğı boşanmayı gerektiren kusurlu davranış sayılabilir. Bu konuda bkz. "[...]Zina olayının mevcut sayılabilmesi için en önemli koşul, "cinsel ilişkinin" varlığının kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış olmasıdır. Davalı erkeğin bir başka kadınla cinsel ilişkiye girdiğı kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış değildir. Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davalı erkeğin başka bir kadınla evden çıkarken ve sokakta yürürken görüldüğü anlaşılmakla beraber, evlilik sırasında, bir başka kadınla cinsel birleşmenin gerçekleştiğı dosya kapsamı ve tanık beyanlarından

Eşlerin birbirlerine karşı sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, TMK md. 25 yerine özel hüküm niteliğindeki md. 185 vd. hükümlerine başvurulabilir. Öte yandan, sadakat yükümlülüğünün zina yoluyla ihlali söz konusu olduğu takdirde, bu durum, aynı zamanda TMK md. 161 gereği bir boşanma sebebi teşkil edeceğinden, md. 174 çerçevesinde boşanma davasıyla birlikte maddi ve/veya manevi tazminat, md. 175 çerçevesinde de yoksulluk nafakası talep edilebilir. Ayrıca mal rejiminin sona ermesiyle artık değere katılma veya paylaşılmalı mal ayrılığı rejiminde paylaşılma oranı, aldatılan eşin lehine olacak şekilde değiştirilebilir (TMK md. 236, md. 252). Sadakat yükümlülüğünü ihlal eden eş, diğer eş tarafından mirasçılıktan çıkarılabilir (TMK md. 510). Öte yandan, ileride açıklanacak olan TMK md. 105 kapsamında hâkimin müdahalesi de talep edilebilir. Aldatma fiili cinsel veya psikolojik şiddet olarak değerlendirilebilecek bir düzeyde ise aldatılan eş, ileride açıklanacak olan 6284 sayılı

anlaşılamamaktadır. Bu nedenle davalı erkeğin bu davranışları zina değil, "güven sarsıcı davranış" niteliğinde olup; Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesi gereğince boşanmayı gerektiren kusurlu davranıştır. Bu durumda, zina hukuki sebebine dayanılarak açılmış boşanma davasının reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir. [...]" "2. HD., 09 Nisan 2018 Tarih ve E.2016/15989 K.2018/4730 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T.20.05.2020". Güven sarsıcı davranışların varlığı, boşanma davasında kusur oranı karara bağlanırken hesaba katılır. Bu konuda Yargıtay kararları için bkz. "[...] Mahkemenin de kabulünde olduğu üzere davalı-karşı davacı erkek zina hukuki sebebine dayalı davasını ispatlayamamış olsa da, tüm dosya kapsamından davacı-karşı davalı kadının güven sarsıcı davranışta bulunduğu da anlaşılmaktadır. Bu durumda davacı-karşı davalı kadının kabul edilen davası yönünden mahkemece erkeğe yüklenen kusurlu davranışlar dikkate alındığında davalı-karşı davacı erkeğin davacı-karşı davalı kadına oranla "daha fazla" kusurlu olduğunun kabulü gerekirken[...]" 2. HD., 11 Aralık 2018 Tarih ve E.2017/4179 K.2018/14280 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 20.05.2020. "[...] Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuna uygun sebeplere ve özellikle mahkemece davalı-davacı erkeğe yüklenen sadakat yükümlülüğünü ihlal vakiasının güven sarsıcı davranış boyutunda kaldığının, yine de boşanmaya sebebiyet veren olaylarda davalı-davacı erkeğin davacı-davalı kadına nazaran daha ağır kusurlu olduğunun anlaşılmasına göre, tarafların aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan sair temyiz itirazları yersizdir.[...] 2. HD., 15 Aralık 2018 Tarih ve E.2018/6479 K.2018/15414 Sayılı Karar Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 20.05.2020.. "[...] Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle kadın tarafından dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasında erkeğin sadakatsiz olduğuna dair vakıaya dayanılmaması sebebiyle sadakatsizlik eyleminin erkeğe kusur olarak yüklenemeyeceği, davalı-davacı erkeğin eşine sürekli hakaret ettiği, sinirli ve baskıcı davranışlarda bulunduğu, birlik görevlerini ihmal ettiği; davacı-davalı kadının ise birden fazla erkekle güven sarsıcı davranışlar içerisine girdiği, netice itibarıyla tarafların yine de eşit kusurlu olduklarının anlaşılmasına göre davalı-davacı erkeğin tüm, davacı-davalı kadının ise aşağıdaki bentlerin kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir.[...]" "2. HD., 20 Kasım 2018 Tarih ve E.2018/5540 K.2018/13210 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 20.05.2020".

Kanun kapsamında, cinsiyet ayırımı olmaksızın şiddet mağduru sıfatıyla korumadan yararlanabilir⁵⁴.

Aldatılan eşe yönelik açık bir kastın varlığının ispatı gerekmez, aldatan eşin cinsel ilişkide bulunduğu üçüncü kişi bakımından da, aldatılan eşe yönelik bir haksız fiilin varlığı söz konusudur⁵⁵. Üçüncü kişinin ayrıca, salt aldatılan eşe karşı bir kastının

⁵⁴ Bu konuda bkz. "[...]sadakat yükümlülüğünün ihlalinin TMK'nın mal rejimiyle ilgili 236. ve 252. maddelerinde düzenlenen pay oranının azaltılması veya kaldırılması, yükümlülüğü ihlal eden eşin TMK'nın 510. maddesinin 2. fıkrası gereğince ölüme bağlı bir tasarrufla mirasçılıktan çıkarılabilmesi, yükümlülüğü ihlal eden eş hakkında TMK'nın 195 vd. maddelerinde düzenlenen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler gereğince hâkim müdahalesinin talep edilebilmesi gibi sonuçları da bulunmaktadır. Eşlerden birinin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışının aynı zamanda 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında şiddet veya ev içi şiddet olarak değerlendirilebilmesi mümkündür. Sadakat yükümlülüğünün ihlali niteliğindeki davranışın yasal düzenleme uyarınca cinsel veya psikolojik şiddet tanımları içinde yer alması muhtemel olduğundan, bu davranışların muhatabı olan kişi de şiddet mağduru sıfatıyla 6284 sayılı Kanun'da düzenlenen korumadan yararlanabilir[...]"

⁵⁵ Bkz; karşı, Kılıçoğlu, Aile Hukuku, (Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2020) s. 164, 165. Kılıçoğlu üçüncü kişinin diğer eşe kasten zarar vermek amacıyla cinsel ilişkide bulunması ya da bulunmaması bakımından bir ayırım yapmamaktadır, üçüncü kişinin sorumluluğunun Türk Borçlar Kanunumuzun 49 ve 58. hükümleri arasında değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte Gümüş'e göre, "Kadın sırf kendisini küçük düşürmek veya intikam almak için kocasıyla zina fiili işleyen kadına karşı (haksız fiilden kaynaklanan) tazminat davası açabilirken, sırf kocasıyla onu sevdiği için birlikte olan kadına karşı tazminat davası açamaz". Bkz. Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s.9. Yargıtay ise, eski tarihli bir kararında, zina olarak nitelendirilip nitelendirilmemesinden bağımsız olarak, eşin duygusal ilişki içinde bulunduğu üçüncü kişiye karşı diğer eşin kişilik haklarına saldırı kapsamında haksız fiilden bahisle dava açabileceğine karar vermiştir "4. HD. 12 Mayıs 2014 Tarih ve E.2013/13062 K.2014/7611 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası E.T. 20.05.2020". Yargıtay başka bir kararında ise söz konusu yaklaşımını değiştirerek, üçüncü kişinin diğer eşin bedensel veya ruhsal bütünlüğüne yönelik hukuka aykırı bir fiilde bulunduğundan söz edilemeyeceğine, bu nedenle kişilik haklarına yönelik saldırının mevcut olmadığına karar vermiştir "4. HD 7 Mayıs 2015 Tarih ve E.2014/8569 K.2015/5849 Sayılı Karar. Karar için bkz., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 20.05.2020". Yargıtay söz konusu içtihatlarını 2018 tarihli bir kararında birleştirmiştir. Yargıtay'ın bu kararına göre, evli olduğunu bildiği biriyle duygusal veya cinsel birliktelik yaşayan üçüncü kişinin bu eyleminin haksız fiil oluşturduğu kabul edilemez. Sadakat yükümlülüğü nisbi -sadece eşler arasında ileri sürülebilir nitelikte- olup üçüncü kişinin diğer eşe karşı sadakat yükümlülüğü yoktur. Ayrıca, hukuk düzenimizde, üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı bu nedenle sorumlu olduğunu düzenleyen herhangi bir norm da yoktur. Öte yandan, söz konusu fiiller Türk Borçlar Kanununun 49. maddesi çerçevesinde ahlaka aykırı fiil olarak kabul edilebilecek olsa da maddede bu fiilin kasten işlenmiş olması aranmaktadır. Bu nedenle üçüncü kişinin fiili salt diğer eşe zarar verme kastıyla işlediği hususu ispatlanmadığı sürece üçüncü kişinin TBK md. 49/2 kapsamında sorumluluğuna gidilemeyecektir. "İBGK., 6 Temmuz 2018 Tarih ve E.2017/5 K.2018/7 Sayılı Karar. Karar için bkz., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 20.05.2020". Kanaatimizce, evli olduğunu bildiği halde, bir kadınla veya erkekle cinsel ilişkide bulunmak haksız fiildir. O, karının veya kocanın manevi dünyasına yapılmış bir saldırıdır. Burada eşlerin birbirlerine olan sadakat yükümlülüğü 3. kişi için söz konusu değildir. Üçüncü kişi açısından bakılması gereken durum yükümlülüğün ihlalinin gerçekleşip gerçekleşmediği değil, haksız fiilin unsurlarının oluşup oluşmadığıdır. Eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülüğünün objektif sınırları vardır. Örneğin, eşler başka biriyle el ele gezemez veya baş başa geç saatlere kadar yemeğe çıkamaz. Sadakat yükümlülüğünün subjektif sınırı eşlerin üçüncü kişilere

varlığı halinde veya zina ile bağlantılı ve diğer eşi incitici nitelikte başka fiillerin ortaya çıkması durumunda yine kişilik haklarına haksız saldırıdan bahsedilebilir⁵⁶.

4. Eşlerin Yardım Yükümlülüğü

Bu yükümlülük TMK md. 185 ile md. 186/III'te ele alınmıştır. 185. maddenin ikinci fıkrasına göre: “Eşler...birbirine.. yardımcı olmak zorundadırlar.” Eşler, karşılıklı olarak birbirlerine yardımcı olmak, diğerinin ona ihtiyacı olduğu anda destek olmakla yükümlüdürler.

Bu iki maddede düzenlenen yükümlülük her ne kadar sadakat yükümünün bir yansıması olsa da, genel olarak eşlerin birbirlerine olan davranışlarıyla ilgili olup, bu yönüyle sadakat yükümünden farklılık göstermektedir. Çünkü, sadakat yükümünde genellikle eşlerin birbirlerine olan değil; üçüncü kişiyle bağlantılı davranışları söz konusu olmaktadır⁵⁷. Her iki maddede de eşlerin birbirlerine olan hem manevi, hem de maddi yönden yardım yükümü ele alınmıştır. Evlilik birliğinde eşler, yalnız sağlıkta, iyi günde ve zenginlikte değil, aynı zamanda hastalıkta, kötü günde ve yoksullukta da

karşı göstermiş oldukları davranış şekline nazaran birbirlerine karşı daha özenli biçimde davranmayı gerektirmektedir. Evlilik henüz kurulmuşken eşlerin birbirlerine karşı yardımlaşma yükümlülüğü doğar. Bu ve bu benzeri birçok şey gösterir ki, evliliğin sadece parasal boyutu yoktur; manevi boyutu da vardır ve çok büyük bir öneme sahiptir. Açıklamış olduğumuz tüm bu sebepler eşlerin birbirleri üzerinde kişilik hakkına dönüşür. Burada 3. kişinin fiili ailenin bütünlüğünü, huzurunu son derece olumsuz bir yönde etkiler ve dolayısıyla aldatılan eşin manevi dünyasına yapılan doğrudan bir saldırı ile kişilik hakkını ihlal eder. Hatta, aldatılan eş aldatıldığını bilip buna rıza gösterse de, bu rıza ahlaka; dolayısıyla hukuka aykırıdır ve geçersiz olacaktır. Meğer ki, üçüncü kişi karşısındakinin medeni durumunu kendisinden beklenen özeni göstermiş olmasına rağmen bilmiyor olsun (TMK md. 3), o halde haksız fiil oluşmaz. Aksi görüş için bkz.; Özmen, Etem Saba/Vardar Hamamcioğlu, Gülşah: “Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22,Sayı 3,2016,s.2361-2376.

⁵⁶ Bu konuda bkz. “[...] Somut olayda; davalının, davacının resmi nikahlı eşi ile evli olduğu süre içinde cinsel birliktelik kurduğu, bu birlikteliklerine ilişkin video kaydının davacıya gönderildiği sabittir. Davalının bu eyleminin davacıyı aşağılayıcı, küçük düşürücü nitelik taşıdığı ve kasten iletildiği kabul edilmelidir. Her ne kadar mahkemece davalının eyleminin davacının kişilik hakkına zarar verecek mahiyette olmadığı gerekçesi ile istemin reddine karar verilmiş ise de, söz konusu videonun davalı tarafından davacıya gönderilmesi haksız ve incitici niteliktedir. Bu nedenle, davacının kişilik değerlerinin haksız biçimde ihlal olunduğunun kabulüyle davacı yararına uygun bir tutarda manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken, yerinde olmayan yazılı gerekçeyle manevi tazminat istemlerinin tümünden reddedilmiş olması doğru olmadığından kararın bozulması gerekmiştir.[...]” “4. HD., 14 Ocak 2019 Tarih ve E.2015/15032 K.2019/35 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T.21.05.2020”.

⁵⁷ Gümüş, Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri, s. 12; Öztan, s. 199.

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

Öte yandan, TMK md. 186/III'te yer alan eşin, birliğin giderlerine gücü oranında katılarak ödediği katkı payı, TMK md. 185/III'te yer alan yardım yükümlülüğünden bağımsız olarak değerlendirilmelidir. TMK md. 185/III hükmü, md. 186/III'te yer alan eşin birliğin giderlerine gücü oranında katılarak ödediği katkı payı dışındaki yardım yükümlülüklerini kapsamaktadır⁵⁸.

TMK md. 185/III'te yer alan yardım yükümlülüğünün eşlerin birlik içerisindeki bir diğer yükümlülüğü olan sadakat yükümlülüğünün bir yansıması olduğuna değinilmişti⁵⁹. TMK md. 185/III hükmü, TMK md. 186/III'ün yanında yardımcı norm niteliğinde olup, esas norm olan TMK md. 186/III'e başvurulamaması halinde devreye girecektir⁶⁰. Burada önemli olan husus, eşlerin yardım yükümlülüğünün sadece maddi anlamda bir yardım yükümlülüğü niteliğinde olmadığı, aynı zamanda manevi olarak da

⁵⁸ Öztan, s. 200; Akıntürk/Ateş, s. 115. Bu konuda bkz. "[...]Başkasının bakım ve yardımına gereksinim duyulacak biçimde yaralanma olaylarında, maddi zarar kapsamında bulunan bakıcı ücreti belirlenirken; bakım gereksinimi duyan yaralanana aile birliği içinde bakılacağı olgusunun da değerlendirilmesi gerekir. Bu bağlamda, yaralanan evli ise eşinin 4721 sayılı Medeni Yasa'nın 185. maddesinde öngörülen yardım yükümlülüğünün bulunduğu[...]göz önünde tutulmalı(dır)[...]" "4. HD., 23 Eylül 2014 Tarih ve E.2013/16547 K.2014/12142 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T.21.05.2020". Aynı yönde bkz. "4. HD., 26 Şubat 2013 Tarih ve E.2012/2993 K.2013/3357 sayılı kararı. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020". "[...]Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden; davacı kocanın hastalanması üzerine, davalının "ben bakamam, hasta kahır çekemem" diyerek müşterek haneyi terk ettiği, eşinin hastalığıyla ilgilenmeyip birlik görevlerini yerine getirmekten kaçındığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında birlikte yaşamı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı koca dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK md. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçeyle davanın reddi doğru bulunmamıştır.[...]" "2. HD.,17 Eylül 2013 Tarih ve E.2012/21891 K.2013/21060 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası;E.T.21.05.2020" "[...]Toplanan delillerden; davacı üniversite sınavını kazandığı halde davalı kocanın eşine öğrenim için yardımcı olmadığı, bu suretle Türk Medeni Kanununun 185/3. maddesinde yer alan yardım yükümlülüğünü ihlal ettiği anlaşılmaktadır.[...] Türk Medeni Kanununun 166/2. maddesinde yer alan koşulların oluştuğu dikkate alındığında boşanmaya karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.[...]" "2. HD., 20 Şubat 2012 Tarih ve E.2011/6089 K.2012/3107 Sayılı Karar Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 21.05.2020".

⁵⁹ Öztan, s. 201.

⁶⁰ Öztan, s. 202.

eşlerin kötü günlerinde, örneğin bir yakınlarını kaybettiklerinde, hastalandıklarında vb. durumlarında birbirlerinin yanında olup, birbirlerine destek olmaları gerektirir⁶¹.

5. Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Yükümlülüğü

TMK md. 186/III'e göre, "*eşler birliğin giderlerine güçleri oranında, emek ve mal varlıklarıyla katılırlar*". Eşlerin, birliğin giderlerine beraberce katılma yükümlülüğü Türk Medeni Kanunu'nda yapılan temel bir yeniliktir⁶². Bu hüküm emredici nitelikte olup, eski Medeni Kanun'dan farklı olarak, eşitlik ilkesi gereği karı ve kocaya evlilik birliğinin giderlerini güçleri oranında karşılama yükümlülüğü yüklemiştir⁶³. Bu katkının hangi oranda belirleneceği ise, eşlerin iradelerine bırakılmıştır. Eşler bu konuda özgür olup, aralarında anlaşarak istedikleri oranda evlilik birliğine katkıda bulunabilirler. Eşler katkıyı belirleme hususunda anlaşamazlarsa, devreye TMK md. 196 girecektir.⁶⁴

Eşlerin gelirlerinin birbirinden az veya çok olması, kira, ısınma/yakıt, elektrik, su ve telefon faturaları gibi bazı ortak giderleri karşılama yükümlülüklerini ortadan kaldırmaz⁶⁵. Eşler ayrı yaşamakta olsa dahi evlilik birliği herhangi bir nedenle sona ermediği sürece ortak giderlere katılma yükümlülüğü devam eder⁶⁶.

⁶¹ Arsebük, s. 664; Belgesay, Mustafa Reşit, Karı Koca Arasında Karşılıklı Vazifeler Medeni Kanun'un XV. Yıl Dönümü için, (İstanbul, 1944), s. 736; Oğuzman/Dural, s. 152; Saymen/Elbir, s. 124; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 745; Köprülü/Kaneti, s. 113; Tekinay, Türk Aile Hukuku, s. 298; Feyzioğlu, s. 184; Akıntürk/Ateş, s. 114.

⁶² Önceki Medeni Kanunumuzda evlilik birliğinin giderlerinin karşılanması konusunda, koca asli yükümlü kabul edilmişti. Önceki Medeni Kanunumuzun 152. maddesine göre, "...karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi ona (kocaya) aittir." Kadının evlilik birliğinin gerektirdiği giderlere katılma yükümlülüğü ise, 151. maddenin birinci fıkrası ve 190. maddedeki yardım yükümlülüğünden ibaret olup, kocaya oranla ikincil nitelikteydi. Bkz. ve karş. Öztan, s. 158; Oğuzman/Dural, s. 153; Feyzioğlu, s. 186; Egger, Andreas: Aile Hukuku - İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Cilt II (Çev:Tahir Çağa), (İstanbul, 1943).s. 291; Aysoy, Nejat Aydın: "Nafaka takdir edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, (1962), s. 132-138; Belgesay, Mustafa Reşit: "Kocanın Nafaka Mükellefiyeti ve Mahkeme İçtihatları", İÜHFM, C. 18, S. 3-4, (1952), s. 708-721; Kaleli, Şakir: "Nafaka ve Nafaka Davaları", Yargıtay Dergisi, C. IV S. 1-2, (1978), a. 115-131, s. 118. İslâm hukukundaki benzeri yükümlülükler için bkz. CİN, Halil; İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, (2. Bası, Konya, 1988), s. 195 vd; Velidedeoğlu, s. 46; Tekinay, Türk Aile Hukuku, s. 157.

⁶³ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 212; Akıntürk/Ateş, s. 114; Öztan, s. 199; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 34: Bu hüküm eşlerin evlilik birliği içerisinde mutluluğu sağlama yükümlülüğünün bir yansıması olup, İMK 163/I hükmüne istinaden Medeni Kanunumuza alınmıştır.

⁶⁴ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 212, Uçar, Ayhan: "4721 Sayılı Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", AÜEHFD, C. VI S. 14, (2002), s. 135-166, s. 212. Bu konuya çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde detaylı olarak değinilecektir.

⁶⁵ Bu konuda bkz. "[...]Birliğin giderlerine katılmada ise eşlerin güçleri esas alınmıştır. Davalı koca birliğin giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Davacı kadının maaşının olması, gelirinin davalı

Kanaatimizce kadına ve erkeğe eşit şekilde evlilik birliğinin giderlerine katılma sorumluluğu yükleyen bu düzenleme isabetli değildir. Eski Türk Medeni Kanunu’nu kadının korunması bakımından yetersiz bulan kanun koyucu söz konusu düzenlemeyi getirerek aslında kadını korumaktan ziyade mağdur etmiştir. Türk toplumunda genellikle çalışan ve para kazanan kocadır. Sözü edilen hükmün kabul edilmesiyle birlikte kadın çoğu zaman taşıyamayacağı bir yükün altına girmek durumunda kalmıştır.

6. Müsterek Konutu Seçme Yükümlülüğü

Türk Medeni Kanunu md. 186/I’e göre, “eşler oturacakları konutu birlikte seçerler”. Eski Medeni Kanun md. 152 "evli kadının yerleşim yeri kocanın yerleşim yeridir" diyerek kadını kocaya tâbi tutmuştu. Buna paralel olarak, aynı kanunun yasal yerleşim yerine ("kanuni ikâmetgaha") ilişkin 21. maddesinde, evli kadının yerleşim

kocadan az veya çok olması, davalı kocanın ortak giderlere katılma yükümlülüğünü büsbütün ortadan kaldırmaz. Zira evlilik birliğinin korunması ve devamını sağlamak için eşlerin asgari ölçüde uyması gereken bazı yükümlülükler ve karşılaması gereken bazı ortak giderler mevcuttur. Bu giderlere örnek olarak kira parası, yakıt parası, elektrik, su ve telefon parası gibi giderler gösterilebilir.[...]" "3. HD., 20 Eylül 2017 Tarih ve E.2017/14600 K.2017/12294 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020". Aynı yönde bkz. "[...]Kadının belirli bir gelirinin bulunması, hatta gelirinin kocanın gelirinden fazla olması kocayı ortak giderlere katılma yükümlülüğünden tamamen kurtarmaz. Zira; evlilik birliğinin korunması ve devamını sağlamak için eşlerin asgari ölçüde uyması gereken bazı yükümlülükler ve karşılamaları gereken bazı ortak giderler (kira, yakıt gideri, elektrik, su ve telefon faturası) mevcuttur.[...]" "3. HD., 26 Mart 2015 Tarih ve E.2014/17703 K.2015/5065 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, 21.05.2020"; "[...]yasal düzenleme gereği davalı (koca) evlilik birliğinin giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. (TMK md. 186/son) davacı (kadının) belirli bir gelirinin bulunması, hatta gelirinin davacı kocadan fazla bile olması davalı kocaya MK ortak giderlere (elektrik, su, telefon, yakıt, kira parası vs.) katılma yükümlülüğünden tamamen kurtarmaz. Kadının gelirinin bulunması nafaka takdirine engel değildir. Hâkim, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyesini ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiğini gözetmelidir.[...]" "3. HD., 2 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/9424 K.2015/17006 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 21.05.2020". "[...]Kadının maaşının olması, gelirinin 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 karşılamaları gereken bazı ortak giderler mevcuttur.[...]" "3. HD., 06 Ekim 2015 Tarih ve E.2015/7160 K.2015/15136 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 21.05.2020".

⁶⁶ Bu konuda bkz. "[...]Mahkemece yapılan yargılama ve toplanan delillerden davacı kadının ayrı yaşamakta haklı olduğu kanıtlanmıştır. Davacı kadının ev hanımı olduğu ortak üç çocuğu ile birlikte yaşadığı çocuklardan Metin'in %99 oranında özürlü olduğu anlaşılmaktadır. Taraflar arasında evlilik birliği devam ettiğine göre davalı erkeğin ortak giderlerine katılma yükümlülüğü devam etmektedir (TMK md. 185, 186). Hal böyle olunca tarafların ekonomik ve sosyal durumları ile gelirleri dikkate alınarak ortak çocuk yararına da uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddi usul ve yasaya aykırı bulunmuş ve bozmayı gerektirmiştir.[...]" "2. HD.,13 Aralık 2016 Tarih ve E.2016/19897 K.2016/15913 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020".

yeri de kocaninkine bağlanmıştı⁶⁷. Eski Medeni Kanunumuzdan farklı olarak yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'nda müşterek konutun eşlerin ortak iradesi ile belirleneceği hükme bağlanmıştır⁶⁸. Yeni Medeni Kanunumuzda, ayrıca, kadının yerleşim yerinin kocaninkine bağlı tutulmasına ilişkin bir kurala yer verilmeyerek, haklı sebepler varsa, her iki eşe de ayrı bir yerleşim yeri edinme olanağı sağlanmıştır⁶⁹.

Eşler kendi olanaklarının elverdiği ölçüde makul bir seçim yapmalıdırlar. Eşler bu seçimi beraber yapabilecekleri gibi, seçimi yapma yetkisini aralarında anlaşılarak, içlerinden birine verebilir veya eşin seçtiği bir konutu, diğer eş kabul edebilir. Eğer eşler aile konutu konusunda anlaşmazlığa düşerlerse, hâkimin müdahalesi gerekecektir⁷⁰. Hâkim, her ne kadar TMK md. 195/II çerçevesinde müdahale edebilecek olsa da, eşlerin yerine aile konutunu belirleme yetkisi yoktur; hâkim, yalnızca eşleri uzlaştırmaya çalışacak ve uzman kişilerden destek alacaktır. Yargıtay ise, hâkimin eşlerden birini seçim için yetkili kılabilmesinin yanı sıra ortak konutun bizzat hâkim tarafından da belirlenebileceğini kabul etmektedir⁷¹.

⁶⁷ Köprülü/Kaneti, s. 114; Feyzioğlu, s. 192; Velidedeoğlu, s. 99; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 747; Hatemi/Serozan, s. 182; Tekinay, Türk Aile Hukuku, s. 301; Egger, s. 290; Köteli/Argun, s. 96; Tandoğan, s. 111; Arcak, Ali: “Karının Müstakil Mesken İsteği”, Ankara Barosu Dergisi, 1950/12, (1950), s. 1638-1655, s. 1641; Arsebük, s. 663.

⁶⁸ Kılıçoğlu, Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, s. 24; Şıpka, s. 51; Akipek, Jale Güral/Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt I, (4. Bası, İstanbul, 2002), s. 353; Doğan, Murat: “Türk Medeni Kanununun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, C. 52 S. 4, (2003), s. 287.

⁶⁹ Şıpka, s. 74; Öztan, s. 223; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 52; Akıntürk/Ateş, s. 279.

⁷⁰ Akıntürk/Akipek, s. 110; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 52. Ayrıca bkz. “[...] Türkiye’nin de taraf olduğu “Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’nde kadınların ikametgah seçme konusunda erkekler ile eşit haklara sahip oldukları hükme bağlanmıştır (Convention on Elimination of all Forms of Discrimination against Women- C.E.D.A.W. 15/4.maddesi). Bu anlayışa uygun olarak 4721 sayılı TMK’nın 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’nın 195/1. maddesi uyarınca ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini talep edebilirler.[...]” “28 Eylül 2011 Tarih ve E.2011/2-447 K.2011/556 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası.E.T.21.05.2020”.

⁷¹ Bu konuda bkz. “[...]Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler (TMK md. 186/1). Türk Medeni Kanunu’nun 188. maddesindeki koşulların oluşması halinde eşlerden biri konutun seçimine hâkim tarafından yetkili kılınabileceği gibi; ortak konut Türk Medeni Kanunu’nun 195. madde gereğince başvuru üzerine bizzat hâkim tarafından da belirlenebilir.[...]” “2. HD., 09 Şubat 2020 Tarih ve E.2010/684 K.2011/2020 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020”.

Kanaatimizce, müşterek konutun seçimi özelinde karşımıza çıkan bir yaklaşım aile hukukunun geneline yönelik de aynen benimsenmiştir. Sorunun kadın ve erkeğin evlilik birliği içerisinde eşit olması üzerinden değerlendirilmesi isabetli değildir. Evlilik birliğinin korunması ile evlilik birliğinde kadın ve erkeğin eşit olması sebep sonuç ilişkisi içinde yer alan kavramlar değildir. Oysa, TMK'nın geneline, evlilik birliğinin huzuru eşitlik yolu ile sağlanır düşüncesi hâkimdir. Kanun evlilik birliğinin huzurunu ve korunmasını öncelemiş olsaydı, konuya eşitlik perspektifinden değil; huzursuzluğa yol açacak sorunları, gerektiğinde eşlerden birine objektif ve adil ölçütlere göre üstünlük tanıyarak çözme perspektifinden yaklaşması uygun olurdu. Örneğin, çocuğa isim konulması gibi manevi ve sübjektif bir mesele bile eşlerin oyları eşit olduğu için hâkim önüne gidip tartışma konusu haline gelebilmektedir. Örneğin, kadının oyuna üstünlük tanınıp eşitlikten vazgeçilerek sorun giderilebilirdi. Kanaatimizce, daha evliliğin en başında eşlerin yapacakları bir sözleşme ile çeşitli alanlarda hangisinin oyunun üstün olacağı hususunda baştan anlaşmaları en isabetli çözümdür. Örneğin, çocuğun velayeti ile ilgili kadının oyuna, müşterek konutun seçimi ile ilgili erkeğin oyuna üstünlük tanınabilir.

7. Evlilik Birliğini Birlikte Yönetme Yükümlülüğü

TMK md. 186/2'de "*birliği eşler beraberce yönetirler*"⁷² ifadesiyle, yönetimde kadın ve erkeğin söz hakkının eşit olduğu vurgulanmaktadır⁷³. Eşler, birliğin yönetiminde birbirlerine karşı hoşgörü ve anlayış içinde olmalıdır. Erkek de kadın da birbirini desteklemeli, sorunları en aza indirmeye çalışarak uyum içinde olmalıdır.

⁷² Önceki Medeni Kanunumuzda, evlilik birliğinin yönetiminde kocaya üstünlük tanınmış ve bazı maddelerde bu üstünlük açıkça hüküm altına alınmıştı. Kocanın evin reisi kabul edilmesi (EMK md. 152/I), kadına, eve ve çocuklara bakma görevinin yüklenmesi (EMK md. 153/II) ve kadının, kocasının yardımcısı sayılması (EMK md. 153/II), birliği temsil yetkisinin kocaya verilmesi (EMK md. 154), kocanın eşine karşı, üstün bir konumda görüldüğünü ortaya koymaktadır. Bkz. karş. *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*: s. 746 vd.; *Acabey, M. Beşir*: "Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine ilişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Hayri Domanıç'e 80. yaş günü Armağanı, C. II, (İstanbul, 2001), s. 58; *Berki*, s. 121 vd.; *Erol, Cansel*: "Medeni Kanun'da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi", Medeni Kanun'un 50. Yılı, (Ankara, 1977), s. 38; *Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit*: "Evlilik Birliğini Temsilde Medeni Kanunumuzun Dayandığı Esaslar", AÜHFD, 1950/3-4, (1950), s. 313; *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 52; *Brosset, George*: Evlenme Umumi Hükümler Evlilik Birliğinin Temsili (Çev. Türkes Kutlu), ABD. 1975/6, (1975), s. 855.

⁷³ *Sevgican, Aydın*: "Türk Aile Hukukunda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, (İstanbul, 2009), s. 290; *Büyüktanır, Tahir*: "Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar", ABD, 2002/2, (2002), s. 73.

Türk Medeni Kanunu'nda evlilik birliğı eski Medeni Kanun'da olduğunun aksine, ülkemizin toplumsal yaşamına uyup uymadığı ciddi şekilde tartışmaya açık bir şekilde, duygusal bağlar üzerine değil; hukuki ve ekonomik öğeler üzerine kurulan ve fakat tüzel kişiliğe sahip olmayan bir ortaklık olarak dzenlenmiřtir⁷⁴. Bu bakımdan evlilik birliğı hukuksal-ekonomik bir ortaklık olarak kabul edilmekte olup, yönetimi de hukuksal anlamda hem bir hakkı, hem de bir yükümlülüğü ifade etmektedir⁷⁵.

Eşler, evlilik birliğinin yönetimi kapsamında kendi aralarında görev dağılımı yapabilir. Bu görev dağılımı için eşler, birbirlerinin kişilik haklarına aykırı olmamak koşuluyla herhangi bir şekil şartına tabi olmaksızın anlaşma yapabilir ve güncel şartlara göre bu anlaşmayı deėiřtirebilir⁷⁶. Belirtilmesi gerekir ki, bu anlaşma aynı zamanda 6098 sayılı TBK md. 27 hükmüne göre, kanunların emredici hükümlerine, genel ahlaka ve kamu düzenine de aykırı olmamalıdır.

Eşlerin evlilik birliğinin yönetimini oybirliği ile gerçekleştirmeleri esas olup, eşlerden birinin kusurlu davranışı ya da birliğin ivedi ihtiyaçları söz konusu olduğunda, diğer eş hâkimden yönetime müdahale etmesini isteyebilmektedir. Hâkimden yönetime müdahalenin istenemeyeceği, evlilik birliğinin yine ivedi ihtiyaçlarının veya menfaatinin söz konusu olduğu durumlarda ise, eşlerden biri yönetimde söz sahibi olabilecektir (TMK.md.188/II b.2). Biz hemen yukarıda bu husustaki düşüncelerimizi açıklamış ve eşitlik paradigmasının algılandığı biçimiyle huzuru getirmediğini ve aileyi de korumadığını; ailenin en özel kalması gereken unsurlarının dahi soğuk mahkeme kapılarına böylelikle taşınmasının doğru olmadığını ifade etmiştik.

8. Eşlerin Bilgi Verme Yükümlülüğü

Kanun koyucu, evlilik birliği sırasında eşlerden birinin malvarlığı ve borçları hakkında diğer eşe bilgi verme yükümlülüğü noktasında açık bir düzenleme yapmamıştır. Bununla birlikte, TMK md. 206/II'de, eşlerden birinin malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında diğer eşe bilgi vermekten kaçınması halinde bilgi sahibi olmak isteyen eşin, hâkimden mal rejiminin değiştirilerek mal ayrılığına

⁷⁴ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 5-6.

⁷⁵ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 6; Dural/ğz/Gümüş, s. 164.

⁷⁶ ztan, s. 205.

karar verilmesini talep etme hakkına sahip olması öngörülmüştür. Bu hüküm doğrultusunda, doktrinde bilgi verme yükümlülüğünün varlığı kabul edilmektedir.

Doktrinde,⁷⁷ bilgi verme yükümlülüğünün varlığı ve eşin, diğer eşe bilgi vermekten kaçınması halinde, yargısal yolla bilginin edinilebileceği kabul edilmektedir. Buna göre, kanun koyucunun eşlerin bilgi edinmesi konusunda, kasıtlı olarak sustuğu düşünülemez. Zira kanun koyucu bu hususta sessiz kalmayı tercih etseydi, TMK md. 206/II hükmünün 4. bendini düzenleme gereği de görmezdi. Açıktır ki, burada zikredilen ortaklık kavramı ile kastedilen mal ortaklığı rejimine özgü bir kavramdır. Dolayısı ile kavramın netleştirilmesi açısından TMK'nun m.257 vd. hükümlerine bakılması gerekir. Hemen eklemek isteriz ki, bu ortaklık, genel mal ortaklığı olabileceği gibi edinilmiş mal ortaklığı veya TMK'nun m.259 hükmünde işaret edilen diğer mal ortaklığı da olabilir. Bu bakımdan, eşlerin bu bilgileri edinememeleri halinde hâkimden talepte bulunmaları, evlilik birliğinin korunması için gerekli görülebilir. Öte yandan, eşlerin TMK md. 186 kapsamında evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılıp katılmadıklarının tespiti de ancak eşlerin malvarlıklarının ve borçlarının bilinebilmesiyle mümkün olacaktır. Ek olarak bilgi verme yükümlülüğünün TMK md. 185/II ve md. 185/III kapsamında sadakat yükümlülüğünün bir uzantısı olduğu da kabul edilebilir. Bu nedenlerle bir eş, diğer eşin malvarlığı, geliri ve borçları hakkında hâkim aracılığıyla bilgi edinebilmeli, kanundaki boşluk bu şekilde doldurulmalıdır. Ancak itiraf etmek gerekir ki, kanaatimizce, hâkim aracılığıyla bilgi edinilmesinin uygulamada aile içinde olumsuzluk ve sorunlara yol açabilme ihtimali de yüksektir. Çünkü ülkemizdeki aile yapısı, sosyo-ekonomik gerçekler ile eşler arasında var olması gerektiğini düşündüğümüz duygusal bağ dikkate alındığında, hâkim aracılığıyla bilgi edinmeye yönelik düzenlemenin isabet derecesi sorgulanması gereken bir husustur. Ne var ki, müşterek bir hayat yolculuğuna and içmiş iki kişiden birinin, yekdiğerinden mali durumuna ilişkin bilgileri saklaması da esasen toplumsal yapımıza uygun olmayıp, kötü çözümler içindeki en iyisi olduğu düşüncesi ile biz de zorunlu kalındığında hâkimin müdahalesinin hoş görülebileceğine inanıyoruz.

III. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASININ ANAYASAL VE KANUNİ ÇERÇEVESİ

⁷⁷ Öztan, s. 206-207; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri s. 15-21; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 166, 167.

A. Anayasal Çerçeve

Evlilik birliğinin korunması kurumu; evlilik birliğinin sona ermesini önlemeyi, evlilik birliği içerisinde eşler arasında çıkabilecek uyuşmazlıkları çözmeyi, evlilik içinde eşlerin kişilik haklarını ve mali haklarını korumayı amaçlayan bütün hukuki kurallar ve mekanizmalar olarak tanımlanabilir⁷⁸. Evlilik birliğinin korunması toplum için son derece önemli olduğundan devlet devreye girerek kamu gücü müdahalesiyle bu korumayı sağlamıştır⁷⁹.

Öztan’a göre, aile hukukunda geçerli olan Anayasal ilkeler şu şekildedir⁸⁰:

- Ailenin Türk toplumunun temeli olması
- Ailenin korunması
- Aile planlanması
- Eşler arası eşitlik,
- Aile hayatının gizliliğinin korunması
- Resmi evlilik,
- Çocukların korunması.

Evlilik birliğinin korunması bakımından temel kurallar, Anayasa’da yer almaktadır⁸¹. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 20’de aile yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkı düzenlenmiştir. Her ne kadar ilk bakışta 20. madde hükmünün lafzından, hükmün devlete yalnızca negatif yükümlülük yüklediği anlamı çıksa da, artık günümüz modern insan hakları anlayışında “saygı gösterme” kavramının etkili biçimde korumayı da içerdiği kabul edilmektedir⁸². Zaten aile yaşamına ilişkin tek anayasal hüküm de bu değildir. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 41’e göre “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile

⁷⁸ Ayan bu kurumu; “Evlilik birliğinin sona ermesinin önlenmesi, evlilik birliğinin karşılaştığı sorunların, evlilik boşanma aşamasına sürüklenmeden, aile içinde -bazen de mahkeme veya çeşitli uzmanlar aracılığıyla- çözülmesi” olarak tanımlamaktadır Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 24. Evlilik birliğinin korunmasındaki amaçlara ilişkin bkz. Öztan, s. 328. Öztan’a göre, evlilik birliğinin korunması kavramından sadece birliğin korunması anlaşılmalıdır. Öztan, s. 329.

⁷⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 5; Öztan, Aile Hukuku, s. 5. Aile hukukunda özel hukukun bir dalı olmasına rağmen, kamu gücünün müdahaleciliği ilkesi geçerlidir. Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 210.

⁸⁰ Öztan, s. 6.

⁸¹ Bu, devletin aile kurumuna verdiği önemi de gösterir. Akıntürk/Ateş, s. 4.

⁸² Benzer şekilde “20. maddenin devlete koruma görevi verdiği yönünde” bkz. Öztan, s. 10.

uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar”. Bu hüküm, aile yaşamına saygı hakkı açısından, devletin pozitif yükümlülüklerine açıkça yer vermesi bakımından merkezi bir öneme sahiptir. Bu pozitif yükümlülüğün ilk adımı kanuni düzenlemeler yapmak olup, hükmün ilk muhatabı kanun koyucudur.⁸³ Koruma yükümlülüğünü çerçeveleyen genel bir hüküm olarak ayrıca Türkiye Cumhuriyeti Anayasası’nın “*Devletin Temel Amaç ve Görevleri*” başlıklı 5. maddesi de gösterilebilir.

Anılan hükümlerden de anlaşılacağı üzere, Anayasa’da evlilik birliği kavramı açıkça yer almaz. Evlilik birliğiyle ilişkilendirilebilecek maddelerin lafzında “evlilik birliği” yerine “aile” kavramı tercih edilmiştir. Bununla birlikte madde gerekçesinde ailenin hem sosyal hayat, hem de millet hayatı bakımından “kutsal bir temel” olduğu, ailenin korunması fikrinin Medeni Kanun anlamında evliliklerin korunması anlamına geldiği açıkça ifade edilmiştir⁸⁴. Doktrinde de, aile ve evlilik birliği benzer şekilde bağdaştırılmıştır⁸⁵. Ne var ki salt madde gerekçesi ve meclis görüşmeleri temel alınarak yapılacak bir yorum, toplumsal ve hukuksal gelişmelerin gerisinde kalacağından, kanaatimizce, amaçsal (teleolojik) ve dinamik yoruma öncelik verilmelidir. Bu bağlamda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 90 gereği iç hukukun bir parçası olarak kabul edilen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi kapsamında aile kavramının İHAM tarafından otonom bir kavram olarak ele alındığı ve günümüzde artık içeriğinin oldukça genişletildiği hatırlanmalıdır. İHAM, aile hayatının varlığı için yasal bir bağın zorunlu olmadığını vurgulamakta, birlikte yaşama gibi fiili bir bağ ile sosyal, duygusal ve biyolojik bağları dikkate almaktadır. Dolayısıyla Anayasa hükümleri de asgari bir standart olan İHAM içtihadı ile aynı doğrultuda yorumlanmalıdır. Böylelikle hem Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 2’de yer verilen “insan haklarına saygılı devlet” ilkesinin işlerliği sağlanacak, hem de uluslararası sözleşmelerin iç hukuktaki yeri güçlendirilecektir. Öte yandan maddenin geniş veya dar yorumlanması noktasında ortaya çıkan tereddütte geniş yorumun tercih edilmesi, her halükarda, anayasa

⁸³ “Kanun koyucu bu emri duymazlıktan gelemes ve gelmemelidir.” Akıntürk/Ateş, s. 132.

⁸⁴ “Anayasa’nın 41. maddesine ilişkin Danışma Meclisi Gerekçesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası - Madde Gerekçeli, TBMM, (Ankara, 2008), s. 76, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/bitstream/handle/11543/1169/200901027.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (E.T. 22.02.2019)”.

⁸⁵ Akıntürk/Ateş, s. 132; Öztan’a göre, aile kavramından, evlenme sözleşmesiyle birbirine bağlanan eşler ve bunlara soy bağı ile bağlanan kişiler anlaşılır. Öztan, s. 2-3.

hukukunda geçerli olan “özgürlük geniş, sınırlama dar yorumlanır”, “tereddüt halinde özgürlük lehine yorum yapılır” ilkelerine de uygun düşecektir.

Anayasa Mahkemesi’ne göre aile yaşamındaki temel ilişkiler kadın-erkek ve ebeveyn-çocuk ilişkileridir. Anayasa Mahkemesi, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası md. 20 ve md. 41’e ilişkin değerlendirmelerde bulunduğu Gülbu Özgüler başvurusuna ilişkin kararında, kural olarak resmi evlilik birliğinin aile yaşamı kapsamında olduğunu belirtmiştir⁸⁶. Bu yorum, her ne kadar Mahkeme’nin, 20. ve 41. maddeleri dar yorumladığı izlenimi oluştursa da, “*kural olarak*” ifadesine yer verilerek resmi evlilik birliği niteliği taşımayan (partnerlik, nişanlılık gibi) birlikteliklerin de aile yaşamı kapsamında görülmesi yönünden açık kapı bırakıldığı sonucuna ulaşılabilir. Zaten Anayasa Mahkemesi kararlarında bu hususta İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi içtihadına da atıf yapılmaktadır⁸⁷. Bu durumda Anayasa’nın 20. ve 41. maddelerinin evlilik birliğini koruyan temel anayasal hükümler olduğu; ancak maddelerin evlilik birliğiyle sınırlı olmayan bir kapsamının olduğu söylenebilir.

B. Kanunî Çerçeve

Evlilik birliğinin korunması için öncelikle ortada Türk Medeni Kanunu hükümlerine uygun olarak kurulmuş ve geçerli bir evliliğin varlığı şarttır. Mutlak butlanla sakat evlilikler de, iptal kararı verilinceye kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurduğundan, bu evliliklerde de, evlilik birliğini koruyucu önlemler uygulama alanı bulur⁸⁸. Evlilik birliğinin korunması olmasa eşlerin birbirine saygısı sona ereceğinden, hem eşlerin kişisel alanlarının, hem de kişilik ve mali haklarının

⁸⁶ “Gülbu Özgüler başvurusu, Başvuru No. 2013/7979, 11.11.2015, para. 40. Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr , E.T. 02.02.2019”.

⁸⁷ İlgili içtihat için bkz. “[...] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM), Sözleşme’nin 8. maddesinde yer alan “aile hayatı” kavramının evlilik temelli ilişkilerle sınırlı olmadığını ve diğer fiili (de facto) “aile” bağlarını da kapsadığını vurgulamaktadır (Anayo/Almanya, B. No: 20578/07, 21/12/2010, § 55). AİHM’e göre Sözleşme’nin 8. maddesinin amaçları bakımından “aile hayatı”nın varlığı ya da yokluğu, somut olayda yakın kişisel bağların mevcut olup olmadığına bağlı olgusal bir sorundur (K. ve T./Finlandiya [BD], B. No: 25702/94, 12/7/2001, § 150)[...]”, “Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım, Başvuru No. 2014/5974, 26.12.2017, para. 43. Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr , E.T. 02.02.2019. Ayrıca bkz. D.K. başvurusu, Başvuru No. 2015/11159, 25.09.2019, para. 48-49. Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr , E.T. 02.02.2019”.

⁸⁸ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 22; Öztan, s. 328; Tulumlu, Akif Mehmet: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma Ayrılık Sebepleri Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, (Eylül, Ankara, 2002), s. 73.

evlilik birliği içerisinde karşılıklı olarak korunması; böylelikle de evlilik birliğinde huzurun sağlanarak eşlerin boşanma yoluna gitmesinin önüne geçilmesi hedeflenir⁸⁹.

İsviçre doktrini, evlilik birliğinin korunması ile öncelikli olarak eşlerin birbirlerine karşı sahip oldukları kişilik haklarını korumayı hedefler⁹⁰. Hâkim tarafından evlilik birliğini korumak amacıyla yapılan müdahale, eşleri zorlayarak evlilik birliğinin gereklerini yerine getirtmeye mecbur bırakmak değil, eşlerin bu noktaya gelmesine neden olan problemlere çözüm bulmaktır⁹¹.

Evlilik birliğinin devamı eşler için çıkmaza girdiyse, eşleri tekrar düşünmeye sevk etmek ve evlilik kurumunu yaşatmak amacı ile kanun koyucu birtakım çözümler sunmuřtur⁹².

Devletin aileye, toplumun temel yapı taşına müdahale edebilmesi için evlilik birliği içerisinde yolunda gitmeyen bir şeylerin olması gerekir. Evlilik birliği içerisinde huzur varken, her şey yolunda giderken, eşlerin, evlilik birliğini koruyucu hükümlerden yararlanması gerekmez, onlar aynı zamanda bu hükümlerden haberdar da deęillerdir⁹³.

Evlilik birliğinin korunması kurumu için getirilmiş olan düzenlemeler ve yaptırımlar, Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan alacaklının korunması için var olan düzenlemelerle ve yaptırımlarla kıyaslandığında, daha dar bir alana sahiptir. Çünkü, evlilik birliğinin korunması kurumu temel itibariyle, ahlaki esaslara dayalı olmakla birlikte aynı zamanda hukuki bir kurumdur. Eşler bu noktada (nafaka ödemesi hariç) aynen ifade bulunmaya zorlanamaz⁹⁴.

Evlilik birliğini koruyucu önlemlerin devreye girmesi, evlilik birliği içerisinde iki farklı durumu amaçlayabilir. Birinci durum, evlilik birliğinin çıkmaza girmesini

⁸⁹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 23; Zevkliler/Ertaş/Havutçu/Acabey/Gürpınar, s. 260.

⁹⁰ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 23; Gümüş, Alper Mustafa: Türk Medeni Kanunun Getirdiği Yeni şerhler, (Ankara, 2003), s. 68; Vetterli, Rolf: FamKomm Band I: ZGB (Stmpfli Verlag, 3. Auflage, 2017, Bern), s. 467 vd.; Hausherr, Heinz/Reusser, Ruth/Geiser, Thomas: Berner Kommentar, Band/Nr. II/1/2 Das Familienrecht (Stämpfli Verlag, 2. Auflage, 1999, Bern) s. 455-456; Brm, Verena: Zürcher Kommentar Band II Nr. 1c Das Familienrecht, (Stämpfli Verlag, 2. Auflage, 1998, Bern) s. 474-477.

⁹¹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 24.

⁹² Velidedeoğlu, s. 120; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 25; Akıntürk, s. 132.

⁹³ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 26.

⁹⁴ Velidedeoğlu, s. 121; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 26; Saymen/Elbir, s. 122, Arsebük, s. 668; Grisel, Andre: "Evlilik Vazifelerinin İhlali ve Medeni Kanunun Boşanmaya İlişkin Hükümleri", (ev. Kemal Tahir Gürsoy), AD, 1949/4, (1949) s. 487 vd.; Cin, s. 261 vd.

engellemek; ikinci durum ise, çıkmaza giren evlilik birliğini sorunlardan arındırıp kurtarmaktır⁹⁵.

TMK md. 193 ile birlikte eski Medeni Kanundan farklı olarak, eşler arasında mevcut olan hukuksal işlemlerde eşitlik getirilmiş olup, kadın eşin gerçekleştireceği birtakım hukuki işlemler için hâkimden izin almasına gerek kalmamıştır⁹⁶. TMK, eski Medeni Kanundan farklı olarak eşler arasındaki cinsiyet ayırımına bir son vermiş, evlilik birliğini korumak için getirilen düzenlemeleri her iki taraf için de kabul etmiştir⁹⁷. Nitekim, eski Medeni Kanunda kadınları “sınırlı ehliyetli” hale getiren düzenlemeler 4721 sayılı Medeni Kanun ile ortadan kaldırılmıştır⁹⁸. Başka bir anlatımla, TMK ile eşler, yaptıkları hukuki işlemlerde eşit kabul edilmiş olup, hâkimin evlilik birliği üzerindeki etkisi azaltılmıştır. Örneğin, eski Medeni Kanun’da yer alan düzenlemede kadın eşin, kocasına kefil olabilmesi için hâkimden izin alması gerekirken yeni düzenlemeyle bu izne ihtiyaç duyulmamaktadır⁹⁹. Kanun koyucu bu düzenlemeyi yaparak evlilik kurumu içerisinde cinsiyet ayırımına son vermek istemiş, kadın erkek eşitliğini sağlamış ve kişilerin salt evlenmiş olmaları nedeni ile belli durumlar hariç, hukuki işlem özgürlüğünün kısıtlanmasını önlemiştir¹⁰⁰. Bu düzenlemenin, uygulamada, kadının iktisadi geleceğini daha çok korumadığı söylenmelidir. Kanaatimizce, eşitlik paradigması uğruna, kadının iktisadi geleceğinin feda edildiğini söylemek abartılı olmaz. Zira, özellikle kırsal kesimde ev hanımı olarak çalışan kadınların, bu hükmün getirdiği düzen dolayısıyla mağdur olacağı söylenmelidir.

Bazı hukuki işlemlerde hâkimin izni aranmazken, bazı işlemler için, kanun koyucu evlilik birliğinin huzurunu korumak ve devamlılığını sağlamak üzere kadın ile

⁹⁵ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 27; Necip, Ortan Ali: Eşler Arasında Cebri İcra Yasağı, Prof. Dr. Mahmut Koloğlu’ya 70. Yıl Armağanı, (Ankara, 1970), s. 690; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 179.

⁹⁶ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 183,184; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 28; Demir, Özlem Pınar: Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, (İstanbul, 2004), s. 29; Öktem, Seda: “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, TBB Dergisi, S. 67, (2006), s. 317-338, s. 319.

⁹⁷ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 28; Özdemir, s. 29.

⁹⁸ Özdemir, s. 29; Kılıçoğlu, Medeni Kanun’umuzun Aile Miras ve Eşya Hukukunun Getirdiği Yenilikler, s. 46; Öktem, s. 319.

⁹⁹ Ayan, Evliliğin Birliğinin Korunması, s. 28; Özdemir, s. 28; Feyzi, s. 211.

¹⁰⁰ Öktem, s. 319.

erkek arasında ayırım gözetmeksizin kısıtlayıcı hükümler getirmiştir¹⁰¹. Bu hukuki işlemlere örnek olarak, TMK md. 194’te yer alan “aile konutu” gösterilebilir. Eşler aile konutu ile alakalı olan bazı hukuki işlemleri birbirlerinden bağımsız olarak, bir diğ erinin rızası olmaksızın yapamazlar. Aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı olan veya kiracı sıfatını haiz eş in bu haklarını kullanabilmesi için, diğ er eş in rızasının varlığı şarttır (TMK md. 194)¹⁰². Bu hükmün getiriliş amacı, evlilik birliğinde bir sorun çıkma ihtimaline karşı evlilik birliğini korumaya yönelik önlem almaktır. Ancak, bu madde hükmünde öngörülen çözüm kural olarak doğrudan hâkimin müdahalesine izin vermemektedir. Buna göre, eşlerden biri TMK md. 194 hükmüne aykırı hareket eder ise, diğ er eş söz konusu işlemin geçersizliğinin tespiti amacıyla tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açabilecektir. TMK 194 hükmü, emredici nitelikte bir hüküm olduğundan, eşlerden birisinin diğ er eş in açık rızası olmadan anılan hükme aykırı hareket ederek gerçekleştirdiğ i hukukî işlemlerin geçerliliğ i ve geçersizliğ in türü konusunda doktrinde tartışmalar vardır. Tapu kaydının geçerli olmadığı görüşü kabul edilecek olursa, hukukî olarak hüküm ve sonuç doğurmayan bir işlemin iptali söz konusu olmaz. Bu dava, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası olduğ u için hukukî olarak geçersiz olan işlem tespit edilebileceğ inden, açılacak dava bir tespit hükmü niteliğ inde olacaktır. Katıldığımız görüş e göre, tapu kütüğünün düzeltilmesi davası (TMK m. 1025), tespit davası niteliğ indedir¹⁰³. Hâkimin, re’sen hareket ederek yapılan işleme müdahale imkânı olmadığı söylenmelidir¹⁰⁴. Bunun dışında belirtmek gerekir ki, TBK md. 349 hükmüne göre, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracı, eş inin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemez. Bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa, kiracı

¹⁰¹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 28; Demir, s. 32; Kılıçoğ lu: Medeni Kanun’umuzun Aile Miras ve Eş ya Hukukunun Getirdiğ i Yenilikler, s. 46.

¹⁰² Şipka, Şükran: Aile Konutu İle İlgili İşlemlere Diğ er Eş in Rızası, (TMK md. 194), (2. Bası, İstanbul, 2004), s. 137; Doğ an, s. 106.

¹⁰³ Zira tapu kütüğünün düzeltilmesi davası sonunda verilen hükme göre, tapu kütüğünde yapılacak düzeltme, hükmün cebren icrası niteliğ inde olmayıp, bir idarî işlem den ibarettir (Tapu Sicili Tüzüğü md. 81, f. 1). Bu hususta bkz. Üstündağ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası (İstanbul, 1959), s. 38-40; 57. Antalya Gökhan, Topuz Murat, Marmara Hukuk Yorumu, Eş ya Hukuku, Cilt IV/, (03 Ekim, 2021), 701. Tekinay, Selahattin Sulhi, Eş ya Hukuku, Cilt 1, (5. Bası, İstanbul, 1989), s. 480. Yazara göre, tapu sicilinin düzeltilmesi davası teorik olarak bir tespit davası olup, mahkemenin aynî hakkın mevcut olup olmadığını tespitle yetinmesi gerekirken, uygulamada mahkemeler kanunun lafzını dikkate alarak idareye emir niteliğ inde “tapu kaydının iptali ve tescile” hükmetmektedir.

¹⁰⁴ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 28.

hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebilir. Burada TMK md. 194'teki hüküm, TBK md. 349 hükmünü tekrar etmektedir. Kiracı olmayan eş, kiralayana bildirimde bulunarak, kira sözleşmesinin tarafı hâline gelmeyi talep edebilmektedir. TBK md. 349 ve 194/IV hükmü, özünde evlilik birliğini korumak için kabul edilmiş bir düzenleme olsa da, kadın ile erkek arasındaki ilişkinin soğumasına sebebiyet vermeye elverişli düzenlemelerdir. TMK m. 194/IV uyarınca *“kira sözleşmenin tarafı olmayan eş, tek taraflı beyanla kira sözleşmesinin tarafı hâline gelip, diğer eşle müteselsilen sorumlu olacaktır”*. Bu düzenleme ezber bozan bir düzenlemedir. Zira, bu düzenleme genel esasların aksine bir düzenleme olup tek taraflı bir beyanla sözleşme ilişkisi oluşturmaktadır. TMK m. 194/IV'de sözü geçen müteselsil sorumluluk ise, kira hukuku çerçevesinde getirilmiş olan bir müteselsil sorumluluktur. Örneğin, kira bedelini ve yan giderleri ödemek bakımından eşler için bir müteselsil sorumluluk söz konusudur. Bu düzenleme tarzı evlilik birliğini koruyucu bir düzenleme mi yoksa evlilik birliğine zarar veren bir düzenleme mi, bu durumun tartışılması gereklidir. Bu düzenleme evlilik birliğini korumamaktadır. Kiralayan, eşlerden birisinden kira borcunun tamamını isteyebilir. Örneğin kadının malî durumu bunu ödemeye elverişli olmayabilir ve eşler arasında bu durum sıkıntıya yol açabilir. Evlilik birliği bundan zarar görebilir. Bu düzenlemede yer alan müteselsil sorumluluk *“Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlığı ile katılırlar”*. Şeklindeki TMK md. 186/II'de yer alan düzenlemeye teknik olarak aykırılık teşkil etmez. Çünkü, bu sorumluluk dış ilişkiyle ilgilidir. Ancak borcun tamamını ifa eden eş, iç ilişkide söz konusu borcun yarısını eşinden talep edebilir. Son tahlilde düzenlemede yer alan müteselsil sorumluluk ve buna bağlı olarak iç ilişkide borcun tamamını ifa eden eşin, diğer eşe rücu etmesi ve borcun yarısını ondan talep etmesi aralarındaki güven duygusunu zedeleyici niteliktedir.

TMK md. 194 hükmü, evlilik birliğinde bir uyuşmazlık çıkmadan önce uygulanabilecek bir hükümken, kanun koyucu evlilik birliğinde sorun çıkması halinde uygulanabilecek birtakım düzenlemelerde de bulunmuştur. Türk Medeni Kanunu'nda yer alan evlilik birliğini koruyucu düzenlemelerin birçoğu eşler arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde uygulanabilecek düzenlemelerdir¹⁰⁵. Nitekim evlilik birliğinin korunmasını hedefleyen ve temel müdahale hükmü olan TMK md. 195 de bu durumu

¹⁰⁵ Erdem, Sabri: Aile Hukuku Evlenme Boşanma Nafaka, (İstanbul, 1966), s. 321; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 29; Acabey/Gökyayla, s. 762.

desteklemekte olup hâkime, evlilik birliğine ilişkin olarak mevcut olan yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşleri uyarma, uyuşmazlığa düşen eşleri uzlaştırma hakkı tanınmıştır. Eski Medeni Kanun'da aynı düzenleme yer alırken mevcut düzenlemeden farklı olarak eşlere, uyuşmazlığın düzeltilebilmesi için mahkemeye bireysel olarak başvurabilme hakkı tanınmıştı. Ancak TMK md. 195 düzenlemesi ile eşlerin münferit başvuru yapabilmesi yanında hâkimin müdahalesi için birlikte başvuruda bulunabilmesi imkânı da tanınmıştır¹⁰⁶. Aslında, eski Medeni Kanunun 161. maddesinde açıkça belirtilmese de, eski Kanun döneminde de eşlerin hâkime birlikte başvurularının önünde bir engel yoktur. Eşlerin ayrı ayrı başvuru yapmasını kabul eden bir sistemin onların birlikte başvurusuna cevap vermemesi “evleviyetle” kuralı gereğince düşünülemez. Ancak, söylenmelidir ki, aile birliğinin yönetimiyle ilgili önemli bir hususta anlaşmazlık yaşayan bir çift, çoğu zaman müştereken bir başvuru da yapmayacaktır. Bundan dolayı, konuya ilişkin değişikliğin pratik bir değeri olmadığı söylenmelidir.

Aile konutuna dair TMK md. 194 hükmü gibi eşler arasında uyuşmazlık çıkmadan önce evlilik birliğini koruyucu önlem ile eşler arasında uyuşmazlık çıkması halinde uygulanacak hükümlerin kanun koyucu tarafından farklı düzenlenmesinin mantıklı bir gerekçesi bulunmaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, Kanun koyucunun eşlerin yapacağı bazı hukuki işlemlerde diğer eşin rızasını aramasının nedeni, evlilik müessesesi kurulduğu anda, eşler arasında sorun çıkma ihtimali olan ilişkileri en iyi şekilde düzenlemektir¹⁰⁷. Bu işlemler, eşler arasında bir uyuşmazlık çıkmadan önce uygulanabilecek olan işlemler olup, uyuşmazlık, eşlerin bu işlemlere rızası olmaması halinde meydana gelir¹⁰⁸.

Eşler arasında bir uyuşmazlık çıkması halinde bu uyuşmazlığın son bulması için kanun koyucu hâkime geniş bir takdir yetkisi tanımıştır¹⁰⁹. Kanun koyucu tarafından düzenlenmiş olan bu özel önlemlerle uyuşmazlığın sona erdirilmesi hedeflenmiştir¹¹⁰.

¹⁰⁶ Özdemir, s. 37; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 30; Dural/Öğüz/Gümüüş, s. 189; Hatemi/Kalkan/Oğuztürk: s. 94.

¹⁰⁷ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 30.

¹⁰⁸ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 31.

¹⁰⁹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 31; Akıntürk/Ateş, s. 135.

¹¹⁰ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 30: TMK md. 195 hükmü, eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilmesi için, eşlerin evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmemesi

İKİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU DÜZENLEMELER

I. GENEL AÇIKLAMALAR

Çalışmamızın bu bölümünde, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda öngörülmüş olan evlilik birliğinin korunmasına dair düzenlemeler ele alınacaktır. Bu kapsamda aile konutu kavramı, aile konutunun hukuki niteliği, aile konutu üzerindeki şerhin fonksiyonuna değinilecek; ardından TMK'da mal rejimiyle ilgili olarak kabul edilen sistemler, paylı mülkiyette pay devrinin rızaya tâbi tutulmasının uygulamaya olan katkısı ve gerekliliği gibi konular irdelenecektir. Diğer bir koruyucu önlem olarak eşlerin birbirini temsili, temsilin aile hukuku ile borçlar hukuku arasındaki farkları ile bu önlemlerin ne zaman sona ereceği konularına değinilecek; yine bir koruyucu önlem olarak düzenlenmiş olan evlat edinme, evlat edinilme ve evlatlık ilişkisinin sona ermesi anlatılacak ve değerlendirilecek; uygulamada büyük öneme sahip olan kefalet ilişkisinde eşin rızasının aranmasının gerekli olup olmadığı, bu rızanın hangi hallerde geçerli olacağı ve hangi sözleşmelere uygulanabileceği detaylı bir şekilde Yargıtay kararları ışığında tartışılacaktır. Eşlerin birlikte yaşamlarına ara verilmesi ise, evlilik birliğini kurtarmayı amaçlayan bir diğer önlem olarak ele alınacak; birlikte yaşama ara vermenin hâkim kararına tâbi olup olmadığı, ara vermek için gereken şartlar değerlendirilecek; daha sonra bu kuruma benzer bir kurum olan ayrılık kurumu incelenecektir. Yine cinsiyet değiştirme yasağının evlilik birliğini koruyucu bir önlem olup olmadığı, cinsiyet değişikliği sürecinde aranan şartlar ve bunun evlilik birliğine olan etkisi detaylı bir şekilde irdelenecektir. Son olarak 6284 sayılı Kanun ile kadına karşı ev içi şiddetin önlenmesine dair getirilen düzenlemeler değerlendirilecektir.

olmalarını veya önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmüş olmalarını aramaktadır. “Önemli konu”dan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin genel geçer bir kural yoktur. Kanun koyucu önemli konudan ne anlaşılması gerektiğine ilişkin örneklendirmede dahi bulunmamıştır. Bu noktada, doktrinden yararlanılabilir. *Akıntürk/Ateş*, s.134; *Akıntürk/Ateş*’e göre, aile konutunun eşlerin ortak kararı ile belirlenmesi, çocuğun adının ortak bir kararla konulması önemli konu olarak değerlendirilir.

II. TÜRK MEDENİ KANUNU VE TÜRK BORÇLAR KANUNU’NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ

A. Bazı Hukuki İşlemlerde Diğer Eşin Rızasının Aranmasına İlişkin Hükümler

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler iki farklı türden oluşur¹¹¹. Bunlardan ilki, evlilik birliği bir sorunla karşılaştığı zaman bu sorunu çözmek için dışarıdan müdahalede bulunulmasına ilişkin hükümlerdir. Bu tür hükümler, ortaya çıkan bir uyuşmazlığın eşler arasında çözülemediği durumlarda, hâkim veya çeşitli uzmanlar tarafından çözümlendiği hallerdir (TMK md. 195 vd.). Bu hükümlerin amacı, eşler arasında ortaya çıkan anlaşmazlığı gidermektir.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla öngörülen diğer hükümlerde ise, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliği bazı koşullara bağlanmıştır. Evlilik birliğinin korunması amacıyla eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliğinin çeşitli koşullara bağlanması, evlilik birliğinin korunması açısından etkili bir yöntemdir¹¹².

Eşlere gelirleri ve malvarlıkları üzerinde sınırsız bir özgürlük tanınması, evlilik birliğinin ekonomik temellerini tehlikeye düşürebilir. Evlilik birliğinin çıkarlarının korunması, eşlerin özgürlüklerinin ve bağımsızlıklarının sınırınıdır¹¹³. Bu nedenle, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliği, ailenin ekonomik durumunu ve

¹¹¹ İsviçre Medeni Kanunu’nda 1984 yılında yapılan değişiklikten sonra, evlilik birliğinin korunması iki şekilde gerçekleştirilmektedir. Bu koruma, bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlanmasında olduğu gibi, ya doğrudan kanun tarafından ya da yargı yoluna başvurularak hâkim aracılığıyla alınan önlemlerle sağlanmaktadır. Bkz. ve karş. *Şipka*, s. 33; *Vetterli*, s. 469 Kn.2; *Bräm*, s. 476 Kn.13.

¹¹² Günümüzdeki evliliklerde, ekonomik sebepler, eşlerin birbirleriyle ve çocuklarıyla olan kişisel ilişkilerinden çok daha baskın bir şekilde evlilik birliğini etkilemektedir. Bu nedenle, öngörülen sınırlamaların önemli bir bölümü, bu tür ekonomik ilişkilerde oluşmuştur. Bkz. ve karş. *Şipka*, s. 33: İsviçre’de yapılan değişiklikleri yansıtan bu görüş, Türk hukuku için de büyük ölçüde geçerlidir. Eşlerin kişisel ilişkilerine yönelik sorunlar, hâkimin müdahalesi yoluyla; malvarlıksal sorunlar ise, daha çok, önceden alınan önlemlerle giderilmeye çalışılmaktadır. Bu nedenle, evlilik birliği maddi bir sorunla karşılaşmadan, ileride bu sorunların ortaya çıkmasını önlemeye yönelik hükümler gittikçe önem kazanmaktadır. Aslı mal rejimi olarak adlandırılan bu hükümler, emredici kural olma özelliğine sahiptir. *Vetterli*, s. 470 Kn.2; *Bräm*, s. 477 Kn.14. Bu konuda ayrıca bkz. *Acabey, Beşir*: “Evliliğin Genel Hükümleri ve Yasal Mal Rejimi - 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Hukuk Yapısındaki Yenilikleri”, *Muğla Barosu Başkanlığı Konferanslar Serisi 1, Bildiriler ve Tartışmalar*, (Muğla, 2002), s. 43-44.

¹¹³ *Acabey*, Yasal Mal Rejimi, s. 41. Evlilik birliğini koruyucu hükümleri benzer bir ayırımı tâbi tutmaktadır.

malvarlığını korumak ve ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye düşmesini önlemek gibi nedenlerle çeşitli koşullara bağlanmaktadır¹¹⁴.

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

Önceki Medeni Kanunumuz, zayıf durumda olduğunu kabul ettiği evli kadını, kocasına karşı korumak ve dolaylı olarak da evlilik birliğini korumak amacıyla, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin, hâkimin onayıyla geçerli olabileceğini düzenlemişti. Nitekim önceki Medeni Kanunumuzun 169. maddesine göre: “*Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına ve mal ortaklığı usulüne tâbi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hâkimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz. Koca menfaatine karı tarafından üçüncü şahsa iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir*”. TMK md. 195’e göre, eşler kural olarak kendi malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebilme hakkına sahiptir. Anılan maddede belirtilen türden hukuki işlemlerin geçerliliği, hâkimin onayına bağlıdır. Böylece evlilik birliğinin geleceği açısından önemli sayılabilecek bazı hukuki işlemler bir denetimden geçirilecektir.

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

Yürürlükteki Medeni Kanunumuz, eşlerin bazı hukuki işlemlerinin hâkimin onayına bağlanmasını yerinde görmemiş; evlilik birliğinin korunması ilkesini tam

¹¹⁴ Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 5; Şipka, s. 34.

olarak hayata geçirebilmek amacıyla, eşlerin yapacakları bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamıştır¹¹⁵.

Yeni Medeni Kanunumuzun, önceki Medeni Kanunumuzdan bir diğer farkı da, bir işlemin diğer eşin rızasına bağlanması için bu işlemi yapanın kadın olma zorunluluğunu aramamasıdır. İşlemi yapan erkek de olsa, kadın da olsa, diğer eşin rızası gerekir. Önceki Türk Kanunu Medeni'si md. 169/II'ye göre, evli kadının kocası yararına yapacağı borçlanmalar hâkimin onayına bağlanmış; fakat kocanın karısı yararına girişeceği borçların geçerliliği böyle bir koşula bağlanmamıştı. Yeni Medeni Kanunumuz ise, bu düzenlemeyi kaldırmış ve evlilik birliğinin korunması amacıyla, diğer eşin rızasına bağlanan hukuki işlemler için cinsiyet ayırımı yapmamıştır. Bu yeni anlayışa göre, evlilik birliğinin korunması gerekiyorsa, getirilecek olan sınırlama hem erkeğe hem kadına eşit ölçüde uygulanmalıdır.

Bu anlayış doğrultusunda hazırlanan TMK md. 193'e göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri, diğeriyle ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir¹¹⁶. Bu kural eşlere, herhangi bir kişinin ya da makamın onayını almaksızın, her türlü hukuki işlemi yapma yetkisi verir. Fakat maddenin başında da belirtildiği gibi, bu serbestlik ilkesine, evlilik birliğinin korunması amacıyla, kanunda bazı sınırlamalar getirilmiştir. Kanun koyucunun kabul ettiği eşler arası eşitlik ilkesi gereğince, bu sınırlamalar hem erkek, hem de kadın için eşit ölçüde uygulanır¹¹⁷.

1. Aile Konutunun Devrinde Eşin Rızası

a. Aile Konutu Kavramı ve Özellikleri

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun benimsediği yeni aile hukuku kurumlarının uygulama alanı bakımından en fazla dikkat çeken, aile konutudur. Aile konutu ve ev eşyasına ilişkin düzenlemeler, Türk Medeni Kanunu'nun hem aile, hem de

¹¹⁵ Bkz. ve karş. Şipka, s. 25; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası s. 5; Akıntürk/Ateş, s. 122.

¹¹⁶ Barlas, Nami: "Yeni Medeni Kanun'a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi", Makalelerim, Cilt I, (Vedat Yayıncılık, İstanbul, 2008), s. 331-356, s. 333. TMK md. 193'ün gerekçesi ise "eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi uyarınca, kadının bazı hukukî işlemleri için hâkimden izin almasına gerek görülmediği gibi, eşler arasında cebri icra yasağı ve istisnalarını muhafaza etmeye de gerek görülmemiştir. Eşler de birbirlerine karşı borçlarını ifa etmeli aksi halde sonuçlarına katlanmalıdır". şeklinde olup, TMK md. 193 hükmü ile amaçlanan eşlerin yapmış olduğu hukuki işlemlerde özgürlüklerinin kısıtlanmaması ve irade özgürlüğüne verilen değerin korunmasını sağlamaktır".

¹¹⁷ Bkz. Şipka, s. 25; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 5.

miras hukuku bölümlerinde yer almaktadır¹¹⁸. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere, aile kavramından anlamamız gereken, öncelikle evli kimseler; yani eşlerdir. Dolayısıyla, aile konutuna ilişkin hükümlerin uygulanması açısından aile kavramını ele aldığımızda, eşlerin çocuklarının olup olmaması bir önem arz etmemektedir. TMK md. 194 açısından esas önem arz eden durum, evliliğin resmi nikâha dayanan geçerli bir evlilik olmasıdır. Örneğin, resmi şekil kuralına uyulmadığı gerekçesiyle yok hükmünde kabul edilen imam nikahlı birliktelikler açısından aile konutuna ilişkin düzenlemeler uygulanamaz¹¹⁹. Fakat evlenmenin yokluğu değil de, butlanı söz konusu ise, hâkim tarafından evliliğin iptaline karar verilmeye kadar eşlerin yaşadığı konut aile konutu sayılmaya devam edecektir¹²⁰. Ne Medeni Kanun'da, ne de İsviçre Medeni Kanunu'nda¹²¹ aile konutuna ilişkin bir tanım yapılmıştır¹²². Bununla birlikte, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarihli genelgesine göre aile konutu, *“eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan”*dır. Ayrıca, TMK'nın 194. maddesinin gerekçesinde de aile konutu, *“eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan”* olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce, aile konutu, eşlerin yaşam ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının merkezi olan, hayatlarına ilişkin en özel

¹¹⁸ Medeni Kanunumuzun 194, 197, 240, 257, 279 ve 652. maddeleri aile konutuyla ilgili hükümlerdir.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 9; Şıpka, s. 71; Köse, Eylül, Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar, 1. Baskı, (İstanbul Kasım 2020),s.6. İsviçre hukukunda da aile konutu üzerindeki tasarruf yetkisine ilişkin İsviçre Medeni Kanunu'nun 169. maddesinin doğrudan veya kıyasen evli olmadan birlikte yaşayan kadın ve erkeğe veya başka birlikteliklere uygulanmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir (Hausheer/Geiser/Kobel, Art. 169, N. 10a).

¹²⁰ Acar, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, (6. Bası, Ankara, 2021), s.29; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması ,s.64 : Butlan, var olan evliliğin geçersiz kurulmuş halini ifade eder. Butlan halleri nisbi ve mutlak olmak üzere ikiye ayrılır. Bu iki halin oluşması için gerekli olan sebepler kanunda sınırlı bir biçimde sayılmış olup *“numerus clausus”* ilkesine tâbidir. Ayrıca eşlerin fiilen ayrı yaşamaları, mahkeme tarafından eşlerin ayrılığına karar verilmiş olması veya devam eden bir boşanma davası olması TMK md. 194'ün uygulanmasını etkilemez. Evlilikte mutlak butlan halleri TMK md. 145'te düzenlenmiş olup nisbi butlan halleri ise md. 148,151 ve 153'te düzenlenmiştir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 84 vd.

¹²¹ Hausherr/Reusser/Geiser, Art. 162, N. 11; Schmid, Ursula: Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Orell Füssli Verlag, 3. Auflage, 2016, Zürich), Art. 162, N. 1.

¹²² Bkz. Bağcı,Ömer: “Aile Konutu Üzerinde Tasarruf” Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, s. 145. Acar'göre aile konutu; *“Sürekli tarzda ailenin kullanımına özgülenmiş, dolayısıyla ailevi faaliyetlerin merkezini oluşturan ve bu bağlamda konut işlevine sahip, genellikle sabit nitelikte ve bir adet olan mekanı (yeri) aile konutu olarak adlandırmak imkanı vardır.”* Acar, Faruk, Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutuna Etkisi,Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,s.37

kısımları paylaştıkları, varsa çocuklarının da bu duruma dahil olduğu, üçüncü kişiler açısından da anlaşılabilir olan, ortak iradeleri ile seçtikleri, eşlere tanınmış özel bir alandır¹²³.

Bu noktada konuttan ne anlaşılması gerektiği de açıklanmalıdır. Konut, bir kimsenin veya bir ailenin içinde yaşadığı, oturduğu, vakit geçirdiği yerdir. Ne var ki, konut olarak adlandırılan her yer aile konutu değildir. Örneğin, eşlerin yazlarını değerlendirdikleri yazlık veya kışlarını geçirdikleri dağ evi gibi yerler konuttur; ama aile konutu değildir¹²⁴. Yine, TMK md. 194'ün amacının evlilik birliğini korumak olduğu göz önünde bulundurulduğunda, iş yerinin aile konutu olamayacağı; zira TMK md. 194'ün eşlerin ticari veya mesleki çıkarlarını korumaya yönelik bir gaye gütmeyeceği söylenmelidir. Ancak, iş yerinin bir kısmı, aynı zamanda konut olarak da kullanılıyorsa, söz konusu yerlere ilişkin hukuki işlemler md. 194'ün ilk fıkrasına tâbi olabilir¹²⁵.

Bir yerin, bir alanın aile konutu sayılabilmesi için, bu konutun edinilme biçimi önemli değildir. Aile konutu, eşlerden birinin mülkiyetinde olabilir; eşlerin paylı veya elbirliği mülkiyetinde de olabilir. Keza, eşlerden birisi ya da ikisinin kiracı sıfatıyla kullandıkları bir yer de olabilir. Yine, eşlerden birisinin ya da ikisinin sahip olduğu kişisel bir hakka (kullanım ödöncü vb.) ya da sınırlı bir ayni hakka (intifa, oturma vb.) dayanılarak da kullanılabilir. Önemli olan konutun bir aileye özgülenmesi ve aile tarafından kullanılmasıdır. Gerçekten de, bir yerin aile konutu olarak kabul edilebilmesi için, bir aile tarafından kullanılmaya başlanmış olması zorunludur. Doktrinde bir görüş,

¹²³ *Armutçuoğlu, Can Yalçın*: "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 17, s. 414-436, s. 414. Bir görüşe göre, aile konutunun tanımı kanun koyucu tarafından bilerek yapılmamıştır. Kanun koyucu tanım yapmayarak bir sınırlamaya gitmek istememiş; tanımın uygulama tarafından yapılmasını tercih etmiştir. *Ayan*, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 61.

¹²⁴ *Ayan*, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 65.

¹²⁵ *Şipka*, s. 87; *Ayan*, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 65,66; *Barlas*, "Yeni Medeni Kanun'a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi", *Makalelerim*, s. 336. Uygulamada işyerinin bir kısmının aile konutu olarak eşler tarafından kullanılması söz konusu olabilir. Bu durumda eşlerin ticari veya meslek hayatlarının mı, yoksa eşlerin ve çocukların barınma ihtiyacının mı; yani evlilik birliğinin korunmasının mı daha ağır basacağı konusunda tartışma vardır. Doktrinde eşlerin ve çocukların menfaatlerinin korunması görüşü ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Kanaatimizce doktrinde çoğunluk tarafından kabul edilen görüş yerindedir. Çünkü tam olarak bir iş yeri olarak kullanım söz konusu olmayıp, bir konut hem işyeri, hem de aile konutu olma özelliği taşıyorsa, o yerin aile konutu olma özelliği korunmalıdır. *Nebioğlu Öner, Şebnem*: "Aile Konutunun Özellikleri Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, (2011), s. 117-154, s. 134; *Şipka*, s. 83 vd.; *Kılıçoğlu*, *Diğer Eşin Rızası*, s. 8; *Doğan*, s. 286.

bir yerin aile konutu sayılabilmesi için, konutun geçerli bir ayni veya şahsi hakka dayanılarak kullanılması gerektiğini ifade etmektedir¹²⁶. Biz bu görüşe katılamıyoruz. Zira, kanaatimizce, bütün geçersizlik sebepleri bakımından peşinen bir değerlendirme yapılması isabetli değildir. Aile konutunun kira sözleşmesine istinaden kullanıldığı bir örnekte, kira sözleşmesinin yanılma veya aldatma sebebiyle geçersiz olması ile yokluk ya da kesin hükümsüzlük sebebi ile geçersiz olması aynı yaptırıma tabi tutulmamalı; işlemin bünyesinde barındırdığı geçersizlik türünün sonuçlarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Örneğin, eğer, yanılma ile yapılan bir işlem bakımından bozulabilir geçerlilik görüşü kabul edilecek olursa, işlemin ileride iptal edilecek olmakla birlikte geçerli olduğunun kabul edildiği dönemde pekâlâ aile konutunun da hukuken varlık bulunduğu söylenmelidir.

Aile konutunu benzer kavramlardan ayırmak gerekir. Doktrinde, TMK'nın 186. maddesi anlamında müşterek konut (evlilik konutu) ile aynı anlamda kullanılsalar da bunlar aynı kavramlar değildir. Bu vesile ile TMK'nın 186. maddesinde, “*Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.*” hükmüne yer verilmiştir. Biz bu maddede düzenlenen kurumu müşterek konut olarak adlandırıyoruz. Doktrindeki, bir görüşe göre müşterek konut için, evlilik konutu kavramının kullanılması mümkündür¹²⁷. Ne var ki, kanaatimizce, müşterek konut ifadesi, kanunun maksudını çok daha iyi yansıtmaktadır. İşte, aile konutu müşterek konuta göre daha dar bir kavramı ifade etmektedir. Aile konutu eşlerin yaşamsal faaliyetlerinin odağı haline gelmiş alanları ifade ederken; müşterek konut için böyle bir zorunluluk yoktur. Birden fazla konutun aile konutu olarak kabulü kural olarak mümkün değil iken, müşterek konut için böyle bir sınırlama bulunmamaktadır¹²⁸. Öte yandan, aile konutu ile evlilik konutunun aynı kavramlar olmadığı Türk Medeni Kanunu md. 194 ve Türk Borçlar Kanunu md. 349 hükümlerinden de anlaşılabilir. Bu hükümler sadece aile konutuna ilişkin olup, evlilik birliğini korumak amacıyla getirilmiştir¹²⁹. Her şeye rağmen, çoğu zaman, TMK md. 186 anlamında bir müşterek konutun aynı zamanda aile konutu olabileceği de göz önünde tutulmalıdır. Ne var ki, yukarıda açıklandığı üzere bu bir zorunluluk değildir.

¹²⁶ Dural/Oğuz/Gümüş, s. 175.

¹²⁷ Dural, Öğüz, Gümüş, s.168; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s.25 vd.

¹²⁸ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 24; Öztan, s. 298; Gümüş, Şerhler, s. 35.

¹²⁹ Öztan, s. 299.

Eşlerin birden fazla aile konutuna sahip olup olamayacakları sorusu akla gelebilir. Medeni Kanunumuzun tasarı aşamasında yapılan tartışmalar sırasında, md. 194'e aileye ancak bir konutun özgülenebileceği yönünde beşinci bir fıkranın eklenmesi önerilmiş¹³⁰; fakat bu fıkra kanun metnine alınmamıştır.

Türk Medeni Kanunu'nda bu soruya bir cevap verilmiş değildir. Bundan dolayı, bir alanın, aile konutu olup olmadığının tespiti TMK md. 194, 240, 254, 279 ve 659 hükümlerinin uygulanma biçimi açısından önem arz etmektedir. Kanunda açık bir düzenleme olmaması ve eşlerin de birden fazla taşınmazının ya da alanının olabileme ihtimali göz önünde bulundurulduğunda, bunların aile konutu olabileceği düşünülebilir. Kanaatimizce, TMK md. 194 anlamında aile konutuna ilişkin düzenleme istisnaidir ve kural olarak dar yorumlanması gerekir. Zira, burada sadece evli olması sebebiyle kişinin mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasına getirilen bir sınırlama söz konusudur. Birden fazla aile konutunun var olabileceğinin kabul edilmesi halinde, istisnai hükmün dar yorumlanması ilkesi ihlal edilmiş olacaktır. Öte yandan, hemen değindiğimiz üzere, genel hukuk ilkelerinden ayrılma anlamına gelen TMK md. 194 hükmünün uygulanma alanı, hakkaniyete aykırı şekilde genişletilmiş olacaktır. Bu halin uzun vadede evlilik kurumunu dahi olumsuz etkileyeceği söylenebilir. Bu sebeplerle, biz, Kanunun *ratio legis*'inin eşlerin ancak tek bir aile konutu olabileceği sonucunu zorunlu kıldığı kanaatindeyiz¹³¹. Bununla birlikte, ancak çok nadir durumlarda birden fazla aile konutundan söz edilebilecektir. Örneğin; emekli olmuş bir çiftin senenin yarısını Bodrum'da yarısını İstanbul'da geçirmeleri, eşlerin, şehir merkezinde üniversitede okuyan bir kızı olup, annenin kızıyla birlikte, oradaki bir konutta yaşıyor olması veya anne-babanın hasta olan on yaşındaki oğlunun temiz havaya ihtiyacı nedeniyle babasıyla birlikte şehir merkezinden uzak bir köyde yaşaması gibi durumlar düşünülebilir¹³². Böyle durumlarda, her iki konut da aile konutu olarak kabul edilmelidir. Aile konutunun belirlenmesinde, sadece eşlere değil, çocuklara da bakılmalı, yani aile bir bütün olarak göz önünde tutulmalıdır. Bununla birlikte, ne olursa olsun, eşlerin yaşam faaliyetlerinin ortak noktası olan konut dışında kalan ve çoğu zaman geçici konaklamalara hasredilen yazlık, dağ, yayla, çiftlik vb. konutlar, aile

¹³⁰ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 47 dn. 30; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 14 dn. 18.

¹³¹ Şipka, s. 80-81; Öztan, s. 298; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 67; Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 32.

¹³² Benzer örnekler için bkz. Şipka, s. 80; Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 32, 33.

konutu kavramı içinde değerlendirilmez, meğer ki somut olayın özellikleri aksi kabulü zorunlu kılsın¹³³. Herhalde, konuyu şöylece özetlemek isabetli olur: Aile konutu prensip olarak bir tanedir. Öte yandan, yine prensip olarak, somut uyuşmazlık aksini haklı kılmadıkça, bu kuraldan taviz de verilmemelidir. Öyle ki, eşlerin birden çok aile konutuna sahip olabileceğini kabul etmek her şeyden önce istisnai hükmün dar yorumlanması ilkesini ihlal etmektedir. TMK'nun 194. maddesinin aslında malik olan eşin mülkiyet hakkını ve hukuki işlem özgürlüğünü kısıtladığını düşünecek olduğumuzda bu istisnanın neden dar yorumlanması gerektiği kendiliğinden anlaşılacaktır. Ancak, bu yaklaşımın sakıncaları bunlardan da ibaret değildir. Birden fazla aile konutunun kabulü halinde yerleşim yerinin tekliği ilkesinin de ihlal edilecek olması bu sakıncalardan sadece bir tanesidir. TMK m.19 hükmü uyarınca, yerleşim yeri kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yerdir. Kabul ettiğimiz tanıma göre aile konutu, eşlerin yaşam ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının merkezi olan alan olduğundan, eşlerden birinin başka bir yerde çalışması, askerlik vazifesini yerine getirmesi veya başka bir yerde okuması gibi durumlar haricinde, çoğunlukla kişinin yerleşim yeri ile aile konutunun bulunduğu yer aynıdır. Birden fazla aile konutunun mümkün olabileceği kabul edilirse, dava ve icra takipleri başta olmak üzere her türden evrakın tebligatı hususunda da sorunlar ortaya çıkacak; keza e-devlet uygulaması üzerinden alınan kimi sağlık hizmetlerinin organizasyonu dahi çıkmaza girecektir. Örneğin, ikametgahın esas alınarak sunulan aile hekimliği gibi sağlık hizmetlerinde de sorunlar yaşanması

¹³³ Barlas, “Yeni Medeni Kanun’a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi”, s. 336; Öztan, s. 298. Kiraya verilen konutun da aile konutu olarak kabul edilemeyeceği açıktır. Yargıtay’ın aynı yöndeki görüşü için bkz. “[...] Mahkemece aile konutunda sürekli kalma koşulunun bulunmadığı, taşınmazın aile konutu olduğu ve tarafların başkaca aile konutlarının olmadığı gerekçesiyle dava konusu taşınmazın aile konutu olduğunun tespiti ile bu hususun tapuya tesciline karar verilmiş ise de; yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere; davalılardan erkek eşin 2011 yılı sonlarında iş yeri değişikliği nedeniyle dava konusu taşınmazın bulunduğu iş yerinin bulunduğu ... adresine taşındığı, 3-4 ay sonrada davacı kadın ve ortak çocukların da davalı eşin yanına gittikleri, dava konusu taşınmazın 2012 yılı Temmuz ayında kiraya verildiği ve halen taşınmazda kiracının oturmaya devam ettiği, davacı ile davalı eşin mernis adres kayıtlarının dava tarihi itibarıyla Kütahya/Gediz olduğu, sosyal ve ekonomik durum araştırmalarının da Kütahya/Gediz adresinde yapıldığı, tarafların halen ... adresinde oturdukları anlaşılmaktadır. Taraflarca kullanılmayan ve başkalarına kiraya verilen konutun aile konutu olma niteliği bulunmamaktadır. Bu durumda, davacı kadının Türk Medeni Kanununun 194. maddesindeki aile konutu korumasından yararlanma olanağı bulunmamaktadır. Açıklanan sebeplerle, mahkemece dava konusu taşınmazın tapu kaydına aile konutu şerhi konulması davasının reddine karar verilmesi gerekirken; yetersiz gerekçeyle davanın kabulüne karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.[...]” “2. HD., 12 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/2786 K.2016/9823 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020”.

kaçınılmazdır. Aynı şekilde, seçim sistemi gibi ikametgâhın esas alındığı tüm hizmetler bakımından da benzer riskler söz konusu olabilir. Bunlara ek olarak, aile konutu üzerinde eşin rızası alınmadan bir devir söz konusuysa ve alıcı iyiniyetliyse, şerh de yoksa devrin geçerliliği doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki geçersizlik görüşü benimsenecek olursa, bazı sakıncalar doğabilecektir. Örneğin; iyiniyetli bir kimse tapuya gidip aile konutu niteliğinde bir ev satın almak istediğinde, şerh de yoksa, bu işlemin geçersiz olduğu görüşüne dayanacak olursak, bu durum alışveriş güvenliğini zedeler ve alışveriş güvenliğinin zedelenmesi başkaca haksızlıkları doğurur ve toplumda kargaşaya yol açar. Aile konutunu satın alan kişi için risk, aile konutu çoğaldıkça artar¹³⁴. Bu sebeple biz, kural olarak aile konutunun bir tane olması gerektiği yolundaki ilkeye mümkün mertebe sadık kalınması gerektiği düşüncesindeyiz.

Aile konutunu, aile konutu yapan bir diğer özellik ise, ailenin günlük yaşamlarını bu konutta geçirmeleri ve eşlerin düzenli yerleşim amacıyla yaşamlarının odak noktası olarak bu konutu belirleyip kullanmalarıdır. Gerçekten de, eşlerin yaşamlarını sürekli olarak sürdürüp merkez edindikleri bir aile konutunun varlığı, evliliğin huzurlu bir şekilde sürdürülebilmesi için zorunludur. Bu konut esasen bir alana işaret eder. Bu alan bir taşınmaz olarak karşımıza çıkabileceği gibi (örneğin Kat Mülkiyeti Kanunu'na tabi bir bağımsız bölüm) bir taşınır da (örneğin bir tekne ya da karavan) olabilir. Bu konutun aile konutu olarak kabulü, bunun aileye özgülenmesine bağlıdır¹³⁵.

Bir konutun aile konutu sayılabilmesi için, bu konutun aile yaşamının odak noktası olarak seçilmesi ve eşler tarafından kullanılması zorunlu ve yeterlidir. TMK md. 194/III'e göre tapuya şerh verilmesi ve md. 194/IV'e göre, kiralayana bildirimde bulunulması, konutun aile konutu olabilmesi noktasında kurucu unsur değildir. Bir konutun aile konutu olması ve konutla ilgili hukuki işlemlerde diğer eşin rızasının

¹³⁴ Bu hususta bkz. aşı. II, A, 1, d.

¹³⁵ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 66; *Şıpka*, s. 75 vd. Aile konutu aynı zamanda eşlerin yerleşim yeri olarak kabul edilir. Bu noktada, aile konutunun birden çok olabileceğini kabul eden düşünce bakımından başka bir sakınca ortaya çıkmaktadır. Zira, yerleşim yerinin tekliği ilkesi ihlal edilerek birden çok yerleşim yeri olduğu söylenebilir ki, bu halin kabulü imkânsızdır. Bu görüşteki yazarların düşünceleri, olsa olsa, birden çok aile konutu içinde daha çok aile merkezi olan konutun yerleşim yeri sayılması suretiyle aşılabılır. Bu noktada tarihi olarak daha önce aile konutu olarak kullanılmaya başlanan taşınmaza öncelik verilebilecektir. Kanaatimizce doğru olan, istisnalar dışında aile konutunun da bir tane olacağının kabul edilmesidir *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 68; *Kılıçoğlu*, Diğer Eşin Rızası, s. 9; *Doğan*, s. 286.

alınması zorunluluğu, konut aileye özgü olduğu anda doğar. Daha sonra tapuya yapılacak olan şerhin, tartışmalı olmakla birlikte, konutun aile konutu olması bakımından açıklayıcı bir etkisi vardır. Bu nedenle, bir konutun aile konutu olması ile tapuda aile konutu şerhinin bulunması arasında herhangi bir ilişki yoktur. Bir konut, tapuda aile konutu şerhi bulunmasa da, aile konutu olabilir. Bunun tersi de mümkündür. Bir konut hakkında, tapuda, “aile konutudur” şeklinde bir şerh olması, tek başına bu konutu aile konutu yapmaz. Önemli olan, o konutun gerçekten, aile hayatının odak noktası olarak kullanılmasıdır. Bir konut, aile hayatının odak noktası olarak kullanılmamakla birlikte, her nasılsa, tapuya aile konutu şerhi düşülmüşse, bu konut üzerindeki hukuki işlemlerin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlı olmaz. Çünkü tapuda yapılacak olan “aile konutudur” şerhi sadece açıklayıcı bir etki doğurur¹³⁶. Özü itibarıyla aile konutu niteliğinde olmayan bir konut sadece şerh sayesinde aile konutuna dönüşmez. Bu itibarla, şerhin işlevi daha çok zaten aile konutu olan bir taşınmazın üçüncü kişiler nezdinde de aile konutu olarak bilinmesini sağlamaktır. Örneğin, ailenin tatil amacıyla kullandığı yazlık evinin tapu kaydına, her nasılsa konulmuş olan “aile konutudur” şerhinin bir hukuki değeri yoktur. Aile konutu olmamasına rağmen tapuda görülen bu şerhin kaldırılması, TMK md. 1025’e göre, aile konutunun maliki olan eş tarafından her zaman talep edilebilir.

b. Aile Konutunun Önemi ve Unsurları

TMK md. 194’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”. Bu hükümle birlikte, TMK md. 193 hükmünde yer alan eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne bir istisna getirilerek, aile konutu özel bir koruma altına alınmış; eşler ile çocuklar için yaşamsal bir önem taşıyan konutun geleceği diğer eşin rızasına tâbi tutulmuştur¹³⁷. Öte yandan, eşlerden biri aile konutunu elden çıkarırsa ya da kira sözleşmesini feshederse, TMK md. 185 ve 186’da yer alan yükümlülükleri de ihlal etmiş olur.

¹³⁶ Şipka, s. 151; Oğuzman Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, (23. Bası, İstanbul, 2021), s. 293; Nomer, Nami Haluk/Ergüne, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, (8. Bası, İstanbul, 2020), s. 168.

¹³⁷ Şipka, s. 51 vd.; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 7; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 39; Doğan, s. 289.

TMK md. 194/I hükmü evlilik birliğinin sorunlarla karşılaştığı dönemlerde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, bu hakkına dayanarak yapacağı kötü niyetli işlemlere karşı aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşi ve varsa çocukları korumayı amaçlamaktadır¹³⁸. Bu madde ile konut üzerinde ayni veya şahsi herhangi bir hakkı bulunmayan eşe de söz hakkı tanınmış ve böylece, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve genel olarak tüm ailenin korunması amaçlanmıştır. TMK md. 194'ün asıl amacı, kural olarak, kanunda açıkça belirtilmemiş olsa da evli kadını ve varsa çocukları kocasına karşı korumaktır¹³⁹. Bu nedenle hükmün amacı, kadının ehliyetini sınırlandıran önceki Medeni Kanun'umuzun 169. maddesinden farklıdır. TMK md. 194'ün getirdiği koruma, aile konutu üzerinde ayni veya şahsi hak sahibi olan eşin aktif hareketlerine karşıdır¹⁴⁰. Örneğin, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesine taraf olan eş, kira bedelini ödememek suretiyle temerrüde düşmüşse, kiralayanın yapacağı fesih veya ihtarın geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı değildir. Bu halde, TMK md. 194 anlamında bir korumadan bahsedilemez¹⁴¹. Fakat kira sözleşmesinin tarafı olmayan eş, kiralayana bildirimde bulunmakla, kira sözleşmesinin tarafı olur ve kiralayan, sözleşmenin tarafı olan eşe de ihbar ve ihtarda bulunmakla yükümlü hale gelir.

Aile konutu kavramı, evlilik birliğinin mutluluğu ve sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi açısından çok büyük önem arz etmektedir. TMK md. 194'ün gerekçesi de bu durumu desteklemektedir¹⁴². Evlilik birliği açısından bu denli önem kazanmış bir malvarlığının, eşlerden biri tarafından diğerinin rızası alınmadan aile konutu vasfını zedeleyecek şekilde hukuki işleme tâbi tutulması birçok soruna yol açabilir¹⁴³. Gerekçeye göre, bunun sonucu olarak, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshi, bu konutun başkasına devri ya da konut üzerindeki hakların buna benzer diğer hukuki işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırılması diğer eşin rızasına bağlanmıştır.

¹³⁸ Şipka, s. 46; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 39; Doğan, s. 289; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 5.

¹³⁹ Arpacı, Abdülkadir: "Aile Konutu Düzenlemesinin Amacı Açısından Kooperatiflerin Ferdileşmeden Önceki Konut Teslimine İlişkin Sorunlar", Hasan Erman'a Armağan, (İstanbul,2015), s. 1.

¹⁴⁰ Şipka, s. 112 vd.

¹⁴¹ Şipka, s. 117. Bu konuda doktrinde, İcra ve İflas Kanunu'nun 82. maddesinin on ikinci bendinde öngörülen borçlunun haline uygun evinin haczedilememesi kuralının, dolaylı bir koruma sağladığı ileri sürülmektedir.

¹⁴² TMK md. 194'ün gerekçesi şu şekildedir: "Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır".

¹⁴³ Gümüüş, Şerhler, s. 19; Şipka, s. 57.

Aile konutu, eşlerin ve varsa çocukların hayatlarını sürdürdükleri, yaşamlarının merkezi olarak kullandıkları mekândır. Aile konutu denildiğinde, sadece eşlerin menfaati akla gelmemelidir; aile konutu aynı zamanda -varsa- çocuklar için de büyük öneme sahiptir. Çocukların zamanla konutla aralarında manevi bir bağ oluşmaktadır. Tüm aile bireyleri için bu kadar önemli¹⁴⁴ bir mekânın elden çıkması sonucunu doğurabilecek hukuki işlemlerin eşlerin ortak kararıyla yapılması durumunda, ailenin en azından manevi olarak herhangi bir zarar görmesi söz konusu olamayacağı için, bu tür hukuki işlemler, diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Bu bakımdan da aile konutunun özel olarak kanunla koruma altına alınması isabetli olmuştur¹⁴⁵.

TMK md. 194, “Evliliğin Genel Hükümleri” başlıklı üçüncü bölüm içinde düzenlendiği için, 4721 sayılı Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler için de geçerli olduğundan (Türk Medeni Kanun’un Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun md. 9/IV), eşler arasındaki mal rejiminin türüne bağlı olmaksızın, yeni Medeni Kanun’umuzun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş olan evlilikler de dahil olmak üzere, tüm evliliklere uygulanacak emredici nitelikte bir hükmüdür. Kısaca ifade etmek gerekirse, evliliğin tâbi olduğu mal rejimi hangisi olursa olsun, TMK md. 194 hükmü uygulanır. Bundan dolayı, hangi mal rejimine tâbi olursa olsun, bütün evlilikler için geçerlidir. Öte yandan, pratik hayatta da, mal rejimi türüne bakmaksızın insanlar aile olarak bir konutta oturmakta, orayı aile merkezi yapmaktadırlar. Öyleyse, eğer bir sınırlama getirilecek ise, bu sınırlamanın mal rejimi türünden bağımsız olması da mantık kuralları gereğidir. Aksi halde, hükmün sevk ediliş amacından sapılmış olunacaktır. Ayrıca, hükmün lafzı, hükmün emredici nitelikte olduğuna işaret etmektedir. Maddenin ilk fıkrasında geçen “*sınırlayamaz*” ifadesi bizi bu sonuca götürmektedir. Öte yandan, hükmün hemen yukarıda bahsettiğimiz sevk ediliş amacı ve koruma altına aldığı menfaatler de emredici olmasını gerektirmektedir. Düzenleme bu yönüyle evlilik birliğinin devamı ve eşlerin hatta -varsa- çocukların refahı açısından yerinde bir düzenleme olmuştur. Aynı şekilde TBK md. 349 hükmü de, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler için de geçerli olduğundan (Türk Borçlar Kanunu Yürürlüğü ve Uygulama

¹⁴⁴ Doğan’a göre aile konutu, ailenin maddi (barınma) ihtiyacını karşılaması yanında, hayatın önemli bir bölümünü birlikte geçirdiği bir alan olarak, aile fertleri bakımından manevi bir değer taşır Doğan, s. 286; Aynı yönde bkz. Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 7; Şipka, s. 53; Acar, Aile Hukuku, Mal Rejimleri, s. 16.

¹⁴⁵ Acar, s. Aile Konutu Mal Rejimleri, 16; Şipka, s. 49, 50

Şekli Hakkında Kanun mad.1.c.2), eşler arasındaki mal rejiminin türüne bağlı olmaksızın, Türk Borçlar Kanunumuzun yürürlüğe girdiği tarihten önce kurulmuş olan evlilikler de dahil olmak üzere tüm evliliklere uygulanacak nitelikte bir hükümdür.

c. Aile Konutuna Yönelik Bir Düzenleme Olarak Türk Medeni Kanunu Madde 194

Aile konutunu ele alan temel hüküm TMK md. 194 olup, kanun koyucu bu madde ile aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, konut üzerinde yapacağı bazı hukuki işlemlerin geçerliliğini; örneğin, mülkiyetinin devrini, kira sözleşmesinin feshini ve üzerinde sınırlı ayni hak kurulmasını, diğer eşin açık rızasına bağlamıştır. Böylece, eşler ve varsa çocuklar için büyük bir önemi olan aile konutunun elden çıkması sonucunu doğuracak hukuki işlemlerin yapılması, her iki eşin iradesine tabi tutulmuştur. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin, fıkra da belirtilen türden bir hukuki işlemin yapılmasına vereceği rıza, açık bir rıza olmalıdır. Diğer eşin açık olmayan beyanları, kural olarak, rıza verdiği anlamına gelmez¹⁴⁶. Yargıtay, önceden verilmiş genel bir rızanın geçerli olmayacağını, her işlem için ayrı rızanın aranacağını belirtmektedir¹⁴⁷.

Ayrıca, TMK md. 194/III hükmüne göre, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir. Yine, TMK md. 194/IV hükmüne göre, aile konutu eşlerden biri tarafından kiralanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş, diğer eşle birlikte müteselsil olarak sorumlu olur. Aile konutunun devri veya kiralanması dışında, malik olan eşin aile konutundan yararlanmayı zedeleyecek işlemlerine ilişkin olarak, üçüncü kişi veya kişilere belli haklar tanınması da diğer eşin rızasına tabidir. Örneğin, malik olan eş,

¹⁴⁶ Akıntürk, s. 144; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 6; Doğan, s. 291(Medeni Kanunun Getirdiği Yeni bir Müessese Aile Konutu);Acar,Aile Konutu Mal Rejimleri,s.46.

¹⁴⁷ Bu konuda bkz. “[...]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.’ [...] 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[...]” “2. HD., 18 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/18639 K.2016/1447 Sayılı Karar. Karar için bkz., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020. Aynı yönde bkz. 2. HD., 18 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/7908 K.2015/21532 Sayılı Karar. Karar için bkz., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020”.

üçüncü kişiye aile konutu üzerinde intifa hakkı, oturma hakkı veya üst hakkı kurduysa ya da taşınmazı bir şirkete aynı sermaye olarak koyduysa; tüm bu işlemlerde de diğer eşin rızası aranır¹⁴⁸. Malik olan eş, işlemleri diğer eşin rızası olmadan yapamayacağı gibi, eğer söz konusu haklara sahipse, bu haklardan diğer eşin rızası olmadan feragat de edemeyecektir¹⁴⁹. TMK md. 194 “...diğer eşin açık rızası bulunmadıkça...” şeklindeki ifadesiyle, örtülü rızanın yeterli olmayacağını belirtmiştir. Kanaatimizce, maddede açık rızadan söz edilmekle birlikte, örtülü rıza da bazı durumlarda dürüstlük kuralına göre yeterli sayılabilmelidir. Çünkü, yapılan işleme örtülü olarak rıza gösteren eşin, sonradan bu işlemin geçersizliğini ileri sürmesi, TMK md. 2’deki dürüstlük kuralına aykırı olacaktır. Örneğin, eşinin aile konutuna ilişkin kira sözleşmesini feshedip, yeni bir ev kiralamasına hiç ses çıkarmayan ve bu eve taşınıp, bir süre burada yaşayan diğer eş, feshin, açık rızası bulunmadığı için kendisini bağlamadığını ileri sürememelidir.

TMK md. 194/I’de, rızanın açıkça verilmesi gerektiği belirtilmiş olup, rızanın şekli konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bilindiği üzere, yasal temsilcisinin sınırlı ehliyetsize vereceği rıza¹⁵⁰ hiçbir şekle tâbi değildir. Hatta bazı hallerde yasal temsilcinin susması bile rıza verdiği anlamına gelir. İşte burada da eşin rızasının kural olarak bir şekle tâbi olmadığı kabul edilmelidir. Bir irade açıklaması olması sebebiyle kanun tarafından açık bir şekil kuralı öngörülmediği hallerde, şeklin olsa olsa ispata yönelik olabileceği kabul edilmelidir. İrade serbestisi ilkesinin bir görünümü olan şekil özgürlüğü ilkesinin bu bahiste dahi uygulanma imkânı bulacağı yolundaki doktrin görüşüne katılmaktayız¹⁵¹. Ancak doktrinde haklı olarak, tapu sicilinde işlem yapılması gereken hallerde, diğer eşin vereceği rızanın yazılı olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁵².

¹⁴⁸ Hausheer/Reusser/Geiser, Art.169, N. 42, s. 394; Gümüş, Şerhler, s. 26; Barlas, “Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları” Makalelerim, İstanbul, 2008, s. 239; Ayar, Ahmet: “Türk Medeni Kanununda Yeni bir Kurum: Aile Konutu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan Cilt I (1. Bası, İstanbul, 2010), s. 361-386, s. 376.

¹⁴⁹ Gümüş, Şerhler, s. 27; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 69; Şıpka, s. 139.

¹⁵⁰ Bu konuda bkz. Akıntürk/Akipek, s. 31; Şıpka, s. 144; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 6; Doğan, s. 291; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 179; Ayan Mehmet, Ayan Nurşen, Kişiler Hukuku, 9. Baskı (Ankara 2020), s. 76

¹⁵¹ Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 6; Şıpka, s. 138; Doğan, s. 291; Schmid, OFK-ZGB, Art. 169 Kn. 12. Aksi Görüş için bkz; Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 95; Gençcan, Ömer Uğur, Aile Konutu (Ankara 2017), s. 99.

¹⁵² Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 6; Şıpka, s. 138 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 38; Doğan, s. 291, Gümüş, Şerhler, s. 42.

Rızanın şekle tâbi olup olmadığı hususu, hem ispat hukuku açısından, hem de rızayı verecek eşin yazılı olarak verdiği rıza için düşünme fırsatı sağlanmış olacağından önem arz etmektedir. Bununla birlikte Yargıtay 194. maddede bir geçerlilik şeklinin öngörülmediğini, söz konusu iznin bir şekle tâbi olmadan sözlü olarak dahi verilebileceğini; ancak her durumda rızanın açık olarak verilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁵³.

Rıza, işlemden önce izin veya işlem yapıldıktan sonra onama (icazet) şeklinde olabilir¹⁵⁴. Rıza, işlem yapılmadan önce izin olarak veya en geç işlemle birlikte verilirse, işlem baştan itibaren geçerli olur. Fakat diğer eşin rızasıyla yapılması gerekli olan bir hukuki işlem, bu rıza sağlanamadan yapılmışsa, diğer eşin rıza verdiği ana kadar askıda hükümsüz (eksik) bir işlemidir¹⁵⁵. Böyle bir hukuki işlemi eşlerden biriyle yapmış olan taraf, diğer eşe, TMK md. 451/II ile TBK md. 46'nın kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, işleme rızasını verip vermeyeceğini bildirmesi için uygun bir

¹⁵³ Yargıtay'ın ilgili içtihadı için bkz. "[...] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 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. Her ne kadar ipotek doğrudan doğruya aile konutundan faydalanma ve oturma hakkını engellemiyorsa da, hak sahibi eşin kötü niyetli 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, davalı banka, bu işlem sırasında davacı kadının verdiği iddia edilen muvafakat namedeki imzanın kadına ait olduğunu kesin olarak ispat edememiştir. Yukarıda açıklanan kurallar çerçevesinde eşin "açık rızası" alınmadan yapılan işlemin Hukuk Genel Kurulunca da açıkça ifade edildiği üzere "geçerli olduğunu" kabul etmek imkânsızdır. Eş söyleyişle eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. [...]" "2. HD., 15 Nisan 2015 Tarih ve E.2015/7908 K.2015/21532 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020. Ayrıca bkz. HGK, 15 Nisan 2015 Tarih ve E.2013/2-2056 K.2015/1201 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020". Mahkeme söz konusu yaklaşımını Gümüş'e atfı yaparak ortaya koymuş olsa da yazarın söz konusu eserindeki esas görüşü, TST. md. 11'deki "kanunlarda ve bu Tüzükte yazılı istisnalar dışında yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz" hükmüne paralel olarak, işleme rıza verecek olan eşin rızasının yazılı olması gerektiği yönündedir. Bkz. Gümüş Evliliğin Genel Hükümleri, s.195. Başka bir kararda Yargıtay, rıza beyanının geçerliliğinin tasarruf işleminin tabi olduğu şekle bağlanması veya geçerlilik için onay belgesindeki imzanın noterce tasdik edilmiş olmasının aranmasının, yasada olmayan bir unsurun kanuna dahil edilmesi anlamına geleceğini ifade etmiştir. Kanaatimizce bu karar yerindedir. Bir işlemin şekle tabi olmaması kural, şekle tabi olması istisna olup, istisnalar dar yorumlanmalıdır.

¹⁵⁴ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 45; Şıpka, s. 137; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 6; Doğan, s. 291; Schmid, s. 328 Kn.11.

¹⁵⁵ Şıpka, s. 143; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 22; Doğan, s. 291. Ayrıca genel olarak askıda hükümsüzlük yaptırımı için bkz. Güral, Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi, (Ankara, 1953), s. 201 vd.; Koç, Nevzat: "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (Butlan)", Prof. Dr. Muhittin Alam Armağanı, DEÜFHD, 1981/2, (1981), s. 127-172, s. 138.

süre vermelidir. Bu süre içinde rıza verilirse, işlem baştan itibaren geçerli hâle gelir¹⁵⁶. Rıza verilmediği takdirde, işlem baştan itibaren hükümsüz kabul edilir; tapu sicilinde yapılan tescil yolsuz bir tescil haline gelir ve geçersizliği diğer eş dahil her ilgili her zaman ileri sürebilir¹⁵⁷.

TMK md. 194/II’de “*Rıza sağlayamayan veya kendisine haklı sebep olmadan rıza verilmeyen eş hâkimin müdahalesini isteyebilir*” düzenlemesi mevcuttur. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, hâkim, verilmesi gerekli olan iznin haksız yere verilmediğini tespit ederse veya ortada bir imkânsızlık mevcutsa, o hukuki işlem için gerekli olan izni verebilir. Bir imkânsızlık halinde veya TMK md. II’ye aykırı olarak rızanın verilmemesi söz konusuysa, hâkim, eşin yerine rıza göstererek herhangi bir irade beyanında bulunamaz; hâkimin yapacağı şey izin vermektir. Örneğin, rıza göstermesi gereken eş yurtdışında ve kendisine ulaşamıyor ise veya eşin iş için tayininin çok uzak bir bölgeye çıkması söz konusu olmasına rağmen diğer eş rıza vermekten kaçınıyorsa, bu durumlarda hâkimin müdahalesi istenebilir.

Eşlerden birinin aile konutunu terk etmesi halinde aile konutunun aile konutu olma özelliğini kaybedip kaybetmeyeceği sorunu İsviçre hukukunda da bilimsel tartışmalara sebep olmuştur¹⁵⁸. Bazı yazarlar, aile konutu korumasının devam edeceğini, maddenin *ratio legis*’inin bunu gerektirdiğini, sadece eşlerden her birinin yeni bir konut kiraladığı durumlarda aile konutu özelliğinin ortadan kalkacağını vurgulamaktadır. Aksi görüşe göre ise, bu koruma olayın özelliği ve bazı kriterler gereğince sınırlanabilir¹⁵⁹. Buna göre, eşlerin uzun zamandır farklı yerleşim yerleri varsa ve birbirlerinden ayrı oturuyorlarsa ve bu durum üçüncü kişiler tarafından objektif olarak biliniyorsa, söz konusu taşınmaz aile konutu özelliğini kaybetmiş olur.

Kanaatimizce bir konut istisnai haller dışında aile konutu özelliğini, ancak boşanma kararının kesinleşmesi ile veya evliliğin başka bir nedenle sona ermesiyle kaybeder¹⁶⁰.

¹⁵⁶ Şıpka, s. 141; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 6; Doğan, s. 291.

¹⁵⁷ Şıpka, s. 141; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 38.

¹⁵⁸ Schmid, s. 328 Kn. 7; Hausherr/Reusser/Geiser, Art. 169, Kn. 21 vd.

¹⁵⁹ Şıpka, s. 172.

¹⁶⁰ Aynı yönde bkz. Gümü, Şerhler, s. 71; Şıpka, s. 92. Yargıtay’ın yaklaşımı da benzer yöndedir: “[...]Evlilik, boşanmayla sona ermekle, Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin “aile konutuna” sağladığı koruma da sona erer ve diğer eşin rıza alınmadan yapılan tasarruf işlemi yapıldığı andan itibaren geçerlilik kazanır. Dava konusu taşınmazın maliki olan davalı eş Yüksel ile davacının, karardan

Boşanma kararının yanı sıra eşlerden birinin ölümü, aile konutundan taşınması, aile konutunun yok olması veya evliliğin iptali hallerinde de aile konutu ortadan kalkacaktır¹⁶¹. Kanaatimizce, eşlerden birinin konutu terk etmesi veya başka bir konut kiralaması halinde aile konutu özelliğinin kaybolacağı görüşü benimsendiği takdirde, Türk Medeni Kanunu md. 194'ü bir şekilde tamamen saf dışı etmenin kapısı aralanmış olur. Aile konutunun tanımından da yola çıkılacak olursa, önemli olan aile birliğinin devam ediyor olmasıdır. Bu nedenle eşlerin ara sıra birbirlerinden uzaklaşmaları veya eşin aile konutunu terk etmesi ortak yaşamlarını kural olarak devam ettirdikleri yerin

önce 03.06.2015 tarihinde kesinleşen karar ile boşanmış oldukları anlaşılmaktadır. Evlilik, karar tarihinden önce boşanma ile sona erdiğine göre, davaya konu taşınmaz aile konutu olmaktan artık çıkmıştır. Bu husus gözetilerek konusuz kalan dava hakkında "karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.[...]" "2. HD., 22 Şubat 2018 Tarih ve E.2018/334 K.2018/2437 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020".

¹⁶¹ Eşin aile konutu iddiasıyla açtığı dava sırasında diğer eş öldüğü takdirde, ölüm bu işleme hukukilik kazandırmayacaktır. Yargıtay aile konutuna ilişkin kanuni düzenlemelerin malik olmayan eş adına "adeta bir koruma zinciri" oluşturduğu içtihadında bulunmuştur: "[...]Görülmektedir ki, evliliğin ölümle sona ermesi halinde TMK'nın 240 ve 652. maddeleri kapsamında sağ kalan eşe gerek mal rejiminin tasfiyesi aşamasında, gerekse mirasın paylaşılmasında aynı hak talep etme imkânı sağlanarak TMK'nın 194. maddesi anlamında ortadan kalkan aile konutu koruması ayakta tutulmaya çalışılmıştır (Nebioğlu Öner, Ş: Aile Konutunun Sağ Kalan Eşe Özgülenmesi, Ankara, 2014, s. 43-44) . Diğer bir anlatımla, aile konutu ile ilgili malik olmayan eş yararına getirilen koruma malik eş sağ iken başlayıp (TMK md. 194), malik eşin ölümünden sonra (TMK md. 240,652) da devam etmektedir. Yukarıda açıklandığı üzere, 4721 Sayılı TMK'da aile konutu ile ilgili olarak malik olmayan eş yararına adeta bir koruma zinciri oluşturulmuştur. Açıktır ki, sağlanan korumanın malik olan eşin ölümü ile birlikte ortadan kalktığı düşünülmesi durumunda, sağ kalan eşin TMK'nın ilgili maddelerinde düzenlenen haklardan yararlanması olanağı da ortadan kalkacaktır. Sağ kalan eşin, bu düzenlemelerde yer alan haklarını kullanması için, varsa diğer mirasçılara karşı dava açması zorunlu değildir. Çünkü sağ kalan eş ve diğer mirasçılar, dava açılmadan, yasal düzenlemeye uygun şekilde mirası taksim edebilirler. Rızaya dayalı miras taksimi olmaz ise sağ kalan eş, haklarını (TMK md. 240,652) kullanmak için her zaman diğer mirasçılara karşı da ayrı bir dava açabilecektir. Somut olayda, dava açıldığı tarihte davalı eş üzerine kayıtlı taşınmaz üzerinde davalı banka lehine konulmuş bir ipoteğin varlığı söz konusu olup, davacı sağ eş dava açarak ipoteğin geçersiz olduğunu ileri sürmüştür. Şayet iddia edildiği gibi açık rıza alınmamış ise bu ipotek işleminin geçersiz olduğu açıktır. Dolayısıyla, geçerli bir işlemin olmadığı kabul edildiği hallerde, malik olan eşin ölümünün bu işleme hukukilik kazandırması düşünülemez. Diğer bir anlatımla ölü olan bir işlem diriltilemez. O hâlde, sağ kalan eşin mirasçı sıfatıyla, yukarıda açıklanan hakları (TMK md. 240 ve 652) bulunmaktadır ve davacının bu davayı açtığı sırada var olan hukuki yararı, yargılama sırasında davalı eşin ölümünden sonra da devam etmektedir. Bunun yanında, hâlen ortada geçersizliği ileri sürülen bir ipotek bulunmaktadır. Bu nedenlerle, evlilik ölümle sona ermekle birlikte davanın konusuz kaldığını söylemek mümkün değildir. Aksi düşünce, davacının davasında haklı olup olmadığı hususunun araştırılmasına olanak sağlanmadan, taşınmazın cebri icra ile satılması sonucunu doğuracak, bu durum ise büyük hak ihlallerine yol açacaktır.[...]" "HGK., 13 Aralık 2017 ve E.2017/2906 K.2017/1723 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020".

aile konutu olma özelliğini yitirmesine neden olmamalıdır¹⁶². Fakat doktrinde haklı olarak Acar'ında¹⁶³ belirttiği üzere, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin aleyhine olarak terk sebebiyle açılmış olan boşanma davası kabul edilecek olursa ki bu durum konutun artık müşterek konut olmaktan altı ay önce çıktığını gösterir bu durumda eşin rızası aranmamalıdır.

d. Aile Konutuna İlişkin Rızanın Hukuki Niteliği

Aile konutuna ilişkin rızanın hukuki niteliği konusunda doktrinde bir görüş birliği mevcut değildir. Aile konutunun devrine ilişkin işlemlerde, diğer eşin rızasının borçlandırıcı işlem ehliyeti açısından bir sınırlama yarattığı görüşünde olanlar olduğu gibi¹⁶⁴, sınırlamanın herhangi bir işlem yetkisine yönelik olmadığını; sadece aile konutu ile ilgili işlemin hukuki açıdan hüküm doğrulanabilmesi için eşin katılımına veya rızasına bağlanması gerektiğini kabul edenler de mevcuttur¹⁶⁵. Keza, kimileri ise, burada bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunu iddia etmektedir¹⁶⁶.

Kılıçoğlu, TMK md. 194'ün getirdiği sınırlamanın sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması olduğunu düşünmektedir. Yazara göre, ne fiil ehliyeti ne de tasarruf yetkisi sınırlanmıştır¹⁶⁷. TMK md. 194 hükmü ile, her iki eş için de aile konutuna ilişkin bazı hukuki işlemlerde birlikte hareket etme ve karar verme yükümlülüğü getirilmiştir. Böylece, evli kişilerden aile konutunun maliki olanın ya da onu kiralamış bulunanın yasada öngörülen bazı hukuki işlemlerde (örneğin, aile konutunun devrinde ve sınırlı bir ayni hak ile kısıtlanmasında) tek başına hareket etme

¹⁶² Öte yandan, her ne kadar evlilik birliğini koruyucu bir önlem olmasa da TMK'nın 652. maddesi ile getirilen düzenlemeleri de hatırlamak yerinde olur. Zira, bu maddeye göre, sağ kalan eş, miras payına mahsuben aile konutu ve ev eşyasının kendisine verilmesini talep edebilecektir. Dolayısıyla bir konut, aile konutu olma özelliğini evlilik birliğinin herhangi bir şekilde sona ermiş olması ile kaybeder.

¹⁶³ Acar'a göre, eşlerden birinin aile konutunu terk etmesi halinde, TMK md. 164'te öngörülmüş olan altı aylık süre içerisinde, eşlerden biri konuta dönmezse, terk sebebiyle açılan boşanma davası da bu durumu belirgin hale getirmişse, bu durum aile konutunun bu özelliğini altı ay önce kaybettiğini gösterir. Konut, aile konutu olma özelliğini kaybeder. Bkz., Acar, Aile Konutu, Mal Rejimleri, s. 28, Acar, Boşanma Sebebi Olarak Terk s.45

¹⁶⁴ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 49 dnp 14'de gösterilmiş olan yazarlar; Çoğunluk görüşü olarak kabul edilen bu görüşü savunan yazarlar için detaylı olarak bkz. Hausherr/Reusser/Geiser, Art. 169, Kn.37a.

¹⁶⁵ Kılıçoğlu, Yenilikler s. 49; Piotet, Paul: "La nature des règles protégeant le logement familial suisse (Art. 169 CC et 271a CO) et le droit applicable", Festschrift für Hans Giger (Stämpfli Verlag, 1. Auflage, Bern, 1989) s. 547 vd.

¹⁶⁶ Gümüş, Şerhler, s.47 vd.; Oğuzman/Seliçi, s. 293, Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s.82.

¹⁶⁷ Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 19; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 50; Gümüş, Şerhler, s. 46.

özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, 194. maddenin ilk fıkrası, sadece, 193. maddede düzenlenen sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlamasıdır¹⁶⁸. Bu sınırlamanın fiil ehliyetiyle bir ilgisi yoktur. TMK md. 194'te öngörülen rıza koşulu sağlanmadan yapılmış hukuki işlemler, ehliyetsizlik nedeniyle değil, bu rızanın alınmaması nedeniyle geçersiz olur.

Akıntürk, eşin rızası aranarak, geniş anlamda tasarruf ehliyetinin sınırlandığı kanaatinde¹⁶⁹. Bu nedenle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, aile konutuyla ilgili borçlandırıcı işlemleri eşin rızasını almadan yapabilir. Doğan'a göre¹⁷⁰ ise, evliliğin genel hükümleri, özellikle TMK md. 199'daki eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin hüküm dikkate alındığında aynı Kanunun 194. maddesinin, bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu düşüncesi ağır basmaktadır. Üzerinde hukuki işlem yapılacak olan mal veya hak ile hak sahibi arasındaki ilişki ise, "tasarruf yetkisi"¹⁷¹ kavramıyla açıklanır. Fiil ehliyetine sahip olan bir kişi, herhangi bir malvarlığı değeri üzerinde dilediği hukuki işlemi özgürce yapabilir. Fakat belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmış bir kişi, fiil ehliyetine ve bunun bir alt türü olan tasarruf ehliyetine sahip olsa bile, o malvarlığı değeri üzerinde işlem yapamaz. Tasarruf yetkisi sınırlamasıyla o kişinin, sadece ilgili malvarlığı üzerindeki tasarruf işlemleri sınırlanır. Çünkü tasarruf ehliyeti, kişinin genel olarak tasarruf işlemi yapıp yapamayacağını; tasarruf yetkisi ise, kişinin, işlem konusu olan mal veya hakka doğrudan etki yapıp yapamayacağını ifade eder¹⁷². Başka deyişle, tasarruf ehliyeti, kişinin kendine özgü bir niteliktir. Tasarruf yetkisi ise, kişi ile üzerinde tasarrufta bulunulacak mal arasındaki ilişkidir. Bu nedenle, bu görüşü savunanlar, TMK md.

¹⁶⁸ Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 5; Kılıçoğlu, Aile Hukuku s.187.

¹⁶⁹ Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Cilt I, (4. Bası, İstanbul, 2002), s. 352-354; Akıntürk, (Aile Hukuku)s.124; Yargıtay da eski içtihatlarında bu durumun bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu görüşünde idi. Dural/Öğüz/Gümüş de, Yargıtay'ın eski görüşünde olduğu gibi, aile konutuna ilişkin sınırlamanın hukuki niteliğinin tasarruf yetkisine yönelik bir sınırlama olduğunu savunmaktadırlar. Bu görüşe göre, sınırlama, geniş anlamda tasarruf ehliyetine yönelik olmayıp sadece tasarruf yetkisine yönelik olduğu için örneğin aile konutunun devrine yönelik borçlandırıcı işlem geçerli olacak; fakat borcun ifasına yönelik tasarruf işlemi bu sınırlama nedeniyle geçerlilik kazanamayacaktır. Dural/Öğüz/Gümüş ise bu geçersizliğin "butlan benzeri" sui generis bir geçersizlik olduğu görüşündedir. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 198.

¹⁷⁰ Doğan, Murat, "Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu", s. 293.

¹⁷¹ Bu kavramla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Tuhr, Andreas Von: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı (Çev. Cevat Edege), Cilt 1-2, (Ankara, 1983), s. 210, Oğuzman, M. Kemal/Barlas Nami: Medeni Hukuka Giriş, (27. Bası, İstanbul, 2021), s. 197.

¹⁷² Bu konuda bkz, Tuhr, s. 216 vd.

194'te, aile konutu üzerinde hak sahibi olan kişinin, kendisine ilişkin bir durumu değil, bir taşınmaz ile kendi arasındaki durumu düzenlediği için söz konusu maddenin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğu görüşünü savunmaktadır ve Türk Medeni Kanunu md. 194 ve md. 199'un birbirini tamamladığı düşüncesindedir¹⁷³. Ailenin yararı bakımından, aile konutunun diğer malvarlığı değerlerine göre çok daha önemli olduğunu göz önünde tutan kanun koyucu bu konuyu özel bir hükümle düzenlemeyi ve diğer eşin rızası alınmadan yapılan işlemleri geçersiz saymayı gerekli görmüştür. Kanun koyucu buna paralel olarak, aile konutu dışında kalan diğer malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ise, ancak bazı koşullarda ve hâkim kararıyla, diğer eşin rızasına bağlanabileceğini kabul etmiştir (TMK md. 199)¹⁷⁴.

Bu görüşteki yazarların rıza alınmadan yapılan devrin sonuçlarına ilişkin de bir görüş birliği içinde oldukları söylenemez. Aile konutunun eşin rızası olmadan bir başkasına devri halinde yapılan tescilin yolsuz olacağını iddia edenler olduğu gibi¹⁷⁵, bu tescilin yok hükmünde olacağını savunanlar da vardır¹⁷⁶. Yokluk görüşünün kabulü halinde, üçüncü kişinin TMK md. 1023 gereğince hak iktisabı gündeme gelmeyecektir.

Gümüş'e göre de, eşin rızasının hukuki niteliği, tasarruf yetkisi sınırlamasıdır. Buna göre malik olan eşin, işlemin doğrudan muhatabı olan 2. bir kişi ile yapacağı bir devre ilişkin borçlandırıcı işlemler geçerlidir; borcun ifasına yönelik tasarruf işlemleri ise, yetkisizlik sebebi ile geçersizdir¹⁷⁷.

¹⁷³ Bkz. Doğan, “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese Aile Konutu”, s. 292.

¹⁷⁴ Oğuzman/Seliçi/Oktay'a göre de “TMK md. 194/I'de öngörülen kural, taşınmaz mülkiyetinin (tasarruf yetkisinin) kanundan doğan bir kısıtlamasıdır”. Bu nedenle aynı kanunun 731. maddesine göre, taşınmaz mülkiyetinin kanundan doğan kısıtlamaları tapu siciline tescil edilmeksizin etkili olacağı için, diğer eşin rızası alınmadan yapılan tasarruf işlemi geçersizdir . Bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay,s. 292.

¹⁷⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay, s. 292; Gümüş, Şerhler, s. 59,129. dñn.; Şıpka, Aile Konutu, s. 145.

¹⁷⁶ Acar Faruk, Aile Konutu, Mal Rejimleri, Eşin Yasal Miras Payı, 5. Bası (2016, Ankara), s. 46. Eşin rızasını kurucu unsur olarak ele alan yazar, eşler arasında birlikte hareket etme ve aileyi koruma saikine dayandığını belirttiği bu görüşünü daha sonra değiştirmiştir. Acar, yokluk yaptırımının TMK md.2 hükmüyle dahi düzeltilememesinin, korunan ailenin aleyhine sonuç verebileceğini ve bu yaptırımın ağırlığı gerekçesiyle, aile konutuna ilişkin işlemlere diğer eşin onay vermediği durumlarda işlemin askıda hükümsüz olduğunu; diğer eşin sonradan onay vermesi durumundaysa, işlemin baştan itibaren geçerli olacağını belirtmiştir.Acar, Aile Konutu, Mal Rejimleri,s. 43, dn. 91.

¹⁷⁷ Gümüş, Şerhler, s. 47. Ancak bizim tapu uygulamamızda, birlik ilkesi asıldır. Bunun anlamı, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin bir çırpıda yapılması ve iç içe olmasıdır. Bundan dolayı, sınırlamanın hangisi için getirildiğinin pratik bir önemi yoktur.

TMK md. 194’le getirilen sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğu kabul edilecek olursa, aile konutunun devrine yönelik yapılan borçlandırııcı işlem dahi geçersiz olacak ve hüküm doğurmayacaktır. Bilindiği üzere fiil ehliyeti, doğrudan işlemi yapacak olan kişide bulunan özelliklerle ilgilidir¹⁷⁸. Fiil ehliyeti sınırlamaları, yasal danışman atanması dışında (TMK md. 429), fiil ehliyeti için gerekli olan koşullardan birinin (TMK md. 10) ilgili kişide bulunmamasına dayanır. Burada da bir kişinin evli olması ve eşinin rızasını almamış olması böyle bir eksikliğe işaret eder.

Acar¹⁷⁹. ise, TMK md. 194’te “birlikte karar verme” hakkının düzenlendiğini iddia etmektedir. Yazara göre, eşlerin ehliyeti sınırlanmış değildir. Eğer rıza yoksa işleme onay verilmemiş olacaktır ve işlem onay olmadığı sürece “askıda” kalacak alınamazsa hüküm doğurmayacak onay alınması halinde ise, baştan itibaren geçerli olacaktır. Yasal bir kurum olan evlilik birliğine katılan eşler, birliğin kanunda düzenlenmiş kurallarına da uymakla yükümlüdürler. Evlilik birliği, tüzel kişiliği bulunmasa da kanunda yer alan ve koruma altına alınmış bir ortaklıktır. Her ortaklık ilişkisinde olduğu gibi, evlilik birliğinde de eşlerin uymak zorunda olduğu bazı kanuni yükümlülükler mevcuttur. Medeni Kanunumuzda, eşlerin yükümlülükleri evliliğin genel hükümlerinde düzenlenmiştir. Aynı kanunda eşlere, bazı önemli konularda ortak karar alma yükümlülüğü de yüklenmiştir. Bu ise, diğer eş açısından bir katılma hakkı niteliğindedir. Doktrinde Şıpka’da¹⁸⁰ TMK md. 194’te “birlikte karar verme” hakkının düzenlendiğini iddia etmektedir. Yazara göre, eşlerin ehliyeti sınırlanmış değildir. Eğer rıza yok ise, işlemin kurucu unsuru olan irade eksik kalmış demektir ve bu da devrin yokluğu sonucunu doğurur evliliğin genel hükümlerinde düzenlenen hak ve yükümlülüklerin ortak noktası, eşlere tanınmış bulunan katılma hakkıdır. Türk Medeni Kanunu md. 194’de bu katılma hakkının bir yansımasıdır. Bu nedenle kanun koyucu, aile konutu üzerinde aynı veya şahsi herhangi bir hak sahibi olamayan eşi de bu katılma hakkı sayesinde aile konutu üzerinde hak sahibi saymaktadır. Katılma hakkı görüşüne

¹⁷⁸ Bu konuda bkz. *Zevkliler/Acabey/Gökyayla*, s. 265; *Oğuzman/Barlas*, s. 203-204.

¹⁷⁹ *Acar*, s.48, vd., aynı yönde bkz., *Şıpka*, s.47 vd. Acar, bu görüşe gerekçe olarak ise eşlerin yükümlülükleri arasında da yer alan eşlerin aile konutunu beraber seçmeleri (TMK md.186/I), evlilik birliğini beraber yürütmeleri (TMK md 186/II) ile TMK md 194 hükmünün paralel nitelik taşıdığı gösterilmektedir. Buna ek olarak bir başka gerekçe ise TMK md. 194 hükmünün amacının eşlerden birinin tasarruf yetkisini sınırlandırmayı bireysel çıkarı korumak olmadığı; “*kamu menfaatine*” yönelik çıkarların korunması gerektiği yönünde olmasıdır.

¹⁸⁰ *Şıpka*, s. 47 vd.

göre Medeni Kanunumuz, diğer eşe aile konutu üzerinde farazi bir hak tanımaktadır. TMK md. 193 ile öngörülen hukuki işlem özgürlüğü, evlilik birliğinin devamı ve menfaatlerinin korunması açısından, her iki eş için de emredici bir hükümle sınırlandırılmıştır. Bu nedenle, *Şıpka* ve *Öztan*'a göre, evlilik hukukunun temel kuralı olan bu hüküm eşlerin sadece fiil ehliyetini sınırlamamaktadır¹⁸¹. Bu görüşteki yazarlara göre, diğer eşin rızası, bu eşe tanınmış bulunan katılma hakkının bir uzantısı olarak, borçlandırııcı işlemlerde de aranır. Bu nedenle, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, üçüncü kişilerle yapacağı borçlandırııcı işlemlerin geçerliliği de diğer eşin rızasına bağlıdır¹⁸². Bu görüşe göre, kanaatimizce isabetsiz olarak, örneğin, malik olan eşin yaptığı devir işlemi yok hükmünde olup, kira sözleşmesi de yok hükmünde sayılacaktır. Diğer eşin rızası, Kanun'dan doğan bir etki unsuru olduğu ve eşin işleme katılması borçlandırııcı işlemin geçerliliğine de etki edeceği için aile konutu malikiyle işlem yapan kişilerin iyiniyeti korunmaz¹⁸³.

Arpacı'nın¹⁸⁴ katıldığımız görüşüne göre ise meselenin TMK md. 1023'ün *ratio legis*'inden yola çıkılarak çözüme kavuşturulması uygun olur. Şöyle ki, aile konutu şerhinin mevcut olmadığı hallerde işlemin tarafı olan iyiniyetli alıcının işlem güvenliği korunmalıdır. Bilindiği üzere, TMK md. 1023 gereği yolsuz tescile güvenen alıcının iyi niyeti korunur. Adına yolsuz tescil olan satıcının, kendisine ait olmayan bir hakkı devretmesi caiz görülürken, özellikle aile konutuna malik olan eşin, kendisine ait olan bir malı satmasında alıcı olan kişinin korumayı daha çok hak ettiği söylenebilir¹⁸⁵.

Biz de eğer aile konutu şerhi yok ise, TMK md. 1023'ün lafzından değil de *ratio legis*'inden yola çıkılmasının isabetli olacağını düşünüyoruz. Kanaatimizce, Kanun'da açıkça öngörülmemiş ayırımlar ve kavramlar sunulurken özenli davranılmalıdır. TMK'nın 194. maddesinde bir fiil ehliyeti sınırlamasına ya da birlikte karar alma zorunluluğuna işaret edilmemektedir. Kanun hükmünün sevk ediliş amacı da bu düşüncüyü haklı kılmamaktadır. Her şey bir yana, TMK md. 194 istisnâ bir hüküm olup, bu hükmün dar yorumlanması gerekir. O halde, bu yorum, hükmün uygulanma

¹⁸¹ Bkz. *Şıpka*, s. 46,47; *Öztan*, s. 317.

¹⁸² Bkz. *Şıpka*, s. 52.

¹⁸³ Bkz. *Şıpka*, s. 53.

¹⁸⁴ *Arpacı*,Yayımlanmamış Özel Hukuk Uygulamaları Ders Notları, 2020.

¹⁸⁵ TMK md. 194/3'te aile konutu olan bir taşınmazın tapudaki sayfasına şerh konulabileceği kaleme alınmıştır. TST md. 17/II'de "*Aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutun aile konutu olduğuna dair şerhin verilmesini isteyebilir*".

alanını ve etkilerini daraltıcı şekilde yapılmalıdır. Sadece tasarruf yetkisinin sınırlandırılması kabul etmek mümkün iken fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu iddia etmek genişletici bir yorumun kabul edildiği anlamına geldiği gibi, birlikte karar alma mecburiyetinden bahis açılması da aynı anlama gelir. Yargıtay ise, önceleri meseleyi doğrudan 1023. maddenin lafzını dikkate alarak çözümlemekteydi.

Yargıtay güncel içtihadında, aile konutuna ilişkin 194. madde hükmünün eşlerin fiil ehliyetini sınırlandığı sonucuna ulaşmıştır¹⁸⁶. Biz, yukarıda açıkladığımız gerekçelerle bu görüşe katılamıyoruz. Yargıtay'ın eski görüşü ise *Arpacı* ile temelde aynı yönde olmasına rağmen gerekçe yönünden ondan farklılaşmaktaydı¹⁸⁷. Yargıtay şerh yokken satın alınan aile konutunun yolsuz tescil veya yok tescil olduğunun kabul edildiği takdirde alışveriş güvenliğinin zedelenebileceğini belirtmişti¹⁸⁸. Yargıtay'a göre, tapu kaydına güvenilerek satın alınan bir konuta güvenilmediği takdirde toplumsal güven korunmamış olur. *Arpacı* ise Yargıtay'ın görüşüne varmış olduğu sonuca farklı gerekçeyle katılmaktadır¹⁸⁹. Ne var ki Yargıtay, yukarıda belirttiğimiz kararında, bu görüşünden dönmüştür. Biz, Yargıtay'ın son içtihadında meseleyi şeklî bir bakış

¹⁸⁶ Bu konuda bkz. “[...] *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 verilmesine bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Anılan madde hükmü ile getirilen sınırlandırma, emredici niteliktedir.[...]*” “HGK., 15 Nisan 2015 Tarih ve E.2013/2056 K.2015/1201 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020*”.

¹⁸⁷ Söz konusu yaklaşım için bkz. “[...] *Davacı, aile konutu olan taşınmaz üzerinde davalı eş tarafından diğer davalı banka lehine rızası alınmadan ipotek tesis edildiğini ileri sürerek Türk Medeni Kanununun 194. maddesi gereğince ipoteğin kaldırılmasını ve tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulmasını istemiştir. Davalı banka iyi niyetli olduğunu savunmuştur. Mahkemeye, davacı kadının rızası alınmadan davalı koca adına tapuda kayıtlı olan ve aile konutu niteliğindeki taşınmaz üzerinde davalı banka lehine ipotek tesis edildiği belirtilerek, davanın kabulüyle ipoteğin kaldırılmasına karar verilmiştir. İpotek tesisine dair işlemde önce tapu kütüğünde "aile konutu" olduğuna dair bir şerh bulunmadığına göre, davalı bankanın ipoteğe dair kazanımı iyi niyetli olması halinde korunur (TMK madde 1023). Kanunun iyi niyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyi niyetin varlığıdır. İyi niyetin varlığı asıl olduğuna göre, ipoteğe dair kazanımda davacı bankanın kötü niyetli olduğunu kanıtlama yükümlülüğü, bunu iddia edene düşer (TMK madde 6). Davacı, davalı bankanın kötü niyetli olduğunu gösteren bir delil getirememiştir. Bu durum nazara alınmadan ipoteğin kaldırılması isteğinin reddi yerine yazılı gerekçe ile kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.[...]*” “2. HD., 28.03.2014 Tarih ve E.2014/5673 K.2014/7354 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020. Ayrıca bkz. 2. HD., 17.02.2014 Tarih ve E.2014/1158 K.2014/2936 sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020*”.

¹⁸⁸ Hatta birden fazla aile konutunun mümkün olabileceği görüşünde olanlar için ise -ki ilk görüşte olanlar birden fazla aile konutu olabileceğini de kabul etmektedir- iyiniyetli üçüncü kişinin dahi mülkiyeti iktisap edememesinin alışveriş güvenliği açısından daha da fazla tehlike yaratabileceği düşünülebilir.

¹⁸⁹ *Arpacı*, Yayınlanmamış Özel Hukuk Uygulamaları Ders Notları, 2020.

açısıyla ele aldığını; alıcı olan iyiniyetli kişinin TMK md. 1023 anlamında 3. kişi değil de işlemin tarafı olan kişi olduğunu belirttiğini söylemekle yetiniyoruz. Biz, alıcının 3. kişi olmadığını kabul eden; ancak TMK md.1023 hükmünün *ratio legis*'i gereğince onun da korunması gerektiğini dile getiren *Arpacı*'ya iştirak ederek Yargıtay'ın son kararına katılamıyoruz. Zira bizim düşüncemize göre de, hükmün sevk ediliş amacı aile konutu malikiyle işlem yapan iyiniyetli alıcıyı da TMK md.1023'ün *ratio legis*'i çerçevesinde korumayı zorunlu kılmaktadır.

e. Aile Konutunun Eşlerden Birinin Mülkiyetinde Olması

Yukarıda bahsettiğimiz üzere, aile konutu, eşlerden birisine ait olabileceği gibi, her ikisine de ait olabilir. Hatta, mülkiyet hakkı dışında, örneğin bir kira sözleşmesine istinaden de gayrimenkulün bu vasfı kazanması mümkündür.

Bununla birlikte, aile konutunun eşlerden birinin mülkiyetinde olması durumunda, malik olan eşin diğer eşin rızasını almadan aile konutunu devredemeyeceği TMK'nun 194. maddesinde öngörülmüştür. Lafzı itibarıyla maddede, aile konutunun “devrinden” bahsedilmektedir.

“Devir” ifadesi ile ne kastedildiği kanunda açıklanmış değildir. Bundan dolayı, kavramın aydınlatılması, maddenin uygulanma alanının belirlenmesi bakımından büyük önem taşır. Esasen, devir kavramı hukuki bir terim de değildir. Bununla birlikte kanunun gerekçesinden anlaşıldığı kadarı ile devir ifadesi ile kastedilen öncelikle mülkiyetin naklini sağlayan tasarruf işlemidir¹⁹⁰. Doktrinde, Acar, sadece aile konutunun devrinin değil, konutun kullanımını sağlayan hakkın devrinin de diğer eşin rızasına bağlı olduğunu ifade etmektedir. Yazara göre, örneğin, aile konutu eşlerden birinin üst hakkına istinaden kullanılıyorsa, bu hakkın devri de diğer eşin rızası alınarak yapılabilecektir. Nitekim salt konutun devrinin üst hakkından bağımsız olarak yapılması mümkün değildir¹⁹¹. Keza, doktrinde bir görüş, malik eşin mülkiyet hakkını devretmesine rağmen aile konutu olarak kullanılan alana ilişkin bir hak saklı tutulmuş

¹⁹⁰ Benzer yönde bkz. Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 51,

¹⁹¹ Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 52.

ise, yapılan devrin aile konutu niteliğine ve kullanımına zarar vermemesinden yola çıkarak, TMK md. 194'ün uygulanmasına gerek olmadığını iddia etmektedir¹⁹².

Bu noktada, mülkiyet hakkının devrine rağmen, devreden eş lehine oturma veya intifa hakkının tesis edildiği hallerde diğer eşin rızasına ihtiyaç duyulup duyulmayacağı hususunun aydınlatılması gerekmektedir. Bir görüş¹⁹³, intifa ve oturma hakkının mülkiyet hakkına nazaran daha dar kapsamlı olduğundan yola çıkarak, bu halde dahi eşin rızasının aranması gerektiğini dile getirmektedir. Zira, *Acar*'ın deyişi ile, eşin sahip olduğu hak özü itibariyle daralmaktadır¹⁹⁴. Aksi görüşte olanlar ise, mülkiyet hakkı devredilmiş olmasına rağmen, oturma veya intifa hakkına istinaden aile konutunun kullanılmaya devam edileceğinden hareket ederek, TMK md. 194/I'nin uygulanmasının gerekmediğini söylemektedir¹⁹⁵. Son olarak, *Acar*'ın katıldığı karma görüşte olanlar, ikili bir ayırma gidip, somut olayın özelliklerine göre bir sonuca varılması gerektiğini savunmaktadır. Her iki görüşü de somut olayın özelliklerine göre harmanlayan karma görüşe göre¹⁹⁶, eğer eşlerden birinin lehine tanınan intifa veya oturma hakkı, konutun aile konutu olmasını engelliyor veya riske atıyorsa, burada eşin rızası aranmalı; eğer bir engel veya risk yoksa, maddenin geniş yorumlanmasından kaçınılmalı ve eşin rızası aranmamalıdır. Kanaatimizce, karma görüş taraftarlarının dile getirdikleri düşünceler somut olay adaletinin sağlanmasını hedef alması itibariyle takdire şayandır. Ne var ki, her somut olay için birden çok kriterin devreye gireceği göz önüne alınırsa, bu görüşün kabulü birbirine benzer olaylarda hâkimlerin takdir yetkilerini farklı şekillerde kullanmaları nedeniyle yeknesak bir uygulamanın oluşmasına da engel teşkil edebilecektir. Bu görüşteki yazarlar, kanunda bir dayanağı bulunmayan bir konuda hâkimin takdir yetkisine geniş bir kapı da aralamış olmaktadır. Ne var ki, biz, temelde karma görüşe de yukarıdaki gerekçelerle katılmıyoruz. Bizim düşüncemize göre, her ne kadar TMK md. 194 istisnai bir hüküm olup dar yorumlanması gereksede, bunun yanı sıra TMK md. 194/I'de, sadece mülkiyetin devrinin değil, aile konutu üzerinde intifa

¹⁹² *Hausherr/Reusser/Geiser*, Art. 169, Kn. 43-44.

¹⁹³ *Şipka*, s.170 dn ve oradaki 560.

¹⁹⁴ *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s.53. Bir başka görüş ise hükmün kapsamını çok geniş olarak yorumlamaktadır. Bu görüşe göre hükmün kapsamına satım, bağışlama, trampa, intifa, oturma, üst hakkı gibi irtifak hakları da girer. Bkz. *Barlas*, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Makalelerim, s. 239.

¹⁹⁵ Bkz. *Acar* Aile Konutu Mal Rejimleri, s.52 dn ve oradaki 120.

¹⁹⁶ *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 54.

veya oturma hakkı tanınmasının da diğer eşin rızasına bağlandığını; keza, ipotek tesis edilmesi işleminin de tartışmalı olmakla birlikte bu kapsamda telakki edildiğini söylemek isteriz. “Sınırlama” ifadesi her ne kadar çok net olmasa da içeriğinin belirlenmesi açısından evlilik birliğinin refahı, çocukların ve ailenin huzuru ön planda tutulmalıdır. Bu açıdan baktığımızda intifa ve oturma hakkı aile konutunun kullanımını son derece kısıtlayıcı haklardan olup mutlaka diğer eşin rızasına tâbi olmalıdır. Kanunun ruhuna uygun olan çözüm tarzı da budur. Her ne kadar geniş içerikli ve uzun süreli bir intifa hakkı kurulmuş ise, TMK md. 194 ile bertaraf edilmek istenen tehlikeler zaten gündeme gelmeyecek olsa da, aile birliğinin TMK md.194 ile korunmasını haklı kılacak en ufak bir endişenin bile var olmaması evlilik birliğinin korunması açısından son derece önemlidir. Mülkiyetin devrine rağmen, aile konutunu kullanma imkânının, oturma hakkı ya da intifa hakkı gibi aynı bir hakka değil de nisbi hak veren bir ilişkiye istinaden elde edildiği hallerde ise, TMK md. 194/I’nin uygulanacağını söylemek yine kanunun ruhuna uygun olur. İpotek hakkı tesisi ise, kanaatimizce, aile konutunun aynının elden çıkması riskini beraberinde getirdiği için aynı şekilde rızaya tâbi tutulmalıdır¹⁹⁷.

Aile konutunun bulunduğu taşınmaza ilişkin kat karşılığı inşaat sözleşmelerinin akdedilmesi için ise, diğer eşin rızasının alınması gerekip gerekmediğinin de tartışılması zorunludur. Bu türden işlemler aile konutunun bulunduğu arazinin tamamı ya da bir kısmının mülkiyetinin üçüncü bir kimseye devri taahhüdünü içerdiği için aile konutunun korunması bakımından tehlike yaratacak niteliktedir. Ne var ki, sözleşmenin kararlaştırıldığı şekli ile ifa edilmesi ihtimali gerçekleşir ise, elde edilecek menfaat halihazırda kullanılan tek bir aile konutundan çoğu zaman çok daha fazlası olacaktır. O halde, aile konutunun kat karşılığı inşaat sözleşmesine konu edilmesi bakımından prensip olarak malik olmayan eşin rızası aranmamalı; ancak somut olayın özellikleri

¹⁹⁷ Aynı yönde bkz. *Badur*, s. 262; *Şıpka*, s. 127; *Ceylan, Ebru*, Türk Medeni Kanununda Aile Konutunun Önemi, TBBD, 2017, S.212; *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 65; *Saatçioğlu, Fuat*, Aile Konutu ve Şerhi, (İstanbul, 2016), s. 158, 159; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 77; *Ertekin*, s. 131. Yargıtay ise 2018 tarihli bir kararında aile konutu üzerinde üçüncü şahsa tanınacak ipotek hakkı tesisi için eşin rızasının gerekli olduğu sonucuna varmıştır. Bkz. “2.HD, 26.02.2018 Tarih ve E.2018/1075 K.2018/2651 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası*, E.T. 3.10.2019”. Aksi görüş için bkz. *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s.77. Yazara göre rehin hakkının eşin rızasına bağlı olması “aşırı” bir yorum tarzıdır. Nitekim yazar “*Rehin hakkının oluşturduğu borcun niteliğinden hareket etmek gereklidir. TMK md.186/III’te anılan evlilik giderleri için alınmış ve bu nedenle rehin hakkı tesis edilmişse diğer eşin rızası gerekmemelidir*” görüşündedir.

aksini haklı kılıyor ise, eşin rızasının gerektiği sonucuna varılmalıdır. Örneğin, kat karşılığı inşaat sözleşmesi gereğince malik olan eşin birden çok yeni bağımsız bölüm elde edeceği hallerde eşin rızası gerekli değil iken, sözleşme gereğince elde edilecek konut aile konutuna nazaran daha küçük ve değersiz olacak ve bu hâl ailenin huzur içinde orada yaşamasını önemli ölçüde zorlaştıracaksa, eşin rızası aranmalıdır.

Alınması gerekli olan rıza alınmadığı takdirde, yapılan devir hukuken sonuç doğurmayacaktır. Keza, tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk görüşü, bu halde alıcının malik olamayacağı iddiasındadır. Kısacası alıcı kimse, adına yapılan bir tescil söz konusu olsa bile, bu tescil yolsuzdur. İşte bu halde, yolsuz tescilin düzeltilmesini kimin isteyeceği tartışması gündeme gelecektir. Eşinin rızası hilafına devri gerçekleştiren eşten bu davayı açması beklenemez. Bundan dolayı, genel kuraldan ayrılarak, malik olan kimsenin veya yasal temsilcisinin açabileceği tapu kütüğünün düzeltilmesi davasını malik olmayan eşin açacağı söylenmelidir. Malik olmayan eş, açacağı bu davayla, yolsuz tescilin düzeltilerek taşınmazın malik olan eşi adına kaydedilmesini talep edecektir. Bununla birlikte yolsuz tescil düzeltilene ve yolsuz tescilin düzeltilmesi için dava açılana kadar tapu kayıtlarına güvenen iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanmış olduğu haklar saklıdır¹⁹⁸.

f. Eşlerin Aile Konutu Üzerinde Birlikte Hak Sahibi Olmaları

Eşlerin aile konutu üzerinde birlikte hak sahibi olmaları halinde, eşler konut ile ilgili işlemleri birlikte yaparlar. Bununla birlikte bu halde, TMK md. 223/II ve TMK md. 194 hükümlerinin birlikte değerlendirilmesi yerinde olur. Hemen söylemek isteriz ki, TMK md. 223 sadece edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi evlilikler için uygulanabilir. Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olduğu evliliklerde, eşlerin paylı mülkiyetine tâbi bir mal üzerinde, diğer eşin rızası alınmadan pay üzerinde tasarrufta bulunulamaz. Kanaatimizce, TMK md. 223 hükmünde bir tasarruf yetkisi sınırlaması mevcut olduğu için borçlandırııcı işlemler rıza alınmadan dahi geçerli bir şekilde yapılabilecektir. Ne var ki, TMK md. 223, md. 194'ün aksine, emredici bir hüküm değildir. Nitekim, TMK md. 223/II'de yer alan “*aksine anlaşma olmadıkça*” ibaresi de bunu göstermektedir. Eklemek gerekir ki, TMK md. 223 özel olarak aile konutu için sevk edilmiş bir hüküm de değildir. Eşlerin paylı mülkiyeti

¹⁹⁸ Hausherr/Reusser/Geiser, Art 169, Kn. 60.

altındaki bütün malları için uygulanır. İşte bu noktada, aile konutu üzerinde paylı mülkiyet söz konusu ise, TMK md. 223'ün mü, yoksa md. 194'ün mü öncelikli olarak uygulanacağı sorusu akla gelebilir.

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, TMK md. 194 münhasıran aile konutuna yönelik bir hükümdür. Bu yönü itibariyle evliliğin tâbi olduğu mal rejiminden bağımsız olarak uygulanır. Oysa TMK md. 223 edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi evliliklerde eşlerin paylı mülkiyetindeki mallara ilişkindir. Böylelikle, aile konutu bakımından, TMK md. 194'ün özel hüküm olduğu söylenmelidir. TMK md. 194'le kanun koyucu, evliliğin hangi mal rejimlerine tâbi olduğuna bakmaksızın özel olarak aile konutunu koruma altına almıştır. Öte yandan, TMK md. 194'ün, md. 223'e göre evlilik birliğini daha fazla koruma altına aldığı açıktır. Örneğin, TMK md. 223'te, eşlerin aksi yönde bir anlaşma yapmaları mümkün iken TMK md. 194 açısından bu imkân yoktur. Kısaca ifade etmek gerekirse, TMK md. 223 aile konutu dışında kalıp da eşlerin paylı mülkiyetinde yer alan mallar için uygulanır. Aile konutunun eşlerin paylı mülkiyetine tâbi olduğu bir halde, eş, diğer eşin rızasını almadan, TMK md. 194 gereğince payını devredemez, payı üzerinde ipotek, intifa ve sükna hakları kuramaz¹⁹⁹. Bu yaklaşımın eşlerin işlem özgürlüğünü kısıtlayıcı bir yoruma işaret ettiği doğrudur. Ne var ki, TMK md. 194'ün açık ve emredici lafzı karşısında aksi yönde bir düşüncenin kabul edilmesi imkân dahilinde değildir. Örneğin, eşlerin paylı mülkiyetindeki bir aile konutu bakımından TMK md.223/II'nin uygulanacağı kabul edilecek olursa, eşler, payın devri bakımından aksi yönde bir anlaşma yapabilecektir. Yapılan bu anlaşma gereğince paylı mülkiyet hâlen devam ederken, eşlerden birisi diğerinin rızasına gerek olmaksızın payını devredebilecek; yeni paydaş ise ortaklığın tasfiyesini talep ederek aile konutunun satılmasına sebep olabilecektir. Gerçi TMK md. 194 hükmüne göre de malik olan eş diğer eşin rızasını alarak aile konutunu devredebilecektir. Ancak, TMK md.194'teki rıza, TMK md.223/II'deki anlaşmanın aksine, işlemden önce yapılan genel geçer bir rıza olmayıp her bir somut işlem için münhasıran verilmesi gereken bir rızadır.

¹⁹⁹ Aile konutu niteliğinde olmayan paylı mallar bakımından münhasıran TMK md. 223/II uygulanır ve eşler aksi yönde bir anlaşma yapmamış iseler paylarını üçüncü bir kişiye ancak diğer eşin rızası ile devredebilirler. Bizim düşüncemize göre, paylı mülkiyette paya bağlı hakların kullanılması ve örneğin tasfiyenin istenebilmesi de yine diğer eşin rızasına tabi işlemlerdendir. Ancak bu hususta da, aile konutu niteliğinde olmayan mallar bakımından, aksi yönde bir anlaşma yapılarak rızanın bertaraf edilmesi mümkündür. Bu cümleden olmak üzere karış. *Öztañ*, s. 307; *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 107, *Hatemi, Hüseyin: Eşya Hukuku*, (İstanbul, 2020), s. 150.

Aile konutunun eşlerin elbirliği ortaklığında (iştirâk halinde mülkiyetinde) yer alması halinde ise, TMK'nın 194. maddesinin uygulanmasına gerek kalmaz. Zira, TMK'nın 702. maddesi gereğince, elbirliği halinde malik olan eşler bütün işlemleri bakımından oybirliği ile hareket etmek zorundadır. Başka deyişle, paylı mülkiyetin aksine elbirliği mülkiyetinde, eşlerin üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri bir payın varlığından zaten bahsetmeye imkân yoktur. Bu anlamda, eşlerin hiçbir tasarruf işlemini tek başlarına yapmaları mümkün değildir. Elbirliğiyle mülkiyetin doğasından kaynaklanan bu özellikler ve oybirliği ile hareket etme zorunluluğu TMK md. 194 ile getirilen rıza zorunluluğunu da anlamsız kılmaktadır. Elbirliği mülkiyetinde eşlerin tek başına hareket edecekleri bir payları olmadığı için ve ayrıca malın tamamı üzerindeki işlemlerin de oybirliği ilkesine tâbi olması yüzünden eşin rızasının aranıp aranmaması bir önem arz etmez. O halde, bu türden ilişkilerde, TMK md. 194 hükmünün değil de TMK md. 701 vd. hükümlerinin uygulanması gerektiği söylenmelidir.

Son olarak, gerek paylı gerekse elbirliği mülkiyeti hallerinde eşlerden birinin tasfiye talebinde bulunup bulunamayacağı sorununa da değinmek isteriz. Bilindiği üzere, paylı mülkiyette, paydaşın tasfiyeyi talep hakkı, paydaş olma sıfatı dolayısıyla kanundan doğar ve yine kanundan doğan sınırlamalar saklı kalmak kaydıyla her zaman için mümkündür. Acaba, TMK md. 194, bu anlamda tasfiyeyi talep hakkına, aile konutu bakımından bir sınırlama getirmiş midir? Biz, hemen yukarıda, eşin, payını ancak diğer eşin rızası ile devredebileceğini tespit etmiştik. TMK md. 698 vd. hükümlerinde paylaşma isteği sonucunda tasfiyenin, kural olarak aynen; bu mümkün değil ise taşınmazın satılarak bedelinin bölüşülmesi şeklinde yapılacağı öngörülmüştür. Aile konutu söz konusu olduğunda çoğu zaman aynen taksim mümkün olmayacaktır. Buradan hareketle, tasfiyenin, aile konutunun satılması rizikosunu bünyesinde barındırdığı söylenmelidir. Bundan dolayı, kanaatimizce, eşlerden birinin tasfiyeyi talep etmesine imkân tanımak, eşin payını devir için diğer eşin rızasını arayan bir kanun sistematigi karşısında, aslında hükmün yok sayılması anlamına gelecektir. Öte yandan, Kanunun 698. maddesinin üçüncü fıkrasında, paylaşmanın uygun olmayan bir zamanda talep edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. İşte bu fıkra dahi, kanaatimizce, paylaşmanın istenmesine engel teşkil etmelidir. Zira, evlilik birliğinin huzurunu korumaya yönelik bir düzenlemenin gereği odur ki, bu huzurun devam etmesi gereken bir dönemde, aile konutunun elden çıkmasına sebep olacak bir talepte bulunmak, en

azından zaman bakımından uygun olmayan bir döneme işaret etmektedir. Ayrıca tüm bu açıklamalarımız, kıyasen, elbirliğiyle mülkiyetin tasfiyesi bakımından da geçerlidir. Elbirliği ortaklığının tasfiyesini eşin talep etmesi aile konutunun kaybedilmesi riskini doğuruyorsa, diğer eşin rızasının alınması gerekecektir. Eşlerden biri elbirliği mülkiyetinin ferdi mülkiyete değil de paylı mülkiyete dönüşmesi amacıyla bir tasfiye talep etmiş ise, bunun için de diğer eşin rızasını aramak gerekir. Zira, bu halde de, aile konutunun elden çıkması rizikosu doğar.

Aynı şekilde eşlerden birinin diğer eşin rızasını almadan miras payını devredip devredemeyeceği de tartışılmalıdır. Örneğin, terekeye dahil olan aile konutu, mirasçılarının fiili taksimi neticesinde mirasçı olan eş tarafından kullanılmak suretiyle aile konutu vasfını kazanmışsa, bu miras payının devri aynı zamanda aile konutu üzerindeki hak sahipliğinin de devri anlamına geleceğinden, miras payının devri açısından diğer eşin rızasının aranması kanunun *ratio legis*'ine uygundur. Yine aynı mantık silsilesi içinde, aile konutu olarak kullanılan taşınmazın da dâhil olduğu mirasın, somut olayın özellikleri aksini haklı kılmadıkça veya Medeni Kanun'un md. 605 hükmü gereğince mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli olduğu veya resmen tespit edilmiş olduğu için reddedilmiş sayılmadıkça, keyfi gerekçelerle eşin rızası olmadan reddedilmesine imkân tanınmamalıdır. Söylediğimiz üzere, Madeni Kanun'un md. 605 maddesinin 2. fıkrası hükmü saklıdır. Başka deyişle, eğer TMK md. 605/II gereği, mirasbırakanın ödemeden aczi açıkça belli veya resmen tespit edilmiş ise, miras yasa hükmü gereği reddedilmiş sayılacağı için, bu halde artık eşin rızasının aranması gerekmez.

g. Aile Konutu Şerhi

Türk Medeni Kanunu md. 194/III, eşlerden birinin mülkiyetinde yer alan ve aile konutu olarak özgülenmiş bir taşınmazın maliki olmayan eşin, bu taşınmazın aile konutu olduğunu üçüncü kişilere bildirmek amacıyla tapu siciline, konutu, aile konutu olarak şerh ettirme imkânı tanımıştır.

Hukuk düzeni tarafından sınırlı (tahdidi) olarak belirlenmiş bazı durumların tapu kütüğünün şerhler sütununda kayıt altına alınmasına şerh denir. Üç tür şerh vardır. Birincisi, kişisel hakların tapu kütüğüne şerhi, ikincisi tasarruf kısıtlamalarının şerhi, üçüncüsü de geçici tescillerin şerhidir. TMK md. 194/III'te yer alan düzenleme aile

konutu üzerinde bir hak sahibi olmayan eşin, konutun aile konutu olduğuna yönelik tapuya şerh verdirebileceğini öngörmüştür. Aile konutu olarak kullanılmakta olan taşınmaz için şerh koydurmayı talep eden eşin, malik olan eşle evli olduğunu, mevcut evliliğin devam ettiğini ve taşınmazın aile konutu olduğunu ispatlaması gerekmektedir²⁰⁰. Aile konutu şerhi tasarruf kısıtlamasına yönelik şerh grubu içinde yer almaktadır. Bu husus üzerinde aşağıda ayrıca durulacaktır.

Uygulamada çok fazla önem taşıyan bu şerhin nasıl bir fonksiyonunun olduğu, ne gibi hukuki sonuçlar doğuracağı, etki süresinin uzunluğu, ne gibi hallerde ve ne şekilde kaldırılabilirliğine ilişkin açık bir kanun hükmü yoktur. Burada belirtilen şerhin hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre bu şerh ile birlikte “tapu kütüğüne güven” ilkesine bir istisna getirilmek istenmemiştir. Bu şerhin amacı aile konutunu devralan üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmektir²⁰¹. Buradaki şerh, tapu kütüğünü kilitlemez. Tapu kütüğüne bakıldığında şerh yoksa ve üçüncü kişiler tarafından taşınmazın aile konutu olduğu bilinmemekte veya bilinebilecek durumda değilse, üçüncü kişilerin iyiniyeti TMK md. 1023 gereği korunacaktır²⁰². Bir diğer görüş ise, şerh olsun veya olmasın şerhten önce var olan kanundan doğan bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğu yönündedir. Şerhin fonksiyonunun açıklayıcı nitelikte olduğunu söyleyen bu görüş, şerh bulunmasa dahi, aile konutuna ilişkin diğer eşin rızası olmadan yapılacak olan hukuki işlemin her halükârda geçersiz olduğu ve sonucun yolsuz tescil olacağı yönündedir²⁰³. Bu durumda, malik eşle işlem yapan kişi iyiniyetli olduğu halde bu iyiniyet korunmayacaktır. Fakat şerh, malik eşle işlem yapan

²⁰⁰ Bkz. *Barlas*, s. 338; Bunu ispat etme noktasında eşten istenecek olan belgeler, Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğünün 2002/7 sayılı Genelgesi ile belirlenmiştir. Bu belgeler, evliliğin var olduğunu ve devam ettiğini ispatlayan nüfus kayıt örneği ile konutta malik olan eşle beraber yaşadıklarına ilişkin muhtarlıktan alınmış belge ile Tapu Müdürlüğüne talepte bulunulmak zorundadır.

²⁰¹ *Gümüş*, Şerhler, s. 64. *Kılıçoğlu*’nun görüşüne göre, bu şerh ile tapu kütüğüne istisna getirilmek istenmemiştir. Çünkü TMK md. 194/III’ün varlığı bu durumu engellemektedir. Kanun koyucu aile konutunun üçüncü kişiler tarafından bilinmesi açısından “şerh” olanağını getirerek tapu kütüğüne güven ilkesine bir istisna tanımaktan kaçınmıştır. *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 49. Bkz. aynı görüşte *Reisoğlu*, *Safa*: Eşya Hukuku Zilyetlik-Tapu Sicili-Kadastro, (7.Bası, Ankara, 1982), s. 68.

²⁰² *Barlas*, “Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları”, Makalelerim, s. 238.

²⁰³ Bu görüş için bkz. *Barlas*, “Yeni Medeni Kanun’a Göre Eşler Arası Hukuk İşlem Rejimi” Makalelerim, s. 339; *Oğuzman/Seliçi/Özdemir*, s. 292, 293; *Şıpka*, s. 160.

kişiyi değil; bu işlem sonucunda yolsuz tescile dayanan üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldırmaya yöneliktir²⁰⁴.

Bu husustaki görüşlerin tahlil edilebilmesi ve doğru sonuca ulaşılması, TMK md. 194/I hükmünün eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne bir sınırlama getirip getirmediğinin aydınlatılması ile mümkün olabilecektir. Öyle ki, TMK md. 194/I hükmünün anlamının tespit edilmesine yönelik bu çaba, aynı maddenin üçüncü fıkrasında getirilen aile konutu şerhinin niteliğini de aydınlığa kavuşturacaktır. Biz burada, öncelikle, TMK md. 194/I ile getirilen sınırlamanın hukuki niteliği üzerine ifade edilenleri tespit ettikten sonra, niteliği tartışmalı olan bu sınırlamanın doğumunun aile konutu şerhine bağlı olup olmadığı yolundaki tartışmaları inceleyeceğiz.

Yukarıda da açıklandığı üzere, doktrinde, TMK md. 194 hükmünün bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu ileri sürenler olduğu gibi, tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunu ileri sürenler de mevcuttur²⁰⁵. Söz konusu sınırlamayı eşlerin evlilik birliğinden doğan katılma hakkı üzerinden tanımlayan yazarlar da vardır²⁰⁶. TMK md. 194 ile getirilen sınırlamanın fiil ehliyetine yönelik değil de tasarruf yetkisine ilişkin olduğu kabul edilecek olduğunda, malik olan eşin diğer eşin rızasını almaksızın gerçekleştireceği borçlandırıcı işlemleri geçerli olacak; ancak bu borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik yapılacak tasarruf işlemleri “tasarruf yetkisi” eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır²⁰⁷. Burada bir hak ve fiil ehliyeti sınırlaması değil de, “birlikte karar verme

²⁰⁴ Barlas, “Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları”, Makalelerim, s. 339.

²⁰⁵ İsviçre-Türk doktrininde ifade edilen görüşler ve aralarındaki farklar için ayrıca bkz. *Gümüş*, Şerhler, s. 41 vd.; *Çabri*, s. 405 vd.

²⁰⁶ *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s.43 vd., *Şıpka*, s. 45 vd.

²⁰⁷ *Gümüş*, Şerhler, s. 47 vd. Bu noktada elbette, en azından Türk tapu uygulaması bakımından, taşınmaz mülkiyetinin devrinde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayırımının esasında yapay bir ayırım olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemlerinin taşınmazların devri bakımından iç içe geçtiği ve deyim yerindeyse bir çırpıda yapıldığı bilinen bir gerçektir. Bu gerçek karşısında, taşınmaz mülkiyetinin devrinde, tasarruf işlemi ile borçlandırıcı işlemin aynı olduğunu; satım sözleşmesinin aynı zamanda hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi niteliğini taşıdığını iddia eden bir görüş de ileri sürülmüştür. *Kocayusufoğlu*, Gayrimenkul Satış Vaadi, s.18 vd, s.26 vd, *Andreas von Tuhr*, Eigentumsübertragung nach schweizerischem Recht, ZSR, NF. 40 (1921), 63; Bu yazının *Kudret Ayiter* tarafından yapılan çevirisi “İsviçre Hukukuna Göre Mülkiyetin Nakli” başlığı ile AHFD., Cilt III ve Cilt V’de yayınlanmıştır. Aynı yazı için: *Saymen/Oğuzman* Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları II, İstanbul 1956, s.249 vd., *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s.231. Bu uygulamanın pratik sonucu şudur: Taşınmaz mülkiyetinin devrinde borçlandırıcı işlemin geçersiz olması sonucunu doğuran bir sebep çoğu zaman tasarruf işleminin de geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. O halde, tescil talebinin bu talebe esas teşkil eden borçlandırıcı işlemdeki bir geçersizlikten etkilenip etkilenmeyeceğini tartışmaya da çoğu zaman gerek kalmayacaktır.

hakkı” olduğunu savunan yazarlar bakımından ise, malik olan eşin aile konutu ile ilgili olmak üzere yekdiğerinin rızasını almaksızın yapacağı borçLandırıcı ve tasarruf işlemi geçersiz olacak üçüncü kişi TMK md. 1023’den yararlanamayacak, iyiniyetli olsa bile mülkiyeti kazanamayacaktır²⁰⁸.

Aile konutu şerhinin kurucu değil, açıklayıcı ve şerhin fonksiyonunun işlem tarafı olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin bertaraf edilmesi olduğuna inanan yazarlardan Barlas’ın ifadesi ile “*gerçekten, burada bir tasarruf yetkisi kısıtlaması mevcuttur ve bu kısıtlama tapu kütüğüne konulacak şerhten bağımsız biçimde, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Kaldı ki İsviçre doktrininde ve Federal Mahkeme uygulamasında, malik eşle işlem yapan kişinin (diğer akîdin), taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilip bilmemesinin sonucu değiştirmeyeceği, bu kişi iyiniyetli olsa bile onun iyiniyetinin korunmayacağı neredeyse oybirliği ile kabul edilmektedir; buna gerekçe olarak da, iyiniyetin ancak kanunda öngörülen durumlarda korunabileceği (ZGB Art. 3/MK md. 3), oysa ZGB Art. 169 (MK md. 194) ’de iyiniyetin korunacağından bahsedilmediği gösterilmektedir*”²⁰⁹.

Doktrindeki baskın görüşe göre, TMK md. 194/1 hükmüyle getirilen sınırlama (niteliği ne olursa olsun), aynı maddenin üçüncü fıkrasında öngörülmüş olan şerhten tamamen bağımsız olup, doğrudan kanundan doğmaktadır²¹⁰. Bu düşüncedeki yazarların bu görüşe ulaşırken, öncelikle mehz Kanun’da yer alan düzenlemeyi dikkate almış olduğunu düşünmekteyiz. Gerçekten de, TMK’nun 194. maddesinin mehz Kanun’daki karşılığı olan İsviçre Medeni Kanunu’nun 169. maddesinde, aile konutu olarak özgülünen taşınmazın maliki olmayan eşe, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteme olanağı öngörülmemiştir. Bununla birlikte, aile konutu ile ilgili düzenlemenin İsviçre Medeni Kanunundan alındığı da bir gerçektir. Kanunlaşma sürecinde İsviçre’den farklı olarak bizim kanunumuza giren bir şerh imkânının anlamını bulmaya çalışırken, her şeye rağmen bu noktadan hareket edilmesinin doğru olacağı

²⁰⁸ Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 44-45.

²⁰⁹ Barlas, “Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü Ve Sınırları”, Makalelerim, s. 238. Aynı yönde bkz. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 255; Şipka, Aile Konutu, s. 160.

²¹⁰ Türk Medeni Kanunu’nun 194. maddesinin gerekçesi de bu düşüncemizi destekler niteliktedir. Öztan, s.323.

düşünülmektedir²¹¹. Kanaatimizce, mehz İsviçre hukukundan farklı olarak, tapu kütüğüne şerh verilmesine ilişkin bir düzenleme yapılması, TMK md. 194 hükmünün uygulamada hukuk güvenliğini zedeleyeceği yönündeki bir endişeyi giderme amacını taşımaktadır²¹². TMK md. 194 hükmüyle getirilen sınırlama bir istisnadır. Kanun koyucu bu istisnayı öngörürken çatışan menfaatler dengesinde malik olmayan eşe ayrıcalık tanımıştır²¹³. Çoğunluk görüşüne göre, devralmak üzere olduğu taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğunu bilsin ya da bilmesin, işlem tarafı olan kişinin korunmaya değer bir menfaati kural olarak yoktur. Ancak İsviçre kanunlarında olmayan bir şerh imkânının bütünüyle işlevsizleştirilmesi anlamına gelecek bu türden yorumlara da temkinli yaklaşmak gerekir. Hemen yukarıda arz ettiğimiz üzere, malik olan eşle işlem yapan kişinin iyiniyetinin korunması bizim düşüncemize göre, TMK'nın md. 1023. maddesinin *ratio legis*'i gereğidir. Bununla birlikte, çoğunluk diyebileceğimiz görüşe göre, Türk kanun koyucusu Medeni Kanunumuzun daha 3. maddesinde “*Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır*” diyerek, iyiniyetin herhangi bir hukuki sonuca neden olabilmesinin koşulunu da öngörmüştür; bu da kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağlamış olmasıdır. Yine bu görüşe göre, TMK md. 194'te böylesi bir korumaya yer verilmemiştir. Bundan dolayı, aile konutu şerhi mevcut olmasa bile konut üzerinde hak sahibi olan eşten konutu devralmak isteyen kişi (YHGK'nun 4.10.2006 tarih ve E. 2006/2-591 K. 2006/624 sayılı kararındaki ifadeyle işlem tarafı 3. Kişi) adına yapılan tescil, yolsuzdur ve gerçek hak sahibinin kim olduğunu yansıtmamaktadır. Biz, bu hususta da farklı düşündüğümüzü ve işlemin tarafı

²¹¹ Kaldı ki İsviçre'den farklı olarak kabul edilmiş olan aile konutu şerhinin kurucu nitelikte olduğu yolunda, madde gerekçesinde bir düzenleme bulunmamaktadır.

²¹² Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararındaki azınlık görüşü de bizim görüşümüzle benzer yöndedir: “*Bir an için akla gelebilecek ‘Aile konutu şerhi olmazsa/davalının iyi niyeti 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*” “2. HD., 02 Aralık 2009 Tarih ve E.2009/15857 K. 2009/20663 Sayılı Karar. Karar için bkz., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

²¹³ Oysa Yargıtay'ın konuyla ilgili bir kararındaki görüşü kabul edildiği takdirde, varılacak olan sonucun hiç de böyle olmayacağı, aynı kararın azınlık görüşünde şu şekilde ifade edildiğini görmekteyiz: “*Buna karşılık kadın ise; gerçekleştirilen işlemlere hiçbir katılımı bulunmadığı halde yokluğunda yapılmış hukuki işlemde (= aile konutunun devredilmesi) rızasının alınmaması sanki geçerli ve meşru imişçesine, başka bir anlatımla, ortada geçerli bir hukuki işlem varmışçasına hiç tanımadığı, çoğunlukla da tanınmasının peşinen olanaksız olduğu işlem tarafı insanların/kişilerin kötü niyetini (Türk Medeni Kanunu md. 1023) kanıtlamak zorunda bırakılmıştır*”. “HGK 04.10.2006 Tarih ve E. 2006/2-591 K. 2006/624 Sayılı Karar. Karar için bkz., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

olan kişinin iyiniyetinin korunmasının hukuki işlem güvenliği gereği olduğunu ifade eden *Arpacı*'ya katılmaktayız²¹⁴.

Bu noktadan sonra aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkı ile ilgili olmak üzere üç olasılık düşünülebilir. Birincisi, bizim kabul ettiğimiz görüşe göre, işlemin tarafı olan iyiniyetli kişinin malik olmasıdır. İkincisi ise, çoğunluk görüşüne göre, bu kişinin satım tarihinde doğrudan malik olmaması; ancak diğer şartları da mevcut olursa, TMK md. 712'de düzenlenen olağan kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazanabilmesidir²¹⁵. Üçüncü bir olasılık ise, işlem tarafı kişi adına olan mevcut yolsuz tescile dayanarak bir üçüncü kişinin mülkiyeti kazanmasıdır. Gerçekten de biz, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E.2006/2-591 K.2006/6624 sayılı ve 4.10.2006 tarihli kararında geçen *“Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun aile konutu ile ilgili 194. maddesi ile tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka ayni hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunmasına ilişkin 1023. maddesi hükmünün birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır”* ifadesini bu açıdan anlamlı buluyoruz. Çoğunluk görüşü, şerh olsun olmasın, eğer diğer eşin açık rızası yoksa, doğrudan kanundan doğduğuna inandığı tasarruf yetkisi sınırlamasının, işlem tarafı kişinin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasına engel teşkil edip bu kişi adına yapılacak tescilin yolsuz olması sonucunu doğuracağı kanaatindeyiz. Bu yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek bir ayni hak kazanan kişinin bu kazanımı TMK md. 1023 gereğince korunacaktır. İşte, TMK md. 194'te öngörülen şerh olsa olsa bu üçüncü kişinin (gerçek anlamda üçüncü kişi) iyiniyetini bertaraf etmeye yarayacak; eğer şerh varsa üçüncü kişinin TMK md. 1023'e dayanarak ayni hak kazanması söz konusu olmayacaktır.

Biz, bu sonucun, özü itibarıyla, işlemin tarafı olan kişi bakımından, her ne kadar kanunun lafzına uygun olsa da, menfaatler dengesine uygun düşmediği kanaatindeyiz. İşlem tarafı kişinin bu sözleşme ilişkisinden doğan zararlarının akde aykırılık hükümleri sayesinde giderilebilmesi elbette mümkündür. Bu hâlde, zarar gören işlem tarafı kişi, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa ilişkin içtihatlardan da yararlanma yoluna gidebilecektir. Ayrıca malik olmayan eşin, malik olan eşten aile konutunu devralan kişi nezdinde rıza göstereceğine dair haklı sayılabilecek güven yaratıcı

²¹⁴ *Arpacı*, Eşya Hukuku Yayınlanmamış Ders Notları, 2017; *Bağcı*, s. 148.

²¹⁵ Benzer bir yaklaşım için bkz. *Doğan*, s. 294.

nitelikteki hal ve hareketlerine rağmen açacağı tapu kaydının iptali davasının da reddi gerekecektir²¹⁶. Çelişkili davranma yasağı ve TMK md. 2 bizim bu sonuca ulaşmamızı sağlayacaktır. Ancak, kanaatimiz odur ki, işlemin tarafı olan kişi iyiniyetli ise onun malik olacağını kabul etmek gerekir. Bu imkânlar, doğru olduğunu düşündüğümüz çözümün alternatifi olacak güçte değildir.

Yargıtay HGK'nın 2006 tarihli bir kararında,²¹⁷ aile konutu şerhinin niteliği ve işlevi bakımından ulaşılan sonuç, doğruluğu ya da yanlışlığından ziyade yüksek mahkemenin eğilimini ortaya koyması bakımından önemlidir. Sonuç olarak mahkeme, aile konutu şerhinin malik olan eşle işlem yapan kişinin iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik bir fonksiyonu olduğunu kabul eden yazarların düşünceleri ile birebir örtüşen bir tavır almıştır²¹⁸. Bu yaklaşımın, şerhin varlığının malik eşle işlem yapan akîdin değil; bu işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenerek aile konutunu devralan (işlem tarafı olmayan) kişinin iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik olduğu yönündeki çoğunluk görüşü ile uyumlu olmadığı belirtilmelidir. Ne var ki, bu karar, sonucu

²¹⁶ Bu vesileyle, kabul edilen görüşe göre farklılaşacak olmakla birlikte şartları gerçekleştiğinde, malik olmayan eşin de tapu kaydının iptali davası açabileceğini belirtmek isteriz. Zira, malik olmayan eş, tek başına hareket ederek aile konutu şerhi koydurabilmektedir. Bu düzenlemenin, aynı eşin tapu sicilinin düzenlenmesi bakımından da zımnen bir hüküm getirdiği sonucuna varmak yerinde olacaktır. Aile konutu şerhi verilmesi ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. *Bulut, Harun: Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi*, (İstanbul, 2007), s. 89 vd.

²¹⁷ Bu konuda bkz. "HGK., 4 Ekim 2006 Tarih ve E.2006/2-591 K.2006/624 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020*".

²¹⁸ Esasında karar bütünüyle incelendiğinde net bir sonuca ulaşmak oldukça zor gözükmektedir. Çünkü karşı oy bütünüyle okunmadan ne ilk derece mahkemesinin ne de Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun tam olarak hangi düşüncede olduğu tespit edilebilir niteliktedir. Nitekim, aynı kararı farklı tarzda algılayan eserler de şimdiden kaleme alınmıştır. Bu cümleden olmak üzere karşı. *Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri*, s. 45,46; *Gümüş, Mal Rejimleri*, s. 92-93. Kararda yer alan "Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur." ifadesiyle "Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyi niyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının 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." ifadesinde yer alan görüşleri bir arada değerlendirmek güç gözükmektedir. Hukuk Genel Kurulu bir orta yol bulmaya çalışmış; ancak bunu yaparken herhangi bir gerekçe ileri sürmeyi ihmal etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına gerekçe yaptığı TMK md. 1023'ün hangi sebepten ötürü işlem tarafı üçüncü kişi bakımından da uygulama alanı bulacağını açıklaması gerekmektedir. Zira, biz de dahil olmak üzere Hukuk Genel Kurulunun kararına katılmayan diğer yazarlar, tıpkı Hukuk Genel Kurulu gibi 194. ve 1023. maddelerin bir arada uygulanabileceği; ancak işlem tarafı bakımından 1023. maddenin uygulama alanı bulamayacağı kanaatindedir.

itibariyle, kanaatimizce, “menfaat hukukçuluğu” diyebileceğimiz bir akımın ve hakkaniyet düşüncesinin vücut bulmuş halidir ve herhalde desteklenmemelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2015 yılında verdiği kararla bir değişikliğe gitmiştir. Yargıtay’a göre “*Türk Medeni Kanunu madde 194 hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı gibi işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır*”.

Hukuk Genel Kurulu kararının ardından, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de bu içtihadı uygun kararlar tesis etmektedir²¹⁹. Biz, bu yaklaşımı benimsemediğimizi uzun uzadıya açıklamıştık. Bu yüzden tekrardan kaçınmak isteriz. Öte yandan Yargıtay, güncel tarihli kararlarında, aile konutunun başlı başına eşlerin fiil ehliyetini sınırlandığı bu nedenle aile konutu şerhinin kurucu değil, açıklayıcı bir nitelik taşıdığı görüşündedir²²⁰.

²¹⁹ Bu konuda bkz. “[...]Aile konutunun, hak sahibi eş tarafından devri ve konut üzerindeki hakların sınırlandırılması, diğer eşin açık rızasına bağlıdır. (TMK md. 194). Türk Medeni Kanunu madde 194 hükmü ile eşlerin fiil ehliyetine getirilen sınırlama aile konutuna şerhin konulması ya da konulmaması koşuluna bağlanmadığı gibi işlem tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmamasının da herhangi bir önemi bulunmamaktadır. ... Davacı eşin taşınmazın devrine açık rızası bulunmamaktadır. O halde eşin açık rızası alınmadan yapılan işlemin geçerli olduğunu kabul etmek imkânsızdır. Eş söyleyişle eşin "açık rızası alınmadan" yapılan işlemin "geçersiz olduğunu" kabul etmek zorunludur. Gerçekleşen bu durum karşısında dava konusu taşınmazın alt katının aile konutu olduğu tanık beyanları ve mahkemece yapılan keşifle anlaşıldığına göre bu bölümün tapusunun iptali ile davalı eş adına tescilini ve bu bölüm üzerine aile konutu şerhi konulmasına karar verilecek yerde yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir [...]” “2. HD., 20 Aralık 2016 Tarih ve E.2016/16259 K.2016/16231 Sayılı Karar. Karar için bkz., Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

²²⁰ Güncel tarihli kararlar için bkz. “[...] 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 verilmesi bile o konut aile konutu özelliğini taşır. Zira davaya konu taşınmaz şerh konulmasa dahi aile konutudur. Eş söyleyişle şerh konulduğu için aile konutu olmamakta, aksine aile konutu olduğu için şerh konulabilmektedir. Bu sebeple aile konutu şerhi konulduğunda, konulan şerh “kurucu” değil “açıklayıcı” şerh özelliğini taşımaktadır. 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.[...]” “2. HD., 01 Şubat 2016 Tarih ve E.2015/18639 K.2016/1447 Sayılı Karar, Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T.20.05.2020”. Aynı yönde bkz. “[...] Toplanan delillerden, davaya konu 235 ada ve 52 parsel sayılı taşınmazın tapuda avlulu kargir ev ve depo vasfında bulunduğu, burada zemin ve üzerinde bir kat olmak üzere iki adet bağımsız konutun bulunduğu, bu dairelerden zeminin üzerindeki birinci kat olarak nitelendirilen bölümün aile konutu olarak kullanıldığı, davalı eş ..., davacı eş ... rızasını almadan konut üzerinde diğer davalı şirket lehine ipotek tesis ettiği anlaşılmaktadır. Davacı eşin, taşınmazın devrine açık rızası bulunduğu ispat

Biz, hemen yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, mesele hakkındaki Yargıtay kararlarının ancak yakın bir tarihte netleştiğini; çoğunluk görüşü ve Yargıtay’a göre, TMK md. 194 gereği ortaya çıkan sınırlamanın şerhten bağımsız olarak kanundan doğduğunu; TMK md. 194’te öngörülen şerh imkânının bir tasarruf sınırlaması şerhine işaret ettiğini; şerhin asıl fonksiyonunun işlemin tarafı olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmek olduğunu; evleviyet ilkesi gereği, şerhin malik eş ile işlem yapan kişinin de iyiniyetini ortadan kaldıracağını; aile konutu şerhi konulmamış taşınmazlar bakımından işlem tarafı olan alıcının iyiniyetinin korunmasının TMK md. 1023’ün *ratio legis*’ine daha uygun düşeceğini ifade etmek isteriz.

Aile konutu şerhinin terkin edilmesi için, mülkiyet hakkı sahibi olan eşin talebi gerekmektedir. Bu talep, yalnızca evlilik birliğinin sona ermiş olması veya eşlerin yeni bir aile konutu edinmesi hallerinde mümkündür²²¹.

h. Aile Konutunun Kiralık Olması

Aile konutuna ilişkin düzenlemeye, ilk olarak TMK md. 194’te yer verilmiştir. Ne var ki, TMK’nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden 6098 sayılı TBK’nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar eski BK metninde herhangi bir değişikliğe gidilmemişti. 818 sayılı eski Borçlar Kanunumuzda aile konutu ile ilgili bir hüküm bulunmamaktaydı. Aile konutu ile ilgili hükme, yeni Borçlar Kanunumuzun²²² kiraya ilişkin hükümler kısmında yer verilmiştir. Nitekim, mehzaz İsviçre Medeni Kanun’u ve

edilememiştir. Aile konutunun da bulunduğu bu taşınmaz üzerinde kat irtifakı ya da kat mülkiyeti tesis edilmediğinden tapu kaydında tek bir taşınmaz olarak görülen ancak fiili durumda iki bağımsız bölümden oluşan bir taşınmaz olduğu ve bu şekilde kullanıldığı anlaşılmaktadır. Dava konusu taşınmazın zemin üzerindeki birinci katın aile konutu olarak kullanıldığı tanık beyanları ve mahkemece yapılan keşifle belirlendiğine göre bu bölüme hasren ipoteklerin iptali ile bu bölüm üzerine aile konutu şerhi konulması gerekirken, taşınmazdaki diğer bölüm yönünden de ipotegin kaldırılmasına karar verilmesi doğru olmamıştır.[...] “2. HD., 20 Aralık 2016 Tarih ve E.2016/19142 K.2016/16219 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 20.05.2020”.

²²¹ Bu konuda Yargıtay’ın görüşü için bkz. “[...]Türk Medeni Kanununun 194/III. maddesi gereğince aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın tapu kaydına, konutla ilgili verilmiş bulunan şerhin, konut üzerinde hak sahibi olan eşin talebiyle terkin edilebilmesi; evlilik birliğinin boşanma veya evliliğin iptali kararıyla, sona ermiş olması; evlilik devam ediyorsa; konutun aile konutu niteliğini yitirmiş olması veya yeni bir aile konutunun edilmesi halinde mümkündür.[...]” “2. HD., 28 Aralık 2004 Tarih ve E.2004/14195 K.2004/15887 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2020”.

²²² 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu 11.01.2011’de kabul edilmiş ve 01.07.2012’de yürürlüğe girmiştir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nda da durum böyledir²²³. Daha önce de belirttiğimiz gibi, Türk Borçlar Kanunu md. 349 ile Türk Medeni Kanunu'nda yer alan md. 194 hükmü hemen hemen birbirinin tekrarı niteliğindedir.

Aile konutunun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması ihtimalinde TMK md. 194/I, diğer eşin rızası olmadan kira sözleşmesinin feshedilemeyeceğini belirtmiştir. Aynı kurala TBK'nın 349. maddesinde de yer verilmiştir. Eş, bu sözleşmenin feshi için rıza göstermezse, sanki fesih beyanında bulunan eş, o beyanda hiç bulunmamış gibi kira sözleşmesi devam eder²²⁴.

Kira sözleşmesinin kiracı sıfatını taşımayan eşin rızası ile sona erdirilebilmesi için belli şartların oluşmuş olması gereklidir. Her şeyden önce, aile konutunun eşlerden biri tarafından kiralanmış olması gerekir. Doğaldır ki, eşlerin bu konutu yaşamlarının merkezi yapmış olmaları, orasının aile konutu sayılabilmesi için ön şarttır. Bunun dışında eşlerin birtakım ihtiyaçlarını karşılamak için kiraladıkları konut veya konutlar bu kapsamda değerlendirilmez²²⁵.

Öte yandan, kural olarak, fesih bildiriminden bahsedebilmek için ortada geçerli bir kira sözleşmesi olmalıdır. Zira, ancak, geçerli bir sözleşmenin feshi mümkündür. Keza, bu hükmün uygulanabilmesi için aile konutuna ilişkin olan kira sözleşmesinin sözleşmeye taraf olan eş tarafından feshi söz konusu olmalıdır. Bununla birlikte, doktrinde, hükümde geçen “fesih” ifadesinin TBK'nın 328 ve 347. maddeleri anlamında sona erme hallerini kapsadığını; yine, kira sözleşmesini sona erdiren diğer hallerin, örneğin; dönmenin, ikale sözleşmesinin, kira sözleşmesini sona erdirecek olan tahliye taahhüdü vermenin, açılmış bir tahliye davasını kabul etmenin, sözleşme süresini kısaltan ya da daraltan değişikliklerin, şerhin terkinine razı olmak gibi işlemlerin de yine eşin rızası alınarak yapılabileceği dile getirilmektedir²²⁶. Ne var ki, yine doktrinde,

²²³ Yavuz, *Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak*: Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), (17.Bası, İstanbul, 2021), s. 346.

²²⁴ Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 112; Şıpka, s. 142.

²²⁵ Yavuz, *Acar, Özen*, s.346; Kılıçoğlu, *Aile Hukuku*, s. 193. *Kılıçoğlu*'nun da belirttiği gibi, kanun koyucu açıkça aile konutundan söz etmiş olduğundan, eşlerin kiralamış oldukları işyeri bu kapsamda değerlendirilemez.

²²⁶ *Acar*, *Aile Konutu Mal Rejimleri*, s. 87; Şıpka, s. 134. Şerhin terkininin izne tâbi olmadığı görüşü için bkz. Barlas, “Yeni Medeni Kanun’a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi”, *Makalelerim*, s. 345. Doktrinde bazı yazarlar TBK'nın 331. maddesi gereğince feshi de bu kapsamda görmekle birlikte, biz konunun özellikle TBK md. 331 açısından özenle ele alınması gerektiğini düşünüyoruz. Söz konusu

kira bedelinin ödenmesinde temerrüde düşülerek tahliyenin sağlanabilmesi hususunda eşin rızasının aranmayacağı ifade edilmiştir²²⁷. Biz, bu hallerde şöyle düşünülmesi gerektiği kanaatindeyiz: TMK md. 194 hükmü gibi, TBK md. 349 hükmü de istisnai bir hükümdür. Genel kuraldan ayrılmayı ifade eder. Bundan dolayı, dar yorumlanması asıldır. Ne var ki, istisnai hükmün dar yorumlanması hakkaniyet duygusunu zedeleyen bir sonucun doğmasına sebep olursa, bu ilkedен feragat edilebilecektir. O hâlde, doktrinde ifade edilen görüşlerin isabetli olup olmadıklarının bu bakış açısı ile değerlendirilmesi zorunludur. Biz, aile kurumunun huzurunu sağlamaya yönelik bu hükmün, sözleşmenin nisbiliği ilkesine nazaran öncelikle uygulanmasının menfaatler dengesine uygun düştüğü görüşündeyiz. Bundan dolayı, her ne kadar metinde fesih ifadesi geçiyor olsa da, bunun teknik anlamda kullanılmadığını kabul etmek menfaat dengesine uygun düşecektir. Aksinin kabulü, sözleşmenin tarafı olan eş, kanuna karşı hile sayılabilecek birtakım çözümler bulmaya yönlendirecektir ki, bu sonucu kanunun korumayacağı açıktır. Tüm bu sebeplerle, biz de fesih kavramının, tek taraflı irade açıklaması ile kira sözleşmesinin sona erdirilmesi hali kadar, dönme ve ikale gibi sözleşmenin kiracı eşin iradesiyle sona erdirilmesi hallerini de kapsadığı kanaatindeyiz. Ancak kendisi sözleşmeyi feshetmek isteyen, ne var ki eşinin rızasını alamadığı için kira bedelini ödemeyerek tahliyenin kapılarını aralayan bir eş, karşı TBK md. 349 çerçevesinde bir başvuru yapılması mümkün gözükmemektedir; meğer ki kiralayan, kiracı eşle müşterek bir şekilde davranıyor olsun. Zira bu hâlde, kira bedelinin ödenmemesi sebebiyle tahliye davası açma imkânı kiralayana tanınmıştır. Ancak kiralayan, kiracı eşin TBK md. 349'un bertaraf edilmesi saiki ile hareket ettiğini biliyor ve hatta bu çabasında birlikte hareket ediyor ise, bu halin, kiracı olmayan eş karşı TBK md. 49/II temelinde bir haksız fiil teşkil ettiği söylenebilecektir. İşte kiracı olmayan eş, bu çerçevede dile getireceği aynen tazmin talebi sayesinde, kiralayan tarafından açılmış bir tahliye davasının da sonuca ulaşmasına engel olabilecektir. Bu istisna dışında, rıza

madde, “olağanüstü fesih” başlığı altında önemli sebeplerin varlığı halinde kira ilişkisinin her zaman için sonlandırılabilmesine imkân vermektedir. Örneğin, kiralayan kiracının şahsına karşı ağır tecavüzlerde bulunduğu bir ihtimalde de yine kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin rızası aranacak mıdır? Bu son halde, aile mahkemesine başvurularak hâkimin müdahalesinin istenmesinin daha adil olacağı düşünülebilir. Ayrıca belirtmek gerekirdi, TBK md. 347/1 hükmüne göre konut ve çatılı işyeri kiralalarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Eşin rızası bu 15 günlük süre başlamadan önce alınmalıdır. Aksi takdirde kiralayan yeni kiracı bulma imkânı elde edemez.

²²⁷Ayan, Evliliğin Birliğinin Korunması,s.114 ve oradaki 184 dn.

sağlayamayan eşin kira bedeli ödemeyerek tahliye davası açılmasına sebep olması halinde, bu davranışı hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık (ki borç ödemek bir haktır) ya da kanuna karşı hile teşkil etse dahi, tahliye noktasında talep alacaklısı kiralayan olduğundan, kiracı olmayan eşin bu sürece müdahale edebilmesi kabul görmeyecektir²²⁸.

Hemen yukarıda kural olarak geçerli bir kira sözleşmesinin varlığının gerektiğini ifade etmiştik. Kira sözleşmesi geçersiz ise nasıl bir çözüm bulunacağı sorunu da çözümlenmelidir. Kira sözleşmesinin irade sakatlıkları ile iptalinin talep edildiği hallerde eşin rızasının aranıp aranmaması durumu gündeme gelebilir.

Kanaatimizce, kiracı eş, geçersizliği doğuran sebebin varlığına kasten ya da ağır ihmalle sebep olmadığı takdirde, gerek kesin hükümsüzlük olsun gerekse iptal edilebilirlik olsun, sözleşmenin sona erdirilmesi için diğer eşin rızası aranmaz; meğer ki bu hal, bir hakkın kötüye kullanılması teşkil etsin. Yine sözleşmenin kiralayan ve kiracı eş tarafından bilerek ve isteyerek geçersiz olarak akdedildiği hallerde de, geçersizliğin ileri sürülmesi için diğer eşin rızasını aramak gerekir. Zira, özellikle, geçersiz bir sözleşmenin varlığına rağmen tarafların edimlerini ifa ettiği kira sözleşmeleri bakımından, geçersizliğin bir süre sonra ileri sürülmesi dürüst davranma kuralları ile de bağdaştırılamayacaktır.

Rızanın arandığı hallerde kiracı olmayan eşin vereceği rızanın açık bir rıza olması gerekir. Eğer eşin rızası olmadan kira sözleşmesinin feshi söz konusu olursa, bu fesih kesin hükümsüzdür ve sonuç doğurmaz. Bu yüzden kira ilişkisi feshe rağmen varlığını devam ettirir.

TBK'nın 349. ve TMK'nın 194. maddelerinde kira sözleşmesinden bahsedilmiş olmasına rağmen, kira benzeri diğer ilişkilerde, örneğin, aile konutunun kullanım ödöncü sözleşmesine konu olduğu hallerde, bu hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı sorunu gündeme gelebilir. Doktrindeki bir görüşe göre²²⁹, aile konutunun kullanım

²²⁸ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 57; Şipka, s. 134.

²²⁹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 110; Şipka, s. 106 vd. TBK md. 383'e göre, kullanım ödöncü sözleşmesi belli bir süre için kurulmuş olabilir. Bu süre sona erdiğinde sözleşme de sona erer ve kullanım ödöncü alanın iade yükümlülüğü doğar. Kullanım ödöncü veren kural olarak, sözleşmede belirlenen süre dolmadan kullanım ödöncü olarak verilen malı geri alamaz. Bu nedenle kullanım ödöncü alanın, süre sonuna kadar, bu malı kullanma hakkı bulunmaktadır. Kullanım ödöncü alan, sözleşmenin konusu olan

ödücü sözleşmesine istinaden eşlerden biri tarafından sağlandığı hallerde de TMK md. 194 uygulama alanı bulacaktır. Bu görüşe göre, kullanım ödücü sözleşmesine ilişkin sona erme hallerinin özellik arz ettiği; bunlardan, kullanım ödücü alanın kullanım ödücü süresi dolmadan ve eşyanın iadesi için gerekli şartlar oluşmadan sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik iradesinin diğer eşin rızası ile hüküm ve sonuç doğuracağını ifade etmek isteriz. Acar'a göre ise²³⁰, kullanım ödücü sözleşmesi ile aile konutunun kullanılması halinde TMK.md.194 hükmü uygulama alanı bulamaz. Zira, kanun koyucu TBK.md. 349 hükmünde sadece "kira sözleşmesinden" bahsetmiş kullanım imkânı sağlayan diğer borçlandırıcı işlemleri bilinçli olarak maddeye dahil etmemiştir. Bunun yanı sıra kira sözleşmesi tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup kira sözleşmesinde edimi ifa edecek kişinin kişiliğinin bir önemi yoktur. Kullanım ödücü ise tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olup ödücü alanın bir edim üstlenmesi söz konusu değildir. Kullanım ödücü alan kişi ilişki sona erdiğinde malı iade borcu altındadır. Kullanım ödücü ödücü alan kişinin kişiliği son derece önemlidir. TMK.md.194 hükmünü kullanım ödücü için de uygulayacak olursak ödücü veren kişinin menfaatini zedelemiş oluruz. Kiralayan bir bedel elde ederken kullanım ödücü veren kişi hem bir menfaat elde etmemiş hem de cezalandırılmış olacaktır. Hem bu gerekçelerle hem de TMK.md.194 hükmünün dar yorumlanması gerektiğinden yola çıkarak doktrindeki bu görüşe katılıyoruz.

Diğer eşin rızasının alınması, rızanın şekline ve taşınması gereken unsurlara, rıza verilmemesi halinde doğabilecek sorunlara ve çözümüne dair aşağıda yapmış olduğumuz açıklamalar, burada da dikkate alınmalıdır.

i. Hâkimin Hak Sahibi Eşi Tek Başına İşlem Yapmaya Yetkili Kılması

TMK md. 194/I'de "*Eşlerden biri diğer eşin açık rızası olmadıkça....*" diyerek yapılacak işlemde eşin açık (sarih) bir beyanını aramaktadır. Genel geçer bütün işlemler için verilmiş bir rızanın değil, doğrudan aile konutuyla ilgili işleme verilmiş açık bir rızanın varlığı aranmaktadır. Bu rıza; işlemde önce, işlem sırasında veya işlemde

taşınmazı aile konutu olarak kullanmakta ise, diğer eşin de kullanım ödücü sözleşmesi devam ettiği sürece bu aile konutunu kullanma hakkı bulunduğu ve kullanım ödücü alan eşin, bu sözleşmeden doğan haklarından feragat etmesinin veya bu hakları sınırlamasına izin vermesinin, TMK md. 194/I uyarınca, diğer eşin rızası dahilinde olabileceği sonucuna varılmalıdır.

²³⁰ Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s.36,37.

sonra verilebilir²³¹. Doktrinde bazı yazarlar, işlemin, tasarrufta bulunan eşin irade beyanında bulunmasıyla geriye dönük olarak işlemin yapıldığı andan itibaren (*ex tunc*) geçerli olacağını söylerken²³²; *Acar*'a göre ise, rıza beyanında bulunulduğu andan itibaren ileriye etkili geçerlilik söz konusu olur²³³.

Eğer işlem sonrasında rıza (icazet) verilmesi söz konusu ise, eşin uygun bir süre içinde rızasını vermesi aranmalıdır. Aksi halde, hukuki işlem güvenliği sağlanamayacaktır. İşlemin tarafı olan üçüncü kişinin hukuki menfaatlerinin korunabilmesi de böyle makul bir sürenin aranmasını zorunlu kılar. Hemen söylemek isteriz ki, bu konuda, TMK'nın 194. maddesinde bir açıklık yoktur. Bu hususta, TBK'nın md. 46/II hükmünün doğrudan değil; kıyasen uygulanması gündeme gelecektir.

Bu rızaya ilişkin herhangi bir şekil şartı yoktur²³⁴. Doktrinin geneli şekil serbestisinin varlığına işaret etmektedir. Buna göre, rıza, yazılı verilebileceği gibi sözlü de verilebilir. Fakat *Acar*'ın da katıldığı azınlık görüşüne göre, burada şekil serbestisinden bahsedilemez. Yapılan işlem hangi şekle tabi ise ona verilecek rızanın da aynı şekle tabi tutulması gerekir. Rızanın “açık” olması gerektiği yönündeki kanunun ifadesinden ve hükmün amacından çıkan sonuç budur. O halde, tapuda yapılan bir işleme verilecek rızanın da tapu memuru huzurunda yapılması gerekir²³⁵.

Aile konutu üzerinde işlem yapan eş, taşınmazın aile konutu olduğunu, işlemi yaptığı kişiye bildirmelidir. Aksi halde, Türk Borçlar Kanunu md. 112 uyarınca sorumluluğu doğar²³⁶.

TMK md. 194/II ise, “*Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş hâkimin müdahalesini isteyebilir.*” hükmünü havidir. Maddede, birbirinden ayrı iki hal ele alınmıştır. Rıza, ya elde olmayan nedenlerden

²³¹ *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 94; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 83. *Gümüş*'e göre işlemin her bir detayı belli olmasa da zamansal olarak belirlilik şarttır.

²³² *Schwander*, I.: Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Aufl. 2006 Basel, Art. 169, s. 1012 Nr.19; *Hausherr/Reusser/Geiser*, Art. 169, Kn. 51.

²³³ *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 95. Bilindiği üzere, rıza, izin şeklinde olabileceği gibi sonradan icazet şeklinde de olabilir. Bununla birlikte, geriye etkili bir rızanın; başka deyişle, icazetin kabul edildiği bir sistemde, rızanın verildiği ana kadar işlemin geçersiz olduğunu iddia etmek güçtür.

²³⁴ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 83.

²³⁵ *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 95; *Gençcan, Ömer Uğur*, s. 97.

²³⁶ *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 96; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 85.

dolayı sağlanamayacak ya da diğer eş, ortada haklı bir sebep olmamasına rağmen rıza vermekten kaçınacaktır. Birinci hal, rıza verecek olan kişinin rızasının alınamamasıdır. Bu hal, eşin yurt dışında olması, rızasının alınmasına fiilen olanak bulunmaması, nerde olduğunun bilinmemesi, önemli bir hastalık sebebi ile bilincinin kapalı olması gibi durumlardan kaynaklanabilir²³⁷. Eşin yasal temsilcisi olması halinde rızanın yasal temsilciden; eş kısıtlı ise vasiden alınması gerekir²³⁸.

İkinci hâl ise, eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması hâli olup, bunu somut olayın özelliklerine göre değerlendirmek gerekir. Örneğin, müşterek çocuğun acil ve masraflı bir ameliyat olması zorunlu iken ve bu masrafın aile konutu satılarak elde edilmesi dışında başkaca bir imkânın söz konusu olmadığı bir halde, satıma rıza gösterilmemesi caiz değildir. Haklı bir nedenin bulunmadığını iddia eden eş bu iddiasını ispatlamalıdır.

Hâkim, gerekli araştırmayı yaptıktan sonra ortada haklı bir sebebin olmadığına kanaat getirirse, hak sahibi eşi, eşinden bağımsız olarak işlem yapmaya yetkili kılar. Burada hâkimin verdiği iznin niteliği sadece yetkiden ibaret olup diğer eşin yerine bir beyanda bulunması söz konusu değildir²³⁹. Bununla birlikte, açık bir kanun hükmü olmadıkça, hâkimin tarafların iradesi yerine geçecek bir irade açıklamasında bulunmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır²⁴⁰. HMK'nın 105. maddesinde, eda davası yoluyla mahkemeden, davalının, bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesinin istenebileceği öngörülmüştür. *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, bu düzenlemeden, mahkemenin taraf yerine irade beyanında bulunabileceği sonucunun çıktığını iddia etmektedir. Bununla birlikte, TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihte cari olan HUMK'ya göre bu imkân kabul edilmemekteydi.

²³⁷ Bkz. *Kılıçoğlu*, Diğer Eşin Rızası; s. 13; *Şıpka*, s. 145-159 vd.; *Doğan*, s. 293.

²³⁸ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 85.

²³⁹ Bkz. *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 86; *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 45; *Şıpka*, s. 161.

²⁴⁰ *Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir*, Eşya Hukuku, s. 458, Kocayusufpaşaoğlu, Gayrimenkul Satış Vaadi, s. 121.

j. Kira Sözleşmesine Taraf Olmayan Eşin Kira Sözleşmesine Taraf Haline Gelmesi

TMK md. 194/IV'e göre "*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*". Bu hüküm mehzaz İMK'da 121. maddesinin ikinci fıkrasında yer almakta olup, boşanma sonrası duruma ilişkindir. Kiranın feshi ile alakalı olan bütün işlemlerin aile konutunu kiralayan kişinin eşine de yapılması gerekmektedir²⁴¹. TMK md. 194/IV hükmü, aile konutunun getiriliş amacı ile paralel olarak Türk hukukunda da TBK md. 349'da düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu döneminde böyle bir hüküm olmadığından TMK md. 194/IV hükmü düzenlenmiştir. Bu hükmün getirilme amacı eşin kasıtlı olarak veya kasıtsız bir şekilde kira bedelini ödemekten kaçınması veya kira sözleşmesinin sona ermesine neden olması halinde, diğer eşin tek taraflı bir bildirimde bulunarak kira sözleşmesine taraf olması ve evi kiralayan eşle birlikte müteselsil sorumlu olmasıdır²⁴².

2. Mal Rejimiyle ilgili Kurallar

a. Tanım

Mal rejimi dendiğinde bundan, eşlerin evlilik birliğinden önce veya evlilik birliği sırasında edindikleri malvarlıkları üzerindeki hak ve yükümlülükler ile mal rejiminin sona ermesi durumunda malvarlığının akıbetini düzenleyen kurallar bütünü anlaşılır²⁴³. Diğer bir deyişle "*eşlerin sahip oldukları malların yönetimi, mallardan yararlanma, mallar üzerinde tasarrufta bulunma ve eşlerin bu konudaki sorumlulukları, kısaca eşler arasındaki mali ilişkilerin düzenlenmesi mal rejimleri terimiyle ifade edilir*"²⁴⁴. Dolayısıyla, mal rejimi hukuku da eşler arasında malvarlığının mülkiyet düzeninin, eşin, diğer eşin malları üzerinde öne sürebileceği hak iddialarının, söz konusu hakkın niteliğinin, malvarlığına ilişkin yararlanma, yönetim ve tasarrufların;

²⁴¹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 115; Şipka, s. 66.

²⁴² Akıntürk/Ateş, s. 122.

²⁴³ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 224; Akıntürk/Ateş, s. 143-144; Zeytin, s. 36; Sarı, s. 3; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 217.

²⁴⁴ Akıntürk /Ateş, s. 143-144.

malvarlığına bağlı sorumluluğun ve mal rejiminin sona ermesine bağlı malvarlığı tasfiyesinin nasıl olacağına ilişkin kuralları kapsamaktadır²⁴⁵.

Mal rejimine ilişkin ayrıntılı düzenlemeler Türk Medeni Kanunu'nun Aile Hukuku kitabının "Evlenme" başlıklı birinci kısmının "Eşler Arasındaki Mal Rejimi" başlıklı dördüncü bölümünde 200-281. maddeler arasında yer almaktadır.

b. Mal Rejimi Türleri ve Evlilik Birliğinin Korunmasıyla İlişkisi

Mal rejimi ikili bir ayırım yapılarak incelenebilir. Bunlardan ilki yasal mal rejimidir. Yasal mal rejimi, eşlerin kanunda öngörülmüş olan mal rejimlerinden herhangi birini seçmemeleri halinde tâbi olacakları rejimi ifade eder. Türk hukukunda yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. Yasal mal rejiminin yanı sıra, tarafların özgür iradeleri ile seçebildikleri mal rejimleri ise akdi, yani seçimlik mal rejimleridir. Bunlar; mal ayrılığı rejimi, paylaşımlı mal ayrılığı rejimi ve mal ortaklığı rejimi olmak üzere üç adettir. Seçimlik mal rejimleri bakımından mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle taraf iradelerinin belirleyici olduğu söylenmekle birlikte, geniş bir irade özerkliğinden bahsedilemeyeceğini de eklemek isteriz. Eşler, ya herhangi bir seçimde bulunmayacaklar ve yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olacaklardır ya da yine kanun tarafından kendilerine sunulmuş olan üç seçimlik rejimden birisini yine kanunun sunduğu içerikle kabul edeceklerdir. Bu anlamda mal rejimleri *numerus clausus* ilkesine tabidir. Taraflar mal rejimi sözleşmesini evlenmeden önce veya sonra yapabilirler. Mal rejimi sözleşmesi ne zaman yapılırsa yapılsın, hükümlerini geçerli bir evliliğin doğumu ile sağlar. Mal rejimi sözleşmesi resmi bir şekilde noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılabilir.

Eski Medeni Kanun döneminde mal ayrılığı rejimi yasal mal rejimiydi. Yine o dönemde mevcut olan seçimlik mal birliği rejimine de yeni Kanunda yer verilmemiştir.

Bu başlık altında mal rejimi türleri ayrıntılı olarak incelenecek değildir. Zira başlığın esas amacı, evliliğin tâbi olduğu mal rejimi türünün ailenin huzurunun sağlanması ve korunması çerçevesinde değerlendirilmesinden ibarettir. Esasen, yasal ya da seçimlik mal rejimlerinin, evlilik birliğini koruyucu önlemlerden sayılıp sayılamayacağı dahi kanaatimizce tartışılmalıdır. Şöyle ki, mal rejimleri, esas

²⁴⁵ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 217; Öztan, s. 395; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 224.

sonuçlarını evlilik birliği sona erdikten sonraki dönem için gösterirler. Bu sebeple, mal rejimi kavramının evlilik birliğinin huzuru değil de, ölüm ya da boşanma gibi bir sebeple artık birlikte olmayan eşlerin huzurunu ilgilendirdiği söylenmelidir. Ne var ki, mal rejiminin evlilik birliğinin işleyişine dolaylı da olsa bir etki göstereceği ise, bugün için hukuki değil ve fakat fiili bir vakadır. Şöyle ki, evliliğin tâbi olduğu mal rejimi elbette etkilerini mal rejimi sona erdikten sonraki bir dönem için gösterecektir. Ancak tâbi olunan mal rejimi, evlilik birliğinin işleyişi açısından önem arz eden malvarlığı unsurlarının yönetimi ve kullanılması ile de ilgili olduğundan, evlilik birliğinin huzuruna doğrudan etki edecektir. Öte yandan, kanaatimizce, tâbi olunan rejim arkasında barındırdığı sosyolojik, psikolojik ve ekonomik gerekçeler nedeniyle de eşlerin ve dolayısıyla evlilik birliğinin huzuru ile yakından ilgilidir.

Her şeyden önce, evlilik kurumu ve malvarlığının yönetimi ve tasfiyesi hususunda herkesin farklı düşüncelere ve önceliklere sahip olduğu düşünüldüğünde, sadece yasal mal rejimi ile yetinilmeyip, seçimlik mal rejimlerine yer verilmiş olması, ailenin huzurunu bu anlamda koruyucu bir etkiye sahiptir. Örneğin, malvarlığının yönetimi ve tasfiyesi bakımından ferdiliğe ve bağımsızlığa önem veren iki kişi, mal ayrılığı rejimini seçerek en azından sadece bu yüzden doğabilecek huzursuzlukların önüne geçmiş olacaktırlar. Keza, evlilik birliğini tam bir kader ortaklığı olarak kabul eden kimseler ise mal ortaklığı rejimini tercih ederek manevi olarak sağlamış oldukları bir olma düşüncesini malvarlığı unsurları için de gerçekleştirme imkânına sahip olacaktırlar. Bu düşüncemiz, doğaldır ki, sahip olunan ve olunacak malvarlığı değerlerinin yönetimi ve tasfiyesi bakımından farklı düşüncelere ve önceliklere sahip olan kişilerin yapacakları evlilikler açısından bir değer ifade etmez. İşte bu hallerde, mal rejimi kurumunun evlilik birliğini koruyucu değil de evlilik birliğinin huzurunu bozucu bir niteliğe bürüneceği söylenebilecektir. Eşlerin ferdî mülkiyetine ve hak sahipliğine öncelik veren; kendi emeğiyle elde ettiği malvarlığının bütünüyle kendisine ait olmasını isteyen bir kimsenin, aksi yönde bir düşünceye sahip müstakbel eşini, henüz evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte ve çoğu zaman nişanlılık döneminde mal ayrılığı rejimi sözleşmesi yapmaya ikna etmesi kolay değildir. Esasen sevgi bağı kapsamında temellenmesi gereken aile kavramının, parasal konular yönünden tartışmaya açılması hiç kuşkusuz, ileride aradaki sevgi bağını zedeleyebilmesi muhtemel olumsuzluklara yol açabilecektir.

Sonuç olarak, mal rejimlerinin arkalarında yatan ana düşünce esas alındığında üçlü bir ayırıma tâbi tutulabileceği kanaatindeyiz. Eşlerin bağımsızlıklarını en çok koruduğu rejim, kanaatimizce mal ayrılığı rejimidir. Onun tam karşısında, eşlerin malvarlığı değerleri üzerinde bireysel hâkimiyetlerini büyük oranda yitirdikleri mal ortaklığı rejimi yer alır. Her iki ucun ortasında ise edinilmiş mallara katılma rejimi ile paylaşımlı mal ayrılığı rejimi bulunur. Eşlerin dünya görüşlerini esas alarak seçecekleri mal rejimi doğaldır ki, bir yönü itibariyle de iktisadi bir birlik olan evlilik birliğinin huzurunun sağlanmasına katkı sağlayacaktır. Hemen eklemek isteriz ki, bahsettiğimiz bu olumlu etki, bütün mal rejimlerinin seçimlik olduğu ve aslında eşlerin seçtikleri mal rejiminin içeriğini kısmen de olsa değiştirme özgürlüğüne sahip oldukları bir sistemde daha verimli bir şekilde gerçekleşecektir. Zira, herhangi bir seçim yapılmadığında doğrudan yürürlüğe girecek bir mal rejiminin varlığı, eşlerin bu hususta serbestçe tartışma ve karar alma sürecinin önünde her şeyden önce psikolojik bir engel olarak durmaktadır. Öte yandan, elbette farklı durumlar mevcut olmakla birlikte, herkesin kendi emeği ile kazandığı malvarlığı değerlerine sahip olmasını ifade eden mal ayrılığı rejimi insanın doğasına daha uygundur. Bizim düşüncemize göre, bütün mal rejimlerinin seçimlik mal rejimi statüsünde olması veya mal ayrılığı rejiminin yasal mal rejimi olarak kabul edilmesi evlilik birliğini daha fazla koruyucu bir etkiye sahiptir. Zira, biz, evlilik birliğinin korunmasının eşlerin münferiden de korunması suretiyle gerçekleşeceği kanaatindeyiz. Mal ayrılığı rejimi dışındaki türlerin diğer eşin kazandığı malvarlığına değeri ya da aynı üzerinden ortak olma sonucunu doğurmaları sebebiyle eşleri tembelliğe sevk ettiği açıktır. Özü itibariyle sadece evli olma sıfatıyla herhangi bir emek vermese dahi kazanca ortak olma sonucunun doğması esasında bir ahlaki soruna da işaret eder. Bu nokta insanların değer yargılarına ve dünya görüşlerine göre değişen doğruların hayat bulduğu bir alandır. Burada ifade ettiğimiz düşüncelerimizin kendi dünya görüşümüz çerçevesinde adil olan çözümü arama kaygısından doğduğunu da ifade etmek isteriz. Tek bir doğrudan bahsetmeye imkân yoktur. Tüm mal rejimlerinin seçimlik olması gerektiği yolundaki düşüncemiz de bundan kaynaklanmaktadır. Kanaatimizce yanlış olan, edinilmiş mallara katılma rejiminin evde ev işleri ile uğraşan kadının emeğini koruyan yegâne çözüm gibi sunulmasıdır. Oysa, aynı sonuca, katkı payı alacağı kavramı üzerinden ulaşmak da pekâlâ mümkündür. Mal ayrılığı rejimi

geçerli olsa dahi, ev işleri ile uğraşan kadının, kocası tarafından edinilmiş olan malların değerine bu emeği oranında ortak edilmesi çok daha adil olacaktır.

Konunun Yargıtay’ca aksi yönde çözüme kavuşturulmuş olması²⁴⁶; ev işleri dışında bir işi olmayan kadınlarımızın katkı payı alacağına sahip olmadığının kabul edilmesi, kendi bünyesinde pek çok olumsuz özelliği barındıran bir rejimin hem de yasal mal rejimi olarak kabulünü haklı göstermez. Yapılması gereken bir kanun hükmü ile Yargıtay’ın hakkaniyet düşüncesini yerle bir eden kararlarına ters yönde bir düzenleme getirmek iken başkaca adaletsizliklerin önünü açmak değildir, olmamalıdır. Tabiri caiz ise, evin işleri için saçını süpürge eden bir kadını bu emeğini hiçe sayıp katkı payından mahrum etmek ne kadar adaletsiz ise; kocası ya da karısı çalışıp didinirken evde yatmayı tercih eden bir eşi, diğerinin kazandığı malvarlığına hem de onunla eşit seviyede ortak etmek de bir o kadar adaletsizdir.

Eşlerin mal rejimine yönelik tercihlerini belirlerken göz önüne almaları gereken temel nitelikler şöylece belirlenebilecektir:

Seçimlik mal rejimi türlerinden biri olan paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde eşler kendilerine ait olan mallar üzerinde hukukun çizdiği sınırlar çerçevesinde mülkiyet hakkına sahiptir. Bu anlamda, kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korurlar. Paylaşımlı mal ayrılığı rejimi de, özü itibarıyla, eşlerin ayrı malvarlığına sahip olması ilkesine dayanır. Bundan dolayı tasfiye halinde eşler diğerinde olan mallarını geri alırlar. Bununla birlikte, TMK’nın 250. maddesine göre;

“Eşlerden biri tarafından paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin kurulmasından sonra edinilmiş olup ailenin ortak kullanım ve yararlanmasına özgülenmiş mallar ile ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar veya bunların yerine geçen değerler, mal rejiminin sona ermesi hâlinde eşler arasında eşit olarak paylaşılır. Paylaştırmada işletmelerin ekonomik bütünlüğü gözetilir.

Manevî tazminat alacakları, miras yoluyla edinilen mallar ile karşılıksız kazandırmada bulunanın açık iradesinden aksi anlaşılmadıkça, sağlar arası veya ölüme bağlı tasarruflarla edinilen mallar hakkında bu hüküm uygulanmaz”.

²⁴⁶ Örneğin, “2. HD., 06 Mart 2007 Tarih ve E. 2007/8774 K. 2007/9394 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 20.05.2020”.

Bu paylaşımın aynen paylaşma suretiyle yapılacağı söylenmelidir. Aynen paylaşma ilkesi her şeyden önce bir zorluğa işaret eder. TMK md. 250 hükmünün bu rejimi seçecek eşler bakımından belirleyici olduğu söylenmelidir.

Mal ayrılığı rejiminde eşlerin ayrı malvarlıklarına sahip olması asıldır. Eşler kendilerine ait olan malları üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korurlar. TMK md. 223/II kuralı mal ayrılığı rejiminde uygulanmaz. Eşlerden her biri kendi borçlarından bütün malvarlığı ile sorumludur. Mal ayrılığı rejimi ferdiyetçi bir anlayışın ürünüdür. Eşlerin çalışma karşılığı edindiği bütün mallar da kendilerine ait olur ve bir paylaşım söz konusu olmaz. Bu noktada olsa olsa diğer eşin katkı payı alacağından bahis açılabilir. Katkı payı ise edinilmiş mallara katılma rejimindeki katılma alacağından farklıdır. Bir eş diğerinin bir mal edinmesine kendi malvarlığından bir katkı yapmış ise tasfiye halinde bir alacak talebinde bulunabilecektir. Yargıtay uygulamasında, katkı payı alacağı bir çeşit katkı tazminatı olarak tanımlanmaktadır²⁴⁷. İsviçre Medeni Kanunu'nda da yer alan müessesse Türk Medeni Kanunu'nda seçimlik mal rejimleri arasında sayılmıştır. Türk Medeni Kanunu'nda mal ayrılığı rejimi ile ilgili sadece iki madde yer almaktadır. Bunun nedeni ise "paylaşmalı mal ayrılığı" rejiminin detaylı bir şekilde düzenlenmesidir. İsviçre Medeni Kanunu'nda ise, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi yer almadığı için, mal ayrılığı rejimi daha detaylı biçimde ele alınmıştır²⁴⁸.

Türk Medeni Kanunu'nda yer verilen seçimlik mal rejimlerinden olan mal ortaklığı rejimi ise, eşlerin elbirliği mülkiyetiyle hak sahibi oldukları²⁴⁹ ortaklık malları

²⁴⁷ Karamercan, s. 533. Ayrıca bkz. "[...]Davacı G. vekili,[...] davalının, annesinin veya babasının bir lira katkısı olmadığını, davacının görevi gereği askeri gemilerde bulunması ve sürekli Ankara dışında olması sebebiyle evin tapusunun eşi A. üzerine yapıldığını açıklayarak fazlaya dair hakları saklı kalmak üzere 7.000 TL katkı tazminatının satın alma tarihinden itibaren yasal faizi ile davalıdan tahsiline karar verilmesini istemiş[...]buna göre davanın kabulüne karar verilmesi gerektiğini bildirmiştir.[...] Dava konusu Ayvalı Mahallesi 31761 ada 14 parseldeki 9 numaralı mesken 6.3.2000 tarihinde satın alınarak miras bırakan A. Ş. adına tescil edilmiş olup, dava bu meskenin alımında davacının gerek babasının verdiği para, gerekse çalışarak elde ettiği geliri ile katkıda bulunduğu iddiası ile açılan mal rejiminin ölüm sebebiyle sona ermesinden kaynaklanan katkı payı alacağı davasıdır.[...]" "8. HD., 9 Aralık 2014 Tarih ve E.2014/19991 K.2014/22098 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 22.05.2020".

²⁴⁸ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 379; İsviçre Mal Rejimi Hukuku ile ilgili detaylı bilgi için bkz. Steck, Daniel/ Roland, Frankhauser: FamKomm Band I: ZGB, Vorbem. Art. 196-220, Kn. 1 vd.

²⁴⁹ Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 438; Akıntürk/Ateş, s. 189; Yağcıoğlu, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, (İzmir, 2007), s. 25.

ve eşlerin kişisel mallarından oluşmaktadır. Mal ortaklığı rejiminin çekirdeğini oluşturan ortaklık mallarının yönetimi ise olağan ve olağanüstü yönetim olarak ikiye ayrılmaktadır²⁵⁰.

Ortaklık mallarının tâbi olduğu elbirliği mülkiyeti rejimi, TMK md. 701 vd. maddelerinde yer alan elbirliği mülkiyetinden ayrılmaktadır. TMK md. 701'e göre elbirliği mülkiyetine konu malın yönetimi ve tasarrufu için ortakların oybirliğiyle karar almaları gerekmektedir, özel hüküm niteliğindeki TMK md. 262'ye göre, olağan yönetim kapsamında kalan hallerde, her eş, tek başına ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya ortaklık mallarında tasarrufta bulunabilir²⁵¹. Fakat olağan yönetimi aşacak şekilde malvarlığının alışılmış idaresinin dışında kalan bütün hukuki işlemlerin (ortaklığı yükümlülük altına sokma veya mallarda tasarrufta bulunma) ise olağanüstü yönetim kapsamında olduğu, birlikte veya diğer eşin rızasıyla yapılabileceği kabul edilmektedir²⁵². Olağanüstü yönetim kapsamındaki bir işin yapımında eşlerden biri, haklı bir neden olmaksızın rıza vermezse, diğer eş evlilik birliğinin temsili ile ilgili hükümler çerçevesinde aile mahkemesine başvurabilecektir²⁵³.

Görüldüğü gibi, kanun koyucu evlilik birliğinin korunması amacıyla mal ortaklığı rejiminde olağanüstü yönetim kapsamında kalan işlemlerde iki eşin birlikte hareket etmesi ya da diğer eşin rızasının alınması şartını getirmiştir. Bununla birlikte TMK md. 262/II'ye göre, rızanın olmadığı durumlarda, eğer işlemin tarafı olan üçüncü

²⁵⁰ Akıntürk/Ateş, s. 190.

²⁵¹ “Bu işlemlerin olağan yönetim sınırları içinde kalıp kalmadığı her somut olaya, malvarlıklarının kapsamına ve değerine vb. ölçütlere göre değerlendirilecektir. Örneğin: çok sayıda ve yüksek mevduatın bulunduğu bir mal ortaklığında, eşlerden her biri vade sonlarında vadeyi uzatarak yeni faiz oranları ile mevduat sözleşmesi yapma; ailenin ortak giderleri için vade sonu faizlerini tahsil etme; TL mevduat hesabını kapatıp, bunun yerine yabancı para alarak vadeli hesaba yatırma gibi tasarruflarda bulunabilirler.” Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 398. Gümüş'e göre, ortaklık mallarının küçük onarımları, bankadan para çekilmesi ve kira getiren ortaklık mallarına ilişkin kira parasının tahsili veya tarımsal işlerin yürütümü olağan yönetim işleri arasında sayılabilir. Ayrıca olağan yönetim sınırlarının belirlenmesinde Türk Medeni Kanunu'nun paylı mülkiyette olağan yönetim işlerini düzenleyen 690. maddesi de belirleyici niteliktedir. Bkz. Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 440. Olağan yönetimi aşan, hayat tecrübelerine göre malvarlığının alışlagelmiş idaresi dışında kalan bütün hukuki işlemler olağanüstü kabul edilir. Bkz. Çiğdem Mine/Bozkurt Yaşar, Sevgi: “Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı”, TBB Dergisi, S. 113, (2017), s. 449-516, s. 465.

²⁵² Öztan, s. 551-552; Özuğur, s. 196.

²⁵³ Özuğur, s. 196.

kişi diğeri eşin rıza göstermediğini bilmiyorsa veya bilebilecek durumda değilse, diğeri bir ifadeyle iyiniyetliyse, bu rızanın varlığı bir karine olarak kabul edilir.

Kanunun 264. maddesine göre, mal ortaklığı rejiminde eşlerden biri diğeri rızasıyla ortaklık mallarını kullanarak tek başına bir meslek ya da sanat icra ediyorsa, bu meslek ve sanata ilişkin bütün işlemleri yapabilecektir. Söz konusu hükümde de diğeri eşin rızası aranmaktadır²⁵⁴. Bu durumda, eşler arasında çoğu zaman bir adi ortaklık sözleşmesinin mevcut olacağı doktrinde ileri sürülmektedir²⁵⁵.

Son olarak, Kanunun 265. maddesine göre eşlerden biri, ortaklık mallarına girecek aktif bir değer içeren mirası, diğeri eşin rızası olmaksızın reddedemeyecek olup terekenin borca batık olması halinde de bu mirası kabul edemez. Eşlerin ortaklık mallarına miras yoluyla zarar vermelerini engellemeyi amaçlayan TMK md. 265 kapsamında diğeri eşin rızasının söz konusu olmadığı hallerde, mirasın reddi ya da borca batık terekenin kabulü şeklindeki irade açıklamaları, diğeri eş için bağlayıcı olmayacaktır. Olağanüstü yönetim; elbirliğini, elbirliği de birlikte hareket etmeyi gerektirdiğinden bir eşin diğeri eşin, rızası olmaksızın söz konusu ret ve kabul beyanlarında bulunmasının yetkisiz temsil oluşturacağı da savunulmaktadır²⁵⁶.

Biz, burada yer verdiğimiz ilkeler ışığında, mal rejimi türlerinin temel niteliklerine değinerek, eşlerin bu nitelikleri esas almaları ve bir tercih yapmalarının evlilik birliğini koruyucu bir etkiye sahip olacağını söylemek isteriz. Aşağıda, yasal mal rejiminin konumuz bakımından önem arz ettiğini düşündüğümüz özelliklerine de ayrıca işaret edilecektir.

²⁵⁴ “Örneğin, mal ortaklığına dahil olan bir işyerinde, eczacı olan eşin eczane işletmesine diğeri eş rıza gösterdiğinde, eczacı olan eşin bu işletmeyle ilgili her türlü işlemleri bizzat yapması mümkündür. Bunları yapabilmesi için diğeri eşin rızasını alması gerekmeyecektir.” Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 399, 400.

²⁵⁵ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 440; Zeytin, s. 90.

²⁵⁶ Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 458; Akıntürk/Ateş, s. 190.

c. Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi)

i. Genel Olarak

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda, “edinilmiş mallara katılma rejimi” yasal mal rejimi olarak kabul edilmiş ve -yukarıda da açıklandığı gibi- bunun alternatifleri "mal ortaklığı" (md.256-281), "mal ayrılığı" (md.242-243) ve "paylaşmalı mal ayrılığı" (md.244-255) rejimleri olmuştur. Kanun koyucunun, “tipe bağlılık” prensibi çerçevesinde sınırlı seçenekler sunduğu; eşlerin bu sınırlı özgürlüklerini kullanmadığı hallerde, yasal mal rejimi olan "edinilmiş mallara katılma rejiminin" geçerli olacağı bir kez daha söylenmelidir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerden her biri veya mirasçıları, diğer eşin mal rejimi süresince edindiği mallara ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Böylelikle, karşılığı verilerek vuku bulan kazandırmalara diğer eşin de ortak olduğu; fakat bu ortaklığın "aynı" bir düzeyde değil de, "edinilen malın değerine" ortak olma tarzında tezahür ettiği söylenmelidir.

Tüm bu açıklamalarımız göstermektedir ki, edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından belirleyici olan, eşlere ait malların hangi mal grubuna girdiğinin tespit edilmesidir. Zira bu mal rejiminde edinilmiş malların değeri üzerinden paylaşım esas iken, kişisel mallar paylaşım dışında tutulmuştur. Böylelikle edinilmiş mallara katılma rejiminde, eşlerin malvarlığının iki farklı başlık altında incelendiğini söylemek isteriz²⁵⁷. Bunlardan ilki kişisel mallar, ikincisi ise edinilmiş mallardır. Edinilmiş mallardan kasıt bir emek verilerek elde edilen, eşlerin kişisel malı olmayan (TMK md. 220 hükmünün mefhum-u muhalifinden hareketle) mallardır; başka deyişle, TMK md. 219 hükmünde de ifade edildiği üzere, eşlerin evlilik birliği sırasında karşılığını vererek elde etmiş olduğu malların tümüdür. Çalışma karşılığı olan edimler, sosyal güvenlik kuruluşlarınca ya da sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının ya da personele yardım için kurulan sandık ve sandık benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar ile kişisel malların gelirleri ve edinilmiş malların yerine

²⁵⁷ Zeytin, s. 41. Medeni Kanunumuzun mal rejimi hükümleri İsviçre Aile Hukukunda 1984 tarihinde kabul edilmiş olup, 1988 tarihinden beri uygulanan birtakım değişikliklere uğramış mal ayrılığı türü olan edinilmiş mallara katılma rejimini düzenlemektedir. Bkz. Sarı, s. 132.

geçen değerler edinilmiş mal kategorisinde değerlendirilir²⁵⁸. TMK md. 219, edinilmiş malların tanımını yapıp bu tanımdan yola çıkarak bu tanımda mevcut olan özellikleri taşıyan malvarlığı değerlerini edinilmiş mal olarak öngörmüştür. Bunun dışında da belirli mal değerleri, tanıma uyup uymadığı dikkate alınmaksızın, edinilmiş mal olarak kabul edilmektedir.

TMK md. 220’de kişisel mallar dört bent halinde sayılmıştır:

“1. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya,

2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri,

3. Manevî tazminat alacakları,

4. Kişisel mallar yerine geçen değerler.”

Aslında, böylelikle, bunlar dışında kalan malların edinilmiş mal olacağı dolaylı olarak ifade edilmiştir²⁵⁹.

TMK’nın 221. maddesine göre, eşler, bir mal rejimi sözleşmesi akdederek, bir mesleğin icrası veya bir işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan ve kural olarak edinilmiş mallara dahil olan malları, kişisel mal olarak kabul edebilirler. Keza, yine mal rejimi sözleşmesi akdederek, kişisel malların gelirlerinin kişisel mal sayılacağını da kararlaştırabilirler.

TMK’nın 222. maddesi ise, esasen bir karine ortaya koymaktadır. Buna göre, her kim ki bir malın kendisine ait olduğunu iddia ediyor ise bu hususu ispat etmek zorundadır. Eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar ise onların paylı mülkiyetinde sayılır. Yine, bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş

²⁵⁸ Yıldırım, s. 99; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 253; Sarı, s. 134. Kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mal sayılarak yarı oranında paylaşımına tâbi tutulmasının mülkiyet hakkına haksız bir müdahale olduğu iddiasıyla ilgili kanun hükmünün iptali talebiyle Kayseri 5. Aile Mahkemesi tarafından Anayasa Mahkemesi’ne başvuruda bulunulmuştur. Anayasa Mahkemesi ise “14.12.2016 tarih ve E.2016/36 K.2016/187” sayılı kararıyla bu itiraz başvurusunu reddetmiştir. Mahkeme, öncelikle, kuralın mülkiyet hakkının özüne dokunmadığını tespit etmiştir. Ardından hükmün amacının ailenin ve özellikle kadının korunması olduğunu belirtmiştir. Bu tespitin ardından ölçülülük incelemesi yapan Mahkeme, kanaatimizce de haklı olarak, eşlerin istedikleri takdirde bu mal rejiminde değişiklik yapabileceklerini vurgulamış ve bu gerekçeyle mülkiyet hakkına müdahalenin ölçülü olduğuna karar vermiştir “AYM, 14.12.2016 tarih ve E.2016/36, K.2016/187 sayılı karar. Karar için bkz. www.anayasa.gov.tr, E.T. 21.11.2020”.

²⁵⁹ Sarı, s. 134; Akıntürk/Ateş, s. 155.

mal sayılır. Başka deyişle TMK md. 222/III'de edinilmiş mal karinesi ihdas edilmiştir. Bir malvarlığı değerinin hangi kategoriye girdiği hususunda şüphe hasıl olur ise, edinilmiş mal karinesi devreye girer.

Böylelikle edinilmiş mallara katılma rejimini ana hatları ile izah etmiş bulunuyoruz. Bundan sonra, konumuz bakımından önem arz ettiğine inandığımız bazı konuları daha yakından incelemek isteriz.

ii. Türk Medeni Kanununun Yasal Mal Rejimiyle İlgili Getirmiş Olduğu Düzenlemeler ve Eşlerin Mal Rejimi Sözleşmesiyle Yapabilecek Oldukları Değişiklikler

TMK md. 221/I hükmüne göre "*Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler*".

Türk Medeni Kanunu'nun 221. maddesinin ilk fıkrası, eşlerin anlaşması yoluyla, iki edinilmiş mal türünün kişisel mal olarak sayılabılme imkânını getirmektedir. Bunlardan ilki, eşin bir meslek sahibi olması halinde mesleğinin icrasından elde edeceği malvarlığı değerleridir. Bir avukatın hak kazandığı vekalet ücreti veya hizmet sözleşmesiyle çalışan bir kişinin bu kapsamda elde ettiği maaş geliri ile elde ettiği mallar buna örnek verilebilir. Hüküm kapsamında ayrıca eşin işletme sahibi olması halinde işletmesinden elde ettiği gelir ile örneğin bir gayrimenkul veya araba vb. satın aldığı hallerde, bu mallar da mal rejimi sözleşmesiyle kişisel mal olarak belirlenebilir²⁶⁰.

Ancak doktrinde bu hüküm edinilmiş mallara katılma rejiminin doğasına aykırı olduğu ve çeviri hatası yapıldığı gerekçesiyle eleştirilmektedir²⁶¹. TMK md. 221'in karşılığı olan İMK md. 199/I'de "*bir mesleğin icrası veya bir işletmenin faaliyeti için tahsis edinilmiş mallara dâhil malvarlığı değerlerini eşler mal rejimi sözleşmesi ile kişisel mal olarak kabul edebilirler*" hükmüne yer verilmiştir. Doktrindeki bir görüşe göre, mehzaz kanundaki bu düzenleme incelendiğinde, eşlere aslında bir mesleğin icrasına veya bir işletmenin faaliyetine özgülenmiş malları edinilmiş malların dışında

²⁶⁰ Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 265-266., Acar, Faruk, Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletler Arası Hukuk ve Milletler Arası Özel Hukuk Bülteni, cilt 35, s.143-156, 2015, s.147. Aynı yönde bkz. Gündoğdu, Özbek, Melisa, Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Eklenecek Değerler ve Uygulaması, (İstanbul, Eylül, 2020), s. 21; Şıpka, s. 120.

²⁶¹ Şıpka, s. 120-121; Zeytin, s. 170; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri s. 271; Sarı, 183.

tutma imkânı verilmek istendiği anlaşılmaktadır ve TMK md. 221 de mehzaz kanun göz önünde bulundurularak bu şekilde yorumlanmalıdır²⁶². Zira mevcut madde hükmünün lafzi olarak yorumlanarak, eşlerin mesleklerinin icrası veya işletmelerinin faaliyeti sonucu elde ettikleri gelirleri edinilmiş malların dışında tutmalarına imkân verilmesinin, edinilmiş mallara katılma rejiminin *ratio legis*'ine aykırı bir yorum olacağı dile getirilmektedir. Biz, çeviri hatası dahi olsa, bu maddenin esasen isabetli olduğu kanaatindeyiz. Mal rejimine yönelik daha önce yapmış olduğumuz açıklamalar göstermektedir ki, bu hususlarda tarafların tam bir serbesti içinde bırakılması en isabetli yöntemdir. Kaldı ki, burada bir zorunluluktan değil; bir seçimden bahsedilmektedir. Başka deyişle, TMK'nın öngördüğü düzenin kabul edilmesi eşlerin mal rejimi ile bu yönde bir irade ortaya koyması ile mümkün olur. Özellikle, söz konusu işletmenin, örneğin evlenmeden önce zaten faaliyette olduğu ve evlenmeden sonra da faaliyete devam ettiği hallerde, TMK md. 221'den yararlanılarak sadece bu işletmeden elde edilen gelirlerin edinilmiş malların dışında bırakılmasının kanunun ruhuna zarar vermeyeceği açıktır. Biz, yukarıda insan doğasına daha yakın olan tercihin mal ayrılığı olduğunu da ifade etmiştik. Öte yandan, madde bütün edinilmiş mal değerleri için değil; sadece eşlerden birinin emek yoğunluğu ile ortaya koyduğu değerler bakımından bir istisna tanımaktadır. Biz, TMK md. 221'i, edinilmiş mallara katılma rejimi bünyesinde mal ayrılığı rejiminin izlerinin ortaya çıktığı bir madde olarak yorumlamaktayız.

TMK md. 221/II gereğince, mal rejimi sözleşmesi yaparak eşler sahip oldukları her türlü kişisel malın; örneğin miras yolu ile edinmiş oldukları mallardan sağladıkları gelirlerin veya kişisel malları niteliğindeki taşınmazlardan elde etmiş oldukları kira bedellerinin edinilmiş mal sayılmayacağını kabul edebilirler.

Değer artış payı, eşlerin normalde harcadıkları veya harcamaları gereken emek dışında sarf ettikleri emekle oluşan maddi katkıları ve bunun yanı sıra iş gücü katkılarıdır²⁶³. Eşler, TMK md. 227/III gereğince değer artış payını yazılı olmak kaydı ile değiştirebilirler veya ortadan kaldırabilirler²⁶⁴.

TMK md. 227/III hükmü gereği, eşler yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler. Maddenin açık

²⁶² Zeytin, s. 134; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 221.

²⁶³ Zeytin, s. 177.

²⁶⁴ Mortaş, s. 16.

ifadesinden de anlaşılacağı üzere, “yazılı bir anlaşmayla” ibaresi bulunduğundan böyle bir anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılma zorunluluğu yoktur²⁶⁵. Bu tür anlaşmalar belirli bir mala yapılan katkı için de kabul edilebilir²⁶⁶.

TMK md. 237/I'e göre, eşler artık değere katılmak için TMK md.236/1'den farklı bir esas kararlaştırabilirler. Eşlerin artık değere katılma durumları, mal rejiminin sona eriş şekline göre değişim gösterebilir. Mal rejiminin sona erme şekli eşlerden birinin ölümü durumunda farklı, boşanma durumunda farklıdır. TMK md. 239/II, “Katılma alacağının ve değer artış payının derhal ödenmesi kendisi için ciddi güçlükler doğuracaksa, borçlu eş ödemelerinin uygun bir süre ertelenmesini isteyebilir” hükmünü içermektedir. Doktrindeki²⁶⁷ bir görüşe göre, borçlu eşin katılma alacağı ve değer artış payını ödemede güçlüğü düşebileceğini öngörmesinin mümkün olmadığı ve hüküm emredici nitelikte olduğu için, borçlu eşin bu hakkından önceden feragat etmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bu hak, sadece eşe tanınmış bir hak olup eşin mirasçılarının bu haktan yararlanması söz konusu değildir²⁶⁸. Doktrindeki²⁶⁹ diğer görüşe göre ise, md. 239/II hükmüne ilişkin herhangi bir sınırlamanın söz konusu olmadığı ve borçlu eşin mirasçılarının da bu hükümden yola çıkarak erteleme talebinde bulunabileceklerini öne sürmektedir. Biz çoğunluk görüşüne katılıyoruz. Kanaatimizce erteleme isteme hakkı evlilik birliğini desteklemek için sadece eşlerin şahsına tanınmış bir haktır.

Eşler, ancak tasfiye aşamasının sona ermesi halinde bir anlaşma yaparak faiz ve güvence haklarından feragat edebilirler veya bu haklarını kanunun çizdiği sınırlar çerçevesinde belirleyebilirler. Eşlerin tasfiye durumu gerçekleşmeden böyle bir belirlemede bulunmaları mümkün de değildir²⁷⁰. Çünkü evlilik birliği devam ediyorken

²⁶⁵ Şıpka s. 200; Sarı, s. 271-272. “Türk Hukuku bakımından mal rejimi süresince yapılan bütün katkılardan feragat için adi yazılı şeklin yeterli olacağı kanaatindeyiz.” Midyat, Nuri Aziz: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı, (İstanbul, 2017), s. 47.

²⁶⁶ Şıpka s. 200; Sarı, s. 271, 272.

²⁶⁷ Zeytin, s. 333.

²⁶⁸ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 398; Zeytin, s. 333; Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 360.

²⁶⁹ Sarı, s. 249. aynı yönde Uluç, Yusuf: Mal Rejimleri ve Tasfiyesi, (Ankara, 2014), s. 1424; Şengül Mehmet: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Katılma Alacağının İfasına İlişkin Hüküm ve Sonuçlar”, ERÜHFD, C:VII, S. 3-4 (2012), s. 64.

²⁷⁰ Şıpka, s. 318; Zeytin, s. 336; Sarı, s. 251; Şıpka, Şükran/Özdoğan, Ayça: Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, (2. Bası, İstanbul, 2017), s. 478; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 389.

ve tasfiye gerçekleşmeden kimin borçlu kimin alacaklı olduğunun tespiti mümkün değildir.

TMK md. 241/I, *“Tasfiye sırasında, borçlu eşin malvarlığı veya terekesi, katılma alacağını karşılamadığı takdirde, alacaklı eş veya mirasçıları, edinilmiş mallarda hesaba katılması gereken karşılıksız kazandırmaları bunlardan yararlanan üçüncü kişilerden eksik kalan miktarla sınırlı olarak isteyebilir”* hükmünü içermektedir. Bu hüküm emredici olup bu hükümle birlikte, eşlerin irade serbestilerine yapılmış bir sınırlama mevcut değildir; aynî talep özelliği taşımayan bir parasal değere ilişkin edimin icrası eşlere şahsi nitelikli bir talep hakkı sağlar²⁷¹. Hükümde sözü geçen *“tasfiye sırasındaki”* ifadesinin ne anlama geldiği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş²⁷², bu hükmün alacaklı eşini korumak için getirilmiş olduğundan yola çıkarak, katılım alacağı belirli hale gelip mal rejimi tasfiyesi gerçekleştiği anda muaccel olacak ise de mal rejimi tasfiyesinden önce katılma alacağının borçlu eş tarafından ifası mümkün değilse, alacaklı eş üçüncü kişilerden talepte bulunma imkânına sahip olmalıdır. Bizimde katıldığımız doktrindeki diğer görüş²⁷³ ise, *“tasfiye sırasındaki”* ifadesini, mal rejiminin tasfiyesinden sonraki katılma alacağının ifasının talep edilebilir olduğu aşamada; yani katılım alacağının belirli hale gelip doğmuş olduğu zaman diliminde, alacaklı eşin üçüncü kişilere karşı talep hakkını ileri sürebileceği yönünde yorumlamaktadır.

Kanaatimizce, eşlerin irade serbestisi ile, yasal mal rejimine ilişkin kurallardan ayrılarak kendi istekleri doğrultusunda bir tasfiye düzenini sınırlı da olsa kabul etmelerine imkân tanıyan tüm bu düzenlemeler, ailenin huzurunu sağlayıcı bir etkiye sahip olabilecek ve böylelikle dolaylı da olsa evlilik birliğinin korunmasına hizmet edecektir.

²⁷¹ Zeytin, s. 348; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri s. 422; Sarı, s. 259; Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 328.

²⁷² Sarı, s. 255,

²⁷³ Öztas, İlker: “Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, S. 98, (2011), s. 553-579, Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 419.

iii. Paylı Mülkiyette Pay Devrinin Rızaya Tâbi Olması

Paylı mülkiyet, “Belirli bir nesne üzerindeki mülkiyet hakkının, paylı olarak birden fazla kişiye ait olmasıdır”²⁷⁴. Kural olarak, TMK md. 688 uyarınca, paylı mülkiyette paydaşlardan her biri kendi payı bakımından bir malikin hak ve yükümlülüklerine sahip olmakta, pay devredilebilmekte, rehnedilebilmekte veya bu pay alacaklılar tarafından haczedilebilmektedir. Bununla birlikte, evlilik birliğinin korunması amacıyla Türk Medeni Kanununun istisna niteliğindeki²⁷⁵ 223. maddesiyle, paylı mülkiyet halinde sahip olunan malvarlığı değerleri bakımından, paydaş olan eşlerden birinin payı üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılarak, diğer eşin rızasına bağlanmıştır²⁷⁶.

Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, böyle bir anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılma zorunluluğu yoktur²⁷⁷. Eşler bu anlaşma çerçevesinde tüm müşterek malları için genel bir düzenleme yapabilecekleri gibi, biri ya da birkaçı için de yapabilirler²⁷⁸.

Bu sınırlama ile evlilik birliğinin huzurlu bir şekilde devam etmesi için üçüncü kişilerin paylı mülkiyet ilişkisine dahil olmaması amaçlanmıştır²⁷⁹. Bunun sebebi ise, paylı mülkiyet konusu eşyanın özelliğinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, birçok ev

²⁷⁴ Paylı mülkiyette mülkiyet hakkı tasarruf yetkisi bakımından bölünebilir olup her paydaş hukuki tasarruf yetkisine sahiptir bkz. *Arpacı, Abdülkadir*: Türk Medeni Kanunu Açısından Müşterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, (İstanbul, 1990), s. 3.

²⁷⁵ *Öztan*, s. 459; *Sarı*, s. 63; *Kılıçoğlu Yılmaz, Kumru*: “Eşlerin Paylı Mülkiyetleri”, TBB Dergisi, S. 114, (2014), s. 79-104, s. 94; *Acabey, Mehmet Beşir*: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyet Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9 Özel Sayı, (2007), s. 491-534, s. 531, *Öztaş, İlker*, Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma Ve Yararlanma Hakkı, (İstanbul 2011), s.18

²⁷⁶ Yukarıda belirtildiği üzere, söz konusu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejimi kapsamında bir kural olup, bu kuralın Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen seçimlik mal rejimlerinden mal ayrılığı rejiminde uygulanması söz konusu değildir. Bkz. *Kılıçoğlu, Aile Hukuku*, s. 380. Söz konusu hüküm tasarruf yetkisini ortadan kaldırmayıp, sadece diğer eşin rızasına tâbi tutarak sınırlandırmaktadır. Bkz. *Barlas*, “Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Makalelerim, s. 255; Bkz. *Sarı*, s. 63.

²⁷⁷ *Şıpka*, s. 136; *Gümüş* Evliliğin Genel Hükümleri, s. 282; *Sarı*, s. 75; *Acar*, Aile Konutu Mal Rejimleri, s.137.

²⁷⁸ *Şıpka*, s. 136-137.

²⁷⁹ *Kılıçoğlu*, Aile Hukuku, s.287.

eşyası, ortak kullanım için alınan motorlu araçlar veya mülkiyet konusu başka herhangi bir değer (örneğin, bir fikir ve sanat eseri)²⁸⁰ her iki eş arasında paylaşılabılır²⁸¹.

İlk olarak, eşlerin genellikle beğenerek aldıkları ortak mülkiyete tâbi bir eşyada eşlerden birinin payını, diğer eşin rızası hilafına devretmesi, evliliğin mutluluğuna zarar verebilecek, diğer eş istemediği bir üçüncü kişiyle paydaş haline getirebilecektir²⁸². İkinci olarak, TMK çerçevesinde katılma alacağına veya miras hissesine mahsuben sağ kalan eşe ev eşyasına ilişkin aynı hak düzeyinde bir talepte bulunma yetkisi verilmektedir. Dolayısıyla, TMK md. 223 hükmünde rıza şartı aranmamış olsaydı, eşin rızasının bulunmadığı bir devir işlemi, ölüm hâlinde sağ kalan eşin paylı mülkiyet konusu ev eşyası üzerinde bu şekilde bir talepte bulunmasını da engelleyebilirdi.

Son olarak belirtelim ki, mal rejimi tasfiyesi sırasında paylı mülkiyet konusu mallar için üstün yararı olduğunu kanıtlayan eş, diğer eşin payını satın alma hakkına sahiptir. Mal rejimi tasfiyesi evlilik birliği sona erdiğinde söz konusu olduğundan, eşlerin ortak menfaati ve dolayısıyla ailenin menfaati yerine eşlerin şahsi menfaati ön planda tutulmuştur. Öte yandan TMK md. 223'te bir rıza şartı söz konusu olmasaydı, eşin bu hakkı da engellenebilirdi²⁸³.

Bu tasarruf sınırlamasının paylı mülkiyette münhasıran eşlerin paydaş olduğu hallerle mi sınırlı olduğu, yoksa eşlerin üçüncü kişilerle paydaş olduğu hallere de mi uygulanıp uygulanmayacağı doktrinde tartışmalıdır²⁸⁴. Hükmün lafzından anlaşıldığı kadarı ile madde münhasıran eşlerin paylı mülkiyetinde olan mallar için sevk edilmiştir.

²⁸⁰ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 288.

²⁸¹ TMK md. 223 her türlü taşınır-taşınmaz mal için geçerlidir. Bkz. Şıpka, Şükran: "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35 S. 1, (2015), s. 47-58, s. 7; Sarı, s. 65.

²⁸² Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası,, s. 23; Yağcıoğlu, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, (İzmir, 2007), s. 19.

²⁸³ Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 24.

²⁸⁴ Bkz. karşı. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 288. Ancak bu durumda, üçüncü kişilerin kendi paylarını devretmeleri bakımından eşin rızası gündeme gelmeyecektir: Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s. 24-25. Şıpka'ya göre, eşlerin üçüncü kişilerle birlikte paydaş olması halinde bu hükümden yararlanılamaz. Bkz. Şıpka, "Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları", s. 54. Barlas'a göre ise, hükmün esas amacı eşler arasındaki paylı mülkiyet ilişkisine üçüncü kişilerin dahil olması yoluyla eşler arasındaki ahengin bozulmasını önlemek olup ilişkide zaten bir yabancı bulunuyorsa hükmü uygulamanın bir anlamı olmayacaktır. Bkz. Barlas, "Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Makalelerim,s. 257-258; Aynı yönde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 223.

Kanaatimizce hükmün istisnai nitelikte olması nedeniyle dar yorum yapılması gerekir. Bundan dolayı, eşlerden birinin ya da her ikisinin bir üçüncü kimse ile paylı mülkiyet ilişkisi içinde olduğu hallerde bu kuralın uygulanmayacağını kabul etmek gerekir.

Bununla birlikte, eşlerin aksi yönde bir anlaşmaları mevcut ise rızanın aranmayacağı da eklenmelidir²⁸⁵. Diğer bir ifadeyle, söz konusu rıza kuralı emredici nitelik taşımamaktadır. Öte yandan belirtilmesi gerekir ki, söz konusu rıza koşulu –satış vaadi sözleşmesi gibi- borçlandırııcı işlemler bakımından değil; temlik, rehin gibi tasarruf işlemi bakımından söz konusu olup, eşin kendi payı üzerindeki borçlandırııcı işlemi geçerlidir²⁸⁶. Ayrıca payların kamulaştırılması, cebri icra yoluyla satışlar, ölüme bağlı tasarruf konusu paylar da hükmün kapsamı dışındadır²⁸⁷.

Rıza söz konusu olmadan payın devredilmesi halinde, bu işlem rızası olmayan eş için bağlayıcı olmayacaktır²⁸⁸. Ancak eşin bu işleme sonradan icazet vermesinin önünde bir engel de bulunmamaktadır. Bu kapsamda, payı devralan üçüncü kişi, rızası olmayan eşe bildirimde bulunarak belirli bir süre içinde icazet vermesini talep edebilir. İcazet verilmesi durumunda işlem baştan itibaren geçerli sayılacak; verilmemesi durumunda ise işlem üçüncü kişi açısından da bağlayıcılığını kaybedecektir²⁸⁹. Süre boyunca askıda hükümsüz olan işlemin geçerliliği, icazetin verilmemesi durumunda kesin hükümsüzlüğe dönüşecektir²⁹⁰. Rıza ya da icazet için herhangi bir şekil şartı

²⁸⁵ Söz konusu anlaşmanın mal rejimi sözleşmesi şeklinde yapılması gerekli olmayıp herhangi bir şekil şartı aranmadığından anlaşma sözlü olarak dahi yapılabilecektir. Bkz. *Kılıçoğlu*, Aile Hukuku, s. 289; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 282. *Kılıçoğlu*'na göre usul hukuku bakımından eş olma durumu, senetle ispat kuralının istisnalarından olduğu için senetle ispat şartı da söz konusu olmayacaktır. Bkz. *Kılıçoğlu*, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s. 26. *Özüğür*'a göre aksine anlaşma mal rejimi sözleşmesi olarak yapılacaktır. Bkz. *Özüğür*, *Ali İhsan: Mal Rejimleri*, (8. Bası, İstanbul, 2015), s. 996. Öte yandan *Gümüş*'e göre, gelecekte eşler arasında kurulabilecek paylı mülkiyet ortaklıkları için önceden yapılan sözleşmeler geçersiz kabul edilmelidir. Bkz. *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280.

²⁸⁶ *Kılıçoğlu*, Aile Hukuku, s. 289; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 279; *Hausheer*, Art. 201 N. 25, s. 1116; *Kılıçoğlu Yılmaz*, s. 97.

²⁸⁷ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280; *Kılıçoğlu Yılmaz*, s. 96; *Barlas*, “Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, s. 255.

²⁸⁸ *Kılıçoğlu*, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s. 25.

²⁸⁹ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 281; *Kılıçoğlu*, s. 288; *Özüğür*, s. 996-997; *Kılıçoğlu*, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s. 25.

²⁹⁰ *Kılıçoğlu*, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, s. 26.

bulunmamaktadır²⁹¹. Öte yandan rıza, açık olabileceği gibi örtülü rıza ya da rıza iradesini ortaya koyan davranışlar da söz konusu olabilir²⁹².

Rızanın bulunmadığı durumlarda üçüncü kişinin iyiniyeti de gündeme gelebilir. Esasen bu konu tartışmalı olmakla birlikte²⁹³, paylı mülkiyet konusu malın taşınmaz bir mal olması halinde iyiniyetin TMK md. 1023 ve md. 1025/II uyarınca korunması gerektiği ileri sürülmüştür²⁹⁴. Ancak TMK md. 1023 ve md. 1025/II, yolsuz tescile ilişkindir. Oysa eşlerin sahip olduğu paylı mülkiyete konu bir taşınmazın varlığı durumunda, tapu sicilindeki kayıta hak sahibi görünen kişiler ile gerçek hak sahibi eşlerin kimliği örtüşür. Tapu sicilinde söz konusu taşınmazın malikleri doğru olarak gösterilmekte olup, üçüncü kişi sadece tarafların evli olduğunu bilmemektedir. Zira tapu sicilinde paydaşların medeni durumuna ilişkin bir kayıt yer almaz. Buna rağmen üçüncü kişinin iyiniyetinin işe yaramayacağı kanaatindeyiz. Zira, md.1023 ve md.1025'in devreye girmesi söz konusu değildir. Kanun iyiniyete yönelik hak kazanım hallerini birer birer saymıştır. TMK md. 223/II iyiniyete sonuç bağlamamaktadır. Bununla birlikte, meselenin aile konutuna ilişkin tartışmalarla karşılaştırmalı olarak ele alınması da zorunludur²⁹⁵. Öte yandan, söz konusu malın anonim ya da limited bir ortaklık payı olması durumunda, üçüncü kişi tamamen iyiniyetliyse, rızayı sağlayamayan eşin söz konusu üçüncü kişiye karşı tazminat değil; aynen ifa sorumluluğu doğar. Doktrinde kambiyo alacaklısının, temsilci olarak hareket eden kişinin yetkisizliğini bilmesi halinde yetkisiz temsilcinin ona karşı sorumluluktan kurtulacağı da kabul edilmektedir²⁹⁶.

Türk Medeni Kanunu'nda, eşin rıza vermemesi durumunda payını devretmek isteyen eş için mahkemeye başvurma yolu öngörülmemiştir. Doktrinde²⁹⁷ yer alan bir görüşe göre ise, özellikle TMK md. 2 kapsamında “dürüstlük kuralı” bakımından gerekli koşulların bulunması halinde payını devretmek isteyen eş, devretmekte haklı nedenlerinin bulunduğu ve diğer eşin haklı bir neden olmaksızın rıza göstermediği gerekçeleriyle veya eşin rızasının alınmasının mümkün olmadığı hallerde TMK md.

²⁹¹ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 280-281; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 97-98.

²⁹² Barlas, “Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, s. 256. Bu hususta aile konutuyla ilgili açıklamalar için bkz. yuk.ikinci bölüm, C.

²⁹³ Şipka, “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları”, s. 53.

²⁹⁴ Yılmaz/Bozkurt Yaşar, s. 465.

²⁹⁵ Bu hususla ilgili olarak bkz. yuk. İkinci bölüm II, A, 1, g.

²⁹⁶ Yılmaz/Bozkurt Yaşar, s. 469.

²⁹⁷ Ayan,s.122, Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s.25.

194/II'nin kıyasen uygulanmasıyla mahkemeye başvurarak izin alabilmelidir. Karşıt görüşe göre²⁹⁸, haklı bir nedene dayalı olarak payını devretmek isteyen eş ancak paylı mülkiyet ilişkisinin sona erdirilmesi talebinde bulunabilir²⁹⁹. Kanun koyucu benzer bir usulü paylı mülkiyette devir için rızanın alınmadığı durumlar için de öngörmek isteseydi 223. maddeye bu konuda bir hüküm eklenebilirdi. Haklı bir neden olmaksızın rızanın gösterilmediği hallerde söz konusu yorum yerine, Türk Medeni Kanunu'nda paylı mülkiyetin sona erdirilmesine ilişkin olarak yer alan 698. madde hükmü doğrudan uygulanabilir durumdadır. Bu kapsamda haklı bir neden olmaksızın rızanın gösterilmediği hallerde, diğer eşin paylı mülkiyetin sona erdirilmesini talep etme hakkı bulunmakta olup eş bu hakkı kullanabilir.

Kanaatimizce, TMK md. 194 hükmünün kıyasen uygulanmasına ilişkin ilk görüş, esasen evlilik birliği içerisinde yer alan kişilerin paylı mülkiyet ilişkilerine özgülenmemiş olan TMK md. 698 hükmünün uygulanmasını öneren diğer görüşe göre, aile hukuku ilişkilerinin doğasına daha uygun düşmektedir. Rızası alınmayan eş de bu hususta görevli ve yetkili aile mahkemesine başvurarak, kendisine satış izni verilmesini talep edebilmelidir. Bu madde ile esasen bir tasarruf yetkisi sınırlaması öngörüldüğü kabul edilecek olursa, TMK m. 194 hükmünün kıyasen de olsa uygulanabileceğini kabul etmek yerinde olur.

Söz konusu rıza kuralı, evlilik birliğinin korunması bakımından önemli bir fonksiyon taşımakla birlikte kanaatimizce uygulamada etkisiz hale gelmektedir. Öncelikle, TMK md. 698 uyarınca paylı mülkiyette her bir paydaş, hukuki bir işlem gereğince veya paylı malın sürekli bir amaca özgülenmiş olması³⁰⁰ sebebiyle paylı mülkiyeti devam ettirme yükümlülüğü bulunmadıkça, malın paylaşılmasını isteyebilir. Dolayısıyla paydaş olan eş, payını devretmek istediğinde, paylı mülkiyetin kaldırılmasını -istisnai durumlar dışında- her zaman talep etme hakkına sahiptir. İkinci

²⁹⁸ Bröm/Hasenböhler, Zürcher Kommentar, Art 168, N.24; Benzer yönde bkz. Barlas, "Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları", Makalelerim, s. 256-257.

²⁹⁹ Kılıçoğlu, 289. Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 25-26; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 279. Kılıçoğlu Yılmaz'a göre, gerekçe olarak hangi görüş kabul edilirse edilsin, haklı bir sebep olmaksızın rıza gösterilmediği ya da rızanın alınmasının mümkün olmadığı durumlarda eşler hâkime başvurma hakkına sahip olmalıdır. Bkz. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 99.

³⁰⁰ Gümüş'e göre; "Eşlerin paylı mülkiyetindeki eşya, ailenin ortak, sürekli ve kanımızca "esaslı" bir ihtiyacının giderilmesine özgülenmişse bu durum TMK md. 698 kapsamında paylı malın sürekli bir amaca tahsis edilmesi anlamına gelecek olup paylı mülkiyetin sona erdirilmesini isteme engeli oluşturur". Bkz. Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 282.

olarak, söz konusu rıza kuralı emredici nitelikte olmayıp, herhangi bir şekil şartına tabi olmayan bir anlaşma ile aksi yönde bir düzenleme yapılabilecektir. Ek olarak, rızanın açık olması aranmamakta, örtülü rıza veya rızayı ortaya koyan davranışlar dahi yeterli görülmektedir. Bu yolla, özellikle Türk toplumunda kadının hak ve özgürlükler bakımından dezavantajlı ve hassas bir konumda olduğu göz önünde bulundurulduğunda, uygulamada bu rıza kuralı işlemez hale getirilebilecektir.

Son olarak, Kanunun farklı bir bölümünde, 732. maddede yer alan ve bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişilere satması halinde diğer paydaşların yasal önalım hakkını kullanabileceğine ilişkin olan hüküm de hatırlatılmalıdır. Özel olarak evlilik birliğini korumayı amaçlayan bir düzenleme niteliği taşımayan bu hüküm, sadece paylı mülkiyete sahip olunan taşınmaz mallar için uygulanabilir bir hüküm olup³⁰¹, diğer eş için zaman ve masraf külfetine yol açmaktadır³⁰². Rızası bulunmayan eş, TMK md. 732’de yer alan yasal önalım hakkını kullanmak için yeterli ödeme gücü bulunmadığı takdirde bu hakkını kullanamayacak; bunun yerine TMK md. 223’te yer alan hakkını kullanarak satışı engelleyebilecektir³⁰³. Öte yandan söz konusu hüküm, paydaşa yalnızca paya ilişkin satım sözleşmesinde geçerli olan ve rıza niteliğinde olmayan bir önalım hakkı vermekten, 223. maddede mülkiyetin devri dâhil her türlü tasarruf işlemi için eşin rızası aranmaktadır³⁰⁴.

iv. Mal Rejimi Çerçevesinde Öngörülen Hâkim Kararına Dayalı Ödeme Ertelemeleri

TMK md. 217 uyarınca, “ *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*

³⁰¹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 287; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 23. Buna benzer olarak, TMK md. 226’ya göre, paylı mülkiyete tabi mallarda mal rejimi tasfiyesi sırasında da eşlerden biri diğerinin payını ödeyerek o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir. Bunun için eş, daha üstün bir yararının bulunduğunu ispat etmelidir. Bu konuda bkz. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 99-103.

³⁰² Kılıçoğlu Yılmaz, s. 95; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 23.

³⁰³ Kılıçoğlu Yılmaz, s. 95.

³⁰⁴ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 288; Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 23; Kılıçoğlu Yılmaz, s. 95. TMK md. 732’deki yasal önalım hakkı ile md. 223’teki rıza göstermeme hakkı, aynı anda uygulanabilir olduğu durumlarda, eş için seçimlik haklardır. Bkz. Kılıçoğlu Yılmaz, s. 96; Şipka, “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları”, s. 53.

göstermekle yükümlü tutar”. Bu düzenleme eşlerin hangi mal rejimine tâbi olduğuna bakılmaksızın uygulanır. Yeni Medeni Kanun’la eşler arasındaki cebri icra yasağı kaldırılmıştır³⁰⁵. Bahsi geçen hükmün getirilme sebebi budur. Ancak, uygulamada eşler arasında cebri icra yapılabilmesinde pratik güçlük olduğu, hatta imkânsızlık olduğu da gözetilmelidir. Bu hüküm boşanma aşamasında olan eşler için işlerlik kazanabilir.

Eşlerin seçmiş oldukları veya kanunen tâbi oldukları mal rejimi eşler arasındaki borçların muaccel olmasını engellemez. Eğer borçlu olan eşin borcunu ifa etmesi evlilik birliği için tehlike yaratacaksa, borçlu eş borcunun ifası için hâkimden süre talep edebilir. Bu tehlikeden kasıt zamanla aşılabilecek veya önemsiz bir tehlike değil; aksine ciddi ve aşılması güç bir tehlikedir³⁰⁶. Lehine erteleme kararı verilen eş, hâkimin takdir ettiği süre içinde ifa yükümünden kurtulur. Fakat borçlu eş ekonomik açıdan rahatlarsa, bir başka deyişle ifa imkânı doğarsa, hâkimin vereceği karar ile erteleme iptal edilebilir³⁰⁷.

Bu durumda hâkim, borçlu eşin talebi üzerine onun lehine “erteleme” imkânı tanımıştır. TMK md. 217’de sadece borçlu eşe tanınmış olan bu imkân, md. 185/III’te yer alan sadakat ve yardım yükümlülüğünün bir yansımasıdır³⁰⁸. Bu imkânın borçlu eşe tanınabilmesi için, eşin bu süre zarfında borcunu ifa edebilecek duruma gelme ihtimalinin bulunması gerekir. Aksi halde, bu imkânın tanınmasının bir anlamı yoktur³⁰⁹. Borçlu eş borcu için tanınan erteleme imkânının bir süreye bağlı olup olmadığı ise tartışmalıdır. Borçlu eşe tanınan erteleme imkânının evliliğin bitimine kadar tanınıp tanınmayacağı doktrinde tartışmalıdır³¹⁰. Kanaatimizce evliliğin bitimine kadar bu sürenin tanınması tabiri doğru değildir. Çünkü bu hükmün amacı, evlilik birliğini korumaktır. Evlilik kurumu bir ticari şirket muamelesi görmemeli veya her an

³⁰⁵ Akıntürk/Ateş, s. 153; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 272; Öztan, s. 418.

³⁰⁶ Zeytin, s. 93; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 272; Öztan, s. 418; Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 165, 166, ve ordaki dn 465; Alacaklı olan eşin ifaya olan menfaati ve borçlu eş lehine borcun tecil edilmesinin evlilik birliği açısından sağladığı fayda bir terazi içerisinde konulup tartılmalı ve hâkim kararını ona göre vermelidir.

³⁰⁷ Acar, Aile Konutu Mal Rejimleri, s. 167; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 250. Erteleme kararı birden fazla kez hâkim tarafından verilebilir; tek seferlik olması şart değildir.

³⁰⁸ Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 165; Öztan, s. 418.

³⁰⁹ Öztan, s. 418; Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 166.

³¹⁰ Aynı yönde bkz.; Acar, s. 166, Aile Konutu Mal Rejimleri; karşı görüş için bkz.; Şıpka, Şükran: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiyeyi ve Katılma Alacağına Talep Hakkına İlişkin Zamanaşımı Süreleri”, Prof. Dr. Bilge Öztan’a Armağan, (Ankara, 2008), s. 839 vd.

sona erebilecek bir kurum olarak görülmemelidir. Alacaklı eş evliliğin sona ermesi hâlinde, borçlu eş i ifaya zorlayabilme imkânına sahip olmasından dolayı boşanma, alacaklı eş için cazip görünebilir. Bu durum zaten fiilen uygulanması oldukça güç olan bu hükmün daha da gereksiz hâle gelmesine neden olabilecektir.

TMK md. 217'nin uygulanabilmesi için borçlu eşin mahkemeden süre talebinde bulunması gerekir³¹¹. Eşlerin evlilik birliği içerisindeki borçları Türk Borçlar Kanunu md.153/I-III uyarınca evlilik birliği devam ettiği sürece zamanaşımına uğramaz. Evlilik birliğinin huzurunu korumaya yönelik olan bu hüküm, eşin alacağı için takipte bulunmasını engellemez³¹². Kanaatimizce, her ne kadar eşler arasında yürürlükteki kanun bakımından cebri icra yasağı kalkmış olsa da, bu noktada fiili bir cebri icra yasağı söz konusudur. Bir yandan eşler arasındaki cebri icra yasağını kaldırmak; öte yandan zamanaşımının duracağını dile getirmek bir çelişkiye işaret eder. Ancak cebri icranın hukuken olmasa dahi fiilen çoğu zaman mümkün olmaması sebebiyle, TBK md. 153'ün bu dönemde dahi anlamlı olduğu söylenebilir. Bu noktada çoğu zaman fiilen ortaya çıkacak cebri icra yasağı sayesinde borçlu eş; zamanaşımı süresinin durmasıyla da alacaklı eş hukuken eşit biçimde korunmaktadır. TMK md. 217/III uyarınca, “*Durum ve koşullar gerektiriyorsa, hâkim istemde bulunan eş i güvence göstermekle yükümlü tutar*”. Bu hüküm uyarınca alacaklı olan eş, ertelenen borç için teminat gösterilmesini talep edebilir. Her iki eşin de birbirlerine borcu söz konusu ise, bu ihtimalde erteleme talebinde bulunan ve bu imkânı elde eden eşin kendi alacağının muacceliyeti ve ifa talebinde, diğer eş yararına bir değişiklik olmaz. Kısaca alacaklı olan eş, kendi alacağını vadesi geldiğinde borçlu olan eşten talep edebilir. Herhangi bir talepte bulunmamış olan eşin borcunun ertelenmesi söz konusu değildir³¹³.

v. Mal Rejiminin Hâkim Kararı ile Mal Ayrılığına Dönüşmesi

TMK md. 206/I'de, evlilik birliğini koruyucu nitelikte bir önlem daha düzenlenmiştir. Buna göre; “*Haklı bir sebep varsa, hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir*”. Kanunun

³¹¹ Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 166. Ertelemeyi borçlu eş talep edebilir, eş ile beraber borçlu olan (müteselsilen) şahıslar bu hükümden yararlanamaz.

³¹² Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 164; Öztan, s. 293; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 166; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 404.

³¹³ Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 166.

206. maddesinin ikinci fıkrasında ise, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine sebep olabilecek haller örneklendirilmiş, yani tâdâdî biçimde sayılmıştır³¹⁴. Madde hükmünün mal rejimleri açısından uygulanabilmesi için öncelikle eşin talebi gereklidir.

Kanaatimizce, TMK'nın 206. maddesi ile getirilen düzenleme dolaylı da olsa evlilik birliğinin huzurunu korumaya yöneliktir. Zira böylelikle, edinilmiş mallara katılma rejiminin evlilik birliği için doğurabileceği muhtemel sorunlar engellenmiş olmaktadır. Örneğin, bir eşe ait malvarlığının borca batık olması, diğer eş açısından bir risktir. Zira edinilmiş mallara katılma rejimi ve tasfiye düzeni yüzünden, borca batık olmayan eşin kazançları dahi, üçüncü kişiler uhdesine geçebilmektedir. Başka deyişle, bu düzenleme ile, talepte bulunan eşe, eşinin borçları için çalışmak zorunda olmama imkânı getirilmiştir. Yine yukarıda uzun bir şekilde açıklandığı üzere, yasal mal rejimi sisteminde eşlerin bazı tasarrufları diğer eşin rızası ile yapılabilmektedir. Bu rızanın haklı bir sebep olmaksızın verilmemesi ise evlilik birliğinin huzurunu bozan bir etkiye sahiptir. Bu davranış her şeyden öte dayanışma yükümlülüğüne aykırıdır. O halde, bu gibi hallerde mal ayrılığı rejimine geçiş talep edilebilecek ve rıza şartı da bertaraf edilmiş olacaktır.

Açıktır ki, kanun koyucu, bir sorun kaynağına dönüştüğü takdirde yasal mal rejiminden, mal ayrılığı rejimine geçebilme imkânı tanıyarak, evlilik birliğinin huzurunu sağlamayı amaçlamıştır.

Çalışmamızın bu bölümünde, yasal mal rejiminin hemen hemen bütün evliliklere uygulandığı gerçeğinden hareket edilerek önemine binaen edinilmiş mallara katılma rejimi çerçevesinde açıklamalar yapılmıştır. Elbette eşler diğer mal rejimlerini de seçebilirler³¹⁵.

³¹⁴Civelek Acar Esra, Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı, 1. Baskı, İstanbul, Mart 2019, s. 42; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 269; Öztan, s. 206; Akıntürk/Ateş, s. 149; Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 174; Karamercan, s. 235

³¹⁵ Seçimlik mal rejimlerinden mal ayrılığı rejimi, EMK döneminde yasal mal rejimi statüsünde olup, adından da anlaşılacağı üzere eşlerin mallarının birbirinden bağımsız olmasına dayanır. Dolayısıyla eşler arasında bu rejim devam ettiği müddetçe eşlerin edindikleri malların mülkiyeti kendi üzerine olur ve bu mallar üzerinde sahip oldukları yönetim, tasarruf ve yararlanma hakları da hiç evlenmemiş gibi kendilerine ait olur. Diğer bir seçimlik mal rejimi türü olan mal ortaklığı rejimi ise, eşlerin elbirliği mülkiyetiyle hak sahip olduğu ortaklık malları ve kişisel mallarından oluşur. Bahsi geçen ortaklık mallarının yönetimi, olağan ve olağanüstü yönetim olarak ikiye ayrılır. Olağan yönetim kapsamında kalan mallarda her eş tek başına, ortaklığı yükümlülük altına sokabilir. Olağan yönetim kapsamını aşacak

3. Evlilik Birliğinin Temsili

a. Genel Olarak

Evlilik birliği devam ettiği sürece hayatın olağan akışı içerisinde eşlerin üçüncü şahıslarla hukuki işlem yapması doğaldır. Evlilik birliğini temsil kurumu, evlilik kurumunun bir tüzel kişiliği olmadığı için, eşlerin üçüncü kişilerle evlilik birliğini ilgilendiren işlemleri, bu işlemlerden doğan sorumluluğu ve evlilik birliğinin ihtiyaçlarını düzenler³¹⁶.

Evlilik birliğini koruyucu önlemlerden biri olan evlilik birliğini temsil, TMK md. 188-192 arasında düzenlenmiştir. Bu maddeler sırasıyla; eşlerin temsil yetkisinin içeriğini, temsil yetkisinin kendilerine nasıl bir sorumluluk yüklediğini, temsil yetkisinin hangi hallerde kaldırılabilirliğini, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması halinde bu durumun üçüncü kişilere ne şekilde bildirileceğini ve son olarak kaldırılan veya sınırlandırılan bu yetkinin geri verilmesi halini düzenler. Biz de bu halleri sırasıyla aşağıda ele alacağız.

b. Temsil Yetkisinin İçeriği

Türk Medeni Kanunu md. 188'e göre:

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

Ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden biri, birliği ancak aşağıdaki hallerde temsil edebilir:

- 1. Diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmışsa,*
- 2. Birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamazsa”.*

şekilde malvarlığının alışılmış idaresinin dışında kalan bütün hukuki işlemleri ise, eşler birlikte veya diğer eşin rızası ile yapabilir. TMK md 244 ile 245 arasında düzenlenmiş olan paylaşımlı mal ayrılığı rejimi ise, temelinde mal ayrılığına dayanır. Bu rejim türü, evlilik birliği bu rejimin çatısı altında devam ettiği sürece erkeğin malının ve kadının malının ayrılığını, bu ayrılığın etkisinin yönetim ve tasarrufta da görüldüğünü ifade eder. Bu rejimi seçmiş eşler kendi malını yönetir ve kendi malı üzerinde tasarruf edebilir.

³¹⁶ Yalman, Süleyman: “Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12 S. 3-4, (2004), s. 7-30, s. 9; Öztan, s. 196; Akıntürk/Ateş, s. 25.

Bu maddenin, “birliğin temsili” üst kenar başlığı altında düzenlenmiş olması doktrinde eleştirilmiştir³¹⁷. Bu eleştiriler kanaatimizce yerindedir. Bu maddenin kanunun sistematigi bakımından, doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere, evlilik birliğini koruyucu önlemlerle ilgili bölümde yer alması gerekirdi. Çünkü bu hükmün amacı doğrudan evlilik birliğini korumaktır. TMK md. 188’in uygulanabilmesi için eşlerin fiil ehliyetine sahip olması ve fiilen ayrı yaşıyor olmaması gerekir. TMK md. 189’un uygulanabilmesi içinse, evlilik birliğinin hali hazırda devam ediyor olması icap eder³¹⁸.

TMK md. 188, eşlere, kanundan doğan bir temsil hakkı vermektedir³¹⁹. “Eşlerden her biri” denilerek, eski Medeni Kanun’dan farklı şekilde evlilik birliğinin temsili hususunda eşitlik ilkesi prensip edinilmiştir. Eski Medeni Kanun, md. 154 “Birliği koca temsil eder...” hükmü ile, kadına göre kocanın hâkimiyetini kabul eden bir tutumu benimsemiştir³²⁰. Oysa TMK md. 186/II ile “eşler evlilik birliğini beraber yönetir” denilerek, evlilik birliğinde kadına da en az koca kadar söz hakkı tanınmış ve bununla birlikte birtakım yükümlülükler getirilmiştir. Eski Türk Medeni Kanunu döneminde temsil yetkisi ve bu yetki ile doğan sorumluluklar, karı ve koca için ayrı şekillerde düzenlenmiştir. Kanaatimizce, her ne kadar kadının temsil yetkisi kocaya göre daha sınırlı görülse de, aslında eski hal, kadının lehine ve kadını koruyan bir düzenlemeye işaret etmektedir.

TMK ile kadının sorumluluğu da gündeme gelmiş; kanun, evin idaresinden kadını da koca ile eşit derecede sorumlu tutmuştur. Hatta eşler arasında müteselsil sorumluluğun geçerli olduğu da hükme bağlanmıştır. Kadını korumak için getirilmiş

³¹⁷ Havutçu, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili, (Ankara, 2006), s. 147-148; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 200.

³¹⁸ Öztan, s. 257-258.

³¹⁹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 174; Öztan, s. 257. Havutçu ise, temsil yetkisinin kanundan kaynaklanmakla birlikte kanuni temsilden farklı olduğunu; çünkü temsil yetkisi dahilinde yapılan her türlü işlemin temsil edilenin hukuk alanında meydana geldiğini belirtmektedir. Oysa, eşlerin birbirini temsilinde hukuki sonuç her iki eşin de hukuk alanında ortaya çıkmakta olup ‘evlilik birliğinin temsili aile hukukuna has kendine özgü bir kurumdur’. Bkz. Havutçu, s. 26-27.

³²⁰ Evlilik birliği içerisinde kocanın birliği temsil hakkı, EMK md. 154’e göre mutlak ve sınırsız iken; kadına tanınan hak Eski Medeni Kanun md. 154’ün birinci fıkrasında yer alıp evin sürekli ihtiyaçları ile ilgili ve sınırlıdır. Kadının temsil yetkisine sahip olduğu hususlara ilişkin olarak da kanun koyucu kocayı sorumlu tutmuştur. Bkz. Saymen/Elbir, s. 130; Egger, s. 308; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 176; Arsebük, s. 674; Demir, s. 23.

olan kanundan doğan “*sui generis*” temsil hükümleri, ne yazık ki amacından sapmış ve kadını korumak yerine, ona sorumluluk yükleyerek mağdur etmiştir³²¹.

TMK md. 188, “ailenin sürekli ihtiyaçları” için temsil yetkisi ve “ailenin diğer ihtiyaçları” için temsil yetkisi şeklinde ifade edilebilecek ikili bir ayırım yapmıştır. Her iki hal için de eşlere eşitlik tanınmıştır. Öncelikle, ailenin sürekli ihtiyaçlarından ne anlaşılması gerektiğini açıklamak isteriz. Çünkü TMK md. 188, ailenin sürekli ihtiyaçları için, eşlere evlilik birliğinin kurulması ile vücut bulan bir temsil hakkı vermiştir. Ailenin sürekli ihtiyaçları ifadesinden maksat, bir ailenin günlük yaşamına sorunsuz bir şekilde devam edebilmesi için yapılması gerekli olan masraflardır. Ev için yiyecek alınması, eşlerin evcil bir hayvanı varsa onun bakımı, evde oluşabilecek arızalara ilişkin çok fazla masraf gerektirmeyen ve keyfi olmayan tamiratların yapılması örnek gösterilebilir. Bunlar, eşlerin evlilik birliğini sağlıklı bir şekilde yürütebilmeleri için olağan olan ihtiyaçlardır.

Ana kural, eşlerin birbirlerini ailenin sürekli ihtiyaçları için temsil etmesidir. Bunun anlamı şudur: Ailenin sürekli ihtiyaçları söz konusu olduğunda eşlerden her biri, diğerinin temsilcisidir. Birinin bu ihtiyaçların giderilmesine yönelik yaptığı işlemlerden diğer eş de sorumlu olur. Eşlerden birinin akşam yemeği için mahalle kasabından aldığı etin bedelinden diğer eşin de sorumlu olması hali böyledir.

Diğer ihtiyaçlar kavramı ise, sürekli ihtiyaçlar dışında kalanları ifade eder. Bu ihtiyaçlara, ev için pahalı mobilyalar veya otomobil alımı, önemli tamiratların yapılması örnek gösterilebilir. Bir ihtiyacın hangi kapsamda değerlendirilmesi gerektiği tespit edilirken eşlerin aylık gelir ve masrafları mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Bir aile için lüks gibi görülebilecek masraflar, başka bir aile için olağan bir masraf olarak değerlendirilebilir. Makul görülebilir sebeplerle ihtiyacın bir zorunluluk arz etmediği hallerde diğer ihtiyaçların varlığını kabul etmek yerinde olur. Örneğin bir bebek odası takımının alınması, bugün için, eşlerin mali durumu çok kötü değil ise, sürekli bir ihtiyaca örnek verilebilecektir.

³²¹ Kanun koyucunun temsil hükümleri bakımından kadını mağdur etmiş olduğu kanaatinde olsak da meslek ve iş seçimi (TMK md. 192), aile konutu (TMK md. 194), kocanın evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi (TMK md. 195), kocanın ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek işlemlerde bulunması (TMK md. 199) gibi hükümlerle de kadının kanun koyucu tarafından korunması sağlanmıştır. Bkz. *Erkan, Vehbi Umut*: “Türk Medeni Kanunu’nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik Ve Sosyal Hakları”, TBB Dergisi, (2018), s. 433-499, s. 432; *Hatemi/Serozan*, s. 188.

Diğer ihtiyaçlar bakımından kural, eşlerin birbirini temsil yetkisinin olmadığıdır. Eşlerden birinin diğer ihtiyaçlar kategorisinde yer alan bir ihtiya ı temin etmeye yönelik yaptığı bir işlem diğerini kural olarak ba ılamaz. Sürekli ihtiyaçlar için  ng r lm   olan ve kanundan doğan temsil yetkisi bu grup için söz konusu olmaz. Ne var ki, TMK'nın 188/II hükümünde, diğer ihtiyaçlar için dahi, temsil yetkisinin varlığından bahis açılmaktadır. Buna göre eşlerden birisi, diğer e  tarafından ya da haklı sebeplerin varlığı halinde hâkim tarafından yetkili kılınm   ise, diğer ihtiyaçlar açısından da temsile hak kazanm   olur. Öte yandan, birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınamaz ise temsil yetkisinin var olduğu kabul edilir. Eşlerin birbirini yetkilendirmesi bakımından, bu yetkilendirmenin hukuka uygun olup olmadığını tayin için, bünyesine uygun d  t    ölçüde temsille ilgili borçlar hukuku hükümlerine bakılmalıdır³²². Bu cümleden de anla ıldı ı üzere, yetki verilmesi bakımından temelde bir farklılığın olmadığı da söylenmelidir. Temsil yetkisi kullanılarak yapılan işlemlerde eşler TMK md. 189 gereği müteselsil olarak sorumludur³²³. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, TMK md. 188/I-1'e dayalı iradi yetkilendirmenin prensip olarak tek bir işleme, yani münferit bir işleme özgü olduğunu; bütün işlemler için verilen yetkinin geçersizlik teşkil edeceğini savunmaktadır³²⁴. Bu görüşün yerinde olduğu ve TMK md. 188/II-I'in istisnai bir hüküm olmasından dolayı dar yorumlanması gerektiği kanaatindeyiz. Bu yetkiyi tanıyan e , bir sebep göstermeksizin istediği vakit, herhangi bir  ekil şartına uyması gerekmeksizin tanıdığı yetkiyi geri alabilir³²⁵.

Dürüstlük kuralına (TMK md. 2) aykırı olarak temsil yetkisi geri alınan e , dilerse TMK md. 195 hükümüne, dilerse TMK md. 188/II-1 hükümüne başvurarak hâkimin müdahalesini talep edebilir³²⁶. Ancak, TMK md.188 hükümünün özel hüküm niteliği göz önüne alındığında TMK md.195'e ba vurmanın gereksiz olduğu söylenmelidir.

³²² Yapılan işlem evlilik birliği ile bağlantılı değilse, temsille ilgili olarak TBK hükümleri uygulanmalıdır. bkz., *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 43; * ztan*, s. 273.

³²³ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 121; * ztan*, s. 273; *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 218.

³²⁴ *Havutçu*, s. 114; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 122.

³²⁵ *Havutçu*, s. 114; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 123.

³²⁶ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 202.

Diğer ihtiyaçlar bakımından temsil yetkisi, haklı sebeplerle hâkim tarafından da veriliyor olabilir. Bu halde, TMK md.190 uygulama alanı bulmaz. Çünkü hâkim tarafından tanınan temsil yetkisi “muayyen” bir iş için tanınmış olup, işlemin gerçekleşmesi ile temsil yetkisi konusuz kalacağından, yetkinin aşımı çoğu zaman söz konusu olmaz³²⁷. Ne var ki, hâkim tarafından yapılan bu münferit yetkilendirme için dahi, eğer yetki aşımı söz konusu ise pekala TMK md.190 uygulanabilecektir. Şu halde, TMK’nın 190. maddesi, kural olarak, eşlerden birinin diğerini münferit bir işlem için yetkilendirdiği ve yetkilendirilen eşin bu sınırları aşarak işlem yaptığı hallerde gündeme gelir. Ne var ki, aynı hüküm, istisnai durumlarda hâkim tarafından yapılan yetkilendirme hallerinde dahi uygulanma imkânına sahiptir.

c. Türk Borçlar Kanunu’nda Yer Alan Temsil İle Aile Hukukunda Yer Alan Temsil Kurumunun Farkları

Temsil denildiğinde ilk akla gelen, TBK md. 40 vd. hükümlerinde düzenlenen doğrudan ve iradi temsildir³²⁸. Evlilik birliğindeki temsil türü ise, kısmen de olsa farklı bir şekilde düzenlenmiştir.

TMK md. 188 vd. hükümlerinde üçüncü kişiyle yapılan işlem sonucunda hem işlemi yapan eş, hem de diğer eş, bu işlemin hüküm ve sonuçlarını kendi hukuk dünyalarında görürler. Buna karşın, TBK sisteminde temsilcinin hukuk dünyasında bir değişiklik olmadığı; işleme bağlı olarak adına ve hesabına işlem yaptığı kişinin hukuk dünyasında bir değişimin meydana geldiği ifade edilmektedir³²⁹. Ne var ki, kanaatimizce, bu husus bir farka işaret etmez. Zira, eşlerden her ikisinin de hukuk dünyasında bir değişimin meydana gelmesi, eşlerin temsilci sıfatıyla hareket etmelerinden kaynaklanmaz. Şöyle ki, temsilci sıfatıyla hareket eden eş, işlemi diğer eş adına temsilen, kendisi adına ise asaleten yapmaktadır. Kendi dünyasında değişiklik

³²⁷ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 202. Kılıçoğlu’na göre, eşlerden biri tarafından temsil yetkisinin aşılması hali, ailenin süreklilik arz eden gündelik ihtiyaçları için söz konusu olmaz. Bu ihtiyaçların çerçevesi belli olup bu çerçevenin dışına çıkılması halinde, yetkisiz temsil söz konusu olur. Bu ihtiyaçların aşılması gündelik rutin ihtiyaçlar dışındaki diğer ihtiyaçların varlığı halinde söz konusu olur. Kısacası yetki aşımı TMK md. 188/II-1 için geçerlidir. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 179.

³²⁸ Havutçu, s. 24.

³²⁹ Havutçu, s. 25. Temsil işlemi, TBK md. 40-48 arasında düzenlenmiştir. TBK’daki temsil, aile hukukuna özgü olan temsilden farklı olarak, temsilcinin temsil olunan kişinin ad ve hesabına yaptığı işlemdir (Oğuzman/Öz, s. 213).

meydana gelmesinin sebebi de aynı zamanda asaleten kendisi için de işlem yapıyor olmasındandır.

Yine doktrinde bir başka fark şu şekilde izah edilmektedir: TBK anlamında temsilde, temsilci bir başkası ad ve hesabına işlem yaptığını üçüncü şahsa bildirirken, evlilik birliğinin temsilde böyle bir bildirim zorunluluğu yoktur; işin doğasından bu durum zaten anlaşılabilir niteliktedir³³⁰. Biz, bu düşünceye de katılamıyoruz. Şöyle ki, işlem yapan eşin muhatabı olan üçüncü kişinin, o kimsenin evli olduğunu ve evin ihtiyacı için işlem yaptığını bilmesi kendisinden beklenemez. O halde, bu husus bakımından da iki temsil türü arasında bir fark olduğunu iddia etmek isabetli olmayacaktır.

Keza, evlilik birliğini temsilde, eşlerin kanun gereği müteselsil olarak sorumlu olacağı ifade edilmiştir (TMK md. 189). TBK anlamında temsilde ise özel olarak teselsülün varlığına işaret edilmemiştir. Elbette, akdi bir teselsül, bu temsil türünde de gündeme gelebilir; ne var ki, evlilik birliğini temsilde teselsül, iki borçlu olmasından ve kanun gereği doğmaktadır³³¹. Müteselsil alacaklılık bakımından ise doktrinde görüş birliği yoktur. Bir görüş, kanun koyucunun bilinçli olarak sustuğunu savunmaktadır³³². Dolayısıyla bu görüşü savunanlar, eşler arası müteselsil alacağı kabul etmemektedir. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise kanunda boşluk vardır. Çünkü bir eşin yaptığı hukuki işlem diğer eşe bir yükümlülük olarak geri dönüyorsa, o işlemin bir hak kazandırması söz konusu olduğunda da diğer eş bundan faydalanabilmelidir. Müteselsil borçluluk varsa müteselsil alacaklılık da onunla birlikte doğmalıdır³³³. Kanaatimizce, eşler arasındaki yoğun menfaat birliği nedeniyle, buradaki mevcut boşluk, TMK md. 1/II gereğince doldurulmalıdır.

d. Eşin Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanmasının Üçüncü Kişilere Duyurulması

Türk Medeni Kanunu md. 190 hükmü, eşlerden birinin temsil yetkisini aşması veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalması halinde, hâkimin diğer eşin istemi üzerine

³³⁰ Havutçu, s. 25; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 215; Öztan, s. 258.

³³¹ Karş. Öztan, s. 273; Akıntürk/Ateş, s. 130; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 218; Nomer, s. 460.

³³² Havutçu, s. 132, 133.

³³³ Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 166, N. 99; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 130; Öztan, s. 279.

temsil yetkisini kaldırması veya sınırlaması ve bu durumun üçüncü kişilere nasıl bir yöntem izlenerek duyurulabileceği ile ilgilidir³³⁴.

Buna göre, eşlerden biri, birliği temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. Aşırı derecede savurgan davranılması veya yapılan işlerle ilgili olarak hesap vermekten kaçınılması halleri örnek gösterilebilir³³⁵. Temsil yetkisinin aşılması hali hem evlilik içerisindeki olağan ihtiyaçlar, hem de olağan dışı ihtiyaçlar için (TMK md. 188) geçerli olabilir.

TMK md. 189'da da belirtildiği üzere, eşlerden biri temsil yetkisi bulunmaksızın yapmış olduğu işlemlerden kişisel olarak sorumludur. Fakat bu durumun, yani yetki aşımının, üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde yapılması halinde, diğer eş de, işlemi yapan eşle birlikte sorumlu olur. Bu madde, eşinin yetki aşımından haberi olmayan eş için tehlike arz etmektedir. Bir görüşe göre, bu sonucun doğabilmesi için temsil yetkisinin aşımı süreklilik arz etmelidir. Bir defalık bir aşım, yetkinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına yol açmamalıdır³³⁶. Kanaatimizce, temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını gerektirecek nitelikte ağır bir yetki aşımı söz konusu olduğunda, belirttiğimiz tehlikenin de gerçekleşmesini önleyebilmek adına, bunun süreklilik arz edip etmediğine bakılmaksızın eşin, temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması talebinde bulunabilmesi yerinde olacaktır. Maddeye bakıldığında, bu yetkinin kısıtlanması veya sınırlandırılması yetkisi hâkime tanınmış olup, bunu talep hakkının ise eşte olduğu görülmektedir. Temsil yetkisinin aşılması halinde, yetkisiz temsil gündeme gelir. Temsil olunan eş, bu işleme sonradan icazet verebilir; temsil yetkisinin veya temsile ilişkin icazetin verildiğinin ispat yükü ise, temsilci eş ile işlemi yaptığı üçüncü kişi üzerindedir³³⁷.

³³⁴ Eski Medeni Kanun md. 156'da "Nez'i" kenar başlığı ile düzenlenmiş maddede sadece karının temsil yetkisinin kaldırılmasından bahsedilmiş olup kocanın temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlanmasına ilişkin bir hüküm bulunmuyordu. Koca karının temsil yetkisini kötüye kullanması halinde veya kullanmada yetersiz olması halinde, kariya yapacağı tek taraflı irade beyanıyla bu yetkiyi sınırlayabiliyor veya kaldırabiliyordu. Eski Medeni Kanun, evliliği temsil yetkisini kocaya tanımış olup kadına ise sadece evin ihtiyaçları çerçevesinde bir yetki tanıyordu. *Hatemi/Serozan*, s. 190; *Egger*, s. 320; *Velidedeoğlu*, s. 111; *Feyzioğlu*, s. 215; *Köprülü/Kaneti*, s. 121; *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 40; *Demir*, s. 25.

³³⁵ *Öztan*, s. 280; *Kılıçoğlu*, Aile Hukuku, s. 179; *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 221.

³³⁶ *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 219-220.

³³⁷ *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 43; *Öztan*, s. 273.

TMK md. 190/I, eşin temsil yetkisinin kaldırılmasının üçüncü kişilere duyurulmasında kişisel duyuru yolunu benimsemiş, hemen akabinde TMK md. 190/II’de ise yargısal yoldan bahsetmiştir. TMK md. 190’nın amacı, eşler arası evlilik birliğinin temsiline özgü olan müteselsil sorumluluğu ortadan kaldırmaktır; başka bir deyişle, üçüncü kişilerin TMK md. 3 anlamında iyiniyetini bertaraf etmektir. Üçüncü kişilerin iyiniyetinin söz konusu olmadığı hallerde, işlemi yapan eş kişisel olarak sorumlu olacaktır. TMK md. 190/II’nin devreye girmesi için TMK md. 190/I’deki şartların gerçekleşmiş olması ve bunun sonucunda yargısal bir yol izlenmesi gerekmektedir³³⁸. Çünkü TMK md. 190/II’nin devreye girmesiyle birlikte üçüncü kişi, artık durumdan haberdar olmadığını ileri süremeyecektir. Ancak üçüncü kişiler ilan olunmazdan önce bu durumu biliyorlar veya bilebilecek durumdalarsa, yetkisi sınırlandırılmış veya kaldırılmış eşin yaptığı hukuki işlemde diğer eş sorumlu olmayacaktır³³⁹.

e. Temsil Yetkisinin Geri Verilmesi

Temsil yetkisinin geri verilmesi hali, TMK md. 191’de düzenlenmiştir. Madde, temsil yetkisinin sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına ilişkin koşullar değiştiğinde, eşlerden birinin istemi üzerine kararın hâkim tarafından değiştirileceğini belirtmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, ilk kararın ilan edilmiş olması halinde, değişikliğe ilişkin kararın da ilan edilmesi gerektiğinden bahsetmektedir. Hâkim tarafından temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması bir süreye bağlanmış ise, bu sürenin sonunda temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlandırılan eş, temsil yetkisini geri kazanır.

TMK md. 191’de, yetkisi sınırlandırılmış veya tamamen kaldırılmış olan eşe bu yetkinin geri verilmesi için koşulların değişmesinden bahsedilmektedir. Bundan anlaşılması gereken, bu yetkinin sınırlandırılmasına veya kaldırılmasına ilişkin her ne varsa, artık bu durumun ortadan kalkmış olmasıdır. Özetle, temsil yetkisini kullanmada yeterli olmadığı için yetkisi sınırlandırılan veya kaldırılan eşin, artık yeterli hale gelmiş olması gösterilebilir³⁴⁰. Eşlerden birinin talebi halinde, buna karar verecek olan ise, hâkimdir.

³³⁸ Öztan, s. 284; Yıldırım, s. 60.

³³⁹ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 180; Akıntürk/Ateş, s. 131; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 222.

³⁴⁰ Havutçu, s. 158; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 181; Akıntürk/Ateş, s. 131.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüş, maddenin ilk fıkrasının TMK md. 200 hükmü varken gerekli olmadığını, hatta maddenin kanundaki yerinin içeriği itibariyle koruyucu tedbirler arasında bulunması gerektiğini ve dolayısıyla maddenin gereksiz olduğunu ifade etmektedir³⁴¹.

4. Evlat Edinme, Evlat Edinilme ve Eşlerden Birinin Evlat Edinilmesi

a. Genel Olarak Evlat Edinme

TMK, gerek küçüklerin, gerek erginlerin evlat edinilebileceğini hüküm altına almıştır. Keza tek başına evlat edinmeye yer verildiği gibi, eşlerin evlat edinmesine ilişkin de hükümler sevk edilmiştir. Hemen söylenmelidir ki, TMK'nın md. 315/I hükmüne göre, ister erginlerin, ister küçüklerin evlat edinilmesi söz konusu olsun, tek başına ya da birlikte evlat edinme hallerinde, evlatlık ilişkisi ancak mahkeme kararı ile kurulabilecektir³⁴². Evlat edinme mahkeme kararıyla gerçekleşmekte olup, buna ilişkin karar kurucu yenilik doğuran bir karar niteliği taşımaktadır³⁴³. Evlatlık ilişkisinin sona ermesi hali ve usulü ise TMK md. 317 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir³⁴⁴. Eski Medeni Kanunumuza göre, evlat edinmeye ilişkin evlat edinen ve evlat edinilen tarafından yapılmış olan sözleşme, kaidelere uyulması kaydıyla taraflarca sona erdirilebilirdi. Buna ek olarak hâkim kararı da bu sözleşmenin sona ermesi için yeterliydi³⁴⁵. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, evlatlık ilişkisinin kurulmasını çok sıkı şartlara bağlamış; eski düzenlemeden farklı olarak bu kurumu bir sözleşme ilişkisi olmaktan çıkarıp kurulmasını hâkim kararına bağlamış ve buna paralel olarak da bir kere kurulduktan sonra sona erdirilmesini aşırı şekilde güçleştirmiştir³⁴⁶. Evlatlık

³⁴¹ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 207.

³⁴² *Kizir, Mahmut*: "Türk Hukukunda Evlat Edinme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17, S. 1, (2009), s. 151-184 s. 154; *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 130. EMK zamanında tartışmalı olan evlat edinme müessesesinin hukuki niteliği TMK'da netlik kazanmıştır. TMK'ya göre, evlat edinme müessesesi özel hukuka ilişkin sözleşme niteliği taşımayıp medeni hukuk işleminden ibarettir.

³⁴³ "8. HD., 11 Ocak 2018 Tarih ve E.2017/6657 K.2018/196 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası*, E.T. 22.05.2020".

³⁴⁴ *Dural/Öğüz/Gümüş*, s. 342; *Öztaş*, s. 1003; *Yıldırım*, s. 142; *Akıntürk/Ateş*, s. 388.

³⁴⁵ *Köprülü/Kaneti*, s. 228; *Tekinay*, Türk Aile Hukuku, s. 474; *Oğuzman/Dural*, s. 265.

³⁴⁶ Evlat edinen ile evlatlık ilişkisinin kurulması kanun koyucu tarafından sıkı kurallara bağlanmışken, her iki tarafın da düşünmek için yeterli zaman ve tecrübeye sahip olduğu göz önüne alındığında, bu düzenleme kanaatimizce de yerinde olmuştur. Bu durum EMK'da farklı bir şekilde düzenlenmiş olup, belli sebeplerin varlığı halinde evlatlık ilişkisi sona erdirilebiliyordu. Örnek olarak, evlatlık tarafından ileri sürülecek bir haklı sebep bu ilişkinin sonlanması için yeterliydi. Bkz. *Hegnauer*, Art 269,Nr.3; *Breitschmid*,Art,Nr.269,Nr.3,4 Aktaran; *Dural/Öğüz/Gümüş*, s. 342; Yargıtay da TMK md. 317 vd.

ilişkisinin sona ermesi, kurulmasında olduğu gibi, mahkeme kararı ile mümkündür. Ancak kanunda öngörülen sebeplere dayanarak ve mahkemeden talep edilerek evlatlık ilişkisine son vermek mümkündür.

b. Eşlerin Birlikte Evlat Edinmesi Kuralı

Bizim hukukumuzda göre, sadece eşler birlikte evlat edinebilir. Eşlerin evlat edinmesinde ise kural, birlikte hareket etmeleridir. Başka deyişle, eşler, kural olarak birlikte evlat edinebilirler. Zira eşlerden sadece birinin evlat edinmesi, evlilik birliği içerisinde problemler yaşanmasına neden olabilir. Bu sebepten ötürü, TMK md. 306/I hükmü; “Eşler ancak birlikte evlat edinebilirler; evli olmayanlar birlikte evlat edinemezler” şeklinde kaleme alınmıştır. Emredici nitelikte olan bu hüküm³⁴⁷ ile, eşlerin küçüğü veya ergin ya da kısıtlı kimseyi ancak birlikte evlat edinebileceği öngörülmüştür³⁴⁸. Bu hal, Eski Medeni Kanun’da farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Eski Medeni Kanun’un 255. maddesi, eşlerin evli olması halinde tek başına evlat edinmeyi veya evlat edinilmeyi olanaklı görüp, diğer eşin rızasının olmasını yeterli sayıyordu³⁴⁹. TMK md. 307/II hükmü ise, eşlerin tek başına evlat edinebilmeleri açısından belli başlı kurallar getirmiştir. Kısaca ifade etmek gerekirse, kanun koyucu, önce birlikte evlat

düzenlemelerini, kanun koyucunun iradesini göz önünde bulundurarak, dar yorumlamaktadır; bu konuda bkz. “[...] Zira, kan bağına bağlı olan soybağının tarafların anlaşması yoluyla sona erdirilmesi mümkün olmadığı gibi, evlat edinme yoluyla kurulan soybağının da sona erdirilmesi mümkün olmamalıdır. Bu ilkeye evlatlık ilişkisinin çözülemeliği denmektedir. (Aydoğdu, a.g.e sh.646) 743 sayılı Mülga Medeni Kanunun anlayışından ayrılan yürürlükteki 4721 sayılı TMK, evlatlık ilişkisinin taraflarca keyfi bir şekilde kaldırılmasının önünü kapamıştır. 4721 sayılı TMK’da evlatlık ilişkisinin tarafların iradesi ile sona erdirilmesi imkânsız hale gelmiş olup, kanunda belirtilen haller dışında evlatlık ilişkisinin sona ermesi de mümkün olmayacak şekilde düzenlenmiştir. Kanuna göre, evlatlık ilişkisinin, evlat edinme için gerekli koşulların yerine getirilmemesi halinde mahkeme tarafından kaldırılması söz konusu olacaktır. Kanun koyucu, yaptığı düzenlemeyle, evlatlık ilişkisi ile soybağı ilişkisi arasındaki farkları en aza indirmeyi amaçlamıştır. Evlatlığın mirastan yoksun bırakılmasını veya mirasçılıktan çıkarılmasını gerekli kılacak bir durumun varlığı halinde, evlatlığın mirastan yoksun bırakılması ya da mirasçılıktan çıkarılması yine mümkün olmakla beraber, bu yoksun bırakma/mirasçılıktan çıkarma hali evlat edinen ile evlat edinilen arasındaki evlatlık ilişkisinin sona ermesi sonucunu doğurmayacaktır. (Aydoğdu, a.g.e sh.664-665) [...]” “8. HD., 26 Ekim 2017 Tarih ve E.2017/3040 K.2017/13934 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 22.05.2020”.

³⁴⁷ Diğer bir ifadeyle, evlat edinme davasında her iki eş de davacı sıfatıyla yer almalıdır. bkz. “HGK, 15 Kasım 2006 Tarih ve E.2006/2-704 K.2006/724 Sayılı Karar, Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

³⁴⁸ Akıntürk/Ateş, s. 373; Öztan, s. 960; Oğuzman/Öğüz/Dural, s. 343; Yıldırım, s. 137.

³⁴⁹ Oğuzman/Dural, s. 331,332; Köprülü/Kaneti, s. 232; Tekinay, Türk Aile Hukuku, s. 453; Hatemi/Serozan, s. 321. Ayrıca bkz. “2. HD. 18 Ekim 2006 Tarih ve E.2006/6052 K.2006/14234 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T.22.05.2020”.

edinme bahsi altında sadece eşlerin bu yola başvurabileceğini ifade etmiş; ardından, tek başına evlat edinme bahsinde ve farklı bir maddede, evli kişilerin nasıl tek başlarına evlat edinebileceğini düzenlemiştir. Kanun yapma tekniği bakımından bir bütünlük arz eden bu iki konunun tek bir maddede birbirini takip eder şekilde düzenlenmesi yerinde olurdu. Eğer iki farklı maddede düzenlenmek isteniyor ise de, bu kez, TMK'nın 306. maddesinde 307. maddeye bir atıf yapılması zorunluluk teşkil ederdi. Her durumda kanun koyucunun evli kimselerin evlat edinmesi hususunu özensiz bir şekilde kaleme almış olduğu görülmektedir.

TMK md. 307/II hükmünde, eşlerden birinin tek başına evlat edinebilmesi için, eşin otuz yaşını doldurmuş olması şartıyla, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun olması veya en az iki yıldan beri ondan haber alınamayıp yerinin belirlenememesi ya da mahkeme kararıyla en az iki senelik süre zarfında eşinden ayrı yaşamakta olması nedeniyle birlikte evlat edinmelerinin imkânsızlığının ispat edilmesi şartı aranmıştır³⁵⁰.

Bu şartlar gerçekleşip eşlerden sadece biri evlat edindiğinde, evlat edinilen küçüğe ilişkin haklar (velayet), evlat edinen eşe ait olup, evlat edinmenin bir sonucu olan küçüğün bakımını da evlat edinmiş olan eş üstlenmiş olacaktır³⁵¹.

Öte yandan, TMK md. 306/III hükmü ise, eşlerden birinin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi hususunda özel bir düzenleme getirmiştir³⁵². Bu hükme göre, eşlerden biri, en az iki yıl süre ile evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş olması şartıyla, diğer eşin çocuğunu evlat edinebilir³⁵³. Bu çocuğun başka bir evlilikten ya da

³⁵⁰ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 123; Yıldırım, s. 137

³⁵¹ Özuğur, Ali İhsan; Kişi Hukuku-Velayet-Vesayet-Soybağı Evlat Edinme Hukuku Diğer Eşin Rıza Ve Onamına Bağlı İşlemler, (5. Bası, Ankara, 2016), s. 484.

³⁵² Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 135; Yıldırım, s. 137.

³⁵³ Bu konuda bkz. "[...]4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 306. maddesinde; eşlerden birinin en az iki yıldan beri evli olmaları veya kendisinin otuz yaşını doldurmuş bulunması koşuluyla diğerinin çocuğunu evlat edinebileceği, 309/1. maddesinde; Evlat edinmede, küçüğün ana ve babasının rızasının gerekeceği, 311.maddesinde; Kim olduğu veya uzun süreden beri nerede oturduğu bilinmiyorsa veya ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunuyorsa veya küçüğe karşı özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirmiyorsa ana ve babadan birinin rızasının aranmayacağı, 316. maddesinde; Evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmelerinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir. Araştırmada özellikle evlat edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekeceği düzenlenmiştir.

evlilik dışı bir ilişkiden olmasının önemi yoktur. Bu halde, diğer eşle evlat edinmeye birlikte karar vermenin mümkün olamayacağı açıktır³⁵⁴.

Nihayetinde kanun koyucu, eşlerin birlikte evlat edinmeleri halinde beş yıllık süre ile evli olmaları ve evliliğin devam ediyor olması şartını ararken, eşlerden birinin katılımı olmadan diğer eşin tek başına evlat edinebilmesi için, otuz yaşını doldurmuş olmasını yeterli görmüştür³⁵⁵. Başka deyişle, eşlerin yaşamlarını birlikte sürdürüyor olması şartını getirmemiştir. Bu durumda eşler, birbirlerinden mahkeme kararı ile veya kendi istekleri sonucunda ayrı yaşıyor olsalar bile, bu durum evlat edinmelerine engel olmayacaktır³⁵⁶.

Eşlerin birlikte evlat edinmek için mahkemeye başvurmalarının ardından birinin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, davayı konusuz bırakmayacak olup, bu durumda söz konusu eşin mirasçıları davaya dahil edilerek yargılama devam ettirilecektir³⁵⁷. Doğası gereği evlat edinenler sadece gerçek kişiler olabilir. Bunun

Dosya içerisindeki bilgi ve belgelerin incelenmesinde; ... ve ...'in 12.07.2003 tarihinde evlendikleri, 25.06.2004 doğumlu...'in müşterek çocukları olduğu, tarafların 18.07.2006 tarihinde boşandıkları küçüğün velayetinin annesi ...'e verildiği, davacı ... ile ... Saklı'nın 26.06.2010 tarihinde evlendikleri, 22.06.2011 doğumlu ... adında müşterek çocuklarının bulunduğu, evlilik birliğinin devam ettiği, mahkemece taraflar hakkında ekonomik ve sosyal durum araştırması yapıldığı, küçüğün babası ...'in yargılama safhalarında evlat edinilmesine rızasının bulunmadığını beyan ettiği, başkaca bir araştırma yapılmadan küçüğün babasının rızasının bulunmadığı gerekçesiyle davanın reddine karar verildiği anlaşılmıştır. Yukarıda gösterilen yasal düzenlemeler ve yapılan açıklamalar dikkate alındığında, mahkemece gerekli araştırma yapılarak, evlat edinilecek küçük Y...'e karşı davalı baba İlker'in özen yükümlülüğünü yeterince yerine getirip getirmediği tespit edilip, rapor da alınmak suretiyle tüm deliller birlikte değerlendirilerek oluşan sonuca göre karar verilmesi gerekirken, babanın rızasının bulunmadığı gerekçesiyle, yetersiz araştırma ve eksik incelemeyle davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir [...]” “2.HD., 25 Kasım 2015 Tarih ve E.2015/3776 K.2015/17156 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 21.05.2020”.

³⁵⁴ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 124.

³⁵⁵ Akıntürk /Ateş, s. 373, Öztan, s. 960; Özuğur, s. 446; Yıldırım, s. 137; Dural Mustafa, Sarı Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, (İstanbul 2021), s.46.

³⁵⁶ Öztan, s. 960.

³⁵⁷ Bu konuda bkz. “[...] Evlat edinme başvurusundan sonra evlat edinenin ölümü veya ayırt etme gücünü kaybetmesi, diğer koşullar bundan etkilenmediği takdirde evlat edinmeye engel olmaz (TMK md. 315/2). Bu sebeple evlat edinme başvurusunda bulunanın dava sırasında ölmüş olması, davayı konusuz hale getirmez. Böyle bir durumda ölümle, kişinin taraf ve dava ehliyeti sona erdiğinden mirasçılarının davaya dahil edilerek davanın görülmesi gerekir (6100 s. HMK md. 55). O halde mahkemece yapılacak iş, evlat edinme başvurusundan sonra ölenin mirasçılarının tespiti ile davaya dahil edilmeleri için davalıya süre verilmesi, göstermeleri halinde delillerin toplanması ve tüm deliller birlikte değerlendirilip, sonucuna göre karar vermektir. Bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır[...]” “2. HD. 26 Ocak 2012 Tarih ve E.2010/16038, K.2012/1473 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

sebebi, doğal olmayan suni bir soybağı kuruluyor olsa bile, bir hısımlık durumunun ortaya çıkacak olmasıdır³⁵⁸.

c. Eşlerden Birinin Evlat Edinilmesi

Kanun koyucunun evlilik birliğini korumak amacıyla evlat edinmeye ilişkin getirdiği bir başka kural ise eşlerden birinin evlat edinilmesi haline ilişkindir.

TMK'nın 313. maddesinde, evlat edinilecek olan kişinin eşinin evlat edinmeye ilişkin rızası aranmaktadır³⁵⁹. Kanaatimizce bu rızanın aranması, evlilik birliğinin korunması açısından yerinde olmuştur. Çünkü, yukarıda da belirttiğimiz gibi, evlat edinilecek olan kişi ile evlat edinen arasında suni de olsa bir soy bağı kurulmaktadır. Bu doğrultuda, evlatlığın yeni ailesi olarak kabul edebileceğimiz evlat edinen ile evlatlığın eşinin anlaşması evlilik birliğini koruyabilmek açısından önemlidir³⁶⁰. Sözün kısası, evlat edinme evlatlık ve evlat edinen arasında bir soy bağı kurmakta olup, evlatlığın kişisel durumunda önemli bir değişiklik meydana getirmektedir. Bundan dolayı, söz konusu bu değişiklik, evlatlığın mevcut kişisel ilişkilerine ve özellikle aile ilişkilerine doğrudan etki edecek haldedir. Bu etkinin miras ilişkilerinde olduğu gibi maddi boyutu olabileceği gibi manevi bir boyutu da vardır. Bundan dolayı, evlatlığın, evlat edinmenin sonuçlarından doğrudan etkilenecek olan eşinin rızasının aranması yerindedir. Söz konusu rıza için herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Yargıtay da, diğer eşin evlat

³⁵⁸ Öztan, s. 952; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 107, Baygın Cem, Nar Ahmet, Nar Şerife Aksan, Bulut Meltem, Tamamı Çözümlü Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları I Medeni Hukukun Temel Kavramları ve Kişiler Hukuku, (Ankara 2020), s.351.

³⁵⁹ Bu konuda bkz. "[...] Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinden, evlat edinilmek istenilen davalının evli olduğu anlaşılmaktadır. Anılan Kanunun 313. maddesinin ikinci fıkrasında "Evli bir kimse ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir." hükmü yer almaktadır. Eşin rızası alınmadan hüküm kurulması da kanuna aykırıdır [...]" "2. HD., 26 Ekim 2005 Tarih ve E.2005/12256 K.2005/14885 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020." Ayrıca bkz. "2. HD., 25 Şubat 2008 Tarih ve E.2007/1913 K.2008/2226 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı içtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020"; "2. HD., 29 Eylül 2005 Tarih ve E.2005/10529 K.2005/13143 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020"; "2. HD., 26 Ekim 2005 Tarih ve E.2005/12256 K.2005/14885 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020".

³⁶⁰ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 124. Evlat edinilen ile evlat edinen kişinin eşinin arasında suni soybağı kurulması için eşin rızasının alınmasının gerekli olduğunu; hatta bu rızanın evlatlık ilişkisinin kurulması açısından kurucu bir koşul olduğunu belirtmiştik. Bu durumun gerekliliğine örnek olarak, eşlerden birinin evlat edinilmesi halinde soyadında da bir değişimin meydana geleceğini veya evlat edinen kişinin evlat edindiği kişiyi sürekli ziyarete gelebileceğini; hatta evlat edindiği kişiyle aynı konutta yaşayabileceğini söyleyebiliriz. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 323.

edinme davası sırasında tanık sıfatıyla sözlü beyanda bulunmasını veya rızasını dilekçe yoluyla bildirmesini yeterli görmektedir³⁶¹.

Evlat edinilecek kişi, başlangıçta evli olmamakla beraber evlat edinme davası sürerken evlendiği takdirde, davayı gören mahkemenin bu yeni durumu göz önünde bulundurması ve kişinin eşinin rızasını alması gerekecektir³⁶². Bununla birlikte, eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması hali ile yine eşin rıza veremeyecek bir durumda olması halinde nasıl bir çözüme ulaşılabileceği TMK'da cevaplanmamıştır. Örneğin, rızası aranan eşin sürekli şekilde ayırt etme gücünden yoksun olması halinde, rıza alınamayacağı için evlat edinme işleminin gerçekleştirilip gerçekleştirilemeyeceği sorusunun cevabının olumlu olacağı kanaatindeyiz. Evlat edinilecek olan kimse elbette ayırt etme gücünden yoksunluğu bir boşanma davası açarak dile getirebilecektir. Ama böyle bir tercihte bulunmuyor ve evlilik halen devam ediyor ise, evlat edinilebilmesi için ayırt etme gücü olmayan eşin rızasının alınması mümkün olmayacaktır. Esasen, rızası alınmayan bir kimsenin rızasının alınması zorunluluğundan da bahsetmeye imkan yoktur. O halde, kanaatimizce, rızası aranan eş kendisinden kaynaklanan sebepler yüzünden rıza gösteremeyecek bir halde ise, yasal temsilcisinin rızası alınmalıdır. Biz, TMK md. 307/II hükmünün kıyasen uygulanabileceği kanaatindeyiz. Ne var ki, evlat edinme işlemi ayırt etme gücü olmasa dahi eşi etkileyecek nitelikte olduğundan, onun menfaatlerinin zorunlu kıldığı düşüncesi ile sürece yasal temsilcisinin katılması zorunludur. Eğer henüz kendisine yasal temsilci atanmamış bir kimse ise evlat edinilecek olan eşin mahkemeye başvurusu ve bir kayyım atanması yerinde ve adil bir çözüm olur. Eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçınması hali de kanunda çözüme kavuşturulmamıştır. Bu halde, aile konutunu düzenleyen TMK md. 194/II hükmünün kıyasen uygulanarak, evlat edinilecek olan eşin hâkimin müdahalesini isteyebileceğini kabul etmek gerekir. Rızası aranan eşin haklı bir sebep olmaksızın bu rızayı vermekten kaçınması evlat edinilecek olan eş açısından bir boşanma sebebi teşkil edebileceği gibi, esasen bu hususta aranacak rızanın şahsi bir alana yönelik olması sebebiyle kişisel gerekçelerin de rıza vermekten imtina etmek noktasında önem arz edeceği söylenmelidir. Başka deyişle, rızası aranan eşin haklı bir gerekçe olmaksızın

³⁶¹ Karar için bkz. "8. HD., 08 Mart 2018 Tarih ve E.2017/6749 K.2018/8548 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020".

³⁶² Karar için bkz. "2. HD., 15 Haziran 2009 Tarih ve E.2008/5656 K.2009/11557 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020".

rıza vermediği iddiasının ispatı güçtür. Bu güçlük, haklı sebep kavramının, rızası aranan eşin kişilik hakkının bir parçası olması ile doğrudan ilgilidir.

Kanaatimizce, rızası aranan eş evlat edinilme işlemi evlat edinilen eş açısından olumlu bir sonuç doğuracak olsa bile, keyfiyetin aile birlikteliğine zarar vereceği endişesi ile rıza vermekten imtina ediyorsa, onun haksız yere rıza vermekten imtina ettiği söylenememelidir. Dolayısıyla, rızası aranan eşin haklı bir sebep olmaksızın rıza vermekten kaçındığı hâllerin dar yorumlanması ve konuya evlat edinilecek olan eş açısından değil; aile birlikteliği ve rızası aranan eş açısından bakılması gerekir. Her durumda, evlat edinme isteğinde olan eşin, diğer eşin bu hususta rıza göstermemiş olduğu gerekçesiyle mahkemeye başvurması dahi kanaatimizce rızası alınmayan eş açısından haklı bir boşanma sebebi oluşturur. Çünkü evlat edinilme, sadece evlat edinilecek olan eşin değil; onunla evli olan kişinin yaşamı üzerinde de esaslı bir değişiklik meydana getirme olasılığını barındırmaktadır. Son olarak, böylesi önemli bir konunun, bizzat kanun koyucu tarafından düzenlenmesinin çok daha yerinde bir çözüm olacağı da söylenmelidir.

5. Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası

a. Evli Kimseler İçin Getirilmiş Olan Kefalet Sözleşmesinde Eşin Yazılı Rızasının Aranması Kuralı

i. Genel Olarak

TBK md. 584 hükmü, evli kimselere özel olarak kefalet ehliyeti açısından bir sınırlama getirmiş bulunmaktadır. Kısaca ifade etmek gerekirse, evli bir kimsenin tarafı olduğu kefalet sözleşmesinin geçerliliği, eşin yazılı rızasına bağlanmıştır³⁶³. Bu hüküm

³⁶³ Yavuz/Acar/Özen, s. 1413; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 513; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 182, 183. TBK md. 584, kefalet ehliyeti bakımından eşin yazılı rızasını aramaktadır: “Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için de eşin rızası gerekmez”. Hukukumuzda hâkim kararı olmadan eşlerin ayrı yaşamaya haklarının olması hâlinde, kefalet sözleşmesinin eşin rızası olmadan yapılmasına olanak verilmiştir. Türk hukuku, mehz İsviçre hukukuna göre, eşin rızası olmadan kefalet sözleşmesi yapılabilecek hâlleri daha geniş tutmuştur.

sayesinde kanun koyucu, kefilî altına gireceği külfet açısından düşünmeye sevk ederek evlilik birliğini korumayı amaçlamıştır³⁶⁴.

EMK döneminde, fiil ehliyeti bakımından evli kadınların hukuki durumu tartışmalıydı³⁶⁵. Kimi yazarlar, bu kişilerin sınırlı ehliyetli olduğunu iddia ederken, kimileri bu görüşe karşı çıkmaktaydı³⁶⁶. Birinci görüşte olan yazarların gerekçelerinden bir tanesi de, evli kadının eşinin borcu için, eşinin alacaklısı ile kefalet sözleşmesi akdetmesini, sulh hâkiminin onayına bağlı kılan eski Medeni Kanun md. 169 hükmü idi³⁶⁷. Anılan hüküm TMK'ya alınmamıştır.

Sonuç olarak, TMK'nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden 6098 sayılı TBK'nın yürürlüğe girdiği 01.07.2012 tarihine kadar eşler, birbirlerinin ya da üçüncü kişilerin borçları için herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın kefil

³⁶⁴ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s.183; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s.184; Hükümün amacına ilişkin Anayasa Mahkemesi'nin benzer yöndeki yorumu için bkz. "[...] Bu hükümlerle getirilen sınırlamaların amacı öncelikle ailenin ekonomik varlığının, bunun sonucu olarak da ailenin huzurunun korunmasıdır. Dolayısıyla itiraz konusu kurallarla, eşlerden biri tarafından malvarlığının tüketilmesinin önüne geçilmesi suretiyle Anayasa'nın 41. maddesinin hükmü doğrultusunda ailenin huzurunu korumanın ve sonuç olarak da evlilik birliğinin geleceğini garanti altına almanın hedeflendiği dikkate alındığında, müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmadığı açıktır. Öte yandan bu sınırlama ile aile birliğinde istenmeyen anlaşmazlıkların önüne geçerek ailenin geleceği için risk oluşturabilecek davranışların önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu amacın kamu yararına olduğu kuşkusuzdur [...]" "AYM, 16 Aralık Tarih ve E.2013/57 K.2013/162 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020".

³⁶⁵ Arpacı, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), s. 35; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 97.

³⁶⁶ Evli kadınların sınırlı ehliyetli sayılmaması gerektiği yönünde bkz. Arpacı, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), s. 36 vd.. Arpacı, evli kadını tam ehliyetli saymayanların dayandıkları gerekçelerden EMK md. 159 hükmünün 29.01.1990 tarihli ve 30/31 sayılı AYM kararı ile iptal edildiğini; EMK md. 159 iptal edilmeseydi dahi kadının dışarıda çalışmasını kocanın iznine bağlayan bu hükmün izin almadan çalışan kadının icra ettiği meslekle ilgili hukuki işlemlerinin geçersizliği sonucunu doğurmadığını; yine, evli kadının üçüncü kişilere karşı borçlanabilmesi için sulh hâkiminin onayını arayan EMK md. 169/II hükmünün de evli kadının sınırlı ehliyetli sayılmasına gerekçe olamayacağını, çünkü hükmün amacının evli kadını, kocasının muhtemel baskılarına karşı korumak olduğunu söylemektedir. Bilindiği üzere, EMK'nın 169. maddesinde evli kadın tarafından kocası yararına üçüncü kişilere karşı üstlenilen taahhütlerin geçerliliği sulh hâkiminin iznine/onayına bağlanmıştı. Bugün için, artık evli kadının kocasının borcu için kefil olurken, kefaletin geçerliliği için mahkemeden izin ya da onay alınmasına gerek yoktur. Barlas, Nami: "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", Makalelerim Cilt 1, (İstanbul, 2008), s. 374; Yavuz, Acar, Özen s. 793. Evli kadınların sınırlı ehliyetli sayıldığı görüşe örnek olarak bkz. Ataay, Aytekin: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş Hakiki Şahıslar, (3. Bası, İstanbul, 1978), s. 80; Zevkliler, Aydın: Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, (4. Bası, Ankara, 1995), s. 236 vd.; Özsunay, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, (4. Bası, İstanbul, 1979), s. 49.

³⁶⁷ Tandoğan, s. 727 vd.

olabilmekteydiler³⁶⁸. Çünkü bu dönemde, evli kişiler bakımından kefalet sözleşmesinin geçerliliğini eşin rızasına bağlayan bir düzenleme eski Borçlar Kanunu'nda da mevcut değildi³⁶⁹. Bununla birlikte, bu dönemde, eşlerin bütün hukuki işlemleri bakımından sınırsız bir özgürlüğe sahip olduğunu söylemek güçtür.

Evliliğin eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne etkisi, TMK md. 193'te düzenlenmiştir. Bu hükme göre, kanunda aksi yönde bir düzenleme yer almadıkça, eşler birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilirler³⁷⁰. TMK md. 193 hükmü, eşler arasında cinsiyet ayırımı gözetmemektedir³⁷¹. Eşlerin sahip oldukları bu özgürlük sınırsız değildir. Örneğin, aile konutu ile ilgili işlemlerin bir kısmının geçerliliği, TMK md. 194'te işlemin tarafı olmayan eşin rızasına bağlı kılınmıştır. Eşlerin işlem özgürlüğüne getirilen sınırlamalar TMK md. 194'ten ibaret değildir. TMK'da öngörülenlerin³⁷² yanı sıra, 6098 sayılı TBK md. 584 ile yeni bir sınırlama daha getirilmiş³⁷³ ve evli kişilerin yaptığı kefalet sözleşmesinin geçerliliği eşlerinin yazılı rızası olması şartına bağlanmıştır³⁷⁴. “Eşin rızası” başlıklı Türk Borçlar Kanunu'nun 584. maddesinin ilk iki fıkrası şöyle kaleme alınmıştır:

“Eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir; bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır.

³⁶⁸ Yavuz/Acar/Özen,, s. 673.

³⁶⁹ Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Özel Borç İlişkileri, (İstanbul, 2012), s. 334, Ayan Serkan, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt, 6, 7, 8, 3.Bası (İstanbul 2019), s.4200.

³⁷⁰ TMK md. 193 hakkında ayrıca bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 2008), s. 159 vd.; Barlas,Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, s. 223 vd.; Barlas,Yeni Medeni Kanun'a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi,Makalelerim, s. 331 vd.; Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, (10. Bası, İstanbul, 2006), s. 124 vd.; Öztan, s. 195 vd.; Şıpka, s. 26 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 31 vd.

³⁷¹ Barlas, Yeni Medeni Kanun'a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi,Makalelerim, s. 331.

³⁷² İnceleme konumuz dışında kalan ancak eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü sınırlandıran diğer düzenlemeler için bkz. Barlas, Yeni Medeni Kanun'a Göre Eşler Arası Hukuki İşlem Rejimi,s.333 vd.; Şıpka, s. 27 vd.; Bulut, Aile Konutu,Aile Mahkemeleri s. 91. Bulut, TMK md. 185, 199, 223 ve 229 hükümlerini örnek olarak vermektedir.

³⁷³ Türk Borçlar Kanunu md. 584'ün karşılığı olan bir hüküm eski Borçlar Kanunu'nda yoktur. Hükümün, İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi esas alınarak düzenlendiği ise madde gerekçesinde yazılıdır. Bu yönde bkz. Kuntalp, Erden/Barlas, Nami/Ayanoğlu Morali, Ahu/Çavuşoğlu Işıntan, Pelin/İpek, Mehtap/Yaşar, Mert/Koç, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, (İstanbul, 2005), s. 267.

³⁷⁴ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 197.; Zevkliler/Gökyayla, s. 675; Eren, s. 771; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler,s.513, Ayan, Kefalet Sözleşmesi, I.Baskı, (Ankara,2018), s.122.

Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez”.

Özen’e göre anılan hüküm, ailenin korunması düşüncesine hizmet etmektedir³⁷⁵. Başka deyişle, ailenin ekonomik malvarlığının eşler tarafından düşünülmeden imzalanan kefaletler sebebiyle tehlikeye atılması engellenmek istenmiştir³⁷⁶.

Doktrinde *Barlas*³⁷⁷, TBK md. 584 hükmü kabul edilmeseydi dahi, TMK md. 199’un benzer bir işlevi görebileceğini iddia etmektedir. Kanaatimizce, TMK’nın 199. maddesinin lafzı dikkate alındığında bu görüşün kabul edilebilmesi zordur. Zira bilindiği üzere, TMK’nın 199. maddesi, TMK md. 193 ile getirilen hukuki işlem özgürlüğünün sınırlamalarındandır. Başka deyişle, istisnai bir hükümdür. Kural olarak, istisnai hükümler dar yorumlanır. O halde, TBK md. 584 olmasa bile, ailenin ekonomik bütünlüğünü korumayı amaçlayan TMK md. 199 hükmünün genel nitelikli bir koruma maddesi olarak evlilik birliğine zarar verecek nitelikteki kefaletler için de uygulama alanı bulacağını ve bu şekilde eşin rızası kurumu ile ulaşılmak istenen amaca aynen ulaşılabileceğini iddia etmek güçtür. Ancak, her şeye rağmen, TMK md. 199’da talep ilkesi yürürlükte olduğu için, TBK md. 584 kefalet sözleşmeleri bakımından daha etkili bir koruma getirmektedir. Talep olmasa dahi, eşin rızası alınmadan yapılan kefalet sözleşmeleri, kendiliğinden geçersiz kabul edilecektir.

Kefalet sözleşmesinde eşin rızası şartını içeren TMK md. 584/1 ve md. 603 hükümlerinin Anayasa’ya aykırılığı iddiasını denetleyen Anayasa Mahkemesi, bu hükümlerin çalışma ve sözleşme özgürlüğü ile mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu, müdahalenin evlilik birliğinin geleceğinin korunması amacını güttüğünü belirtmiştir³⁷⁸. Anayasa Mahkemesi, söz konusu düzenlemenin sadece evli kişilerin üçüncü kişiler lehine kişisel güvence doğuran tüm sözleşmelerde uygulanacağını, evli kişilerin borçlanma haklarına ve hukuksal işlem ehliyetlerine sınırlama getirilmediğini,

³⁷⁵ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 189.

³⁷⁶ Kanaatimizce madde gerekçesinden bu amacın çıkarılmasına imkân yoktur.

³⁷⁷ Barlas, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar Ve Yargıtay Uygulaması”, Makalelerim, s. 374-375. TMK md. 199’un sadece tasarruf işlemlerini değil borçlandırıcı işlemleri de kapsadığı kabul edilirse eşlerden birisinin talebi üzerine hâkim kefalet yükümlülüğü altına girilmesini diğer eşin rızasına bağlı kılabiliriz. Ne var ki, TBK md. 584, bu hususu açıkça düzenleyerek, tüm bu teorik tartışmaların geride kalmasına sebep olmuştur.

³⁷⁸ “AYM, 26 Aralık 2013 Tarih ve E.2013/57 K.2013/162 sayılı kararı. Karar için bkz. Resmi Gazete, <https://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141212-13.pdf>, E.T. 22.05.2020”.

keyfi bir sınırlama olmadığını, hakkın özüne dokunmadığını, ailenin huzur ve refahının korunduğunu belirterek düzenlemeyi Anayasa'ya uygun bulmuştur³⁷⁹.

i. Eşin Rızasının Aranacağı ve Aranmayacağı Haller

Türk Borçlar Kanunu md. 584'ün gündeme gelebilmesi için her şeyden önce, kefil olmak isteyen kişinin kefalet sözleşmesini yaparken evli olması gerekir³⁸⁰. Buradaki 'eş' ile kastedilen resmi nikâh ile bağlı olan eştir. İmam nikâhı ile evli olanların evlilikleri yok hükmünde sayılacağından³⁸¹, bu türden bir dini nikâh ile birbirine bağlı olan kişilerin, kefil olurken "eşlerinin" rızasını almasına gerek yoktur. Öte yandan, yabancı bir ülkede, o ülkenin yasalarına uygun bir şekilde yetkili makamlar huzurunda yapılmış olan evlilikler Türkiye'de geçerli olup, eşlerden birinin yapacağı kefalet sözleşmesi diğer eşin rızasına tâbi olacaktır³⁸². TMK'nın tek eşliliğe ve resmi nikâha ilişkin hükümleri kamu düzenindendir. Aksi düşüncenin kabulü, bu sebeple, kamu düzenine ve TMK'nın ruhuna aykırı olacaktır. Öte yandan, hakkaniyet aksini gerektirmedikçe, istisnai hükümlerin dar yorumlanması esastır. Türk hukukunda eşlerin işlem özgürlüğü kural olduğuna göre, bu kurala istisna getiren her hükmün olduğu gibi, maddenin *ratio legis*'inden sapmadan TBK md. 584'ün de dar yorumlanması ve uygulanma alanının daraltılması isabetli olacaktır³⁸³.

Yine kefil olmak isteyen kişi, aralarındaki evlilik bağı geçerli ve hukuken bağlayıcı olduğu müddetçe, eşinin rızasına ihtiyaç duyar. TBK md. 584/I "*Mahkemeye verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı olma hakkı doğmadıkça..*" evli kişinin yapacağı kefalet sözleşmesini, eşinin rızasına tâbi tutmuştur. Eşlerden biri için, TMK md. 197 çerçevesinde veya boşanma davası açılması sebebiyle yasal olarak ayrı

³⁷⁹ Bu konuda bkz. "AYM, 26 Aralık 2013 Tarih ve E.2013/57 K.2013/162 sayılı kararı".

³⁸⁰ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s.189. Kefil olan kişinin sonradan evlenmesi halinde kefaletin bundan etkilenmemesi gerekir.

³⁸¹ Akıntürk, s. 210 vd.; Zevkliler, s. 752; Tekinay, s. 108; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 74; Velidedeoğlu, s. 14, Çelik Nazlı Hilal, Evlenmenin Hükümsüzlüğü, 1. Baskı (İstanbul Ocak 2021), s.94.

³⁸² Örneğin İran'da evlendirme yetkisine sahip olan imam huzurunda; yani oranın hukukuna uygun bir şekilde iki Türk vatandaşının geçerli olarak yaptığı evlilik Türk Hukukuna göre de geçerlidir. Tekinalp Gülören, Milletlerarası Özel Hukuk Bağlama Kuralları, İstanbul, 2004, s.139. Çelik, s.92,

³⁸³ İsviçre'de, 18.06.2004 tarihli "Tescil Edilmiş Hayat Ortaklığı" isimli, Kanun uyarınca kurulan birliktelikler hakkında da Türk Borçlar Kanunu md. 584'ün karşılığı olan İsviçre Borçlar Kanunu md. 494'ün uygulanacağı kabul edilmektedir. Bu yönde bkz. Develioğlu, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, (Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2009), s. 181.

yaşama hakkı doğmuşsa ya da hâkim TMK md. 170/I uyarınca ayrılık kararı vermişse, eşin rızası aranmaz³⁸⁴. Bu hallerde, rızası aranan eşin kötüniyetli hareket etme ve haklı bir sebebi olmadan rıza vermekten kaçınabilme ihtimali yüksektir³⁸⁵.

TBK md. 584 hükmü, aralarında evlilik bağı olmadan birlikte yaşayanlar hakkında uygulanmayacağı gibi, dul kalmış ve boşanmış eşler hakkında da uygulanmaz³⁸⁶.

Evlilik, butlanla sakat olsa bile, hâkimin iptal kararına kadar geçerli bir evlilik gibi hüküm ve sonuç doğurur. Bundan dolayı, evliliği butlanla sakat olan kişinin de mevcut evliliğini iptal ettirmedikçe, eşinin rızasına ihtiyaç duyacağı söylenebilecektir. Ancak TMK md. 156'nın sevk ediliş amacı, ailenin ekonomik varlığını korumak değildir. Bu düzenleme ile, bir yandan geçersiz bir evliliğin tarafı olan eşlerle işlem yapan üçüncü kişiler korunmakta; diğer yandan, butlanla sakat evlilik yüzünden eşlerin kazandıkları kişisel statülerini devam ettirmesi sağlanmakta ve nihai olarak bu türden evlilikler sırasında doğan çocuklar, evlilik içinde doğmuş sayılmaktadır³⁸⁷. Kısacası, TMK md. 156 hükmünün, ailenin ekonomik çıkarını korumak gibi bir amacı yoktur. Bu yüzden, ailenin ekonomik çıkarlarını koruma endişesi ile düzenlenen TBK md. 584 hükmünün, butlanla sakat evlilikler bakımından uygulanmaması gerekmekte olup buna ilişkin bir düzenleme yapılması zaruridir. Kanaatimizce olması gereken hukuk bakımından (*de lege ferenda*) butlanla sakat bir evliliğin taraflarından biri olan kişi, kefil olurken eşinin rızasını almak zorunda olmamalıdır. Onun sonradan açacağı evliliğin feshi davasının kabul edilmesi halinde, daha evliliğin feshi kararının alınmadığı bir dönemde eşin rızası alınmadan yapılan kefaletin geçerli olması gerekir. Son olarak, bizim düşüncemiz kabul edilmese dahi, evliliğin, rızası aranan eşin ehliyetsizliği veya o eşten kaynaklanan bir sebep yüzünden butlanla sakat olduğu hallerde, kefaletin geçerli olabilmesi için hala o eşin rızasının aranması hakkaniyet duygusuna zarar verecektir. TBK md. 584 hükmünün dar yorumlanması, TMK md.156 hükmünün amaca uygun ve dar yorumlanması ile mümkündür. Hemen bu paragrafta

³⁸⁴ İsviçre’de sadece hâkim tarafından verilen ayrılık kararı halinde hükmün uygulanmayacağı hakkında bkz. *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s.191; *Develioğlu*, s. 178 ve oradaki dn. 684; *Sadioğlu, Fikriye Ceren*: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası”, TBB Dergisi 2017 Özel Sayı, s. 199-224, s. 205, *Ayan*, Kefalet Sözleşmesi, s.129.

³⁸⁵ *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s.191.

³⁸⁶ *Develioğlu* s. 178 ve oradaki dn. 684.

³⁸⁷ *Akıntürk*, s. 237 vd.; *Zevkililer*, s. 780 vd.; *Tekinay*, (Aile Hukuku), s. 156 vd.

yapmış olduğumuz tespitlerin, TMK'nın 156. maddesinin 2. cümlesi ile bağdaştırılmasının güç olduğunun farkındayız. Ancak, kanaatimizce, TMK md. 156'dan sonra yürürlüğe giren TBK'nın 584. maddesi, örtülü bir kanun boşluğunun doğmasına sebep olmuştur. Zira, kanun koyucunun TMK'nın 156. maddesini yürürlüğe koyduğu 01.01.2002 tarihinde 818 sayılı BK hükümleri yürürlükte idi. Kısacası, eski BK döneminde, evli kimselerin kefil olabilmesi için eşlerinden rıza almaları bir zorunluluk da değildi. Bu vesile ile, biz, TMK md. 156 hükmünün yeni kabul edilen TBK md. 584 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi ve yeniden düzenlenmesi gerektiği görüşündeyiz. TMK md.156 hükmü eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü esas alan TMK md.193 hükmünün kapsamını da ciddi şekilde daraltmaktadır. Bu kapsamda, sonradan yürürlüğe giren TBK md.584 hükmü örtülü bir kanun boşluğunun doğumuna da sebep olmuştur. TMK md.156 hükmünün hem nisbi hem de mutlak butlan sebepleri için aynı sonucu kabul ettiğini de eklemek isteriz. Örneğin, ayırt etme gücünden yoksun bir kimse ile evli olan ve kefil olmak isteyen bir kişi, eşinin bu halde olmasından dolayı evliliği mutlak butlanla geçersiz olsa dahi, onun rızasını aramak zorunda kalacak; ayırt etme gücünden yoksun kimsenin rızası alınamayacağı için mesele daha da içinden çıkılmaz bir boyut kazanacaktır. Bir diğer butlan sebebi ise evli bir kimsenin ikinci kez evlenmiş olması halidir. Bizim düşüncemiz kabul edilmeyecek olursa, kefil olmak isteyen ve iki kişi ile aynı anda evli olan bir kimse, sadece geçerli olan ilk evliliğindeki eşinin değil; butlanla sakat olan ikinci evliliğindeki eşinin de rızasını almak zorunda bırakılacaktır. Tüm bu sebeplerle, olması gereken hukuk bakımından butlanla batıl olan evliliklerde kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmaması yönünde kanun koyucunun bir düzenleme yapması gerektiği kanaatindeyiz.

Evli kişilerin sadece kendi adlarına yaptıkları kefalet sözleşmeleri için eşin rızası aranır. Bir kişi kefalet sözleşmesini, üçüncü bir kişiyi temsilen imzalıyorsa, eşinin rızasına ihtiyaç duymaz³⁸⁸.

Özen, TBK md. 583'e kıyasen, konunun aslında belirsiz olduğunu belirtmekle birlikte evli bir kişinin kendi adına kefil olunması için doğrudan temsil yetkisi verdiği ya da alacaklı veya üçüncü kişiye karşı kefalet sözleşmesi akdetme vaadinde bulunduğu hallerde de, diğer eşin rızasının aranacağı görüşündedir. Aksi halde, maddenin

³⁸⁸ Özen, Kefalet Sözleşmesi,s.190. Kendi adına değil de organ olarak şirket adına kefalet verilmesi halinde de eşin rızasının aranmayacağı hakkında bkz. *Develioğlu*, s. 178.

etrafından dolanılmasına kapı açılmış olur. Yazara göre, anılan hallerde, kefalet sözleşmesinin yapılması sırasında ikinci kez rıza gösterilmesine lüzum yoktur³⁸⁹. Bu görüşe eşin rızasını arayan TBK md. 584 hükmünün istisnai bir nitelik taşıyor olması nedeniyle katılmıyoruz.

Doktrinde yer alan hakim görüşe göre, kefil olmak isteyen kişinin eşinin ehliyetsizliği de, TBK md. 584'ün uygulanmasına engel değildir. Kefilin eşinin rızasının alınması kefalet sözleşmesinin yapılmasından daha önemli değildir. Bundan dolayı, rızanın verilmesinde de temsilci kullanılması mümkündür. Eşin rızası iradi temsilci vasıtası ile dahi bildirilebiliyorsa, ehliyetsizlik halinde yasal temsilcinin rızasına başvurulabileceği açıktır. Eşin rıza vermesi kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması anlamına gelmez. Kefalet sözleşmesinin ehliyetsizler için yasak işlem oluşu bu sonuca engel teşkil etmez³⁹⁰. Kanaatimizce burada sadece kanunun lafzı dikkate alınmış; kanunun amacı (*ratio legis*'i) göz önünde bulundurulmamıştır. Zira, TMK md. 449 ile ehliyetsiz kimse korunmak istenmektedir. Bu sebepten ötürü, temsil yasağı olan işlemler birer birer belirtilmiştir. Kefalet sözleşmesi (TBK md. 584) hükmü ile de evlilik birliğinin ekonomik menfaati korunmak istenmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirildiğinde, yasal temsilcinin, eşin yerine geçecek şekilde rıza göstermesinin yerinde olmayacağı ve bu durum kabul edilecek olursa kanunun amacından sapılmış olacağı kanaatindeyiz. TBK md. 584 hükmü ile kanun koyucu, evlilik birliğinin ekonomik menfaatini azami bir şekilde korumayı hedeflemiştir. Nitekim, kanun koyucu aile konutu ile ilgili yaptığı düzenlemede TMK md. 194/II ile “*Rıza sağlamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimin müdahalesini isteyebilir.*” Rıza sağlayamayan eşe böyle bir imkân tanımıştır. Aynı imkân, TBK md.

³⁸⁹ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 194, 195. Kendi adına kefalet sözleşmesi yapma yetkisi veren işlemler bakımından Türk Borçlar Kanunu md. 584'ün uygulanmayacağı hakkında bkz. Kırca, İsmail: “Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalette Eşin İzni”, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, (Ankara, 2006), s. 439-440. Kırca'ya göre kefalet sözleşmesine ilişkin olarak doğrudan temsil yetkisi verilmesi ile kefalet ön sözleşmesi (kefalet vaadi) arasında ikili bir ayırım yapılmalıdır. Kendi adına temsil yetkisi veren bir kişi henüz borç altına girmiş olmadığı için eşin rızası aranmamalıdır. Fakat kefalet ön sözleşmesi asıl kefalet sözleşmesini yapma borcu doğuracağı için eşin rızası alınmadıkça geçerli olmamalıdır.

³⁹⁰ Silvio Giovanali, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Band IV, II. Abteilung, 7. Teilband, Bern, 1978, Art. 494, N.15; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s.190, Frey, Hans Ueli, Die Voraussetzungen der Bürgschaft unter dem Gesichtspunkt des Bürgenschutzes, insbesondere im neun schweizerischen Bürgschaftsrecht, Zürich, 1943, s.68; Duft, Leo, Die Zusimmung des Ehegatten als für die Bürgschaft, Freiburg 1943, s.62; Pestalozzi, Cristoph M, Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1529 OR, 3. Auflage, Basel/Genf/München 2002, Art. 494.

584 düzenlemesi için getirilmemiştir. Bu durum kanun koyucunun bu hükmü dar bir şekilde yorumlamak amacında olduğunu gösterir. Rızası istenen eşin kısıtlı olması durumunda ise, her ne kadar rıza gösterecek eş bir yükümlük altına girmiyor olsa da, evlilik birliğinin ekonomik menfaati dolayısıyla evlilik birliğinin refahı için eşin vasisinin eş yerine rıza göstermesini yerinde bulmuyoruz³⁹¹. Aynı gerekçelerle rızası alınacak olan eş hasta veya kayıpsa TMK md. 426 gereğince kayyım atanıp eşin yerine rızayı kayyım vermelidir³⁹² şeklindeki görüşe katılmıyoruz.

Kefalet sözleşmesinin akdedilmesinden sonra yapılmakla birlikte kefilin durumunu ağırlaştıran işlemler bakımından da eşin rızası ayrıca aranır³⁹³. Kefilin sorumlu olacağı azami miktarı artıran değişikliklerde durum böyledir. Ancak azami miktarı artırmayan, kefalet limiti altında kalan değişiklikler bakımından rıza aranmaz. Kefilin sorumlu olduğu azami meblağı etkilemeyeceği için kefilin sorumlu olduğu temerrüt faiz oranlarında yapılacak değişiklikler örnek olarak verilebilir. Yine, sonradan yapılan değişikliklerle, adi kefalet, müteselsil kefalet dönüşürüyorsa eşin rızası aranır³⁹⁴. Kefil, kendi yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olan değişiklikleri de eşinin rızasını almadan yapamayacaktır³⁹⁵. Özen'e göre, buradaki "güvence" ve "azalma" ifadeleri en geniş anlamıyla ele alınmalıdır³⁹⁶. Kefalet ilişkisi, söz konusu borç için ipotek verilmeden doğmuşsa, kefilin bu ipoteğe güvendiğinden bahsedilemez. Başka bir anlatımla kefil, kefil olma iradesini söz konusu borç için verilen ipotekten önce ve bundan bağımsız olarak ortaya koymuştur. TBK md. 584/II "*Kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalet dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmez*". Kefaletin, söz konusu borç ipotekle teminat altına alındıktan sonra verilmiş olması durumunda, kefilin öncelikle ipoteğe güvenerek kefil olmuş olması muhtemeldir. Dolayısıyla bu teminatta bir azalma meydana getirecek işlemlerde veya söz konusu teminatın tamamen kaldırılmasına ilişkin işlemlerde, kefilin yanı sıra, eşinin de rızasının

³⁹¹ Aynı yönde bkz; Ayan, Kefalet Sözleşmesi, s.175; Duft,s.92.

³⁹² Ayan, Kefalet Sözleşmesi, s.176; Duft, s.94, Frey, s.68.

³⁹³ Akıntürk/Karaman, s. 334; Zevkliler/Gökyayla, s. 676; Kırcı, s.441.

³⁹⁴ Birlikte kefil olanlar arasında teselsül öngörülmesi halinde de eşin rızasının aranacağı hakkında bkz. Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 196.

³⁹⁵ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 196; Develioğlu, s. 180; Ayan, Kefalet Sözleşmesi, s.158.

³⁹⁶ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 197. İsviçre içtihatlarının da aynı yönde olduğu hakkında bkz. Develioğlu, s. 180.

aranması gerekir. Aynı teminatlar yanında şahsi teminatlar da bu kapsamda düşünülür³⁹⁷. Güvencedeki azalmanın önemli olup olmadığı her somut olay için ayrı ayrı ele alınmalıdır³⁹⁸. Ödeme yapan kefilin alacaklıya halef olarak asıl borçluya rücu edecek olması sebebiyle, asıl borçlunun değişmesi ve kefalet süresinin uzatılması hakkında da eşin rızası aranmalıdır³⁹⁹.

Bir kimse eşinin bir borcu için kefil olsa, kefaletin geçerliliği yine de eşin rızasına bağlı olacaktır⁴⁰⁰. Ne var ki, bu görüşün aksine eşin rızasının aranmayacağı 10.06.2020 tarihli Yargıtay İçtihadı yoluyla kabul edilmiştir. Buna göre, kefalete rıza gösterecek eş, borçlunun bizatihi kendisi ise, kendisine verilecek kefalete rıza göstermesi aranmayacaktır⁴⁰¹. Kanaatimizce hem *Özen*'in gerekçesi, hem de TMK md. 584'ün *ratio legis*'i gereği Yargıtay İçtihadının aksine borçlu eşin rızası aranmalıdır.

Ancak kefaletle güvence altına alınan borcun alacaklısı, kefil olmak isteyen eş ise, artık rıza aranmaz. Bu halde rızanın aranması anlamsızdır. Çünkü rızayı verecek olan eş, kendisini asıl sözleşmenin alacaklısı yapmakla, o borcu teminat altına alan ilişkiler için de rızasını ortaya koymuştur⁴⁰².

TBK md. 584, beraberinde pek çok tartışmayı getirmiştir. Bu tartışmalar ekseriyetle, anılan hükmün, özellikle evli olup da, ticari faaliyet gösteren kimselerin ticari faaliyetlerine verdiği zararlar çerçevesinde yoğunlaşmıştır. Anılan düzenlemenin

³⁹⁷ Kırca, s. 442; Develioğlu, s. 180, Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s.190,191; “Bu konuda genel bir kuralın benimsenmesi mümkün olmayıp, her somut olayın özelliğine göre, önemlilik durumunu tespit edecektir. Bu nedenle teminatın azalması durumu söz konusu olduğunda, herhangi bir riskle karşılaşmak istemeyen alacaklının kefilin eşinin iznini alması tedbirli bir davranış olacaktır”.

³⁹⁸ Kırca, s. 443, Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, 190,191

³⁹⁹ Develioğlu, s. 181.

⁴⁰⁰ Asıl borçlu sıfatı ile sözleşmeyi imzalayan eşin bir de eşinin kefil sıfatı ile borçlu olmasını istememesi doğaldır. Bu yönde bkz. *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s. 195.

⁴⁰¹ Bu konuda bkz. “[...] Temyiz incelemesine konu olayda da kefalete rıza gösterecek eşin, borçlunun bizatihi kendisi olması sebebiyle ve de kefil olunacak borçlu eşin, kendisine verilecek kefalete rıza göstermeyeceğinin kabulünün de hayatın olağan akışına aykırı olacağı düşüncesiyle, eşin, borçlu eşe kefil olmak istemesi halinde, kefaletin geçerli olması için eş rızasına lüzum olmadığının kabulü gerekir. Kaldı ki, eş rızasının aranmasına yönelik kanuni düzenlemenin temel maksadının, eşlerin birbirlerinin borçlandırıcı tasarruflarından haberdar olma ve borçlandırıcı işlemleri aile bütünlüğü içerisinde birlikte yapma olduğu nazara alındığında, somut olaydaki gibi borçlu eşin diğer eşin kefaletine rıza göstermesi şartının aranmasının füzuli olacağı tabiidir. O halde, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere, diğer şekil şartlarına uyulması sebebiyle kefalet geçerli olduğundan, şikayetin tümünden reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile istemin kısmen kabulü yönünde hüküm tesisi isabetsizdir [...]” “12. HD., 13 Ekim 2016 Tarih ve E.2016/12256 K.2016/21462 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 10.06.2020”. Aksi yönde bir görüş için bkz. *Gümüş, Mustafa Alper*, Borçlar Hukuku Özel Hükümler 5. Bası, (İstanbul, 2020), s. 506,507.

⁴⁰² *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s. 196.

özellikle ticari hayatın gerekleri ile uyuşmadığı; tacir olup da evli bulunan kişilerin ekonomik faaliyetlerini zarara uğrattığı; böylelikle aile ekonomisinin de olumsuz etkilendiği söylenmiştir. Böylelikle, Eren’in ifadesi ile⁴⁰³ “28.03.2013 tarihli 6455 sayılı Kanunun 77. maddesiyle Türk Borçlar Kanunu’nun 584. maddesine eklenen bir fıkra ile, eşin rızasını gerektiren kefalet halleri oldukça sınırlandırılmış, bu maddeyle getirilen aileyi koruma amaç ve düşüncesi son derece kısıtlanmıştır”.

Bu haliyle TBK’nın 584. maddesinin üçüncü fıkrasına göre:

- a. “Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler”,
- b. “Mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler”,
- c. “27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullandırılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler”,
- d. “Tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak kredilerde verilecek kefaletler bakımından eş rızası aranmayacaktır”.

Anılan hükmün, ancak ve ancak, 6455 sayılı Kanunun yürürlüğü ile birlikte varlık kazanacağını eklemek isteriz. Türk Borçlar Kanunu’nun yürürlüğe girdiği dönem ile 6455 sayılı Kanunun yürürlüğü arasında kalan dönemde, bu işlemler bakımından da eşin rızasının aranacağı söylenmelidir⁴⁰⁴. Öte yandan, aynı sorunla ilgili olarak İsviçre

⁴⁰³ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, (Ankara, 2021), s. 786.

⁴⁰⁴ “[...]Belirtilen yasa hükümleri karşısında somut olayın değerlendirilmesine gelince; davaya konu 24.12.2012 tarihli ipotek akdi ile, davacı ...'nin taşınmazı üzerinde, davacının ortağı olduğu dava dışı ...'nin doğmuş ve doğacak borçlarının teminatını oluşturmak üzere davalı lehine ipotek tesis edildiği, resmi senedin 14. maddesinde, ipoteğin davacı ... tarafından müşterek müteselsil borçlu ve müteselsil kefil sıfatıyla verildiğinin düzenlendiği, kefalet miktarı, kefalet tarihi ve müteselsil kefil olduğunun anılan davacıardan tarafından el yazısıyla yazılı olmadığı, davacıardan ...'nin diğer davacı ...'nin eşi olduğu, şirket ortağının şirket lehine imzalayacağı kefalet sözleşmesinde eşin rızasının gerekli olmadığına dair TBK’nın 584/3. maddesinin 28.3.2013 tarihinde yürürlüğe girmesi, davaya konu ipoteğin ise bu yasal değişiklikten önce 24.12.2012 tarihinde tesis edilmiş olması nedeniyle, kefalet sözleşmesi niteliği de

hukukunda tam aksi yönde bir çözüm benimsenmiştir. Şöyle ki, benzer yöndeki bir istisnanın istisnası niteliğindeki hüküm, İsviçre’de baştan var olmakla birlikte sonradan yürürlükten kaldırılmıştır.

Kefalette eşin rızasına ilişkin TBK md. 584 hükmünün poliçe, çek ve bonoya özgü bir kambiyo taahhüdü olarak tanımlanan aval için uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır⁴⁰⁵. Bu hususta doktrinde bazı yazarlar, TBK md. 603 hükmünden yola çıkarak eşin rızasına ilişkin 584. maddenin aval için de uygulanabileceğini savunmaktadır⁴⁰⁶. Karşı görüşteki yazarlar ise, avalin şekli hakkında Türk Ticaret Kanunu’nda özel hükümler öngörüldüğü; avalin bir sözleşme olmadığı ve tek taraflı bir işlem olduğu; kıymetli evrakın tedavül kabiliyeti ve işlem güvenliği ilkesi gerekçeleriyle avalde eşin rızasının aranmayacağını savunmaktadır⁴⁰⁷. Yargıtay’ın ise

taşıyan ipotek akdinde davacı ...'nin kefalete dair rızası bulunması gerekirken bulunmadığı da dosya içeriğiyle sabit olduğundan mahkemece, ipotek akdinde yer alan davacı ...'nin kefaletine dair açıklamaların, TBK'nın 583. ve 584. maddelerinde yer alan kefalet sözleşmesinin geçerlilik şartlarını taşımadığı gözetilerek kefalet sözleşmesi sebebiyle davacı ...'nin borçlu olmadığının tespitine karar verilmesi gerekirken yanlış gerekçe ile yazılı şekilde hüküm kurulmasında isabet görülmemiştir.[...]"
“19. HD., 24 Mart 2016 Tarih ve E.2015/11906 K.2016/5303 sayılı karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

⁴⁰⁵ Aval poliçe nedeniyle sorumlu olan kişiler lehine verilen, poliçenin hamiline ek teminat sağlayan bir tür teminatır [Zevkliler/Gökyayla, s. 666; Poroy, Reha/Tekinalp, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, (22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018), s. 219; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.522; Aral, Fahrettin/Ayrancı, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, (11. Bası, Yetkin, Ankara, 2018), s. 472].

⁴⁰⁶ Sadioğlu, s. 219; Aral/Ayrancı, s. 471; Altop, Atilla: “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m. 603 Hükmü Uyarınca, Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine, Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15, S. 1, Prof. Dr. Turhan Esener’e Armağan - Cilt II, Özel Sayı, (Ankara, 2016), s. 291-303, s. 293; Şeker, Muzaffer: Kefalette ve Avalde Eşin Rızası, (On iki Levha, İstanbul, Nisan, 2017), s. 78, Kapı/Ertan/Demir, Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti, Bilgi Toplumunda Hukuk Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt I, İstanbul, 2003, s.753 vd.; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.523; Özen, Burak İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, Cilt, 6, 7, 8, 3.Bası (İstanbul 2019), s.4362; Özen Kefalet Sözleşmesi, s. 53, 54.

⁴⁰⁷ Reisoğlu, Seza: Türk Kefalet Hukuku, (1. Bası, Ankara, 2013), s. 323; Bahtiyar, Mehmet, Kıymetli Evrak Hukuku, (17.Bası, İstanbul 2019), Bozer, Ali/Göle, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, (7. Bası, Ankara, 2017), s. 156; Civelek,Acar,Esra,”Kambiyo Senetlerinde Aval”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr.Abdülkadir Arpacı’ya Armağan,s.1308.Can, Mehmet Çelebi: “Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, S. 3, (Temmuz 2017), s. 35-74, s. 68, Sami/Arı, Zekeriya/Bozgeyik, Hayri/Saraç, Tahir/Ünal, Mücahit, Kıymetli Evrak Hukuku, (1. Bası, Mimoza Yayınevi, Konya, 2013), s. 255. Oğuz, Sefer: “6098 Sayılı TBK m. 584/1’in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler”, Bankacılar Dergisi, S. 86, (Eylül 2013), s. 67-77; Gündüz, Şefika Deren: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Şekli, (On iki Levha, 1. Bası, İstanbul, 2015), s. 174.

farklı dairelerinde farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Örneğin, 9. Hukuk Dairesi, kefalette eşin rızasına dair TBK hükümlerinin, aval konusunda da uygulanması gerektiğine karar vermiştir⁴⁰⁸. Buna karşın, 12. Hukuk Dairesi, Türk Ticaret Kanunu'nda bu konuda özel hükümler olması nedeniyle TBK md. 584'ün uygulanamayacağına karar vermiştir⁴⁰⁹. 2017 yılında, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu TBK md. 584'ün aval için uygulanamayacağı içtihadında bulunmuştur. Hukuk Genel Kurulu'na göre, Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'na göre özel kanun niteliğinde olup kendi içinde bir bütünlük oluşturur. Ayrıca kambiyo senetlerine hâkim olan soyutluk ve tedavül kabiliyeti, avalde eşin rızasının aranmasını cirantalar için katlanılması zor bir külfet haline dönüştürebilir⁴¹⁰. Nihayet 2018 yılında Yargıtay

⁴⁰⁸ Bu konuda bkz. “[...] 6098 Sayılı TBK'nın 584. maddesi uyarınca eşlerden biri mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı olmadıkça veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmadıkça, ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilecek olup, aynı Kanun'un 603. maddesine göre de kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına dair hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine dair olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacaktır. 'Aval' de poliçe ile sorumluluk altına girmiş kişi lehine, şahsi teminat sağlamak amacı taşıyan bir müessese olup kişisel güvence verilmesinin kıymetli evrak hukukundaki görünümüdür. Şahsi teminat sağlayan akitlere ve özellikle de kefalete benzemesi yönünden avale 'poliçe kefaleti' ismi de verilmektedir (Özcan Kıymetli Evrak Hukuku T. Kitabevi 2. bası s. 792). Bu nedenle, kefalette eşin rızasına dair hükümlerin TBK'nın 603. maddesi uyarınca 'aval'de de uygulanması gerekmekte olup, doktrinde baskın görüş de bu doğrultudadır. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.503; Barlas, (Yeni Türk Borçlar Kanununda Kefalet Sözleşmesinin Getirilen Yenilikler yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul Sempozyumu, İstanbul, 2013 s. 213-230), s. 230, Acar, (Kira sözleşmesi ve Kefalet Türk Borçlar Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi Sempozyumu, Legal Hukuk Dergisi, Ekim 2005, Y. 3, s. 34, s. 3685-3691), s. 67). Bu itibarla; mahkemece bu yön üzerinde durulup sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamış, kararın bozulması gerekmiştir [...]” “11. HD. 24 Nisan 2014 Tarih ve E.2014/1231 K.2014/7837 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

⁴⁰⁹ Bu konuda bkz. “[...] Bono üzerine "kefil" ibaresi konya dahi bu, aval olarak nitelendirilir ve aval veren, bononun diğer borçlusu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur (TTK.614). TTK'nun 636. maddesi hükmü gereğince kambiyo senetlerinde müteselsil borçluluk esası olduğundan, bu tür senetlerde imzası olan herkes, hamile karşı müteselsilen sorumludur. Bu açıklamalar doğrultusunda Türk Ticaret Kanunu'nda özel hükümler olması nedeniyle kambiyo senetlerinde BK'nun 584. ve 603. maddeleri uygulanamaz. O halde mahkemece borçlunun şikayetin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile takibin iptaline karar verilmesi isabetsizdir [...]” “12. HD., 15 Mayıs 2014 Tarih ve E.2014/10176 K. Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 22.05.2020”.

⁴¹⁰ Bu konuda bkz. “[...] Öncelikle vurgulanmalıdır ki Türk Ticaret Kanunu, Türk Borçlar Kanunu'na göre daha özel nitelikte bir kanun olup, ancak Türk Ticaret Kanunu'nda düzenleme bulunmaması halinde genel hüküm niteliğindeki Türk Borçlar Kanunu uygulanır. Avale dair hükümler kendi içinde bir bütünlük teşkil eder ve münhasıran kambiyo hukuku içinde düzenlenmiştir. Bu haliyle özel nitelikte bir şahsi teminat türü olan aval bakımından genel nitelikli kefalet hükümlerine gidilmesine yasal olanak bulunmamaktadır. Avalin bu özel niteliği kambiyo senetlerine duyulan güven ve tedavül kabiliyeti ile de ilgilidir. Zira kefalette asıl borç bir sebeple geçersizse (söz gelimi kefilin fiil ehliyeti yoksa) kefilin de sorumluluğuna gidilemezken, avalde lehine aval verilenin sorumluluğu bulunmasa bile avalistin

İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, konuya ilişkin içtihadı netleştirmiş ve söz konusu belirsizliği gidermiştir. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, avalde eşin rızasının aranmasının gerekmediğine karar vermiş, Hukuk Genel Kurulu'nun bu konudaki gerekçelerine büyük ölçüde katılmıştır⁴¹¹. İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu avalin bir kambiyo garantisi olduğunu, tek taraflı bir irade beyanıyla oluşturulduğunu, eşin rızası

sorumluluğu devam etmektedir. Kendisine böylesine önemli bir fonksiyon atfedilmiş aval müessesesinin kefalete dair genel hükümlere tâbi kılınması doğru değildir. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesinin gerekçesinde "madde kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yaptıkları sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır" denmişse de bu düzenlemenin avalu de kapsayacağına dair açıklık bulunmamaktadır. Hatta gerekçe "kefilî koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla" yapılan diğer sözleşmeleri işaret ederken, avalin bu kapsamda kalmadığında da tereddüt bulunmamaktadır. Zira aval bir sözleşmeye değil kambiyo taahhüdüne olarak verilir ve bu sahada kaçınılacak başka bir taahhüt türü bulunmamaktadır. Diğer bir ifade ile gerçek kişilerce verilen avaller Türk Borçlar Kanunu'nun 603. maddesine tâbi tutulmayacak ve kefil lehine olan hükümlerden kurtulmak için aval verildiği ileri sürülemeyecektir (Reisoğlu, S.: Türk Kefalet Hukuku, Ankara, 2013, s. 323). Kaldı ki ticaret hayatındaki sürat ve güven ihtiyacı, ticari iş ve işlemlerin genel hükümlerden ayrı, özel kanuni şekil kurallarına bağlanmasını zorunlu kılmıştır. Tedavül kabiliyeti ve kambiyo senetlerinin soyutluğu ilkeleri de bu fonksiyona hizmet ederler. Tedavül kabiliyeti kambiyo senetlerini adi senetlerden ayırmaktadır. Bunun sağlanabilmesi de kambiyo senetlerinin temel ilişkiden bağımsız olmasına bağlıdır. Buna "soyutluk" ya da 'illetten mücerret olma' denir. Soyutluluk kavramı esas itibariyle kıymetli evrak niteliği taşıyan bir senette mündemiç olan hakkın temel ilişkiden bağımsızlığını ifade eder (Poroy, R./Tekinalp, Ü.: Kıymetli Evrak Hukuku Esaslar, İstanbul, 2010, s. 29). Kambiyo senetleri devredildikten sonra mücerretlik ilkesi ortaya çıkar ve senedin yaratılması nedeni olan "sebebe" donar. Kıymetli evrak tedavül ettiği sürece bu sebepten bağımsızdır. Bunun yanında senet borçlusu, senet hamiline karşı temel ilişkiden doğan def'ileri ileri süremez. Soyutluk hamili güçlendirir ve bu sebeple de kıymetli evraka güveni artırır. Kıymetli evrakın soyutluğunun sonuç doğurması, içerdiği hak ve sorumlulukların senet dışında başka bir yere başvurmaya gerek kalmaksızın herkes tarafından anlaşılabilirliği ile mümkündür. Sırf bu ihtiyaç dahi avalin "eş rızası" noktasında kefalete dair hükümlere tâbi kılınmasını imkânsız hale getirmektedir. Gerçekten de iki kişi arasında düzenlenen bir sözleşmede borçluya kefil olan kişinin evli olup olmadığı, eşin rızasının bulunup bulunmadığı kolaylıkla belirlenebilirken; tedavül kabiliyeti sebebiyle bir kambiyo senedinde avalistin evli olup olmadığının ve eşinin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılması zorunluluğu, hamile kambiyo senetleri hukukuna tamamen yabancı bir yük getirecektir. Bu detayların senede derç edilmesi ve sonraki cirantaların hiçbir tereddüde mahal olmaksızın bunu bilmesi mümkün değildir. Yukarıdan beri yapılan açıklamalar çerçevesinde avalde, eşin rızasına dair kefalet hükümlerinin uygulanamayacağı kurul çoğunluğunca kabul edilmiştir [...] "HGK., 24 Mayıs 2017 Tarih ve E.2017/1135 K.2017/1012 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı içtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2020".

⁴¹¹ "[...] Benzer değerlendirmelere Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun bir kararında da (24/05/2017 T. 12-1135/1012) yer verilmiş olup; [...] 'Gerçekten de iki kişi arasında düzenlenen bir sözleşmede borçluya kefil olan kişinin evli olup olmadığı, eşin rızasının bulunup bulunmadığı kolaylıkla belirlenebilirken, tedavül kabiliyeti nedeniyle bir kambiyo senedinde avalistin evli olup olmadığının ve eşinin rızasının bulunup bulunmadığının araştırılması zorunluluğu, hamile kambiyo senetleri hukukuna tamamen yabancı bir yük getirecektir. Bu detayların senede derç edilmesi ve sonraki cirantaların hiçbir tereddüde mahal olmaksızın bunu bilmesi mümkün değildir' şeklinde açıklanmıştır [...]" "İBGK., 20 Nisan 2018 Tarih ve E.2017/4 K.2018/5 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2020".

gibi başka unsurların da senede işlenmesinin aval bakımından tereddüt uyandırabileceğini, sonuçta senedin tedavül kabiliyetini kaybedeceğini belirtmiştir⁴¹². Ayrıca, avalistin medeni halinin senede işlenmesinin uygulama için işlevsel olmayacağı ileri sürülmüştür. Öte yandan, Yargıtay’a göre, kefaletle dair hükümler kefil alacaklıya karşı korurken, aval hükümleri senet hamilini borçlulara karşı korur. Bu nedenle kefalet ve aval hükümleri kıyaslanamaz⁴¹³. Bu yaklaşımın ailenin korunmasına zarar verip vermeyeceği noktasında Yargıtay, ailenin ekonomik bütünlüğüne yönelebilecek tehditlerin TMK’nın hakkın kötüye kullanımıyla ilgili 2. maddesi yoluyla bertaraf edilebileceğini belirtmiştir⁴¹⁴. Biz, YİBK’da ifade edilen düşüncelere katılmıyoruz. Her şeyden önce, Yüksek Mahkeme’nin, TTK’nın özel kanun olduğundan hareket ederek bir sonuca ulaşması kanaatimizce isabetli değildir. Zira, bilindiği üzere, bu kıstas bakımından göz önünde tutulması gereken ilke özel kanun-genel kanun değil; özel hüküm-genel hüküm ayırımı olmalıdır. Şöyle ki, özel nitelikli bir hükmün genel bir kanun içinde yer alması pekâlâ mümkündür. Biz, kefalet vb. kişisel teminat sonucunu doğuran sözleşmeler hakkında TBK md. 603 hükmünün özel hüküm niteliğinde olduğu

⁴¹² “[...] *Avale ilişkin şekil koşulları Türk Ticaret Kanunu’nun 701. maddesinde açık biçimde ve özel hükümlerle düzenlenmiştir. Bu düzenlemenin amacı kambiyo senetlerindeki belirlilik ilkesine paralel biçimde avalin tereddüde meydan vermeksizin senet üzerinde ortaya konulması gerekliliğinin bir yansımasıdır. Aval bir kambiyo garantisi olup, avalistin senede bu yönde koyacağı tek taraflı bir irade beyanı ile vücut bulur. [...] Türk Ticaret Kanunu’nun aval için belirlediği bu şekil şartlarından başka unsurların da senede derç edilmesi hâlinde bu ibarelerin aval bakımından tereddüt uyandırabileceği hususu göz önünde bulundurulmalıdır. Kambiyo senedinde aval şerhinin şüphe uyandırması, avalden başka bütün senedin de güvenliğini etkiler ve gerek lehdar gerekse sonraki cirantalar ve nihayet hamil için senet güvenliği zayıflar. Bu da senedin tedavül kabiliyetini kaybetmesine neden olur [...]*” “İBGK., 20.4.2018 Tarih ve E.2017/4 K.2018/5 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2020”.

⁴¹³ “[...] *Kefalet ile avalin her ikisinin de kişisel güvence sağladığı konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak kefaletle dair hükümler kefil alacaklıya karşı korurken avale ilişkin hükümlerin hamili, asıl borçlu ile müracaat borçlularına karşı koruduğunun gözden kaçırılmaması gerekir. Bu bakımdan kefalet ile aval hükümlerinin birbiriyle kıyaslanması normun koruma amacı ile de uygun düşmeyecektir [...]*” “İBGK., 20 Nisan 2018 Tarih ve E.2017/4 K.2018/5 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2020”.

⁴¹⁴ “[...] *Kanun koyucunun, Türk Borçlar Kanunu’nda düzenlenen kefalet müessesesinde eşin rızasını ararken, aynı tarihte (01/07/2012) yürürlüğe giren ve daha özel bir kanun olan Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlediği aval için eş rızasını aramamasını gözden kaçırdığı şeklinde değerlendirilmemesi gerekir. [...] Tarafların başka adlar altında akdedecekleri sözleşmelerle kefaletle ilişkin şekil şartlarını dolanmaya çalışmaları elbette aval için de benzer endişeleri gündeme getirebilmektedir. Ancak alacağı güvence altına alabilmek için kambiyo senetlerinde de aval dışında başvurulabilecek farklı yöntemlerin mevcudiyeti tartışmasızdır. Hâl böyle olunca ailenin ekonomik bütünlüğüne yönelebilecek tehditlerin her zaman için Türk Medeni Kanunu’nun hakkın kötüye kullanılmasını engelleyen 2’nci maddesi ile bertaraf edilmesi mümkündür [...]*” “İBGK., 20 Nisan 2018 Tarih ve E.2017/4 K.2018/5 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 23.05.2020”.

kanaatindeyiz. Anılan kanunların kanunlaşma süreci hatırladığında da benzer bir sonuca ulaşılabilecektir. TTK'nın ve TBK'nın benzer zaman dilimleri içinde ve eş zamanlı olarak tasarı sürecini geçirdikleri; hatta kısmen TTK hazırlık çalışmalarının TBK'dan önceki bir zaman diliminde başladığı herkes tarafından bilinmektedir. Sözün özü, nereden bakılırsa bakılsın, TTK'nın sonraki tarihli özel kanun olduğundan hareket edilerek bir sonuca ulaşılması, kanaatimizce ziyadesiyle şekli bir yorum yönteminin kabul edildiği anlamına gelir. Biz, bir sözleşme olması nedeniyle, aval için de, TBK md. 603 hükmünün özel nitelikli bir düzenleme getirdiğini düşünüyoruz. Aksi yönde bir düşüncenin kabulü, her şey bir yana, TBK md. 584 ve 603'ün *ratio legis*'ine aykırılık teşkil edecektir. Zira, kanun koyucu, 603. madde hükmünü düzenlerken herhangi bir istisna öngörmüş değildir. Başka deyişle, anılan madde, herhangi bir istisna tanımaksızın kişisel teminat sonucu doğuran bütün sözleşmeleri kefaletin tâbi olduğu esaslara bağlamıştır. Öte yandan, TBK md. 584'te sonradan yapılan değişiklikle kimi işlemler bakımından eşin rızası kaldırılmış; ne var ki, bu değişikliklerle de aval kurumuna yönelik bir istisna ihdas edilmemiştir. TBK md. 584 ve 603 hükümleri birlikte değerlendirildiğinde, maksadın, aile birlikteliğini ve huzurunu tek başına karar verilen iktisadi kararlara karşı korumak olduğu söylenmelidir. Bilindiği üzere, aval, niteliği itibari ile soyut bir borç taahhüdü anlamına gelip, kefalet gibi feri de değildir. Bu yönü itibariyle de aile birlikteliğini daha doğrudan etkileyecek niteliktedir. Bundan dolayı, anılan işlemlerin malvarlığına yapacağı olumsuz etkiler nedeniyle de avalın evleviyetle TBK md. 603 hükmü çerçevesinde değerlendirilmesi gerekir. Aksi halde, TBK md. 584 ve 603 ile aileyi korumak amacıyla getirilen düzenlemelerin amacını büyük ölçüde yitireceği muhakkaktır. Uygulamada ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların, mağduriyet yaşayan eşin hak arama çabalarının TMK md. 2 ile önünün açılması suretiyle giderileceği iddiası ise gerçekçi değildir. Bu yaklaşım, her şey bir yana, mağdur olan eşi ağır ispat yükümlükleri altına sokacak olması yüzünden eleştiriyi hak etmektedir. Biz de, aval için, TBK'nın md. 603 hükmünün uygulanmasının, ticari hayatın hızlılık ve güven ilkelerine zarar vereceğini düşünüyoruz. Ne var ki, meselenin bu yönü itibariyle tartışılması da hukuk politikası sorunudur. Aynı endişeler, kefalet sözleşmesi için de geçerlidir. Ancak kanun koyucu, bu zorluğu TBK md. 584'te ticari hayata yönelik istisnalar öngörmek suretiyle gidermiştir. Ailenin eşlerden birisinin işlemlerine karşı korunmasındaki menfaat ile ticari hayatın hızlı bir şekilde yürütülmesi

arasındaki menfaat çatıştığında, biz, mevcut haliyle, kanun koyucunun ilkinden yana tercihini kullanması gerektiğini düşünüyoruz. Böylelikle, YİBK'nın *contra legem* bir yorum yöntemiyle kaleme alındığı görüşündeyiz. Avalin sözleşme değil de, tek taraflı bir hukuki işlem olduğu⁴¹⁵, bu yüzden TBK md. 603'ün sadece sözleşmeler bakımından uygulanabileceği iddia edilerek de farklı bir sonuca ulaşılamayacaktır. Aval, bir sözleşme olmasa bile, şekli değil de, amaca göre bir yorum yapılacak olursa TBK md. 603'te bahsedilen sözleşmelerin hukuki işlemler olarak kabul edilmesini zorunlu kılar. Bu gerekçelerle, meselenin bir içtihadı birleştirme kararı ile değil de; bir kanun değişikliği ile çözüme kavuşturulmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

ii. Rızanın Niteliği, Zamanı ve Şekli

Develioğlu ve *Ayan*'a göre, eşin rızası kefaletin geçerliliği bakımından “*maddi bir geçerlilik*” şartıdır⁴¹⁶. *Özen* de, TBK md. 584'ün bir şekil kuralı mı, yoksa kefil olma ehliyetini sınırlayan bir kural mı olduğunun tartışılabilceğini ifade etmekle birlikte, kanaatince fiil ehliyetinin bir türü olan hukuki işlem ehliyeti sınırlaması olduğunu eklemektedir⁴¹⁷. Yargıtay'a göre, eşin rızasına ilişkin düzenleme TMK'da öngörülen, eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabileceklerine dair kurala, TBK tarafından getirilen bir istisna niteliğindedir⁴¹⁸.

Eşler arasında hangi mal rejiminin geçerli olduğunun TBK md. 584'ün uygulanması noktasında önemi yoktur⁴¹⁹. Verilecek olan rıza zorunlu olup, kefil de,

⁴¹⁵ *Çelebi*, s. 45.

⁴¹⁶ *Develioğlu*, s. 179.

s. 179, *Ayan*, İstanbul Şerhi, s. 4203.

⁴¹⁷ *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s. 189. Bunun doğal sonucu olarak, gerekli olmasına rağmen rızanın alınamaması halinde, kefalet sözleşmesi fiil ehliyeti eksikliği yüzünden geçersiz olacaktır. Aynı yönde bkz., *Ayan*, İstanbul Şerhi, s. 4356-4357.

⁴¹⁸ Bu konuda bkz. “[...] *Türk Borçlar Kanunu'nda kefalet sözleşmesinin geçerliliği 818 Sayılı Borçlar Kanunu'ndan daha ağır şartlara bağlamıştır. Kefalet sözleşmesinin geçerli olması, genel hükümlerin yanında, Türk Borçlar Kanunu'nun 583 ve 584. maddelerinde kefalet sözleşmesi için öngörülen koşulların varlığına bağlıdır. Bu koşullar mevcut ve geçerli borcun bulunması, kefalet sözleşmesinin yazılı şekilde yapılması ve kefil evli ise eşin rızasının alınmasıdır. 818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda yer almayan eşin rızasına dair düzenleme, Türk Medeni Kanunu'n 193. maddesinde öngörülen, eşlerin birbirleri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi serbestçe yapabileceklerine dair kurala Türk Borçlar Kanunu'nun getirdiği bir istisna niteliğindedir [...]*” “HGK., 24 Mayıs 2017 Tarih ve E.2017/12-1135 K. Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası*, E.T. 23.05.2020”.

⁴¹⁹ *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s. 190; *Kırca*, s. 439.

eşler de bu rızadan önceden feragat edemezler⁴²⁰. TBK md. 584 emredicidir; fakat kamu düzeninden değildir⁴²¹.

Rızanın, kefalet sözleşmesinin kurulmasından önce ya da en geç kurulma anında verilmesi gerekir. Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra verilecek rızanın önemi yoktur⁴²². Eş rızasını önceden izin olarak verir; sonradan icazet verilmesi mümkün değildir. Zira, TBK'nın 584. maddesinde geçen “*bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulma anında verilmiş olması şarttır*” şeklindeki ifadesinden başka bir sonucun çıkarılması imkân dahilinde değildir. Bir görüşe göre, kurulma anından kasıt, kefilin beyanda bulunduğu; yani sözleşmeyi imzaladığı an olup, alacaklı tarafından yapılan kefalet icabının kabul edildiği an değildir⁴²³. Başka deyişle, kefilin iradesinin kefil tarafından imzalanmış kefalet senedinde cisimleştiği anda eşin rızası da var olmalıdır. Ancak, Özen'e göre, “*sözleşmenin yapıldığı an*” ifadesi geniş yorumlanmalıdır⁴²⁴. Kanaatimizce, TBK md. 584'ün genel kurala istisna getiren bir hüküm olduğu unutulmamalı ve alacaklı kabul beyanında bulununcaya kadar, eş rıza verebilmelidir. Sözleşme, tarafların iradesinin uyuşması ile kurulur. Böylece kefalet sözleşmesi de alacaklının kabulü ile kurulmuş olacaktır. Alacaklı icapta bulunmuşsa ve taraflar hazır değilse, biz de Özen'in düşüncesini kabul etmekteyiz.

Gelecekteki belirsiz sayıda kefaletlere yönelik genel bir rıza verilemez. Eşin rızası somut ve belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olmalıdır⁴²⁵. Bu nitelikte olmayan bir rızanın hukuki değeri yoktur⁴²⁶. Aksinin kabulü, TBK'nın 584. maddesinin *ratio legis* 'ine aykırı olacaktır. Zira, ancak bu halde, rızanın kefalet sözleşmesi dolayısı ile ailenin karşılaşacağı muhtemel rizikoların değerlendirilmesi üzerine verildiği kabul

⁴²⁰ Develioğlu, s. 179; Sadioğlu, s. 210.

⁴²¹ Develioğlu, s. 179; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s.506; Özen, Kefalet Sözleşmesi, s.189; Ayan, İstanbul Şerhi, s.4203.

⁴²² Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 198.

⁴²³ Develioğlu, s. 179; Karşı görüşte bkz. Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 518. Gümüş'e göre, kefilin kefil olma iradesi kefalet senedi, kefilin hâkimiyet alanından çıktığı anda ortaya çıkmaktadır.

⁴²⁴ Sözleşme yapılırken kefilin eşi de hazır bulunuyorsa eş, kefilden sonra sözleşmeyi imzalayabilecektir. Eşin rızasını kefilden hemen sonra beyan ettiği hallerde eş zamanlılık gerçekleşmiştir. İsviçre Hukukunda, kefil sözleşmeyi imzaladıktan sonra hala noterdeyken eşi gelirse, eş zamanlılığın gerçekleştiği hakkında ayrıca bkz. Develioğlu, s. 179. İsviçre'de kefaletin şekli bakımından birtakım ayrımlar yapılmaktadır. Bir gerçek kişi, 2.000 Frankı aşan bir sorumluluk için kefil oluyorsa, sözleşmenin resmi şekilde yapılması gerekir. 2.000 Frank altındaki kefaletler için resmi şekle gerek yoktur; fakat sorumluluğun üst sınırının ve müteselsil kefil olma iradesinin el yazısı ile yazılması gerekir. Bu açıklamalar için bkz. Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 198.

⁴²⁵ Develioğlu, s. 179; Gümüş, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, s. 510.

⁴²⁶ Develioğlu, s. 179 ve oradaki dn. 685.

edilebilecektir. Bununla birlikte eş, koşullarını ve sonuçlarını değerlendirme imkânına sahip olduğu birden fazla kefalet sözleşmesi için tek bir rıza vermekle yetinebilir⁴²⁷.

Eşin rızası yazılı olarak verilmelidir. Rızanın verilmesi için aranan adi yazılı şekil geçerlilik şartıdır⁴²⁸. Ancak, eşin rıza beyanı ile kefil olma iradesinin aynı belgede yer alması zorunlu olmadığı gibi⁴²⁹, eşin kefalet sözleşmesinin imzalanması sırasında hazır bulunması da zorunlu değildir. Yine, rıza beyanının, eşin el yazısı ile yazılmasına da gerek yoktur. O, bizzat kefil olan eşinin ya da üçüncü bir kişinin yazdığı bir metni de imzalayabilir⁴³⁰. Ancak, *Develioğlu*'na göre eşin, kefil olan eş tarafından imzalanmış bir kefalet sözleşmesini sadece imzalaması rıza verildiği anlamına gelmez⁴³¹. Ne var ki biz, yazarın bu görüşüne katılamıyoruz. İmza, altına atıldığı metnin onaylanması anlamına geldiği ölçüde rızanın da var olduğuna işaret eder. Yargıtay'a göre, TBK'da eşin rızasının el yazısıyla verileceğine ilişkin açık bir hüküm bulunmaması nedeniyle, rızanın geçerliliği için bu şart aranmaz⁴³². Kanaatimizce, bu halde, eşin rızasının var olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Rızaya yetkili eş, rıza verme şahsa sıkı surette bağlı bir hak olmadığı için, bu iradesini temsilci aracılığıyla da açıklayabilir. Doktrindeki bir görüşe göre, eş rıza verip vermeme hususunda mutlak yetkilidir. Hâkime başvurarak ya da cebri icra yoluyla eşin

⁴²⁷ *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s.199, Kırca, s.444, *Beck, Emil*, Das Neue Bürgschaftsrecht - Kommentar, Zürich, 1942, Art 494. N.26, 27.

⁴²⁸ İsviçre'de kefalet sözleşmesinin geçerliliğinin resmi şekle bağlandığı hallerde dahi eşin rızası adi yazılı şekilde verilebilir. Bu yönde karış. *Develioğlu*, s. 178 ve oradaki dn. 683.

⁴²⁹ Bunun ispat kolaylığı sağlayacağı hakkında bkz. *Develioğlu*, s. 178. Bu halde, eşin rızasına yönelik ayrı metinde kefalet sözleşmesinin içeriğinin esaslı unsurlarına yönelik açıklamalara yer verilmesi gerektiği hakkında bkz. *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s.220. Rızanın mevcudiyetini ve uygun zamanda verilmiş olduğunu alacaklı ispat eder, *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s. 200.

⁴³⁰ Güvenli elektronik imzanın kullanılabileceği hakkında bkz. *Kırca*, s. 443.

⁴³¹ *Develioğlu*, s. 1809 ve oradaki dn. 693.

⁴³² Bu konuda bkz. "[...] İlk derece mahkemesince yapılan yargılama, toplanan deliller ve tüm dosya kapsamına göre, davacı tarafından, davacının eşine ait muvafakatnamedeki tarih yazısının davacının eli ürünü olmadığı, bu anlamda geçersiz olduğu, buna bağlı olarak da kefalet sözleşmesinin de geçersiz olduğunun savunulduğu, TBK'nın 584. maddesinin incelenmesinde eşin el yazısına ilişkin bir açıklık olmadığı eğer ki el yazısı ile yazma şartı açıkça aransa idi tıpkı 583. maddede belirtildiği gibi bu hususun madde metninde açıkça belirtileceği, ayrıca davacının diğer yazı kısımlarını kabul edip tarih kısmındaki yazıyı kabul etmemesinin dürüstlük kurallarına uygun olmadığı, bu nedenle yasal şartlara uygun olan eş muvafakatnamesinin geçerli olduğu, gerek kefalet sözleşmesinin gerekse de eş muvafakatlerinin şekil şartlarının gerçekleşmiş olduğunun anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hükme karşı davacı vekili tarafından istinafa başvurulmuştur.[...] Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre[...] muhakeme hukukuna ve maddi hukuka uygun bulunan hükmün ONANMASINA[...]oybirliğiyle karar verildi. [...]" "19. HD., 16 Ekim 2018 Tarih ve E.2017/4238 K.2018/4972 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası*, E.T. 26.05.2020".

rızası yerine geçecek bir karar talebinde bulunulması mümkün değildir⁴³³. Bunun anlamı, eşin, herhangi bir sebep göstermek zorunda olmaksızın rıza vermekten kaçınabileceğidir⁴³⁴. Eşin, haklı bir sebep yok iken rıza vermekten imtina ettiği ileri sürülerek, aksi yönde bir Mahkeme hükmü alma imkânı yoktur⁴³⁵. Kanaatimizce, TMK md. 194/2 benzeri bir düzenlemenin TBK md. 584’te yer almaması isabetsiz olmuştur. Bununla birlikte, böyle bir düzenleme olmasa dahi, örtülü boşluk olduğunun kabulü ile, TMK md. 194/II’nin kıyasen uygulanması suretiyle bu boşluğun doldurulması gerekir. Rızayı verecek eşin yasal temsil hükümleri uyarınca temsil edildiği hâllerde konunun TMK’nın 449. maddesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyoruz. Nasıl ki, temsil olunan adına kefil olmak yasal temsilci açısından yasak işlemlerden sayılır, rıza gösterecek eş adına irade beyanında bulunmak da, yasak işlemlerden sayılmalıdır. Kural, bütün işlemlerin kanunî temsilci tarafından yapılacağı şeklinde ise de, bazı işlemlerin kanunî temsilci tarafından dahi yapılması yasaktır. Bunlar; önemli bağışlamalar, vakıf kurma ve kefalet işlemleridir (TMK m. 449). Dolayısıyla gerek sınırlı ehliyetsizler, gerekse tam ehliyetsizler bakımından kefalet yasak işlemlerden olup, kanunî temsilci tarafından dahi yapılamaz.

iii. Eşin Rızasının Yokluğuna Bağlanan Sonuçlar

Barlas, eşin sonradan icazet vermesi yolunun da kapalı olduğundan hareket ederek, iznin alınmamasının yaptırımının “noksanlık-askıda hükümsüzlük” değil; “kesin hükümsüzlük” olduğunu söylemektedir⁴³⁶.

İsviçre hukukunda da, eşin rıza göstermemesi, kefalet sözleşmesinin geçersizliğine yol açar⁴³⁷. Yargıtay, eşin rızası olmaksızın yapılan kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğu içtihadında bulunmaktadır⁴³⁸.

⁴³³ Aksi görüş için bkz; *Giovonali*, Art 494, N.15. *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s.190, 94.dpn. Bu görüş, eşin rızasının alınmasının eşten kaynaklanan bir sebep yüzünden imkânsızlaşması hâlinde yasal temsilciye başvurulabileceği yönündedir. Bu tartışmalara yukarıda değinmiştik.

⁴³⁴ *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s.200, *Giovonali*, Art 494, N.12.

⁴³⁵ *Develioğlu*, s. 181. TMK md. 194/II’de, haklı bir sebep yok iken rıza vermeyen eşe karşı hâkimin müdahalesi talep edilebilmektedir. Eşin kefalet sözleşmesi için rıza vermeye zorlanamayacağı; eşin rızası olmadan kurulmuş olan kefalet sözleşmesinin geçersiz olacağı dolayısıyla eşin rızasının “kurucu unsur” olduğu yönündeki görüş için bkz. Beck, Art 494, N.32. Aynı yönde bkz. *Bilgen, Mahmut*, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada, Kefalet Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, Ankara, 2013, s.70.

⁴³⁶ *Barlas*, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar Ve Yargıtay Uygulaması”, Makalelerim, s. 375.

⁴³⁷ *Develioğlu*, s. 179; *Krauskopf, Frédéric/Stuber, Jonas*: Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht (Orell Füssli Verlag, 3. Auflage, 2016, Zürich), Art. 494, Kn. 5.

Buradaki geçersizlik, kefil olan eşin ehliyetsizliği sebebi ile, kesin hükümsüzlüktür ve hâkim tarafından re'sen nazara alınır. Zira, tarafı olduğu kefalet sözleşmesi için eşinin rızasını alamayan bir kişinin fiil ehliyeti bu sözleşme bakımından sınırlanmıştır⁴³⁹. Ancak o kişi, yapacağı diğer işlemler için ehliyetli olmaya devam eder⁴⁴⁰. Eşin sonradan vereceği icazet ile işlem geçerli hale gelmez. İşlem, ancak eşin rızası alındıktan sonra yeniden yapılarak geçerli hale getirilebilir. Bunun gibi, sözleşmenin yapıldığı sırada evli olan ve eşinin rızasını alamayan bir kişinin kefilliği, o kişi eşinden sonradan boşansa dahi, geçerli hale gelmez⁴⁴¹.

Bu düşüncelerin kabul edilmesi, TBK md. 584'te öngörülen sınırlamanın bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğunun kabulüyle mümkündür. Bu sınırlama, kefalet sözleşmesinin “şekline” bağlı olmayıp, kefalet sözleşmesinin esasına, yani kefalet sözleşmesi yapma ehliyetine yöneliktir.

Biz, TBK md. 584 ile getirilen sınırlamanın hak ehliyetine değil; fiil ehliyetine yönelik olduğu kanaatindeyiz. Bundan dolayı, rızanın alınmaması kefalet sözleşmesinin yokluğu sonucunu doğurmaz. Burada kefalet sözleşmesini akdetmek isteyen kişinin iradesi mevcuttur. Sözleşme, fiil ehliyeti eksikliği sebebiyle geçersizdir. Aslında eşin rızasını kefalet sözleşmesi akdedildikten sonra da verebilmesi daha isabetli olurdu. Ancak TBK md. 584/I'in son kısmında rızanın, en geç kefalet sözleşmesinin kurulduğu anda verilmiş olması açıkça aranmaktadır. Bu sebeple, sözleşmenin kurulduğu aşamada rıza alamayan eşin, bu rızayı sözleşme kurulduktan sonraki bir zamanda alabilmesi mümkün değildir. Ne var ki, eşin rızası alınmadan yapılan bir kefalet sözleşmesinde değişiklik yapılır ve bu değişiklikler için eşin rızası alınırsa, kefalet sözleşmesinin ilk halinin değil; fakat değişiklik yapıldıktan sonraki halinin (sanki ilk kefalet sözleşmesi imiş gibi kabul edilerek) herkes için bağlayıcı olacağı kanaatindeyiz. Bu düşüncemiz, elbette, metnin değişiklikten sonraki halinin bağımsız bir kefalet sözleşmesi olarak

⁴³⁸ “[...] Davacı [...], davalı banka ile dava dışı şirket arasında imzalanan Genel Kredi Sözleşmesi'ni müteselsil kefil sıfatıyla imzalamıştır. Sözleşmenin imzalandığı tarihte yürürlükte bulunan 6098 Sayılı TBK'nın 584. maddesi uyarınca somut olayda eş rızası alınmadan kefil olunması sebebiyle kefalet sözleşmesi geçersizdir [...]” “19. HD., 15 Haziran 2016 Tarih ve E.2016/8173 K.2016/15194 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”. Benzer yönde bkz. “19. HD., 15 Haziran 2016 Tarih ve E.2016/1518 K.2016/10723 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”.

⁴³⁹ Yavuz/Acar/Özen, s. 673.

⁴⁴⁰ Karş. Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 97.

⁴⁴¹ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 200, Beck, Art, N.32.

kabul edilebilmesi hali için geçerlidir. Başka deyişle, değişiklik yapılan hususlar dışında kalan kısmın da, kısmen ya da tamamen, yapılan eklerle ve değişikliklerle birlikte bir kefalet sözleşmesi görünümü altında varlığını devam ettiriyor olması gerekir. Öyle ki, değişiklik yapılan metinde, ekseriyetle değiştirilen hükümler dışında eski sözleşme hükümlerinin aynen korunduğu yolundaki belirlemeler bu açıdan anlamlıdır. Aksi halde, yapılan değişikliklerin bir boşlukta kalacağı söylenmelidir. Değişiklik, yeni maddeler eklenmesi şeklinde olabileceği gibi eski maddelerde değişiklik yapmak ya da her iki yöntemin birlikte uygulanması şeklinde de olabilir. İşte, dikkat edilmesi gereken nokta, bütünüyle yeni eklenen maddelerin, eski maddeler ile bir bütün olarak değerlendirilip, değişiklikle birlikte yeni ve bağımsız bir kefalet sözleşmesinin varlığından bahsedilip edilemeyeceğinin tespit edilmesidir. Bununla birlikte, sonradan yapılan değişiklik ile değiştirilmeyen kısımlar tekrar edilse bile sözleşmenin değişiklik tarihinde geçerli olarak kurulmuş sayılacağı unutulmamalıdır. Aksi halde, adeta icazetin caiz görüldüğü gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, bunun kanunun ruhuna uygun olmadığı açıktır.

Kefalet sözleşmesi eşin rızası alınarak, ancak rızanın kapsamı aşılmak suretiyle yapılmışsa; ya işlem bütünüyle geçersiz sayılacak ya da eşin rıza gösterdiği kadarı ile ayakta tutulacaktır. *Özen* ilk çözümden yanadır⁴⁴². Eşin, adi kefalet için rıza verdiği bir örnekte müteselsil kefil olunması mümkün değildir⁴⁴³. Buna karşılık, müteselsil kefalet için verilen bir rıza, “çoğun içinde az da vardır” ilkesi uyarınca, adi kefalet için de rızanın verildiği anlamına gelir. Biz, her bir somut uyuşmazlıkta ayrıca değerlendirme yapılması gerektiğini; rızanın sınırı aşan kefalet sözleşmeleri bakımından kısmi dikey geçersizliğe ilişkin teorik açıklamaların bu bahiste de değerli olduğunu düşünüyoruz. Örneğin, eşin 1.000.000 TL’ye kadar rıza verdiği bir ihtimalde, eş, 1.300.000 TL’lik bir kefalet vermiş ise, kanaatimizce, işlemin tamamı değil, sadece 300.000 TL’lik kısmının geçersiz olduğu kabul edilmelidir. Bu düşüncemiz, istisnai hükmün dar yorumlanması ilkesi ile de uyumludur.

Eşinin rızasını alamadığı için kefaletin geçersiz olduğu hallerde, rıza alamayan eş birlikte kefillerden biri ise ve TBK md. 587/III’ün şartları da varsa, diğer kefiller de borçtan kurtulur.

⁴⁴² *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s.201.

⁴⁴³ Eşin rızasında müteselsil ya da adi kefalet hususunda bir açıklık yok ise eşin müteselsil kefalete rıza verdiği hakkında bkz. *Özen*, Kefalet Sözleşmesi, s. 201-202, *Kırca*, s.445-446.

Kefalet sözleşmesinde sonradan değişiklik yapılması söz konusuysa ve bu değişiklik eşin rızasını gerektiren hallerden birine ilişkinse (örneğin adi kefaletten müteselsil kefaletle geçiş söz konusu ise), eşin rızasının alınamaması sadece değişikliğin hüküm doğurmasını engeller. Rızayı verecek olan eş, kefalet miktarının artırılmasına ya da adi kefaletin müteselsil kefaletle dönüştürülmesine yanaşmazsa, kefalet ilişkisi eski kefalet miktarı ya da adi kefalet hükümlerine göre devam eder⁴⁴⁴. Teminatların önemli ölçüde azalmasına sebep olan bir değişikliğe rıza verilmemesi halinde, TBK md. 592 gündeme gelir.

Kefilin eş rızasını ortaya koyarken iradesi sakatlanmışsa, bu beyanın iptali gündeme gelir. Örneğin, adi kefaletle rıza verdiğini sanan eşin, müteselsil kefaletle rıza vermesi halinde esaslı saik hatası vardır. Özen, bu son halde, alacaklının adi kefaletle razı olması karşısında iptal beyanının etkisizleşeceğini ileri sürmektedir⁴⁴⁵. Bu halde, eşin rızası olmadığı için kefalet sözleşmesinin geçersiz olduğunu iddia etmek hakkın kötüye kullanılması haline işaret eder.

6. Türk Medeni Kanunu md.198: Borçlulara İlişkin Önlemler

Türk Medeni Kanunu'nun 198. maddesine göre, "*Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim, onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir*".

Kanunun 198. maddesinde öngörülen önlem, evlilik birliğini koruyucu genel önlemlerden birisi olarak, eşlerin, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünün temin edilmesini amaçlamaktadır⁴⁴⁶. Söz konusu kural, alacağın devri niteliği taşımaktadır. Bilindiği üzere alacağın temliki, kural olarak temlik eden alacaklı ile temlik alan kişi arasında borçlunun katılımı veya rızası olmaksızın yapılacak bir anlaşmayla, alacağın devredilmesi olup buna iradi temlik denilmektedir⁴⁴⁷. Fakat söz konusu 198. madde düzenlemesi, alacağın sözleşme ile değil; bir yargı kararı ile temlik edilmesini

⁴⁴⁴ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 200.

⁴⁴⁵ Özen, Kefalet Sözleşmesi, s. 201.

⁴⁴⁶ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 253; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 214.

⁴⁴⁷ Alacağın temliki hakkında bkz. Franko, Nesim, "Alacağın Temliki", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 49 (01), (1994), s. 177-197; Arıkan, Mustafa, "Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 1, (2005), s. 129-155.

öngördüğünden, bu temlik kazai niteliktedir⁴⁴⁸. Ayrıca bu önlem, özel bir cebri icra önlemidir⁴⁴⁹.

TMK md. 198 hükmü, giderlere katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşe karşı diğer eşin icra takibi ve haciz gibi yollara başvurmaya gerek bırakmaması veya eş hakkında kısıtlılık kararı alınmadan giderlerin karşılanabilmesi gibi nedenlerle oldukça işlevli bir yol olarak görülmektedir⁴⁵⁰.

Hükmün uygulanabilmesi için, öncelikle diğer eşin hâkime başvurusu gerekmektedir⁴⁵¹. İkinci olarak, eşin evlilik birliğinin parasal giderlerine katılma yükümlülüğünün miktarının belirlenmesi ve bu şekilde yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin saptanması gerekmektedir. Bu saptamada, maddi olanaklar ölçüsünde giderlere katılma yükümlülüğünü öngören 186. madde esas alınmalıdır. Öte yandan, ortak yaşama devam edildiği sürece, ailenin geçimi için eşlerin yapacağı parasal katkının belirlenmesi 196. madde çerçevesinde gerçekleştirilecekken, ortak yaşama ara verildiği durumlarda bu belirleme, TMK md. 197 çerçevesinde yapılacaktır⁴⁵². Katkı payı, TMK md. 196/III hükmü gereği, en fazla geçmiş 1 yıla ve gelecek yıllara ilişkin olabilir⁴⁵³. Yükümlülüğe konu payın ödenmemesinin eşin kusurundan kaynaklanıp kaynaklanmadığı önemli değildir⁴⁵⁴. Fakat yükümlülüğün bir defa yerine getirilmemesi bu önlemi gerektirmeyebilir; önemli olan, ihlalin niteliği ve süreklilik arz etme tehlikesidir⁴⁵⁵. Son olarak, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin üçüncü kişilerden alacaklı olması gerekmektedir⁴⁵⁶. Doktrinde bazı yazarlarca, manevi tazminat alacakları ve doğrudan eşe ödenmesi zorunlu olan ödemeler için de, 198. madde hükmünün lafzında borçların türü veya kaynağı bakımından hiçbir ayırıma yer verilmediği ileri

⁴⁴⁸ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 256; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 214. Aksi yönde bir görüş için bkz. Öztan, s. 376.

⁴⁴⁹ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 181; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 195.

⁴⁵⁰ Öztan, s. 373; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 180.

⁴⁵¹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 255; Öztan, s. 373; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 181, 183-184.

⁴⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 182. Benzer yönde bkz. Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 185.

⁴⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 183.

⁴⁵⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 182; Öztan, s. 372. Fakat Öztan ve Gümüş, aynı zamanda -ve kanaatimizce çelişkili bir şekilde- ağır hastalık gibi olağanüstü sebepler söz konusu olduğunda 198. maddenin uygulanmayacağını savunmaktadır. Bkz. Öztan, s. 377; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 182

⁴⁵⁵ Öztan, s. 376-377. Benzer yönde bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187.

⁴⁵⁶ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 253-254.

sürülmektedir⁴⁵⁷. Ancak kanaatimizce manevi tazminat alacağı gibi alacakların bu kapsamda görülmemesi daha doğrudur. Örneğin, eş, cinsel saldırıya uğramış veya bir haksız fiil neticesinde hayatını rahat bir şekilde idame ettirmesini sağlayacak bir uzvunu kaybetmiş olabilir. Kişinin bu gibi durumlarda yaşadığı acı, elem ve keder için takdir edilen manevi tazminatın şahsi karakteri göz önünde bulundurulduğunda, bu alacağın hâkim kararıyla TMK md. 198 gereği diğer eşe devredilmesi kanaatimizce doğru olmaz. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, alacak özel hukuk ilişkisi kaynaklı olmalıdır⁴⁵⁸. Bu görüş kanaatimizce isabetsizdir; zira madde metninde bu şekilde bir sınırlamaya gidilmemiştir⁴⁵⁹. Söz konusu önlemin alınması için birlikte yaşama ara verilmesi şart olmayıp eşler birlikte yaşarken de bu usul uygulanabilir. Öztan’a göre, eş, borçlulara talimat verilmesini istemeden önce diğer eşi ikaz etmeli, ayrıca hâkim de karar vermeden önce ihtarda bulunmalıdır⁴⁶⁰. Söz konusu usul, özellikle 195. madde ile birlikte düşünüldüğünde, kanaatimizce de kanunun amacına uygundur.

Hâkim ödemenin diğer eşe yapılmasına karar verdikten sonra, öncelikle kararın kesinleşmesi gerekir⁴⁶¹. Alacağın mahkeme kararıyla diğer eşe temliki, kanaatimizce Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 389. vd. maddelerinde düzenlenen “ihtiyati tedbir” niteliğini haiz bir geçici hukuki koruma türüdür⁴⁶². Çünkü anılan hükmün amacı, kapsamı ve düzenlenme şekli dikkate alındığında, oldukça geniş bir hukuki himaye sağladığı görülmektedir. Evlilik birliğini koruyucu nitelikteki önlemlere ilişkin hükümler, oldukça kapsayıcı olan HMK md. 389 vd. hükümleriyle birlikte uygulanmalı ve yorumlanmalıdır. Aynı amaca hizmet eden ve geçici niteliği haiz olan bu hükümlerin, birbirlerinin eksiklikleri ve boşluklarını tamamlayarak birlikte uygulanması, geçici hukuki koruma kurumunun temel hedefiyle de son derece bağdaşmaktadır.

HMK’nın “İhtiyati Tedbir Kararının Uygulanması” kenar başlıklı 393. maddesinin 2. fıkrasına göre, ihtiyati tedbir kararının uygulanması, kararı veren

⁴⁵⁷ Öztan, s. 374-375; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 184.

⁴⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 188.

⁴⁵⁹ Benzer yönde bkz. Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 185; Öztan, s. 375.

⁴⁶⁰ Öztan, s. 378.

⁴⁶¹ Öztan, s. 376; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 187. Zaten kazai temlik halinde alacak, yargı kararının kesinleştiği tarihte temlik edilmiş sayılmaktadır. Bkz. Arıkan, s. 133-134.

⁴⁶² Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. aşa. I, A.

mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir. Anılan hüküm dolayısıyla, ilgili eşin borçlularının ödemeyi kısmen veya tamamen diğer eşe yapmaları gerektiğine dair tedbirin icrası, ya kararı veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesinden talep edilir ya da duruma göre bu hususta mahkeme kalemi görevlendirilir. İhtiyati tedbir bir tür geçici nihai karar niteliğinde olduğu için, söz konusu tedbirin icrası için icra dairesine başvurulursa, icra dairesince borçluya para alacaklarına ilişkin ilâmların icrası yoluyla takipte düzenlenen icra emri gönderilir. Başka bir ifadeyle, borçluların ödemeyi kısmen veya tamamen diğer eşe yapmaları gerektiğine dair tedbirin icrası, para alacaklarına ilişkin ilâmlı icra takibi yoluyla sağlanır. Öte yandan tedbir kararını veren mahkeme, kararında belirtmişse, mahkeme yazı işleri borçluların ödemeyi kısmen veya tamamen diğer eşe yapmaları gerektiğine dair tedbirin icrası hususunda görevlendirilir. Bu durumda mahkeme yazı işleri müdürünce ilgili eşin borçlularına ihtar içeren bir yazı (müzekkere) gönderilerek borçlarını diğer eşe ödemeleri istenir.

Öztañ'a göre, borçlular alacağı devralan diğer eşe de ödeme yapmak durumunda olduklarından, borçlarını iki defa ödeme yükümlölükleri doğmaktadır⁴⁶³. Kanaatimizce, bu görüşün herhangi bir kanuni dayanağı bulunmamaktadır. Zira, borcun bu şekilde iki defa ödenmesiyle ilgili bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bunun yerine, kanaatimizce, alacağı devredilen eşe ödeme yapan borçlu, sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre ödediğı tutarın iadesini talep edebilmelidir. Öte yandan, borçlular, ilk alacaklı eşe karşı ileri sürebilecekleri def'i ve itirazları, alacağın devredildiğı eşe karşı da ileri sürebilecektir⁴⁶⁴.

Hâkim, önlemin zamansal sınırını da belirleyebilir. Önlem sürecince eğer karar, eşin mali açıdan zor duruma düşürüyor ise, söz konusu eş, kararın değiştirilmesi için hâkime başvurabilir⁴⁶⁵.

⁴⁶³ Öztañ, s. 375. Benzer yönde bkz. *Gümüş*, Evliliğın Genel Hükümleri, s. 186.

⁴⁶⁴ Öztañ, s. 375.

⁴⁶⁵ Öztañ, s. 379. *Gümüş*, Evliliğın Genel Hükümleri, s. 186.

7. Evlilik Birliğini Koruyucu Bir Tedbir Olarak Cinsiyet Değiştirme Yasası

a. TMK md. 40 Öncesi Durum

Türk hukukunda cinsiyet değiştirme süreci konusundaki ilk yasal düzenleme, Eski Medeni Kanun md. 29/II hükmüdür. Eski Medeni Kanun md. 29'a eklenen düzenleme öncesi, hukukumuzda konuya dair hiçbir düzenleme bulunmamaktaydı⁴⁶⁶. Yerel mahkemeler cinsiyet değiştirerek kendilerine sicil düzeltimi talebinde bulunanların lehine kararlar tesis etmekteyken, Yargıtay aksi yönde kararlar vermiştir. Örneğin, ses sanatçısı Bülent Ersoy tarafından açılan davada Yargıtay, kanuna karşı hileye kapı aralanabileceği gerekçesiyle temyiz talebini reddetmiştir⁴⁶⁷.

Daha sonra Medeni Kanun'un 29. maddesine bir fıkra eklenerek, cinsiyet değiştirmenin önü kanun düzeyinde ilk defa açılmıştır. Buna göre, doğumdan sonra meydana gelen cinsiyet değiştirmenin asgari sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesi şartıyla, dava yoluyla nüfus sicilinde düzeltme yapılabilir. Fakat kişi evli ise söz konusu dava sonucu verilen hükmün kesinleşmesiyle evlilik birliği kendiliğinden sona erecektir. Hâkim, varsa ortak çocuğun velayetine de karar verecektir⁴⁶⁸.

Türk Medeni Kanun md. 29/II hükmünde yer alan tek şart cinsiyet değişikliğinin sağlık kurulu raporu ile belgelendirilmesidir. Evlilik birliğinin sonlandırılması ise, cinsiyet değişikliği ameliyatı için bir şart olmayıp, sicilin düzeltilmesinin bir sonucudur. Ancak kanun koyucu sicil değişikliğiyle beraber eşlerin aynı cinsten kişiler haline

⁴⁶⁶ Bu konuda kanunda gerçek boşluğun bulunduğu yönünde bkz. *Kocayusufoğlu, Necip: Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açılabilir mi?*, (İstanbul, 1986), s. 71. Hukuksal düzenleme sürecinin üç aşamalı olduğu ifade edilmektedir: Hiçbir düzenlemenin olmadığı 1988 öncesi dönem, 1988 yılında mülga Medeni Kanun'a eklenen hükmün yürürlükte olduğu dönem, 2002 sonrası yeni Medeni Kanun dönemi (Tekin, s. 103; Özkan, s. 67).

⁴⁶⁷ Bu konuda bkz. "[...]Medeni Kanun'un 23.maddesi buna engeldir. Zira bir kimsenin kanunda açıkça yer verilmeyen hallerde beden tümlüğü (ki buna cinsi tamamiyet ve onun idamesi de dahildir) Üzerinde tasarruf etmek hakkı yoktur. O halde serbest irade ile kişi cinsiyetini keyfince değiştiremez. Aksi kabul edilirse iş, kişilik hakkı üzerinde tasarrufla kalmaz, kanuna karşı hilelere kapı aralanmış olur. Söz gelimi eşinden boşanamayan kimse cinsiyetini değiştirerek ve aynı cinsten kişilerin evli olamayacakları kuralına dayanarak evlilik bağına çözme imkânı elde edecektir. Yine bir kimse erkeklere özgü olan askerlik, millîk görevden (askerlik yükümlülüğünden kurtulmaya yada kadınlar için tanınan daha erken emeklilik hakkı elde etmeye, benzeri başka haksız yararlar sağlamaya imkân bulur. Bu örneklerle kimsenin olumlu cevap vereceğini sanmıyoruz. [...] "2. HD., 27 Mart 1986 Tarih ve E.1986/651 K.1986/3286 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020*".

⁴⁶⁸ Tekin, s. 105-106.

gelecek olması nedeniyle evliliğin sona ermesini öngörmüş; bu yolla evlilik birliğinin kanunda öngörülen şekliyle (farklı cinsiyetler arası gerçekleşebilme niteliği) yapısının korunmasını amaçlamıştır.

Söz konusu düzenlemeye doktrinde eleştiriler getirilmiştir. *Arpacı*, düzenlemede herhangi bir yaş şartının bulunmamasını tehlikeli bularak eleştirmiştir⁴⁶⁹. Yazara göre, transseksüeller için tedavi amacına yönelik cinsiyet değiştirme ameliyatları mümkün olmakla birlikte, aynı derecede olmayan cinsel bozukluklar için aynı şey söylenmemeli, eşcinsellerin ameliyatla cinsiyet değiştirmeleri ahlaken hoş karşılanmamalıdır. Bu doğrultuda yazar, eşcinsel bir kişinin cinsiyet değiştirme ameliyatına ilişkin rıza beyanının geçerli olmaması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, bütün bunlara karşın, Medeni Kanun'un 29. maddesine getirilen hükmün “*transseksüel olmak*” gibi herhangi bir şartı öngörmemesi; herkesin cinsiyet değiştirmesine cevaz vermesi isabetsizdir⁴⁷⁰. Ayrıca, kanun maddesi evli kişiler için “*nahoş sonuçlar doğuracak niteliktedir*” ve maddede yer alan “*asgari sağlık kurulu*” ibaresi, belirsizlik taşımaktadır⁴⁷¹.

Hatemi, söz konusu düzenlemeyi daha sert bir dille eleştirmiştir. Yazara göre, erkeklik veya kadınlık özelliği taşımasına rağmen “*eşcinsel eğilimi duyan ve bu yüzden kendilerini sakatlayan, ahlaki endişeleri dumura uğramış bazı ‘bilim adamlarına’ da kazanç kapısı açan kimseler teşvik edilmemeli, böyle bir kişi cinsiyet değiştirmiş ise ‘hacr’ edilmelidir*”⁴⁷². Yazar, cinsiyet değiştirmenin “*kişi özgürlüğü*” ve “*insan hakları*” kapsamında olmadığını savunmuştur⁴⁷³.

b. TMK md. 40'ta Öngörülen Sistem

Hangi hukuki görüşü benimsersek benimseyelim, belirtmek gerekir ki, fiziki ve dolayısıyla hukuki kimliği ile ruhsal kimliği birbirine zıt olan -transseksüel olarak anılan- kişiler, ait hissettiklerini beyan ettikleri cinsiyetin devlet tarafından bir kişilik unsuru olarak hukuken tanınmasını talep etmektedir. Bu durumun mevzuatta hiçbir karşılığının olmamasının ise hiçbir sorunu çözmeyeceği, aksine *de facto* durumlar ve

⁴⁶⁹ *Arpacı*, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), s. 115.

⁴⁷⁰ *Arpacı*, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, s.126.

⁴⁷¹ *Arpacı*, Kişiler Hukuku Gerçek Kişiler, s. 199.

⁴⁷² *Hatemi, Hüseyin*: Kişiler Hukuku Dersleri, (İstanbul, 1992), s. 121.

⁴⁷³ *Hatemi*, Kişiler Hukuku Dersleri, s. 121.

buna bağı hukuksal açmazlar yaratacağı açıktır. İşte bu nedenle, bu durumdaki kişiler için yürürlükteki Türk Medeni Kanunu'na bir hüküm sevk edilmiştir. Söz konusu hüküm, kanunun “Kişisel Durum Sicili” başlıklı bölümünde yer alan “Cinsiyet değişikliğinde” kenar başlıklı 40. maddedir.

Maddenin sistematığı, mahkeme iznini takiben cinsiyetin tıbbi operasyonla değiştirilmesi ve buna bağlanan nüfus sicili düzeltimi davası üzerine kurulmuştur⁴⁷⁴. Kanun koyucu, nüfus sicilinde düzeltme için, mahkemeden alınacak bir izinle yapılan kanuna uygun bir ameliyat yoluyla, kişinin erkek olan cinsiyetini kadın olarak veya kadın olan cinsiyetini erkek olarak değiştirmiş olmasını ve bu durumun sağlık kurulu raporuyla belgelenmiş olmasını aramaktadır.

Kanunun 40. maddesi cinsiyet değiştirme süreci bakımından 3 aşamalı bir sistem öngörmektedir: Mahkemeden izin alma, cinsiyet değiştirme ameliyatı ve nüfus sicilinin düzeltilmesi. Bu aşamalar çerçevesinde ise iki ayrı dava öngörülmektedir. Birinci dava cinsiyet değiştirmeye izin verilmesine dair olup bu davada 40. maddedeki şartların gerçekleşip gerçekleşmediği incelenmektedir. İkinci davada ise, ilk davanın sonucu doğrultusunda gerçekleştirilen cinsiyet değiştirmenin nüfus siciline yansıtılması amacıyla nüfus kütüğünün düzeltilmesi talep edilmektedir⁴⁷⁵. Bütün sürecin sonunda yeni kimlik alınmasıyla cinsiyet değiştirme tamamlanmaktadır.

Yargıtay, cinsiyet değiştirme ameliyatını ve cinsiyet değiştirme sürecini daha çok şekli bakımdan ve fiziksel görünüş bakımından ele almaktadır. Bir kararda, cinsiyet değişikliği ameliyatlarını tamamlamadığı halde sicil düzeltilmesi talebinde bulunan davacıya ikinci bir ameliyatın uygulanması gerektiğine karar verilmiştir⁴⁷⁶.

TMK md. 40 hükmünden bağımsız bir şekilde hâkim kararı olmaksızın cinsiyetini değiştiren kişilerin durumu bakımından 40. maddenin nasıl uygulanacağı

⁴⁷⁴ Tekin, s. 107.

⁴⁷⁵ Yargıtay'ın bu süreci ayrıntılı olarak açıkladığı bir kararı için bkz. “8. HD., 2 Kasım 2017 Tarih ve E.2017/7553 K.2017/14419 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”.

⁴⁷⁶ Söz konusu karar için bkz. “[...] Davacıya, cinsiyet değişikliğinin ikinci aşamasının da yapılp Türk Medeni Kanununun 40/2. madde uyarınca tıbbi yöntemlere uygun ‘Resmi Sağlık Kurulu Raporu’ sunması için imkân tanınıp, bunun sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu gerekçeyle davanın reddi doğru bulunmamıştır.[...]” “2. HD., 13 Şubat 2006 Tarih ve E.2005/17485 K.2006/1343 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”.

belirsizdir. Kanaatimizce, kişilerin TMK md. 40 hükmünün arkasından dolanmalarına izin verilmemelidir. Bu kişiler için dava yolu ile nüfus kütüğünün düzeltilmesine karar verilmesi, kanunu çiğnemeye izin vermek anlamına gelecektir. Bunun önlenmesi için TMK'nın 40. maddesindeki usulü atlayan kişilere veya bu hükmü gözardı ederek işlem yapan sağlık personeline yönelik cezaî yaptırım içeren bir kanun hükmü kabul edilebilir. Yargıtay ise, 2010 tarihli bir kararında, yurtdışında cinsiyet değiştirme operasyonu gerçekleştirmiş ve daha sonra Türkiye'de açtığı davadaki yargılama sırasında alınan sağlık kurulu raporunda da bu durumun teyit edildiği bir kişinin, nüfus kütüğünün düzeltilmesine izin verilmesi talebi hakkında yerel mahkeme tarafından karar verilmesi gerektiği içtihadında bulunmuştur⁴⁷⁷.

Kanuna göre, ilk aşama, cinsiyet değiştirme ameliyatı için mahkemeden izin alınması prosedürü olup, bu aşamada kişilerin bazı şartları yerine getirmeleri gerekmektedir. Öncelikle talep sahibi 18 yaşını doldurmuş olmalıdır⁴⁷⁸. İkinci olarak,

⁴⁷⁷ Bu konuda bkz. "[...] Davacı ruh sağlığı ve görünüm itibarıyla transseksüel yapıda olup, geçirdiği operasyon sonucu erkek olduğunu, bu durumun nüfus kayıtları ile uyumlu olmadığını beyanla, nüfus kaydındaki cinsiyetinin erkek, adının da Fuat Engin olarak düzeltilmesini istemiştir. Davacının sunduğu belgelerden Almanya'da özel bir hastanede operasyon geçirdiği, yargılama sırasında sevk edildiği Ege Üniversitesi Tıp Fakültesi Psikiyatri Anabilim Dalınca düzenlenen 11.07.2008 tarihli raporda da kişide 'cinsel kimlik bozukluğu, cinsel yönden kadınlara ilgi duyan' tanısı konulduğu, bu haliyle Türk Medeni Kanununun 40.maddesi uyarınca transseksüel yapıda olduğu, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunlu bulunduğu, üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun olduğu, tıbben uygun bir cinsiyet değiştirme operasyonu gerçekleştirilmesine karar verildiğinin bildirildiği anlaşılmaktadır. Olayları açıklamak taraflara hukuki nitelendirme hakime aittir (HUMK.md.76, 4.06.1958 gün ve 15/6 sayılı İBK.). Davacının dava dilekçesindeki isteği Türk Medeni Kanunu'nun 40/1.maddesinde düzenlenen cinsiyet değişikliğine izin istemini de içermektedir. Yukarıda açıklanan hususlar ve toplanan deliller çerçevesinde davacının cinsiyet değişikliğine izin istemi hakkında bir karar vermek gerekirken yazılı gerekçeyle ret hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir.[...]" "2. HD., 13 Aralık 2010 Tarih ve E.2009/19039 K.2010/20942 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020".

⁴⁷⁸ Maddede öngörülen 18 yaş şartının isabetli olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, hem özellikle ergenlik dönemi kişinin cinsel kimliğinin oturmaya başladığı bir dönemdir, hem de bu cinsiyet değiştirme ameliyatı kişi bedeni üzerinde kalıcı etki bırakacağından 18 yaş şartı getirilmesi yerindedir (Sağlam, İpek: "Türk Medeni Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", AÜEHFD., C. VIII, S. 3-4, (2004), s. 455-489, s. 459; Turan Başara, Gamze: "Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları", TBB Dergisi S. 103, (2012), s. 245-266, s. 251; Tekin, s. 108). Bir diğer görüşe göre ise, söz konusu düzenlemenin gerekçesi "transfobik" bir gaye taşımakta olup kişiyi trans geçiş sürecinden vazgeçirme çabası ve "trans bireyin aklının erip vazgeçmesi durumunda ona yeterli süreyi tanımış olma niyeti" içermektedir (Hun, Sinem: "Türk Medeni Kanunu'nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyyen: Trans Geçiş Sürecinde 'Bekletmeler'in Trans Özelliklerine Etkisi", Ankara Barosu Dergisi 2015/4, (2015), s. 311-316, s. 314). Kanaatimizce, ergenlik dönemindeki bir kişi için en büyük sorun güvensiz bir okul-aile-sosyal çevre üçgenidir. Ailelerinden dışlanma oranı oldukça yüksek olan bu bireyler aynı zamanda okullarında veya sosyal ortamlarında zorbalıklarla karşılaşabilmektedir. Bu dışlanma ve kötü muamele silsilesi bu kişilerde intihar oranını da yükseltmekte olup, çocuklar

kişi evli olmamalıdır. Üçüncü şart, kişinin transseksüel yapıda olması, cinsiyet değiştirmenin kendi ruh sağlığı açısından zorunlu olduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resmi sağlık kurulu raporuyla belgelemesidir⁴⁷⁹. Çalışmanın konu bakımından kapsamını aşmamak adına, aşağıda, yalnızca evli olmama şartına değinilecektir.

c. Evli Olmama Şartı

TMK md. 40'ta yer alan ve bu çalışma bakımından en fazla önem arz eden husus, evli olmama şartıdır. Buna göre, halihazırda evlilik birliği içerisindeki kişiler evlilik birliği herhangi bir şekilde sona erinceye kadar söz konusu yasağa tabidir.

Evli olmama şartını içeren hükümle ilgili madde gerekçesi şu şekildedir:

“Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul, kişinin, bir yandan evliliğini sürdürmesi öte yandan da bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ya da çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur⁴⁸⁰”.

bakımından en önemli husus Çocuk Hakları Komitesi ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği tarafından da vurgulandığı üzere, bilgi, destek ve korumaya erişim hakkının sağlanmasıdır (“İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği Raporu, CommDH/IssuePaper(2009) 2, Strasbourg, 29 Temmuz 2009, s. 13-14; “Çocuk Hakları Komitesi’nin Birleşik Krallık Hakkındaki Nihai Gözlemleri, CRC/C/15/Add.188, 9 Ekim 2002, s. 10, https://www1.essex.ac.uk/armadcon/story_id/000020.pdf, E.T. 18.08.2018”). Ayrıca “Cinsel Yönelim ve Cinsiyet Kimliğiyle İlişkili Olarak Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Uygulanmasına Dair Yogyakarta İlkeleri” uyarınca, tam, özgür ve bilgilendirilmiş rızası olmaksızın, bir cinsiyet kimliği yüklemek amacıyla hiçbir çocuğun vücudunda tıbbi prosedürlerle geri dönüşü olmayan değişiklikler yapılmamasını sağlamak ve çocuğun yüksek yararını gözetmek devletin görevidir. Bu çerçevede ameliyat yoluyla cinsiyet değiştirmede yaş şartı öngören TMK md. 40 hükmünün çocuk hakları bakımından yerinde bir düzenleme olduğu kanaatindeyiz.

⁴⁷⁹ Maddenin eski halinde sağlık kurulu raporuyla tespit edilecek hususlar arasında “üreme yeteneğinden yoksunluk” şartı da aranmaktaydı. Y.Y./Türkiye kararı ile İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından da incelenen bu şart, İHAM tarafından İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi’nin özel yaşama saygı hakkını koruyan 8. maddesine aykırı bulunmuştur “Y.Y./Türkiye kararı, Başvuru No: 14793/08, 10.03.2015, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-153134>, E.T. 31.05.2020”. Bu karardan yaklaşık 2 yıl sonra, Anayasa Mahkemesi bir somut norm denetimi başvurusu yoluyla önüne gelen söz konusu hükmü “29.11.2017 tarih E.2017/130 K.2017/165” sayılı kararıyla iptal etmiştir.

⁴⁸⁰ “TBMM 21. Dönem 3. Yasama Yılı 723 No.lu Esas Komisyon Raporu, s. 44-45, https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723_Madde_Gerekceleri_1.pdf, E.T. 22.3.2019”.

Madde gerekçesinden anlaşıldığı üzere, söz konusu sınırlamanın amacı, aileyi, genel ahlakı ve çocuğu korumaktır. Söz konusu şartın öngörülmesi, değinilen gerekçe çerçevesinde isabetlidir⁴⁸¹.

Kanaatimizce, söz konusu düzenlemenin, öncelikle eşcinsel evliliğin yasak olduğu Türk hukuku bakımından tutarlılık arz ettiği açıktır. Bununla birlikte, yaygın olmasa da, evli bir kişi de cinsiyet değiştirmeye ihtiyaç duyabilir. Düşük bir olasılık da olsa, bu olasılıkta ortaya çıkabilecek aile veya ebeveyn ilişkisi sorunlarına ya da sağlık sorunlarına dair bir çözüm getirilmesi, en azından bu konuda teorik bir tartışmanın yapılması isabetli olacaktır⁴⁸². Kanun koyucunun, haklı olarak, böyle bir evliliğin fiilen sürdürülemeyeceğini varsaydığı görülmektedir. Böyle bir durumda fiziksel durumuna itibar edilerek kişinin evliliğinin yok sayılması en isabetli yol olacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun yürürlükteki hükümleri çerçevesinde, bir evliliğin aynı cinsiyetten kişiler arasında başlaması veya devam etmesi mümkün görünmemektedir. Fakat değinilen yokluk, evliliğin başından itibaren değil; cinsiyet değiştirme operasyonunun tamamlandığı andan itibaren ileriye etkili olarak söz konusu olacaktır. Yokluk, her mahkeme tarafından tespit edilebilecektir. Bu da boşanma kurumundan farklılık arz ettiğinden, eş ve çocuklara verilebilecek nafaka konusunda sorunlar ortaya çıkabilecek olsa da yaşanacak sorun, TMK'nın nafakaya ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla çözülebilecektir⁴⁸³. Bu konuda teorik düzeyde kalma ihtimali yüksek olan son bir soruna daha değinilebilir. Her iki eşin de yasal olmayan yollarla cinsiyet değiştirmesi olasılığında, sonuçtaki fiziksel durumları farklı olacak olsa da, eşlerden birinin ilk cinsiyet değişikliğini gerçekleştirmesiyle evliliğin yok hale geleceğini; yok hale gelen bir hukuki ilişkinin diğer eşin de cinsiyet değiştirmesi sonucu tekrar farklı

⁴⁸¹ Akipek, *Jale Güral/Akıntürk, Turgut*, Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, (C. 1, İstanbul, 2002), s. 493; *Cumalıoğlu*, s. 460; *Tekin*, s. 108; *Turan Başara*, s. 259; *Ayan*, *Evlilik Birliğinin Korunması*, s. 150.

⁴⁸² Yeni cinsiyetinin evliliğini sona erdirmeden tanınmasını isteyen bir başvurucunun söz konusu olduğu *Hamalainen v. Finlandiya* kararında, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, konuya ilişkin bir Avrupa Konsensüsü bulunmadığından devletin takdir yetkisinin geniş olduğu, başvurucunun evli olarak olmasa bile “kayıtlı birliktelik” altında yaşayabileceği, devletlerin eşcinsel evliliği yasalaştırma yükümlülüklerinin olmadığı gibi gerekçelerle orantılı bulunduğu müdahalenin özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal etmediğine karar vermiştir “*Hamalainen v. Finlandiya*, (BD), *Başvuru No. 37359/09*, 16.7.2014, para. 69-89, <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145768>, E.T. 31.05.2020”.

⁴⁸³ *Arpacı, Abdülkadir*: “Yasal Olmayan Cinsiyet Değiştirme ve Sonuçları”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 1, (2007), s. 309-312, s. 311.

cinsiyetlerin ilişkisi haline geleceği gerekçesiyle sonradan canlanmasının mümkün olmadığını kabul etmek, yukarıdaki görüşümüzle tutarlılık arz edecektir.

B. Evlilik Birliğini Korumak için Hâkimin Alacağı Önlemler

1. Hâkimin Evlilik Birliğine Müdahale Edebilmesi için Aranılan Şartlar

TMK'nın 195. maddesine göre:

“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilir.

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”.

Evlilik birliğini koruyucu bu temel müdahale hükmü ile genel bir koruma çerçevesi öngörülmüş ve ardından gelen hükümlerle somut olarak hangi önlemlerin alınacağı belirtilmiştir⁴⁸⁴. Maddenin I. fıkrası, eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklediği sorumlulukları yerine getirmemesi veya evlilik birliğine ilişkin bir konuda uyuşmazlık söz konusu olması halinde, diğer eşin hâkimden duruma müdahale etmesini ve önlemlerin alınmasını talep edebileceği şeklindedir⁴⁸⁵. Kanun maddesinde eşler talep eder dese de, bu talep hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp, nisbi sıkı sıkıya bağlı bir hak niteliğindedir⁴⁸⁶. Örneğin, eşlerden birinin gayrimüeyyiz olması halinde, yasal temsilci de, evlilik birliğini koruyucu nitelikteki bahsi geçen tedbirlerin alınmasını talep edebilir. Eşlere Medeni Kanunumuzun 195. maddesine başvurma olanağı tanıyan iki hali açıklayacağız.

⁴⁸⁴ Örneğin, “2. HD., 4 Şubat 2010 Tarih ve E.2008/20134, K.2010/1732 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 15.06.2020”; “2. HD., 3 Mayıs 2007 Tarih ve E.2006/18718, K.2007/7329 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 15.06.2020”; “2. HD., 23 Ocak 2006 Tarih ve E.2005/15848, K.2006/210 Sayılı Karar. Karar için Bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 15.06.2020”.

⁴⁸⁵ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 190. TMK md. 195'te aranan bu iki şarttan ilki Eski Medeni Kanunumuzun bu maddeyi karşılayan 161. maddesinde de aynı şekilde düzenlenmiştir. Fakat eşlerin önemli bir konu hususunda uyuşmazlık yaşamasının aranması şartı kanunumuza yeni eklenmiş bir düzenlemedir. Bkz. ve karş. Tekinay, s. 337; Köprülü/Kaneti, s. 124; Velidedeoğlu, s. 120.

⁴⁸⁶ Öztan, s. 330.

2. Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerin Eşlerden Biri Tarafından Yerine Getirilmemesi

Eşler kanundan doğan yükümlülükleri yerine getirmemiş olabilirler. Bu yükümlülükler TMK md. 185/II ve III hükümlerinde düzenlenmiştir⁴⁸⁷. Bu yükümlülükler “Ortak Yükümlülükler” adı altında kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu yükümlülüklerle kısıtlı kalınmamak kaydı ile, birliğin mutluluğunu elbirliği ile sağlama, sadık olma, birlikte yaşama, yardımcı olma, dayanışma, çocukların bakımı ve yetiştirilmesi, giderlere katılma, meslek iş seçiminde özenli davranma ve kadın için kocanın soyadını taşıma olarak düzenlenmiştir⁴⁸⁸.

Eşlerden biri evlilik birliğinin kurulmasıyla doğmuş olan bu yükümlülüklerden birisini ihmal eder veya gereği gibi yerine getirmemezse, menfaati zedelenen eş, hâkimden duruma müdahale ederek gerekli olan önlemleri almasını talep edebilir⁴⁸⁹. Hâkimin evlilik birliğine müdahale edebilmesi için, eşlerin evlilik süresince yükümlülüklerinden birisini bir defalık hiç veya gereği gibi yerine getirmemesi durumu yeterli değildir. Anılan durumun eşler arasında birden çok kez tekrarlanması ve bu durumun gelecekte de devam edebilme olasılığının yüksek olması gerekir. Bu ihlal sonucu bir zarar doğması gerekli değildir, o zararın doğma olasılığı yeterlidir.

⁴⁸⁷ Bkz. karş. Öztan, s. 330; Akıntürk, s. 133.

⁴⁸⁸ Akıntürk, s. 133; Öztan, s. 331; Türk Medenî Kanunu’nun 186, 188, 192, 193, 194 ve devam eden maddeleri de bu yükümlülükler kapsamındadır.

⁴⁸⁹ Akıntürk, s. 133. Bu duruma örnek olarak, trafik kazası geçirmiş ve hastanede yatan eşine yeteri kadar ilgi göstermeyen, tedavisine destek olmayan veya ailevi sırları uluorta aldırış etmeden konuşan eş gösterilebilir. Öğretide, bir görüş hâkimin müdahalesinin kavram olarak dar yorumlanması gerektiği ve bundan kaynak kanundaki arabuluculuk kavramının anlaşılacağı yönündedir. Bkz. Öztan, s. 331. Doktrinde diğer bir görüş ise, hâkimin arabuluculuk yapması durumunu olayın niteliğine göre değerlendirmektedir. Örneğin, eşlerin hangi evlilik konutunu seçeceklerine karar verememeleri üzerine hâkimden arabuluculuğun talep edilebileceği savunulmaktadır. Karş. Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 27; Hausser/Reusser/Geisser, Art 172, N.12, s. 481. Biz bu görüşlere katılmıyoruz. Çünkü ilgili hükmün lafzı ve düzenleniş biçimi ve amacı bu şekildeki bir yorum tarzına uygun değildir. Arabuluculuk alternatif uyuşmazlık çözüm yollarından biri olup bir konuda arabuluculuğa başvurulacaksa bunun kanunda açıkça düzenlenmesi gerekir. Ayrıca şunu da belirtmek gerekir ki, HMK’nın 140. maddesine göre bir yargılamada mahkeme tarafları arabuluculuğa veya sulha teşvik etmek zorundadır. Bütün davalar bakımından durum böyledir. Ayrıca arabuluculuk kurumu İsviçre’de daha farklı şekilde düzenlenmiş olup mahkeme bünyesinde profesyonel biçimde yürütülmektedir. Ülkemiz açısından böyle bir normatif düzenleme ve uygulama söz konusu değildir. Arabuluculuk kurumu mahkeme bünyesinde çalışan uzman kişilerce profesyonel biçimde yürütülmektedir.

Davranış biçimi boşanma sebebi oluşturmaya bile, önemli olan, davranış biçiminin belli bir öneme ve ciddiyete sahip olmasıdır⁴⁹⁰.

TMK md. 195 hükmünün uygulanabilmesi, eşlerin bu maddeye dayanarak hâkimden müdahale talebinde bulunabilmesi için, eşin kusurunun aranıp aranmaması gerektiği doktrinde tartışmalıdır⁴⁹¹. Bir görüş, bu maddenin uygulama alanı bulabilmesi için eşlerin kusurunun olmasına gerek olmadığını⁴⁹² savunmaktadır.

Kanaatimizce, Medeni Kanunumuzun 195. maddesinin uygulama alanı bulabilmesi için eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüğünü kusurlu olarak yerine getirmemesi gereklidir. Elinde olmayan sebeplerle birliğin yükümlülüklerini yerine getirmeyen eş için hâkime başvurup onun gerekli önlemleri almasını talep etmek yerinde değildir. Örneğin, evlilik birliğinin giderlerine parasal katkı veya emek vererek katılması beklenen eşlerden birisinin felç geçirmesi, yükümlülüğü elinde olmayan sebeplerle yerine getirememesi demektir. Bu durumda eşin yükümlülüğünü yerine getirmesi için hâkime başvurmak, başvurunun sonuçsuz kalmasına neden olacaktır.

Eşlerin ortak yaşamına ara verilmesi bu hükmün uygulanmasına engel değildir. Yine eşler hâkimden 195. madde uyarınca, koruyucu önlemlerin alınmasını talep edebilir. Çünkü bu önlemler evlilik birliğini koruyucu niteliktedir ve birlikte yaşama ara verilmesi halinde de evlilik birliği devam etmektedir. Boşanma veya ayrılık davasının açılmış olması halinde hâkim kendiliğinden (re'sen) geçici önlemleri alır⁴⁹³.

⁴⁹⁰ Akıntürk, s. 133; Saymen/Elbir, s. 147; Öztan, s. 331; Hausser/Reusser/Geiser, Art. 172, N. 8; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 193; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 139; Zevkiler/Acabey/Gökyayla, s. 765. Evlilik birliğinin mutluluğunu eşlerin elbirliği ile sağlaması eşlerin yükümlülüklerindendir. Ama eşlerden biri iş nedeniyle morali bozuk olduğu için bir süre bu yükümlülüğünü yerine getirmede diye 195. madde uyarınca hâkime başvurulmaz. Çünkü bu durumda mahkemeler gereksiz yere meşgul edilmiş olur.

⁴⁹¹ Akıntürk/Ateş, s. 134; Saymen/Elbir, s. 146; Köprülü/Kaneti, s. 124; Öztan, s. 333; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 196. Aksi görüş için bkz. ve karş. Akıntürk/Ateş, s. 134; İnal, Nihat: Boşanma Nafaka Eşya Nişanlanma Davaları, (Ankara, 1998), s. 828.

⁴⁹² Saymen/Elbir, s. 146; Köprülü/Kaneti, s. 124; Öztan, s. 333; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 196; Oğuzman/Dural, s. 161; Egger, s. 348; Aksi görüş için bkz. karş. Akıntürk/Ateş, s. 134; İnal, Boşanma Nafaka, s. 828; Tandoğan, s. 132.

⁴⁹³ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 195; Öztan, s. 333; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 134; Hausser/Reusser/Geiser, Art. 180, N. 6, s. 675. Hâkimin boşanma davası devam ederken alacağı önlemlerle evlilik birliğini korumak maksadı ile aldığı önlemler bağdaşmaktadır. Fakat bu önlemlerin amaç açısından farkı vardır. Boşanma davası sırasında alınan önlemlerde amaç, evlilik birliğinin

3. Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşmesi

Medeni Kanunumuzun 195. maddesine eşlerin başvurabilmeleri için aranan bir diğer şart ise, önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmüş olmalarıdır. Eski Medeni Kanun'da kocaya bir üstünlük tanınmış olduğu için eşlerin birbirleri ile uyuşmazlık yaşamalarına neden olabilecek bir durum söz konusu olmuyordu⁴⁹⁴. Yeni Türk Medenî Kanunu'yla getirilen bazı düzenlemeler sebebiyle eşler arasında uyuşmazlık çıkabilme ihtimali oldukça yükselmiştir. Zira, yeni TMK'da kadın ve erkek arasındaki eşitsizliği gidereceği düşünülen ve fakat kendi toplumsal yaşamımızla bağdaşabilmesi imkânı eleştiriye açık olan birtakım hükümler kabul edilmiştir. Kanun maddesini incelediğimizde eşlerin evlilik birliğine ilişkin “*önemli bir konuda*” uyuşmazlığa düşmesinden bahsedilmektedir. Fakat konuya ilişkin bir sınırlama veya örneklendirme yapılmamıştır. Bu durumda hangi konuların önemli sayılacağı soru işareti yaratabilir. Özellikle velayete ilişkin konuların uyuşmazlık konusu olması olasıdır. Bu konulara örnek olarak evlilik içerisinde doğan çocuğun adının konulması, çocuğun ergin kılınması, evlenmesine izin verilmesi, aile konutunun seçimi gibi durumlar örnek verilebilir⁴⁹⁵.

4. Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Parasal Katkılarının Belirlenmesi

TMK md. 185/II'ye göre, “*Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında, emek ve malvarlıklarıyla katılırlar*”. Eşler, kanunun lafzından da anlaşılacağı üzere evlilik birliğinin giderlerine imkânları oranında katılım göstereceklerdir. Bu yükümlülük evlilik birliği devam ettiği sürece boşanma kararı kesinleşinceye kadar devam eder. Boşanma davası henüz açılmamış; fakat TMK md. 197'ye göre eşler ortak hayata ara vermişlerse, bu bağlamda yapılacak olan giderlere uygulamada⁴⁹⁶ “tedbir nafakası” denmekte iken, tedbir nafakası terimi yerine eşler tarafından birlik giderlerine yapılan bu tarz katkı ödemelerini, evlilik birliği devam ettiği için “geçim nafakası” olarak

kurtarılması değilken, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerde amaç evliliği kurtarmaktır. Açılmış olan boşanma veya ayrılık davası varsa, eşler sadece dava devam ettiği sürece hâkimden önlem alınması talebinde bulunabilirler.

⁴⁹⁴ Akıntürk, s. 134; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 197.

⁴⁹⁵ Akıntürk, s. 134.

⁴⁹⁶ Öztan, s.226; Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, (Ankara, 2021), s.1118.

nitelendiren bir görüş de mevcuttur⁴⁹⁷. Doktrindeki bir başka görüşe göre ise, bahsi geçen giderler “iştirak” (katılım) nafakasıdır⁴⁹⁸. Biz eşlerin bu tarz katkı ödemelerine “nafaka” denilmesini isabetli bulmuyoruz. Zira nafaka, özü itibarıyla hâkimin tâyin ettiği bir miktar paradan ibarettir. Evlilik birliği devam ettiği ve evlilik birliğinin giderlerine eşlerin birlikte katılma yükümlülüğü de sona ermediği için (TMK md.186/III) biz bu giderleri “parasal katkı” olarak nitelendiriyoruz⁴⁹⁹. Eşlerin fiilen veya yargı kararı ile ayrı yaşaması halinde birlik giderlerine katılma durumu da doktrinde tartışmalıdır. Çoğunluk görüşüne göre, ayrı yaşayan eşler yine birlik giderlerine katılmakla yükümlüdür. Fakat bunun aksi görüşünde olanlar da mevcuttur⁵⁰⁰.

Kanaatimizce, ayrı yaşama hakkı evlilik birliğini sonlandırmadığından eşlerin yükümlülükleri devam etmekte olup birlik sanki sonlanmış ve eşlerin yolları kat’î olarak ayrılmış gibi düşünülerek eşleri birliğin giderlerinden muaf tutmak yerinde değildir. Meğer ki, ortada hakkın suiistimali söz konusu olsun⁵⁰¹. Eşlerin katkı payının tespiti noktasında kanunda bir açıklık mevcut değildir. Bu tespitite TMK md. 196/II hükmünden yararlanılabilir. Hükme göre, eşin ev işlerini görmesi; çocuklara bakması; diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır. Türk Medeni Kanunu, eski Medeni Kanun’dan farklı olarak eşlerin birliğe yapacakları katkının sadece parasal veya ayni olarak değil; emek ile de olacağını söylemektedir. Bu durumda, belirli olarak maddi bir gücü olan eş malvarlığı nispetinde; malvarlığı veya herhangi bir gelir kaynağı olmayan eş ise, gücü nispetinde emeği ile birliğe katkıda bulunacaktır⁵⁰². Birliğin giderlerine dayalı olarak eşlerin ve çocukların temel ihtiyaçları bu kapsamda değerlendirilmelidir. Birliğin giderlerine hangi oranda veya nasıl katılacakları noktasında eşler arasında bir uyuşmazlık çıkması haline ilişkin olarak TMK md. 196 bir düzenleme getirmiştir. Bu maddeye göre, hâkim eşlerden birinin talepte bulunması ile eşlerin ekonomik durumlarını, gelirlerini, aile için sarf ettiği emeği göz önüne alarak parasal katkıyı hakkaniyete uygun olarak tayin edecektir⁵⁰³. Medeni

⁴⁹⁷ *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 35.

⁴⁹⁸ *Akıntürk/Ateş*, s.285.

⁴⁹⁹ Benzer görüş için bkz., *Ayan*, s.242.

⁵⁰⁰ Hasenböhler, Art. 163. N. 4, s. 944 aktaran; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 36.

⁵⁰¹ Hakkın suiistimaline örnek olarak eşlerin başka erkek veya kadınla ortak bir hayat sürdürmesi gösterilebilir.

⁵⁰² *Akıntürk/Ateş*, s. 140; *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 214; *Zevkliler/Havutçu*, s. 251.

⁵⁰³ Temel ihtiyaçlara; evin gıda, yakıt, aydınlatma gibi temel ihtiyaçları örnek olarak gösterilebilir.

Kanunumuzun 196. maddesinin üçüncü fıkrasında birlikte yaşama ara verilmesi halinde eşlerin yapacağı parasal katkının hangi süre zarfı için isteneceği belirtilmiştir. Bu maddeye göre eşler taleplerden itibaren bir yıl öncesi ve gelecek yıllar için istemde bulunabilirler. Kanun koyucu bu süre sınırını evlilik birliğinin zarar görmemesi için belirlemiştir.

C. Birlikte Yaşama Ara Verilmesi

Kanun koyucu, evlilik birliğini korumak amacıyla, hem eşler birlikte yaşamaya devam ederken, hem de birlikte yaşama ara vermeleri halinde birtakım koruyucu önlemler getirmiştir⁵⁰⁴. Türk Medeni Kanunu evlilik birliğinin devamı için eşlerin birlikte yaşamalarını eşlere yükümlülük olarak getirmiş (TMK md. 185); eşlerin bu yükümlüğe aykırı davranması halini ise md. 164 ile bir yaptırıma tâbi tutmuştur. Bu maddeye göre, eşlerden biri haklı bir sebebin varlığı olmadığı halde ortak konuta dönmez, dolayısıyla evlilik birliğinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmez ise terk edilen eş diğer eşe boşanma davası açabilir.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi (TMK md. 197) ve mahkeme kararı ile ayrılık (TMK md. 170) birbirinden farklı iki kurumdur. TMK md. 170, ortada bir boşanma sebebi olması halinde, hâkimin ayrılığa karar verebileceğini düzenlemekte olup, mahkeme kararından bahsetmektedir. Oysa, TMK md. 197’de eşlerin ortak yaşama ara verebilmeleri için ortada bir boşanma sebebinin olması aranmaz⁵⁰⁵. Ortak yaşama ara verilmesi yönündeki iradenin yasanın aradığı maddi şartların yanı sıra, bir de hâkim kararına muhtaç olup olmadığı hususu ise, doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁰⁶, şayet TMK md. 197/I hükmünün şartları olmuş ise, eşler birlikte yaşama ara verilmesine kendileri karar verebileceklerdir; fakat bahsi geçen hükümde mevcut olan önlemlerin alınması noktasında hâkim birlikte yaşama ara verilmesi için gerekli olan şartların oluşup oluşmadığını araştıracaktır⁵⁰⁷. Yargıtay, boşanma davasının açılmasıyla

⁵⁰⁴ Yılmaz, Canan: Türk İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, (Ankara, 2016), s. 9; Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 213; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 225. Eşlerin ortak yaşama ara vermeleri halinde uygulanacak olan koruma tedbirleri, TMK md. 197-201 arasında düzenlenmiştir.

⁵⁰⁵ İsviçre hukukunda doktrinde bunun geçici bir hukukî kurum olduğu düşünülmektedir. Bu geçici ayrılığın amacı eşlerin sakince oturup karar vermesidir.

⁵⁰⁶ Dural/Gümüş/Öğüz, Aile Hukuku s. 191.

⁵⁰⁷ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 228; Sadioğlu, s. 208.

birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı kazandığını içtihat etmiştir⁵⁰⁸. Bu görüşe göre, TMK md. 197’de belirtilmiş olan sebeplerin varlığı ile mahkeme kararı olmaksızın birlikte yaşamaya ara verilmesi gerçekleştirilecekken, TMK md. 170’te belirtilmiş olan ayrılık kararı için hem bir boşanma sebebi, hem de mahkeme kararı aranacaktır⁵⁰⁹. Bu anlamda, boşanma ve ayrılık sebeplerinin özdeş olduğu söylenmelidir. Hükümün lafzına baktığımızda, birlikte yaşama ara verilmesi için gerekli olan şartların oluşması ve eşlerin buna karar vermesi yeterlidir. Fakat eşlerin uyuşmazlığa düşmesi halinde, mesele yine hâkimin önüne gelecektir. Birlikte yaşama ara verilmesi neticesinde eşler aralarında anlaşamazlarsa, meskende kimin yaşayacağı, çocukla ilgili çıkabilecek anlaşmazlıklar, ev eşyalarının kime ait olması gerektiği vb. durumlar için hâkim kararı aranır⁵¹⁰.

Kanaatimizce, kanunun lafzından çıkan sonuç, birlikte yaşamaya ara verilmesi için hâkim kararının gerekli olmadığıdır. Bu yaklaşım, kanunun *ratio legis*’i ile de örtüşmektedir. Zira, birlikte yaşamaya ara verilmesi kurumu, sorunlu giden bir evlilikte bu kuruma başvurmayı zorunlu kılan maddi şartların, taraflara en az şekilde zarar vererek geride kalmasını temin etmektir. Birlikte yaşama ara verilen süreçte eşler sakince düşünüp karar verebilecektir. Bu yüzden doğrudan evlilik birliğini koruyucu bir önlem olarak görülmelidir. Birlikte yaşamaya ara verilmesinin gündeme geldiği hallerde çoğu zaman ivedilikle davranmanın gerekli olacağı düşünülürse, hâkim kararına ihtiyaç olmaması gerektiği de kendiliğinden anlaşılacaktır. Bununla birlikte, hâkim kararına ihtiyaç duymaksızın birlikte yaşama ara verilmesi başka; bu ara verilen dönemde alınması gereken önlemlerin hayata geçirilmesi başka şeydir. Elbette eşler arasında bu önlemler bakımından da zımni bir anlaşma hayata geçmiş olabilir. Ama böyle bir anlaşma olmasa bile birlikte yaşama ara verilmesi, evlilik birliğinin devamı açısından özellikle müşterek çocuklar ve konut yönünden önlemler alınmasını da zorunlu kılmaktadır. İşte birlikte yaşama ara verilmesi için değil de, anlaşmazlık halinde bu önlemlerin nelerden ibaret olacağı ve içeriği bakımından hâkim kararına ihtiyaç

⁵⁰⁸ Bu yönde bkz. “[...] Davalı koca tarafından, boşanma davası açılmakla, davacı kadın ayrı yaşama hakkını kazanır. Boşanma davasının reddinden sonra, davalı kocanın birlikte yaşama konusunda girişimde bulunmadığı sürece, davacının ayrı yaşamada haklı olduğunun kabulü zorunludur [...]” “3. HD., 2 Ekim 2017 Tarih ve E.2017/14099 K.2017/13063 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”.

⁵⁰⁹ Yılmaz, s. 21.

⁵¹⁰ Akıntürk/Ateş, s. 137.

duyulmaktadır. Ancak, zorunlu olmamakla birlikte, eşlerin, birlikte yaşama ara verilmesi hususunda yetkilendirilmek maksadı ile hâkime başvurularının önünde de kanaatimizce bir engel görmemek gerekir.

1. Birlikte Yaşama Ara Verilmesinin Koşulları

Ortak hayat sebebiyle, eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşmüş ise, bu olgunun, TMK md. 166/I anlamında bir boşanma sebebi yapılması pekâlâ mümkündür. Öte yandan, TMK'nın 197. maddesinde aranan maddi şartların mevcut olmamasına rağmen, eşlerden biri birlikte yaşama ara verir ve ortak konutu terk ederse, terk edilmiş olan eş, ortak konuta haklı bir sebep olmaksızın dönmeyen eşe TMK'nın 164. maddesine göre boşanma davası açma hakkına da sahiptir. Bununla birlikte, boşanma davası açmak istemeyen eşlerin de olabileceği göz önünde bulundurulduğunda, TMK'nın 197. maddesinin II, III ve IV. fıkraları devreye girer⁵¹¹. Bu önlemlerin hâkim tarafından alınabilmesi ve mağdur olan eşin korunabilmesi için bazı şartların gerçekleşmesi gereklidir.

a. Birlikte Yaşama Ara Verilmesi Haklı Bir Sebebe Dayanmalıdır

Birlikte yaşama ara verilebilmesi için eşlerden birinin kişilik haklarına, ekonomik güvenliğine veya aile huzuruna (çocukların huzuru da buna dahildir) yönelik olan bir tehlikenin varlığı zorunludur. Nihayetinde, bu olgulara muhatap olan eşin ciddi bir şekilde ayrı yaşama iradesine sahip olması da gerekir⁵¹².

Birlikte yaşama ara verilmesiyle beraber eşlerin birbirlerine karşı olan sadakat yükümlülükleri kesintiye uğramazken, ayrı yaşamanın doğası gereği bazı yükümlülükler bir süre için de olsa devam ettirilemeyecektir. Örneğin, eşlerin birbirlerine karşı olan cinsel yakınlık içerisinde olma yükümlülüğü veya eşlerin birbirini temsil yükümlülüğü, ister istemez kesintiye uğrayacaktır⁵¹³.

Birlikte yaşama ara verilmesi ve buna bağlı olarak hâkimin TMK md. 197/II hükmü gereğince önlemler alabilmesi için objektif olarak ciddi bir tehlikenin mevcudiyeti gerekir. Eşlerin birlikte sürdürdükleri yaşamlarına ara verilmesi için aranan

⁵¹¹ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 225.

⁵¹² Öztan, s. 350; Yılmaz, s. 25; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 226.

⁵¹³ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 227.

tehlike şartının bir yoğunluk içermesi gerekmektedir. Ne var ki, ciddiyet hususunun çok katı değerlendirilmemesi, yakın ve açık tehlikeler kadar gerçekleşmesi yüksek bir ihtimal içeren tehlikelerin; aile birliğini yok edecek nitelikte olmasa da, aile huzurunu bozacak tehlikelerin de bu kapsamda görülmesi, ailenin korunması ilkesine daha uygundur. İleride doğma ihtimali yüksek olan tehlikeler için de, birlikte yaşama ara verilebilmesi gerekir. Ancak birlikte yaşam sürdürmenin eşler üzerinde yaratabileceği kırgınlıklar, üzüntüler ve bu durumdan dolayı anlaşmazlığa düşmeleri birlikte yaşama ara verilmesi için haklı bir neden ve tehlike olarak kabul edilemez⁵¹⁴. Eşlerin kişilikleri, ekonomik güvenliği, ailenin huzuru tehlike altına girmişse bu hal ortadan kalkana kadar ortak yaşama ara verilebilir; bu süre tehlike var olduğu sürece devam edecektir⁵¹⁵.

Haklı sebebin mevcudiyeti, birlikte yaşamaya ara veren eş tarafından ispatlanmalıdır⁵¹⁶. Tehlikenin mevcudiyetinin belirlenmesinde kusur şartı aranmaz⁵¹⁷. Başka deyişle, ara verilmeyi haklı kılan sebep eşlerin kusurundan kaynaklanabileceği gibi kaynaklanmayabilir de. Kendi kusurlu davranışı ile evlilik birliğini TMK md. 197 anlamında bir tehlike ile karşı karşıya bırakan eş, birlikte yaşamaya kendisi ara vermiş ve bir de üstüne hâkimden önlem almasını talep etmiş ise, bu talebin TMK md. 2 gereği reddi gerekir⁵¹⁸.

b. Eşlerin Kişiliğinin Tehlikeye Düşmesi

TMK md. 197/I'e göre, eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye düşmesi halinde birlikte yaşama ara verilmesi gündeme gelecektir. Burada yer alan "kişilik" ifadesi ile kastedilen, TMK md. 23 vd. hükümlerinde düzenlenen ve kişilik hakkı kapsamında kaldıkları düşünülen değerlerdir. Kişilik hakkı, kişilik değerleri üzerinde sahip olduğumuz mutlak nitelikli ve para ile ölçülemeyen haktır. Bu değerler bazen maddi (resim, ses, beden bütünlüğü) bazen de manevi (şeref ve haysiyet, sırlar) yöne sahiptir. İşte bu madde ile, eşlerin maddi ve manevi değerleri ve bunlara ilişkin hayat, şeref,

⁵¹⁴ Öztan, s. 351; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 159.

⁵¹⁵ Öztan, s. 351.

⁵¹⁶ Öztan, s. 351; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 153.

⁵¹⁷ Hausheer/Reusser/Geiser, Art, 175, Kn. 13; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 153; Öztan, s. 350.

⁵¹⁸ Yılmaz, s. 26-27; Öztan, s. 351.

haysiyet vb. üzerindeki özgürlükleri korunmuştur⁵¹⁹. Sözün kısası, burada eşlerin kişilik hakkından söz edilmektedir.

Türk Medeni Kanunu md. 197/T'de “*kişiliğin ciddi biçimde tehlikeye girmesi*” ile anlatılmak istenen, eşlerden birinin bedeninin⁵²⁰, ruh sağlığının⁵²¹, saygınlığının⁵²², haysiyetinin⁵²³, şerefının, itibarının tehlikeye girmesidir⁵²⁴.

⁵¹⁹ Yılmaz, s. 28; Öztan, s. 351. Kişisel değerler açısından ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), (16. Bası, İstanbul, 2016), s. 167.

⁵²⁰ Bu konuda bkz. “[...] Somut olayda, davacı tanığı (davacının kardeşi K1) ablasının eşinden dayak yediğini ve kendisine sığındığını 2 yıl önce de eşinden dayak yediği için evden kaçtığını beyan etmiştir. Davalı tanıkları da dövme olayı hakkında açıkça beyanda bulunmamış iseler de davacı tanığın beyanını doğrular nitelikte açıklamada bulunmuşlardır. Bu durumda mahkemece, davacının ayrı yaşamakta haklı olduğu kabul edilmesi gerekirken davacı tanığının beyanına ve bunu destekler mahiyetteki davalı tanıklarının beyanına itibar edilmeksizin davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiştir.[...]” 3. HD., 8 Şubat 2007 Tarih ve E.2007/1490 K.2007/1544 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020).

⁵²¹ Bu konuda bkz. “[...] Dosya içeriği ve tanık beyanlarına göre, tarafların 25.9.2005 tarihinde evlendikleri, davalının kendisine ait evi olup 20 ve 26 yaşındaki iki oğlunun bu evde kaldığı, eşlerin ayrı müstakil kiralık evde kaldıkları, ancak iki çocuğun son aylarda müşterek konuta geldikleri ve bu durumdan davacının rahatsızlık duyarak evi terk ettiği, tanıkların somut olarak hakaret veya kötü muameleden bahsetmedikleri anlaşılmıştır. Davalının önceki eşinden olan 26 yaşındaki oğlunun müşterek konutta sürekli kalıp kalmadığı konusunda, tanık beyanları açık olmadığı gibi çelişki bulunmaktadır. Davalının ilk evliliğinden olan 26 yaşındaki reşit ve iş sahibi çocuğu ile sürekli birlikte yaşamaya zorlanmasının davacıya ayrı yaşama hakkı vereceği kabul edilmelidir. O halde, davalının davacı ile birlikte yaşamak üzere hazırladığı eve, davalının 26 yaşındaki çocuğunun sürekli birlikte yaşamak üzere gelip gelmediği tanıklardan sorularak somutlaştırılmadan, davacının ayrı yaşamakta haklı olduğu iddiasının ve davanın kabulü doğru görülmemiştir. [...]” 3. HD., 15 Kasım 2007 Tarih ve E.2007/17778 K.2007/17243 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”.

⁵²² Bu konuda bkz. “[...] 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 yönetime ilişkin önlemleri alır. Buna göre, davacının ayrı yaşamada, haklı olup olmadığının araştırılması ve “ayrı yaşamada haklılık” olgusunun kanıtlanması gerekir. 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 Haziran 2013 Tarih ve E.2013/8579, K.2013/10707 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”.

⁵²³ Bu konuda bkz. “[...] Yargılama sırasında tanık olarak ifadelerine başvurulmuş davacının yakınlarının davalının davacıyı anne evine getirip bıraktığı tekrar götürmek istemediği, davalı ile birlikte yaşayan oğlu ve gelininin davacıyı istemediklerini ifade etmişlerdir. Öyle ise mahkemece, bu tanık ifadeleri esas alınarak ve davacının ayrı yaşamada haklı olduğu kabul edilerek yapılacak yargılama neticesinde hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, yanlışlıklarla değerlendirme sonucu yazılı şekilde hüküm

TMK md. 197/I hükmünün uygulanabilmesi için, kişiliğin, birlikte yaşama sebebiyle tehlikeye düşmesi gerekir. Örneğin, eşlerden birinin diğerine şiddet uygulaması, hakaret etmesi, itibarını bozacak davranışlarda bulunması, cinsel ilişkiye zorlaması veya başkalarıyla ilişki kurması gibi hallerde eşin kişiliği tehlikeye girmiş sayılır⁵²⁵.

Kişiliği tehlikeye düşüren sebeplerin diğer eşten kaynaklanması gerekir. Eşin kişiliği üçüncü bir kişi yüzünden tehlikeye düşmüşse TMK md. 197'ye göre birlikte yaşama ara verilemez. Meğer ki, üçüncü kişinin yarattığı tehlike eş tarafından

tesisi bozmayı gerektirmiştir.[...]" 3. HD., 13 Şubat 2012 Tarih ve E.2011/20806 K.2012/3062 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020.

⁵²⁴ Öztürk, Ali: Aile Hukuku'nda Ayrılık - Türk Hukuku'nda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları, (1. Bası, İstanbul, 2015), s. 26; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 231.

⁵²⁵ Yılmaz, s. 31; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 230. "[...] Bununla birlikte davalı, ... 37. Asliye Ceza Mahkemesi'nin 2013/1116 Esas, 2014/483 Karar sayılı dava dosyasında eşine karşı kasten yaralama suçundan ceza almış; hükmün açıklanması geri bırakılmış ve karar davalının itirazının reddedilmesi üzerine kesinleşmiştir. O halde mahkemece; davacının, davalıdan şiddet gördüğü sabit olmakla, ayrı yaşamada haklılığını ispat ettiği kabul edilerek, tarafların sosyal ve ekonomik durumları ve hakkaniyete göre davacı lehine uygun bir miktar nafakaya hükmedilmesi gerekirken yukarıdaki gerekçe ve yanlışlıklarla değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir. [...]" 3. HD., 14 Eylül 2017 Tarih ve E.2017/12867 K.2017/11973 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020. "[...] Somut olayda; davacı ayrı yaşamada haklı olduğunu ispatı hususunda İlgin Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2015/83 esas 2015/86 karar sayılı değişik iş dosyasına başvurmuş, bu dosyada davalı taraf dinlenen ... davacının evden ayrılmasına neden olan son olayda eşine ve eşinin ailesine sövmediğini ancak bir an sinirle davacıya eşyalarını al, [...] git dediğini beyan etmiştir. Davacı taraf bu olay neticesinde eşyalarını toplayarak müşterek haneden ayrılmıştır. Davalının bu anlatımından davacı eşin ayrı yaşamakta haklı olduğunu kabul etmek gerekir. Buna göre dosya kapsamı, taraf ve tanık beyanı ile ayrı yaşamada haklı olduğu iddiasını ispat eden davacı lehine hakkaniyet ilkesine uygun bir nafaka takdir edilmesi gerekirken, yanlışlıklarla değerlendirme ile davanın reddine karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir. [...]" "3. HD., 3 Temmuz 2017 Tarih ve E.2017/9416 K.2017/10895, Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020". "[...] Buna göre davacının ayrı yaşamada, haklı olup olmadığının araştırılması ve "ayrı yaşamada haklılık" olgusunun kanıtlanması gerekir. Somut olayda; görüşüne başvurulmuş davacı tanıkları, olay hakkında bilgileri bulunmadığını beyan etmişler, mahkeme tarafından da, bu beyanlar esas alınmak suretiyle, davacının iddiasını ispat edemediği gerekçesi ile davanın reddine karar verilmiştir. Ancak davacı taraf, delil olarak sunduğu tanık anlatımlarının yanı sıra, taraflar arasındaki, eşi müessir fiil iddiasına dayalı ceza dosyasına da dayanmıştır. Davacının dayandığı Afyon 3. Sulh Ceza Mahkemesi'nin 2013/533 Esas sayılı dosyasının incelenmesinden, davalı tarafından, davacıya müessir fiilde bulunduğu, eylem tarihinin 4.7.2013 olduğu, davalı kocanın bu davada, eylemi sabit görülerek ceza aldığı ve hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği görülmüş, eylem tarihinde, davacı kadın, jandarma refakati ile müşterek eve getirilmiş, şahsi eşyalarını aldıktan sonra da, gene jandarma tarafından, davacı baba evine teslim edilmiştir. Bu tarihten beri de taraflar ayrı yaşamaktadırlar. Her ne kadar, davacı dinlettiği tanık ifadeleri ile, ayrı yaşamada haklı olduğunu ispat edemese de, gene delil olarak dayandığı, sulh ceza dosyası ile iddiasını ispat etmiş olmaktadır [...]" "3. HD., 8 Mart 2016 Tarih ve E.2016/1643 K.2016/3410. Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020".

önlenebilir olmasına rağmen önlenmesin⁵²⁶. Örneğin, karısının ailesi ile birlikte yaşayan eş, kayınvalidesi tarafından sürekli hakaretlere, aşağılanmalara maruz kalıyor ise bu, ortak yaşama ara verilmesi için haklı sebep oluşturur⁵²⁷. Hâkimin, eşlerin birlikte yaşamına ara verilmesi için ortada haklı bir neden olup olmadığını araştırırken sübjektif durumları da dikkate alması gerekir⁵²⁸. Örneğin, eşinin kedilere alerjisi olduğunu bildiği halde evde kedi beslemeye devam eden eşin bu davranışı, hâkim tarafından ortak yaşama ara verilmesine karar verilirken göz önüne alınmalıdır. Eşler arasında yaşanan olaylar eğer evlilik birliğini ciddi anlamda sarsıyorsa, bu bağlamda eşlerin kişiliklerinin de tehlikeye düştüğü kabul edilir. TMK md. 197’de yer alan eşlerden birinin kişiliğinin zedelenmesi, yani ciddi biçimde tehlikeye maruz kalması için diğer eşin müdahalesi şart değildir. Dış etkenler de buna sebep olabilir. Örneğin, eşlerden birinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanmış olması halinde hâkim birlikte yaşamaya ara verilmesine karar verebilir. Bu sebeple, kişiliğin tehlikeye düşmesinin diğer eşten kaynaklanması hususunu diğer eşten doğrudan ve dolaylı olarak kaynaklanan sebepler olarak düşünmek yerinde olur.

c. Ekonomik Güvenliğin Tehlikeye Düşmesi

TMK md. 197/I anlamında birlikte yaşama ara verilmesine ilişkin bir diğer sebep ise, ekonomik güvenliğin tehlikeye düşmesidir. Eşlerden birinin ekonomik durumunun kötüye gitmesi ve bunun, birlikte yaşamın devamından kaynaklanması gerekmektedir. Evlilik birliği içerisinde ekonomik güvenliğin korunması için TMK md. 197/II’den önce alınabilecek önlemler varsa, hâkim önce o önlemleri alır ve TMK md. 197’de yer alan birlikte yaşama ara verilmesine gerek kalmaz.

TMK md. 197/I’de yer alan “ekonomik güvenliğin sarsılması” kavramı her somut olayın niteliğine göre hâkim tarafından ayrı ayrı ele alınmalıdır. TMK md. 197/I’de sözü geçen “ekonomik güvenlik” kavramından ailenin hayatta kalması için zaruri olan temel ihtiyaçlarının karşılanamaması neticesinde yüzleşilen tehlike anlaşılmalıdır. Nedenin ne olduğu değil, temel ihtiyaçların karşılanamıyor oluşu önemli

⁵²⁶ Yılmaz, s. 34.

⁵²⁷ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 157; Yılmaz, s. 34.

⁵²⁸ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 232.

ve yeterlidir⁵²⁹. Birlikte yaşama ara verilmesi için, hayat kalitesinin eskisi kadar yüksek olmayışı, lüks ihtiyaçların karşılanamıyor oluşu değil; ailenin ayakta kalabilmesi için zaruri olan temel ihtiyaçların karşılanamaması gereklidir. TMK md. 197/I’de ifade edilen ekonomik güvenliğin ciddi biçimde tehlikeye girmesi hali, birlikte yaşama sebebiyle diğer eşin kariyerinin, mesleğinin, yürüttüğü işin yerine getirilmesinin, ilerlemesinin ve gelişmesinin ciddi biçimde tehlikeye girmesi veya eşlerden birinin malvarlığı açısından zarara uğratılmasıdır⁵³⁰. İlk hale örnek olarak, özel ders veren kocanın, karısının eve gelen öğrencilerine kötü muamele yapması gösterilebilir. Eşlerden birinin diğerinin malvarlığına zarar vermesine ise örnek olarak, karının yeni aldığı pahalı saatin koca tarafından duvara sürtülerek çizilmesi örnek olarak gösterilebilir.

d. Ailenin Huzurunun Tehlikeye Düşmesi

TMK md. 197/I’de eşlerin birlikte yaşama ara vermesini haklı kılan bir diğer koşul ise, “*ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesidir*”. Birlikte yaşama sebebiyle hem eşlerin, hem de çocukların huzuru, dolayısıyla mutluluğu, düzeni ciddi biçimde tehlikeye giriyor ise, birlikte yaşama ara verilmesine ilişkin yasal koşul gerçekleşmiş olacaktır. Ailenin huzuru kavramı ise, her ailenin iç dinamiğine göre değişkenlik gösterebilecek bir kavramdır. Eşler arasındaki basit nitelikte sayılabilecek dargınlıklar ayrı yaşama için haklı neden oluşturmaz⁵³¹. Bununla birlikte, özellikle eşlerin çocukları varsa ve eşler birlikte yaşama ara verilmesi hususunda uyuşmazlık

⁵²⁹ Öztan, s. 353; Yılmaz, s. 40; “[...] Yukarıdaki hukuki düzenlemeler ve tüm dosya kapsamına göre; davalı erkeğin sürekli borçlandığı, evin kirasını, elektrik, su parasını ödemediği, bu nedenle sık sık ev değiştirmek zorunda kaldıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı birlik görevlerini yerine getirmediğinden davacı kadın ayrı yaşamakta haklıdır [...]” “Ankara BAM, 16.02.2017 Tarih ve E.2017/87 K. 2017/175 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”.

⁵³⁰ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 233; Öztan, s. 354; Tekinay, Türk Aile Hukuku, s. 343; Yılmaz, s. 40.

⁵³¹ Bu konuda bkz. “[...] Buna göre, davacının ayrı yaşamada haklı olup olmadığının araştırılması ve ‘ayrı yaşamada haklılık’ olgusunun kanıtlanması gerekir. Somut olayda; dinlenen tanık anlatımlarından davacı eşin ayrı yaşamakta haklı olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Zira dinlenen davacı tanıklarının taraflar arasında dargınlık olmakla birlikte davalının müşterek evin ve çocukların ihtiyaçlarını karşıladığını ve tarafların aynı evde yaşamaya devam ettiklerini beyan etmişlerdir. Dosya kapsamında davacının ayrı yaşamakta haklı olduğunu gösteren herhangi bir delil bulunmadığı, bu sebeple ispat edilemeyen davanın reddi gerekirken kısmen kabulü yönünde karar verilmiş olması doğru görülmemiştir [...]” “3. HD., 2 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/3265 K.2016/6921 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”.

yaşıyorlarsa hâkim, birlikte yaşama ara verilmesine daha kolay bir şekilde karar verir⁵³². “Ailenin huzurunun tehlikeye girmesi” ve evlilik birliği açısından önem taşıyan bir koruma olan “çocuğun yararı” olgusu birlikte düşünülmekte ve ilişkilendirilmektedir⁵³³. Çocuğun bu kapsamda hem ruhsal, hem de bedensel bütünlüğünün korunması hedeflenmektedir. Örneğin, çocuk, ebeveynleri tarafından yeterli ilgi göremiyorsa; çocuğa cinsel taciz veya istismarda bulunuluyorsa; eşlerden birinin alkol problemi varsa; eşlerden biri eşine veya çocuklarına şiddet uyguluyorsa, bu haller ortak yaşama ara verilmesi için haklı yasal dayanak oluşturur⁵³⁴.

Ev içindeki huzurun korunması öncelikle eşlerin korunmasını hedeflemektedir. Ne var ki, bu tedbir aynı zamanda velileri ile birlikte yaşayan çocuklar için de sonuçlar doğurmaktadır. Bununla birlikte, münhasıran çocuklara ilişkin önlemlerin, evlilik birliğini koruyucu önlemlerden bağımsız olarak alınması da mümkündür. Bu durum nazara alındığında, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerle çocuğun korunmasına ilişkin önlemler arasında bir öncelik yarışının olduğu sorunu düşünülebilir. Bu iki amaç arasında keskin bir ayırım olmadığı da söylenmelidir⁵³⁵. Zira, dolaylı da olsa, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerden çocuklar da yararlanır. Evlilik birliğine ilişkin önlemlerin devreye girmesi için, eşlerin talepte bulunmuş olması, mahkemenin de bu talebin haklı olup olmadığına karar vermesi gerekir. Çocuğa ilişkin bir önlem alınması gerektiğinde ise, hâkim bir talep gerekmezden re’sen harekete geçmelidir. Hâkim evlilik birliğini korumak adına bu önlemleri alırken vereceği kararın çocuğun yararına, onun korunmasına ilişkin olması gerektiğini öncelikle nazara almalıdır⁵³⁶.

⁵³² *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 159; *Öztan*, s. 355; *Hausser/Reusser/Geiser*, Art. 175, N. 12.

⁵³³ *Yılmaz*, s. 43; *Öztan*, s. 354; *Gümüş*, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 158. Bkz. ve Karş. A. *Edgger*, s. 354. Yazar ortak yaşama ara verilmesine ilişkin tehlikenin çocuklara yönelik olması durumunda, ortak yaşama ara verilmesi yerine mahkeme kararı ile ayrılık veya boşanma yoluna gidilmesi gerektiği görüşündedir.

⁵³⁴ *Yılmaz*, s. 43. Hem İsviçre doktrinde hem de Türk doktrinde, çocuğun bizzat şiddete maruz kalması şartı aranmamakta; ev içi şiddete şahit olması da birlikte yaşamaya ara verilmesi için yeterli bir sebep olarak kabul edilmektedir.

⁵³⁵ *Yılmaz*, s. 46, İki önlem de çocuğun korunmasına yönelik olup, şekil açısından bazı farklılıklar içermektedir.

⁵³⁶ *Yılmaz*, s. 46; *Öztan*, s. 371.

2. Birlikte Yaşama Ara Verilmesinde Süre

TMK md. 197/I'in lafzına baktığımızda, birlikte yaşamaya verilen aranın, ciddi bir tehlike olgusu mevcut olduğu sürece, devam edeceğini görmekteyiz. Başka deyişle, tehlike devam ettiği sürece, eşlerden her biri ayrı yaşama hakkına sahiptir. Kural olarak, tehlikenin ne kadar süreceği baştan çoğu zaman belirli olmadığı için birlikte yaşama ara verilmesi de belirli bir süreye bağlanamayacaktır. Ne var ki, birlikte yaşama ara verilmesini haklı kılan sebebin artık mevcut olmadığına tespiti de her zaman için istenebilecektir. Hal böyleyken, şu bir gerçektir ki, eşlerin belirsiz ve sınırsız bir süre için ayrı yaşama hakkının var olduğunu iddia etmek, kimi zaman evlilik kurumunun bünyesine kimi zaman da hakkaniyete ve dürüst davranma ilkesine aykırı düşecektir. Her şeyden önce, çok uzun bir süre için verilen aranın, aile olma bilinci ve birlikte yaşama iradesi üzerinde olumsuz etkiler doğuracağı açıktır.

Öte yandan, tehlikenin, daha baştan çok uzun süreler için ortadan kalkmayacak bir nitelikte olduğunun öngörülebilir olması halinde, boşanma davası açmak yerine, birlikte yaşama ara verilmesinden faydalanmak da, özellikle samimi bir şekilde evliliği devam ettirme iradesinin varlığından bahis açılmıyorsa; örneğin, evlilik kurumunun ortaya çıkardığı yardımlaşma yükümlülüğünden yararlanma amacı ile hareket ediliyorsa, dürüst davranma kurallarına aykırılık teşkil eder. Bundan dolayı, kural olarak, birlikte yaşama hakkının, tehlike mevcut olduğu sürece var olduğu kabul edilmeli; ancak eşlerin bu yöndeki talepleri her zaman için hakkaniyet ve dürüst davranma kuralları süzgecinden geçirilmelidir. Öte yandan, eşlerin ayrı yaşamaya alışmalarının birlikte yaşama düşüncesi üzerinde yaratacağı tahribat ve bunun da nihayetinde boşanmaya giden yolun kapısını aralamak anlamına geleceği göz önüne alınarak, sürenin sınırlanabileceği ileri sürülebilecektir. Konunun tartışmalı olduğunu da ifade etmek isteriz. Aslında kimileri tarafından tutarsızlık olarak görülen İsviçre uygulamasından da bu vesile ile bahsetmek gerekir. İsviçre'de birlikte yaşamaya ara verilmesine bağlı tedbirlere belirsiz bir süre için karar verilirken, eşlerin ortak bir talebi yoksa, hâkim tarafından birlikte yaşamaya ara verilmesi hallerinde, sürenin birkaç ay ile sınırlandırıldığı; bu süre sonunda tekrar bir değerlendirme yapılarak çözüme gidildiği görülmektedir. Biz, bu noktada, *Yılmaz*'ın düşüncelerine iştirak edemiyoruz. Zira İsviçre uygulaması, kanaatimizce, kanuni düzenlemelerin sevk ediliş amacına uygun şekilde ve hakkaniyet endişesi ile uygulanması anlamına gelmektedir. Birlikte yaşama

ara verilmesi özü itibariyle, evlilik birliğini koruyucu ve onun devamına hizmet eden bir önlemdir; yoksa evlilik birliğini sonlandırmaya değil. Bu endişelerimiz saklı kalmak kaydı ile, konunun açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu hususta bir süre sınırlaması olması gerektiği savunulabilir. Ancak Yargıtay⁵³⁷ herhangi bir süre sınırlamasına gerek olmadığı görüşündedir.

Özellikle çekişmeli durumlarda, eşlerin ayrı yaşamaya alışmamaları ve birbirlerine yabancılaşmamaları açısından hâkim tarafından bir süre sınırı koyulması gerektiği ifade edilmektedir. Bu süre sınırı koyulmaz ise, eşler arasındaki ayrılık “küçük boşanma” diyebileceğimiz bir şekle dönüşebilecektir. Birlikte yaşama ara verilmesine ilişkin bir süre sınırlaması yapılması halinde, eşler sürenin sonunda ayrı yaşamaya devam ederlerse, mahkeme kararı ile belirlenmiş olan tedbirlerden yoksun kalabilirler⁵³⁸. Örneğin, parasal katkıya muhtaç olan eş elinde artık bir mahkeme kararı ile hüküm altına alınmış bir cebri icra gücü olmadığından bu parayı talep edemeyebilir. Eşlerin ayrı yaşaması bir süreye tâbi tutulmuşsa ve eşler bu sürenin devamında tekrar bir araya gelirlerse, alınan önlemler kendiliğinden ortadan kalkar. Bununla birlikte, TMK gereği alınan kimi tedbirlerin bu halde dahi devam edeceği söylenmelidir. Örneğin, TMK’nın 199. maddesi çerçevesinde eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin tedbirler böyledir. Zira bu tedbir, eşlerin ortak yaşama ara vermesinden bağımsız olarak verilmektedir. Bundan dolayı, eşlerin tekrar bir araya gelmesi ile de ortadan kalkmayacaktır. Aynı şey, TMK md. 198’de öngörülmüş olan “eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir” hükmü için de geçerlidir. Yine, tartışmalı olmakla birlikte, mal ayrılığı rejiminin yürürlükten kaldırılması, eşlerden birinin istemi üzerine, hâkimin vereceği hükme bağlanmıştır (TMK md. 208)⁵³⁹.

Eşlerden biri birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin yasal dayanağın ortadan kalktığını veya mevcut olmadığını açacağı bir tespit davası ile hâkimden her zaman

⁵³⁷ Yargıtay, TMK md. 197/II çerçevesinde süresiz bir tedbir nafakasına hükmedilmesi gerektiği görüşündedir. Bkz. “2. HD., 24 Kasım 2010 Tarihli ve 18484/19254 Sayılı Karar. Karar için Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 16.09.2020”. İsviçre’de genellikle ayrı yaşamaya süresiz olarak karar verildiği hakkında ayrıca bkz. Yılmaz, s. 48.

⁵³⁸ Yılmaz, s. 48.

⁵³⁹ Öztürk, s. 33.

talep edebilir. Ortak yaşama ara verilmesinin amacı, eşlerin hatalarını ölçebilmeleri, evlilik birliğinin kendi hayatları üzerinde yarattığı olumlu ya da olumsuz etkileri değerlendirip tartabilmeleridir. Aksi halde ortak yaşama ara verilmesine ilişkin düzenlemeler, evlilik birliğini koruyucu önlemlerin amacına uygun düşmeyecektir⁵⁴⁰.

Uygulamada, her iki eşin aksi yönde bir talebi yok ise, birlikte yaşama ara verilmesi için bir süre sınırı öngörülmemektedir⁵⁴¹. Eğer hâkim tarafından belirlenmiş bir süre söz konusu ise, eşlerin belirlenmiş olan süre içerisinde evliliklerinin, yani ilişkilerinin düzelmesi beklenir. Belirlenmiş olan sürenin bitiminde mevcut tehlike olgusu hala varlığını sürdürüyorsa ve birlikte yaşamın devamı söz konusu değilse hâkim, birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin tedbirlerin uzatılmasına karar verir⁵⁴². Mahkeme, eşleri birlikte yaşamaya devam etmeye zorlayamaz. Birlikte yaşama ara verilmesi doğası gereği geçicidir; bundan dolayı bu hususta verilen tedbir kararları da kesin hüküm teşkil etmez. Şartların değişmesi ve değişen bu şartların ispatı halinde, tekrar ayrılık talebinde bulunulabilir. Geçici koruma niteliğindeki ayrılık kararları, diğer geçici hukuki korumalar gibi, özü itibarıyla davayı sonlandıran nihai karar olmayıp kesin hüküm teşkil etmez⁵⁴³.

3. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesinin Sonuçları ve Tedbirler

TMK md. 197/II ve TMK md. 197/IV’de birlikte yaşamaya ara verilmesine ilişkin olarak hâkimin alacağı tedbirler belirtilmektedir. Buna göre:

a. Eşlerden Birinin Ötekine Karşı Yapacağı Parasal Katkı

Eşlerden birinin birlikte yaşama ara vermesi haklı bir nedene dayanıyorsa, TMK md. 197/II gereğince hâkim, talep üzerine birinin ötekine yapacağı “parasal katkıyı” belirleyecektir. TMK md. 197/II hükmünde “parasal katkı” ibaresi üzerinde durulmuştur. Doktrinde bu ifadeden, nakit/meblağ şeklinde bir katkı kadar parasal değeri olan iş görme edimlerinin de anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Zira maddenin TMK’nın 196. maddesi ile birlikte değerlendirilmesi yerinde olur. Böylelikle hâkim, eşlerden hangisinin iş görme edimini yerine getireceğini tespit ettikten sonra,

⁵⁴⁰ Yılmaz, s. 48.

⁵⁴¹ Yılmaz, s. 49.

⁵⁴² Yılmaz, s. 49.

⁵⁴³ Yılmaz, s. 50; Akıntürk/Ateş, s. 283; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 237.

diğer eşin yerine getirmesi gereken parasal katkıyı tespit edecektir⁵⁴⁴. Doktrinde ve uygulamada bu parasal katkı, tedbir nafakası olarak ifade edilmektedir⁵⁴⁵. Yargıtay, bu tedbir nafakasının boşanma davası sırasında geçici bir önlem olarak, davanın kesinleşmesine kadar TMK md. 169 çerçevesinde takdir edilen tedbir nafakasından farklı olduğunu; bağımsız bir dava konusu olarak eşlerin ayrı yaşama durumunun devamı süresince tedbir nafakasına hükmedilebildiğini içtihat etmiştir⁵⁴⁶.

Katkının tespitinde, eşlerin kendi üzerlerine düşen kanuni (TMK md. 186/III) ya da hâkimin tespit edeceği (TMK md. 196) yargısal katkı payı dikkate alınır⁵⁴⁷. Göz önüne alınması gereken bir diğer unsur ise, birlikte yaşamaya ara vermenin ek masraf olarak eşlere geri dönebilme olasılığıdır. Ayrı yaşamanın gerektireceği ihtiyaçlar,

⁵⁴⁴ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 164; Yılmaz, s. 75; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s.190.

⁵⁴⁵ Doktrinde, bu parasal katkının “tedbir nafakası” şeklinde kullanılması gerektiği söylene de tedbir nafakası teriminin boşanma davası esnasında kullanılan bir terim olduğu; bu nedenle tedbir nafakası yerine “geçim nafakası” denmesinin daha yerinde olacağı savunulmaktadır. Bkz. Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 35; Öztan, s. 226. Yargıtay ise TMK md. 197 f.2’de yer alan parasal katkı için tamamen farklı bir terim kullanmakta olup bu katkıyı “bağımsız tedbir nafakası” olarak nitelendirmiştir. “[...] Eşlerden biri, birlikte yaşama sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşamak hakkına sahiptir (TMK md. 197/1). Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa, hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, birinin diğerine yapacağı parasal katkıya (TMK md. 185/3, 186/3) ilişkin önlemleri alır. Toplanan delillerden, mahkemenin de kabulünde olduğu üzere Türk Medeni Kanunu’nun 197. maddesine dayalı bağımsız tedbir nafakası davası yönünden davacı kadının ayrı yaşamakta haklılığı kanıtlanmıştır. Bununla birlikte yapılan sosyal ve ekonomik durum araştırmasından, kadının ev hanımı olduğu, çocuğuna bakması nedeniyle sadece 725,00 TL bakım parası aldığı, kirada oturduğu malvarlığının bulunmadığı belirtildiğine göre, bağımsız tedbir nafakası davasının kabulüyle davacı [...] yararına uygun miktarda tedbir nafakası takdir edilmesi gerekirken, yazılı şekilde reddi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir [...]” “2. HD., 22 Kasım 2018 Tarih ve E.2017/4316 K.2018/13383 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 31.05.2020”. “[...] TMK’nın 197/2 ve madde 169’da düzenlenen tedbir nafakası ise boşanma ve ayrılık davası açılmadan önceki dönemde evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin taraflarca yerine getirilmemesi, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde ve reşit olmayan çocuklar yararına hükmedilen nafakadır [...]” “3. HD., 20 Eylül 2016 Tarih ve E.2016/13227 K.2016/10988. Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 01.06.2020”.

⁵⁴⁶ Bu konuda bkz. “[...] Buna göre; tedbir nafakası, MK mad.169’da ve mad. 197’de düzenlenmiştir. Bu maddeler, nafaka, boşanma ve ayrılık davası açılmadan önceki dönemde evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin taraflarca yerine getirilmemesi, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde ve boşanma ve ayrılık davası açılması sırasında, hak sahibinin mali yönden desteklenmesi suretiyle evlilik birliğini kurtarmak amacıyla öngörülmüştür. Her iki madde arasındaki farka gelince; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunun 169. maddesi uyarınca takdir edilen tedbir nafakası, açılan boşanma davası kapsamında alınan geçici nitelikteki bir önlem olarak hâkim tarafından yargılama sırasında kaldırılmadığı takdirde boşanma davasında verilen kararın kesinleşmesi ile sona erer. Oysa Türk Medeni Kanununu 197. maddesi uyarınca talep edilen nafaka bağımsız bir talep ve bağımsız bir davanın konusu olarak, eşlerin ayrı yaşama durumunun devamı süresince geçerli olur [...]” “HGK., 16 Mart 2016 Tarih ve E.2014/81021 K.2016/328 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 01.06.2020”.

⁵⁴⁷ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 182.

birlikte yaşamın gerektirdiği katkı payına göre farklılık arz edeceğinden, bu duruma uygun değişiklikler tespit edilip ona göre davranılması uygun olur. Bu durum, ayrı yaşamın eşlere hayatın olağan akışı içinde ek gider getirmesi hali için geçerlidir. Örneğin; eşler birlikte yaşarken tek evin giderleri karşılanacak iken, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda iki evin masraflarının karşılanması gerekecektir. İstisnai olarak bir değişiklik oluşmazsa hâkim, bir katkı payı hesaplamasına ihtiyaç duymayacaktır⁵⁴⁸. Evlilik birliğine ilişkin tespit edilmesi gereken katkı giderlerinin istemi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmemelidir. Eşlerin birlikte yaşarken sahip oldukları hayat standartları, asgari ve azami miktarı oluşturacaktır⁵⁴⁹. Hâkim, hükmedeceği parasal katkıyı belirlerken, çocukların eşlerden hangisi ile kaldığını da göz önünde bulundurmalı; eşlerin çalıştıkları iş ve bu işten elde ettikleri kazancı da bu kapsamda araştırmalı ve dikkate almalıdır⁵⁵⁰. Nihayet, ölçülülük ve TMK md. 4 kapsamındaki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınmalıdır⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 164; Yılmaz, s. 85; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 244.

⁵⁴⁹ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 165. “[...] Önlem nafakasının niteliği ve yasal düzenleme gereği davalı (koca) evlilik birliğinin giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. TMK md. 186/son gereği davacı (kadın)ın belirli bir gelirinin bulunması, hatta gelirinin davacı kocadan fazla bile olması davalı kocaya ortak giderlere (elektrik, su, telefon, yakıt, kira parası vs.) katılma yükümlülüğünden tamamen kurtarmaz. Davacı kadının gelirinin bulunması nafaka takdirine engel değildir. Hâkim, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyesini ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiğini gözetmelidir [...]” “3. HD., 24 Mayıs 2017 Tarih ve E.2016/18372 K.2017/7942 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası. E.T. 01.06.2020”. “[...] Hâkim, tedbir nafakasını tayin ederken, eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyesini ayrı yaşamaları halinde de korumaları gerektiğini gözetmelidir. Tedbir nafakasının miktarı; davalı kocanın geliriyle orantılı olmak kaydıyla, birlikte yaşadıkları zamanda eşine sağladığı geçim şartlarını ayrı yaşama hallerinde de sağlayacak oranda olması gerekir [...]” “3. HD., 11 Mayıs 2017 Tarih ve E.2016/17972 K.2017/7121 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası. E.T. 01.06.2020”.

⁵⁵⁰ Köprülü/Kaneti, s. 127; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 243. Eşlerin kazançlarının dikkate alınması, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında katılma yükümlülüğünün bir yansımasıdır. “[...] 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" ile müşterek yaşam sırasında davalının eşine sağlamış olduğu yaşama düzeyi dikkate alınmalıdır [...]” “3. HD., 23 Haziran 2016 Tarih ve E.2016/5569 K.2016/9888 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası. E.T. 01.06.2020”. Aynı yönde bkz. “3. HD., 22 Haziran 2016 Tarih ve E.2016/6377 K.2016/9752 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 01.06.2020”. “[...] Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakaların niteliğine, günün ekonomik koşullarına göre, takdir edilen tedbir nafakaları miktarı hak ve nesafete uygun olmayacak şekilde düşüktür. Tedbir nafakasının miktarının tayin edilmesinde davalının geliri ve tarafların birlikte yaşadıkları sırada davalının alıstırdığı geçim şartlarının dikkate alınması gerekir [...]” “3. HD., 9 Mayıs 2016 Tarih ve E.2016/3927 K.2016/7307 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası. E.T. 01.06.2020”. “[...] Somut olayda, mahkemece davalı eşin yaptırılan kolluk araştırması ile kepçe operatörü olup, aylık asgari ücret

Eşlerden biri TMK md. 197'ye ilişkin olarak yetkili aile mahkemesinde tedbir nafakası istemiyle dava açıp daha sonra farklı bir aile mahkemesinde boşanma davası açarsa hâkim, bu iki davanın Hukuk Muhakemeleri Kanunu md. 166 uyarınca aradaki bağlantı sebebiyle birleştirilmesine karar verebilir⁵⁵².

b. Konut ve Ev Eşyasından Yararlanma Şeklinin Düzenlenmesi

TMK md. 197/II'de, hâkimin birlikte yaşamaya ara vermesi halinde, eşlerin konut ve ev eşyasından yararlanmasına ilişkin önlemleri alabileceğinden bahsedilmiştir. Eşler, hâkimin müdahalesine gerek kalmadan kendi aralarında kararlaştırarak konut ve ev eşyasından yararlanabileceklerdir. Fakat bu konuda eşler arasında bir uyuşmazlık söz

düzeyinde geliri olduğu belirtilmişse de, mahkemece ilgili meslek odasından, davalının kepçe operatörü olarak, ortalama aylık kazancının ne olabileceği araştırılıp, sosyal ve ekonomik durumu yeterince araştırılmadan eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır. Hal böyle olunca, mahkemece yapılacak iş; davalının sosyal ve ekonomik durumu yeterince araştırılarak, ilgili meslek odasından davalının kepçe operatörü olarak ortalama aylık kazancının ne olabileceği araştırılıp, hasıl olacak sonuca göre davacı kadın ve müşterek çocuğun ihtiyaçlarını karşılamaya yetecek miktarda nafaka takdiri yoluna gidilmesi gerekirken, eksik incelemeyle karar verilmesi doğru görülmemiş, bu husus bozmayı gerektirmiştir [...]” “3. HD., 18 Nisan 2016 Tarih ve E.2016/2494 K.2016/5917 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 01.06.2020”.

⁵⁵¹ Bu konuda bkz.“[...] Tarafların gerçekleşen sosyal ve ekonomik durumlarına, nafakanın niteliğine, günün ekonomik koşullarına ve özellikle davacı ve çocukların ihtiyaçlarına göre takdir edilen tedbir nafakası miktarı hak ve nesafete uygun olmayacak şekilde düşüktür. Tedbir nafakasının miktarının tayin edilmesinde davalının geliri ve tarafların birlikte yaşadıkları sıradaki geçim şartlarının dikkate alınması gerekir. Mahkemece; davacı tarafın ve çocukların geçimi ve bakımı için gerekli, davalının geliri ile orantılı olacak şekilde, TMK'nın 4.maddesindeki hakkaniyet ilkesi de dikkate alınarak, davacı eş ve çocuklar yönünden daha uygun miktarda nafakaya hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir [...]” “3. HD., 22 Şubat 2017 Tarih ve E.2016/20497 K.2017/1858 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 01.06.2020”. “[...] Tedbir nafakasında eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katkıda bulunmaları gerekir (TMK Md. 186/ son). Davacı eşin ekonomik durumunun davalı (kocadan) daha iyi olması veya davacının çalışması davalı (kocayı) tedbir nafakası yükümlülüğünden kurtarmaz. Ortak giderlere (elektrik, su, telefon, kira, yakıt parası vs.) katılma yükümlülüğünü tamamen ortadan kaldırmaz. Bu durum sadece nafaka miktarının takdirinde etkili olabilir. Davacı kadının gelirinin bulunması ona tedbir nafakası bağlanmasını engelleyici bir hal değildir. Böylece "hakkaniyet" ilkesine uygun bir nafaka tespit edilebilir (TMK Md. 4) [...]” “3. HD., 08 Aralık 2016 Tarih ve E.2016/20894 K.2016/14341 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 25.05.2020”. “[...] Hal böyle olunca mahkemece; davalının, eşlerin birlikte yaşamayı kuralını haklı bir gerekçe olmaksızın ihlal ettiği, birlik görevlerini ifa etmediği, müşterek konutu terk ederek başka bir kadınla yaşadığı göz önünde bulundurularak, davacı eşin geçimi için gerekli, davalı kocanın geliri ile orantılı olacak şekilde, davacı lehine "hakkaniyet" ölçüsünde bir miktar nafakaya hükmedilmesi gerekirken, yukarıda belirtilen maddi ve hukuki olgular değerlendirilmeksizin, eksik inceleme ve yanlıgılı değerlendirme sonucu yerinde olmayan gerekçelerle davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı görülmüş, bu husus bozmayı gerektirmiştir [...]” “3. HD., 11 Nisan 2016 Tarih ve E.2016/4735 K.2016/5492 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 25.05.2020”.

⁵⁵² Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 168; Yılmaz, s. 128.

konusu olması halinde, TMK md. 197/II devreye girecek ve hâkimin müdahalesi gündeme gelecektir⁵⁵³. TMK md. 197/II, konut ve ev eşyasından eşlerin ne şekilde ve ne oranda fayda sağlayacağı ile ilgilidir.

Bu maddede bahsedilen “konut” ibaresinden TMK’nın 186. maddesi anlamında konutun mu, yoksa TMK’nın 194. maddesi anlamında aile konutunun mu anlaşılması gerektiği noktasında tartışma vardır. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, “konut” ibaresinin dar olarak yorumlanmaması; TMK md.186 hükmü esas alınarak geniş yorumlanması gerekir ve bu ibareden aile konutu varsa öncelikli olarak aile konutu, sonrasında diğer konutların tamamı anlaşılmalıdır⁵⁵⁴. Bizim katıldığımız görüşe göre ise, TMK md. 197 hükmünde yer alan “konut” kavramının dar yorumlanması gerekir ve bu terimden sadece TMK md. 194’te düzenlenmiş olan “aile konutu” anlaşılmalıdır⁵⁵⁵. Konutun eşlerden hangisine bırakılacağı hususunda karar verilirken kanaatimizce hâkimin her bir olay için ayrı bir değerlendirme yapması; bunu yaparken de, tarafların sosyal ve iktisadi durumu başta olmak üzere müşterek çocuğun olup olmaması gibi kriterlerden yararlanması gerekir. Nihayetinde, bu tedbire başvurulması ile güdülen amacın konutun kime, hangi şekilde tahsis edileceği noktasında da göz önünde tutulması yerinde olur⁵⁵⁶. Doktrinde, bu tespit yapılırken, eşlerin kusur durumunun dikkate alınmayacağı ifade edilmiş ise de biz bu görüşe katılamıyoruz. Zira bu düşüncenin kanuni bir dayanağı mevcut değildir. Öte yandan, böyle bir yaklaşım, kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak elde edemeyeceği yolundaki genel hukuk ilkesinin de ihlali sonucunu doğuracaktır. Başka bir deyişle bu, birlikte yaşamaya ara verilmesine kusurlu davranışı ile sebep olan eşin ödüllendirilmesi anlamına gelir ki, bu halin hakkaniyet düşüncesi ile de bağdaştırılması güçtür. Bu düşüncedeki yazarlar, dile getirmemekle birlikte, belki, bu önlemin geçici mahiyette olmasından hareket etmektedir. Ancak, kanaatimizce, birlikte yaşama ara verilmesi hususunun kusurdan bağımsız olması ayrı bir şey; birlikte yaşama ara verilmesi halinde konutun eşlerden birine tahsis edilmesi ayrı bir şeydir. Bu anlamda, düşüncemiz, bu ikincisi için pek âlâ tarafların kusur durumunun da göz önüne alınması gerektiğidir. Somut olayın

⁵⁵³ Yılmaz, s. 133.

⁵⁵⁴ Yılmaz, s. 133; Öztan, s. 365; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 171; Hausheer/Reusser/Geiser, Art, 176, N. 29.

⁵⁵⁵ Öztan, s. 365.

⁵⁵⁶ Benzer yönde bkz. Öztan, s. 366.

koşullarının eşin kusurlu olmasına rağmen konutun kendisine tahsis edilmesini haklı kıldığı örnekler saklıdır. Örneğin, özellikle emzirme döneminde bir çocuğun olduğu hallerde müşterek konut, kusurlu olsa dahi kadına tahsis edilebilecektir. Ne var ki, bu hal, peşinen bir yaklaşımla, kusur durumunun konutun tahsisinde hiç göz önüne alınmayacağı anlamına gelmez.

Yukarıda da belirtildiği üzere, ihtiyaca ilişkin değerlendirme yapılırken birtakım kriterlerin dikkate alınmasında fayda vardır. Eşlerin çocuklarının olması durumunda, çocuk hangi eşte kalacaksa onun konuta ihtiyacının daha fazla olacağı açıktır. Yine, eşlerden birinin konutta mesleğini icra etmesi ve birlikte yaşama ara verilmesi durumunda mesleğinin tehlikeye girmesi söz konusu ise, hâkimin somut olayın gerektirdiği tüm olasılıkları dikkate alıp, takdir yetkisini ihtiyaç sahibi eşten yana kullanması gerektiği ifade edilmektedir⁵⁵⁷. Ayrıca uygulamada, konutun sıklıkla velayet sahibi eşe bırakıldığını görmekteyiz. Konutun veya ev eşyasının mülkiyetinin eşlerden hangisine ait olduğu belirleyici değildir⁵⁵⁸. Söz konusu konut, aile konutu niteliği taşımayan yazlık bir ev ise ve eşler sürekli olarak yazlık evde oturmayacaklarsa, bu ev eşlere farklı zamanlarda kullanmak üzere tahsis edilebilecektir⁵⁵⁹.

Ev eşyasından anlaşılması gereken ise rutin, günlük hayat içerisinde eşlerin kullandıkları eşyalardır. Örneğin, varsa evcil hayvan, kitaplar, araba, mobilya, televizyon, buzdolabı, fırın vb. gibi eşyaları bu kapsamda değerlendirmek gerekir. Doktrinde, bu kavramın geniş olarak yorumlanması gerektiği isabetli bir şekilde dile getirilmektedir⁵⁶⁰.

Hâkim, konuttan ve ev eşyasından eşin ne sıklıkla ve nasıl bir yöntem izleyerek yararlanacağına somut olayın şartlarına bakarak karar verir⁵⁶¹. Bu şekilde konuttan ve ev eşyasından yararlanma hakkı lehine tanınan eş, hâkimin kararını cebri icra yolu ile uygulatabilir. Konutun bırakılmasında dikkate alınan kriterler burada da tatbik edilir. Yine, eşlerin kusuruna ilişkin olarak yapılmış olan açıklamalar burada da geçerlidir⁵⁶².

⁵⁵⁷ Yılmaz, s. 42.

⁵⁵⁸ Öztan, s. 366.

⁵⁵⁹ Öztan, s. 366; Yılmaz, s. 133.

⁵⁶⁰ Öztan, s. 367. Ev hayvanları için “ev eşyasına” ilişkin belirlenmiş prensiplerin kıyasen uygulanacağı hakkında. bkz. Yılmaz, s. 151.

⁵⁶¹ Öztan, s. 367; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 171.

⁵⁶² Farklı görüşte olmak üzere bkz. Öztan, s. 367; Hausheer/Reusser/Geiser, Art,176, N. 7, 29a.

Eşlere ait olan kişisel eşyalar da ev eşyası kapsamında değerlendirilmez. Münhasıran kişisel bakıma yönelik eşyalar özellikle böyledir⁵⁶³. Doktrinde, eşlerden birisinin hâkim kararıyla diğer eşin kullanımına bırakılan bir ev eşyasının mülkiyetini üçüncü bir kişiye devrettiği hallerde, alınan tedbirler sona ermediği sürece kendisinden istihkak temelli bir iade talebinde bulunulamayacağı ifade edilmektedir⁵⁶⁴. Bu düşüncenin sebebi, gerek konut gerekse ev eşyası açısından eşe tanınan yararlanma hakkının mutlak nitelikli bir hak olduğunun kabul edilmesidir. Doktrinde⁵⁶⁵ bir görüş, burada aile hukuku kökenli *sui generis* bir mutlak hak olduğunu kabul ederken intifa ve oturma hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağını dile getirmektedir. Dolayısıyla, yararlanma yetkisinin kapsamının hâkim tarafından belirlenecek olmasından hareketle burada yasal bir intifa ya da oturma hakkından söz edilemeyeceğini belirterek; hâkimin sağladığı yetkiye göre içeriği değişen aile hukuku kökenli *sui generis* bir mutlak hakkın varlığından bahsetmektedir. Biz, bu hususta ileri sürülen düşüncelere temkinli yaklaşmaktayız. Zira, hâkim tarafından konuttan ya da ev eş eşyasından yararlanmaya yönelik eşlerden birine yapılan yetkilendirmenin etkisinin ne olacağına kanunda yer verilmemiştir. Bu yetkilendirmenin mutlak nitelikli bir hakka denk geleceğini iddia etmek, konutu ya da ev eşyasını iyiniyetle devralan üçüncü kişiler bakımından bir sorun teşkil edecektir. Elbette üçüncü kişilerin münferit menfaatlerine karşılık aile birliğinin huzurunun korunmasının daha büyük bir önem arz ettiği kabul edilebilecektir. Ancak yasal hiçbir dayanak yok iken, bu yetkilendirmeye kıyasen yararlanma ve oturma hakkına ilişkin hükümlerin uygulanacağını iddia etmek, kanaatimizce zorlama bir çözüm yöntemi olur. Esasen, kanaatimizce, burada mutlak bir hakkın varlığından bahis açılmaması daha isabetlidir; özellikle taşınmazlar bakımından, eğer tedbir devam ettiği sürece taşınmazın üçüncü kişiye devrinin önlenmesi isteniyor ise, yararlanma şeklindeki yetkilendirmenin yanı sıra devri önleyici nitelikte bir önlemin de, örneğin malik olan eşin tasarruf yetkisi sınırlandırılarak, alınmasıdır. Aksi halde, iyiniyetli bir şekilde ev eşyası ya da konutu edinen üçüncü kişinin aynı hakkı hukuki görünüşe güven ilkesini ölçüsüz şekilde zedeleyecektir.

⁵⁶³ Öztan, s. 367.

⁵⁶⁴ Yılmaz, s. 147.

⁵⁶⁵ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 172.

c. Malların Yönetimi İle İlgili Olan Önlemler

TMK md. 197/II gereğince birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir nedene dayanıyorsa, ortak yaşam haklı neden olmadan eşlerden biri tarafından terk edilmişse veya ortak yaşamın başka bir sebeple imkânsız olması söz konusu ise, eşlerden birinin talebi ile hâkim “eşlerin mallarının yönetimine ilişkin” önlemleri alır. Doktrinde, bu maddenin geniş yorumlanması gerektiği savunulmaktadır. Hatta, hâkime, lüzum olan hallerde mal rejimini değiştirebilme hakkı da tanınmıştır⁵⁶⁶. TMK md. 197/II’deki eşin mallarının yönetimine ilişkin olan önlem, TMK md. 199’da yer alan eşin malları üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik önlemden farklıdır. Eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, TMK md. 197/II mucibince değil; TMK md. 199 mucibince mümkündür. TMK md. 197/II’de malların yönetimine ilişkin düzenlemenin geniş yorumlanması taraftarı olanlar, aile için faydalı olabilecek diğer tedbirlerin de “malların yönetimi” kavramı kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini savunmaktadırlar. Örneğin; malvarlığının yönetilebilmesi için kayyım atanması gerekiyorsa, o da bu madde kapsamında değerlendirilmelidir⁵⁶⁷. Öte yandan, TMK md. 199’a göre alınması gereken önlemler için talepte bulunulmuşsa, hâkim bu çerçevede tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verebilecektir. Ancak, TMK md. 199 gereğince tasarruf yetkisinin sınırlandırılması şartları oluşmadığı için bu yöndeki bir talep reddedilmiş olsa dahi, hâkim md.197/II hükmü çerçevesinde diğer önlemleri alabilecektir⁵⁶⁸.

d. Çocuklara İlişkin Alınacak Önlemler

Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, TMK md. 197/IV hükmü gereğince hâkim, ergin olmayan çocuklarla ilgili önlemleri re’sen almalıdır. Kanun koyucunun çocuklar bakımından talep ilkesini terk ettiği ve re’sen karar verme mecburiyetinin öngörüldüğü söylenmelidir. Maddeye göre, hâkim, bu önlemleri TMK’nın ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlerine göre alacaktır. Bu anlamda TMK md. 323 vd. hükümleri gündeme gelecektir. Aile mahkemesinin çocuklarla ilgili yapacağı araştırma ve inceleme, eşlerin boşanma aşamasında olduğu gibi birlikte yaşama ara verilmesi halinde de yapılacaktır. Bu cümleden anlaşıldığı üzere, hâkim, çocuğun hangi

⁵⁶⁶ Yılmaz, s. 153; Öztan, s. 368; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 249-250; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 173; Acar, Aile Konutu ve Mal Rejimleri, s. 178.

⁵⁶⁷ Öztan, s. 368; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 173.

⁵⁶⁸ Öztan, s. 368; Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 173.

ebeveyninin yanında kalacağına, diğer eş ile ne şekilde görüşeceğine, çocuğa nafaka verilip verilmeyeceğine ve verilecek olursa nafakanın miktarına karar verecektir⁵⁶⁹. Bu yöndeki bir karar, diğer eşin velayet hakkını ortadan kaldırmaz. Bununla birlikte, Yargıtay’a göre, ayrı yaşamakta haklı olup olmadığına bakılmaksızın TMK md. 197/IV, md. 327 ve md. 329 çerçevesinde çocuk adına ona fiilen bakan anne veya baba tarafından nafaka talep edilebilir⁵⁷⁰. Ne var ki, hâkimin, TMK md. 197/IV çerçevesinde yetkisinin sınırsız olmadığı; TMK md. 346 ve devamında öngörülen önlemlerin ve bu arada velayetin kaldırılmasına yönelik bir kararın TMK md. 197/IV kapsamında alınamayacağı dile getirilmektedir⁵⁷¹. Madde metninde, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre önlemler alınacağından bahis açılmıştır. Öte yandan, birlikte yaşama ara verilmesi geçici bir önlem olarak kabul edilmelidir. Bundan dolayı, bu çerçevede alınacak önlemler de kural olarak doğası gereği bu geçici ara verme döneminin ruhuna uygun önlemler olmalıdır. Ne var ki, TMK md. 197 çerçevesinde bir taleple karşılaşan hâkim eğer çocuğun korunması açısından bir zaruret varsa, TMK md. 346 vd. hükümlerine göre her iki eşin velayet hakkının kaldırılmasına da karar verebilecektir. Ancak söylediğimiz üzere, bu karar zaten hâkimin birlikte yaşama ara verilmesi kurumu gündemde olmasa dahi başvurusu zorunlu olan bir uygulamaya işaret etmektedir.

Hâkimin çocuğun korunmasına yönelik önlemleri alabilmesi için eşlerden birisinin TMK md. 197/II çerçevesinde talepte bulunması gerektiği doktrinde ifade edilmiştir⁵⁷². Ancak biz, bu görüşe katılmıyoruz. Zira, yukarıda da ifade edildiği üzere, birlikte yaşama ara verilebilmesi için değil; bu çerçevede alınacak tedbirler için talepte bulunulması gereklidir. Başka deyişle, eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkı, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve malların yönetiminden yararlanmaya ilişkin tedbirleri hâkim, talep üzerine karara bağlayabilir. Oysa kanaatimizce, eşlerden birinin

⁵⁶⁹ Yılmaz, s. 167.

⁵⁷⁰ Bu konuda bkz. “[...] Somut olayda; davacı tanığı [...]ın beyanlarına göre davalının davacıya şiddet uyguladığı anlaşılmıştır. Tanık beyanına göre davacının ayrı yaşamada haklılığı kanıtlanmıştır. Ayrıca, müşterek çocuğa fiilen bakan ana veya baba, ayrı yaşamda haklı olsun olmasın diğer eşten TMK 'nun 197/IV, 327 ve 329.maddeleri gereğince çocuk adına nafaka isteyebilir. Davacı anne yanında kaldığı anlaşılan müşterek çocuk [...] yönünden de davanın yazılı gerekçe ile reddi doğru görülmemiştir [...]” “3. HD., 4 Nisan 2016 Tarih ve E.2016/1523 K.2016/5103 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 01.06.2020”.

⁵⁷¹ Yılmaz,s.165; Öztan, s. 371, 372

⁵⁷² Öztan, s.371; Gümüş,Evliliğin Genel Hükümleri, s. 175

ya da ikisinin bu yönde TMK md. 197/IV hükmü çerçevesinde bir talebi olmasa dahi çocuklara ilişkin önlemler alınabilmelidir. Örneğin, zorunlu olmadığı halde, birlikte yaşama ara verilmesi talebiyle TMK md. 197/I hükmüne göre hâkime müracaat edildiği; fakat TMK md. 197/IV çerçevesinde bir önleme yönelik talepte bulunulmadığı bir halde hâkim re'sen çocuklara ilişkin önlemleri almalıdır. Bizim düşüncemize göre, bu görüş, bu sayede hâkimin birlikte yaşama ara verildiğinden haberdar olmasının tek yolunun md.197/IV hükmüne göre önlem alınması amacıyla talepte bulunulmasından ibaret olduğu fikrine dayanmaktadır. Oysa böyle bir zorunluluk yoktur. Üçüncü bir kişinin birlikte yaşama ara verilmesinden hâkimi haberdar kıldığı hallerde dahi, kanaatimizce çocuklara ilişkin önlemler re'sen alınabileceği gibi; TMK md. 197/IV hükmüne göre dile getirilen talepler reddedilmiş olsa dahi çocuklara ilişkin önlemler alınabilecektir. Elbette hâkim kararına gerek olmaksızın birlikte yaşamaya ara vermiş bir eşin sadece TMK md. 197/IV hükmüne göre çocuklar için önlem alınmasını talep etmesi de mümkündür ve bu halde de hâkim gerekli gördüğü önlemleri başvuruda bulunan eşin taleplerinin içeriği ile de bağlı olmaksızın alabilecektir; esasında almalıdır.

TMK md. 197/IV çerçevesinde çocuklarla ilgili önlemlerin alınmasında hâkim için belirleyici olan kriter çocuğun menfaati olacaktır. Biz de, doktrinde ifade edildiği üzere, çocuklara ilişkin önlemlerin ve bu arada çocuk için belirlenecek olan nafakanın diğer önlemlere nazaran daha önemli olduğu kanaatindeyiz⁵⁷³. Öyle ki, nafakanın belirlenmesinde çocuğun ihtiyaçlarının dikkate alınması asıldır. Eşlerin gelirinin artması halinde nafakanın da artırılabilmesi açıktır. Hâkimin alacağı önlemler, özellikle TMK md. 325 hükmünde düzenlenen çocuk ile kişisel ilişki kurulması veya TMK md 327-334 hükümleri arasında düzenlenen, örneğin çocuğun bakım ve eğitim giderlerinin karşılanması, çocuk adına nafaka davası açılması gibi, TMK'nın md. 321 vd. hükümlerinde yer alan çocuğun menfaatinin korunmasına ve kişisel ilişkilerine ilişkin önlemlerdir.

⁵⁷³ İsviçre Medeni Kanunu'nda bu yönde yapılan değişiklikler için bkz. *Yılmaz*, s. 164.

D. Eşler Arasında Bir Uyuşmazlık Doğmasından Sonra Uygulanabilecek Hükümler

Evlilik birliğinin huzur içinde sorunsuz bir şekilde devam etmesi, hem çocukların hem de bireylerin, yani toplumun yararına olan bir durumdur. Bu birlik ne kadar huzur ve mutluluk dolu bir şekilde devam ederse, toplum içerisinde düzen ve huzur da bununla doğru orantılı bir şekilde devam edecektir. Bu anlamda, ailenin huzurunun, toplumun huzurunun deyim yerinde ise yapı taşı olduğu söylenmelidir. Evlilik birliği içerisinde eşler arasında birtakım uyuşmazlıklar çıkması doğal olup, önemli olan bu uyuşmazlıklara bir çözüm bulunabilmesidir. Böyle bir uyuşmazlık halinde devlet bu duruma müdahale edip uyuşmazlıkların büyümemesini ve çözümlenmesini sağlamayı amaçlamaktadır. Bu başlık altında eşler arasında bir uyuşmazlık doğduktan sonra ailenin huzurunu temin etmek maksadı ile alınması öngörülen tedbirlere değinilecektir.

1. Eşlerin Malvarlığı Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması

Bu çerçevede alınabilecek önlemlerden ilki malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanmasıdır. “Tasarruf yetkisinin sınırlanması” madde başlığı ile Medeni Kanunumuzun 199. maddesi hükmü şöyledir;

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin talebi 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 kaldırır, re’sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir”.

Hükmün lafzından anlaşılabileceği üzere, hâkim, ailenin ekonomik varlığını korumak için gerekli önlemleri alabilecek ve eşlerden birinin tasarruf yetkisini kısıtlayabilecektir⁵⁷⁴. TMK md. 199 hükmünün getiriliş amacı, her şeyden önce, diğer

⁵⁷⁴Bu konuda bkz. “[...] Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 199. maddesine dayalı, davalı eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması istemine ilişkindir. Davacı koca R. B. vekili, halen Almanya’da çalışmakta olan müvekkilinin, mevcut birikimleri ve banka kredisiyle, Ankara ili, Yenimahalle 3.Bölge Tapu Sicil Müdürlüğü’nde, Ergazi Mahallesi, 14641 ada 2 parsel, 3 nolu bağımsız bölüm olarak tapuda kayıtlı dava konusu dubleks evi satın alıp, davalı eşi adına tescilini yaptırdığını, davalının, müvekkili ile birlikte yaşadığı müşterek evi terk ederek müvekkili aleyhine boşanma davası açtığını belirterek, dava konusu evin, davalı tarafından satılma ihtimaline binaen, bu taşınmaz üzerinde davalıya ait tasarruf

eşin ağır evlilik krizlerinde ekonomik bakımdan zarar görmesine engel olmak ve evliliğin dava neticesinde sona ermesi bakımından malvarlığı kayması tehlikesini önlemektir⁵⁷⁵. Yine maddenin lafzına bakacak olursak, iki halde, TMK'nın 199. maddesi hükmü çerçevesinde önlem alınabilecektir. Bunlardan ilki, “*Ailenin ekonomik varlığının korunması*”; diğeri “*evlilik birliğinden doğan bir mali yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerektirmesi*”dir. Eşlerden birinin savurgan davranışları ya da ekonomik bakımdan üstlenmiş olduğu sorumluluğu yerine getirmemiş olması söz konusu olursa, mağdur olan eş, hâkimden gerekli önlemleri almasını talep edebilir⁵⁷⁶. Eşlerden birinin yeni bir iş bulmadan ve keyfi olarak var olan işinden ayrılması, ticari işletmesini kapatması, sahip olduğu malvarlığını üçüncü bir kişiye bağışlaması gibi haller ailenin

yetkisinin Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesine göre kısıtlanarak mülkiyet hakkını kısıtlayan her türlü ayni ve şahsi hak tesisi ve mülkiyet devrinin ancak müvekkilinin rızası ile yapılabileceğine karar verilmesi ile kararın tapuya şerhini istemiştir. [...]” “HGK, 6 Temmuz 2011 Tarih ve E. 2011/2-417, K. 2011/479 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 02.06.2020”; “[...] Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim belirleyeceği mal varlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır (TMK md. 199). Ailenin ekonomik varlığının tehlikede olduğu veya davalının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçındığı ispatlanamamıştır. Türk Medeni Kanununun 199. maddesi koşulları oluşmadığı halde yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir. [...]” “2. HD., 17 Eylül 2012 Tarih ve E.2012/13738, K.2012/21306 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, 25.05.2020”; “Bu konuda bkz.[...] Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına 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 hâkim 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 konuda bkz.[...]” “2. HD., 23.12.2010 Tarih ve E. 2010/21219, K. 2010/21853 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, E.T. 25.05.2020”. Ayrıca aynı doğrultuda bkz. “2. HD., 19 Eylül 2013 Tarih ve E.2013/14305 K.2013/21338 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, 25.05.2020”; “2. HD., 8 Mart 2011 Tarih ve E.2010/2561, K.2011/4027 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, 25.05.2020”; “2. HD. 22 Aralık 2010 Tarih ve E.2010/8906 K.2010/21715 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, 25.05.2020”; “2. HD., 24 Mayıs 2010, E.2009/8010 K.2010/9937 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, 25.05.2020”; “2. HD., 16 Kasım 2009, E.2008/16201 K.2009/19869; 2. HD., 8 Mart 2011 Tarih ve E.2010/2561 K.2011/4027 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, 25.05.2020”; “2. HD., 12 Nisan 2012 Tarih ve E.2011/2293, K.2012/9437 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank”, 25.05.2020”; “2. HD., 12 Nisan 2012 Tarih ve E.2011/2293 K.2012/9437 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, 25.05.2020”.

⁵⁷⁵ Bu konuda bkz. “[...] Ailenin ekonomik varlığının korunması gerekiyorsa eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Ailenin tek taşınmazının davalı tarafından elden çıkartılmak istendiği belirlendiğine göre TMK md. 199 çerçevesinde önlem alınması gerekir, isteğin reddi doğru değildir [...]” “2. HD., 16 Kasım 2009, E.2008/16201 K.2009/19869 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı içtihat ve Bilgi Bankası, 25.05.2020”.

⁵⁷⁶ Öktem, s. 321.

ekonomik varlığı için bir tehlikeye işaret eder. Burada TMK md. 199 hükmünün lafzını da dar yorumlamamız gerekir. Aksi halde, evlilik kurumu her türlü ekonomik ve ticari tercihten doğrudan etkilenecektir. Örneğin; hiçbir kusuru bulunmaksızın, piyasa şartlarının kötüleşmesi yüzünden ekonomik darboğaza düşen bir eş de bu kapsamda değerlendirilebilir. Anılan hükmün amacı ve yorum tarzı bu duruma uygun düşmektedir. Kanunun amacı ekonomik sorun yaşayan eşleri adeta cezalandırmak değil, evlilik birliğinin korunması esasını gözeterek en makul dengeyi kurmaktır. Dolayısıyla bu gibi hallerde TMK md. 199 hükmünün istisnasız şekilde uygulanacağını iddia etmek doğru olmaz. Hâkim somut olayın özelliklerini göz önünde bulundurmalıdır. Aksinin kabulü, örneğin işletmenin kapatılması halinde doğrudan doğruya TMK md. 199'un hiçbir başkaca araştırmaya gerek kalmaksızın uygulanması hakkaniyete aykırı olduğu gibi kanunun sevk ediliş amacına da aykırıdır. Evli bir kimse de, pekâlâ başka bir iş bulmadan işini terk edebilecek; sahibi olduğu ticari işletmesini kapatabilecektir. Sadece evli olmak bir kimseyi çalışmaya elbette zorlamaz. Ancak bu hallerin ailenin ekonomik geleceği açısından birer tehdit teşkil edeceği de açıktır. O halde hâkime düşen görev, somut olayın bütün şartlarını göz önünde bulundurarak ailenin ekonomik varlığı açısından tehlike arz eden vakaların varlığı halinde gerekli gördüğü önlemleri almaktır.

Doktrinde, eşlerden birinin mali yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, TMK md. 199'a başvurmadan TMK md. 196'da yer alan önlem kapsamında diğer eşin katkı payının hâkim tarafından tespit edilmiş olması ve eşin üzerine düşen mali yükümlülüğü ihlal etmiş olmasının zorunlu olduğu ifade edilmektedir⁵⁷⁷. Biz, bu düşüncenin isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Öncelikle ifade etmek isteriz ki, TMK md. 196 hükmündeki düzenleme mevcut olmasa dahi, eşler TMK md. 186 hükmü gereğince evlilik birliğinin masraflarına güçleri oranında katılmak zorundadır. TMK md. 196 hükmü, ailenin geçimi için yapacağı parasal katkı yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş bakımından, ailenin geçimi için yapacağı parasal katkıyı belirlemeye yöneliktir. TMK md. 199 hükmünde, TMK md. 196 hükmüne başvuru zorunluluğu öngörülmemiştir. Elbette TMK'nın 196. maddesine göre bir başvuru yapılmış ve eşlerden birinin sağlaması gereken katkı tespit edilmiş olmasına rağmen yerine getirilmiyorsa artık TMK md. 199 çerçevesinde evlilik birliğinden doğan bir mali yükümlülük de yerine getirilmemiş olacaktır. Ancak bu hal bir zorunluluk değildir. Pekâlâ, TMK md. 196

⁵⁷⁷ Öktem, s. 324; Gümüş, Şerhler s. 74.

gereğince bir önlem söz konusu olmasa dahi, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiş olması söz konusu olabilecek ve TMK md. 199 çerçevesinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilebilecektir. Kaldı ki, TMK md. 199 gereğince bir tasarruf yetkisi sınırlandırılması kararının alınabilmesi için TMK md. 196'ya başvurunun zorunlu olduğunu kabul etmek, arada geçecek olan zaman diliminde diğer eşin malvarlığını elden çıkarmasına imkân sağlayacak zamanı bulmasına da sebep olabilecektir.

TMK md. 199 hükmünün uygulanabilmesi için eşlerden birinin hâkimden istemde bulunması gerekir; hâkim re'sen hareket edemez⁵⁷⁸. Bu hususta kesin bir ispat değil, sadece ileride böyle bir durumun ortaya çıkabileceğinin olgularla ileri sürülmesi ve bu olguların talepte bulunan eş tarafından ispatlanmış olması yeterlidir. Hâkim bir sınırlamaya karar verirse, bu sınırlama eşlerin malvarlığının bütününe kapsamaz. Hâkim, kararında sınırlamaya konu olan malvarlığı değerini veya değerlerini belirtmelidir⁵⁷⁹.

TMK md. 199/I hükmü ve TMK md. 199/II hükmü birbirinin uzantısı olup birbirinden farklı anlamlar içermemektedir⁵⁸⁰. TMK md. 199/III ise, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması halinde hâkimin re'sen şerh sağlayabileceğine ilişkin bir düzenlemedir. Hâkimin sağladığı bu şerhle beraber mevcut olan sınırlamanın üçüncü kişiler açısından da bilinirliği sağlanmış olmaktadır⁵⁸¹.

Bu sınırlamanın hukuki niteliği konusunda doktrinde bir görüş birliği yoktur. Hâkim olan görüşe göre, bu sınırlama tasarruf yetkisi sınırlamasıdır⁵⁸². Azınlık görüşü ise burada bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu iddia etmektedir⁵⁸³. Fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu iddia eden yazarlar bakımından, sadece tasarruf işleminin değil ve fakat sınırlamaya rağmen yapılan borçlandırııcı işlemlerin dahi geçersiz olacağını kabul etmek zorunludur.

⁵⁷⁸ Öktem, s. 324; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 263; Akıntürk/Ateş, s. 124.

⁵⁷⁹ Öktem, s. 325.

⁵⁸⁰ Öktem, s. 321; Barlas, “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arasında Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Makalelerim, s. 133.

⁵⁸¹ Öktem, s. 322.

⁵⁸² Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızası, s. 34; Reisoğlu Seza, Medeni Kanun'da Bankalar ile İlgili Düzenlemeler Türk Barolar Birliği'nde 14.02.2002 tarihinde İstanbul'da düzenlenen Bankalar ile ilgili Düzenlemeler konulu konferansta sunulan ve Birliğin www.tbb.org.tr adresli sitesinde yer alan metin, s. 4; Barlas, Nami: “Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arasındaki Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, (Ankara, 2004), s. 115-144, s. 133.

⁵⁸³ Gümüş, Evliliğin Genel Hükümleri, s. 193.

TMK md. 199 hükmü evlilik birliğine zarar verecek bir olguyu önleyici niteliğe sahiptir. Bu hüküm, TMK md. 169 ve diğer hükümlerle birlikte evlilik birliğinin korunmasına hizmet eder.

Her ne kadar, TMK md. 199 hükmü evlilik birliğinin devamı sırasında uygulanacaksa da, boşanma davalarında alınacak geçici önlemler kapsamında da bu hüküm (TMK md. 199) kıyasen uygulanma imkânı bulabilmektedir⁵⁸⁴. Çünkü boşanma davası esnasında evlilik birliği devam etmektedir. Boşanmanın gerçekleşebilmesi için boşanma hükmünün şekli anlamda kesinleşmesi gerekmektedir.

Bizim kanaatimize göre, TMK md. 199 bir tasarruf yetkisi sınırlaması öngörmektedir. Kanundan doğan ve talebe bağlı bir tasarruf yetkisi sınırlamasından bahis açmak, gerek kanunun lafzına gerekse ruhuna en uygun çözüm olur. Biz de, çoğunluk görüşüne uygun olarak, TMK md. 199'da öngörülen şerhin tapu kütüğünü kilitlemeyeceği; taşınmaz tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten satın alan üçüncü kişinin iyiniyetini ortadan kaldıracak kanaatindeyiz. Ne var ki, çoğunluk görüşüne göre, tasarruf yetkisi kısıtlaması şerhten bağımsızdır; şerh bu hususta kurucu değil, fakat açıklayıcıdır⁵⁸⁵. Azınlık görüşü ise⁵⁸⁶, şerhin tapu kütüğünü kilitleyeceğini iddia etmektedir. Buna göre, söz konusu şerh, tasarruf yetkisi sınırlaması bakımından açıklayıcı; tapu kütüğünün kilitlenmesi içinse kurucudur. Biz, azınlık görüşünün, TMK md. 1010 çerçevesinde genel kabul görmüş çoğunluk görüşüne de aykırı olduğunu söylemekteyiz. Bilindiği üzere, TMK md. 1010 anlamında tasarruf yetkisi kısıtlanmasına yönelik bir şerh, tapu kütüğünü işlemlere kapatmaz. Son olarak bir görüşe göre de bu şerh, tapu kütüğünü kısmi olarak kilitlemektedir. Tasarruf yetkisi sınırlanmıştır; fakat tamamen ortadan kalkmamıştır. Diğer eşin rızası ile tasarruf işlemi gerçekleşebilecekken eş rıza vermezse, tapu memuru re'sen tescil talebini reddedecektir⁵⁸⁷.

⁵⁸⁴ Kılıçoğlu, s. 29.

⁵⁸⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 294, Aynı yönde bkz., Gümüş, Şerhler, 86.

⁵⁸⁶ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 34.

⁵⁸⁷ Yılmaz, s. 313.

2. Ayrılık

Medeni Kanunumuzun 185. maddesinin üçüncü fıkrasında belirtildiği üzere eşler evlenme ile beraber birlikte yaşama yükümlülüğü altına girerler. Bu demek oluyor ki, eşler beraber belirlemiş oldukları aile konutunda⁵⁸⁸ birlikte yaşamlarını sürdürme, yani hayat birliği kurma yükümlülüğü altındadırlar⁵⁸⁹.

Eşler, evlilik birliğinde mutluluğu sağlama yükümlülüğünü ancak evliliğin doğasına uygun olarak birlikte yaşamaları halinde gerçekleştirebilirler. Medeni Kanunumuzun 185. maddesinin üçüncü fıkrasına göre, her ne kadar eşler birlikte yaşamlarını devam ettirme yükümlülüğü altında olsalar da, belirli sebeplerden ötürü bu yükümlülüklerini yerine getiremeyebilirler⁵⁹⁰. Birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşler, öfke ile ani bir karar vererek boşanmak isteyebilirler. İşte böyle durumlarda eşlerin verilmiş olan bu ani kararın etkisinden çıkması, yeniden barışıp bir araya gelmesi için ayrılık kurumu devreye girer⁵⁹¹.

Ayrılığı, evliliklerinde sorunlar olduğunun farkında olan ve fakat boşanma konusunda kararsız kalan eşler talep edebileceği gibi; boşanmak için başvurulmuş olsa dahi birlikte yaşamın devam edebileceğini öngören hâkim de eşler için ayrılığı takdir edebilir. Bu cümleden olmak üzere, hâkim ancak iki halde ayrılığa karar verebilir. Bunlardan ilki, eşlerin ayrılık talebinde bulunmalarıdır (TMK md. 170/II). İkincisi ise, boşanma talep edilmiş olmasına rağmen hâkimin ayrılığa karar vermesidir. HMK'nın 26. maddesine göre, hâkim, tasarruf ilkesi uyarınca kural olarak tarafların talepleri ile bağlıdır. Ancak hukukumuzda, açık kanun hükmü varsa hâkim talepten başka bir şeye karar verebilmektedir. İşte TMK'nın 170. maddesi bu anlamda bir istisnai hükümdür. Kısaca ifade etmek gerekirse, boşanma davası bakımından Medeni Kanunumuzun 170. maddesinde talepten başka bir şeye hükmedilmesine olanak tanınmıştır. Hâkim bu

⁵⁸⁸ Doktrine göre, eşlerin birlikte yaşamlarını devam ettirmelerinin ilk şartı olarak aile konutunun seçimi gelmektedir. Bkz. *Öztürk*, s. 22; *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s. 25; *Gençcan*, s. 536, *Acar*, Boşanma Sebebi Olarak Terk, s.36,37.

⁵⁸⁹ Doktrine göre, eşlerin hayatlarını birlikte devam ettirmeleri onlar açısından hem bir hak hem de bir yükümlülüktür. Bkz. *Velidedeoğlu*, s. 154; *Ayan*, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 50; *Gençcan*, s. 536; *Öztürk*, s. 22; *Akıntürk/Ateş*, s. 113.

⁵⁹⁰ Kural birlikte yaşamı devam ettirme, yani birlikte yaşama yükümlülüğü ise de, bazı hallerde eşler bu yükümlülüklerini istisnai olarak yerine getiremeyebilirler. Bkz. *Elbir*, s. 131; *Akıntürk/Ateş*, s. 113; *Öztürk*, s. 22.

⁵⁹¹ *Tulumlu, Mehmet Akif: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları*, (Ankara, 2002), s. 402.

düzenleme uyarınca, boşanma talepli bir davada, boşanmaya hükmetmeyip ayrılık kararı verebilir ya da boşanma davasını reddedebilir. Öyle ki, dava boşanmaya ilişkin bile olsa, birlikte yaşamın kurulma, yani eşlerin barışma ihtimali öngörülürse ayrılığa karar verilebilir (TMK md. 170). Eşlerin barışma ihtimalinin hâkim tarafından mevcut olan kanıtlardan ve tarafların yapmış olduğu beyanlardan anlaşılması halinde, boşanmaya karar verilmesi hem toplum açısından hem de çocuklar açısından sağlıklı bir sonuç doğurmayacaktır. Ancak ayrılık talep edilen bir davada hâkim boşanmaya karar veremez; ayrılık talebinin (yani davanın) kabulüne veya ayrılık talebinin (yani davanın) reddine karar verebilir.

Ayrılık kurumu, mehzaz İsviçre’de de kabul görmüştür⁵⁹². Kurumun o hukuk sistemi bakımından kabul görmesinin saiki, daha çok dini düşüncelerden kaynaklanır. Zira Katolik Hukuku’nda boşanma kurumunun benimsenmemiş olması bu hususta özellikle belirleyici olmuştur⁵⁹³.

Boşanma ve ayrılık için aranan nedenler birbiriyle aynıdır. Hâkim ayrılık kararı verirken, boşanma için aranan sebeplerin bulunup bulunmadığını araştırmalıdır. Medeni Kanunumuzda ayrılık sebepleri diye ayrı bir başlık mevcut değildir. Bu iki kurumun sebepleri aynı olup, yarattığı sonuçlar birbirinden farklıdır⁵⁹⁴.

Boşanma ile evlilik kurumu ortadan kalkarken, ayrılık, eşlerin birlikte yaşamlarını geçici olarak tatil eder; bu süreç içerisinde eşler ayrı yerleşim yeri edinebilirler. Medeni Kanunumuz ayrılığı belirli bir süre ile sınırlamıştır. Buna göre, ayrılığa bir yıldan üç yıla kadar bir süre için hükmedilebilir (TMK md. 171). Bu sürenin miktarının takdiri hâkime bırakılmıştır⁵⁹⁵. Eşler ayrılığı talep etmişlerse bu davadan rücu etmeleri mümkündür.

⁵⁹² Hammer-Feldges, Marianne/Schnyder, Franziska: “Trennung und Scheidung im Alter: Eine Wiederbelebung von Art. 117 ZGB?”, FamPRA 2013, s. 867-883 (868).

⁵⁹³ Bkz.: Akıntürk/Ateş, s. 275; Velidedeoğlu, s. 189; Yakım, Bahar: Türk İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Ayrılık Müessesesi Üzerinde Bir İnceleme, AD, S. 8, (1947), s. 777-787; Tutulmuş, s. 401; Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 282; Burcuoğlu, Haluk: ”Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu”, Bülent Davran’a Armağan, (İstanbul, 1998), s. 59; Tahir, Kemal: “Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde Yeni Eğilimler”, AÜHF Ellinci Yıl Armağanı, C. II, Boşanma Hukuku Haftası, (Ankara, 1977), s. 2; Petek, Hasan: “Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları”, İzmir Barosu Dergisi, 2000/3, (2000), s. 15; Öztan, s. 637; Oğuzman/Dural, s. 133.

⁵⁹⁴ Akıntürk/Ateş, s. 275.

⁵⁹⁵ Bu sürenin sonunda eşler evlilik birliğinden doğan birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmemeye devam ederse, hâkim boşanmaya karar verebilir. Bu cümleden olmak üzere karşı, Akıntürk/Ateş, s. 275; Öztan, s. 710; Öztürk, s. 51; Velidedeoğlu, s. 124; Ayan, Evlilik Birliğinin

Yine, boşanmayı talep etmiş olan eşler bu taleplerinin ayrılığa çevrilmesini isteyebilirler⁵⁹⁶. Eşlerden biri ayrılık talebinde bulunmuşsa, bu talebini kural olarak genişletemez veya değiştiremez. Ancak bu eş yargılama sürerken bir defaya mahsus olarak kullanılabilen ıslah hakkını kullanarak talebini değiştirip boşanma talebinde bulunabilir (HMK md. 178 vd.). Islah kurumundan istifade eden davacı eş, bir defaya mahsus olarak ayrılık talebini değiştirip boşanma talep edebilir. Her ne kadar boşanma ya da ayrılık yargılamalarında kısmen de olsa re'sen araştırma ilkesi işlerlik kazansa da, bu tür yargılamalarda işlerlik kazanan bu ilke, taraflarca ileri sürülen boşanma ve ayrılık sebeplerinin mevcut olup olmaması ile ilgilidir. Dolayısıyla ayrılık ya da boşanma davalarında taraflar yönünden re'sen araştırma ilkesi geçerli olmayıp, tarafların bu yargılamada ileri sürdükleri vakıalar, iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağına tâbidir. Davanın değiştirilmesi veya genişletilmesi yasağı taraflarca ileri sürülen vakıaları kapsamakla birlikte, aynı zamanda talep sonucunun genişletilmesini de kapsar. Başka bir ifadeyle, ayrılık davası açan bir eşin tasarruf ilkesi gereği yargılama esnasında talep sonucunu boşanma yönünde değiştirmesi halinde ıslah hakkını kullanması gerekir.

Ayrılık kararıyla birlikte eşlerin kişisel konumlarında bir farklılık oluşmaz. Tek farklılık, eşlerin birbirlerinden ayrı yaşama hakkını elde etmiş olmalarıdır. Kadın, evlilikle beraber kazanmış olduğu soyadını taşımaya devam eder; birlikte yaşama haricinde evlilik kurumunun kendilerine yüklemiş olduğu yükümlülükler devam eder. Örneğin; sadakat yükümlülüğü her iki eş için de devam eder. Evlilik birliği devam ederken doğan çocuklar “evlilik içi çocuk” konumundadır. Ayrılık kararı verildikten sonra, eşlerden birinin ölmesi söz konusu olursa, diğer eş yasal mirasçı statüsünü korumaya devam eder⁵⁹⁷.

Ayrılık süresinin bitiminde eşler için iki olasılık vardır: Bu süre ya eşlerin barışmasına vesile olur ya da boşanma gerçekleşir. Medeni Kanunumuzun 170. maddesinin aksi kararlaştırılamaz; yani bu hüküm emredicidir. Ayrılık kararının hâkim tarafından bir kere verilebileceği doktrinde ifade edilmiş olup bunun bir kanuni dayanağı olmasa da bu görüşe katılıyoruz. Maksat aile birliğini korumak olsa da, evliliğin devam etmesi taraflar için çekilmez bir hal almışsa bu kurumun devamına tarafları zorlamanın

Korunması, s. 249; *Yalçınkaya, Namık/Kaleli, Şakir*: Boşanma Hukuku, Cilt I-II, (3444 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerle Birlikte İlaveli İkinci Bası, Ankara, 1988), s. 1455.

⁵⁹⁶ *Öztañ*, s. 707.

⁵⁹⁷ *Akıntürk*, s. 276; *Öztañ*, s. 708.

doğru olmayacağı düşüncesindeyiz⁵⁹⁸. Ayrılık kararı verilmesi durumunda, çocuk ile ilişkilerin ne şekilde düzenleneceği ve verilecek olan katılım (iştirak) nafakasının miktarını hâkim takdir edecektir.

Ayrılık kararı verilmesi üzerine, eşler bakımından hangi tedbirlerin uygulanacağına ilişkin herhangi bir açık düzenleme bulunmamaktadır. Bu noktada kanunda boşluk olduğunu kabul etmek gerekir. Bu boşluğun boşanmaya ilişkin hükümlerle mi, yoksa evlilik birliğini koruyucu hükümlerle mi doldurulacağı ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüşe⁵⁹⁹ göre, henüz bir boşanma söz konusu olmadığı için, ayrılık kararından sonra eşler bakımından uygulanacak tedbirler için evlilik birliğini koruyucu hükümlerin kıyasen uygulanması gerekir. Keza, uygulama da bu yöndedir⁶⁰⁰.

Ayrılık halinde evlilik birliği devam ettiği için eşler ayrı yaşıyor olsa da, birliğe katkıya devam edeceklerdir. Bu noktada esas alınacak olan hüküm ise Medeni Kanunumuzun 186. maddesinin üçüncü fıkrasıdır. Eşlerden birinin talebi olursa indirim için TMK md. 200 kıyasen uygulama alanı bulacaktır⁶⁰¹. Buna göre hâkim, değişen koşulları gerekçe göstererek katkı miktarı hususunda değişiklik yapabilecek; onu azaltabilecek ve gerektiğinde bütünüyle kaldırabilecektir.

Hâkim ayrılık kararıyla birlikte, sadece çocuklarla ilgili hükümleri re'sen düzenlemekle yükümlüdür. Ayrılığın fer'isi olan diğer sonuçlar bakımından, TMK'nın 184/b.5 gereğince, tarafların bu husustaki anlaşmalarının hâkim tarafından onayı aranır. Ayrılık kararı uyarınca ayrı yaşayan eşlerden hangisinin ortak konutta yaşayacağı ve ev eşyasından kimin yararlanacağı problemi TMK md. 197/II hükmü çerçevesinde çözülür.

⁵⁹⁸ Berki, s. 135 vd.; Öztan, s. 711.

⁵⁹⁹ Öztan, s. ; 712

⁶⁰⁰ Karş; Öztan, s. 712. Buna göre, TMK md. 185/III hükmü uyarınca eşlerin sadakat yükümlülüğü devam etmektedir. Borçlulara ilişkin önlemler (TMK md. 188) ve tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin önlemler ayrılık esnasında kıyasen uygulama alanı bulur. Medeni Kanunumuzun 180. maddesinde, hangi mal rejiminin yürürlüğe gireceğine ya da eşlerin bu değişikliği talep etmesi halinde hâkimin bu taleple bağlı olup olmayacağına ilişkin bir açıklık yoktur. Eşlerin birlikte yaşama ara vermeleri halinde hâkimin eşlerden birinin talebi üzerine malların yönetimine ilişkin tedbirler alma yetkisi varsa; ayrılık halinde de eşlerden birinin talebi üzerine yine bu yetkiye sahip olması gerekir. Ayrıca evlilik birliği devam ederken verilmiş bir ayrılık kararı neticesinde eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğünün sona ermesi olağanüstü bir durumdur ve bu halde TMK md. 206 kıyasen uygulanarak mal ayrılığı rejimine geçiş de söz konusu olabilmelidir.

⁶⁰¹ Öztan, s. 713.

Ayrılık süresince evlilik sona ermediği için aile konutuyla ilgili düzenlemeler geçerliliğini korur⁶⁰².

3. Ergin Olmayan Kişilerin Evlenmeleri Halinde Ergin Kılınmaları

Tam ehliyetli kimseler hiç kimsenin iznini almadan evlilik birliğini kurabilirler. Bir kimse, evlenme akdini gerçekleştirebilmek için öncelikle evlenme ehliyetine sahip olmalıdır. Evlenme ehliyeti ise, fiil ehliyetine paralel bir ehliyet olmasına rağmen, genel fiil ehliyetinden kısmen de olsa farklıdır.

Fiil ehliyetine sahip olan kişiler, ayırt etme gücüne sahip, kısıtlı olmayan ve ergin kimselerdir⁶⁰³. Evlenme ehliyeti bakımından ise, ayırt etme gücüne sahip olma ve kısıtlı olmama yanında, 18 yaşın doldurulmuş olması şartı aranır⁶⁰⁴. Medeni Kanunumuzun 124. maddesi, evlenme yaşını hem kadın hem erkek için on yedi olarak belirlemiştir. Fakat olağanüstü bir durumun söz konusu olması halinde aranan evlenme yaşı, hem kadın hem erkek için on altı yaşın doldurulması ile gerçekleşir. Bununla birlikte, on sekiz yaşını doldurmuş olmak yasal temsilcinin iznine ihtiyaç duymadan evlenebilmek için zorunludur. Bundan dolayı, on yedi yaşını doldurmuş bir kimsenin tam evlenme ehliyetine sahip olduğu söylenemez. Ne var ki, TMK'nın 128. maddesi gereğince, hâkim, haklı bir sebep olmaksızın izin vermeyen yasal temsilciyi dinledikten sonra, bu konuda başvuran küçük veya kısıtlının evlenmesine izin verebilecektir.

Medeni Kanunumuzun 11. maddesinin ikinci fıkrasında; “*Evlenme kişiyi ergin kılar*” hükmüne yer verilmiştir. Bu durumda küçük, evlenme ile reşit hale gelir; velayet ve vesayetten kurtulur⁶⁰⁵.

Olağanüstü evlenme yaşı bakımından kişi, evlenebilmesi için gereken izni mahkemeden tek başına talep edebilir. Çünkü bu, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır⁶⁰⁶. Evlenme akdinin kurulması için aranan hâkim kararı, kurucu unsurdur. Hâkim kararı olmadan yapılan bir evliliğin ise, akıbetinin ne olacağı belirsizdir. Şöyle ki, evlenme şahsa sıkı surette bağlı bir haktır ve bu yönü itibarıyla temsil yasaktır. Kanaatimizce

⁶⁰² Hausheer/Reusser/Geiser, Art. 169, N. 12; Öztan, s. 714.

⁶⁰³ Öztan, s. 126; Oğuzman/Dural, s. 60; Tekinay, s. 65; Oğuzman/Öğüz/Dural, s. 49. Evlenme ehliyeti hem hak ehliyetinin hem de fiil ehliyetinin özel bir görünümüdür.

⁶⁰⁴ Kılıçoğlu, Aile Hukuku, s. 36; Dural/Öğüz/Gümüş, Aile Hukuku, s. 49; Öztan, s. 126.

⁶⁰⁵ Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, s. 147.

⁶⁰⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 51.

Evlenme ehliyetine getirilen yaş ve diğer sınırlamalar kural olarak fiil ehliyetine getirilmiş sınırlamalardır⁶⁰⁷. Ne var ki, doktrinde bir görüş fiil ehliyeti için öngörölmüş sınırlamaları bazı hukuki işlemler açısından hak ehliyeti sınırlaması olarak kabul etmektedir⁶⁰⁸. Bu görüşe göre, on altı yaşındaki bir çocuğun anılan evlenme işlemini kendisi yapamayacağı gibi kanuni temsilci aracılığıyla da yapması mümkün değildir. Hak ehliyeti olmayan birisinin yaptığı işlemin yoklukla geçersiz olması doğaldır. Bu görüş kabul edilecek olursa, yokluk görüşünün kabul edilmesi ilk bakışta ağır bir yaptırımın kabul edilmesi anlamına gelir. Zira, TMK md. 8 ve md. 28 birlikte ele alındığında, insan olan herkesin hak ehliyeti vardır; hatta ana rahmine düşen ceninin bile sağ doğmak kaydıyla hak ehliyeti bulunmaktadır. Burada, sadece evlenme bakımından bir hukuki problem vardır evlenme bakımından hak ehliyetinin olup olmadığı tartışılabilir. Ne var ki bu tartışmalar konumuzun dışında kalmaktadır. Küçüğün hak ehliyeti olmadığını kabul etmemiz halinde on altı yaşını doldurmuş bir kimsenin anne ve babasının rızası ile dahi olsa evlenebilmesi imkân dahilinde değildir. Bu görüş, kaçınılmaz olarak, bazen hakkaniyet düşüncesini zedeleyebilecektir. Örneğin, on altı yaşında bir kız çocuğunun hamile kaldığı ve buna rağmen hâkimin izni olmadan evlendiği bir ihtimalde bu evliliğin yok sayılması, o çocuğun bir yıl sonra anne babasının izni ile evlenebileceği gerçeği karşısında düşündürücüdür. Ancak, aksinin kabulü de, özellikle küçük yaşta evliliklerin yolunu açabilecek ve hâkim iznini aramaya yönelik düzenlemenin bütünüyle anlamsızlaşmasına yol açabilecektir. Bu evliliklerin mutlak butlanla sakat olduğunu da düşünemeyiz. Çünkü mutlak butlan halleri TMK md. 145'te sınırlı sayı ilkesine tabi olarak düzenlenmiştir. Yine bu durum nispi butlan hallerinden de sayılamayacaktır. Nitekim, yasal temsilcinin küçüğün evliliği için izninin sadece on yedi yaşa ilişkin olarak aranılacağı kanunda açıkça ifade edilmiştir. Nispi butlan halleri göz önüne alındığında “*yasal temsilcinin izninin bulunmaması*” hükmü, on altı yaşında olup hakimin iznini almadan evlenmiş küçükler için uygulanamayacaktır⁶⁰⁹. Bu durumda TMK md. 153 hükmünün kıyasen uygulanmasının veya bu tarz evliliklerin geçerli kabul edilmesinin gerektiği ileri sürülebilir. Bu hüküm

⁶⁰⁷ Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2020, s.42.,dnp.106'da gösterilmiş yazarlar.

⁶⁰⁸ Her ne kadar hak ve fiil ehliyeti arasında bir ayırım yapılması gerekse de, belirli bir hakka ilişkin hususlarda hak ve fiil ehliyeti için aranan şartların birbirinin aynı olduğu görölmektedir. Bkz; Dural/Öğüz/Gümüş, Kişiler Hukuku, s.42.

⁶⁰⁹ Çelik, s.223.

de evlilik birliğini korumaya yöneliktir ve başka birinin izni olmadan evlilik birliğinin kurulabilmesi için getirilmiştir⁶¹⁰. Bununla birlikte, bu tür durumlarda evlilik birliğinin korunması yönünden inceleme yapılırken çocuğun yüksek yararı birinci planda gözetilmelidir. Diğer bir ifadeyle, on altı yaşını doldurmuş ve fakat sonrasında hâkim kararı olmadan evlenmiş olan kişilerin evliliklerinin geçerliliğiyle ilgili bir davada, TMK md. 153 hükmü, verilecek kararın çocuk üzerindeki olumlu veya olumsuz bütün etkileri araştırılarak ele alınmalıdır.⁶¹¹ Söz konusu kişi evlilikten önce hamile kalmışsa, bu evlilik için de yine çocuğun yüksek yararı gözetilerek bir sonuca ulaşılmalıdır. Hâkim burada çocuğun menfaatinin ve somut olaydaki hamilelik durumunu gözeterek, evliliğin geçerliliğini ve akıbetini belirlemelidir. Yapılacak değerlendirme sonucunda bu tür bir evliliğin iptaline karar verilebileceği gibi geçerli bir evliliğin tüm hüküm ve sonuçlarını doğurmasına da karar verilebilir. Burada önemli olan, çocuğun yüksek yararının öncelenip öncelenmediği, ayrıca doğacak çocuğun haklarının ve soybağı durumunun titizlikle incelenip incelenmediğidir⁶¹². Böylelikle ülkemizde yaygın olarak görülen çocuk istismarı ve çocuk yaşta evlilikler konusunda da caydırıcı ve çocuk haklarını önceleyen bir sistem oluşacaktır. Zira çocuğun korunması kamu düzeni ve toplumun huzuruyla ilgili olup evlilik birliğinin ayakta tutulması; aynı zamanda çocuğun gerçek anlamda korunabilmesinin sağlanması bakımından son derece önemlidir.⁶¹³ Bu noktada tarafların eğitim durumlarının dikkate alınması da oldukça önemlidir. Özellikle küçük yaşta evlendirilmeye çalışılarak mağdur edilen çocuk yaştaki kişilerin, sosyal konularda Devlet tarafından yürütülecek olan kapsamlı bir eğitim programına tâbi tutulması ve bu hususta bilinçlendirilmesi gerekir. Burada Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı'nın bünyesinde gereki kamusal birimlerin oluşturulması elzemdir. Böylelikle çocuk yaştaki kişilerin eğitim seviyeleri arttırılarak, olası hamilelik gibi istenmeyen ve mağduriyete sebebiyet veren durumlarla karşılaşma ihtimalinin önüne geçilmiş olacaktır.

⁶¹⁰ Dural/Öğüz/Gümü, Aile hukuku s. 51.

⁶¹¹ Ayrıca bkz. Çocuk Hakları Komitesi'nin çocuğun yüksek yararının birinci planda dikkate alınması hakkı ile ilgili 14 No.lu Genel Yorumu, CRC/C/GC/14, https://insanhaklarizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=738 (E.T. 09.06.2022).

⁶¹² Tekinay, s. 72.

⁶¹³ Bu konuyla ilgili ayrıca bkz. Tekinay, s.73

II. 6284 SAYILI KANUNDA EV İÇİ ŞİDDET İLE KADINA YÖNELİK ŞİDDETİN ÖNLENMESİ

A. Genel Olarak

Önceki başlıklarda detaylarıyla ele alındığı gibi, evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine karşı bazı sorumlulukları vardır. Bu sorumlulukların hukuk kurallarıyla detaylı olarak düzenlenmiş olmasının amacı, evlilik birliğinde olması gereken asgari huzur, güven ve sadakatin sürdürülebilirliğini sağlamaktır. Fakat ne yazık ki, ülkemizde ev içi şiddet, söz konusu huzur ve güven ortamını temelinden sarsan, dahası aile düzeyinden çıkarak toplumsal düzeye ulaşan en önemli sorunlardan biridir. Sivil toplum kuruluşlarının verilerine göre, yalnızca 2020 yılında 300 kadın öldürülmüştür. Bu kadınların 97'si eşi tarafından, 21'i eski eşi tarafından, 54'ü birlikte olduğu erkek tarafından, 17'si babası tarafından öldürülmüştür⁶¹⁴. Kadın cinayetlerinde tespit edilebilen faillerin yarısından fazlası aile üyesi sıfatına sahiptir⁶¹⁵.

Ailenin korunması için, şüphesiz, şiddetten yalnızca kadının korunması yeterli değildir. Kocanın, kız veya erkek çocuklar gibi diğer aile bireylerinin de ev içi şiddetten korunması, devletin temel görevidir. Bu sorun yalnızca Türkiye'ye özgü de olmadığından, devletler bu sorunun önlenmesi için uluslararası düzeyde bir çözüm yolu arayışına girmiştir.

İstanbul Sözleşmesi, uluslararası düzeyde, spesifik olarak kadına karşı şiddet ve ev içi şiddet konularında bağlayıcılığa ve denetim mekanizmasına sahip tek belgedir. Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin ve Avrupa Birliği'nin imzasına açılmış olan Sözleşme, Türkiye açısından 1 Ağustos 2014 tarihinde yürürlüğe girmiş ve yaklaşık yedi yıl yürürlükte kalmıştır⁶¹⁶. Türkiye, 19 Mart 2021 tarihli ve 3718 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı'yla İstanbul Sözleşmesi'ni feshetmiştir. Bu karar sonucunda Türkiye, 1 Temmuz 2021 itibarıyla Sözleşme'ye artık taraf değildir. Fakat bu Sözleşme esas alınarak çıkarılan 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Karşı Şiddetin

⁶¹⁴“Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu 2020 Veri Raporu, <http://kadincinayetlerini-durduracagiz.net/veriler/2947/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2020-raporu> (E.T. 17.09.2021)”. İleride de değinileceği üzere, bu alanda devlet kurumları tarafından istatistiksel izleme yapılmadığından, bu çalışmada sivil toplum kuruluşlarının verileri referans gösterilmiştir.

⁶¹⁵ Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu 2020 Veri Raporu.

⁶¹⁶ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210> (Erişim tarihi: 29.07.2018).

Önlenmesine Dair Kanun ("6284 sayılı Kanun") hala yürürlüktedir. Feshedilmiş olması nedeniyle bu çalışma kapsamında İstanbul Sözleşmesi'ne yer verilmeyecek; bununla birlikte 6284 Sayılı Kanunla getirilen düzenlemeler, çalışmamızla ilgili olduğu ölçüde incelenecektir.

B. 6284 sayılı Kanunla Getirilen Düzenlemeler

Türkiye'de ev içi şiddet ile kadına yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla, ilk olarak 1998 yılında 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun kabul edilmiştir⁶¹⁷. Kanunda yer alan birtakım eksiklikler ise, 2007 yılında kabul edilen 5636 sayılı Kanunla giderilmeye çalışılmıştır⁶¹⁸. Buna rağmen, kanunun kapsamı ve uygulanmasından doğan sorunlar nedeniyle, 8 Mart 2012 tarihinde 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kabul edilmiştir⁶¹⁹.

Mülga 4320 sayılı Kanun yerine kabul edilen 6284 sayılı Kanun'un amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların,

⁶¹⁷ Kanun eksiklikler içerse de yürürlüğe konulduğu dönem itibarıyla oldukça önemli bir gelişme olarak yorumlanmaktadır. Kanun, hukuken geçerli evlilik bağı olan kadını eşin şiddetinden koruma amacını taşımaktaydı. *Moroğlu, Nazan*: "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı Yasa ve İstanbul Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 99, 2012, s. 357-380, s. 371; *Öztürk, Necla*: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8 S. 1, 2017, s. 1-32; s. 4; *Yağcıoğlu, Ali Haydar*: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 913-966, s. 917). Kanun şiddet mağduru bütün kadınları kapsamamıştır (*Günay, Mehmet*: "6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", TAAD, S. 10, 2012, s. 646-686, s. 652; *Moroğlu*, s. 372; *Özdemir, Hayrunnisa*: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Değerlendirilmesi", Sosyal Bilimler Dergisi, S. 1, 2013, s. 45-63, s. 47; *Öztürk*, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", s. 4; *Şener, Ülker*: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu, Mart 2012, s. 2).

⁶¹⁸ *Günay*, s. 649; *Öztürk*, s. 4; *Ceylan, Ebru*: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a göre Kanun Kapsamına Girenlerin Korunmasıyla İlgili Değerlendirmeler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 91 S. 1, (2017), s. 15-29, s. 15-16; *Yağcıoğlu*, s. 916-917. Kanunun birçok eksikliği bu değişikliklerle giderilmiştir. Örneğin; şiddet uygulayan kişi hakkında uygulanacak tedbirlere ilişkin hükümde, tedbir uygulanacak kişilerin kapsamı kanunun önceki halinde "kusurlu eş" ile sınırlı tutulmuştu. 5636 sayılı Kanun ile buna "diğer aile bireyleri" ibaresi de eklenerek kapsam genişletilmiştir (*Moroğlu*, s. 371; *Yağcıoğlu*, s. 917). Ayrıca 2008 yılında Kanunun uygulanması için bir yönetmelik çıkarılmıştır.

⁶¹⁹ Esasen 4320 sayılı Kanunda değişiklik yapılmak istenmiş; fakat daha sonra kurulan Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı, Kadın ve Aile Bireylerinin Şiddetten Korunmasına Dair Kanun Tasarısı'nı hazırlatmış, çeşitli sivil toplum kuruluşlarının görüşleri alınmış ve 8 Mart 2012 tarihinde metin kanunlaşmıştır (*Günay*, s. 649-650; *Moroğlu*, s. 374; *Şener*, s. 2; *Öztürk*, "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", s. 5).

erkeklerin, aslında bütün aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ile bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usul ve esasların düzenlenmesidir (6284 Sayılı Kanun md. 1/I). Kanunun amaçları arasında eşler arası şiddetin önlenmesi sayıldığından, kanunun evlilik birliğini koruyucu bir yönünün bulunduğu açıktır.

1. Kanunun Kapsamı

6284 sayılı Kanun, kişi bakımından, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınları, çocukları, aile bireylerini ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişileri kapsamaktadır (6284 Sayılı Kanun md. 1). Cinsiyet, medeni durum veya vatandaşlık gibi bir ayırım söz konusu olmayıp, mağdur kapsamı oldukça geniş tutulmuştur⁶²⁰. Kanunda kadına yönelik şiddet ibaresinin yanı sıra “aile içi şiddet” kavramı yerine, bundan daha kapsayıcı nitelikteki “ev içi şiddet” kavramı kullanılmıştır⁶²¹.

6284 Sayılı Kanun’un düzenlemesine göre şiddet, yalnızca fiziksel şiddetten ibaret olmayıp, psikolojik, cinsel, sözlü ve ekonomik şiddeti de kapsamaktadır⁶²². Ev içi şiddet ise, “*şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddet*” olarak tanımlanmış olup, geniş bir kapsama sahiptir. Aile içi şiddetten daha geniş bir kavram olan ev içi şiddet, evlilik birliği içindeki kişilerden ibaret olmayıp; boşanmış veya ayrı yaşayan eşleri, aile mensubu sayılan diğer kişileri, cinsiyet ve cinsel yönelim farkı gözetmeksizin evli olmayıp birlikte yaşayanları da kapsamaktadır⁶²³. Dolayısıyla ev içi şiddet kapsamında Kanunun erkeği de koruduğu gözlemlenmektedir.

⁶²⁰ Öztürk, s. 6; Günay, s. 654-655; Özdemir, s. 47; Uğur, s. 336; Şener, s. 2; Yağcıoğlu, s. 918; Aydın Ünver Tülay, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadın’a Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’a Göre İsrarlı Takip Kavramı, Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, (İstanbul, 2020), s. 704

⁶²¹ Zira 4320 sayılı Kanun yalnızca hukuken geçerli evliliklerde kadını korumaktaydı.

⁶²² Yağcıoğlu, s. 919; Ceylan, s. 20. Cinsel şiddet çoğu defa fiziksel şiddet de içerir. Bu şiddet türlerine dair örneklemeler için bkz. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, s. 7-8.

⁶²³ Öztürk, s. 20-21; Uğur, s. 346-347; Yağcıoğlu, s. 921. Şiddet, cinsiyet fark etmeksizin eşler, sevgililik ilişkisi içindekiler, dini nikahlılar vb. arasında, çocuk ile ebeveyn arasında, çocuklar arasında ya da aynı haneyi paylaşmayan aile bireyleri, aynı haneyi paylaşan ev arkadaşları vb. arasında olabilir (Günay, s. 655; Uğur, s. 348; Yağcıoğlu, s. 921-926). Bir görüşe göre şiddetin devamlılık arz etmesi gerekir; ani

6284 Sayılı Kanun'da şiddet uygulayanlar için önleyici, şiddet mağdurları için ise koruyucu tedbirler olmak üzere ikili bir ayırıma yer verilmiştir. Bu tedbirlere başvurabilecek kişilerin tespiti için kavramların nasıl tanımlandığı açıklanmalıdır. Şiddet uygulayan kavramı, “*bu Kanunda şiddet olarak tanımlanan tutum ve davranışları uygulayan veya uygulama tehlikesi bulunan kişileri*” kapsamaktadır. Yalnızca şiddet uygulamış eşler yerine, şiddet uygulama tehlikesi bulunan eşlerin de kapsama alınması isabetli bir yaklaşımdır⁶²⁴. Aynı doğrultuda, şiddet mağduru da “*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 kişiler*” olarak tanımlanmıştır. Dolayısıyla şiddet mağduru kavramı karı ve koca ayırımı yapmadan, her ikisini de kapsamaktadır.

Çalışmamız evlilik birliğinin korunması konusuna özgü olduğundan, her ne kadar 6284 sayılı Kanun'un kişi bakımından koruma alanı daha geniş olsa da, biz bu kanuna ilişkin incelememizi evlilik birliğinin korunması özelinde yapacağız.

2. Mülki Amir Tarafından Verilecek Koruyucu Tedbir Kararları

Şiddetle veya şiddet tehlikesiyle karşı karşıya olan kişiler için mülkî idarî amirler bazı tedbirler almaya yetkilidir. Bu tedbirler arasında en dikkat çeken, hayatî tehlikenin varlığı halinde, şiddet mağduru için verilebilecek geçici koruma kararıdır⁶²⁵. Bunun yanı sıra mülki amir, mağdur eşe ve çocuklarına yönelik barınma yeri⁶²⁶, maddi

gelişen şiddet olayları bu kapsamda sayılmaz (Özdemir, s. 48). Kanaatimizce kanunda bir daraltmaya girilmediğinden bu görüşe katılmak mümkün görünmemektedir.

⁶²⁴ Aynı yönde bkz. Moroğlu, s. 375; Şener, s. 3; Öztürk, s. 7.

⁶²⁵ 6284 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 10/III (ç) bendinde yer alan geçici koruma altına alma tedbirine karar verilebilmesi için şiddet mağdurunun hayati tehlikesinin bulunması şarttır. Buna ilişkin risk değerlendirmesi hakkında pozitif hukukumuzda objektif ölçütler yoktur. Dolayısıyla mülki amir her somut olayın özelliklerine göre bu tehlikenin varlığını ve alınması gereken somut önlemi takdir edecektir. Uygulanacak koruma tedbirleri ise Cumhuriyet Başsavcılıkları ve Mahkemelerce Alınacak Tanık Koruma Tedbirlerine İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelikte bulunan fiziki koruma tedbirlerinden yola çıkılarak belirlenecektir “6284 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 10/III”.

⁶²⁶ Barınma yeri sağlanması tedbirine karar verilen mağdurlar Aile, Çalışma ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı bünyesindeki veya gözetimindeki yerlere yerleştirilebilirler. Uygulama Yönetmeliği'nin 7. maddesinde barınma tedbirinin uygulanmasının detaylarına yer verilmiştir. Buna göre haklarında bu tedbire karar verilen kişiler, Bakanlığa ait veya Bakanlığın gözetim ve denetimi altındaki yerlerde barındırılır. Barınma yerlerinin yetersizliği halinde ise, diğer kamu kurum ve kuruluşlarına ait yerlerde geçici olarak barındırılır “6284 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 7/I”. Bu geçici barınmanın giderleri şiddeti önleme ve izleme merkezleri (ŞÖNİM) tarafından karşılanır “6284 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 7/II”. Daha sonra ŞÖNİM, kişinin talebini de dikkate alarak kişinin

yardım⁶²⁷, psikolojik destek⁶²⁸, kreş desteği gibi yardımlara da karar verebilir. Örneğin, tartıştığı eşi tarafından öldürülmekle tehdit edilen diğer eş, mülki idari amire başvurarak kendisine geçici koruma ve barınma yeri sağlanmasını talep edebilir.

Söz konusu tedbirler sınırlı sayı ilkesine tabi değildir. Zira 6284 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, söz konusu tedbirlerden birine, birkaçına veya uygun görülecek benzer tedbirlere de karar verilebileceği açıkça düzenlenmiştir. Tedbir kararları şiddet mağduru aile üyesinin talebiyle veya re'sen verilebilmektedir. Ek olarak, maddenin ikinci fıkrasında, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde kolluk amirlerine de bu tedbire karar verme yetkisinin tanınması olumlu bir düzenleme olmuştur⁶²⁹. Böylelikle, örneğin, eşinden şiddet gören bir kişi, söz konusu tedbir talepleri için, kendisinden uzakta bulunan bir valilik binasına gitmek zorunda olmayıp, en yakınındaki polis merkezine de başvurabilir.

yerleşeceği yeri belirler. Kişinin hayati tehlikesinin bulunması halinde yerleştirme işlemlerine kolluk güçleri refakat eder "6284 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 7/III".

⁶²⁷ Geçici maddi yardım ile, maddi yardıma muhtaç kişilerin geçimini sağlaması ve ekonomik şiddetin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır (Günay, s. 661; Öztürk, s. 10). Söz konusu karar derhal ŞÖNİM'e gönderilir "6284 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 8/II". Bu tedbir kapsamında on altı yaşından büyükler için asgari ücret tutarının otuzda biri tutarında, her ilave kişi için bu tutarın yüzde yirmisi oranında ek günlük ödeme yapılır "6284 Sayılı Kanun Uygulama Yönetmeliği md. 8/III ve md. 8/IV".

⁶²⁸ Rehberlik ve danışmanlık hizmetinin sağlanması bir yandan şiddetin eş üzerinde yarattığı psikolojik tahribatın azaltılmasına ve giderilmesine, diğer yandan da kişinin topluma kazandırılmasına yöneliktir (Günay, s. 661; Öztürk, s. 10-11).

⁶²⁹ Bununla birlikte, kolluk amirinin aldığı tedbir, en geç ertesi iş günü mülki idari amirin onayına sunulur ve amir tarafından 48 saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkar. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerin ne olduğuna ilişkin olarak 6284 sayılı Kanun'da bir açıklama getirilmemiş, bu husus alt düzenleyici işlemlerle açıklığa kavuşturulmuştur. Gecikmesinde sakınca bulunan haller için ilk olarak Bakanlığın 2012/13 sayılı Genelgesinde "derhal işlem yapılmaması halinde mağdurun hayatının tehlikeye girmesi, suç işlenmesinin önlenememesi ve mülki amirden karar almak için vakit bulunmaması" halleri sayılmıştır "Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü'nün B.17.KSM.0.11. 401-100 sayılı "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Uygulanması" konulu Genelgesi". Bu ifade daha sonra 2013 yılında yürürlüğe giren 6284 Sayılı Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği'nin "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinin (c) bendinde tanımlanmıştır. Buna göre gecikmesinde sakınca bulunan hal, "kolluk tarafından yapılacak tahkikat ve risk değerlendirilmesi sonucunda, derhal işlem yapılmadığı takdirde, şiddet eyleminin önlenememesi, kişinin can güvenliği, hak ve hürriyetlerinin korunmasının tehlikeye girmesi, korunan kişinin zarar görmesi, şiddet eyleminin iz, eser, emare ve delillerinin kaybolması, şiddet uygulayanın kaçması veya kimliğinin tespit edilememesi gibi ihtimallerin ortaya çıkması ve re'sen veya ilgilinin talebi üzerine mülki amirden ya da hâkimden karar almak için yeterince vakit bulunamaması halini" ifade eder.

3. Hâkim Tarafından Verilebilecek Koruyucu ve Önleyici Tedbir Kararları

Şiddet uygulayan ve uygulama tehlikesi bulunan eşle ilgili olarak, 6284 sayılı Kanun'un 4. ve 5. maddeleri uyarınca hâkim, bazı koruyucu ve önleyici tedbirlere başvurabilir.

Koruyucu tedbirler 4. maddede örnek kabilinden sayılmıştır. Dolayısıyla hakim, maddede sayılanlar dışında bir tedbire de hükmedebilir. Bu tedbirler arasında mağdur eşin işyerinin değiştirilmesi, kendisi için ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi, tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması, hayati tehlike halinde kimlik bilgilerinin değiştirilmesi yer almaktadır.

6284 Sayılı Kanun'da hâkim tarafından karar verilebilecek önleyici tedbirler, koruyucu tedbirlerde olduğu gibi, örnek kabilinden sayılmıştır. Bu tedbirler arasında, şiddet uygulayan eşin belli söz ve davranışlarda bulunmaması için uyarılması; müşterek konuttan veya bulunduğu yerden uzaklaştırılması ile müşterek konutun mağdur eşe veya çocuğa tahsis edilmesi; şiddet uygulayan eşin mağdur eşin veya çocuğun bulunduğu konuta, okula ve işyerine yaklaşmamasına karar verilmesi; çocuklarla kişisel ilişkinin sınırlandırılması veya kaldırılması; şiddet uygulayan eşin "korunan kişinin eşyaları ile ev eşyalarına" zarar vermemesi; şiddet uygulayanın varsa silahlarının teslim alınması, psikolojik tedaviye sevk edilmesi tedbirleri yer almaktadır. Bu tedbirlerin birine veya birkaçına veya benzerlerine karar vermek hâkimin takdirindedir.

Öte yandan, hâkimin, “5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda” yer alan tedbirler⁶³⁰ ile Türk Medeni Kanunu'nda yer alan velayet, kayyım, nafaka ve kişisel ilişki kurulmasına dair tedbirlere de karar verme yetkisi bulunmaktadır⁶³¹. Ayrıca,

⁶³⁰ ÇKK kapsamında koruyucu ve destekleyici tedbirler söz konusudur. ÇKK kapsamındaki tedbirlere kural olarak çocuk hâkimi karar verir. Ancak 6284 sayılı Kanunla bu yetki aile hâkimine de tanınmıştır. Söz konusu tedbirler ÇKK'nin 5. maddesinin birinci fıkrasında yer almaktadır.

⁶³¹ Günay, s. 670. Süresiz nafaka kararı verilemeyeceği hakkında bkz. “[...] 6284 sayılı Kanun kapsamında düzenlenen nafakanın aynı Kanun'un 5. ve 18. maddelerine göre aile hâkimi tarafından verilecek önleyici bir tedbir kararı niteliği taşıdığı anlaşılmaktadır. Nitekim bu Kanun'un 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasına göre tedbir kararı en çok altı ay için verilebilmektedir. Dolayısıyla söz konusu Kanun hükümlerinin başvurunun talep ettiği gibi süresiz olarak nafaka verilmesini sağlamadığı açıktır [...]” AYM, S. B. başvurusu, “Başvuru No. 2014/5783, 20.12.2017, para. 37. Karar için bkz. Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, E.T. 12.10.2020”. Nafakaya ilişkin koşullar hakkında bkz. Saraçoğlu, Simge: “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin

şiddet uygulayan kişinin aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan veya katkıda bulunan kişi olması halinde hâkim, Türk Medeni Kanunu çerçevesinde nafakaya hükmedilmemiş ise, ekonomik yönden mağduriyeti önlemek amacıyla re'sen tedbir nafakasına da hükmedebilir⁶³². Örneğin; eş, çocuğun tanık olacağı bir ortamda diğer eş silahla yaralamışsa, hâkim, şiddet doğrudan çocuğa yönelmemiş olsa da, hem müşterek konuttan uzaklaştırmaya hem de çocukla kişisel ilişkinin sınırlandırılmasına karar verebilmelidir. Bu örnekte uzaklaştırma kararı her ne kadar çocukla ilişkiyi kendiliğinden sınırlandırabilecek olsa da; şiddet uygulayan eş, şiddete yakından tanıklık etmiş olan çocukla okul, kreş gibi ev dışındaki alanlarda temas kurabileceğinden, ayrıca bu yerlerde diğer eşin de bulunma ihtimali gözetildiğinde çocukla kişisel ilişkinin sınırlandırılması makul görülebilir. Aynı örnekte, şiddet mağduru eş, şiddet olayı nedeniyle bir süre işgöremez duruma geldiyse veya işinden ayrılmak durumunda kaldıysa, bu durumda aynı kararda tedbir nafakasına da hükmedilmelidir.

Eşlerin birbirine karşılıklı şiddet iddialarının bulunması ve birbirlerine karşı tedbir talep etmeleri halinde, kanaatimizce, verilecek tedbir kararında hâkim, artık somut olayın koşullarına ve karar tarihi itibarıyla elinde bulunan delillere göre, taraflar arasında adil bir denge sağlayarak müşterek konutun ve çocuğun durumunu belirlemelidir. Böyle bir örnekte her iki eş de şiddet failiyse, hâkimin Çocuk Koruma Kanunu çerçevesinde çocuğun koruma altına alınmasına karar vermesi isabetli bir çözüm olarak değerlendirilebilir. Her iki eşin çocuğa karşı şiddet uygulaması veya istismarda bulunması hallerinde de aynı yaklaşım benimsenmelidir.

Her ne kadar bu tedbirler için hâkim kararı gerekmeğe de, 6284 Sayılı Kanun'a göre gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (a), (b), (c) ve (d) bentlerinde yer alan tedbirler, en geç kararın alındığı tarihi takip eden ilk iş günü içinde hâkim onayına sunulmak kaydıyla, ilgili kolluk amirleri tarafından da alınabilir. Bu durumda, hâkim tarafından yirmi dört saat içinde onaylanmayan tedbirler kendiliğinden kalkacaktır.

Önlenmesine Dair Yasa Kapsamında Tedbir Nafakasına Hükmedilmesinin Koşulları", Prof. Dr. İlhan Uluhan'a Armağan, C. II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 15, (2016), s. 492-499.

⁶³² *Günay*, s. 671; *Uyumaz/Akday*, s. 64; *Öztürk*, s. 18. Bu hükümler kanunda yer almasaydı dahi, özel kanun-genel kanun ilişkisinden yola çıkarak söz konusu hükümler uygulama alanı bulabilecekti. Benzer yönde bkz. *Uyumaz/Akday*, s. 64.

4. Koruyucu ve Önleyici Tedbirlerin Özellikleri

Gerek mülki idari amir tarafından, gerekse hâkim tarafından hükmedilebilen tedbirlerin ortak amacı, aile içi şiddet ile kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve şiddet mağduru veya şiddet tehdidi altındaki aile bireyleri ile kadınların ve çocukların korunmasıdır. Nitekim, şiddet mağdurunun amacı da şiddet uygulayanın etkisinden uzak olmaktır.

6284 Sayılı Kanun'da yer alan tedbirler, kendine özgü geçici hukuki koruma tedbirleridir⁶³³. Bu tedbirlerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nda yer alan tedbirlerden farkları vardır. TMK md. 161-163 hükümlerinde düzenlenen tedbirler ile doğrudan evlilik birliğinin korunması; HMK md. 389 vd. hükümlerinde düzenlenen tedbirlerde ise dava konusunun korunması amaçlanmıştır.

6284 Sayılı Kanun'da birinci amaç, evlilik birliğinin değil; şiddet mağdurunun korunmasıdır⁶³⁴. Fakat yukarıda ilgili bölümlerde de vurgulandığı üzere, kanaatimizce 6284 Sayılı Kanun'da yer alan hükümlerin iki ayrı amacı vardır. Biri şiddet mağdurunun korunması ve cinsiyete dayalı ayrımcılığın ortadan kaldırılması; diğeri ise ailenin korunmasıdır. Ailenin korunması kapsamında, 6284 Sayılı Kanun'la, evlilik birliğinin huzuru, eşler arası güven ve saygı ilişkisi korunmak istenmektedir. Kanunun bütün hükümleri ailenin korunması amacı ile uyumludur. Zira ülkede önleyici ve koruyucu tedbir kararlarının caydırıcı bir şekilde uygulanması, şiddete yönelebilecek bir eşin şiddet uygulamaktan kaçınmasını sağlayabilir ve proaktif bir işlev görebilir. Öte yandan, farkındalık artırma ve eğitim çalışmalarının orta ve uzun vadede evlilik birliğinin korunmasına hizmet edeceği de açıktır.

6284 Sayılı Kanun'da yer alan tedbirlere karşı 6284 Sayılı Kanun'un 9. maddesi çerçevesindeki itiraz yolu, Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu düzenlemelerinden farklılaşmaktadır⁶³⁵. Söz konusu tedbirlere yine Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinden farklı olarak 6284 Sayılı Kanunun 7. ve 8. maddeleri çerçevesinde ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk

⁶³³ *Günay*, s. 650; *Ceylan*, s. 21; *Yağcıoğlu*, s. 929. *Erişir*'e göre bu tedbirler geçici hukuki koruma olmayıp çekişmesiz yargı işidir (*Erişir, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2013, s. 258, s. 262-263, s. 265*).

⁶³⁴ *Günay*, s. 65; *Ceylan*, s. 21; *Yağcıoğlu*, s. 930.

⁶³⁵ *Günay*, s. 651; *Yağcıoğlu*, s. 930.

görevlileri ya da Cumhuriyet savcısının başvurusu üzerine veya re'sen verilebilir⁶³⁶. Son olarak, 6284 Sayılı Kanun kapsamındaki tedbirlere, hâkim dışında mülki idari amir veya kolluk amirleri de karar verebilirken, Türk Medeni Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu kapsamındaki tedbirlere yalnızca hâkim karar verebilir⁶³⁷. Ayrıca 6284 sayılı Kanun kapsamındaki tedbir kararları, nitelikleri gereği yalnızca acele durumlarda ve sınırlı süre için tesis edilmektedir.

C. Konunun Erkeğe Yönelik Şiddet Boyutu

Ev içi şiddet üzerine yapılan çalışmalar genel olarak kadına yönelik şiddete odaklanmaktadır. Fakat şiddetin tek taraflı algılanması konuya dair objektif ve hukuki temele sahip bir yaklaşımı engelleyebilmektedir. Bu çalışmada söz konusu tek taraflı bakış açısından kaçınılmıştır.

Erkeğe yönelik şiddet konusunda istatistiki veri eksikliği söz konusu olup, buna bu konudaki çalışmaların eksikliği de eklendiğinde erkeklere yönelik şiddetin varlığı gözardı edilebilmektedir⁶³⁸. Ancak şiddet, kim tarafından ve kime uygulanırsa uygulansın kabul edilemeyecek bir fiil olup, erkeğin de ev içi şiddet mağduru olabileceği unutulmamalıdır⁶³⁹.

Erkeğe yönelik şiddet, heteroseksüel erkeklere ve heteroseksüel olmayan erkeklere yönelik şiddet olarak ikiye ayrılabilir. Zira iki gruba yönelik şiddet; türü, nedenleri ve sonuçları itibarıyla ayrılmaktadır. Yapılan bir araştırmada, eşcinsel ve heteroseksüel erkeklerin şiddete maruz kalma oranlarının benzerlik gösterdiği; bununla birlikte şiddetin türü, derecesi, fail ve mağdur arasındaki yakınlık gibi faktörlerin farklılaştığı gözlemlenmiştir⁶⁴⁰. Heteroseksüel erkeklere şiddet uygulayanların çoğunluğu baba veya tanıdık erkekler olup, heteroseksüel olmayan erkeklere genellikle

⁶³⁶ Günay, s. 651; Ceylan, s. 25; Yağcıoğlu, s. 930.

⁶³⁷ Günay, s. 651; Yağcıoğlu, s. 930-931.

⁶³⁸ Adak, Nurşen: “Madalyonun Öteki Yüzü: Erkeğe Yönelik Şiddet”, Sosyoloji Araştırmaları Dergisi, C. 16 S. 2, (2013), s. 1-28, s. 9.

⁶³⁹ Basına yansıyan bazı vakalar için bkz. “Boşanma aşamasında kocasını bıçakla ağır yaraladı”, *Habertürk*, <https://www.haberturk.com/bosanma-asamasinda-kocasini-bicakla-agir-yaraladi-2483101> (Erişim tarihi: 16.07.2019); “Tartıştığı kocasını ekmek bıçağıyla ağır yaraladı”, *Haberler.com*, <https://www.haberler.com/tartistigi-kocasini-ekmek-bicagiyla-agir-yaraladi-12217332-haberi/> (Erişim tarihi: 06.07.2019); “Kocasını satırla yaraladı”, *Kocaeli Gazetesi*, <https://www.kocaeligazetesi.com.tr/haber/1434336/kocasini-satirla-yaraladi>, Erişim tarihi: 16.07.2019”.

⁶⁴⁰ Yavuz, M.Fatih/Dalkanat, Nagihan/Gölge, Z. Belma/Müderrişoğlu, Selin: “Eşcinsel Erkeklere Yönelik Fiziksel Şiddetin Değerlendirilmesi”, *Adli Tıp Dergisi*, 20(2), (2006), s. 15-21, s. 7.

yabancı kişiler şiddet uygulamaktadır. Heteroseksüel olmayan erkeklerin yüzde 62.8'i yabancılardan, yüzde 29'u aile üyesinden, yüzde 9'u akrabasından, yüzde 12.9'u ise partnerinden şiddet gördüğünü beyan ederken; heteroseksüel erkeklerin yüzde 56'sı aile üyesinden, yüzde 9'u akrabasından, yüzde 1.6'sı partnerinden şiddet gördüğünü beyan etmiştir⁶⁴¹. Dolayısıyla, heteroseksüel erkeklerin ev içi şiddete daha fazla maruz kaldığı görülmüştür⁶⁴². Öte yandan, heteroseksüel olmayan erkeklerin uğradığı şiddetin derecesi de ağırlaşmaktadır. Orta ve ağır derecede şiddete uğradığını beyan eden eşcinsel erkeklerin oranı yüzde 66.7 iken, bu oran heteroseksüel erkeklerde yüzde 33.1'dir⁶⁴³. Nitekim Almanya'da yayımlanan resmi bir rapora göre, ülke genelinde aile içi şiddete maruz kalanların yüzde 17,9'u erkekler olup resmi kayıtlara geçen 127 bin 236 şiddet vakasının 23 bin 872'sinin mağduru erkektir⁶⁴⁴.

Ev içi şiddet mağduru erkekler 6284 sayılı Kanunun koruması kapsamındadır. Bu bakımdan, mülki idari amir veya hâkim tarafından karar verilecek önleyici ve koruyucu tedbirlere ilişkin mekanizmaları erkekler de kullanabilecektir. Nitekim kurulmalarından bu yana ülke çapındaki ŞÖNİM'lere başvuran yaklaşık 209 bin kişiden 12 bini erkektir⁶⁴⁵.

D. 6284 Sayılı Kanun'un Uygulaması Hakkında Değerlendirme

6284 sayılı Kanun, lafzî açıdan kayda değer bir sorun barındırmamaktadır. Fakat bir kanunun lafzı ve ruhu uygulamaya her zaman aynı şekilde yansımaya bilebilmektedir. Bu bakımdan, 6284 sayılı Kanunun uygulamasında da birtakım sorunlar yaşanmaktadır.

Uygulamaya ilişkin yapılacak değerlendirme; yargısal makamlar bakımından, altyapı bakımından ve farkındalığa dair sorunlar bakımından olmak üzere üç ana yönden yapılabilir.

⁶⁴¹ Yavuz/Dalkanat/Gölge/Müderrişoğlu, s. 5.

⁶⁴² Yavuz/Dalkanat/Gölge/Müderrişoğlu, s. 7. Bunun nedeninin homoseksüel erkeklerin cinsel yönelimleri nedeniyle ailelerinden daha erken bir yaşta ayrılmalari olabileceği kanaatindeyiz.

⁶⁴³ Yavuz/Dalkanat/Gölge/Müderrişoğlu, s. 5.

⁶⁴⁴ "Almanya, aile içi şiddete maruz kalan erkekler için koruma programı başlatıyor", "Euronews, <https://tr.euronews.com/2019/06/19/almanya-aile-ici-siddete-maruz-kalan-erkekler-icin-koruma-programi-baslatiyor>, E.T. 16.07.2019".

⁶⁴⁵ "Şiddet mağduru 209 bin kişi ŞÖNİM'e başvurdu", "Dünya Gazetesi, <https://www.dunya.com/gundem/siddet-magduru-209-bin-kisi-sonime-basvurdu-haberi-401706>, E.T. 16.07.2019".

6284 sayılı Kanunun uygulamasında aile mahkemeleri, Kanundaki koruyucu ve önleyici tedbirlere karar verirken, herhangi bir delil veya belge aramaksızın yalnızca vicdani kanaatlerinin oluşmasına yardımcı olan emarelere bakmaktadır. Bu durum, hem tedbirlerin kendine özgü niteliğiyle uyumludur; hem de Kanunun amacının gerçekleştirilmesi, özellikle şiddet mağdurunun yaşam hakkının, maddi ve manevi bütünlük hakkının korunması bakımından son derece önemli bir güvence oluşturmaktadır. Bununla birlikte, söz konusu usul, bazı durumlarda kendisine karşı bir tedbire karar verilen eş bakımından özellikle adil yargılanma hakkı bağlamında ihlale neden olabilir.

Anayasa Mahkemesi, *Salih Söylemezoğlu*⁶⁴⁶ ve *Mahmut Mahir Çelikbaş*⁶⁴⁷ başvurularında 6284 sayılı Kanun kapsamında verilen önleyici tedbir kararlarının adil yargılanma hakkı ile uyum bakımından nasıl değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymuştur. Anayasa Mahkemesi'ne göre, önleyici tedbir kararları her ne kadar kişilerin hak ve özgürlüklerine doğrudan müdahale eden nitelik taşıyor olsa da, bu kararların amacı, diğer tarafın yaşam hakkının veya vücut dokunulmazlığının acil şekilde tehlikede olduğu durumlarda kişinin söz konusu haklarının korunmasıdır. Bu amaç çerçevesinde Mahkeme, aleyhine tedbir kararı verilen kişinin adil yargılanma hakkını ihlal etmeyecek şekilde, delil konusunda daha esnek bir yaklaşımın kabul edilebileceğini belirtmektedir. Buna göre, söz konusu kararlarda yer verilen gerekçelerde, ileri sürülen zarar riski ve olgulara göre talebin ilgili mevzuat çerçevesinde kabul görmesi için temel unsurları taşıyıp taşımadığının ortaya konması yeterli olacaktır⁶⁴⁸. Öte yandan, itiraz üzerine yapılan inceleme aşamasında,

⁶⁴⁶ AYM, *Salih Söylemezoğlu* başvurusu, “Başvuru No. 2013/3758, 06.01.2016. Karar için bkz. Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, E.T. 12.10.2020”.

⁶⁴⁷ AYM, *Mahmut Mahir Çelikbaş* başvurusu, “Başvuru No. 2014/12971, 11.08.2014. Karar için bkz. Kararlar Bilgi Bankası, <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi/>, E.T. 12.10.2020”.

⁶⁴⁸ *Mahmut Mahir Çelikbaş* başvurusu, para. 25; *Salih Söylemezoğlu* başvurusu, para. 39. “[...]Bu tespitler ışığında somut olayda Mahkemenin; Savcılığın yazısı ve lehine tedbir istenilenin başvuru ile arasında daha önce geçtiğini iddia ettiği birtakım olaylardan bahsederek verdiği beyanını göz önüne alarak eski eş N.Ö.nün şiddete maruz kaldığı veya maruz kalma tehlikesi altında bulunduğu hususundaki olguların varlığına kanaat getirerek tedbir kararı verdiği, 6284 sayılı Kanunda öngörülen amaç dikkate alındığında, bu konuda tam kanaate ulaştırıcı kesin bir delil aranmasına gerek bulunmadığı, nitekim Mahkemenin gerekçeli kararında bu hususa değinildiği (bkz. § 1 O), başvuruçunun itiraz dilekçesinde, tedbir kararı için yeterli olguların varlığını bertaraf edecek, ayrıca değerlendirilmesini gerektiren herhangi bir hususun ileri sürülmediği, başka bir deyişle itiraz merciiince tedbire dayanak iddiaların tartışılmasını gerektirecek bir delilin sunulmadığı, bu nedenle itiraz mercii tarafından tedbir kararına atıf yapılarak değerlendirme yapılmasının da makul görülebileceği, bu açıdan başvuru konusu olayda adil

kanaatimizce, aciliyet unsurunun ortadan kalktığı göz önünde bulundurulmalıdır. Bu doğrultuda, tek taraflı iddiaya dayanılarak verilen tedbir kararının yerindeliği en azından asgari düzeyde açıklanmalıdır⁶⁴⁹. Aksi takdirde, adil yargılanma hakkı ihlal edilmiş olacaktır. Dolayısıyla, aile mahkemelerinin tedbir kararına hükmederken, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu yaklaşımını göz önünde bulundurmaları gerekmektedir.

Öte yandan, uygulamada bazı tedbir kararlarının kişilerin uzlaşmalarını, barışmalarını öngören içeriklere sahip olduğu görülmektedir. Belirtilmesi gerekir ki, ev içi şiddet ve kadına karşı şiddet vakalarında tedbir için öngörülen düzenlemelerin temel amacı, şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurlarının şiddet uygulama tehlikesi arz eden kişilerden uzak tutulmasıdır. Diğer bir ifadeyle, her ne kadar 6284 sayılı Kanunda yer alan tedbirler tahdidi sayılmamış olsa da, bu durum Kanunun temel amacının ve koruyucu/önleyici tedbir kurumunun kendine özgü niteliklerinin göz ardı edilebileceği anlamına gelmemektedir.

6284 sayılı Kanunun uygulanması noktasında birtakım altyapı sorunları da ortaya çıkmaktadır. Bu sorunlardan biri, kanunun uygulamasının ve kadına yönelik şiddet ile ev içi şiddet olaylarının istatistiksel izlemeye tâbi tutularak kamu makamlarının somut ve şeffaf verilerle kamuoyunu aydınlatması konusundaki

yargılanma hakkını ihlal edici bir durumun mevcut olmadığı sonucuna ulaşılmıştır.[...]” “Mahmut Mahir Çelikbaş başvurusu, para. 25. Karar için bkz. Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T. 15.06.2020”.

⁶⁴⁹ Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı da bu şekildedir: “[...] 40. Bunun yanında başvuru konusu olayda olduğu gibi aciliyet unsurunun ortadan kalktığı ve başvurunun itirazlarını sözlü olarak sunmadığı itiraz aşamasında ise mahkemenin, tek taraflı iddiaya dayanılarak verilen tedbirlerin yerindeliğini, itiraz edenin ileri sürdüğü beyan ve deliller çerçevesinde her iki taraf için öngörülen hak ve menfaat dengesini de gözeterek değerlendirmesi gerekmektedir. 41. Bu tespitler ışığında somut olayda itiraz mercisinin kararında, başvurunun dilekçesinde belirttiği dosyalar ve bu dosyaların içeriğindeki belge ve beyanlar ile dinlenilmesi istenilen tanıklarla ilgili hiçbir hususa değinilmediği, tedbire dayanak olgunun gerçekliğinin bu çerçevede tartışılmadığı, tedbir kararında esasa ilişkin hususlarda gerekçe bulunması hâlinde bu karara atıf yapılarak değerlendirme yapılmasının makul görülebileceği ancak ihlal iddiasına konu itiraz mercii kararında, dosyaya sunulan delillerle sonuç arasında ne şekilde bağ kurulduğunun, gerekçesiz olarak verilen tedbir kararına yapılan itirazın neden reddedildiğinin asgari düzeyde dahi açıklanmadığı anlaşılmıştır [...]” “Salih Söylemezoğlu başvurusu, para. 40-41. Karar için bkz. Kararlar Bilgi Bankası, <https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, E.T. 15.06.2020”.

eksiklikleridir. Hükümet'in bir raporuna göre, 2016 yılında yaklaşık 459 bin önleyici; 54 bin koruyucu tedbir kararı verilmiştir⁶⁵⁰.

6284 Sayılı Kanun'un 13. maddesiyle şiddet önleme ve izleme merkezleri “ŞÖNİM’ler” kurulmuştur. Bu merkezlerin koruma kararı verilen kişilerle ilgili barınma, maddi destek, sağlık hizmeti, psikolojik destek hizmeti gibi hizmetlere ulaşmasında yardımcı olmak gibi oldukça önemli görevleri bulunmaktadır. Bunun yanı sıra, söz konusu merkezlerin koruma kararlarıyla ilgili süreçleri izleme ve edinilen verilerin işleme görevleri de bulunmaktadır. Bununla birlikte, bu merkezlerin izleme ve veri işleme faaliyetlerini ne ölçüde yerine getirdiği bilinmemekte; her halükârda konuya ilişkin sayısal verilerin bakanlık tarafından yayımlanmadığı görülmektedir.

Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı verilerine göre bütün ülkede yalnızca 68 adet ŞÖNİM bulunmaktadır⁶⁵¹. Dolayısıyla bu merkezlerin 6284 sayılı Kanunun kabul edildiği 2012 yılından bu yana 81 ile yayılamamış olması da, bir eksiklik olarak göze çarpmaktadır. Kadın konukevlerinin sayısı ise, Bakanlık verilerine göre, tüm ülke çapında yalnızca 143 olup, bu konukevleri, toplam 3444 kişilik kapasiteye sahiptir.

Ev içi şiddet söz konusu olduğunda toplumda, bu konuların aile içi karışılmaması gereken meseleler olarak değerlendirildiği görülmektedir. Dolayısıyla, uygulamada 6284 sayılı Kanun etkisiz kalabilmektedir. Halbuki, tedbir kararları etkili bir şekilde uygulanırsa, bu uygulamaları gören başka kişiler şiddet uygulamaktan cayabilir veya şiddet içermeyen davranışlarla sorunlarını çözmeye çalışır. Evlilik birliğinin huzuru ve eşler arası saygı da bu şekilde korunmuş olur.

Temel olarak ev içi veya kadına yönelik şiddet sorununun çözülmesi, kapsamlı bir reform gerektirmektedir. Bu reformun en önemli sacayağı ise eğitimidir. İlköğretim müfredatından üniversiteye ve kamu görevlilerinin meslek içi eğitimlerine kadar bütün eğitim düzeylerinde bu konunun etkili bir şekilde işlenmesi gerekir. Hem evlilik birliğinin, hem de bireylerin korunması bakımından, bu konuda birincil görev, kamu

⁶⁵⁰ Turkey’s Baseline report- Report submitted by Turkey pursuant to Article 68, paragraph 1 of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Temmuz 2017, s. 51.

⁶⁵¹ Kadına Yönelik Şiddetle Mücadele 3. Ulusal Eylem Planı 2016-2017 İzleme ve Değerlendirme Toplantısı Raporu, s. 52. “<https://kadininstatusu.aile.gov.tr/uploads/pages/izleme-ve-degerlendirme-raporlari/kys-uep2016-2017izlemeson.docx>, E.T. 27.07.2018”.

gücünü kullanma (yasama-yürütme-yargı) yetkisini elinde bulunduran kamu makamlarına düşmektedir. Kadına yönelik şiddet ve ev içi şiddetin hem toplumsal hem politik bir mesele olması, sorunun çözümünde kamu makamlarının etkili politikalar üretip uygulamalarını gerekli kılmaktadır. Anayasa'nın devlete pozitif yükümlölükler yükleyen 5., 10. ve 41. maddeleri, 6284 sayılı Kanun gibi düzenlemeler bu yükümlölüğün hukuksal dayanağıdır. Kamu makamları bu görevlerini yerine getirirken sivil toplum desteğinden de faydalanmalı, sivil toplum örgütlerinin çalışmalarını desteklemelidir. Dolayısıyla bu konuda ikinci önemli aktör, toplum ve devlet arasında bir köprü ve hesap verme mekanizması oluşturması gereken sivil toplum örgütleridir.



ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASININ USULİ BOYUTU

Çalışmamızın bu bölümünde, evlilik birliğinin korunmasına yönelik çeşitli kanunlarda düzenlenen hükümler, usul hukukumuz bakımından ele alınacak; evlilik birliğini korumaya yönelik önlemlerin hukuki niteliği, bu önlemleri verme konusunda görevli ve yetkili mahkeme gibi usul hukukunu ilgilendiren sorunlar irdelenecektir.

I. EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU ÖNLEMLERİN NİTELİĞİNİN MEDENİ USUL HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Eşler, evlilik birliği devam ederken yükümlülüklerini yerine getirmez ya da evlilik birliğine ilişkin önemli kararlarda uyuşmazlığa düşerlerse, hâkimden evlilik birliğine müdahale etmesini talep edebilirler. Hâkimin hükmedeceği evlilik birliğini koruyucu önlemler, eşlerin barışmasını sağlar; gelecekte ortaya çıkabilecek zorlukları engellemeyi veya mevcut zorlukların ortadan kaldırılmasını amaçlar ve eşlerin birbirlerinden uzaklaşmasına sebep olan uyuşmazlıkları önler⁶⁵². Örneğin, TMK md. 199'a göre hâkim, ailenin ekonomik varlığını korumak için gerekli önlemler kapsamında eşlerden birinin tasarruf yetkisini kısıtlayabilir⁶⁵³. İşte bu başlık altında söz

⁶⁵² Gümüş, Şerhler, s. 68

⁶⁵³ Her ne kadar, TMK md. 199 hükmü evlilik birliğinin devamı sırasında uygulanacaksa da, boşanma davalarında alınacak geçici önlemler kapsamında da bu hüküm (TMK md. 199) kıyasen uygulanma imkânı bulmaktadır. Örneğin, “[...] Dava, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesine dayalı, davalı eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması istemine ilişkindir. Davacı koca R. B. vekili, halen Almanya'da çalışmakta olan müvekkilinin, mevcut birikimleri ve banka kredisıyla, Ankara ili, Yenimahalle 3.Bölge Tapu Sicil Müdürlüğü'nde, Ergazi Mahallesi, 14641 ada 2 parsel, 3 nolu bağımsız bölüm olarak tapuda kayıtlı dava konusu dubleks evi satın alıp, davalı eşi adına tescilini yaptırdığını, davalının, müvekkili ile birlikte yaşadığı müşterek evi terk ederek müvekkili aleyhine boşanma davası açtığını belirterek, dava konusu evin, davalı tarafından satılma ihtimaline binaen, bu taşınmaz üzerinde davalıya ait tasarruf yetkisinin Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesine göre kısıtlanarak mülkiyet hakkını kısıtlayan her türlü ayni ve şahsi hak tesisi ve mülkiyet devrinin ancak müvekkilinin rızası ile yapılabileceğine karar verilmesi ile kararın tapuya şerhini istemiştir.[...]”, “HGK, 6 Temmuz 2011 Tarih ve E.2011/2-417 K.2011/479 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”; “[...] Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim belirleyeceği mal varlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır (TMK md. 199). Ailenin ekonomik varlığının tehlikede olduğu veya davalının evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmekten kaçındığı ispatlanamamıştır. Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi koşulları oluşmadığı halde yazılı şekilde hüküm tesisi bozmayı gerektirmiştir.[...]”, “2. HD., 17 Eylül 2012 Tarih ve E.2012/13738 K.2012/21306 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, E.T. 26.05.2020”; “[...] Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına karar verilebilmesi için,

konusu önlemlerin usul hukuku bakımından niteliği, nereden ve nasıl talep edileceği ve nasıl icra edileceği konuları ele alınacaktır. Bu noktada şu hususu önemle belirtmek gerekir ki, evlilik birliğini koruyucu önlemler aile hukukundan doğan geçici hukukî koruma türlerindendir.

Evlilik birliğini koruyucu önlemler, nitelik itibariyle usul hukuku kapsamında “geçici hukukî koruma”dır. Geçici hukukî korumaların ortak özellikleri; yargı organlarınca verilme, her iki tarafça da istenebilme, geçicilik, bu taleplerin incelenmesinin basitliği ve çabukluğu ile bağlayıcılıktır⁶⁵⁴.

A. Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemlerin, Medeni Usul Hukukunda Yer Alan Geçici Hukukî Koruma Türlerinden “Geçici Önlem” veya “İhtiyati Tedbir” Olarak Nitelendirilmesi

Kanun koyucu, zaman faktörünün aile hukukunda oynadığı rolü dikkate alarak Türk Medeni Kanunu’nun aile hukukuna ilişkin ikinci kitabında pek çok geçici hukukî koruma ya da geçici hukukî korumaya benzer düzenlemeler sevk etmiştir. Bu düzenlemelerde “gerekli önlemler”, “geçici önlemler”, “uygun önlemler”; 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’da⁶⁵⁵ ise

ailenin ekonomik varlığının korunması ve evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesinin bunu gerektirmesi zorunludur. Bu koşulların varlığı halinde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim 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 getirmediği anlaşılmaktadır. [...]” 2. HD., 23 Aralık 2010 Tarih ve E.2010/21219, K.2010/21853 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası E.T. 26.05.2020”. Ayrıca aynı doğrultuda bkz. “2. HD., 19 Eylül 2013 Tarih ve E.2013/14305 K.2013/21338 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”; “2. HD., 8 Mart 2011 Tarih ve E. 2010/2561 K. 2011/4027 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”; “2. HD., 22 Aralık 2010 Tarih ve E. 2010/8906 K. 2010/21715 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”. “2. HD., 24 Mayıs Tarih ve 2010, E. 2009/8010, K. 2010/9937 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T.26.05.2020”. “2. HD., 16 Kasım 2009 Tarih ve E. 2008/16201, K. 2009/19869 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”. “2. HD., 08 Mart 2011 Tarih ve E. 2010/2561 K. 2011/4027 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; E.T. 26.05.2020”. “2. HD., 12 Nisan 2012, E.2011/2293 K.2012/9437 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”. “2. HD., 12 Nisan 2012, E. 2011/2293, K. 2012/9437 Sayılı Karar. Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 26.05.2020”.

⁶⁵⁴ Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt: III (3. Bası, Ankara, 2017), s. 3527.

⁶⁵⁵ 14.01.1998 tarihinde TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilen, 17.01.1998 tarihli ve 23233 sayılı RG’de yayımlanarak yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun; 08.03.2012 tarihinde TBMM Genel Kurulu tarafından kabul edilen, 20.03.2012 tarih ve 28239 sayılı RG’de yayımlanarak

“tedbir” ifadeleri yer almaktadır. Bunun yanında, nafaka taleplerinde belirli koşullar altında dava sonuçlanmadan nafakanın tevdi ya da geçici olarak ödenmesi şeklinde geçici etkileri olan hükümler öngörülmüştür⁶⁵⁶. Evlilik birliğinin korunmasına yönelik kararların her zaman kaldırılabilmesi (TMK md. 201/son) hususu, bu kararların hukuki niteliği üzerinde tereddüt ortaya çıkartmaktadır. Doktrinde bazı yazarlarca “geçici hukuki koruma önlemi” kavramıyla ifade edilen kararların hukuki niteliği, “nihai hukuki koruma” olarak ifade edilmektedir⁶⁵⁷. Bizim katıldığımız görüşe göre, bu türden kararlar, geçici hukuki koruma kavramı içinde değerlendirilmelidir⁶⁵⁸. Çünkü geçici hukuki koruma kararları, bir uyuşmazlığın esasını karara bağlamaya yönelik değildir. Bu sebeple, geçici hukuki koruma önlemlerini, “nihai hukuki koruma” kavramıyla açıklayan görüşe katılamıyoruz. Öte yandan, cevaplandırılması gereken diğer önemli soru ise, evlilik birliğini koruyucu nitelikteki önlemlerin, geçici hukuki koruma türlerinden hangisine girdiğidir. Kanaatimizce, evlilik birliğini koruyucu nitelikteki önlemler, HMK’nın 389. vd. maddelerinde düzenlenen “ihtiyati tedbir” niteliğindedir.

yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’un 23. maddesiyle yürürlükten kaldırılmıştır. Yürürlükten kaldırılan Kanun’un birinci ve ikinci maddesinde de “tedbir” terimi kullanılmıştır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz.: Uçar, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası (Ankara, 2003), s. 133 vd.; Kahveci, Nalan: 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler, İzmir Barosu Dergisi, 2007/7, s. 289 vd.

⁶⁵⁶ Örneğin, “[...] 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun uyarınca, 4721 sayılı Türk Medeni Kanun’un üçüncü kısmı (vesayet) hariç olmak üzere ikinci kitabı ile 4722 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler, Aile Mahkemesinde görülür. Davadaki talebin, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen iştirak nafakasından kaynaklandığı, dolayısıyla “Aile Hukukuna” dair bulunduğu anlaşılmaktadır. Talep, Aile Hukukundan (nafaka yükümlülüğünden) doğduğuna göre, açılan bu davanın 4787 Sayılı Kanun’un 4. maddesi gereğince, Aile Mahkemesinde bakılması gerekmektedir. Mahkemelerin görevinin kamu düzenine dair olması sebebiyle yargılamanın her aşamasında re’sen dikkate alınması gerekir. Bu sebeple o yerde ayrı bir aile mahkemesi varsa çekişmenin aile mahkemesinde görülmesi, aksi halde davaya aile mahkemesi sıfatıyla bakılması gerektiği gözetilmeden anılan kanun hükmüne aykırı şekilde genel mahkeme tarafından hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırıdır[...], 3. HD., 2017/699, Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası; “[...]Davada; talebin 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda düzenlenen tedbir nafakasından kaynaklandığı, dolayısıyla “Aile Hukukuna” dair bulunduğu anlaşılmaktadır. Talep, Aile Hukukundan (nafaka yükümlülüğünden) doğduğuna göre, açılan bu davanın 4787 Sayılı Kanun’un 4. maddesi gereğince, aile mahkemesinde bakılması gerekmektedir. Mahkemelerin görevinin kamu düzenine dair olması sebebiyle yargılamanın her aşamasında re’sen dikkate alınması gerekir. Bu sebeple o yerde ayrı bir aile mahkemesi varsa çekişmenin aile mahkemesinde görülmesi, aksi halde davaya aile mahkemesi sıfatıyla bakılması gerektiği gözetilmeden anılan kanun hükmüne aykırı şekilde genel mahkeme tarafından hüküm verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.[...] “3. HD., 2016/13759, Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası”.

⁶⁵⁷ Erişir, Evrim: İhtiyati Tedbir Türleri (İstanbul, 2013), s. 270.

⁶⁵⁸ Akkan, Mine: Medeni Usul Hukukunda Etkin Hukuki Koruma, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, C.3, S.6, Y.2007 2007/1, s. 29 vd.; Erişir, s. 271.

Çünkü anılan hükmün amacı, kapsamı ve düzenlenme şekli dikkate alındığında, oldukça geniş bir hukuki himaye sağladığı görülmektedir. Evlilik birliğini koruyucu nitelikteki önlemlere ilişkin hükümler, oldukça kapsayıcı olan HMK md. 389 vd. hükümleriyle birlikte uygulanmalı ve yorumlanmalıdır. Aynı amaca hizmet eden ve geçici niteliği haiz olan bu hükümlerin, birbirlerinin eksiklikleri ve boşluklarını tamamlayarak birlikte uygulanması, geçici hukuki koruma kurumunun temel hedefiyle de son derece bağdaşmaktadır. Öte yandan, doktrinde⁶⁵⁹ ve Yargıtay içtihatlarında evlilik birliğini koruyucu önlemlerin, ihtiyatî tedbir niteliğinde olmadığı; aile hukukuna özgü, özel nitelikte geçici hukuki koruma önlemi olduğu kabul edilmektedir. Açıklamış olduğumuz sebeplerle bu görüşe katılmıyoruz. Zira aynı amaca hizmet eden usuli hükümlerin, geçici olma nitelikleri de dikkate alındığında, evlilik birliğini koruyucu önlemlerin, ihtiyati tedbir niteliğinde olduğunun kabulü gerekir.

B. Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemler Bakımından Görevli Mahkeme

Evlilik birliğini koruyucu önlemleri almaya görevli mahkeme, aile mahkemeleridir. Çünkü aile hukukundan doğan tüm uyuşmazlıklarda, dava ve çekişmesiz yargı işlerinde aile mahkemeleri görevlidir⁶⁶⁰. Aile mahkemelerinin mevcut olmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemesi, aile mahkemesi sıfatıyla bu tür davalara bakmakla görevlidir⁶⁶¹. Bu sebeple, aile mahkemesi kurulmayan yerlerde Hâkimler ve Savcılar Kurulunca belirlenen asliye hukuk mahkemelerinde, davanın aile mahkemesi sıfatıyla görülüp karara bağlanması gerekir⁶⁶².

Aile mahkemeleri, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunla kurulan özel nitelikteki mahkemelerdir. Anılan kanun uyarınca kural olarak her yargı çevresinde yeteri kadar aile mahkemesi

⁶⁵⁹ Örneğin, *Yılmaz, Ejder*: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Cilt: III (3. Bası, Ankara, 2017), s. 3535.

⁶⁶⁰ Bu konuda bkz., “13. HD., E. 2017/4597 Sayılı Karar. Karar için bkz. *Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası*, E.T. 01.07.2020”. “13. HD., 2017/4597, Karar için bkz. *Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası*, E.T. 01.07.2020”. “2. HD., 2017/2656 Sayılı Karar, Karar için bkz. *Kazancı İctihat ve Bilgi Bankası* E.T. 01.07.2020”.

⁶⁶¹ *Karagülmez, Ali/Ural, Sami Sezai*: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri (2. Bası, Ankara, 2003), s. 25; *Arslan, Aziz Serkan*: Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü, Ankara Barosu Dergisi 2010/1, s. 190.

⁶⁶² Bu konuda bkz., “2. HD., 24 Şubat 2015 Tarih ve 11284/2600 Sayılı Karar. Karar için bkz. *LegalBank*, E.T. 02.07.2020”.

kurulmalıdır⁶⁶³. Ancak aile mahkemesinin kurulamadığı yerlerde genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesi, aile mahkemesi sıfatıyla davalara ve çekişmesiz yargı işlerine bakacaktır.

C. Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemler Bakımından Yetkili Mahkeme

TMK md. 201 hükmü uyarınca, evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Örneğin, TMK md. 197/II uyarınca, müşterek yaşama haklı nedene dayalı olarak ara verilmesi talebi bakımından, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir⁶⁶⁴. Aynı şekilde, tedbir nafakası talebi bakımından da, eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir⁶⁶⁵. Her durumda, yerleşim yerinin farklı olduğunun ispatı karşı tarafa (davalıya) düşmektedir.

Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir. Önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, önlem kararını veren mahkemedir. Ancak her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir.

Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken husus, TMK md. 201’de öngörülen yetki kuralının kesin yetki kuralı niteliğini haiz olup olmadığıdır. Zira bu kural, kesin yetki kuralı olarak nitelendirilmezse, bu halde anılan kural, kesin olmayan yetki kuralı sayılacak ve farklı bir sonuç doğuracaktır. Bu sonuç yetkisiz mahkemede dava açıldığı takdirde ortaya çıkacaktır. Yetkisiz mahkemede dava açılması durumunda yetki, kesin yetki ise, taraflar bu hususla ilgili yetki itirazını, davanın her aşamasında ileri sürebilecekleri gibi; mahkeme de davanın her aşamasında bu durumu kendiliğinden gözetir (HMK md. 19/I). Öte yandan, kesin yetkinin söz konusu olmadığı hallerde yetki

⁶⁶³ “Her ilde ve merkez nüfusu yüz binin üzerinde olan her ilçede tek hâkimli ve asliye hukuk mahkemesi derecesinde olmak üzere Aile Mahkemesi kurulur. Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun olumlu görüşü alınarak ilgili yargı çevresinde aile mahkemesi kurulur. Belirtildiği şekilde, bir yerde, birden fazla aile mahkemesi kurulmuşsa, bu mahkemelerin hepsi aynı seviyededir ve aralarındaki ilişki, iş dağılımı ilişkisidir”. Tercan, Erdal: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52, Sayı: 3, 2003, s. 23.

⁶⁶⁴ Bu konuda bkz, “3. HD., 22 Mayıs 2014 Tarih ve 118/7994 Sayılı Kararı. Karar için bkz. LegalBank E.T. 03.07.2020”.

⁶⁶⁵ Bu konuda bkz “2. HD, 19 Mart 2013 Tarih ve 13938/7404 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, E.T. 03.07.2020”.

itirazı, cevap dilekçesinde ilk itiraz olarak ileri sürülmelidir (HMK md. 116/I-a). Davalı tarafından süresinde ileri sürülme yen yetki itirazı, daha sonra ileri sürülemez, mahkemece dikkate alınamaz ve bundan sonra davaya yetkisiz mahkemede görülmeye devam edilir (HMK md. 19/II)⁶⁶⁶.

Gerek doktrinde⁶⁶⁷ gerekse kökleşmiş Yargıtay kararlarında⁶⁶⁸ tereddütsüz kabul edildiği üzere, TMK md. 201’de öngörülen yetki kuralı, kesin olmayan yetki kuralı niteliğindedir.

⁶⁶⁶ Akkan, Mine: Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku, C. I (15. Bası, İstanbul, 2017), s. 320 vd.; Kuru, Baki/Aydın, Burak: Medenî Usul Hukuku (6. Bası, Ankara, 2021), s. 74-76; Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan: Medeni Usul Hukuku (25. Bası, Ankara, 2014), s. 306; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku (9. Bası, İstanbul 2021), s. 83 vd.

⁶⁶⁷ Akkan, s. 389; Kuru/Aydın, s. 75; Kuru /Yılmaz/Arslan, s. 137 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 72 vd.

⁶⁶⁸ Örneğin, “2. HD., 2 Şubat 2016 Tarih ve 306/1592 Karar Sayılı Karar için bkz. Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası, E.T. 03.07.2020”; “2. HD., 29.01.2004 Tarih ve 336/1105 Sayılı Karar. Karar için bkz. LegalBank, E.T. 03.07.2020”.

SONUÇ

Aile kavramı değişime açık olamayan, mutlak bir kavram değildir. Aksine aile kavramı, içinde bulunduğumuz zaman dilimine ve topluma göre değişmekte ve şekillenmektedir. Öte yandan aile, toplumun en küçük yapı taşı olarak değerlendirdiği için, ailenin ve bu bağlamda evlilik birliğinin korunması oldukça önemlidir. Kanun koyucu aile birliğinin korunması için gereken araçları sağlamaya çalışmakta olup birliğin en iyi şekilde korunmasını amaçlamaktadır.

Evlilik birliğinin korunması ve buna ilişkin düzenlemelerin yapılması, kanun koyucu için arz ettiği pratik önemin yanı sıra anayasal bir zorunluluktur. Zira Anayasa md. 41 ailenin Türk toplumu için önemini vurgulamakta ve bu hususta devlete pozitif bir yükümlülük yüklemektedir. Bu hükmün ilk ve öncelikli muhatabı kanun koyucudur. Türk kanun koyucusu da kendisine yüklenen bu yükümlülüğe istinaden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere diğer kanun ve sair mevzuat hükümlerinde, toplumdaki ve dünyadaki değişimleri de göze alarak, pek çok düzenleme yapmıştır. Fakat Türk aile yapısı göz önüne alındığında bu düzenlemelerin Türk toplumuna ne derece uygun olduğu ve fayda sağladığı tartışılabilir niteliktedir.

Eşler, evlilik birliği çerçevesinde kendilerine yüklenen bu yükümlülükleri yerine getirirken zorlanabilirler veya taraflar arasında veyahut dış etkiler neticesinde eşler arasında problemler çıkabilir. Evlilik birliğinin korunmasına dair hükümlerin temelinde yatan hedef, eşlerin bu tip problemlerle karşılaşmaları durumunda ayrılmalarını; bir başka deyişle evlilik birliğini dağıtma yoluna gitmelerini engellemek ve tarafları, çıkan problemleri birlikte çözmeye ve birliği devam ettirmeye yönlendirmektir. Evlilik birliğinin korunmasına dair hükümler incelendiğinde, anılan hükümlerin ikiye ayrıldığı görülmektedir. Kanun koyucu, evlilik birliğinde sorun çıkmadan önce uygulanabilecek hükümler ve evlilik birliğinde sorun çıkması halinde uygulanacak hükümler olmak üzere farklı düzenlemeler yapmıştır. Ailenin temel taşı olan evlilik birliğinin korunmasına dair hükümlerin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle hukuken geçerli bir evliliğin varlığı şarttır.

Evlilik birliğinde bir uyuşmazlık doğmadan önce uygulanabilecek olan koruyucu hükümlerin başında, bazı hukuki işlemlerde eşin rızasının aranmasına ilişkin hükümler gelir. Aile konutu kavramı ve eşlerin aile konutu ile ilgili işlemlerini düzenleyen TMK

md. 194 bu husustaki en önemli hükümdür. TMK md. 194'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*”. Böylelikle, aile konutu özel bir koruma altına alınmış; eşler ile çocuklar için yaşamsal bir önem taşıyan konutun geleceği diğer eşin katılımına tâbi tutulmuştur. Aile konutuna ilişkin aranan eş rızasının hukuki niteliği ile ilgili bir görüş birliği yoktur. Bir görüş, rızanın yokluğuna devir işleminin de yokluğu sonucunu bağlarken; diğer bir görüş borçlandırıcı işlemin, son bir görüş ise tasarruf işleminin geçersizliği sonucuna ulaşmaktadır. Çoğunluk, TMK md. 194 ile öngörülen sınırlamanın şerhten bağımsız, kanundan doğduğu görüşünde olup; azınlık görüşüne katılan yazarlar aile konutuna ilişkin kısıtlamanın ancak şerhle doğduğunu savunmaktadır. Biz, *Arpacı*'nın görüşüne katılıyoruz ve aile konutu niteliğinin şerhten bağımsız ve şerhin de bir tasarruf sınırlamaları şerhi olduğunu düşünüyoruz. Ne var ki, TMK md. 1023'ün *ratio legis*'i gereği eğer şerh yok ise, devir sözleşmesinin tarafı olan iyiniyetli üçüncü kişinin, diğer eşin rızası olmasa dahi malik olacağı kanaatindeyiz.

Eşin rızasının arandığı bir diğer işlem, eşlerin paylı mülkiyete tabi malları üzerindeki işlemleridir. Eşlerden biri, diğer eşle paylı mülkiyete göre malik olduğu bir maldaki kendi payı üzerinde tasarrufta bulunmak isterse, TMK md. 223 uyarınca diğer eşin rızasını almak zorundadır. Zira tasarruf konusu malın birlikte alınmış olması ve her iki eşin de severek ve isteyerek bu mala sahip olmaları ya da onu kullanmaları muhtemel olduğundan, eşlerden birinin bu maldaki kendi payı üzerinde dahi olsa, diğer eşe danışmadan tasarrufta bulunması evlilik mutluluğuna ve huzuruna zarar verebilecek niteliktedir. Kanun koyucu, evlilik birliğinde huzursuzluk çıkmaması için böyle bir önlem almayı uygun görmüştür. Öte yandan, eşin makul bir sebep olmaksızın tasarruf işlemine rıza göstermemesi durumunda, TMK md. 194/II'deki gibi bir düzenleme yapılmadığından, rızayı alamayan eşin nasıl bir yol izleyeceği tartışmalıdır. Kanaatimizce, TMK md. 194 hükmünün kıyasen uygulanması, esasen evlilik birliği içerisinde yer alan kişilerin paylı mülkiyet ilişkilerine özgülenmemiş olan TMK md. 698 hükmünün uygulanmasına nazaran, aile hukuku ilişkilerinin doğasına daha uygun düşmektedir.

Evlilik birliğinde huzursuzluğun engellenmesi için getirilen bir diğer düzenleme TMK md. 265'tir. Bu hükme göre “*Eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık*

mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası da kabul edemez”.

Evlilik birliğini koruyucu önlemlerden biri olan evlilik birliğini temsil, TMK md. 188-192 arasında düzenlenmiştir. Evlilik birliğini temsil ile borçlar hukukundaki temsil, belli noktalarda farklılık göstermektedir. Temsil denildiğinde anlaşılması gereken temsil türü, yani TBK’da düzenlenen gerçek ve teknik anlamdaki temsil türü, doğrudan ve iradi temsildir. Evlilik birliğindeki temsil türü ise, TBK md. 40’ta yer alan temsil türünden bir hayli farklılık göstermektedir. Burada yer alan temsil türünde, TBK’da öngörülmüş olan temsil türünden farklı olarak, temsilci hukuk dünyasında bir etkileşim meydana getirir; üçüncü kişiyle yapılan işlem sonucunda hem işlemi yapan eş, hem de diğer eş bu işlemin hüküm ve sonuçlarının hukuk dünyasına yansıyan etkilerini görürler.

Türk toplumunda son yıllarda artış gösteren en önemli sorun ev içi şiddet ve kadına yönelik şiddettir. Türkiye’de kadına yönelik şiddet ve aile içi şiddetin önlenmesi bakımından yürürlükte olan mevzuat; 6284 sayılı Ailenin Korunmasına ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve bu Kanuna ilişkin Uygulama Yönetmeliği ve Kadın Konukevlerinin Açılması ve İşletilmesi Hakkında Yönetmelik’tir. Kanun, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınları, erkekleri, çocukları, aile bireylerini ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişileri kapsamaktadır. Anılan kanun kapsamında mahkemelerin yanı sıra mülki amire de bazı tedbirlere yönelik karar verme yetkisi tanınmıştır.

Çalışmamızın konusunu oluşturan Türk Medeni Kanununda yer alan evlilik birliğini koruyucu önlemler (TMK md. 195 vd.) ile boşanma ve ayrılık davasındaki önlemler (TMK md. 169); müstakil bir yargılamayla talep edilebilir. Bunun dışında, evlilik birliğini koruyucu önlemlerin doktrinde ve kökleşmiş Yargıtay içtihadında HMK md. 389 vd. hükümlerinde düzenlenmiş olan ihtiyatî tedbir kurumundan farklı olduğu kabul edilse de, kanaatimizce bu önlemler ihtiyatî tedbir niteliğini haizdir. TMK md. 201 hükmü uyarınca evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Gerek doktrinde gerekse kökleşmiş Yargıtay kararlarında tereddütsüz kabul edildiği üzere, TMK md. 201’de öngörülen yetki kuralı, kesin olmayan yetki kuralı niteliğindedir.

KAYNAKÇA

KİTAP VE MAKALELER

ACABEY, Mehmet Beşir: “Çocukları İlgilendiren ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Hukuki Konular”, İzmir Barosu Dergisi, 2006/4, (2006), s. 88-140.

ACABEY, Beşir: “Evliliğin Genel Hükümleri ve Yasal Mal Rejimi - 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Hukuk Yapısındaki Yenilikleri”, Muğla Barosu Başkanlığı Konferanslar Serisi 1, Bildiriler ve Tartışmalar.

ACABEY, Mehmet Beşir: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları – İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyet Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9 Özel Sayı, (2007), s. 491-534.

ACABEY, Beşir, Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine ilişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. yaş günü Armağanı, C. II, (İstanbul, 2001).

ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, (5. Bası, İstanbul, 2016).

ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Aile Konutu Mal Rejimleri Eşin Yasal Miras Payı, (6. Bası, İstanbul, 2021).

ACAR, Faruk: Bir Boşanma Sebebi Olan Terk Kurumunun Konutun Aile Konutuna Etkisi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. S.36-51.

ACAR, Faruk: Türk Hukukunda Yasal Mal Rejimleri, Milletler Arası Hukuk ve Milletler Arası Özel Hukuk Bülteni, yıl 2015, cilt 35, s.143-156.

ACAR, CİVELEK, Esra, Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Sermaye Ortaklıkları Payı, (1. Bası, İstanbul, 2019).

ACAR, CİVELEK, Esra: “Kambiyo Senetlerinde Aval”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı’ya Armağan, s.1301-1339.

AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku (21. Bası, İstanbul, 2019).

AKINTÜRK, Turgut/KARAMAN, Derya Ateş: Borçlar Hukuku Genel Hükümler - Özel Borç İlişkileri, (İstanbul, 2012).

AKINTÜRK, Turgut: Aile Hukuku, (4. Bası, Ankara, 1996).

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, (10. Bası, İstanbul, 2006).

AKİPEK, Jale Güral / AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Cilt I, (4. Bası, İstanbul, 2002).

AKKAN, Mine: Pekcanitez Medenî Usûl Hukuku Cilt I (15. Bası, İstanbul, 2017).

ALTOP, Atilla “Gerçek Kişilerce Gerçekleştirilen Aval İşlemlerine, TBK m. 603 Hükmü Uyarınca, Kefaletin Şekline, Kefil Olma Ehliyetine, Eşin Rızasına İlişkin Hükümler Uygulanacak mıdır?”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 15

ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: Eşya Hukuku - Tapu Sicili Cilt III, (İstanbul, 2018).

ANTALYA, Gökhan/TOPUZ, Murat: Eşya Hukuku-Zilyetlik, Tapu Sicili Cilt IV/I (İstanbul, 2021).

ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Yetkin, Ankara, 2018.

ARCAK, Ali: “Karının Müstakil Mesken İsteği”, Ankara Barosu Dergisi, 1950/12, (1950), s. 1638-1655.

ARIKAN, Mustafa, “Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 1, (2005), s. 129-155.

ARMUTÇUOĞLU, Can Yalçın: "Aile Konutuna Sağlanan Koruma ve Aile Konutu Şerhinin Hukuki Niteliği", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17 S. 1-2, (2011), s. 414-436.

ARPACI, Abdülkadir, Eşya Hukuku Ders Notları, Bahar 2017.

ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 2000).

ARPACI, Abdülkadir: "Yasal Olmayan Cinsiyet Değiştirme ve Sonuçları", Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S.1, (2007), s. 309-312.

ARPACI, Abdülkadir: “Aile Konutu Düzenlemesinin Amacı Açısından Kooperatiflerin Ferdileşmeden Önceki Konut Teslimine İlişkin Sorunlar”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, (İstanbul, 2015).

- ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Özel Hukuku Ders Notları, Bahar 2014.
- ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Özel Hukuku Ders Notları, Bahar 2017.
- ARPACI, Abdülkadir: Eşya Hukuku Ders Notları, Bahar, 2018.
- ARPACI, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), (2. Bası, İstanbul, 2000).
- ARPACI, Abdülkadir: Özel Hukuk Uygulamaları Ders Notları, 2020.
- ARPACI, Abdülkadir: Türk Medeni Kanunu Açısından Müsterek Mülkiyette Yararlanma ve Yönetim, (İstanbul, 1990).
- ARSEBÜK, Esat: Medeni Hukuk, Cilt II, (Ankara 1940).
- ARSLAN, Aziz Serkan: “Türk Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Yargılama Usulü”, Ankara Barosu Dergisi, 2010/1, (2010), s. 187-204.
- ATAAY, Aytekin: Şahıslar Hukuku Birinci Yarım Giriş Hakiki Şahıslar, (3. Bası, İstanbul 1978).
- AYAN, Mehmet, AYAN,Nurşen, Kişiler Hukuku,9. Baskı (Ankara 2020)
- AYAN SERKAN: Kefalet Sözleşmesi, (Ankara 2018).
- AYAN, Serkan: “Kefalet Sözleşmesi”, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, (İstanbul, 2018), s. 2517-2615
- AYAR, Ahmet: “Türk Medeni Kanununda Yeni bir Kurum: Aile Konutu”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, C. I, (1. Bası, İstanbul, 2010), s. 361-389.
- AYDIN, Nejat: Nafaka takdir edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2, (1962).
- AYDIN, Sevgican : “Türk Aile Hukukunda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. I, (İstanbul, 2009).
- AYDIN ÜNVER,Tülay, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadın’a Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun’a Göre Israrlı Takip Kavramı,Prof. Dr. Türkan Rado’nun Anısına Armağan, (İstanbul, 2020).
- AYDOĞDU, Murat: Evlat Edinme, (2. Bası, Ankara, 2009).

AYİTER, Kudret: Modern Özel Hukuka Giriş Olarak Roma Özel Hukuku'nun Ana Hatları, (İzmir, 1993).

AYSOY, Nejat Aydın: "Nafaka takdir edilirken Kadının Geliri Nazara Alınmalı mıdır?", Ankara Barosu Dergisi, S. 2, (1962), s. 132-138.

BADUR, Emel: "Aile Korunması Alanındaki Son Gelişmeler", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 84, (2009), s. 63-92.

BAĞCI, Ömer: "Aile Konutu Üzerinde Tasarruf" Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IV, s. 145-175.

BAHTİYAR, Mehmet. "Kıymetli Evrak Hukuku", (İstanbul, 2019).

BARLAS, Nami: Makalelerim, Cilt I (İstanbul, 2008).

BARLAS, Nami: "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (XXI) 9-10 Aralık 2005, (Ankara, 2006).

BAYGIN, Cem, NAR, Ahmet, NAR, Aksan Şerife, BULUT, MELTEM: Tamamı Çözümlü Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları I Medeni Hukukun Temel Kavramları ve Kişiler Hukuku, (Ankara 2020).

BECK, Emil: Das Neue Bürgschaftsrecht, Kommentar Zürich, 1942.

BELGESAY, Mustafa Reşit: "Kocanın nafaka mükellefiyeti ve Mahkeme İçtihatları", İÜHF, C. 18, S. 3-4, (1952), s. 708-721.

BELGESAY, Mustafa Reşit: Karı Koca Arasında Karşılıklı Vazifeler Medeni Kanun'un XV. Yıl Dönümü için, (İstanbul, 1944).

BERKİ, Şakir: "Türk Medeni Kanununda Evlenmenin Evli Kadınla İlgili Neticeleri", Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan, (Ankara, 1972).

BERKİ, Şakir: Medeni Hukuk Umumi Esaslar - Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara, 1961.

BİLGİN, Mahmut : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Işığında Öğreti ve Uygulamada Kefalet ve Yargılama Hukukuna İlişkin Uyuşmazlıklar, (Ankara, 2013).

BOZER, Ali/GÖLE, Celal: Kıymetli Evrak Hukuku, (7. Bası, Ankara, 2017).

BRÄM, Verena/HASENBÖHLER, Franz: Zürcher Kommentar zum Zivilgesetzbuch Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB)

Teilband II 1c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art.159- 180 (Schultess, 3. Auflage, Zürich, 1998).

BROSSET, George: “Evlenme (Umumi Hükümler) Evlilik Birliğinin Temsili” (Çev. Türkeş, Kutlu), Ankara Barosu Dergisi, S. 6, (1975), s. 854-861.

BUCHER, Eugen/AEBI-MÜLLER, Regina: Berner Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Die natürlichen Personen, Art. 11-19d ZGB - Rechts- und Handlungsfähigkeit (Stämpfli Verlag, 2. Auflage, Bern, 2017).

BULUT, Harun: Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi, İstanbul, 2007.

BURCUOĞLU, Haluk: “Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu”, Bülent Davran’a Armağan, (İstanbul, 1998), 59-74.

BÜYÜKTANIR, Tahir: “Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar” (Ankara Barosu Dergisi, S. 2, (2002), s. 55-110.

CAN, Mehmet Çelebi: “Türk Borçlar Kanunu'nun 603. Maddesinin Kıymetli Evrak Hukukunda Uygulanabilirliği - Avalde Eşin Rızası Aranmalı mı?”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXI, (2017).

CEYLAN, Ebru: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a göre Kanun Kapsamına Girenlerin Korunmasıyla İlgili Değerlendirmeler", İstanbul Barosu Dergisi, C. 91 S. 1, (2017), s. 15-29.

CEYLAN, Ebru, Türk Medeni Kanununda Aile Konutunun Önemi, TBBD, 2017, s.204 vd.

CİN, Halil: İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, (2. Bası, Konya, 1988).

CUMALIOĞLU, Emre: “Transseksüellerin Sicil Cinsiyetini Değiştirmelerinde Kısırlık ve Ameliyat Zorunluluğu Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Anayasa’ya Aykırı mıdır?”, İKÜHFD, C. 15 S.2-1, (2016), s. 439-464.

ÇENBERCİ, Mustafa: Gayrimenkul Satış Vaadi, Ankara 1973.

ÇELİK, Nazlı Hilal: Evlenmenin Hükümsüzlüğü (1.Baskı, İstanbul, Ocak 2021).

DEMİR, Özlem Pınar: Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, (İstanbul, 2004).

DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat: Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, (İstanbul, 2009).

DOĞAN, Murat: “Türk Medeni Kanununun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, C. 52 S. 4, (2003), s. 93-129.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku - Aile Hukuku Cilt III (13. Bası, İstanbul, 2018).

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku-Kişiler Hukuku Cilt III (15. Bası, İstanbul, 2020).

DURAL Mustafa, SARI Suat, Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, (İstanbul, 2021).

EGGER, Andreas: Aile Hukuku - İsviçre Medeni Kanunu Şerhi, Cilt II (Çev: Tahir Çağa), (İstanbul, 1943).

ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, (1. Baskı, İstanbul, 2018).

ERDEM, Sabri: Aile Hukuku Evlenme-Boşanma-Nafaka, (İstanbul, 1966).

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (26. Bası, Ankara 2021).

ERİŞİR, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir, (İstanbul, 2013).

ERKAN, Vehbi Umut: ”Türk Medeni Kanunu’nda Evlilik Birliği İçerisinde Kadının Ekonomik ve Sosyal Hakları”, TBB Dergisi, C. 30 S. 134, (2018), s. 433-499.

EROL, Cansel “Medeni Kanun’da Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi”, Medeni Kanun’un 50. Yılı, (Ankara, 1977),

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 1979).

FRANKO, Nisim: “Alacağın Temliki”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 49 S. 1, (1994), s. 177-197.

GENÇCAN, Ömer Uğur:, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınları, (Ankara, 2021).

GENÇCAN, Ömer Uğur: Aile Hukuku, (Ankara, 2011).

GMÜR, Max: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch Band II, Familienrecht, (Stämpfli, 2. Auflage, 1923).

GÖNENSAY, Ahmet Samim: Medeni Hukuk - Aile Hukuku Cilt 2 Kısım I, (İstanbul, 1937).

GRİSEL, ANDRE "Evlilik Vazifelerinin İhlali ve Medeni Kanunun Boşanmaya İlişkin Hükümleri", (Çev.Kemal Tahir Gürsoy), AD, 1949/4, (1949).

GREVIO Baseline Evaluation Report - Turkey, GREVIO/Inf(2018)6, 15.10.2018, <https://rm.coe.int/eng-grevio-report-turquie/16808e5283> (Erişim tarihi: 10.11.2018).

GRİSEL, Andre: "Evlilik Vazifelerinin İhlali ve Medeni Kanunun Boşanmaya İlişkin Hükümleri" (Çev. Kemal Tahir Gürsoy), Ankara Barosu Dergisi, S. 4, (1949), s. 487-513.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, (2. Bası, İstanbul, 2007).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (5. Bası, İstanbul, 2020).

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, (1. Bası, İstanbul, 2008).

GÜNAY, Mehmet: "6284 Sayılı Kanuna Göre Koruyucu ve Önleyici Tedbirler", TAAD, S. 10, 2012, s. 646-686.

GÜNDOĞDU,ÖZBEK,Melisa,Yasal Mal Rejiminin Tasfiyesinde Eklenecek Değerler ve Uygulaması,(İstanbul,Eylül,2020).

GÜNDÜZ, Şefika Deren: Kefalet Sözleşmesinin Şekli, (1. Bası, İstanbul, 2015).

GÜRAL, Jale: Hükümsüzlük Nazariyeleri Karşısında Türk Medeni Kanunun Sistemi, (Ankara, 1953).

GÜRSOY, Tahir Kemal: "Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler", AÜHF Ellinci Yıl Armağanı, C. II, (Ankara, 1977).

HAMMER-FELDGES, Marianne/SCHNYDER, Franziska: "Trennung und Scheidung im Alter: Eine Wiederbelebung von Art. 117 ZGB?", Praxis des Familienrechts (FamPRA) 2013 Heft 4, s.867-883.

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, (4. Bası, İstanbul, 2014).

HATEMİ, Hüseyin/KALKAN OĞUZTÜRK, Burcu: Aile Hukuku, (İstanbul, 2018).

HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, (İstanbul, 1993).

HAUSHERR, Heinz/REUSSER, Ruth/GEISER, Thomas: Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung, 2. Teilband Das Familienrecht – Die Wirkung der Ehe im Allgemeinen (Stämpfli, 2. Auflage, Bern, 1999).

HAVUTÇU, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili, (1. Bası, Ankara, 2006).

HONSELL, Heinrich/VOGT, Nedim Peter/GEISER, Thomas (hrsg.): Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB, (Helbing & Lichtenhahn, 3. Aufl. Basel, 2006).

HUN, Sinem: “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Somut Norm Denetimine Tabiyken: Trans Geçiş Sürecinde ‘Bekletmelerin’ Trans Özelliklerine Etkisi”, Ankara Barosu Dergisi 2015/4, (2015), s. 311-316.

İNAL, Nihat: Boşanma - Nafaka - Eşya - Nişanlanma Davaları, (Ankara, 1998).

KAHVECİ, Nalan: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, İzmir Barosu Dergisi, S. 3, (2007), s. 272-312.

KAPI, Ertan, Demir: “Gerçek Kişilerin Aval Verme Ehliyeti, Bilgi Toplumunda Hukuk” Ünal Tekinalp’e Armağan Cilt I, İstanbul 2003.

KARAGÜLMEZ, Ali/URAL, Sami Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri (2. Bası, Ankara, 2003).

KARAHAN, Sami/ARI, Zekeriya/BOZGEYİK, Hayri/SARAÇ, Tahir/ÜNAL, Mücahit, Kıymetli Evrak Hukuku, (1. Bası, Konya, 2013).

KARAMERCAN, Fatih: Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, (4. Bası, Ankara, 2018).

KAYABAŞ, Ebru: Osmanlı Devleti’nde Tanzimat Dönemi İtibarıyla Aile Hukukunun Gelişimi (İstanbul, 2009).

KELLER, Stefan: Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen- und Familienrecht – Partnerschaftsgesetz (Schultess, 3. Auflage, Zürich, 2016).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukuku’nda Getirdiği Yenilikler, (Genişletilmiş 3.Bası, Ankara 2014).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, (Ankara, 2003).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, (Ankara, 2002).

KILIÇOĞLU, M. Ahmet: Aile Hukuku, (5. Bası, Ankara, 2020).

KIRCA, İsmail: "Türk Borçlar Kanunu Tasarısı Kefalette Eşin İzni", Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, (Ankara, 2006).

KİZİR, Mahmut: "Türk Hukukunda Evlat Edinme", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 17 S. 1, (2009), s. 151-184.

KOCAYUSUPAŞAOĞLU, Necip: Türk Hukukunda Transseksüeller Nüfus Kütüğündeki Cinsiyet Kaydının Düzeltilmesi için Dava Açabilir mi?, (İstanbul, 1986).

KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip: Türk Medeni Hukukunda Taşınmaz Satış Vaadi, (İstanbul 1959).

KOÇ, Nevzat: "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukunda Hükümsüzlük (Butlan)", Prof. Muhittin Alam Armağanı, DEÜFHD, 1981/2, (1981) s. 138 vd.

KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 1989).

KÖSE,EYLÜL:Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar,(1.Bası,İstanbul,2020).

KÖTELİ, Argun: Evlenmenin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, (İstanbul, 1991).

KRAUSKOPF, Frédéric/STUBER, Jonas: Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Obligationenrecht Art. 492-512 OR Die Bürgschaft (Orell Füssli, 3. Aufl., Zürich, 2016).

KUNTALP, Erden/BARLAS, Nami/AYANOĞLU MORALI, Ahu/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN, Pelin/İPEK, Mehtap/YAŞAR, Mert/KOÇ, Sedef: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, (İstanbul, 2005).

KURU, Baki/YILMAZ, Ejder/ARSLAN, Ramazan: İcra ve İflas Hukuku (28. Bası, Ankara, 2014).

KURU, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, Cilt: IV, (6. Bası, İstanbul, 2001).

KURU, Baki/AYDIN, Burak: Medenî Usul Hukuku (6. Bası, Ankara, 2021).

MİDYAT, Nuri Aziz: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı, (İstanbul, 2017).

MOROĞLU, Nazan: "Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi 6284 sayılı kanun ve İstanbul Sözleşmesi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, S. 99, (2012), s. 357-380.

NEBİOĞLU ÖNER, Şebnem: "Aile Konutunun Özellikleri Unsurları, Koruma Süresi ve Korunma Nedenleri", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 24 S. 97, (2011), s.117-154.

NOMER, Nami Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (15. Bası, İstanbul 2018).

NOMER, Nami Haluk/ERGÜNE, Mehmet Serkan: Eşya Hukuku, (6. Bası, İstanbul, 2018).

OĞUZ, Sefer: "6098 Sayılı TBK m. 584/1'in Bankacılık Uygulamasında Yarattığı Sorunlar ve Özellikle Evli Gerçek Kişilerin Aval Vermesinde Eş Rızasının Bulunmasının Gerekliliği Üzerine Düşünceler", Bankacılar Dergisi, S. 86, (2013), s. 67-77.

OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medeni Hukuka Giriş, (27. Bası, İstanbul 2021).

OĞUZMAN, M. Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, (2. Bası, İstanbul, 1998).

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt II, (16. Bası, İstanbul, 2018).

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Eşya Hukuku, (23. Bası, İstanbul, 2021).

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), (16.Bası, İstanbul, 2016).

OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY, Saibe: Kişiler Hukuku, (6. Bası, İstanbul, 1999).

OĞUZOĞLU, Hüseyin Cahit: "Evlilik Birliğini Temsilde Medeni Kanunumuzun Dayandığı Esaslar", AÜHFD, C. 7 S. 3, (2006), s. 312-324.

ORTAN, Ali/NECİP, Eşler: "Arasında Cebri İcra Yasağı", Prof. Dr. Mahmut Koloğlu'ya 70. Yaş Armağanı, (Ankara, 1970), s. 687-723.

ÖKTEM, Seda: "Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", TBB Dergisi, C. S. 67, (2006), 317-338.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un Değerlendirilmesi", Sosyal Bilimler Dergisi, S.1, (2013), s. 45-63.

ÖZEN, Burak: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, (4. Bası, İstanbul, 2017).

ÖZEN, Burak: “Kefalet Sözleşmesi”, İstanbul Şerhi, Türk Borçlar Kanunu Yürürlük Kanunu, (İstanbul, 2018), Cilt 6-7-8, s. 4315-4367

ÖZMEN, Etem Saba/VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, “Evli Kişiyle Birlikte Olan Kadına/Erkeğe Yöneltilen Manevi Tazminat Talebi ve Özellikle Konuya İlişkin Yargıtay Kararları Üzerine Düşünceler”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, (2016), s. 2361-2376.

ÖZSUNAY, Ergun: Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu, (4. Bası, İstanbul, 1979).

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, (6. Bası, Ankara, 2015).

ÖZTAŞ, İlker: Paylı Mülkiyette Paydaşın Kullanma ve Yararlanma Hakkı, (İstanbul, 2011).

ÖZTAŞ, İlker: Katılma Alacağının Üçüncü Kişiden Talep Edilmesi”, Legal Hukuk Dergisi, S. 98, (2011), s. 553-579.

ÖZTÜRK, Ali: Aile Hukuku’nda Ayrılık - Türk Hukuku’nda Ayrılık Hükmü Şartları ve Sonuçları, (1. Bası, İstanbul, 2015).

ÖZTÜRK, Necla: "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler ve Öneriler", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8 S. 1, (2017), s. 1-32.

ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Kişi Hukuku – Velayet – Vesayet - Soybağı - Evlat Edinme Hukuku - Diğer Eşin Rıza Ve Onamına Bağlı İşlemler, (5. Bası, Mayıs, 2016).

ÖZÜĞÜR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, (8. Bası, İstanbul, 2015).

PEKCANITEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/ÖZEKES, Muhammet, Medenî Usûl Hukuku (9. Bası, İstanbul, 2021).

PETEK, Hasan: “Medeni Usul Hukukuna Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları”, İzmir Barosu Dergisi, 2000/3, (2000), s. 47-54.

PIOTET, Paul: “La nature des règles protégeant le logement familial suisse (art. 169 CC et 271a CO) et le droit applicable”, Festschrift für Hans Giger (Stämpfli, 1. Auflage, Bern, 1989).

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, (22. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018).

REİSOĞLU, Safa: Eşya Hukuku Zilyetlik-Tapu Sicili-Kadastro, (7. Bası, Ankara, 1982).

REİSOĞLU, Seza: Türk Kefalet Hukuku, (1. Bası, Ankara, 2013).

SADİOĞLU, Fikriye Ceren: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefalet Sözleşmesinde Eşin Rızası, TBB Dergisi Özel Sayı, (2017), s. 200-224.

SAĞLAM, İpek: "Türk Medenî Kanunu Madde 40 Üzerine Bir Değerlendirme", AÜEHFD., C. VIII S. 3-4, (2004), s. 455-489.

SARAÇOĞLU, Simge: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair kanun Kapsamında Tedbir Nafakasına Hükmedilmesinin Koşulları", Prof. Dr. İlhan Ulusan 'a Armağan, C. II, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 15, (2016), s. 492-499.

SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, (İstanbul, 2007).

SAYMEN, Ferit/ELBİR, Halid: Türk Medeni Hukuku - Aile Hukuku Cilt 3, (2. Bası, İstanbul, 1960).

SAYMEN, Ferit/Oğuzman, M. Kemal Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, II, (İstanbul 1956).

SAATÇİOĞLU, Fuat Aile Konutu ve Şerhi, (İstanbul, 2016).

SCHWARZ, Andreas B.: Aile Hukuku (Çev. Bülent Davran), (2. Bası, İstanbul, 1946).

SCHWENZER, Ingeborg/Frankhauser, Roland/Aeschlimann, Sabine (hrsg.): FamKomm Band I: ZGB (Stämpfli, 3. Auflage, 2017, Bern).

SEROZAN, Rona/HATEMİ Hüseyin/ARPACI, Abdülkadir: Borçlar Hukuku Özel Bölüm (İstanbul, 1992).

SEVGİCAN, Aydın: "Türk Aile Hukukunda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. I, (İstanbul 2009).

SOYBAŞ, Jülide: "6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesi Hakkında Kanun'a Genel Bakış", Hukuk Gündemi, 2012/1, (2012) s. 67-70.

STECK, Daniel/FRANKHAUSER, Roland (hrsg.): FamKomm Band I (Stämpfli Verlag, 3. Aufl., Bern 2017).

SUNGURTEKİN ÖZKAN, Meral: “Medeni Kanun’un Aile Hukuku Alanında Getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Düşündürdükleri”, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı I, (Eskişehir 2003), s. 75 vd.

ŞENER, Ülker: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Ne Getiriyor?", Türkiye Ekonomi Politikaları Araştırma Vakfı Değerlendirme Notu, Mart 2012.

ŞIPKA, Şükran: “Türk Hukukunda Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğünün Sınırları”, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35 S. 1, (2015), s. 47-58.

ŞIPKA, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlere Diğer Eşin Rızası (TMK m.194), (2.Bası, İstanbul, 2004).

ŞIPKA, Şükran; ÖZDOĞAN, Ayça, Yargı Kararları Işığında Soru ve Cevaplarla Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, (2. Bası, İstanbul, 2017).

TANDOĞAN, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, (Ankara, 1965).

TANDOĞAN, Haluk: Özel Borç İlişkiler Cilt II, (3. Bası, İstanbul, 1965).

TEKİNALP, Gülören: Milletlerarası Özel Hukuk, Bağlama Kuralları (İstanbul 2004).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, (6.Bası, İstanbul, 1988).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, altıncı bası, Filizi Kitabevi, (İstanbul, 1992).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, (7. Bası, İstanbul, 1990).

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi, Eşya Hukuku, Cilt 1, (5. Bası, İstanbul, 1989)

TERCAN, Erdal: Türk Aile Mahkemeleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 52, S. 3, (2003), s. 19-53.

TULUMLU, Mehmet Akif: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri Ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, (Ankara, 2002).

TURAN BAŞARA, Gamze: “Türk Medeni Kanunu’nun 40. Maddesi Kapsamında Cinsiyet Değişikliği ve Hukuki Sonuçları”, TBB Dergisi S. 103, (2012), s. 245-266.

UÇAR, Ayhan: “4721 Sayılı Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, AÜEHFD, C. VI S.14, (2002), s. 135-166.

UÇAR, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, (Ankara, 2003).

UĞUR, Hüsamettin: "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", TBB Dergisi S. 101, (2012), s. 333-366.

ULUYOL, Fatma Mahperi: "Cinsiyet Kimliği ve Cinsel Yönelime Bağlı Zorbalığa Maruz Kalma, Sosyal Destek ve Psikolojik İyi Hali Arasındaki İlişki", Klinik Psikiyatri, S. 19, (2016), s. 87-96.

UMAR, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi (2. Bası, Ankara 2014).

URSULA Schmid: Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch (Orell Füssli Verlag, 3. Auflage, 2016, Zürich)

UYUMAZ, Alper/AKDAĞ, İdris: "Türk Özel Hukukunda Şiddet ve Israrlı Takip Kavramı ile Israrlı Takip Mağdurunun Korunması", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XIX S. 2, (2015), s. 45-94.

ÜSTÜNDAĞ, Saim: Tapu Kütüğünün Tashihi Davası (İstanbul, 1959)

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz I Evlilik, (2. Bası, İstanbul, 1949).

VETTERLİ, Rolf :FamKomm Band I: ZGB (Stämpfli Verlag, 3. Auflage, 2017), Bern.

VON TUHR, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısım Cilt 1-2 (Çeviren: Cevat Edege), (Ankara, 1983).

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: "6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 913-966.

YAĞCIOĞLU, Ali Haydar: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, (İzmir, 2007).

YAKIM, Bahar: “Türk İsviçre ve Fransız Hukuku Bakımından Ayrılık Müessesesi Üzerinde Bir İnceleme”, Adliye Dergisi, S. 8, (1947), s. 777-787.

YALÇINKAYA, Namık/KALELİ, Şakir: Boşanma Hukuku, Cilt I-II, (2. Bası, Ankara, 1988).

YALMAN, Süleyman: “Evlilik Birliğinin Temsili ve Eşlerin Sorumluluğu”, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 12, S. 3-4, (2004), s. 7-30.

YAVUZ, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, (17. Bası, İstanbul, 2021).

YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Aile Hukuku, (1. Bası, Ankara, 2014).

YILMAZ, Canan: Türk İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, (Ankara, Nisan 2016).

YILMAZ, Çiğdem Mine/BOZKURT YAŞAR, Sevgi: “Eşler Arasındaki Mal Rejimi Hükümleri Çerçevesinde Anonim Şirketlerde Bağlı Nama Yazılı Payların İktisabı”, TBB Dergisi S. 113, (2017), s. 449-516.

YILMAZ, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi Cilt: III (3. Bası, Ankara, 2017).

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M.Beşir/GÖKYAYLA, Emre: Medeni Hukuk Giriş Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku (6. Bası, Ankara, 2000).

ZEVKLİLER, Aydın/ERTAŞ, Şeref/ACABEY, Beşir/GÜRPINAR, Damla: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk, (10. Bası, Ankara 2018).

ZEVKLİLER, Aydın: Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku Aile Hukuku, (4. Bası, Ankara, 1995).

ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, (3. Bası, Ankara, 2017).

DİĞER KAYNAKLAR

“İnsan Hakları ve Cinsiyet Kimliği”, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiserliği Raporu, CommDH/IssuePaper(2009)2, Strasbourg, 29 Temmuz 2009.

https://insanhaklariizleme.org/vt/yayin_view.php?editid1=738.

Çocuk Hakları Komitesi’nin Birleşik Krallık Hakkındaki Nihai Gözlemleri, CRC/C/15/Add.188, 9 Ekim 2002, s. 10, https://www1.essex.ac.uk/armedcon/story_id/000020.pdf (Erişim tarihi: 18.08.2018).

Kadın Cinayetlerini Durduracağız Platformu 2020 Veri Raporu,
<http://kadincinayetlerinidurduracagiz.net/veriler/2947/kadin-cinayetlerini-durduracagiz-platformu-2020-raporu> (Erişim tarihi: 17.09.2021).

Kadına Yönelik şiddetle Mücadele 3. Ulusal Eylem Planı 2016-2017 İzleme ve Değerlendirme Toplantısı Raporu, s. 52.
<https://kadininstatusu.aile.gov.tr/uploads/pages/izleme-ve-degerlendirme-raporlari/kys-uep2016-2017izlemeson.docx> (Erişim tarihi: 27.07.2018).

