

T.C
BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

**EVLİLİK BİRLİĞİNİN HAKİMİN MÜDAHALESİ YOLUYLA
KORUNMASI**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

HAZIRLAYAN

ARDAHAN HÜSNÜ ŞENYUVA

TEZ DANIŞMANI

Prof. Dr. KUDRET GÜVEN

ANKARA - 2007

ÖZET

İnsan hayata gözlerini açtığı ilk andan itibaren aile içerisinde yaşamaya başlar ve yaşamının büyük bölümünü aile içerisinde sürdürür. Toplumsal yaşama aile içerisinde aldığı eğitim ve terbiye ile dahil olur. Aile, taşıdığı bu toplumsal önem nedeniyle, hukuk düzenlerinin daima yakından ilgi gösterdiği bir kurum olmuştur. Dar anlamda aileyi oluşturan evlilik birliğinin korunmasında, aile bireylerinin olduğu kadar toplumun da büyük menfaati vardır. Bu nedenle, Aile Hukukunun ilk ve en önemli kaynağı olan Türk Medeni Kanunu başta olmak üzere, mevzuatımızda evlilik birliğini koruyucu birçok hükme yer verilmiştir. Bu hükümlerin amacı, evlilik birliğinin yürütülmesi esnasında ortaya çıkan sorunların, boşanma veya ayrılık aşamasına gelinmeden çözülerek birliğin mümkün olduğunca devamını sağlamaktır.

Çalışmamızın konusunu, evlilik birliğini koruyucu hükümlerin incelenmesi oluşturmaktadır. Temel olarak üç ana bölümden oluşan çalışmamızın ilk bölümünde; aile, evlilik birliği ve devlet-aile ilişkisi kavramları üzerinde durulmuş, ikinci bölümde Türk Medeni Kanununun “Birliğin Korunması” başlıklı 195 vd. maddelerinde yer verilen hükümler, üçüncü bölümde de aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla özel olarak hazırlanmış bulunan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun koruyucu tedbirlere ilişkin hükümleri inceleme konusu edilmiştir.

ANAHTAR KELİMELER

Medeni Hukuk- Aile Hukuku- Evlilik- Aile İçi Şiddet- Evlilik Birliği

ABSTRACT

A humanbeing is born within a family and lives in a family. He/she becomes a part of social life with manners and values earned within the family. Therefore, the family has always been of legal significance. The society at large has also certain interest in the preservation of matrimonial unity, as well as the spouses themselves. Therefore, the legislation have numerous provisions on the preservation of matrimonial unity, starting with the foremost source of Family law; the Turkish Civil Code. The purpose of these provisions is to maintain the matrimonial unity in case of potential conflict and to avoid a divorce or seperation.

The subject of this study is the evaluation of the provisions on the preservation of the matrimonial unity. The study consists of three main parts: starting with in detail analysis of the concepts of *family*, *matrimonial unity* and *state-family interaction*. Secondly, the provisions under 195th and following articles titled “Preservation of Unity” are evaluated. Finally, the provisions with regard to preservation under Law on Protection of Family no. 4320, which was enacted specially for the prevention of domestic violence is further assessed.

KEY WORDS

Civil Law- Family Law- Marriage-Domestic Violence-Matrimonial Unity

İÇİNDEKİLER

ÖZET	I
ABSTRACT	II
KISALTMALAR CETVELİ	VIII
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AİLE VE EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMLARI, DEVLET-AİLE İLİŞKİSİ

I. AİLE KAVRAMI VE AİLENİN ÖNEMİ	4
A) Aile Kavramı	4
1.Genel Olarak	4
2.Türk Medeni Kanunu Bakımından Aile	5
a) Dar Anlamda Aile	6
b)Geniş Anlamda Aile	6
c)En Geniş Anlamda Aile	6
B)Ailenin Önemi	7
II.EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI	9
A)Genel Olarak	9
B)Hukuki Mahiyeti	10
C)Evlilik Birliğinin Eşlere Yükllediği Yükümlülükler	12
1.Genel Olarak	12
a)Birliğin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü	12

b)Sadakat Gösterme Yükümlülüğü	13
c)Birlikte Yaşama Yükümlülüğü	14
d)Ortak Konutu Seçme Yükümlülüğü	15
e)Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü	17
f)Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Yükümlülüğü	18
g)Çocukların Bakım ve Yetiştirilmesine Özen Gösterme Yükümlülüğü	22
h)Evlilik Birliğinin Yönetilmesi Yükümlülüğü	23
ı)Meslek ve İş Seçiminde Özen Gösterme Yükümlülüğü	25
2.Yükümlülüklerin Niteliği ve Zorlanabilirlik Sorunu	26
III.DEVLET-AİLE İLİŞKİSİ	28
A)Genel Olarak	28
B)Evlilik Birliğinin Korunmasında Devletin Rolü	30

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE HAKİMİN EVLİLİK BİRLİĞİNE MÜDAHALESİ

I. GENEL OLARAK	35
II. HAKİMİN MÜDAHELESİNİN ŞARTLARI	36
A) Şekli Şart	36
B) Maddi Şartlar	36
1. Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerin Yerine Getirilmemesi	36
2. Evlilik Birliğine İlişkin Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşülmesi	40
III. HAKİM TARAFINDAN ALINACAK TEDBİRLER	42
A) Genel Olarak	42
B) Genel Tedbirler	44
1. Uyarıda Bulunma	44

2. Uzlaştırma	47
3. Uzman Yardımı İçin Yönlendirme	48
C) ÖZEL TEDBİRLER	51
1. Eşler Birlikte Yaşarken Birliğe İlişkin Yapılacak Parasal Katkının Tespiti	51
2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi	56
a) Genel Olarak	56
b) Birlikte Yaşamaya Ara Verilebilecek Haller	58
aa.Kişiliğin Tehlikeye Düşmesi	58
bb.Ekonomik Güvenliğin Tehlikeye Düşmesi	61
cc.Ailenin Huzurunun Tehlikeye Düşmesi	61
c) Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Alınacak Tedbirler	62
aa. Genel Olarak	62
bb. Eşlerin Birbirlerine Yapacakları Parasal Katkının Tespiti	66
cc. Konut ve Ev Eşyasından Yararlanmaya İlişkin Tedbirler	69
dd. Eşlerin Mallarının Yönetilmesine İlişkin Tedbirler	71
ee. Ergin Olmayan Çocuklara İlişkin Tedbirler	72
3. Hem Birlikte Yaşama Hem de Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi	73
Halinde Alınacak Tedbirler	
a)Eşlerden Birinin Borçlularına Emir Verilmesi	73
b)Eşlerden Birinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması	77
aa.Genel Olarak	77
bb.Şartları	79
i)Ailenin Ekonomik Varlığının Korunmaya İhtiyaç Duyması	79
ii)Evlilik Birliğinden Doğan Mali Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi	81
iii)Diğer Eşin Talebi ve Şartların Gerçekleştiğinin İspatı	83
cc.Sınırlamanın Konusu	84
dd.Tasarruf Yetkisi Sınırlanması Tedbirinin Sonuçları	85
ee. Ek Koruma Tedbirleri	87
IV. ALINAN TEDBİRLERİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE	89

ORTADAN KALDIRILMASI	
A)Tedbirlerin Değiştirilmesi	89
B)Tedbirlerin Ortadan Kaldırılması	90
V. TEDBİRLERİN ALINMASINDA GÖREVLİ VE	92
YETKİLİ MAHKEME	

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN’UN HAKİMİN MÜDAHALESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

I.4320 SAYILI KANUNUN AMACI	94
A)Genel Olarak	94
B)AKDK’da Öngörülen Tedbirlerin Genel Özellikleri	97
II.AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN VE	99
MEDENİ KANUNUN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU	
HÜKÜMLERİNİN KARŞILAŞTIRILMASI	
A)Genel Olarak	99
B)Tedbirlerin Birbirlerinden Ayrılan Yönleri	100
III.AKDK’NIN UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR	103
A)Aile İçi Şiddetin Varlığı	103
1.Aile İçi Şiddetin Faili	106
2.Aile İçi Şiddetin Mağduru	109
B)Aile İçi Şiddete İlişkin Yapılacak Bildirim	113
IV. AKDK’DA ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLERİN	116
USULE İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ	
A)Harçlar	116

B)Yargılama Yöntemi ve İspat	118
C)Tebdir Kararına Karşı Kanun Yoluna Başvurulması	119
D)Tebdirin Uygulanması ve Süresi	121
1.Tebdirin Uygulanması	121
2.Tebdirin Süresi	122
E)Görevli ve Yetkili Mahkeme	123
V.AKDK KAPSAMINDA ALINACAK TEDBİRLER	124
A)Genel Olarak	124
B)Tebdir Çeşitleri	125
1.Aile İçi Şiddet Failinin Aile Bireylerine Karşı Şiddete veya Korkuya Yönelik Söz ve Davranışlarda Bulunmaması Konusunda Uyarılması	125
2.Aile İçi Şiddet Failinin Müşterek Evden Uzaklaştırılması	126
3.Aile İçi Şiddet Failinin Aile Bireylerinin Eşyalarına Zarar Vermemesi Konusunda Uyarılması	128
4.Aile İçi Şiddet Failinin Aile Bireylerini İletişim Araçları İle Rahatsız Etmemesi Konusunda Uyarılması	129
5.Silah veya Benzeri Araçların Teslimi	130
6.Aile İçi Şiddet Failinin Alkollü veya Uyuşturucu Madde Kullanmış Olarak Şiddet Mağdurunun Yaşamakta Olduğu Konuta veya İşyerine Gelmemesi veya Bu Yerlerde Bu Maddeleri Kullanmaması Konusunda Uyarılması	131
7.Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Bir Sağlık Kuruluşuna Muayene veya Tedavi İçin Başvurmasına Karar Verilmesi	132
8.Kanunda Öngörülenler Dışında Kalan Diğer Tedbirler	133
9.Tebdir Nafakasına Hükmedilmesi	134
VI.AKDK’NİN CEZAİ BOYUTU	136
SONUÇ	138
KAYNAKÇA	144

KISALTMALAR CETVELİ

AAK	:	Aile Araştırmaları Kurumu
ABD	:	Ankara Barosu Dergisi
AD	:	Adalet Dergisi
AKDK	:	Ailenin Korunmasına Dair Kanun
aşa.	:	Aşağıda
ATD	:	Aile ve Toplum Dergisi
AÜEHFD	:	Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Bkz.	:	Bakınız
BM	:	Birleşmiş Milletler
C.	:	Cilt
CD.	:	Ceza Dairesi
CEDAW	:	Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi
Çev.	:	Çeviren
dpn.	:	Dipnot
E	:	Esas
GHFD	:	Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GÜHFD	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	:	Yargıtay Hukuk Dairesi
HUMK	:	Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBD	:	İstanbul Baro Dergisi
İİK	:	İcra İflas Kanunu
İÜHFM	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	:	Karar
karş.	:	Karşılaştırınız
KDV	:	Kadın Dayanışma Vakfı
KHK	:	Kanun Hükmünde Kararname
m.	:	Madde
MK.	:	Medeni Kanun
MÜHA	:	Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları
MÜHFD	:	Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ÖMK	:	Önceki Medeni Kanun
RG	:	Resmi Gazete
s.	:	Sayı
sh.	:	Sahife
TBBD	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBMM	:	Türkiye Büyük Millet Meclisi
TCK	:	Türk Ceza Kanunu
TST	:	Tapu Sicil Tüzüğü
VAWA	:	Violence Against Women Act
vb.	:	ve benzeri
vd	:	ve devamı
YD	:	Yargıtay Dergisi
YHGK	:	Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	:	Yargıtay İctihadı Birleştirme Kararı
yuk.	:	yukarıda

GİRİŞ

İnsan doğar ve hayata gözlerini açtığı andan ilk andan itibaren aile içerisinde yaşamaya başlar. Ardından gerekli olgunluğa erişip evlenir ve yeni bir aileye vücut verir. Daha sonra çocukları olur ve ailesi genişler. Görüldüğü gibi, insan yaşamının çok büyük bölümünü bir aile içerisinde geçirmektedir. İlk eğitime, terbiyeye muhatap olunan, değer yargılarının oluşmaya başladığı yer kişinin aile çevresidir. Birey, toplumsal hayata bu alt yapı ile dahil olur ve hayatını sürdürür. Dolayısıyla, toplumun değer yargıları ve yaşayışı aslında aile içi yaşam modellerinin bir araya gelmesi ile oluşmaktadır. Bu da, aile ile toplum arasında kalıcı organik bir bağ vücuda getirir. İşte bu nedenle, bireyin yetiştiği aile ortamı ne kadar dirlik ve düzen içinde olursa, toplum da o kadar sağlam temellere oturur. Ailenin huzur ve düzeni ile toplumun huzur ve düzeni arasında doğrudan ilişki vardır. Zira, toplum aile adı verilen en küçük sosyal ünitelerin bir araya gelmesinden oluşur.

Ailenin taşıdığı toplumsal değer, aileyi her dönem ve her toplumda hukukun en önemli uğraş alanlarından biri haline getirmiştir. Esas işlevi toplumsal ilişkileri düzenlemek olan hukukun, toplumun çekirdeği konumundaki aileyi düzenleme alanı dışında bırakması düşünülemez. Bu nedenle, Türk Kanun Koyucusu da aileyi toplumun temeli kabul etmiş ve Anayasanın 41.maddesi ile devlete ailenin korunması ödevini yüklemiştir. Bu noktada, korunması gereken aile kapsamında öncelikle farklı cinsiyetten iki kişinin hukuken geçerli bir şekilde evlenmeleri ile oluşan evlilik birliği yani eşlerden müteşekkil en küçük aile yer alır. Anayasa ile kabul edilen ailenin korunması ilkesi, aileyi konu edinen mevzuat hükümlerinde yerini bulmuş ve evlilik birliğinin dolayısıyla ailenin korunması için birçok hüküm öngörülmüştür. Çalışmamızın konusunu, evlilik birliği ve dolayısıyla ailenin korunmasını öngören hükümlerin incelenmesi teşkil etmektedir.

Evlilik birliğinin korunması gayesiyle vaz edilen hükümler, temelde iki amaca hizmet eder. İlk olarak, kişilik hakları zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalan eş veya diğer bir aile bireyinin korunmasıdır. Tehlike altında bulunan eşin korunması dolaylı olarak evlilik birliğinin korunmasına da hizmet eder.

Evlilik birliğinin bozulmadan huzurlu bir şekilde devamında, aile bireylerinin olduğu kadar toplumun da menfaati olduğu düşüncesinden hareketle öngörülen evlilik birliğini koruyucu nitelikteki hükümlerin diğer amacı da, aile yaşantısı içerisinde eşler arasında ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların birliğin sona erdirilmesi anlamına gelen boşanma safhasına gelinmeden çözümlenmesine yardımcı olmak ve evlilik birliğinin mümkün olduğuunca sürekliliğini sağlamaktır.

Evlilik birliğinin ve dolayısıyla ailenin korunması, bu amaçla öngörülen hükümlerde düzenlenen tedbirlerin hakim tarafından alınması suretiyle gerçekleşir. Diğer bir deyişle, evlilik birliğinin korunması hukuku, gerekli başvuru veya bildirimin yapılması üzerine hakimın birliğin i  işleyişine müdahale ederek uygun g rd ğu tedbiri alması şeklinde bir sisteme dayanır. Çalışmamızın başlığının “Hakimin Müdahalesi Yoluyla Evlilik Birliğinin Korunması” olarak seçilmesinin sebebi budur.

Bu kapsamda, konuyu temel olarak üç bölümde inceleme yolunu tercih ettik. İlk bölümde, Anayasal bir esas olarak kabul edilen evlilik birliği ve ailenin korunması ilkesinin arkasında yatan felsefenin yansıtılması amacıyla; aile kavramı, ailenin önemi, evlilik birliğinin anlamı ve eşlere yüklediği yükümlülükler ve devlet-aile ilişkisi meseleleri üzerinde durulmuştur. Çalışmamızın ikinci bölümü, Medeni Kanun’un Aile Hukuku kitabının 195 vd.maddelerinde “Birliğin Korunması” başlığı altında düzenlenen tedbirlerin alınması ve yürütülmesine ilişkin esaslar ve hakim tarafından alınabileceği belirtilen tedbir türlerinin incelenmesine ayrılmıştır. Son olarak, çalışmamızın üçüncü bölümünde, eşleri ve aynı zamanda diğer aile bireylerini ülkemizde halen varlığını muhafaza eden aile içi şiddetten korumak amacıyla özel olarak hazırlanan, 4320 sayılı

Ailenin Korunmasına Dair Kanunun koruyucu hükümleri inceleme konusu edilmiştir. Bu bölümde, aile içi şiddetin türleri, faili, mağduru kavramları, öngörülen tedbir türleri ve 4320 sayılı Kanun ile Medeni Kanun arasındaki işbirliği ilişkisine temas edilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AİLE VE EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMLARI, DEVLET-AİLE İLİŞKİSİ

I. AİLE KAVRAMI VE AİLENİN ÖNEMİ

A) Aile Kavramı

1. Genel Olarak

Aile, tarihin her döneminde farklı kültürlerde her zaman gündemde bulunan ve özel ilgi gösterilen bir kurum olmuştur. İnsanlar, doğdukları ilk andan itibaren ilkel olsun medeni olsun birbirine dil, kültür, inanış ve çoğunlukla ırk ve kan bağları ile bağlı bireylerden meydana gelen toplum içerisinde, aile hayatı yaşamaktadırlar. Aile, insanların gözünü açtığı anda kendisini içinde bulduğu ve ilişkiye geçtiği ilk toplumsal birimdir¹. Buna rağmen, ailenin evrensel olarak geçerli tek bir bir tanımı bulunmamaktadır.

Aile kavramı da, diğer tüm toplumsal olgu ve kurumlar gibi zaman içerisinde mahiyeti ve yapısı bakımından zamanla büyük değişikliğe uğramış; fakat hiç bir sosyal sistem ve yaşam tarzı tarafından ortadan kaldırılamamıştır².

¹ Velidedeoğlu, H.V. : Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1965; Akıntürk, T.:Türk Medeni Hukuku C.II, Aile Hukuku, sh.3; Zevkliler, A./ Acabey, B./ Gökyayla, E. : Giriş- Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku -Aile Hukuku, Ankara 1999, sh. 695; Dural, M./Öğüz, T./Gümüş, A. : Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 2005, C.III, sh.1; Ünal, M.: Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979, sh. 39. Akıncı, Ş. : Medeni Kanunda Kadın ve Aile, GÜHFD. C. VIII, s. 1-2, Ankara, 2004, sh. 16; Oğuzoğlu, C.: Medeni Hukuk, Ankara 1963.

² Akıntürk, sh.3; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 1; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 696; Öztan, B. : Aile Hukuku, Ankara 2004, sh. 3; Tekinay, S.S: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1986, sh. 1; Saymen, F. H./ Elbir, H. K. : Aile Hukuku, İstanbul 1960, sh. 1; Uçar, M.A: Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara 2003, sh.31; T.C. Başbakanlık Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı, 1994 Uluslararası Aile Yılı Özel İhtisas Komisyon Raporları, Ankara 1994, sh.5.

Tarihsel değişim sürecine bakıldığında, aile kapsamının ve aileyi oluşturan bireylerin sayısının giderek azaldığı görölmektedir³. Eski dönem ailesi, yalnız ana-baba ve çocuklardan değil, dede, hatta büyük dede, baba, çocuk torundan başka kardeşler, yeğenler ve diğer yansoy hısımlarını da içerecek şekilde kapsayıcı bir özelliğe sahipti. Ailenin bu kadar fazla sayıda bireyden oluşması çeşitli zorunluluklardan kaynaklanmaktaydı. Bu zorunlulukların başında, ailenin dışa karşı korunması ve yeme, içme, barınma gibi temel ihtiyaçların karşılanması ihtiyacı gelmekte idi. Siyasal ve ekonomik hayatın zamanla gelişmesi ve işbölümü esasına dayalı modern ekonomik düzene geçilmesi ile birlikte artık ailelerin kendilerini savunma ve tüm ihtiyaçlarını kendi başlarına karşılama zorunluluğu ortadan kalkmıştır. Bunun sonucu olarak, aile kavramının sınır ve çevresi değişmiş daha dar bir çevrede birbirine daha sıkı bağlarla bağlı insanları içine alan yeni ve dar aile tipi meydana gelmiştir⁴. Fakat, belirttiğimiz gibi aile, sayı ve içeriği değişse bile, sosyal bir ünite olarak varlığını daima muhafaza etmiştir.

2. Türk Medeni Kanunu Bakımından Aile

Aile kavramı Medeni Kanunda tam olarak tanımlanmamıştır. Çünkü, zaman içerisinde değişime açık olan, her coğrafya ve kültürde birbirinden farklı algılanan ailenin kapsam ve içeriğinin kanun hükümleri ile sınırlayıcı bir şekilde tanımlanması mümkün deęildir⁵. Bu sebeple, Medeni Kanun'da aile kavramı birbirinden farklı üç değişik anlamda düzenlenmiş bulunmaktadır⁶. Bu konudaki açıklamalarımıza geçmeden önce, sadece kanunun aradığı şekilde yani evlendirmeye yetkili resmi memur önünde yapılan evlenme sonucu meydana gelen birlikteliklerin, Medeni Kanun kapsamında aile

³ Köteli, A. : Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, sh. 13; Tekinay, sh.1; Tarakçioğlu, İ. : Türk Medeni Hukuku, Ankara 1968, sh. 191; Uçar, sh.24; Belgesay, M. R.: Türk Kanunu Medenisi Şerhi C.II Aile Hukuku, İstanbul 1949, sh. 7; Ünal, sh. 39.

⁴ Velidedeoğlu (Aile) sh. 4; Akıntürk, sh. 4; Tekinay, sh. 1; Saymen/Elbir, sh. 3.

⁵ Öztan, sh. 3; Saymen/Elbir, sh. 2; Baktır, S.: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, sh. 102.

⁶ Birsen, K.: Medeni Hukuk Dersleri Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1958, sh.228; Akıntürk, sh.5; Velidedeoğlu, sh.6;

olarak kabul edildiğini belirtmek istiyoruz. Medeni Kanun’da öngörülen aile türleri şunlardır:

a) Dar Anlamda Aile

Dar anlamda aile, sadece geçerli bir evlenme sözleşmesi ile biraraya gelmiş eşlerden yani karı ve kocadan oluşan birliği ifade eder. Bu tip aileye, “evlilik birliği” adı verilmektedir. Kanun koyucu, dar anlamda aileyi düzenleyen kurallar koymuş ve böylece doğuşundan sona erişine kadar evlilik birliği içindeki ilişkileri ele almıştır⁷. Medeni Kanun’un dar anlamda aileyi düzenleyen hükümleri, Aile Hukuku kitabının başında “Evlilik Hukuku” başlığı altında bulunmaktadır. Bu hükümler, eşlerin şahsi ve mali ilişkileri ile karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenler.

b) Geniş Anlamda Aile

Geniş anlamda aile kavramı, dar anlamda aileye çocukların da eklenmesiyle ortaya çıkan birliği ifade etmek üzere kullanılır. Bu tip aileye velayet ailesi adı verilmektedir⁸. Medeni Kanun, geniş anlamda aile içindeki ilişkileri de ele almış, ana-baba ve çocukların birbirlerine karşı olan hak ve yükümlülükleri ve çocukların yetiştirilmesine ve korunmasına ilişkin meseleleri düzenleyici hükümler getirmiştir.

c) En Geniş Anlamda Aile

En geniş anlamda aile kavramı, bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında beraber aile halinde yaşayan bireylerden oluşan insan topluluğunu ifade eder. Medeni Kanun, en geniş aileyi de “ev düzeni” başlığı altında 367. maddede düzenlemiştir. Ev

⁷ Velidedeoğlu, sh.6; Akıntürk, sh. 5-6; Tandoğan, H. : Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965, sh.1; Feyzioğlu, F. N. : Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, sh. 176; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.697; Tandoğan, sh.1.

⁸ Akıntürk, sh. 6; Velidedeoğlu, sh.5; Zevkleler/Acabey/Gökyayla, sh.697.

düzenine, kan ve kayın hısmı sıfatıyla veya bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla aynı çatı altında yaşayan bireyler girer. Bu kapsamda, hısımların yanı sıra işçi, çırak, bahçıvan, ahçı gibi bir sözleşme ilişkisine dayanarak aynı çatı altında yaşayan kişiler de en geniş anlamda ailenin bir bireyi olarak kabul edilir⁹. En geniş aile, Türk Medeni Kanunu'nda eski dönem ailesinin bir uzantısı olarak ifadesini bulmuştur¹⁰.

B) Ailenin Önemi

Yukarıda da belirttiğimiz üzere aile, insanın dünyaya gözünü açtığı anda kendisini içinde bulduğu ve iletişime geçtiği ilk toplumsal birimdir. İnsanlar yaşamlarını bu birlik içinde başlatır ve sürdürürler¹¹.

Kişinin davranışları, ruh hali yaşadığı aile ortamında şekillenir. İnsan, aile içinde nasıl eğitilip yönlendirilirse genellikle yaşamını bu eğitim ve yönlendirme ekseninde geçirir¹². Bu kapsamda, aile yaşamı ve bu yaşamın parçası konumundaki kişilerin davranış ve ilişkileri ne kadar düzenli ve sağlıklı olursa, topluma kazandırılacak gelecek kuşaklar da o denli sağlıklı ve yararlı kişilerden oluşur¹³. İşte bu nedenle, daima söylenen ve hiç eskimeyen bir deyişle; aile, toplumun çekirdeği, temeli ve en küçük nüvesini teşkil eder¹⁴.

Aile kurumu, taşıdığı bu hayati önem dolayısıyla her zaman, hukuk sistemleri tarafından yakın ilgi gösterilen ve fazlasıyla önemsenen bir kurum olmuştur¹⁵. Zira, toplumun sağlıklı biçimde gelişebilmesi, ilişkilerin huzur, barış ve güvenlik içinde yürüyebilmesi, ancak aile kurumunun sağlam temellere oturtulması ve özlenen ideal bir

⁹ Tekinay, sh.2; Akıntürk, sh. 5; Velidedeoğlu, sh.6; Oğuzoğlu, sh.4.

¹⁰ Öztan, sh. 4.

¹¹ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 1; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 695.

¹² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 695; Saymen/Elbir, sh.3.

¹³ Akıntürk, sh. 3; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 695; Uçar, sh.32; Birsen, sh.228.

¹⁴ Velidedeoğlu (Aile), sh. 7; Oğuzman, M.K./Barlas, N. : Medeni Hukuk, İstanbul 2005, sh. 5; Feyzioğlu, sh.1; Öztan, sh. 4.; Kötel, sh. 85; Saymen/Elbir, sh. 3; Uçar, sh.24; Akıncı, sh.15.

¹⁵ Tekinay, sh.2; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.695.

düzenlemeye kavuşturulması ile mümkün olabilir¹⁶. Bu nedenle, genel olarak “aile ilişkileri” olarak adlandırabileceğimiz, aile bireyleri arasında ortaya çıkan gerek şahsi gerekse mali ilişkilerin düzenlenmesinde, hem aileyi oluşturan bireylerin hem de toplumun büyük menfaati vardır.

Hukukun işlevi toplum hayatını düzenlemek olduğuna göre, toplumun en küçük nüvesi olan ailenin hukukun düzenleme alanı dışında kalması düşünülemez. Hukukun, aile ilişkilerini düzenleyen dalına “Aile Hukuku” adı verilir. Başka bir deyişle, aile ilişkilerini düzenleyen hukuk kurallarının tümü Aile Hukukunu oluşturur¹⁷.

Hukukun aile kurumunu konu edindiği, tek alan Aile Hukuku değildir. Türk Hukuku bakımından aileye ilişkin temel hüküm Anayasamızın 41. maddesidir¹⁸. Söz konusu hüküm uyarınca; *“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.”*

Görüldüğü üzere, Türk kanun koyucusu aile kurumuna verdiği önemi, Anayasaya aile ile ilgili bir kural koymak suretiyle göstermiştir¹⁹. Anayasamızda ailenin

¹⁶ Akıntürk, sh. 3.

¹⁷ Akıntürk, sh.7.

¹⁸ 1961 Anayasasında, devlete aileyi koruma görevi 35. madde ile verilmişti. Her iki düzenlemenin amacı da ailenin korunmasını sağlamaktır. Bkz. Özçelik, A.S.:Anayasamızın Dayandığı Temel İlkeler, İÜHFİM, C.XLII, s.1-4, İstanbul 1977, sh.18.

¹⁹ Aile kurumunun toplumsal açıdan taşıdığı önem ve değer evrensel olarak kabul görmektedir. Bu nedenle, ailenin toplumun temeli olduğunu belirten ve devlete ailenin korunması ve geliştirilmesi yükümlülüğü yükleyen tek anayasa,Türk Anayasası değildir. BM tarafından tanınan 192 egemen devletin en az 137’sinin anayasasında (ki bu %72 gibi büyük bir oran teşkil etmektedir) benzer hükümler bulunmaktadır. Bu ülkeler arasında, anayasasının 54. maddesinde ailenin en küçük sosyal birim olduğunu belirten ve devlete ailenin fiziksel ve psikolojik iyiliğini gözetme görevi yükleyen Afganistan, anayasasının 5.maddesinde gücünü dinden, ülke sevgisinden ve ahlaktan alan aileyi toplumun temeli kabul eden ve devleti aile değerlerinin aynı zamanda aile içerisinde ana ve çocukların korunması ile solumlu tutan Bahreyn gibi toplumsal hayatta dini hükümlerin belirleyici olduğu ülkelerin olması dikkat çekicidir. Bkz. Wardle, L. D.: State Marriage Amendments: Developments, Precedents and Significance, Coastal Law Review, Florida 2005. (Westlaw Veri Tabanı, www.westlaw.com)

Türk toplumunun temeli olduğuna vurgu yapıldıktan sonra, devlete ailenin huzur ve refahını sağlama ve ailenin korunması görevleri verilmiştir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI

A) Genel Olarak

Evlenme, “*tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli şekilde birleşmesidir.*”²⁰

Evlilik ise, evlenme adı verilen kanunda belirtilmiş olan şekillere uyularak yapılan bir hukuki işlem ile, bir kadınla erkeğin oluşturdukları birliği ifade eder. Başka bir deyişle, nişanlıların evlendirme memuru ve iki tanığın önünde iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklamaları ile taraflar arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Bu husus, MK.m.185/I’de şu şekilde ifade edilmiştir: “*Evlenme ile eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.*”

Evlilik birliği, kendine özgü bir anlam ve niteliği bulunan bir kurumdur. Evlilik birliği bütün hayatı içine alan bir ortaklığı ifade eder. Bu birlik içinde, bütün gaye ve ideallerde hayatın her türlü mücadelelerinde, sevinç ve üzüntülerinde beraberlik söz konusudur²¹. Evlilik birliğini, salt cinsel ve fiziki bir birliktelik olarak algılamak doğru değildir. Her ne kadar evlilik birliğini maddi unsurlardan arındırmak mümkün olmasa da, birliğin manevi yönü her zaman ağır basmaktadır²². Kısaca, evlilik birliği tam anlamıyla bir yaşam ortaklığı demektir. Doğduğu anda kendisini aile içerisinde bulan

²⁰ Velidedeoğlu (Aile), sh.45. Benzer tanımlar için bkz. Öztan, sh. 94-95; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 739; Akıntürk, sh. 61; Ayan, S. : Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, sh. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 15; Schwarz, A. :Aile Hukuku, Çev. Davran, B., İstanbul 1946, sh.27; Namlı, M. : Yeni Medeni Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler, GHFD, s.2, İstanbul 2003, sh.

²¹Schwarz, sh.27;Tandoğan,sh.1;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 739,780; Ayan (Evlilik), sh. 13; Akıntürk, sh. 61.

²² Köteri, sh. 88; Egger, A.:Aile Hukuku, Birinci Kısım Evlenme Hukuku, Çev.Çağa, T., sh. 13; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 739; Öztan, sh. 95; Saymen/Elbir, sh.7.

kimse, belirli bir yaşa gelir ve evlenir. Böylelikle, evlilik birliği ve dolayısıyla eşlerden oluşan dar anlamda aile kurulmuş olur. Zamanla, çocuklar dünyaya gelir ve aile genişler. Buna rağmen, genişleyen aile içinde de hep bir birlik fikri egemen kalmaya devam eder²³.

Evlilik birliği, Aile Hukukunun en önemli konusunu teşkil eder. Evlenme ile kurulan bu birlik, devam ettiği sürece, bir kısmı kişisel bir kısmı da mali nitelikli birtakım hükümlere tabi olur. Evlilik birliğine ilişkin hükümler, esas olarak Medeni Kanunun Aile Hukuku kitabının “Evlilik Hukuku” başlığını taşıyan birinci kısmında düzenlenir. Hemen belirtelim ki, bir birlikteliğin hukuk düzeni nezdinde evlilik birliği olarak kabulü ve birliğin kanuni statüsüne kavuşması ancak geçerli bir evlenme ile oluşması halinde mümkündür. Bu şartı sağlamayan birliktelikler, fiili bir nitelik taşımaktan öteye geçemez²⁴.

B) Hukuki Mahiyeti

Medeni Kanun, evlenme ile evlilik birliğinin kurulacağı hüküm altına alınmış ve birlik kavramına birçok maddesinde yer verilmiştir. Kanun koyucu, evlilik hukuku içerisinde eşlerin birbirleri ile ve çocuklar ile kişisel ve mali ilişkilerini düzenlerken hep bir birlik fikri üzerinden hareket etmiş, adeta evlilik hukukuna ilişkin temel esasları birlik fikri üzerine inşa etmiştir. Buna rağmen, Medeni Kanunda evlilik birliğinin hukuki mahiyeti açıkça düzenlenmemiştir.

Evlilik birliğinin mahiyetinin, Medeni Kanun’un birliği düzenleme amacıyla getirilen hükümlerinin değerlendirilmesi suretiyle tespit edilmesi mümkündür. Yalnız, öncelikle şunu belirtmekte fayda vardır ki, evlilik birliği kendisini oluşturan bireylerden

²³ Akıntürk, sh.7; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.701.

²⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 15.

ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip değildir²⁵. Dolayısıyla, evlilik birliğinin kendisine özgü malvarlığı ve bunun dışında kalan diğer haklarından bahsetmek doğru değildir.

Kanun koyucu tüzel kişiliğe sahip olmayan bu birliği, adeta tüzel kişiliğe sahip gibi algılamış ve Medeni Kanunun evlilik birliğine ilişkin hükümlerini bu görüş doğrultusunda düzenlemiştir. Eşlere birliğin mutluluğunu elbirliği ile sağlama yükümlülüğü yüklenmesi, birliğin korunması amacıyla hakime müdahale imkanı tanınmış olması, birliğin yönetim usulünün düzenlenmiş olması, birliğin giderlerinden bahsedilmesi, birliğin temsiline ilişkin hükümler getirilmiş olması hep bu düşüncenin ürünü olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶.

Sonuç olarak evlilik birliği, eşler arasında meydana gelen geçerli bir evlenme sonucunda ortaya çıkan, onu oluşturanlardan bağımsız tüzel kişiliği bulunmayan, buna rağmen eşler lehine çeşitli haklar doğuran ve yükümlülükler yükleyen, başta Anayasa ve Medeni Kanun olmak üzere diğer düzenlemeler ile koruma altına alınmış, hukuki, manevi ve ekonomik veçheleri bulunan toplumsal bir birimdir.

²⁵ Akıntürk, sh. 10; Öztan, sh. 148; Ayan (Evlilik), sh. 15; Saymen/Elbir, sh. 8; Hatemi, H./ Serozan R. : Aile Hukuku, İstanbul 1993, sh. 179; Havutçu, A.: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, sh. 27.

²⁶ Akıntürk, sh. 10; Ayan (Evlilik), sh. 15; Feyzioğlu, sh. 15; Egger, sh.13; Havutçu, sh.27.

C) Evlilik Birliğinin Eşlere Yükllediği Yükümlülükler

1. Genel Olarak

Hukuken geçerli bir evlenme sonucunda meydana gelen ortaklığa, birlik niteliğini veren özelliklerden biri, bu ortaklığın eşler lehine birtakım haklar doğurması ve belirli yükümlülükler yüklemesidir²⁷. Eşler arasındaki ilişkinin tam manasıyla bir birlik olabilmesi ise bu yükümlülüklerin karşılıklı saygı, sevgi ve anlayış içerisinde eksiksiz yerine getirilmesine bağlıdır. Aynı zamanda ileride değineceğimiz gibi²⁸, evlilik birliğinin korunması amacıyla, Medeni Kanunda öngörülen tedbirlerden birinin alınabilmesi için gerekli temel şart, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesidir. Bu nedenle, evlilik birliğinin sorunsuz yürütülebimesi için eşlerin hangi yükümlülükler altında bulunduğu, diğer bir deyişle evlilik birliğinin eşlere hangi yükümlülükleri yüklediğinin tespiti son derece önemlidir. Biz de, konunun önemine binaen burada ilgili açıklamalarda bulunuyoruz. Buna göre, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler şunlardır:

a) Birliğin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü

Şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıktır ki, evlilik birliğinin karakteri salt hukuki olmayıp aynı zamanda manevi ve ahlakidir²⁹. Eşlerin hayatlarını birleştirmeleri suretiyle oluşturdukları evlilik birliği içinde mutlu bir aile hayatı sürmeleri, evlilik birliğinin temel gayesidir. Zira, mutluluk olmayan evde dirlik ve düzen olmayacağı gibi evlilik birliği de taşıdığı toplumsal işlevini yerine getiremez hale gelir. Bundan dolayıdır ki eşlerin her biri evliliğin toplumsal, manevi ve ahlaki amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla, başka bir deyişle mutlu bir aile ortamı oluşturmak amacıyla, elinden geleni

²⁷ Tekinay, sh. 304; Saymen/Elbir, sh.8-123.

²⁸ Bkz. aşı. sh. 36 vd.

²⁹ Oğuzoğlu, sh. 141; Akıncı, sh.16; Feyzioğlu, sh. 160; Akıntürk, sh. 134; Egger, sh.286.

yapmakla yükümlüdür³⁰. Bu husus, MK.m.185/II’de “*Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamakla yükümlüdürler.*” hükmünde ifadesini bulmuştur.

Kuşkusuz bu yöndeki çaba, karşılıklı anlayış, özveri, özen ve yakınlık gösterme gibi müspet davranışları içerdği gibi kendi tutku ve çıkarlarından birliğin mutluluğu lehine gerektiği ölçüde vazgeçme niteliğinde bir kaçınma halini de içerir³¹. Kısa süreli olması arzulanmayan bu birliğin amaçlarından birinin neslin devamını sağlamak olduğu göz önünde bulundurulursa, eşlerin birbirlerine karşı cinsi yakınlık göstermelerinin de mutluluğun sağlanması bakımından önemli bir unsur olduğu kabul edilmelidir³².

b) Sadakat Gösterme Yükümlülüğü

Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerden birisi de birbirlerine karşı sadakat göstermeleridir. Aksi takdirde gerçek anlamda bir birlikten söz edilemeyeceği açıktır. Bu yükümlülük, Medeni Kanunun 185. maddesinin üçüncü fıkrasında, “*Eşler... birbirine sadık kalmak... zorundadır.*” denilmek suretiyle kesin bir biçimde hükme bağlanmıştır. Anılan yükümlülük, kadın-erkek eşitliği prensibine uygun olarak herhangi bir ayırım yapılmaksızın her iki eş için ortak şekilde öngörülmüştür³³.

Eşlerin birbirlerine karşı sadakat gösterme yükümlülüğünün birden fazla veçhesi vardır. Sadakat kavramından anlaşılması gereken salt cinsel sadakat olmamalıdır. Her ne

³⁰ Tekinay, sh. 306; Akıntürk, sh. 116; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.160; Tarakçıoğlu, sh. 216; Feyzioğlu, sh. 160; Tandoğan, sh. 111; Demir, P. : Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004, sh.19; Akıncı, sh. 19.

³¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 779; Öztan,(Önceki Baskı) sh. 107; Tarakçıoğlu, sh. 216; Saymen/Elbir, sh. 124; Öztan, sh. 153.

³² Velidedeoğlu,(Medeni) sh.345; Akıntürk, sh. 116; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 782; Tarakçıoğlu, sh.216; Ayan (Evlilik), sh. 47.

³³ Akıncı, sh. 26; Akıntürk, sh. 117; Ayan (Evlilik), sh.50; Feyzioğlu, sh. 161; Saymen/Elbir, sh. 124; Demir, sh. 16; Şıpka, Ş. : Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2002, sh. 34. Saymen/Elbir, sh. 124; Tarakçıoğlu, sh. 217; Feyzioğlu, F. N./Doğanay, Ü./Aybay, A. : Medeni Hukuk Dersleri, C.I, Temel İlkeler-Kişinin Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku, İstanbul 1976, sh.232.

kadar akıla ilk olarak cinsel sadakat gelse de³⁴, eşlerin birbirlerinin sırlarını menfaat karşılığı ifşası, aile varlıklarının zarar kastıyla israfı gibi haller de madde kapsamında telakki edilmelidir³⁵.

Sonuç olarak sadakat yükümlülüğü, eşlerin birbirlerinin cinsel olduğu kadar duygusal, kişisel ve ekonomik menfaatlerini de korumayı gerektiren bir mahiyet taşır³⁶. Sadakat gösterme yükümlülüğü, evlilik birliğinin devamı müddetince var olan bir yükümlülüktür, bundan ötürü eşlerin fiilen ya da mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı neticesinde ayrı yaşamaları bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz³⁷.

c) Birlikte Yaşama Yükümlülüğü

Evlilik birliği bir hukuki müessese olmakla beraber, hukuki çerçeveyi dolduran, tamamlayan kuşkusuz eşlerin fiili birlikteliğidir. Eşlerin mutlulukta, hüznünde kısaca hayata dair tüm hislerde ortaklıkları aynı fiziki ortamı paylaşmaları ile mümkündür³⁸. Bu gerçeği gören kanun koyucu Medeni Kanun'un 185. maddesinin üçüncü fıkrasında eşler için birlikte yaşama yükümlülüğü öngörmüştür. Birlikte yaşanacak fiziki mekan, kanunun 194. maddesi uyarınca eşlerin birlikte seçecekleri “*aile konutu*” dur. Bu yükümlülük askerlik, tedavi, öğrenim, mahkeme kararı gibi fiziki ya da manevi bir imkansızlığın ayrı yaşamayı haklı kıldığı haller istisna olmak kaydıyla evlilik birliği boyunca devam eder³⁹.

³⁴ Cinsel sadakatsizlik hali için kanun koyucu en ağır müeyyideyi ihdas ederek, zinayı Medeni Kanun'un 161. maddesinde mutlak boşanma sebebi saymıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, sh. 252 vd.

³⁵ Saymen/ Elbir, sh. 124; Tandoğan, sh. 112; Akıntürk, sh. 117; Ayan (Evlilik), sh. 50; Zevkliler/Acabey/Gökyayla sh. 779-780; Tekinay, sh. 307; Tarakçıoğlu, sh.217; Feyzioğlu, sh. 161; Binatlı, Y. Z. : Türk Medeni Hukuku, Ankara 1967, sh. 325; Zevkliler, A./Havutçu A.: Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2003, sh. 235.

³⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 162.

³⁷ Tandoğan, sh.112;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 778; Tekinay, sh. 276; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 158.

³⁸ Saymen/Elbir, sh. 124.

³⁹ Akıntürk, sh. 117; Köteli, sh. 90; Baktır, sh.99; Oğuzoğlu, sh. 146-147;Darende,Y.:Yeni Medeni Kanun'a Göre Terk Sebebine Dayalı Olarak Açılacak Boşanma Davaları, http://www.turkhukusitesi.com/makale_178.htm), sh.2.

Birlikte yaşama yükümlülüğünün önemine binaen kanun koyucu ihlali başka bir deyişle “terk” halini Medeni Kanun’un 164. maddesinde bir boşanma sebebi olarak kabul etmiştir⁴⁰. Birlikte yaşama, eşler için öngörülen bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda bir hak teşkil eder.

d) Ortak Konutu Seçme Yükümlülüğü

Yukarıda incelediğimiz “birlikte yaşama yükümlülüğü”nün hayata geçirilmesi için zorunlu koşul ortak bir konutun seçilmesidir. Zira, evlilik birliği bir bakıma konut ortaklığını da içerir⁴¹. Medeni Kanun’un “*aile konutu*”⁴² olarak adlandırıldığı bu ortak fiziki mekanı seçmek, kanunun 186. maddesinin ilk fıkrasında eşler için birlikte yerine getirmeleri gereken bir yükümlülük olarak öngörülmüştür⁴³.

⁴⁰ Hatemi/Serozan, sh. 183; Akıntürk, sh. 117; Ayan (Evlilik), sh. 49.

⁴¹ Kılıçoğlu, A. : Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, sh.25; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 168; Giray, F. : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Yer Alan “Aile Konutu” Kavramının Kanunlar İhtilafı Bakımından Değerlendirilmesi, MHB s.1-2, Prof.Dr.Gülören Tekinalp’e Armağan, İstanbul 2003, sh.424; Y.2HD., T.11.9.1990,E.2020/K.8170 (Darende, sh.4); Ayyıldız, G.:Eski ve Yeni Medeni Kanun’a Göre Evlilik İçinde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İBD C.79, s.6, İstanbul 2005, sh.2085.

⁴² Aile Konutu kavramı, hukukumuza ilk defa 4721 sayılı Kanun ile girmiştir. Bkz. Başpınar, V. : Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler, GÜHFD C.III, s.1-2, Ankara 2003, sh. 52. “Aile Konutu” kavramı doktrinde genellikle kanunun düzenlemesine paralel olarak “ortak konut” kavramını karşılar şekilde kullanılmakla beraber bazı özel durumlarda kavramlar arasında denklik olamayacağına ilişkin olarak bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 169; Şıpka, sh. 73 vd.

⁴³ Kanun koyucu yürürlükten kalkan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nin 152. maddesinde yer alan, “*Koca birliğin reisidir. Evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile iâşesi ona aittir.*” hükmüne 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda yer vermeyerek kadın-erkek eşitliğini sağlama yolunda önemli bir adım atmıştır. (Bkz. Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ankara 2002, sh.741 vd.) 743 sayılı kanun döneminde ortak konutun seçimi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gören, Z.: Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998, sh.71 vd.; Şıpka, sh. 19 vd.; Kılıçoğlu, sh. 25 vd.; Hatemi/ Serozan, sh. 182 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 782; Feyzioğlu, sh. 162-163; Tarakçıoğlu, sh.218; Ayrıca bkz. Y. 2HD., T. 24.06.2003 , E.5138/K.9438.(Özkan, H. : Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, İstanbul 2005, sh. 929); Y.2.HD., T.07.04.2003, E.3829/K.4921.(Özkan, sh. 923); Y.2HD.,T.8.12.2004, E.13745,K.14686. (www.hukuki.net)

Aile konutu, eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocuklarıyla birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları, acı ve tatlı günleri içinde paylaştıkları ortak konuttur⁴⁴. Başka bir deyişle aile konutu, eşlerin ortak yaşamlarının merkezi konumundaki konuttur⁴⁵. Bu kapsamda, aile konutu eşlerin iradelerine göre belirlenip ev, kat, oda hatta eşlerin anlaşması halinde olağan yaşam tarzının dışında olsa da otel odası dahi olabilir⁴⁶. Konutun taşınır veya taşınmaz mahiyetinde olması önem taşımaz⁴⁷. Bununla birlikte, eşlerin sürekli olarak oturmadıkları tatil amacıyla bulundukları oteller, devre mülkler, tarımsal faaliyetlerin yürütülmesi esnasında kaldıkları bağ evleri, çiftlik evleri, tatilde kullanılan karavan vb. nitelikteki yerler aile konutu sayılmazlar⁴⁸.

Eşler, aynı zamanda ortak bir hak niteliğini taşıyan aile konutunu seçme yükümlülüğünü yerine getirirken ailenin ekonomik ve sosyal durumunu dikkate almalı, konutu birliğin mutluluğuna, ailenin daha iyi yaşamasına imkan verecek şekilde seçmeli, aile konutunun tam anlamıyla kendilerine ayrılmış bağımsız⁴⁹ ve sıhhi bir konut olmasına özen göstermelidirler⁵⁰.

⁴⁴ Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002, sh. 382.

⁴⁵ Şıpka, sh. 79; Öztan, sh. 199; Kılıçoğlu, sh. 41; Akıntürk, sh. 125.

⁴⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 169; Giray, sh. 426.

⁴⁷ Öztan, sh. 200.

⁴⁸ Akıntürk, sh.125, Şıpka, sh. 83; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.169; Öztan, sh. 200; Özüğür, A. İ. : Mal Rejimleri, Ankara 2004, sh. 157; Y. 2.HD., T. 27.03.2003, E.3071/K.4352.(Özugur, sh. 192)

⁴⁹ Y.2.HD.,T.27.02.2003,E.1324/K.2577.(Özkan,sh.951);Y.3HD.,T.29.11.2005,E.12920/K.12821;Y.2HD., T.28.4.2003,E.5246/K.6203(www.kazanci.com);Y.2HD.,T.2.11.1995,E.10639/K.11057;YHGK.,T.4.5.19 94,E.75/K.294;YHGK.,T.17.1.1990,E.605/K.4 (Darende, sh.4).

⁵⁰ Akıntürk, sh. 114; Feyzioğlu, sh. 218; Ayan (Evlilik), sh. 52; Cin, H. : İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988, sh. 183; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 782; Köseoğlu, B : Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara 2005, sh. 364; Köteli,, sh. 96; Demir, S. : Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, sh.61; Tekinay, sh. 218; Schwarz, sh.183; Giray, sh.428; Demir, M.:Eski ve Yeni Medeni Kanuna Göre Evlilik İçinde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İBD. C.79, s.6, İstanbul 2005, sh. 2085; Oğuzoğlu, sh.161. Ayrıca bkz. Y.2HD., T.

e) Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü

Medeni Kanun'un 185. maddesinin üçüncü fıkrası, evlilik birliğinin doğal yapısının bir zarureti olarak eşleri birbirlerine yardımcı olmakla yükümlü kılmıştır. Eşler, evlilik birliğinin devamı süresince dayanışma duygusu içerisinde birbirlerine destek ve yardımcı olmak durumundadır.

Yardım yükümlülüğü, maddi ve manevi (maddi olmayan) olmak üzere iki farklı biçimde ortaya çıkabilir⁵¹. Yardım yükümlülüğünün manevi boyutu, eşlerin birbirlerine öğüt vermesi, üzüntülerde birbirlerini teselli etmeleri, hastalık halinde özenle birbirlerine bakmaları, eşlerden birinin eğitimini tamamlaması için diğer eşin destek olması şeklinde somutlaşır⁵². Verdiğimiz örneklerden açıkça anlaşıldığı üzere, maddi nitelikte olmayan karşılıklı yardımlaşma yükümlülüğünün amacı, yakınlık, sabır ve özveri ile birliğin ayakta tutulmasıdır⁵³.

Evlilik birliğinin psikolojik olgularla örülü manevi birlik olduğu kadar iktisadi bir ortaklığı da ifade ettiği⁵⁴, maddi ve manevi olmak üzere iki varlık bütünü bir araya getirdiği⁵⁵ göz önüne alınırsa, yardım ve dayanışma yükümlülüğünün parasal bir yönü bulunduğu da kabulü gerekir⁵⁶. Zira, evlilik birliği öncelikle eşlerin kişilikleri üzerinde tesirini göstermekte ise de onların malvarlıklarını birliğin dışında mütalaa etmek kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir⁵⁷. Burada cevap verilmesi gereken soru şudur: Eşlerin kanunda düzenlenen yardım ve dayanışma yükümlülüğü kapsamında yapacakları maddi katkı ile Medeni Kanun'un 186. maddesinin üçüncü fıkrasına göre ifa

⁵¹ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 162; Velidedeoğlu,(Medeni) sh.341; Öztan, sh.156; Saymen/Elbir, sh. 124; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 780.

⁵² Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 162; Akıntürk, sh. 118; Ayan (Evlilik), sh.50-51; Saymen/Elbir, sh. 124; Hatemi/ Serozan, sh. 179; Tarakçıoğlu, sh. 217; Tekinay, sh. 308; Feyzioğlu, sh.161; Öztan, sh. 157.

⁵³ Köteli, sh. 88.

⁵⁴ Saymen/Elbir, sh. 124; Köteli, sh.88-89;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 780.

⁵⁵ Köteli, sh. 88; Velidedeoğlu (Aile), sh. 98; Tekinay, sh.308; Binatlı, sh.325.

⁵⁶ Tekinay, sh.277; Akıntürk, sh. 118; Köteli, sh.88; Tarakçıoğlu, sh.217. Berki, Ş. : Medeni Hukuk, Umumi Esaslar-Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961, sh.137.

⁵⁷ Köteli, sh. 89.

edilmesi gereken evlilik birliği giderlerine katılma edimi arasında nasıl bir ilişki mevcuttur? Başka bir deyişle, yapılan katkı hangi yükümlülüğün ifası olarak kabul edilecektir? Meselenin tespiti önem taşımaktadır. Zira, iki katkı türü miktar ve normatif dayanak bakımından birbirinden farklıdır.

Yardım ve dayanışma yükümlülüğünün manevi olmayan boyutu, birlik giderlerine katılma edimini aşan katkı edimlerinde somutlaşır. Evlilik birliğinin giderlerini karşılama görevi esasen her iki eşe yükletilmiş olmakla beraber, özellikle eşlerden birinin önceden öngörülemeyen hastalık, işsizlik gibi zaruret hali teşkil edecek sebeplerle görevini hiç ya da gereği gibi yerine getirememesi halinde diğer eş, birlik giderlerinin kendisine düşen kısmını aşan katkıyı yardım ve dayanışma yükümlülüğü kapsamında sağlar⁵⁸. Bununla birlikte, bir eşin çalışacak durumda olmasına rağmen çalışmaması nedeniyle diğer eşten parasal katkı talep etmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebileceği, gibi ortada bir zaruret hali bulunmadığından bu durum söz konusu yardım ve dayanışma yükümlülüğü kapsamında da deęerlendirilmemelidir⁵⁹.

f) Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Yükümlülüğü

İşbölümü esasına dayalı modern toplum örgütlenmesinde, birliğin ihtiyaçlarının karşılanması karşımıza farklı kalemlerden oluşun bir gider yekünü çıkarmaktadır. Pek tabidir ki, bu giderleri karşılama ödevi de birliği oluşturan eşlere ait olacaktır⁶⁰. Bu

⁵⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 162-163; Akıntürk, sh.118; Tekinay, sh. 217.

⁵⁹ Öztan, sh.158.

⁶⁰ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yapılan en köklü değişikliklerden birisi evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünün her iki eşe birden yükletilmesi olmuştur. 743 sayılı önceki Medeni Kanun'un 186. maddesini karşılayan (Evlilik) 152. maddesinin ilk fıkrasında kocanın birliğin reisi olduğu hüküm altına alındıktan sonra, ikinci fıkrada "... *karı ve çocukların münasip veçhile iaşesi, ona aittir.*" denilerek karı ve çocuklara bakma ve aileyi geçindirme yükümlülüğü sadece kocaya verilmiş bulunmaktaydı. Eşlerin eşitliği prensibini zedeleyici nitelikteki bu hükme 4721 sayılı kanunda yer verilmeyerek, hem koca açısından birlik reisliği statüsü ortadan kaldırılmış hem de aileyi geçindirme yükümlülüğü her iki eş arasında paylaştırılmıştır. Türk Y.2HD., T.18.7.2002, E.843/K.9816 "Medeni Kanunu'nun 186.maddesi uyarınca evin giderlerine kadının da katılması gerekir." (Gençcan Ö.U.: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Evliliğin Genel Hükümleri, YD., C.29, s.1-2, Ankara 2003, sh. 45). Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman/Barlas, sh. 28; Kılıçoğlu, sh. 26 vd.; Demir, P., sh.19-20.

hususla MK.m.186/III’de “*Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.*”denilmek suretiyle yer verilmiştir. Kanun koyucu yaptığı düzenlemeyle giderlere katılmada ölçüt olarak eşlerin kişisel ve ekonomik durumlarını benimsemiştir⁶¹.

Giderlere katılma yükümlülüğü kapsamında eşlerin katılmakla yükümlü olduğu gider kavramının neleri ihtiva ettiğinin tespit edilmesi son derece zaruridir. Zira, herhangi bir ihlal iddiasıyla hakimden müdahale talep edilmesi halinde değerlendirme ilk olarak bu ekseninde yapılacaktır. Bu kapsamda “Birlik Gideri” kavramına öncelikle eşlerin ve varsa çocukların yiyecek, giyecek ve barınma ihtiyaçlarının karşılanması girer. Bunlardan başka, tıbbi, sosyal ve fikri ihtiyaçlar da bu kapsamda değerlendirilmek gerekir⁶². Birlik giderlerinin kapsamını genel hatlarıyla maddeler halinde belirtmek gerekirse⁶³:

1. Temel İhtiyaçlar

- Gıda
- Barınma (Kira parası, konut kredisi ödemeleri, ısınma-aydınlatma-su faturaları için yapılacak ödemeler)
- Giyim
- Sağlık⁶⁴

2. Sigorta Primleri (Hastalık, kaza, sorumluluk, hayat sigortaları)

3. Kültürel İhtiyaçlar⁶⁵ (Gazete, tiyatro, sinema, kitap, dergi vs.)

⁶¹ Öztan, sh. 169; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 180; Baygın, C.: 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Ünal Tekinalp’e Armağan C.II, İstanbul 2003, sh.450.

⁶² Öztan, sh. 169.

⁶³ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.183-184; Öztan, sh.170-171.

⁶⁴ Sağlık masraflarının içine öncelikle ortaya çıkan hastalıkların tedavisi için yapılan ilaç, ameliyat vb. masraflar dahil olduğu gibi genel sağlık kontrolü gibi tedbiren yapılan harcamalar da dahildir. Buna karşılık, estetik amaçlı müdahaleler ancak eşlerin yüksek gelir seviyesine sahip olması veya estetik operasyonun devam eden tedavinin zorunlu bir unsuru olması halinde birlik gideri kabul edilir.

⁶⁵ Eğitim harcamalarının evlilik birliği giderlerine dahil olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız görüşe göre, eşlerin boş zamanlarını değerlendirmek amacıyla katıldıkları kurs vb. hobi faaliyetlerinin kültürel ihtiyaçlar kapsamında değerlendirilmesi mümkündür. Bunun dışında kalan tam

4. Vergiler (Gelir ve emlak vergisi, ailenin ihtiyaçlarının karşılanmasına hizmet ettiği ölçüde eşlerin bireysel malvarlığı değerlerine ilişkin vesaset ve intikal, emlak, motorlu taşıtlar vergisi)
5. Sosyal Güvenlik Harcamaları
6. Eşlerin sahibi oldukları ve birliğe hizmet eden malvarlığı değerleri için yapılan harcamalar ve değerlerini korumaya yönelik sigortalar (tamirat, boya vs.)
7. Evlilik birliği ile nedensellik bağı içerisindeki uyuşmazlıklara ilişkin davalara ait yargılama giderleri
8. Eşlerin kişisel ihtiyaçları⁶⁶

Yukarıda belirttiğimiz hususlar tahdidi olmaktan çok yol gösterici ve objektif niteliktedir. Elbette ki, belirtmediğimiz bir ihtiyaç için yapılan harcamanın evlilik birliği gideri olarak mütalaa edilmesi mümkündür. Bu noktada birlik ihtiyaçlarının çerçevesi, sübjektif olarak her bir evlilik birliğinin münferiden şartları göz önünde bulundurularak somutlaştırılmalıdır⁶⁷. Örneğin, otomobil sahibi olma veya yurt dışı gezisine çıkma arzusu bir aile için ihtiyaç niteliğinde olabilmekte dolayısıyla yapılan harcama birlik gider kalemi oluşturmaktadır. Oysa, aynı masraflar, başka bir aile için ise lüks masraflardan sayılabilir. Burada göz önünde bulundurulması gereken ölçüt, eşlerin kararlaştırdıkları yaşam standardı ve masrafların eşlerin mali güçleriyle orantılı olmasıdır⁶⁸.

Kanun koyucu eşlerin birlik giderlerine katılmasını iki farklı şekilde mümkün kılmıştır. Eşler birlik giderlerine emek ve malvarlıkları ile katılırlar. Başkaca bir ifadeyle, birlik giderlerinin eşler tarafından mutlaka parayla karşılanması zorunluluğu

zamanlı eğitim faaliyetleri için yapılacak harcamalar eşlerin kabulüyle yapıldığı ve bu eğitimin ailenin gelir düzeyini veya yaşam kalitesini yükseltmeye hizmet ettiği ölçüde birlik gideri kapsamında ele alınmalıdır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 184.

⁶⁶ Eşlerden birisinin boşandığı eşine ödemekle yükümlü olduğu yoksulluk nafakası, çocuğuna yönelik iştirak nafakası, akrabalarına yönelik yardım nafakası kapsamında yapılan harcamalar evlilik birliği giderlerine dahil değildir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 185.

⁶⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.186.

⁶⁸ Öztan, sh.171; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 186.

yoktur. Sürekli ve belirli bir geliri olan eş birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü malvarlığı ile, belirli bir geliri olmayan eş⁶⁹ ise emeği ile ifa eder⁷⁰.

Bu düzenleme ile emeğin de evin geçimine katkı sağladığı kanunen hüküm altına alınmıştır. Ülkemiz koşullarında özellikle kadınların önemli bir kısmının ekonomik bağımsızlıklarını henüz kazanamamış oldukları düşünülürse, kanun koyucunun son derece isabetli bir düzenlemeye imza attığını söylemek yanlış olmaz. Zira, uzun yıllar boyu değerlendirme dışı bırakılan ve karşılıksız bırakılan kadının ev işlerinde çalışması, çocuklara bakması, kocanın iş ve işletmesinde yardımcı olması vb. emek faaliyetleri özellikle boşanmalarda hesaba katılmak suretiyle artık kanuni bir değere kavuşturulmuş ve belirli bir geliri olmayan evli kadınların mağduriyeti büyük ölçüde önlenmiştir⁷¹.

Kural olarak eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılmanın şekli ve miktarı eşler arasında yapılacak bir anlaşmayla belirlenir. Hangi eşin bir meslek icra edip parasal katkı yapacağı hangi eşin çocuklara bakmak, ev işlerini görmek suretiyle giderlere emeği ile katılacağı eşler arasında yapılacak bu anlaşmaya bağlıdır. Söz konusu anlaşma herhangi bir şekil şartına tabi olmadığı gibi aile yaşamında süregelen uygulamadan zımni bir anlaşmanın varlığı sonucu da çıkarılabilir⁷².

⁶⁹ Söz konusu eş karı veya koca olabilir.

⁷⁰ Akıntürk, sh.119.

⁷¹ Kılıçoğlu, sh.26; Ayan (Evlilik), sh.54; Akıntürk, sh.119.

⁷² Kılıçoğlu, sh.27; Öztan, sh.175; Ayan (Evlilik), sh.54.

g) Çocukların Bakım ve Yetiştirilmesine Özen Gösterme Yükümlülüğü

Eşlerin bir araya gelmek suretiyle oluşturdukları evlilik birliğinin gayelerinden bir tanesi de neslin devamını sağlamaktır⁷³. Bu nedenle çocuk, toplumun en küçük nüvesini oluşturan ailenin en önemli öğelerinden biri kabul edilmektedir⁷⁴. Bu hususun bilincinde olan kanun koyucu aile ilişkilerinin dikkate değer bir kısmını oluşturan anne-baba ve çocuk arasındaki ilişkileri ayrıntılı bir şekilde düzenlemiş ve özellikle çocukların evlilik birliği bünyesinde özenle yetiştirilmelerine önem vererek bu konuda MK.m.185/II'de eşler için ortak bir yükümlülük öngörmüştür. Buna göre, *“Eşler, ... çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler.”*

Eşler, çocukların maddi ve manevi bütün ihtiyaçlarını imkanları elverdiğince karşılamalı, çocukların her bakımdan iyi bir insan olarak yetişmesi için gayret göstermelidir⁷⁵. Kanımızca, evlilik birliğinin ancak bu yolla toplumsal işlevini tam anlamıyla yerine getirdiğinden söz edilebilir.

Bakım ve yetiştirme yükümlülüğünün kapsamını, çocukların yiyecek ve giyecek ihtiyaçlarının karşılanması, hasta olmaları halinde ilaç, tedavi ve bakımlarının sağlanması, eğitim-öğretim faaliyetleri için gerekli araç gerecin temini gibi hususlar oluşturur⁷⁶. Çocuğun bakımı, eğitimi ve korunması için gerekli söz konusu giderler “Soybağının Genel Hükümleri” başlığı altında yer alan MK.m.327/I hükmü uyarınca ana ve baba tarafından karşılanır⁷⁷. Çocuğun giderlerinin karşılanması yükümlülüğü soybağının velayetten bağımsız hükümlerinden birini teşkil eder. Dolayısıyla, velayetin kaldırılması hali, MK.m.350/I'de açıkça ifade olunduğu üzere ana ve babanın çocuğun

⁷³ Tarakçıoğlu, sh.216; Y. 2.HD., T.25.11.2002, E.11926/K.13123. Ayan (Evlilik), sh.48, dpn. 164.

⁷⁴ Oğuzman/Barlas, sh. 5.

⁷⁵ Akıntürk, sh.118; Öztan, sh. 158; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 161; Tandoğan, sh.112.

⁷⁶ Akıntürk, sh.118; Kılıçoğlu, sh. 149.

⁷⁷ Ana ve babanın çocuğun giderlerini karşılama yükümlülüğünün kapsamı ve süresi ve ilgili dava hakkı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, sh. 149 vd.; Akıntürk, sh. 412 vd. ; Öztan, sh. 612 vd.

giderlerini karşılama yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz⁷⁸. Boşanmış eşlerin çocuklarının bakım ve yetiştirilmesi yükümlülüğünün normatif dayanağını esasen MK.m.185/II değil, MK.m.350/I oluşturur. Zira, artık ortada bir evlilik birliği mevcut değildir⁷⁹.

Eşlerin çocuklara bakılması ve çocukların yetiştirilmesi konusunda özen yükümlülüğünün eşlerin ortak çocuklarını kapsadığı şüphesizdir. Bundan başka, MK.m.185/II’de yer alan “*çocuk*” ifadesi, eşlerin ortak olmayan yani üvey çocuklarını da kapsar şekilde geniş yorumlanmalıdır⁸⁰. Gerçekten, eşler MK.m.338/I hükmüne uygun olarak ergin olmayan üvey çocuklarının eğitime, bakımına özen göstermek yükümlülüğü altındadırlar⁸¹. Bununla birlikte, üvey çocuğun harçlık vb. gibi ekonomik ihtiyaçları bakımından üvey ana veya babaya yöneltebileceği doğrudan bir talep hakkı mevcut değildir⁸². Buna rağmen eşlerin, üvey çocuklarının mali ihtiyaçları bakımından yardım ve dayanışma yükümlülüğü⁸³ kapsamında diğer eşe katkıda bulunmasına bir engel yoktur⁸⁴.

h) Evlilik Birliğinin Yönetilmesi Yükümlülüğü

Medeni Kanun’un “Konutun Seçimi,Birliğin Yönetimi ve Giderlere Katılma” başlıklı 186. maddesinin ikinci fıkrası hükmü uyarınca eşler evlilik birliğini beraberce

⁷⁸ Ayan (Evlilik), sh.49; Akıntürk, sh.403 vd.; Öztan, sh.613; Y.2.HD., T.14.03.2002, E.2607/K.3516. (Karagülmez, A./ Ural, S.S. : Açıklamalı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, Ankara 2003, sh. 169)

⁷⁹ Öztan, sh. 158.

⁸⁰ Uygulamada, önceki evliliğinden çocuk sahibi olmuş bir kişinin yeniden evlenmesi halinde yeni eşin üvey çocuğun bakımı ve yetiştirilmesi için gerekli hassasiyet ve özeni göstermediği, üvey çocukların ortak çocuklar karşısında ayrımcılığa tabi tutulduğu müşahade edilmiştir. Bu durum herkesin hatırına kolayca geleceği üzere sıklıkla yazılı ve görsel basında da işlenmiştir. Kanun koyucu üzüntüyle karşılanan bu toplumsal yaraya seyirci kalmamış ve üvey çocukların korunması amacıyla, özenle yetiştirme ve bakma yükümlülüğü açısından çocuklar arasında herhangi bir fark gözetmeyerek bu konuyu 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 338. maddesinde açıkça hüküm altına almıştır. Bkz. ve karş. Kılıçoğlu, sh.136.

⁸¹ Akıntürk, sh.118; Öztan, sh.158; Ayan (Evlilik), sh.48; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 161; Kılıçoğlu, sh. 136.

⁸² Öztan, sh. 158; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.161.

⁸³ Bkz. yuk. sh. 17-18.

⁸⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.161; Öztan, sh.156.

yönetirler⁸⁵. Birliğin yönetimi eşler bakımından bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda bir haktır.

Birliğin yönetilmesi kavramı son derece geniş olup, öncelikle evlilik birliğinin yürütülmesine ilişkin olarak inceleme konusu yaptığımız tüm yükümlülüklerin yerine getirilmesini de kapsayacak şekilde, sorumluluk bilinci ile karar mekanizmasında yer almayı gerektirir. Aksi yönde bir davranış yükümlülük ihlali anlamını taşır⁸⁶. Eşler bu kapsamda evlilik birliğine ilişkin görülecek her iş için diğer eşi bilgilendirmeli, söz konusu işin birlik ruhuna uygun olarak diğer eşin katılımı ile yapılmasını sağlamalıdır⁸⁷. Birliğin yönetimiyle ilgili işin mutad işlerden olması dahi bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz.

Eşler, eve kimin bakacağı ya da ev işlerinin nasıl paylaşılacağı, ortak konutta kullanılmak üzere alınacak eşyanın seçimi vb. tüm hususlarda ortaklaşa ve birlikte hareket etmelidirler⁸⁸. Eşler evlilik birliğini beraberce yönetirken, dürüstlük kurallarını ve yardım-dayanışma yükümlülüklerini⁸⁹ göz ardı etmemeli, karşılıklı anlayış ve hoşgörü çerçevesinde aralarında hakimden müdahale talebini zorunlu kılacak bir uyuşmazlık çıkmaması için gerekli tüm özen ve dikkati sarf etmelidirler⁹⁰.

⁸⁵ 4721 sayılı Medeni Kanun döneminde benimsenen eşler arası eşitlik prensibinin bir neticesi olarak birliğin yönetilmesi hak ve yükümlülüğü herhangi bir fark gözetilmeksizin her iki eşe de tanınmıştır. Oysaki 743 sayılı önceki Medeni Kanun kapsamında birliğin yönetilmesi hususunda kocaya üstünlük tanınmakta ve bu anlayış kendisini kanunun birçok maddesinde göstermekte idi. Kocayı birliğin reisi tayin eden, karı ve çocukların bakım ve geçindirilmesi, ortak konutun seçimi görevlerinin kocaya ait olduğunu hüküm altına alan 152. maddenin yanı sıra, karının eş statüde olmaktan ziyade kocanın muavin ve müşaviri olduğuna vurgu yapan 153. madde, birliğin temsili bakımından esasen kocayı yetkili kılan 154. madde, velayetin icrası sırasında ortaya çıkacak uyuşmazlıklarda babanın reyini muteber kılan 263. madde eşitlikçi olmayan aile yaklaşımının tabi bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktaydı. Bu yaklaşım belirttiğimiz üzere 4721 sayılı kanun döneminde benimsenmemiş ve söz konusu hükümlerin bir kısmına yeni kanun döneminde yer verilmeyerek, bir kısmı ise yeniden düzenlenerek, birliğin yönetilmesi hususunda kocanın üstünlüğü anlayışı terk edilmiş ve eşlere eşit söz hakkı tanınmıştır. Bkz. ve karşı. Demir, P., sh. 19; Akıntürk, sh.115; Kılıçoğlu, sh. 25 vd.; Ayan (Evlilik), sh. 52 dpn. 181; Demir, S., sh.61.

⁸⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 158.

⁸⁷ Ayan (Evlilik), sh.53; Akıntürk, sh.115.

⁸⁸ Demir, P., sh.19; Akıntürk, sh. 115.

⁸⁹ Bkz. yuk. sh.17-18.

⁹⁰ Akıntürk, sh. 115-116.

ı) Meslek ve İş Seçiminde Özen Gösterme Yükümlülüğü

Karı ve koca arasında kurulan evlilik birliği, kural olarak eşlerin seçip yürüttükleri meslek ve işlerini bırakmalarını gerekli kılmaz. Zira, MK.m.192 uyarınca “Eşlerden her biri, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir.”⁹¹ Dolayısıyla eşler teşebbüs ve meslek seçme hürriyetleri çerçevesinde diledikleri meslek ve iş seçiminde özgürdürler⁹². Fakat, bu özgürlük sınırsız değildir. Bu özgürlüğün sınırını yine aynı madde çizmektedir. Buna göre, eşlerin meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde birliğin menfaatleri göz önünde tutulur. Birliğin menfaatleri bakımından kanun koyucu tarafından getirilen ölçüt, evlilik birliğinin huzur ve yararadır⁹³. Bu husus, eşlerden birinin seçtiği iş ve mesleğin yürütülmesinin diğer eşe, çocuklara ve genel olarak aile hayatına ilişkin etkileri üzerinde aile içi ayrıntılı bir değerlendirmenin yapılmasını şart kılar⁹⁴. Mamafih, eşlerden her biri meslek ve iş seçiminde gerek sağlayacağı parasal menfaat gerekse imkanlar ne kadar elverişli olursa olsun evlilik birliğinin huzurunu, mutluluğunu, düzenini bozabilecek nitelikte olan ve

⁹¹ Önceki medeni kanunumuz 159. maddesinde karının bir meslek veya sanatla uğraşmasını kocanın açık veya zımni iznine tabi tutmuştu. Karının elindeki tek imkan ise bir meslek veya sanat ile uğraşmasına izin verilmemesi halinde hakime başvurarak bir iş veya sanatla uğraşmasının evlilik birliğinin veya bütün aile fertlerinin menfaatine olduğunu kanıtlayıp hakimden izin almaktı. Bu düzenleme, Anayasa’nın eşitliğe ilişkin 10.maddesine olduğu gibi aynı zamanda BM nezdinde 1979 yılında New York’ta imzalanan ve Türkiye Cumhuriyeti’nin de taraf olduğu ve TBMM tarafından onaylanarak bir iç hukuk kuralı haline getirilen “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi” nin (RG. 14.10.1985, S.18898) 11.maddesinin c bendinde düzenlenen “Serbest Olarak Meslek ve İş Seçme Hakkı” na da aykırılık teşkil etmekte idi. Önceki Medeni Kanun’un söz konusu hükmü Anayasa Mahkemesi’nin 29.11.1990 tarih, 1990/30-31 sayılı kararı (RG. 2.7.1992, S.21272) ile anılan nedenlere dayanılarak iptal edilmiştir. Böylelikle eşlerin meslek veya sanatla uğraşması hususundaki eşitsizlik giderilmiş ve Türk iç hukuku bakımından kanun niteliği kazanmış olan uluslararası sözleşmeye uygunluk sağlanmıştır. Kanun koyucu Anayasa Mahkemesi’nin iptal kararının ardından hakkında düzenleyici bir hüküm bulunmayan bu konuyu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 192. maddesinde açıkça hükme bağlayarak bu konudaki tüm tartışmalara son vermiş bulunmaktadır. Akıntürk, sh.120; Demir, P., sh.26; Demir, S., sh. 66-67; Domaniç, H.: Yaradılıştan Bu Yana Kadın Haklarının Gelişimi ve Sorunları, İstanbul 2007, sh. 13; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 196. Ayrıca, 743 sayılı Medeni Kanun’un yürürlüğü dönemindeki düzenleme hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Velidedeoğlu, (Aile) sh. 118 vd.; Hatemi/Serozan, sh.186 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.783 vd.; Oğuzoğlu, sh.153 vd.; Tekinay, sh.293 vd.; Feyzioğlu/Doğanay/Aybay, sh. 233; Sivacıoğlu, M.:Avrupa Topluluğunda Kadın Erkek Eşitliği ve bunun Türk Mevzuatı ile Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, ATD, s.1, Ankara 1991, sh. 6-7.

⁹² Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 196; Öztan, sh. 161.

⁹³ Söz konusu kanun hükmü, aynı zamanda eşlerin “Birliğin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü” nün bir yansımasıdır. Bkz. yuk. sh.3.

⁹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 197, dpn. 191; Demir, P., sh. 28.

diğer eş ile varsa çocukları manen sıkıntı ve utanca maruz bırakabilecek nitelikte bulunan bir meslek ve iş seçmekten kaçınmak zorundadır⁹⁵.

Seçilen işin genel ahlak kaidelerine aykırı olması, yardım ve dayanışma, çocukların özenle yetiştirilmesi ve bakılması gibi yükümlülüklerin yerine getirilmesini engelleyecek oranda aşırı emek ve enerjiyi gerektirmesi gibi hallerde yürütülecek işin evlilik birliğinin huzur ve yararına olmadığı sonucuna varılabilir⁹⁶. Eşlerden birinin seçtiği meslek ve işin⁹⁷ evlilik birliğinin huzur ve yararına olup olmadığı konusunda çıkacak bir uyuşmazlıkta müdahale talep edilen hakim, somut olayı değerlendirirken eşlerin mali güçlerini, sosyal konumlarını, ailenin hayat standardını varsa çocuklarının sayısı ve yaşlarını⁹⁸ dikkate alarak takdir yetkisine göre karar vermelidir⁹⁹.

2) Yükümlülüklerin Niteliği ve Zorlanabilirlik Sorunu

Medeni Kanunumuz evlilik birliğini eşlerin hak ve yükümlülüklerde eşitliği ve karşılıklı saygı-sevgi-fedakarlık prensibi temelli, tüzel kişilikten yoksun hukuksal-ekonomik bir ortaklık şeklinde organize etmiştir¹⁰⁰. Bununla birlikte, evlilik birliğinin toplumsal ve ahlaki yönünü de dikkate almayı ihmal etmeyerek birliğin menfaatlerini korumak ve devamını sağlamak anlayışına uygun şekilde hukuki bir çerçeve öngörmüştür¹⁰¹. Eşler için kanunda öngörülen hak ve yükümlülükler bu anlayış kapsamında değerlendirilmek gerekir. Bu sebeptendir ki, eşlere düşen yükümlülüklerin yukarıda belirtilenlerden ibaret olduğunu kabul etmek kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Özellikle ahlaki nitelikte başkaca birtakım yükümlülükler kanunda ayrıntılı bir

⁹⁵ Akıntürk, sh. 120; Demir, S., sh.67.

⁹⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 198.

⁹⁷ MK.m.192'nin mesleki bir faaliyet teşkil etmese de eşlerin politik, sportif ve boş zaman faaliyetleri bakımından da kıyasen uygulanabileceği görüşü doktrinde kabul edilmektedir. Dolayısıyla eşlerin anılan faaliyetleri de evlilik birliğinin huzur ve mutluluğunu açacak yoğunlukta olmamalıdır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh.198.

⁹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 198.

⁹⁹ Demir, P., sh.28.

¹⁰⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.157; Öztan, sh. 148; Ayan (Evlilik), sh.14.

¹⁰¹ Öztan, sh. 147; Egger, sh.7.

şekilde ifadesini bulmamış olmakla birlikte eşler arasındaki temel ilişkiden ortaya çıkabilir¹⁰². Bu noktada MK.m.185 hükmü bir üst norm olarak, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yorumunda yol gösterici bir nitelik taşır¹⁰³.

Esasen evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler, nitelikleri itibariyle büyük oranda manevi ve ahlakidir¹⁰⁴. Bu nedenle kanun koyucu gerçekçi bir uygulama sahası bulmaktan uzak, kazuistik bir anlayışla hareket etmekten kaçınmış ve bu tip yükümlülüklerin içeriğinin saptanması meselesini önemli ölçüde iç işleyişe ve ailenin oluşturduğu sosyal bütünlüğe terk etmeyi tercih etmiştir¹⁰⁵.

Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini diğer eşten talep etmek hakkı mevcuttur, fakat eşlerin birbirlerini yükümlülükleri yerine getirmek hususunda zorlamaları mümkün ve gerçekçi değildir¹⁰⁶. Zira, üzerine düşen yükümlülüğü ihlal eden eş hakkında hapis veya para cezası gibi yaptırımların öngörülmesi düşünülemez¹⁰⁷. Bununla birlikte, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi nedeniyle mağdur olan diğer eş herhangi bir hukuki imkandan tamamıyla yoksun da değildir.

Başvurulabilecek ilk imkan elbette evlilik birliğinin sona erdirilmesi amacını taşıyan boşanmadır. Fakat boşanma, nihai olarak gündeme gelmesi gereken ve ailenin korunması prensibi dolayısıyla arzulanmayan bir yol olmakla birlikte tarafları kendilerine düşen yükümlülüklerin yerine getirilmesine doğrudan doğruya ve şahsen zorlayıcı bir yaptırım da değildir¹⁰⁸.

¹⁰² Güven, sh. 3; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 157; Tarakçıoğlu, sh. 216.

¹⁰³ Öztan, sh. 147-149; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 157.

¹⁰⁴ Velidedeoğlu (Aile), sh.107; Köteli, sh. 87; Feyzioğlu, sh 160; Schwarz, sh.196; Oğuzoğlu, sh.5.

¹⁰⁵ Köteli, sh.87; Schwarz, sh. 183; Koçhisarlıoğlu, C. :Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı, AÜHFD, C.53, s.3, Ankara 2004, sh. 20; Belgesay, sh. 9.

¹⁰⁶ Tandoğan, sh.131;Öztan, sh. 151; Velidedeoğlu (Aile), sh. 107; Oğuzoğlu, sh.159.

¹⁰⁷ Öztan, sh. 210.

¹⁰⁸ Velidedeoğlu (Aile), sh.107; Schwarz, sh.196;Tekinay, sh. 304-305.

İkinci imkan ise, çalışmamızın ikinci bölümünde inceleme konusu yaptığımız MK.m.195 vd. maddelerine uygun olarak hakimin müdahalesini taleptir. Hemen belirtmekte fayda vardır ki, bu yaptırım da birçok yükümlülük için ahlaki ve manevi niteliklerinden ötürü tıpkı boşanma gibi diğer eşi doğrudan zorlayıcı nitelikte değildir¹⁰⁹. Buna rağmen, evlilik birliğine ilişkin sorunların boşanma veya mahkeme kararı ile ayrılıklarına yol açılması aşamasına gelinmeden çözülerek birliğin devamına hizmet etmesi¹¹⁰ dolayısıyla daha çok arzu edilen ve yükümlülük ihlallerinde öncelikle başvurulması gereken bir yaptırım türüdür.

III. DEVLET-AİLE İLİŞKİSİ

A) Genel Olarak

Aile içerisinde kurulan ilişkiler ve meydana gelen olayların topluma etkisi, diğer hukuki ilişkilerden her zaman daha büyük olmuştur¹¹¹. Toplumu oluşturan bireyler, bir aile içerisinde yetişmekte ve yaşamlarını yine bir aile içerisinde sürdürmektedirler. Bu nedenle çağdaş devletin, toplumun temeli olan aileye kayıtsız kalması düşünülemez. Zira, aile ile ilgilenmeyen bir devlet bizzat kendi sosyal yapısını tehlikeye atmış olur¹¹². Bu kapsamda, devletin aile ilişkilerini düzenleyen aile hukuku alanına diğer hukuk dallarından daha fazla müdahale zorunluluğu ortaya çıkar. Bu da, devlet ile aile arasında sıkı hukuki bağların oluşmasına yol açar¹¹³.

Devlet, aile kurumuna olan ilgisini gerek ailenin kurulması gerek devamı gerekse sona ermesi bakımından getirdiği Medeni Kanun hükümleri vasıtasıyla her aşamada hissettirmiştir. Ailenin kurulmasını sağlayan evlenme işleminin resmi memur önünde

¹⁰⁹ Velidedeoğlu (Aile), sh.107.

¹¹⁰ Güven, sh. 2.

¹¹¹ Akıntürk, sh. 12.

¹¹² Dinçkol, B. : Devlet- Aile, MÜHA, s.1-3, İstanbul 1995, sh. 114; Velidedeoğlu (Aile) sh.7.

¹¹³ Cansel, E. :Türk Ailesinin Anayasa'nın 41. Maddesine Göre İncelenmesi, Prof.Dr.Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, sh. 405; Tekinay, sh. 3; Egger, sh.17;Tandoğan, sh.5.

yapılması, evlenme erginliğine ulaşmamış olanların evlenebilmesinin mahkeme kararına tabi tutulması, yakın hısımlar arasında evlemenin yasaklanmış olması, mutlak butlan davası açma konusunda cumhuriyet savcısına yetki verilmesi, evlenmenin iptalinin veya boşanmanın ancak hakim hükmü ile mümkün olabilmesi, soybağı anlaşmazlıklarının ve vesayet işlerinin mahkemelere bırakılmış olması, velayet hakkının kullanımının sürekli bir denetime tabi olması devletin aile hukukuna ne derece müdahale ettiğini göstermeye yeterlidir¹¹⁴. Bu nedenle, “Devletin Müdahaleciliği İlkesi” Türk Aile Hukukuna hakim olan ilkelerden biri olarak kabul edilmektedir¹¹⁵.

Devlet, müdahalesinin kapsamını sadece evlilik birliğinin kurulması ve sona ermesi ile sınırlandırmamış, aynı zamanda eşlerin evlilik birliği içerisinde birbirleri (evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerde olduğu gibi) ve çocukları ile olan ilişkilerini de düzenleme ihtiyacı hissetmiştir. Ancak devlet, aile ile olan hukuki ilişkisini ne kadar sıkı tutmak isterse istesin, geniş anlamda aile ilişkilerinin (eşlerin birbirleri ile olan ilişkileri ve ana-baba ile çocuklar arasındaki ilişkiler) yürütülmesinin söz konusu olduğu durumlarda, hukukun etkili veya etkin olmadığı hususlar ve hukukun uygulanmadığı zamanlar vardır. Aile hayatının büyük oranda kapalı kapılar ardında geçtiği düşünülürse, bu durumların hem nicelik hem de nitelik bakımından azımsanmayacak kadar önemli bir oran teşkil ettiği söylenebilir¹¹⁶. Bunun sonucu olarak, bu tip ilişkileri belirli bir kalıba sokmak isteyen hükümler bakımından hukukun yokluğu söz konusu olmakta ve bu hükümlerle yaratılmak istenen ideal rejim teoriden öteye geçememektedir¹¹⁷. Özet olarak, aile hayatı içerisinde devletin hukuk vasıtasıyla temas edemediği karanlık noktalar vardır ve kalmaya da devam edecektir. Bu nedenle, kanaatimizce aile ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından yapılması gereken, ayrıntılı emirler yerine genel nitelikli hükümler getirmek suretiyle çerçeve bir hukuki statü

¹¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 4; Akıntürk, sh. 12; Uçar, sh. 67; Tandoğan, sh.5; Turan, N.S.: Osmanlı Devletinde Aile Birliğinin Kuruluşu, Prof.Dr.Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001, sh.933.

¹¹⁵ Tandoğan, sh.5; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.4;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 703.

¹¹⁶ Koçhisarlıoğlu, C.:Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği, AÜHFD, C. XL, s.1-4, Ankara 1998, sh.261.

¹¹⁷ Köteri, sh.88; Schwarz, sh.183.

oluşturulması ve ölü hukuk kurallarının yaratılmasının önlenmesidir¹¹⁸. Elbette arzuladığımız tamamı ile hukukun düzenleme alanı dışında bırakılmış bir aile hayatı değildir. Fakat, bireylerin öncelikle diğer aile bireylerinin kişilik haklarını ve özgürlüklerini tanıyan, kamu düzeni ve genel ahlak kurallarını zedelemeyen davranış biçimlerini benimsemesi salt hukukun ulaşabileceği bir başarı değildir¹¹⁹.

Görüldüğü üzere devlet ile aile arasında sıkı bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Devlet, aile ile ilgili bir çok konuda olaya müdahalede bulunmakta ve bu baği kamu gücünü kullanmak suretiyle kurmaktadır¹²⁰. Devletin aileye müdahale ederek, kamu gücünü kullanmaya değer bulduğu önemli bir konu da evlilik birliğinin korunmasıdır. Başka bir deyişle devletin aileye müdahalesi, denetim yanında koruma işlevini de içerir¹²¹. Aşağıdaki açıklamalarımız bu konuya ilişkindir.

B) Evlilik Birliğinin Korunmasında Devletin Rolü

Aile ile hukuk sistemleri, dolayısıyla devlet arasında kurulan en önemli temas, evlilik birliğinin korunması ve devamlılığının sağlanması noktasında kendini gösterir. Devlet, aile hukuku kuralları vasıtasıyla aile yapısını her yönden koruyup kollayarak toplumun temelini sağlam tutmayı amaçlar. Aile, bireyin toplum yapısına bağlanması adeta harç ve çimento görevi gördüğü içindir ki, aile kurumunun kuvvetlendirilmesi ve dağılmasının önlenmesi bizzat toplumun kuvvetlendirilmesi anlamı taşır¹²².

¹¹⁸ Koçhisarlıoğlu (Eşitlik), sh.261.

¹¹⁹ Koçhisarlıoğlu, aile ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından aile hukukunun etkisiz kalmaması için örf ve adet ile uyumlu hale getirilmesi gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre, ailevi ilişkilerde hukukun önemi ne denli az ise örf ve adetin önemi o kadar fazladır. Bkz. sh. 21. Ancak, yazar Türk Medeni Kanunu'nun devrimci ve laik karakterine temas etmemektedir. Kanımızca, mesele Aile Hukuku kurallarının örf ve adete uyumlu hale getirilmesinden daha kalıcı ve çağdaş bir çözüme ihtiyaç duymaktadır. Bu ise, ancak toplum yapısının zaman içerisinde geliştirilerek değiştirilmesi halinde mümkün olabilir.

¹²⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 703.

¹²¹ Uçar, sh. 67.

¹²² Velidedeoğlu, (Aile) sh.7.

Türk hukuku bakımından ailenin korunmasına ilişkin temel hüküm, Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alan "Ailenin Korunması" başlıklı 41. maddesidir. Buna göre; *"Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."*

Görüldüğü üzere, kanun koyucu devlete, ailenin toplumsal açıdan taşıdığı önemi dikkate alarak, ailenin korunması, aile bireylerinin huzur ve refah içinde yaşamasını sağlama görevini bizzat Anayasa ile vermiştir¹²³. Anayasa'nın aile kurumuna ilişkin düzenlemeleri 41. maddeden ibaret değildir. Bundan başka, kadın ve erkeklerin eşit haklara sahip olduğunu belirten 10. madde, aile hayatının gizliliğini teminat altına alan 20. madde, resmi evlilik ilkesini düzenleyen 174. madde hep daha sağlıklı ve sağlam bir aile yapısının oluşturulmasına hizmet etmek amacıyla getirilen hükümlerdendir.

Kanun koyucunun, evlilik birliğinin korunmasına verdiği önem sadece Anayasal hükümler ile sınırlı kalmamıştır. Bunlardan başka, Medeni Kanun'un "Birliğin Korunması" başlığını taşıyan 195 vd. maddelerinde, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda¹²⁴, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un¹²⁵ 6. maddesinde de hakime gereken durumlarda evlilik birliğine müdahale ederek, tedbir alma görev ve yetkisi verilmiştir.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin mevzuatta yer alan hükümlerin temel felsefesini, ailenin birlik ve sürekliliği ilkesi oluşturur. Eşlerin hukuken geçerli şekilde

¹²³ Türk ailesinin bütünlüğünü korumak ve güçlendirmek amacıyla, 29.12.1989 tarihinde yayımlanan 396 sayılı KHK ile kurulan Aile Araştırma Kurumu, Anayasa ile devlete verilen bu görevin yerine getirilmesi amacıyla faaliyette bulunmaktadır. AAK'nın başlıca görevi; ailenin bütünlüğünün korunması, güçlendirilmesi ve sosyal refahın artırılması için araştırma yapmak veya yaptırmak, bu konuda projeler geliştirerek uygulamaya konulmasını sağlamaktır. Bundan başka, görevleri arasında ailenin bütünlüğünü korumak da olan, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu da, Anayasanın 41. maddesi gereğince kurulmuş olan kuruluşlardandır. Bkz. Ayan (Evlilik), sh. 22, dpn. 71.

¹²⁴ RG., T. 17.1.1998, S. 23233.

¹²⁵ RG., T. 18.1.2003, S. 24972.

evlenmesi ile kurulan evlilik birliğinin sürekli olması arzulanır¹²⁶. Çünkü, birliğin kendisinden beklenen toplumsal işlevi, ancak sağlam temellere oturmuş ve uzun süreli olması halinde yerine getirilebileceği kabul olunur.

Kanun koyucunun evlilik birliğini korumasındaki amaç iki boyutludur. Öncelikle, evlilik birliğini oluşturan eşlerin bireysel olarak korunması amaçlanır. Birbirlerine karşı karşılıklı saygı ve sadakat yükümlülüğü taşıyan eşler üçüncü kişilerin kişisel değerlerine nasıl saygı gösteriyorlar ise ortak yaşam içerisinde birbirlerine karşı da aynı duyarlılığı taşımak zorundadırlar¹²⁷. Diğer eşin kişilik haklarının ihlali anlamı taşıyan hal ve davranışlarda, hakim müdahalesi yoluyla mağdur olan eş korunur. Zira, tam anlamıyla bir birlikten bahsedebilmek için her şeyden önce, eşlerden birinin kişilik haklarının diğer eş tarafından ihlal edilmemesi aranır.

Birliği koruyucu tedbirlerin ikinci boyutu, eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ve çatışmaların henüz boşanma aşamasına gelinmeden hakim alacağı tedbirler vasıtasıyla çözümlenmesi ve bu sayede birliğin dağılmasının önlenmesidir¹²⁸. Ortak hayatın devamı süresinde, eşler arasında evlilik birliğine ilişkin bir konuda fikir ayrılıkları yaşanması veya eşlerden birinin üzerine düşen görevleri ifa etmemesi gibi durumlarla karşılaşılması eşyanın tabiatı gereğidir. Mesele, bu sorunların dönülmez bir noktaya ulaşmadan çözüme kavuşturularak birliğin ayakta tutulmasıdır. Esasen hukuka ihtiyaç duyulan nokta tam da burasıdır. Zira, aile hayatının sorunsuz akıp gittiği bir dönemde ne hakime ne hukuka ne de tedbire ihtiyaç vardır¹²⁹.

¹²⁶ Saymen/Elbir, sh.123; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.702; Belgesay, sh.8; Egger, sh.286; Tandoğan, sh.1; Schwarz, sh.181; Somer, P. : Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları, MÜHFD, s.1, İstanbul, 2002, sh. 158; Bozovalı, H. : Türk Medeni Hukukunda Tedbir Nafakası, İstanbul 1990, sh.3; Birsen, sh.302; Binatlı, sh.331.

¹²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 237; Gümüş, M.A. : Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, sh. 58; Ayan (Evlilik), sh.23; Öztan, sh.210; Tekinay, sh. 305; Saymen/Elbir, sh.124; Hatemi/serozan, sh. 194; Feyzioğlu, sh. 177.

¹²⁸ Güven, sh.1;Akıntürk, sh. 134; Koçhisarlıoğlu (Kavramlar), sh. 25; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 238; Gümüş, sh. 58; Ayan (Evlilik), sh.25; Öztan, sh.210; Saymen/Elbir, sh. 145.

¹²⁹ Koçhisarlıoğlu (Kavramlar), sh. 22; Egger, sh. 286;Ayan (Evlilik), sh. 26; Köteli, sh.88.

Evlilik birliğini koruyucu hükümler, sorunların ortaya çıkması halinde devreye girer ve aileyi oluşturan bireylerin tekrar iki yabancı haline gelmesini önlemeye gayret gösterir. Koruyucu hükümler bu şekilde, Anayasanın evlilik birliğini koruyucu ve aileyi ayakta tutucu yaklaşımını da hayata geçirmiş ve sosyal işlevini yerine getirmiş olur¹³⁰. Yoksa, elbette her eşin şartları olduğu anda boşanma davası açarak birliği sona erdirmeye imkanı vardır. Ancak, ailenin önemi bahsinde de vurguladığımız gibi¹³¹, evlilik birliğinin sürdürülmesinde sadece aile bireylerinin değil toplumun da büyük menfaati vardır¹³². Toplumun çekirdeği olan aileyi oluşturan evlilik birliği ne kadar dirlik ve düzen içerisinde olursa, toplumdaki barış ve huzur da o denli artar¹³³.

Hakime koruma amaçlı tedbir almak suretiyle, evlilik birliğine müdahale yetkisi verilmesi, asıl olarak evlilik birliğinin tabiatına ve bünyesine aykırı bir durumdur¹³⁴. Resmi bir makamın, evlilik birliği henüz devam ederken ailenin iç işleyişine dahil olması, ailenin özel ilişkilerinin bir parçası haline gelmesi ailenin mahremiyeti bakımından son derece olumsuz sonuçlar yaratabilir. Çünkü, müdahale talep edilen hakim adeta evlilik birliğinin üçüncü bir tarafı haline getirilmektedir¹³⁵. Bu nedenle, hakimın evlilik birliğine müdahale yetkisinin doğru bir hukuksal zemine kavuşturulması ihtiyacı vardır. Aksi takdirde, Anayasanın 20. maddesinde, *“Herkes... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz...”* denilerek teminat altına alınan, aile hayatının mahremiyeti ilkesinin bizzat devlet ve hukuk tarafından ihlal edilmesi riski ile karşılaşılır¹³⁶. Nitekim, kanun

¹³⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 238; Uçar, sh.140.

¹³¹ Bkz. yuk. sh.

¹³² Akıncı, sh.27; Efem, G.: Türk Hukukunda Ailenin Korunması, Yasa Hukuk Dergisi, s.257, İstanbul 2004, sh.55; Bozovalı, sh.3.

¹³³ Akıntürk, sh. 134; Uçar, sh.32.

¹³⁴ Belgesay, sh.9; Ayan (Evlilik), sh.24; Feyzioğlu, sh. 201.

¹³⁵ Uçar, sh.67.

¹³⁶ Aytaç, M.:Aile Ombudsmanlığı Hakkında Avrupa Konseyi No. R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı Üzerinde Bir İnceleme, AD., s.6, Ankara 2001, sh. 30. Yazara göre, mahkeme koridorlarındaki aile trajedileri ve bu bağlamda ailevi ilişkilerin niteliğinden kaynaklanan özel meselelerin sınırsızca yansıtıldığı bir gerçektir. Bu durum toplumsal moral duyguları incitmekte, aile yapısına olan güvenin sarsılmasına yol açmaktadır. Yine yazara göre, ailevi ilişkilerin resmi mercilere yansıtılmasındansa bazı

koyucu böyle bir sonuca birliğin korunmasındaki toplumsal menfaat gerekçesi ile bile yol açmak istememiş ve özellikle Medeni Kanun bakımından, tedbirlerin alınmasını eşlerden birinin veya her iki eşin birlikte yapacağı talebe bağlı tutmuştur¹³⁷.

Devletin evlilik birliğinin korunmasındaki rolü konusunda son olarak belirtmek istediğimiz husus, gerek Anayasa gerek Medeni Kanun gerekse ilgili diğer mevzuat kapsamında korunan ailenin niteliğine ilişkindir. Kanun koyucu tarafından öngörülen koruma imkanından yararlanılabilmesi için temel koşul, Medeni Kanun hükümlerine uygun olarak resmi memur önünde gerçekleştirilen hukuken geçerli bir evlenmenin varlığıdır. Bunun dışında kalan, örneğin imam nikahı (!) sonucunda oluşan fiili birliktelikler ne Anayasa ne de Medeni Kanun hükümlerinin uygulanması bakımından evlilik birliği dolayısıyla aile kabul edilmezler¹³⁸. Çünkü, Anayasa’da Türk toplumunun temeli olduğu belirtilen aile, ancak hukukun koruduğu meşru ailedir¹³⁹. Bununla birlikte, mutlak butlanla batıl olan bir evlenme sonucunda vücut bulan evlilik birliği, MK.m.156 uyarınca hakim kararıyla iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün hukuki sonuçlarını doğurduğu için koruma kapsamında kabul edilmek gerekir.

ülkelerde olduğu gibi ailede arabuluculuk yolu ile çözülmesinde fayda vardır. Bu çözüm, özel hayatın gizliliği prensibine daha uygundur.

¹³⁷ Kanun koyucu, AKDK’da öngörülen tedbirlerin uygulanması bakımından genel kurala bir istisna getirmiş ve söz konusu tedbirlere talep olmaksızın dahi hükmedilebileceğini kabul etmiştir. Bkz. aşa. sh. 96. Ancak burada amaç, evlilik birliğinin korunmasından daha çok aile bireylerinin aile içi şiddetten korunması olduğu için kanımızca bir mahremiyet ihlali iddiasında bulunulması yerinde değildir.

¹³⁸ Y.2HD.,T.15.2.2002,E.1305/K.2020;Y.3HD.,T.30.9.2004,E.10446/K.10215(www.kazanci.com);Ayan (Evlilik), sh. 22; Öztan, sh. 6; Cansel (Türk Ailesi), sh. 407; Dinçkol, sh. 125; Bakır, sh.103; Efem, sh.53.

¹³⁹ Cansel (Türk Ailesi), sh. 407.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU HÜKÜMLERİNE GÖRE HAKİMİN EVLİLİK BİRLİĞİNE MÜDAHALESİ

I. GENEL OLARAK

Evlilik birliğinin ve dolayısıyla ailenin korunmasında, aile bireyleri kadar toplumsal menfaatin de bulunduğu çeşitli vesilerle temas etmiş bulunmaktayız. Evlilik birliğine devletin başka bir deyişle hakimın müdahale etmesinde sakınca görülmemesinin temel dayanağı olan bu gerçekliğin, Türk Aile Hukukunun en başta gelen yazılı kaynağı durumundaki Türk Medeni Kanunu’nda yansması bulunması pek tabidir. Kanun koyucu, Anayasamızın 41. maddesinin ikinci fıkrasında “*Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilat kurar.*” hükmü ile kendisine yapılan yollamayı dikkate almış ve Medeni Kanunun 195-201. maddelerinde hakimın evlilik birliğinin korunması amacıyla muhtelif tedbirler almasını mümkün kılacak hükümlere yer vermiştir¹⁴⁰.

Evlilik birliğinin korunması gayesiyle hakimın müdahalesi bakımından Medeni Kanunda yer alan temel hüküm, kanunun 195. maddesidir. “Birliğin Korunması” başlığı altında düzenlenen mezkur maddenin birinci fıkra hükmü, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşlere hakimın müdahalesini talep etme; hakime de gerektiği takdirde kanunda yer alan önlemlerden birini alma yetkisi tanımaktadır. Hemen belirtmekte fayda vardır ki, madde lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere hakimden müdahale talebi ancak belirli şartların varlığı halinde mümkün olmaktadır.

¹⁴⁰ Akıntürk, sh. 135; Ayan (Evlilik), sh. 189; Güven, K. : 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki Tedbirler, GÜHFD C. II, s. 1-2, Ankara 1999, sh. 1.; Velidedeoğlu, H. V. : Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963, sh. 348; Tekinay, sh. 347.

II. HAKİMİN MÜDAHALESİNİN ŞARTLARI

A) Şekli Şart

Medeni Kanun hükümlerine uygun olarak hakimin müdahalesinin talep edilebilmesi ve kanunda düzenleme konusu edilen evlilik birliğini koruyucu önlemlerden birinin alınabilmesi ancak eşlerden her birinin ayrı ayrı veya her iki eşin birlikte başvurusu halinde mümkündür. Bu durumdan çıkan sonuç şudur; hakim müdahale için aranan diğer şartların oluşması halinde dahi re'sen kanunda yer alan önlemleri alamayacağı gibi üçüncü bir kişinin bu konudaki ihbarı da dikkate alınmaz¹⁴¹.

B) Maddi Şartlar

Medeni Kanunun hakimin müdahalesine cevaz veren 195.maddesi, müdahale talebinin yapılabilmesi için evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesini şart kılmıştır. Anılan şartlar alternatif nitelikte olup, birlikte bulunmaları gerekli değildir. Bununla birlikte, Medeni Kanunda yer alan birtakım önlemlerin alınabilmesi önlemin niteliğine uygun olarak bazı özel şartların varlığına tabi tutulmuştur¹⁴². Çalışmamızın bu bölümünde sadece müdahale talebi için gerekli olan genel nitelikli şartlar inceleme konusu yapılacak, özel nitelikli şartlar öngörüldüğü önlemle birlikte değerlendirilecektir.

1. Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerin Yerine Getirilmemesi

Türk Medeni Kanunu, evlilik birliği içinde eşlere birtakım haklar tanımak ve yükümlülükler yüklemek suretiyle, birliğin uyumlu ve toplum kurallarına uygun bir

¹⁴¹ Akıntürk, sh. 135; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 243; Saymen/Elbir, sh. 145; Feyzioğlu, sh. 177; Tekinay, sh. 348; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 799; Özüğür, A.İ.:Nafaka Hukuku, Ankara 2004, sh. 30;Öztan, B. : Aile Hukuku, Ankara 1979, sh. 170; Y. 2. HD., T. 1.12.2003, E.2003/15232, K.2003/16106. (www.kazanci.com)

¹⁴² Ayan (Evlilik), sh. 191; Akıntürk, sh. 135.

biçimde devamını sağlamak amacı gütmüştür¹⁴³. Evlilik birliği içerisinde eşlere tanınan haklar ve yüklenen yükümlülükler, kanunun Aile Hukuku kitabının üçüncü bölümünde “Evliliğin Genel Hükümleri” başlığı altında 185 ve devamı maddelerinde düzenlenmiş olup; eşlerin anılan yükümlülüklerle aykırı davranması halinde diğer eşe hakimden müdahale talebi imkanı getirilerek adeta bir teminat mekanizması oluşturulmuştur.

Medeni Kanun hükümleri uyarınca hakimden müdahale talep edilerek kanunda öngörülen tedbirlerden birinin alınabilmesi, eşlerden birinin kanun tarafından kendisine yüklenen yükümlülüklerden birini¹⁴⁴ hiç veya gereği gibi yerine getirmemiş olması önkoşuluna bağlıdır¹⁴⁵. Eşlerden birinin hasta olan diğer eşe gerekli özeni göstermemesi, düzenli bir geliri olan eşin birlik giderlerine katılmaktan imtina etmesi, eşlerin aşırı kıskançlıkları, kaba davranışlar, geceleri sürekli olarak ortak konuta gelinmemesi¹⁴⁶, sürekli olarak kahvehane veya alkolü mekanlara gidilmesi, çocukların yetiştirilmesi için gerekli özenin gösterilmemesi, cinsel sadakatsizlik gibi davranışlar evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlali sayılırlar¹⁴⁷.

İhlal niteliği taşıyan söz konusu davranışların bir kereye mahsus olarak ortaya çıkması, mağdur durumda bulunan eşin hakimden müdahale talep edebilmesi için yeterli değildir. Söz konusu davranışların tekrarlanması veya en azından tekrarın kuvvetle muhtemel bulunması gerekir¹⁴⁸. Doktrinde tekrarlanmanın müdahale talebi için bir şart olmadığı görüşünü savunan yazarlar bulunmakla birlikte¹⁴⁹, biz evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin bir eş tarafından bir defa hiç veya gereği gibi yerine getirilmemesinin

¹⁴³ Tarakçıoğlu, sh. 216.

¹⁴⁴ Medeni Kanun’un 195. maddesinde yer alan “Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükler” ifadesi kapsamına, yukarıda belirttiğimiz yükümlülüklerin dışında MK.m339 ve devamında düzenlenen velayete bağlı olarak ortaya çıkan çocuklara ilişkin yükümlülükler de (özellikle MK.m.332, 327, 339, 349 vd.) dahildir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 243.

¹⁴⁵ Ayan (Evlilik), sh. 192; Akıntürk, sh. 136; Tandoğan, sh. 131.

¹⁴⁶ Y.2HD., T.1.12.2003, E.15232/K.16106 (www.kazanci.com)

¹⁴⁷ Akıntürk, sh. 138; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 243-244; Ayan (Evlilik), sh. 192; Öztan, sh. 212.

¹⁴⁸ Akıntürk, sh. 136; Öztan, sh. 212; Ayan (Evlilik), sh. 194; Tandoğan, sh.131; Zevkililer/Acabey/Gökyayla, sh. 800; Uçar, sh.140.

¹⁴⁹ Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 245.

müdahale talebi için yeterli olmadığı görüşüne katılmaktayız. Aksi yönde bir uygulama halinde yargı merciilerinin iş yükünün gereksiz şekilde artacağı ve aynı zamanda menfaatler dengesinin aile mahremiyeti aleyhine bozulacağı inancını taşıyoruz.

Müdahale talebi için öngörülen maddi şartların gerçekleşip gerçekleşmediğinin tespitinde dikkate alınacak diğer bir husus da yükümlülük ihlalinin önem ve ağırlığıdır. Buna göre, eşlerden birinin pek o kadar önem taşımayan, ağır ve evlilik birliğini tehlikeye düşürecek nitelikte olmayan davranışları hakkında hakime başvurulamaz¹⁵⁰. Her türlü ihlalin hakim önüne taşınmasında ne toplumun ne de ailenin menfaati olduğu savunulabilir. Eşler, basit ihlaller nedeniyle ortaya sorunları evlilik birliğinin tabiatına uygun olarak sorumluluk bilinci içerisinde kendi aralarında çözüme kavuşturmak durumundadırlar.

İhlalin ağır olup olmadığı konusunda takdir yetkisi müdahale talep edilen hakime ait olup, somut olayın özellikleri göz önüne alınarak karar verilmek gerekir. Hakim ihlalin müdahale için aranan ağırlıkta olup olmadığını takdir ederken, eşlerin normali aşan aşırı duyarlılık ve duygusallıklarını göz önüne almamalı ve fakat çok sert ölçütler uygulamamaya da özen göstermelidir¹⁵¹. Ayrıca, ihlalin mutlaka bir boşanma sebebi oluşturacak ağırlıkta olmasına gerek yoktur¹⁵². İhlal, aynı zamanda bir boşanma sebebi teşkil edecek oranda ağır ise eşlerin boşanma davası açmak yerine müdahale talep etmelerine de kuşkusuz bir engel yoktur¹⁵³.

Eşlerin mahkemece verilen ayrılık kararı üzerine ayrı yaşamaları, eşlerden birinin yükümlülük ihlalinin bahisle hakimden müdahale talep etmesi imkanını

¹⁵⁰ Akıntürk, sh. 136; Öztan, sh. 212; Ayan (Evlilik), sh. 194; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 244.

¹⁵¹ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 245.

¹⁵² Akıntürk, sh. 136; Öztan, sh. 212; Tandoğan, sh.131; Saymen/Elbir, sh. 146; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 800; Ayan (Evlilik), sh. 195.

¹⁵³ Öztan, sh. 212; Ayan (Evlilik), sh.195.

kaldırmaz. Zira, ayrılık halinin devamı müddetince de evlilik birliği mevcudiyetini muhafaza etmeye devam eder¹⁵⁴.

Eşlerden birinin kendisine yükletilen yükümlülükleri ihlal etmesi halinde diğer eşin hakime başvurarak tedbir alınmasını talep etmesinin, ihlal keyfiyetine sebebiyet veren eşin kusurlu olması koşuluna bağlı bulunup bulunmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, evlilik birliğine hakimın müdahale edebilmesi için aranan şart, ihmalkar eşin ihlale kusuru ile sebebiyet vermesidir¹⁵⁵. Diğer bir görüşe göre ise, kanunda belirtilen evlilik birliğini koruyucu tedbirlerden birinin alınabilmesi için yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin mutlaka da kusurlu olmasına gerek yoktur. Söz konusu ihlal, eşin kusursuz davranışları sonucunda ortaya çıkmış olsa dahi diğer eş hakimden müdahale talep edebilir¹⁵⁶.

Kanaatimizce, ihlalin kusursuz olarak ortaya çıktığı hallerde de diğer eş müdahale talebi imkanı veren ikinci görüş, evlilik birliğine hakimın müdahalesi esasının amacı ve ruhu dikkate alındığında daha isabetlidir. Çünkü, kanunda öngörülen tedbirlerin amacı, eşler başta olmak üzere aile bireylerinin ve toplumun menfaatini eş zamanlı olarak gözeterek evlilik birliğinin mümkün olduğu kadar devamını sağlamaktır. Yoksa arzulanan, ihmalkar eşin cezalandırılması değildir. Bu nedenle ihmalkar eşin kusuru bir koşul olarak algılanmamalı, olsa olsa kanunda öngörülen önlemlerin hangisinin amaca daha uygun olduğunun tespiti noktasında hakimın kanaatinde rol oynamalıdır.

¹⁵⁴ Öztan, sh.212; Ayan (Evlilik), sh.195.

¹⁵⁵ Akıntürk, sh. 136-137; Tekinay, sh. 348; Cansel, E.: Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli), Medeni Kanun'un 50. Yılı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara 1977, sh. 38-39.

¹⁵⁶ Egger, sh. 348; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 245; Saymen/Elbir, sh. 146; Güven, sh. 19; Öztan, sh. 212; Ayan (Evlilik), sh. 196; Namlı, sh. 305.

2. Evlilik Birliğine İlişkin Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşülmesi

Eşlerden birinin veya her iki eşin hakimden müdahale talep ederek kanunda öngörülen tedbirlerden birinin alınmasını isteyebilmesi için gerekli ikinci seçimlik maddi şart, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesidir. Türk Medeni Kanunu’nun kabul ettiği çağdaş evlilik birliği yapısında, eşler birliğe ilişkin bütün kararları birlikte almak durumundadırlar¹⁵⁷. Bununla birlikte evlilik birliğinin yürütülmesi esnasında, eşler arasında birçok konuda muhtelif fikir ayrılıklarının doğması son derece doğaldır.

Eşlere düşen ilk görev, yükümlülüklerine uygun davranarak karşılıklı anlayış ve sevgi içerisinde söz konusu uyuşmazlığı kendi aralarında çözüme kavuşturmak¹⁵⁸. Şayet ortaya çıkan uyuşmazlığı eşler kendi başlarına ortadan kaldıramazlarsa, uyuşmazlığın giderilmesi konusunda hakimden müdahale talep edebilirler. Eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümsüz kalması, birliğin zarar görmesi ve hatta sona ermesine yol açabileceğinden bu konuda hakimler görevli ve yetkili kılınmıştır¹⁵⁹. Bu durum, devletin evlilik birliğine müdahalesinin temel felsefesini teşkil eden birliğin mümkün olduğunca süreklilik arz etmesi amacına paralel bir düzenlemedir.

Müdahale şartının gerçekleştiğinin kabulü için ilk şart, eşler arasında bir uyuşmazlığın doğmuş olmasıdır. Dolayısıyla ortaya çıkması muhtemel uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla önceden hakimden müdahale talep edilmesi mümkün değildir. Başkaca bir deyişle, eşlerden birinin veya her ikisinin birlikte hakimden müdahale talep edebilmesi mevcut ve somut bir uyuşmazlığın varlığını şart kılar¹⁶⁰. Dikkat edilmesi gereken diğer bir husus, Medeni Kanun’un 195. maddesinde açıkça hüküm altına alındığı üzere uyuşmazlığın “evlilik birliğine ilişkin” bir konuda olmasıdır.

¹⁵⁷ Bkz. yuk. “Evlilik Birliğinin Yönetilmesi Yükümlülüğü”, sh.13.

¹⁵⁸ Akıntürk, sh. 137; Öztan, sh. 213.

¹⁵⁹ Öztan, sh. 213.

¹⁶⁰ Ayan (Evlilik), sh. 199.

Evlilik birliğine ilişkin uyuşmazlıklar çok çeşitli olabilir¹⁶¹. Örneğin, aile konutunun seçimi, evlilik birliği içinde doğan çocuğun önadının koyulması, çocukların devam edeceği okula karar verilmesi, çocuğun nişanlanmasına veya evlenmesine izin verilmesi, aile konutu için alınacak eşyaların seçimi gibi konular bu neviden uyuşmazlıklardandır¹⁶². Bunların dışında kalan, örneğin bir eşin ticari faaliyetinin yürütülmesi dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklar için hakimden müdahale talep edilemez¹⁶³.

Eşler arasında evlilik birliğine ilişkin ortaya çıkan uyuşmazlık, aynı zamanda, hakimden müdahale talep edilmesini gerektirecek önem ve ciddiyette olmalıdır. Bu kapsamda, eşler arasındaki ortaklığın sınırını belirleyen ya da başarılı ve verimli bir ortak yaşamın zorunlu kıldığı konulara ilişkin uyuşmazlıklar önemli sayılır. Diğer bir deyişle, kişisel çekişmelerin dışında kalan evlilik birliğinin hayati menfaatleri için hakimin müdalesi yoluna başvurulabilir¹⁶⁴. Bunun dışında kalan, abone olunacak dergi veya gazete, tatil için gidilecek yerin seçimi, seyredilecek televizyon programlarının tespiti gibi konularda hakime başvurmakta gerçek bir menfaat olduğundan söz edilemez¹⁶⁵.

¹⁶¹ 743 sayılı Medeni Kanun'un yürürlük süresi boyunca eşler arasında nisbi bir eşitlik kabul edilmiş ve birçok konuda karar verme yetkisi muhtelif hükümler vasıtasıyla kocaya terk edilmiş bulunmaktaydı. Özellikle velayet hakkının kullanılması ile ilgili konularda babanın oyuna öncelik veren 263. maddenin varlığı nedeniyle, hakimin müdahalesini gerektirecek sayı ve ölçüde uyuşmazlık ortaya çıkmamakta idi. Ancak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun bütününe hakim olan "Eşler Arası Mutlak Eşitlik" anlayışının benimsenmesi neticesinde, karar verme konusunda kocaya tanınan üstünlük ortadan kalkmış durumdadır. Dolayısıyla eşler arasında hakimin müdahalesini gerektirecek nitelik ve sayıda uyuşmazlık çıkması ihtimali artmıştır. Bu nedenle de, 4721 sayılı Medeni Kanun'un evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri eskiye nazaran daha hayati bir konuma kavuşmuş bulunmaktadır. Bkz. Akıntürk, sh. 137; Ayan (Evlilik), sh. 198, dñn. 34.

¹⁶² Akıntürk, sh. 137; Öztan, sh. 213; Özüğür (Nafaka), sh.31; Ayan (Evlilik), sh. 199.

¹⁶³ Ayan (Evlilik), sh.199.

¹⁶⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 246; Doğan, M.: Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜEHFD C.52, s.4, Erzincan 2003, sh.101.Akıntürk, sh. 137; Koçhisarlıoğlu, C.: İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler, Prof.Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, sh.446.

¹⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.246; Güven, sh. 12.

III. HAKİM TARAFINDAN ALINACAK TEDBİRLER

A) Genel Olarak

Eşlerden birinin veya her iki eşin birlikte, yukarıda inceleme konusu yaptığımız alternatif maddi şartlardan birinin gerçekleşmesi üzerine yapacağı başvuru üzerine hakim evlilik birliğine müdahale ederek birliğin korunması amacına hizmet edeceğine inanılan bir tedbir alınmasına karar verir.

Hakimin alacağı tedbirlerin neler olabileceği sorusuna Medeni Kanun'un 195. maddesi cevap vermektedir. Buna göre, hakim ancak kanunda öngörülen tedbirleri almaya yetkilidir. Kanunda öngörülmeyen herhangi bir tedbirin hakim tarafından alınması mümkün değildir. Diğer bir deyişle, hakim birliğe müdahale yetkisi sınırsız değildir. Sınırlı müdahale prensibinin temelinde yatan düşünce, eşlerin kişilik alanına kanunda yazılı olmayan tedbirlerle aşırı müdahale edilmemesidir¹⁶⁶. Zira, devletin evlilik birliğine müdahalesi, halihazırda evlilik birliği mahremiyetinin toplumsal menfaat gerekçesi ile ihlali anlamına gelen istisnai bir hukuki imkan olup, kanun koyucu tarafından koyulan bu sınırların kanaatimizce daha fazla esnetilmemesi gereklidir. Hukukun birliğe hakim marifetiyle müdahalesi, birliğin işlevsel sınırları bir kez belirlendikten sonra özellikle eşlerin kişisel ilişkilerine ayrıntıya varan bir biçimde karışacak noktaya ulaşmamalı, hakim yetki sınırlarının dışında kalan bir mahremiyet alanı bulunmalıdır¹⁶⁷.

MK.m.195 vd. hükümlerine göre hakim tarafından alınabilecek tedbirler, genel ve özel tedbirler olmak üzere ikiye ayrılır. Genel nitelikli tedbirler, “uyarıda bulunma” ve “uzlaştırma”dan ibarettir. Bunların dışında kalan, kanundaki sırasıyla; “parasal

¹⁶⁶ Köteli, sh. 88; Akıntürk, sh. 140; Ayan (Evlilik), sh. 203; Baygın, sh. 459.

¹⁶⁷ Köteli, sh. 88.

katkının belirlenmesi”, “birlikte yaşamaya ara verilmesi”, “borçlulara emir verilmesi” ve “tasarruf yetkisinin sınırlandırılması” özel nitelikli tedbirlerdendir.

Genel nitelikli tedbirlerden birine karar verilebilmesi için, yukarıda belirttiğimiz iki alternatif maddi şarttan birinin gerçekleşmesi ve talep yeterli olup başkaca bir şart aranmaz. Özel nitelikli tedbirlere başvurulabilmesi ise, tedbirin niteliğine uygun olarak kanunda belirtilen özel şartların somut olayda mevcut olması ve eşlerden birinin bu yöndeki özel talebi halinde mümkündür. Esasen, tedbir türlerinin “genel” ve “özel” olarak ayrılmasının sebebi de budur.

Yukarıda belirttiğimiz üzere hakim talep halinde alınacak tedbire karar verirken sınırsız bir yetkiye sahip değildir. Hakimin takdir yetkisi, 195. maddenin üçüncü fıkrasında yer alan “kanunda öngörülen önlemler” ifadesiyle sınırlandırılmıştır¹⁶⁸. Bununla birlikte, doktrinde genel kabul gören görüşe göre, alınacak tedbirin mutlaka 195 ve devamı maddelerinde düzenlenen “dar anlamda birliği koruyucu tedbirlerden” biri olması da zorunlu değildir. Hakimin, Medeni Kanun’da öngörülmüş olmak şartıyla “geniş anlamda birliği koruyucu tedbirler” den birine de hükmetmesi mümkündür¹⁶⁹. Bu kapsamda geniş anlamda birliği koruyucu tedbirlere örnek olarak; evlilik birliğinin temsili kapsamında hakime başvurma yetkisi (MK.m.188/II), aile konutunda rıza sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşin mahkemeye başvurma yetkisi (MK.m.194/II), mal rejimleri çerçevesinde öngörülen hakim kararına dayalı ödeme ertelemeleri (MK.m.239/II), mal ortaklığında kabul edilen mirasın reddi için mahkemeye başvurma olanağı (MK.m.265), borçlu eşe ödeme için süre verilmesi (MK.m.217) gibi tedbirler verilebilir¹⁷⁰. Çalışmamız temel olarak, “Birliğin Korunması” kenar başlıklı MK.m.195 ve devamında öngörülen dar anlamda birliği koruyucu

¹⁶⁸Öztan,sh.216; Gümüş, sh. 59; Güven, sh. 20; Y.2HD.,T.1.12.2003,E.15232/K.16106 (www.kazanci.com)

¹⁶⁹Egger, sh.349;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.803; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 238; Feyzioğlu, sh.181;Ayan (Evlilik), sh. 203; Öztan, sh. 216-217; Gümüş, sh. 59; Velidedeoğlu (Aile), sh.128

¹⁷⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 238, dpn. 376; Öztan, sh. 237; Gümüş, sh. 59, dpn. 151; Tekinay, sh. 358.

tedbirleri inceleme amacı taşıdığından, ilerleyen bölümde geniş anlamda birliği koruyucu tedbirleri kapsam dışında bırakmayı uygun görüyoruz.

B) Genel Tedbirler

Medeni Kanun'un 195. maddesi uyarınca, aranan iki alternatif şarttan birinin gerçekleşmesi ve talep üzerine hakim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Demek ki, genel tedbirler kavramının kapsamına hakimin eşlerden birini veya her ikisini uyarması, otoritesini kullanarak eşleri uzlaştırmaya çalışması ve gerektirdiği takdirde eşleri uzman yardımı için yönlendirme girer. Hakim, başkaca bir tedbir alınması talep edilmediği takdirde, genel nitelikli tedbirlerden birine başvurur.

1.Uyarıda Bulunma

Uyarıda bulunma, yapısı gereği daha çok evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin hiç veya gereği gibi yerine getirilmediği hallerde başvurulacak bir tedbir türüdür¹⁷¹. Hakim tarafından yapılan uyarı, eşlerden birine veya her ikisine evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmediği ve bunun yerine getirilmesi konusundaki bir ikaz, ödev hatırlatma niteliğindedir¹⁷². Hakim, kusurlu eşe yükümlülüklerini ne şekilde ihlal ettiğini açıklar. Uyarının amacı, unutulmuş yükümlülüğün hatırlatılarak ortak hayatın tekrar barış içinde sürdürülmesidir¹⁷³.

¹⁷¹ Uyarı ilk olarak başvurulmasında yarar görülen bir tedbir olmakla birlikte, diğer tedbirlerin alınması için bir önkoşul niteliği taşımaz.

¹⁷² Güven, sh. 2; Akıntürk, sh. 139.; Saymen/Elbir, sh. 146; Hatemi/Serozan, sh.194; Berki, sh.142; Uyarının eşler dışında bir üçüncü kişiye yapılması söz konusu değildir. Bkz. ve karşı. Öztan, sh. 215; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 247.

¹⁷³ Öztan, sh.214.

Uyarı, somut emirden uzak bir tavsiye niteliğini haizdir¹⁷⁴. Hakimin yapacağı uyarının özel hukuk ve ceza hukuku yönünden doğrudan bir yaptırımı yoktur¹⁷⁵. Buna rağmen özellikle ülkemiz insanının mahkeme ve hakime duyduğu saygının bir sonucu olarak yaptırım gücünden yoksunluğuna rağmen, uyarı birçok halde sert yasal önlemlerden daha faydalı şekilde kendisine uyarıda bulunulan eş üzerinde tesirini gösterebilir¹⁷⁶. Bu nedenle, kanaatimizce bir genel tedbir olan uyarı salt teorik, önemsiz ve sonuçtan uzak addedilmemelidir¹⁷⁷.

Uyarının konusu, evlilik birliğinin eşlere yüklediği ve kanunda açıkça düzenlenmiş bulunan yükümlülüklerden birinin hatırlatılması olabileceği gibi, kanunda yer verilmemiş olmakla birlikte evlilik birliğinin tabiatı gereği var olan ahlaki bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi de olabilir¹⁷⁸. Evlilik birliği giderlerine haklı bir sebep olmaksızın katılmayan eşe yapılan uyarı, sadakat yükümlülüğüne aykırı davranarak zina yapan eşe buna son verilmesi için yapılan uyarı, birlikte yaşama yükümlülüğünü ihlal ederek aile konutunu terk eden eşe konuta dönmesi yönünde yapılan uyarı, çocukların bakımına özen gösterme yükümlülüğüne aykırı olarak çocuklarına gerekli ilgiyi göstermeyen eşe yapılan uyarı kanunda açıkça düzenlenen yükümlülüklerin ihlali haline örnek teşkil eder¹⁷⁹. Doktrinde, eşlerden birinin diğer eşin kan hısımlarına gerekli saygı ve sevgi göstermeyerek aralarındaki yakınlığa zarar verilmesi halinin de bir uyarı sebebi kabul edileceği savunulmaktadır¹⁸⁰.

Medeni Kanun'da açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, hakimin ihlale sebebiyet veren eş uyarıda bulunurken uyarıya riayet edilmemesi halinde alınacak diğer tedbirleri bildirmesi yerindedir. Zira, kendisine uyarıda bulunulan eşin uyarıya riayet

¹⁷⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 243; Güven, sh. 2; Ayan (Evlilik), sh. 294, Tandoğan, sh.132.

¹⁷⁵ Öztan, sh. 215; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 248; Tekinay, sh.350

¹⁷⁶ Tekinay, sh. 350.

¹⁷⁷ Her ne kadar uyarı doğrudan bir yaptırımdan yoksun olsa da, uyarının muhatabı eşin uyarı kararı üzerine takınacağı tavır sonradan açılan boşanma davası ve alınacak diğer evlilik birliğini koruyucu tedbirler bakımından önem taşır

¹⁷⁸ Güven, sh.2

¹⁷⁹ Güven, sh.2-3; Akıntürk, sh. 139; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 247.

¹⁸⁰ Güven, sh.3.

etmediği takdirde karşılaşılabilecek sonuçları bilmesi uyarının sonuca ulaşmasında etkin bir rol oynar¹⁸¹. Bu kapsamda, özellikle evlilik birliğinden doğan eğitim, bakım veya destek olma yükümlülüğünün ihlalinin TCK hükümleri uyarınca suç oluşturduğu, dolayısıyla eşin fiilinin cezai sorumluluğa da yol açabileceğinin hatırlatılmasında fayda vardır¹⁸².

Hakimin, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşe yönelik uyarıda bulunurken uygun bir süre tayin etmesi yerinde olur¹⁸³. Bu süre, somut olayın özellikleri dikkate alınarak MK.m.4'e uygun olarak hakimin takdir yetkisine göre belirlenir. Bununla birlikte hakim tarafından belirlenen süre ne uyarının ciddiyeti hakkında şüphe uyandıracak kadar kısa ne de uyarının kanıksanmasına sebep olacak kadar uzun olmalıdır¹⁸⁴. Kısaca belirlenecek süre, yükümlülüğün yerine getirilmesi bakımından uygun bir süre olmalıdır.

Tayin edilen süre dolmadan uyarı beklenen etkiyi yapar ise genel tedbirle sonuca ulaşılmış olur, dolayısıyla da başkaca bir tedbire başvurmaya gerek kalmaz. Sürenin sonunda, uyarının muhatabı eşin yükümlülük ihlali devam ediyor ise, diğer bir deyişle uyarı sonuçsuz kalmış ise, keyfiyet diğer eş tarafından hakime bildirilir. Bunun üzerine hakim, birliğin menfaatini korumak amacıyla talep edilmiş olmak şartı ile kanunda öngörülen diğer tedbirlerden birinin alınmasına karar verir. Durum bu olmakla beraber, şayet belirlenen süre henüz dolmadan kanıtlanabilen somut olaylarla, ihlale sebebiyet veren eşin uyarı konusu davranışına devam ettiği anlaşılıyorsa artık sürenin dolmasını beklemek vakit kaybedilmesi anlamını taşıyacağından hakim belirlediği süre henüz dolmadan diğer tedbirlerin alınması yoluna da gidebilir¹⁸⁵. Ayrıca hakimin, önüne gelen somut olayın nitelikleri, hal ve şartlardan uyarının sonuçsuz kalacağına kesin olarak kanaat getirmesi halinde uyarı ile vakit kaybetmeyerek diğer tedbirlere

¹⁸¹ Güven, sh.4, dpn. 10; Ayan (Evlilik), sh. 205; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 247.

¹⁸² Dural/Öğüz/Gümüş, sh.247;Uçar, sh.143.

¹⁸³ Velidedeoğlu, sh.123;Öztan, sh.215; Uçar, sh.143;Ayan (Evlilik), sh. 205; Güven, sh. 4; Özüğür (Nafaka), sh.31; Ruhi, A.C.:Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Ankara 2003, sh. 24.

¹⁸⁴ Güven, sh.4; Ayan (Evlilik), sh. 205.

¹⁸⁵ Güven, sh. 4; Ayan (Evlilik), sh.205; Akıntürk, sh.139-140.

başvurabilmesinin evlilik birliğinin menfaati açısından daha yararlı olduğu kabul edilir¹⁸⁶.

2. Uzlaştırma

Eşlerden biri veya her iki eşin birlikte hakime başvurarak müdahale talep edilmesine sebebiyet veren olay, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi ise birliğin korunmasına yönelik olarak alınacak tedbir eşlerin uzlaştırılmasıdır¹⁸⁷.

Müdahale talep edilen hakim, her iki tarafa da eşit uzaklıkta kalarak uyuşmazlığın sebeplerine ilişkin eşleri dinler, çözüm önerilerini alır, nesnel bir bakış açısıyla mutlak eşitlik anlayışını benimseyen Medeni Kanun'un ruhunu zedelemekten tarafları sunulan alternatif çözüm önerileri üzerinden uzlaşmaya yöneltir¹⁸⁸. Uzlaştırma faaliyeti, hakimin olaya adeta bir aile büyüğü gibi el koyarak eşleri yönlendirmesi ve bir orta yol bulunmasına katkı sağlaması şeklinde cereyan eder¹⁸⁹. Örneğin; hakim, evlilik birliği içinde doğan çocuğun önadının koyulması, ortak aile konutunun seçilmesi veya değiştirilmesi gibi konularda uyuşmazlığa düşmüş eşlerle konuşarak onların uzlaşmalarını sağlar, kendilerine tanınan hakları dürüstlük kuralları ve karşılıklı sevgi-saygı çerçevesinde kullanmaları gerektiğini öğütler ve taraflara düşünemedikleri birtakım çözüm önerileri sunabilir¹⁹⁰.

Eşleri uzlaştırmak amacıyla yetkili kılınan hakimin bu noktada işlevi arabuluculuktan ibarettir. Yoksa hakimin eşlerin yerine geçmek suretiyle bağlayıcı bir karar verme yetkisi yoktur. Örnek vermek gerekirse kendisinden müdahale talep edilen

¹⁸⁶ Akıntürk, sh. 139; Güven, sh.4; Ayan (Evlilik), sh. 206.

¹⁸⁷ Hakimin eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinden birini ihlal etmesi halinde de uzlaştırma yoluna gidilebileceğine şüphe yoktur. Fakat uzlaştırmanın, yapısı gereği uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması amacına daha uygun bir tedbir olduğu açıktır.

¹⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 245-247; Ayan (Evlilik), sh. 208; Öztan, sh. 215.

¹⁸⁹ Ayan (Evlilik), sh. 208.

¹⁹⁰ Akıntürk, sh. 140; Öztan, sh. 215.

hakim, evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun onadının konulması veya gideceği okulun belirlenmesi hususunda anlaşamayan eşlerin yerine geçerek ocuk için bir nad belirleyemeyeceği gibi çocuğun devam edeceği okula da karar veremez. Başka bir deyişle, hakimin eşler arasındaki ilişkiyi belirleyici- yapılandırıcı ve bağlayıcı nitelikte bir karar vererek uyuşmazlığı sonlandırması mümkün deęildir¹⁹¹. Dolayısıyla hakimin görevi, eşlerin uzlaşabilecekleri bir ortamın hazırlanmasıyla sona erer. Eşler uzlaşarak uyuşmazlığı kendi aralarında çözmemekte direnirlerse hakimin elindeki imkan, yine eşlerden birinin talebi üzerine kanunda ngrlmş olan özel nitelikli tedbirlerden birinin alınmasıdır¹⁹².

3. Uzman Yardımı İçin Yönlendirme

Uzlaştırmayı düzenleyen MK.m.195/II’de, hakime uzlaştırma faaliyetini yürütürken uzman kişilerin yardımını isteyebilme imkanı getirilmiş bulunmaktadır¹⁹³. Buna göre, “*Hakim., eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.*”

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş; Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un¹⁹⁴ “Aile Mahkemeleri Bünyesinde Bulunan Uzmanlar” matlaplı 5. maddesine göre, Adalet Bakanlığınca her aile mahkemesine tercihen evli ve ocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış birer psikolog, pedagoğ ve sosyal çalışmacı atanır¹⁹⁵. Buna ilaveten kanun, görevin bunlar tarafından

¹⁹¹ Dural/ğz/Gümüş, sh. 245-248; Ayan (Evlilik), sh. 208.

¹⁹² Ayan (Evlilik), sh. 209.

¹⁹³ Mehaz kanun olan İşvire Medeni Kanunu’nun 172. maddesinde, hakimin eşleri “evlilik veya aile danışma bürolarına yönlendirebileceği belirtilmiş olmakla birlikte, Türkiye’de bu müesseselerin bulunmaması nedeniyle kanunda “uzman kişiler” ifadesine yer verilmiştir. Bkz. Büyüktanır, T.: Medeni Kanun Tasarısında Kadın Erkek Eşitliği, ABD. s.1, Ankara 1998, sh. 61; Koçhisarlıoğlu, sh. 445; Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama şekli Hakkında Kanun ve Gereķçeleri, sh.383.

¹⁹⁴ Bkz. RG., 18.1.2003, S. 24497.

¹⁹⁵ Psikolog: Bireylerin duyęu ve düşünce, davranış, zeka ve yeteneklerini başta gözlemleme olmak üzere çeşitli psikolojik araştırma yöntemlerini kullanarak anlamaya çalışan ve onların davranışlarının düzeltilmesine ve geliştirilmesine katkıda bulunan uzmandır.

yapılmasında hukuki veya fiili bir engel çıkması veya başka bir uzmanlık dalına ihtiyaç duyulması halinde diğer kamu kurum ve kuruluşlarında çalışanlardan veya serbest meslek icra edenlerden de uzman sıfatıyla yararlanılabileceğini de hükme bağlamıştır.

Kanun ile görevlendirilen uzmanlar, davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında tarafların uyuşmazlığı sulh yoluyla çözmelerine yardım eder, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yaparak sonuçlarını bildirir. Yine mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunarak istenilen konularla ilgili çalışmalar yapar ve görüş bildirir. Ayrıca mahkemenin aldığı koruyucu önlemlerle kararların takip ve yerine getirilmesi görevlerini üstlenir¹⁹⁶.

Görüldüğü üzere Medeni Kanun'un 195. maddesinde sözü geçen, hakim'in uyuşmazlığın giderilmesi amacıyla yardımını talep edeceği uzman kişi, Aile Mahkemeleri bünyesinde yer alan uzmanlardan biri olmaktadır¹⁹⁷. Bununla birlikte, somut olayın özelliklerine göre 4787 sayılı kanunda belirtilen uzmanların dışında; ruh ve sinir hastalıkları uzmanı doktor, aile terapisti, psikolojik danışman gibi farklı uzmanlık sahasında görev yapan kişilerden de yararlanılabilir¹⁹⁸. Uzmanların görevlerinin çerçevesi 4787 sayılı kanun ile belirlenmiş olmakla birlikte görevin somutlaştırılması, konusu ve kapsamı her olayın kendine özgü niteliklerine uygun olarak hakim'in takdir

Pedagog: Çocukların sosyal gelişimleri ile alakalı ortaya çıkan sorunların çözümü ile meşgul olan, çocuk gelişimi öğretmenliği görevini de üstlenen uzmandır.

Sosyal Çalışmacı: Sosyal uyumsuzluk yaşayan muhtaç, kimsesiz çocuklar, yaşlılar, kalkınamamış bölge insanları gibi gruplar açısından soruna yol açan faktörlerin belirlenmesi ve çözüm önerileri getirilmesi ile ilgilenen uzmandır. Daha çok sosyal hizmet uzmanı olarak bilinmektedir. Bkz. Karagülmez/Ural, sh. 141-142-143.

¹⁹⁶ Özügür, A. İ. : Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2004, sh. 1282; Öztekin, S.:Aile Mahkemeleri, Yasa Hukuk Dergisi, s.257, İstanbul 2004, sh. 42.

¹⁹⁷ 4787 sayılı kanuna uygun olarak Aile Mahkemelerinde görevlendirilen uzman kişilerin hukuki statüsü ve görevleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karagülmez/Ural, sh.146 vd.

¹⁹⁸ Öztan, sh. 215; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.248.

yetkisine göre belirlenir¹⁹⁹. Ancak, hakim görevlendirdiği uzman raporu ile bağlı değildir, fakat hiç kuşkusuz raporlar hakimin kanaatinde rol oynar²⁰⁰.

Eşler arasında meydana gelen uyuşmazlığın giderilmesi için uzman bir kişinin yardımının istenebilmesi için, hakim bu yöndeki kanaati ve kararı yeterli değildir. Ayrıca hakim eşlere uzmana başvurma talimatı verme yetkisi de yoktur²⁰¹. Hakim, eşler arasındaki uyuşmazlığın ortadan kaldırılması için uzmana başvurulmasını problemin hukuka uygun ve etkin bir çözüme kavuşturulmasında yararlı görür ise duruşma esnasında eşlere uzman bir kişinin yardımını isteyip istemediklerini sorar²⁰². Eşlerin bu konudaki rızaları üzerine hakim, uyuşmazlığın niteliğine uygun olarak bir uzman atanmasına karar verir. Atanan uzman kişi, işlevi itibarıyla uzlaştırma aşamasındaki arabulucu yardımcısı konumundadır²⁰³. Tekrar belirtmekte fayda vardır ki, her iki eşin ortak rızaları olmadan uyuşmazlığın giderilmesi için bir uzman görevlendirilmesi mümkün değildir²⁰⁴. Kanunda rızanın şekline ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiş olmakla beraber, bizim de katıldığımız görüşe göre rızanın açıkça verilmesi gereklidir. Zira, uzman kişinin yardımının isteneceği konu, eşlerin cinsel yaşamı gibi evlilik birliğinin mahremiyet alanına ait bir konu olabilir²⁰⁵. Fakat rızanın mutlaka da yazılı olarak verilmesi şart değildir²⁰⁶. Uzman kişilerin uyuşmazlık ve eşlerin bu süreçteki tutumları hakkında belirttiği görüşler ileride alınacak özel tedbirlerin belirlenmesi ve açılacak boşanma davasında hakime yol gösterici niteliktedir²⁰⁷.

¹⁹⁹ Karagülmez/Ural, sh. 146.

²⁰⁰ Öztekin, sh. 42.

²⁰¹ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 248.

²⁰² Akıntürk, sh.140; Öztan, sh. 215; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.248.

²⁰³ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 248.

²⁰⁴ Akıntürk, sh. 140; Özüğür (Nafaka), sh.31;Ayan (Evlilik), sh.209; Öztan, sh. 215; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 248.

²⁰⁵ Akıntürk, sh. 140; Ayan (Evlilik), sh.209.

²⁰⁶ Ayan (Evlilik), sh. 209.

²⁰⁷ Öztan, sh. 216; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 248.

C) Özel Tedbirler

Kendisinden evlilik birliğinin korunması amacıyla müdahale talep edilen hakim, talep ve müdahaleye yol açan sorun başka bir deyişle somut olayın özelliklerine göre eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır, onları uzlaştırmaya çalışır ve eşleri rızalarının varlığı halinde uzman yardımı için yönlendirir. Bütün bu çabaların sonuçsuz kalması halinde ise hakim Medeni Kanun'un 195. maddesinin üçüncü fıkrasına uygun olarak, gerektiği takdirde eşlerden birinin talebi ile kanunda öngörülen özel tedbirlerden birini alma yoluna gider. Özel nitelikli tedbirler, Medeni Kanun'un 196 vd. maddelerinde belirtilmiş bulunmaktadır. Kanun, evlilik birliğinin korunması amacıyla alınacak özel nitelikli tedbirleri "Eşler Birlikte Yaşarken" ve "Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi" olmak üzere ikiye ayırmak suretiyle düzenlemiştir. Biz de kanun tarafından yapılan bu ikili ayırma temelde sadık kalarak, özel tedbirlere ilişkin açıklamalarımızı; "Eşler Birlikte Yaşarken Alınacak Tedbirler", "Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi" ve "Hem Eşlerin Birlikte Yaşaması Hem de Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumunda Alınacak Tedbirler" olmak üzere üçlü bir yapı içerisinde incelemeyi uygun görüyoruz.

1. Eşler Birlikte Yaşarken Birliğe İlişkin Yapılacak Parasal Katkının Tespiti

Evlilik birliğinin ihtiyaçlarının karşılanması ve ailenin geçindirilmesi amacıyla giderlere katılma, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerden birisidir²⁰⁸. MK.m.186/III uyarınca, eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılmak zorundadır. Evlilik birliği giderlerine katılımın hangi oranda ve ne şekilde gerçekleşeceğinin tespiti konusunda eşlere bir serbestlik tanınmıştır. Eşler kendi aralarında yapacakları bir anlaşma ile birlik giderlerine katılım esaslarını ve katkı paylarını belirleme yetkisine sahiptirler.

²⁰⁸ Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü hakkında bkz. yuk. sh. 8.

Eşlerden birinin belirlenen katılım esaslarına aykırı davranması ve yükümlü bulunduğu katkı payını vermemesi halinde ne olacaktır? Bu sorunun cevabını Medeni Kanun'un 196. maddesinde bulmaktayız. Buna göre; hakim, eşlerden birinin istemi üzerine ailenin geçimi için her bir eşin yapacağı parasal katkıyı belirler. Görüldüğü üzere, eşlerin evlilik birliğine yapacakları parasal katkının tespiti, eşlerden birinin evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde, birliğin korunması amacıyla hakim tarafından alınacak özel bir tedbir türü olarak kanunda ifadesini bulmuştur.

Gerçekten, eşler birlikte yaşarken aralarında birlik giderlerine katılım esaslarının belirlenmesi konusunda birtakım uyuşmazlıkların çıkması, bir eşin diğer eşle kararlaştırılan miktarda katkı yapmamakla suçlaması gibi durumlarla, arzu edilmemekle birlikte, hayatın olağan akışı içerisinde karşılaşılabileceği olasıdır²⁰⁹. Medeni Kanun, bu gibi hallerde eşlerden birisinin yapacağı başvuru üzerine hakime, bu meseleyi uyuşmazlık çözümsüz bir noktaya ulaşmadan yapacağı müdahale ile eşlerin birlik giderlerine katılım paylarının saptanması konusunda bir yetki vermiştir.

Maddenin kaleme alınışından, eşler tarafından yapılacak parasal katkının saptanmasına eşlerden birinin yapacağı başvuru üzerine karar verebileceği anlaşılmaktadır. Eşlerden birinin, kararlaştırılan katkı payını tam veya hiç vermemesi hallerinde durum bu olmakla beraber, kanaatimizce katılım usul ve esaslarının kararlaştırılması aşamasında fikir ayrılığı yaşayan eşlerin birlikte hakime başvurarak katkı oranlarının belirlenmesine ilişkin müdahale talep etmelerine de hukuken bir engel yoktur.

Eşlerin evlilik birliğine yapacakları parasal katkının hakim tarafından belirlenmesi tedbirinin yürütülmesi aşamasına geçmeden şunu belirtmekte fayda vardır ki; eşlerin evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğü, evlenme ile başlar ve evlilik

²⁰⁹ Akıntürk, sh. 144.

birliğin sona ermesine kadar devam eder. Eşlerin fiilen ya da mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı üzerine ayrı yaşamaları bu yükümlülüğü ortadan kaldırmaz²¹⁰. Bununla birlikte, ortak yaşama ara verilmiş olmasının birlik giderlerine katılım yükümlülüğü bakımından önemi, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşe karşı başvurulacak tedbir bakımından kendini gösterir. Ortak yaşamın devamı müddetince birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal eden eş aleyhine müdahale talebi Medeni Kanun'un 196. maddesine dayanırken²¹¹, eşler arası ortak yaşamın sona erdiği hallerde yapılması gereken katkıya ilişkin belirleme MK.m.197/II'ye dayanır²¹². Esasen, ortak yaşam devam ederken eşlerden birinin diğer eşin birlik giderlerine ilişkin yapacağı katkının hakim tarafından bağlayıcı olarak belirlenmesini isteme ihtimali pek azdır. Bu tür bir taleple eşler ayrı yaşarken karşılaşılmaması daha gerçekçidir²¹³. Zira, eşlerin hem birbirine karşı katılma borcunun yerine getirilmesi için bir dava açmaları, hem de birlikte yaşamaya devam etmeleri hayatın olağan akışına uymaz²¹⁴.

Medeni Kanun, katkı payının belirlenmesi hususunda hakime yol göstermek amacıyla birtakım kıstaslara ilgili madde metninde yer vermiştir. 196. maddenin ikinci fıkrasına göre *“eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.”* Mezkur düzenleme eşlerin birlik giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacağını hüküm altına alan 186. maddeye paralellik teşkil etmektedir²¹⁵. Görüldüğü üzere, kanun koyucunun düzenlemesine temel teşkil eden düşünce, eşlerden herhangi birisinin evlilik birliği için

²¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 250.

²¹¹ Madde matlabı, “Eşler Birlikte Yaşarken” şeklinde kaleme alınmıştır.

²¹² Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 250; Ayan (Evlilik), sh.215.

²¹³ Doktrinde, eşlerin birlikte yaşaması kavramı geniş yorumlanarak, birlikte yaşamının ortak bir konut (aile konutu) içerisinde gerçekleşebileceği gibi, eşlerin ortak iradesine dayalı (ayrı yaşamaya yetkili) olarak farklı konutlarda yaşamın sürdürüldüğü hallerde de ortak yaşamın devam ettiği savunulmaktadır. Dolayısıyla, birlikte yaşamın bu şekilde farklı konutlarda sürdürüldüğü hallerde dahi MK.m.196'nın uygulama alanı bulacağı ileri sürülmüştür. Eşlerden birinin ortak yaşamı sona erdirmeye yetkili olduğu durumlarda ve ayrı yaşamının eşlerarası herhangi bir anlaşma veya 197. maddece tanına bir yetkiye dayanmaması hallerinde ise parasal katkının 197. maddenin ikinci fıkrasına uygun olarak belirleneceği kabul edilmektedir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 251.

²¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.250; Ayan (Evlilik), sh. 214.

²¹⁵ Akıntürk, sh. 144; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 251; Ayan (Evlilik), sh.214.

ortaya koyduğu emeğin karşılıksız bırakılmamasıdır²¹⁶. Hakim, eşlerden her birinin yapacağı katkıyı belirlerken hem maddi edimleri hem de kanunun açık direktifi doğrultusunda işgörme edimlerini göz önünde bulundurmak durumundadır. Kanun metninde yer verilenlerin dışında; çocukların okula getirilip götürülmesi, yardımcı kadın kullanılmayarak ev işlerinin tümünün eşlerden biri tarafından görülmesi işgörme edimlerine örnek olarak gösterilebilir.

Bu noktada hakim, öncelikle eşlerden hangisinin işgörme edimlerini yerine getireceğini belirlemeli ardından da diğer eşin katkı için yerine getirmesi gereken parasal katkıyı belirlemelidir. Ancak, hakim tarafından belirlenen işgörme ediminin yerine getirilmemesi, artık katkının parasal olarak belirlenmesine esas teşkil eder²¹⁷. Pek tabidir ki, eşlerin ikisinin de gelir getiren bir işte çalışıyor olması halinde, Medeni Kanun'un ruhuna egemen olan mutlak eşitlik prensibi uyarınca hakimin her iki eşin yapacağı katkıyı öncelikle parasal olarak belirlemesi ve ev işlerinin görülmesi, çocuklara bakılması gibi işgörme edimlerini eşlerden birisine özellikle de kadına yüklememesi yerinde olur²¹⁸. Bununla birlikte, eşlerin geliri aynı düzeyde olsa bile ev işlerine ve çocukların bakımına daha fazla zaman ve emek harcayan eşin birlik giderlerine yapacağı parasal katkı diğer eşe oranla daha az olmalıdır²¹⁹.

Hakim, eşlerden birinin yapacağı katkıyı belirlerken ailenin ihtiyaçlarını, eşlerin çalışarak kazanç sağlama yeteneklerini, eşlerin çalışmak suretiyle elde ettikleri gelirlerin dışında sahip oldukları malvarlığı değerlerinin sağladığı gelirleri (bir taşınmazdan elde edilen kira geliri vb.), üçüncü kişiler tarafından yapılan yardımları (çocuğun eğitim giderlerinin dede tarafından karşılanması, evli çiftlere ana ve babaları tarafından yapılan

²¹⁶ Bkz. Yuk. sh. 8 vd.

²¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 251.

²¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.251.

²¹⁹ Eşlerden biri, mevcut geliri birlik giderlerini karşılamaya yetmez ise , MK.m.185/III'de düzenlenen "Yardım Yükümlülüğü" kapsamında diğer eşin daha fazla parasal katkısını talep edebilir. Bkz. ve karşı. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 252.

düzenli parasal yardımlar vb.) dikkate alır²²⁰. Kısaca katkı payı belirlenirken, eşlerin bütün gelirleri ve malvarlığı değerleri göz önünde bulundurulmalıdır. Eşlerden birinin belirttiğimiz gelirleri düzenli olmayıp değişkenlik göstermekte ise, o eşe ait katkı payı en son yıla ait ortalama kazançta göre saptanır²²¹.

Medeni Kanun 196. maddesinin üçüncü fıkrasında eşlerden birinin hakimden diğer eşin birlik giderlerine yapacağı katkının belirlenmesi konusundaki talebine süre bakımından bir sınırlama getirilmiştir. Buna göre, aleyhine müdahale talep edilen eşin yapacağı katkı, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir. Dolayısıyla eşlerden birinin geçmiş süreleri de kapsayan bir talepte bulunması halinde tespit, talepten itibaren geriye doğru en fazla bir yıl için yapılabilir. Geçmişe yönelik bir talep olmadığı sürece, hakimin katkı miktarının tespitine ilişkin verdiği karar ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur²²². Kanaatimizce, Kanun Koyucunun talep edilecek katkı payını süre bakımından sınırlamaktaki amacı, tedbirin amacından saptırılarak, talepte bulunan eşin hakkını kötüye kullanmasını önlemektir. Zira, talepten geriye doğru bir yıldan daha önceki katkı payları bakımından, evlilik birliğinin doğası gereği zımni bir ibradan bahsetmek zannediyoruz ki yanlış olmaz. Aksi takdirde evlilik birliğinin bozulma tehdidi altında olduğu açıktır²²³.

Eşlerin anlaşması veya müdahale talep edilen hakim kararına uygun olarak belirlenen birlik giderlerine ilişkin katkı payı, eşlere ilişkin birtakım sübjektif²²⁴ veya objektif²²⁵ sebeplere bağlı olarak değişkenlik gösterebilir. Bu takdirde hakim, katkı payını dürüstlük kuralını dikkate alarak değişen şartlara uyarlamalıdır. Tespit edilen katkı payındaki değişiklikler, geleceğe etkili hüküm ve sonuç doğurur²²⁶.

²²⁰ Özuğur (Nafaka), sh. 33; Öztan, sh. 217; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 252.

²²¹ Öztan, sh. 217; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 252.

²²² Akıntürk, sh. 144; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 253; Öztan, sh. 217.

²²³ Ayan (Evlilik), sh. 215; Özuğur (Nafaka), sh.33.

²²⁴ Eşin hastalığı veya çalıştığı işyerinin kapanması nedeniyle bir süre çalışamaması veya çalışma gücünü sürekli olarak kaybetmesinde olduğu gibi.

²²⁵ Anne babasıyla birlikte yaşayan (Evlilik) çocuğun ortak yaşamı terk etmesi vb. haller.

²²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 254.

Mahkeme tarafından tespit edilen katkı payının fiilen yerine getirilmesi, katkı payının belirlenmesine ilişkin mahkeme kararının icraya konulması suretiyle olur. İcra takibini, katkı payını fiile elde edemeyen diğer eş yapabileceği gibi bakım alacaklısı konumundaki çocuk da yapabilir²²⁷.

2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi

a) Genel Olarak

Eşlerin belli başlı geçici zorunluluklar dışında birlikte yaşamaları kanun tarafından eşlere yükletilen yükümlülüklerden birisidir²²⁸. Zira, ortak bir fiziki mekanın paylaşılmadığı hallerde gerçek bir evlilik ve dolayısıyla bir birlikten bahsetmek son derece güçtür. Ortak bir yaşam, evlilik birliğinin vazgeçilmez unsurudur²²⁹. Bu gerçeği dikkate alan kanun koyucu, birlikte yaşamaya son derece önem vermiş ve bu yükümlülüğün ihlalini, Medeni Kanun'un 164. maddesinde "Terk" adı altında bir boşanma sebebi sayarak son derece ağır bir yaptırıma tabi tutmuştur²³⁰. Bununla birlikte eşlerden birinin, birtakım haklı sebeplerin ortaya çıkması halinde, boşanmak suretiyle evlilik birliğini ortadan kaldırmaksızın ortak yaşama son verme iradesinin de bulunabileceği göz ardı edilmemiştir²³¹. Medeni Kanun'un 197. maddesi ile eşlerden birinin, kanun tarafından öngörülen sebeplerden birinin ortaya çıkması halinde ortak yaşama son vererek geçici bir süre için ayrı yaşama hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

²²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 251; Ayan (Evlilik), sh. 214. Durum bu olmakla beraber, halen birlikte yaşamaya devam eden karı kocadan birinin diğeri aleyhine katkı payını fiilen elde etmek amacıyla icra takibi başlatması, çok olası görünmemektedir. Burada eşler henüz birlikte yaşarken, mahkemece katkı payı tespitine ilişkin tedbirin uygulanabilirliği konusunda daha önce yaptığımız açıklamalara atıfta bulunmakla yetiniyoruz.

²²⁸ Bkz. Yuk. sh.5 vd.

²²⁹ Güven, sh. 5.

²³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Darende sh.1 vd.; Helvacı, S.:İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri, Prof..Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı C.II, İstanbul 2002, sh.1163 vd.

²³¹ Öztan, sh. 218; Baktır, sh.99;Ayan (Evlilik), sh. 225.

Ortak yaşama ara verilmesi hali, ilk bakışta her ne kadar birliği koruyucu bir tedbir olarak görünmese de, işlevi itibarıyla ortak yaşam dolayısıyla zarar gören eşin korunmasının yanında birliğin korunması amacına da hizmet eder. Lehine haklı sebep bulunan eşin ortak yaşama geçici olarak ara vermesine izin verilerek, eşlerin birbirlerinden belirli bir süre ayrı kalmasına hukuken olanak sağlanmıştır. Böylelikle eşler, bu süre içerisinde daha sakin ve makul düşünerek ilişkilerini tekrar gözden geçirme imkanına kavuşurlar. Zira, evlilik birliğinin tehlikeye düştüğü durumlarda eşleri ortak hayatın devamına zorlamak sorunların büyüyerek çözümsüz hale gelmesine neden olabilir²³². Kısaca eşlerin birlikte yaşamasına olanak tanımak suretiyle güdülen amaç, birliğin telafisi mümkün olmayan bir noktaya sürüklenmesinin önlenmesidir²³³.

Kanunda öngörülen sebeplerden birinin ortaya çıkması üzerine, eşlerden birinin ortak yaşama ara vermesi halinde ilk olarak karşımıza şu meseleler çıkmaktadır:

Her şeyden önce ortak yaşama ara verilmesi hali kanunda düzenlenen bir yetkinin kullanılması mahiyetinde olduğundan, bu durum birlikte yaşama yükümlülüğünün ihlali sayılmaz dolayısıyla diğer eşin terk sebebiyle boşanma davası açma imkanı yoktur²³⁴. Bundan başka, birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda evlilik birliği varlığını devam ettirir. Dolayısıyla eşlerin; sadakat, çocukların bakımına özen göstermek gibi evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri devam eder. Buna karşılık ortak yaşam kesintiye uğradığı içindir ki, birlikte yaşama ile doğrudan ve doğal bir bağlantı içinde bulunan yükümlülüklerin ya tamamen ya da bir yükümlülüğün belirli kısmını oluşturan davranış biçiminin askıya alınması sonucu ile karşılaşılır²³⁵. Aynı zamanda, birlikte yaşamaya ara verilmesi ile birlikte eşlerin evlilik birliğini temsil

²³² Egger, sh. 352; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 801; Tandoğan, sh.133; Ayan (Evlilik), sh. 227; Öztan, sh. 221; Tekinay, sh. 351.

²³³ Tandoğan, sh.133; Ayan (Evlilik), sh. 227; Öztan, sh. 218.

²³⁴ Bu durum MKm.164 anlamında bir terk fiili sayılmaz. Bkz. Akıntürk, sh. 142; Velidedeoğlu (Aile), sh.125; Güven, sh.7; Saymen/Elbir, sh. 147; Feyzioğlu, sh.180; Darend, sh. 2.

²³⁵ Birlikte yaşamaya ara verildiği süre içerisinde eşlerin birbirlerine cinsel yakınlık göstermesinde olduğu gibi. Bkz Güven, sh. 10; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.802; Binatlı, sh.333; Seker, H.:Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Müsterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkına Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri,(www.turkhukuksitesi.com), sh. 2; Ayyıldız, sh.2078.

yetkileri de sona erer²³⁶ Son olarak, eşlerin ayrı yaşadıkları dönem içerisinde aile konutundan hangi eşin istifade edeceği, çocukların hangi tarafta kalacağı ve parasal katkının tespiti gibi ayrı yaşamının tabii sonucu olan hususların çözülmesi gereklidir. Kanun Koyucu, 197. maddenin ilk fıkrasında haklı sebeplere dayanarak eşlerden birine birlikte yaşamaya ara verme imkanı getirirken mantıki bir düşünceyle ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında da bu ve benzeri meselelerin hallini içeren bağlı tedbirlere yer vermiştir.

b) Birlikte Yaşamaya Ara Verilebilecek Haller

Yukarıda açıkladığımız üzere birlikte yaşama Medeni Kanun tarafından eşlere yükletilen yükümlülüklerden birisidir. Eşlerden birinin hiç bir sebep yokken ortak yaşamı sonlandırması ne hukuken ne de toplumsal açıdan kabullenilebilir bir durum olmaktan uzaktır. Bu nedenle, kanun koyucu ancak haklı sebeplerin mevcudiyeti halinde eşlerden birinin ortak yaşama ara vermeye mezu olduğunu hüküm altına almıştır. Hangi türden davranışların haklı sebep teşkil ederek diğere eşe birlikte yaşamaya ara verme imkanı tanıdığı, MK.m.197/I’de belirtilmiştir. Buna göre; *“Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.”*²³⁷ Kanunda sayılan sebeplere yakından bakmak gerekirse:

aa. Kişiliğın Tehlikeye Düşmesi

Kişilik kavramı, geniş anlamıyla kişinin sahip olduğu ehliyetleri, kişilik haklarını ve kişisel durumları kapsamaktadır. Dolayısıyla Medeni Kanun’un 197. maddesinde

²³⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 262; Ayan (Evlilik), sh. 227.

²³⁷ “Müşterek Hayatın Tatili” matlabını taşıyan ÖMK.m.162’de karı veya kocadan her birinin müşterek hayatın devamı yüzünden, sıhhati, şöreti veya işinin terakkisi ciddi surette tehlikeye düştüğü müddetçe ayrı bir mesken edinebileceğı düzenlenmekteydi. İki maddenin kaleme alınışından aynı amaca hizmet ettikleri kolaylıkla anlaşılmaqla birlikte, kanaatimizce maddenin 4721 sayılı kanunda ele alınışı kişilik haklarının içeriğı bakımından bir değeriendirme yapıldığında daha kapsayıcı niteliktedir.

belirtilen kişilik kavramı da bir kişinin maddi ve manevi bütünlük ve varlıkları üzerindeki hak ve özgürlüklerini içine alacak şekilde yorumlanmalıdır.

Bir kişinin vücut bütünlüğü, sağlığı, namusu, şerefi, haysiyeti, itibarı, sır çevresi ve resmi kişiliğinin unsurlarını teşkil eder²³⁸. Bu nedenle, eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye düşmesi hali, öncelikle maddi bütünlük üzerindeki haklarının ihlal edilmesi yani hayatının, sağlığının, vücut bütünlüğünün masuniyetine riayet edilmemesi²³⁹ şeklinde kendini gösterebileceği gibi bundan başka eşin ruhsal sağlığını olumsuz manada etkileyebilecek davranış biçimlerine maruz kalması şeklinde de ortaya çıkabilir²⁴⁰. Eşlerden birinin diğer eş tarafından toplum önünde küçük düşürücü birtakım sözlere maruz bırakılması, kocanın karıya fiziksel şiddet uygulaması, kocasına kızan kadının kocasının ticarethanesinde sürekli olarak sahte fatura düzenlemek suretiyle vergi kaçırdığını gerçeğe aykırı şekilde yayması²⁴¹, kocanın devamlı surette erkek arkadaşlarını eve içki içmek üzere getirmesi²⁴², eşlerden birinin diğer eşin özel alanına giren hususları ifşa etmesi, eşlerden birinin başka biri ile gayrimeşru ilişki yaşaması²⁴³, kocanın karısını metresi ile aynı evde yaşamaya zorlaması²⁴⁴, kocanın eşini normal olmayan ve aşağılayıcı yollardan cinsel ilişkiye zorlaması²⁴⁵, kocanın karının dışarıya çıkmasına izin vermemesi²⁴⁶, kocanın karısını kötü şöhretle tanınmış evler civarında oturmaya zorlaması²⁴⁷, ağır ve bulaşıcı hastalıklarını tedavi ettirmemesi gibi²⁴⁸ haller bu neviden davranış biçimlerine örnek teşkil eder.

²³⁸ Tarakçıoğlu, sh. 143; Akipek, J./ Akıntürk, T. : Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanun'a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul 2004, sh. 357-358.

²³⁹ Y.2HD.,T.1115.2.2002,E.1305/K.2020 (www.kazanci.com) ÖMK.m.162'de kişilik kavramı yerine daha dar bir anlamı bulunan "sağlık" terimine yer verilmişse de doktrinde sağlık kavramının sadece bedeni değil psikolojik sağlığı da ifade edecek şekilde geniş yorumlanması gerektiği kabul edilmekte idi. Bkz. Güven, sh.6.

²⁴⁰ Ayan (Evlilik), sh. 229; Öztan, sh. 219.

²⁴¹ Akıntürk, sh. 141.

²⁴² Güven, sh. 6; Uçar, sh.144.

²⁴³ Öztan, sh. 219.

²⁴⁴ YHGK., T.25.11.1964, E.2/1014/K.64/672. (Tekinay, sh.353, dpn.16.)

²⁴⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 257.

²⁴⁶ Y. 2.HD. T.31.11.2003, E.13921/K.14720. (Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 257, dpn. 446);Ayan (Evlilik), sh. 230.

²⁴⁷ Akıntürk, sh. 141; Güven, sh. 6.

Eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye düştüğünden bahisle birlikte yaşamaya ara vermesi yetkisi olduğunun kabulü için her şeyden önce tehlikenin ciddi bir nitelik taşıması gerekir²⁴⁹. Tehlikenin ciddi olup olmadığı her somut olayın şartları göz önünde bulundurularak takdir edilmesi gereken bir husustur. Tehlikenin ciddi olmasından maksat, tehlikenin önemli ve ciddi sonuçlar doğurma riski taşımasıdır. Bununla birlikte riskin gerçekleşmiş olması, başka bir deyişle kişiliğin zarara uğraması şart değildir²⁵⁰. Aksi yönde bir düşüncenin evlilik birliği ve eşlerin korunması düşüncesiyle bağdaştığı düşünülemez²⁵¹.

Ayrı yaşama hakkının kabulü için, kişiliğin tehlikeye düşmesine diğer eşin kusurlu bir davranışı ile sebebiyet vermesi şart değildir²⁵². Dikkat edilmesi gereken bir diğer nokta, tehlikenin kanunun ifade ettiği şekliyle ortak hayat sebebiyle ortaya çıkmış olmalıdır²⁵³. Diğer bir ifade ile birlikte yaşama ile doğan tehlike arasında bir sebep-sonuç ilişkisi bulunmalıdır. Bunlardan başka, birlikte yaşamaya ara vermenin haklı bir sebebe dayanıp dayanmadığı araştırılırken, eşlerin sübjektif durumları dikkate alınmalıdır²⁵⁴. Objektif olarak kişiliğin tehlikeye düşmesi sonucunu doğurmayan bir davranış, eşlerden birinin özel durumu nedeniyle önem teşkil edebilir. Eşlerden birinin kedi tüyüne alerjisi olduğunu bildiği halde evde kedi beslemek konusunda ısrarcı olan eşin davranışı bu tip bir duruma örnek olarak verilebilir.

²⁴⁸ Kütük, H.İ.: Tedbir Nafakası, AD. s.6, Ankara 2006, sh.223.

²⁴⁹ Akıntürk, sh. 142; Öztan, sh.220; Ayan (Evlilik), sh. 231; Güven, sh. 6.

²⁵⁰ Güven, sh. 6; Ayan (Evlilik), sh. 232.

²⁵¹ Doktrinde pek yakında bir tehlikenin doğma ihtimalinin bulunması halinde eşlerden birinin ayrı yaşama hakkının doğmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Ve karşı. Öztan, sh. 220; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 257.

²⁵² Öztan, sh. 219; Ayan (Evlilik), sh. 232; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 257.

²⁵³ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 256.

²⁵⁴ Ayan (Evlilik), sh. 232.

bb. Ekonomik Güvenliğin Tehlikeye Düşmesi

Ortak hayat nedeniyle eşlerden birinin ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşmesi, “Karı veya kocanın halen yürütmekte olduğu meslek veya işinin gelişmesinin ve ilerlemesinin diğer eşin birtakım söz, eylem ve davranışı yüzünden ciddi anlamda bir tehlikeyle karşı karşıya bırakılması demektir.”²⁵⁵ Örneğin evde terziilik yapan karısının müşterilerine sarkıntılık yapan kocanın davranışlarının eşinin ekonomik güvenliği açısından bir tehlike oluşturduğu açıktır²⁵⁶. Ekonomik güvenlik söz konusu edildiğinde gündeme gelen iş, yukarıdaki örnekte olduğu gibi serbest bir mesleğin icrası tarzında olabileceği gibi ücret karşılığı özel sektör veya kamu sektöründe çalışma tarzında da olabilir²⁵⁷.

Ekonomik güvenliğin tehlikeye düşmesi sonucunu doğuran davranışın mutlaka da diğer eşin işi veya mesleki faaliyetine yönelik olması şart değildir. Bundan başka, bir eşin diğerinin mallarına zarar vermesi²⁵⁸, kendisi için mümkün ve kendisinden beklenebilir olmasına rağmen bir geliri elde etmekten kaçınması²⁵⁹, ailenin ihtiyaçlarını karşılayacak bir geliri pervasızca sarf etmesi²⁶⁰ ve benzeri haller de ekonomik güvenlik kavramının diğer veçhesini oluşturur.

cc. Ailenin Huzurunun Tehlikeye Düşmesi

Birlikte yaşamaya ara verilebilecek bir diğer hal, ailenin huzurunun tehlikeye düşmesidir. Aile huzurunun tehlikeye düşmesi, ortak yaşam dolayısıyla eşlerin ve çocukların huzursuz ve mutsuz olması, aile düzeninin bozulması anlamını taşır²⁶¹. Ailenin huzurunun tehlikeye düşüp düşmediği somut olayın verileri ışığında

²⁵⁵ Akıntürk, sh. 142.

²⁵⁶ Velidedeoğlu, sh.126; Akıntürk, sh. 142; Ayan (Evlilik), sh. 233.

²⁵⁷ Güven, sh.7.

²⁵⁸ Ayan (Evlilik), sh. 233-234.

²⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 258.

²⁶⁰ Öztan, sh. 220.

²⁶¹ Ayan (Evlilik), sh. 234.

değerlendirilmek gerekir. Bu durumu ortaya çıkarabilecek sebepler çok çeşitlidir. Mesela, kocanın eve sürekli olarak geç gelmesi, bir eşin agresif tavırlarıyla huzurluk yaratması²⁶², eşlerden birinin diğer eşin ailesine yakınlık göstermemesi²⁶³, eşlerden birinin alkol bağımlılığı nedeniyle aile düzenine zarar vermesi²⁶⁴ hallerinde ailenin huzurunun tehlikeye düştüğü söylenebilir.

Eşlerden birinin birlikte yaşamaya ara vermesi için gerekli olan haklı sebep, MK.m.197/I’ de “ailenin huzuru” şeklinde ifade edildiği için, eşlerden birinin çocuklara yönelik birtakım olumsuz davranışlarda bulunması halinde de ailenin huzurunun bozulabileceği kabul olunmalıdır. Zira, çocukları ailenin dışında mütalaa etmek, kanaatimizce doğru bir yaklaşım olmaz²⁶⁵.

Eşlerden biri için birlikte yaşama ara verme hakkının kabul edilebilmesi için, ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi aranır. Her ailede görülebilecek ve eşlerin kendi aralarında anlaşmak suretiyle sona erdirebilecekleri basit huzursuzluk hallerinde eşlerin ayrı yaşama hakkının doğduğu savunulamaz²⁶⁶.

c) Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Alınacak Tedbirler

aa. Genel Olarak

Yukarıda belirttiğimiz haklı sebeplerden birinin ortaya çıkması üzerine tehlike ile karşı karşıya kalan eş ayrı yaşama hakkına sahip olur. Birlikte yaşamaya ara verildiği dönem içerisinde gerek eşlerin gerekse çocukların kişiliklerinin maddi ve manevi bakımdan korunması gündeme gelir. Esasen burada ihtiyaç duyulan, eşlerin ve çocukların ekonomik ve kişisel ilişkilerinin düzenlenerek ayrı yaşamaya uygun hukuki

²⁶² Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 259.

²⁶³ Ayan (Evlilik), sh.234.

²⁶⁴ Öztan, sh. 220; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 259.

²⁶⁵ Egger, sh.354;Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 260; Ayan (Evlilik), sh. 234; Öztan, sh. 220.

²⁶⁶ Akıntürk, sh. 142; Ayan (Evlilik), sh. 234.

bir statünün oluşturulmasıdır²⁶⁷. Zira, birlikte yaşamaya ara verilmesi ile birlikte ortak konutla ve çocuklar ile ilgili birtakım meselelerin ortaya çıkması kaçınılmazdır.

Ayrı yaşama uygun hukuki statü, Medeni Kanun'un 197. maddesinin iki ve dördüncü fıkralarında öngörülen tedbirlerin hakim tarafından alınması suretiyle oluşturulur. Buna göre, *“Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hakim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır.”* Aynı maddenin dördüncü fıkrası uyarınca, *“Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hakim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır.”*

Hemen belirtmekte fayda vardır ki, kanunda öngörülen önlemler bir eşin haklı bir sebebin ortaya çıkması üzerine birlikte yaşamaya ara verme hakkı olduğu durumlarda alınabileceği gibi, MK..m.197/II hükmü uyarınca eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması halinde de alınabilir. Pek tabidir ki, bu durumda tedbir alınmasını talep yetkisi terk edilen eşe aittir²⁶⁸.

Bundan başka, mezkur fıkra ortak yaşamın yukarıda incelediğimiz eşin kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin ve ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi dışında kalan bir sebeple olanaksız hale gelmiş olması halinde de her bir eşe kanunda öngörülen tedbirlerin alınmasını hakimden talep etme yetkisi tanımıştır. Mesela, eşlerden birinin geçirdiği trafik kazası sonucunda bitkisel hayata girmiş olması, kendisinden haber alınamaması, bir sağlık kurumunda bulunuyor olması veya hürriyeti bağlayıcı bir cezaya çarptırılmış olması sonucunda ortak hayatın sürdürülmesi olanaksız

²⁶⁷ Ayan (Evlilik), sh. 240.

²⁶⁸ Haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamı terk eden eşe kanunda öngörülen tedbirlerin alınmasını isteme yetkisi tanınmamıştır. Zira, bu durumun hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil edeceği açıktır. Hatta ayrı yaşamının ortaya çıkardığı ek masraflara da terk eden eş katlanmak durumundadır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 267; Zevkliler, A.: Yeni Medeni Kanun'a Göre İşlenmiş Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, Ankara 2004, sh. 103; Uçar, sh.145.

hale gelmişse diğer eş hakime başvurarak gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilir²⁶⁹. Belirttiklerimiz dışında bir sebebin ortaya çıkması halinde ise hakim kanunda düzenlenen tedbirleri almaya yetkili değildir²⁷⁰.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi ile ilgili bir diğer husus, kanunda ifadesini bulan tedbirlerin, evlilik birliğini koruyucu diğer bütün tedbirlerde olduğu gibi, ancak tedbir talebine yetkili eşin talebi üzerine alınabileceğidir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebepten doğsa bile hakim, eşlerden birinin talebi olmaksızın tedbir almak suretiyle evlilik birliğine müdahale yetkisine sahip değildir. Bu noktada eşin genel nitelikli bir talebi de yeterli olmayıp, hangi tedbirin alınması isteniyor ise ona ilişkin talebin bulunması lazımdır. Örneğin, talebe yetkili olan eş sadece ortak konut ve eşyasından yararlanma konusunda tedbir niteliğinde bir düzenleme talep etmiş ise hakim artık parasal katkıya ilişkin bir tedbire hükmedemez²⁷¹. Bu durumun tek istisnasını 197. maddenin dördüncü fıkrasında öngörülen tedbire hükmedilmesi hali oluşturur. Hakim, ergin olmayan çocukların varlığı halinde bunlara ilişkin tedbirleri re'sen almak durumundadır.

Kanunda öngörülen haklı sebeplerden birinin ortaya çıkması üzerine karı veya kocanın ortada bir mahkeme kararı bulunmaksızın birlikte yaşamaya ara vermeye yetkili olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız hakim görüşüne göre, eşlerden her biri kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi şekilde tehlikeye düştüğü anda birlikte yaşamaya ara verme hakkına sahip olur. Bu konuda hakim tarafından ayrıca yetkilendirilmeye gerek ve ihtiyaç yoktur²⁷². Bununla birlikte, konuttan ve ev eşyasından kimin istifade edeceği, birlikte yaşama ara verildiği süre zarfında

²⁶⁹ Ayan (Evlilik), sh. 236; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 268.

²⁷⁰ Öztan, sh. 218.

²⁷¹ Ayan (Evlilik), sh. 237.; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 261-262. Bu durum Usul Hukukundaki taleple bağılılık ilkesinin tabi bir sonucu olarak kabul edilmektedir.

²⁷² Egger, sh.354;Akıntürk, sh. 141; Tekinay, sh. 352;Ayan (Evlilik), sh. 229; Öztan, sh. 220; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 255; Zevkliler (Pratik), sh. 102; Saymen/Elbir, sh.147; Hatemi/Serozan, sh.195; Feyzioğlu, sh. 180; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.801; Schwarz, sh.197; Velidedeoğlu, sh.125; Berki,sh.143.

yapılacak parasal katkının tespiti gibi meselelerde ortaya çıkabilecek anlaşmazlıkların çözümlenmesi ve ayrı yaşamının ileride terk sayılarak bir boşanma davasına sebebiyet vermemesi amacıyla birlikte yaşamının haklı bir sebebe dayandığının tespit ettirilmesi bakımından hakime başvurmakta fayda vardır. Böyle bir başvuru halinde hakim, birlikte yaşamaya ara verilmesi ile ilgili tedbirlere hükmetmeden önce başvuruda bulunan eşin ayrı yaşama hakkı olup olmadığını bir ön mesele olarak araştırmak durumundadır²⁷³.

Doktrinde savunulan diğer bir görüşe göre ise, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği ciddi biçimde tehlikeye düşen eş ancak mahkemeden alacağı ayrı yaşama hakkı bulunduğu dair bir karar üzerine birlikte yaşamaya ara verme hakkına sahip olur²⁷⁴. Bağlı şekilde, ortada haklı bir sebep bulunsu dahi mahkemece haklı olduğu tespit edilmemiş ayrı yaşama fiili, Medeni Kanun anlamında terk sayılır ve bir boşanma sebebi teşkil eder. Zira, birlikte yaşama yükümlülüğü altında bulunan eşlerden birinin yapacağı sübjektif bir değerlendirme sonucu kendisini birlikte yaşamaya ara vermeye yetkili görmesi evlilik kurumunun özü ile çelişmektedir. Bu nedenle, kanunun bir ihkak-ı hak yetkisi verdiği tarzında yorumlanması isabetli değildir²⁷⁵.

Kanaatimizce, kanunda öngörülen sebeplerden birinin mevcudiyeti üzerine yetkisi mahkemece tespit edilmeksizin de eşlerden birinin ayrı yaşama hakkının doğduğu kabul olunmalıdır. Her ne kadar bir eşin tek taraflı olarak şartların gerçekleştiğini takdir yetkisine sahip olması eleştiri konusu olabilse de, özellikle ivedi korunma ihtiyacı bulunan vücut bütünlüğü ve sağlığa yönelik ciddi tehlikelerin ortaya çıkması halinde, mahkemelerin işleyiş sürati ve iş yükü göz önünde bulundurulursa birlikte yaşamaya ara verme yetkisini bir mahkemeden alınacak bir karara tabi tutmak tehlike ile karşı karşıya bulunan eş ve çocukların kişilikleri bakımından telafisi mümkün olmayan sonuçlara yol açabilir. Buna karşılık, kanunda öngörülen sebeplerin

²⁷³ Ayan (Evlilik), sh. 229; Öztan, sh. 220; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 255; Hatemi/Serozan, sh.195.

²⁷⁴ Güven, sh. 5.

²⁷⁵ Güven, sh. 5.

gerçekleşmediği iddiasında olan diğer eşin de açacağı bir tespit davası ile her zaman keyfiyeti tespit ettirme imkanı vardır.

Aynı zamanda unutulmamalıdır ki, evlilik birliğini koruyucu tedbirler hiçbir zaman boşanma hükümlerini dolanmak amacıyla kullanılamaz. Kanunda öngörülen sebepler somut olayda gerçekten mevcut olsa bile, sadece boşanmanın sonuç ve yükümlülüklerinden kurtulmak amacıyla eşlerden biri boşanma davası açmak yerine doktrinde “küçük boşanma”²⁷⁶ olarak adlandırılan birlikte yaşamaya ara vermeyi tercih ediyor ise, bu durum kanuna karşı hile ve hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden hukuk düzeni tarafından korunmaz. Dolayısıyla, bir mahkeme kararına dayanmaksızın ortak yaşama ara veren eşin haklılığı artık kabul olunamayacağından tedbir alınmak üzere başvurulmuş hakim bu talebi reddeder ve diğer eş bakımından MK.m.164’te öngörülen şartlarla terk sebebiyle boşanma davası açmak imkanı hasıl olur²⁷⁷.

bb. Eşlerin Birbirlerine Yapacakları Parasal Katkının Tespiti

Kişiliğin, ekonomik güvenliğin ve aile huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi sonucunda ayrı yaşamaya hakkı bulunan eş, MK.m.197/II’ye uygun şekilde²⁷⁸ hakime başvurarak kendisine yapılacak parasal katkının²⁷⁹ tespit edilmesini talep edebilir. Buna ek olarak, bir eşin haklı bir sebep olmaksızın ayrı yaşamaktan kaçınması halinde diğer eş ve ortak hayatın olanaksız hale gelmesi üzerine eşlerden biri de hakimden kendisine yapılacak parasal katkının tespit edilmesi talebinde bulunabilir.

²⁷⁶ Öztan, sh. 221; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 256.

²⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 256.

²⁷⁸ Ortak yaşamın devam etmediği dönem içerisinde gündeme gelecek parasal katkı taleplerinin dayanağını MK.m.197/II hükmü oluşturduğu halde, birlikte yaşam devam ederken parasal katkı MK.m.196’ya göre talep edilebilir. Bkz. yuk. sh. 31.

²⁷⁹ 743 sayılı ÖMK yürürlüğü döneminde yazılan eserler ve tatbikatta evlilik birliğinin devamı müddetince bir eşin diğer eş ve çocukların geçimi için yapacağı katkı, “tedbir nafakası” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Kütük, sh.222 vd.

Her şeyden önce şunu belirtmekte fayda görüyoruz ki, evlilik birliği giderlerine her iki eşin emek ve malvarlıkları ile güçleri ile orantılı olarak katılmasını öngören MK.m.186/III hükmü ışığı altında, şartları mevcut olduğu takdirde parasal katkı ediminin borçlusu olma bakımından karı ve koca arasında herhangi bir fark gözetilmemiştir.

MK.m.197/II uyarınca tespit edilecek katkının, parasal katkı dışında kalan bir maddi edim ve işgörme edimi (ev işlerini görme, çocuklara bakma vb) olarak kararlaştırılabileceği görüşünde olan yazarlar bulunmakla birlikte²⁸⁰, kanımızca böyle bir durum birlikte yaşamaya ara verilmesi tedbirinin gayesi ile örtüşmemektedir. Zira, haklı bir sebebe dayanarak ortak yaşama ara veren bir eşin diğer eş ile isteği dışında görüşmesi sonucu ile karşı karşıya bırakmak kanun koyucunun amacına uygun düşmez. Bu nedenle maddenin lafzına bağlı kalınarak, bir eşin diğerine yapacağı katkının mutlaka parasal katkı olarak tespit edilmesi gerektiği düşüncesindeyiz.

Parasal katkının tespit edilmesi aşamasında hakimin hareket noktası, kural olarak eşlerin evlilik birliğinin giderlerinin karşılanması için yüklendikleri akdi²⁸¹ (MK.m.186/III) veya kazai²⁸² (MK.m.196) katılma payıdır. Ancak, eşler tarafından anlaşmak suretiyle kararlaştırılan veya mahkemece hükmedilen miktarların birlikte yaşamaya ara verilmesi ile birlikte ayrı yaşamanın ihtiyaçları ve getirdiği ek masraflar karşısında yeniden düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Bu noktada hakim her eşin evlilik birliğine yapabileceği katkı miktarını yeniden gözden geçirir. Esasen hakimin talep karşısında yapmakla yükümlü olduğu iş, belirli ilkeler doğrultusunda önceki katılım paylarının yeni şartlara²⁸³ uyarlanmasından ibarettir²⁸⁴.

²⁸⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 262.

²⁸¹ Bkz. yuk. sh. 11.

²⁸² Bkz. yuk. sh. 30 vd.

²⁸³ Doktrinde, özellikle ayrı yaşamanın eşlere ek bir masraf getirmediği durumlarda hakimin halihazırda kurulmuş düzene fazla müdahalede bulunmaması gerekliliği ifade olunmaktadır. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 263; Öztan, sh. 222.

²⁸⁴ Öztan, sh. 222; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 263.

Eşlere düşen katkı payının hesaplanmasında temel olarak iki unsur göz önünde tutulmalıdır. Bu unsurlar, “eşlerin çalışma gücü”²⁸⁵ ve “parasal katkıya ihtiyacı olan aile bireylerinin temel ihtiyaçları”dır²⁸⁶. Bunlardan başka, varsa çocukların hangi eş ile birlikte kaldığı, ortak konuttan hangi eşin istifade etmeye devam ettiği gibi hususlar da dikkate alınır²⁸⁷.

Parasal katkının üst sınırını eşlerin birlikte yaşadıkları sırada sahip oldukları hayat standardı, alt sınırını ise eşlerin yaşamlarını sürdürebilmeleri için elde etmeleri gereken asgari miktar oluşturur²⁸⁸. Her ne kadar ortak yaşam sırasında sahip olunan hayat standardı, parasal katkının tespitinde rol oynasa da, eşler aynı standardın kendilerine sağlanmasını kural olarak talep edemezler²⁸⁹. Zira, ayrı yaşamının istisnai haller dışında giderleri arttıracacağı kesindir. Ortak hayatın devamı sırasındaki standardın hakim tarafından tespit edilecek parasal katkı bakımından üst sınır olarak kabul edilmesinin sebebi de budur.

Parasal katkının talep edilebileceği süre ve başlangıcına ilişkin MK.m.197’de herhangi bir hükme yer verilmemiştir. Parasal katkının başlangıç tarihinin ne olması gerektiği, Yargıtay’ın 1956 tarihinde vermiş olduğu bir İçtihadı Birleştirme Kararında²⁹⁰ belirtilmiştir. Anılan karar uyarınca, “*Nafakanın bağlanmasında olduğu gibi artırılması veya eksiltilmesinde ilişkin isteklerde dahi davanın kabulü halinde bu artırma ve eksiltmenin dava tarihinden başlamak üzere geçerli olduğu kabul edilmelidir. Çünkü, her dava açıldığı tarihteki durumu esas alınarak çözümlenir.*” Görüldüğü üzere parasal

²⁸⁵ Hakim, parasal katkıya karar verirken gerekli görürse birlikte yaşamaya ara verilmeden önce gelir getirici bir faaliyette bulunmayan eşin çalışma ihtimalini de değerlendirebilir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 263; Öztan, sh. 222.

²⁸⁶ Öztan, sh. 222.

²⁸⁷

Y.2HD.,T.17.4.2003,E.4406/K.5600;Y.3HD.T.6.2.2006,E.95/K.504;Y.2HD.,T.23.2.2005,E.822/K.2665 (www.kazanci.com)

²⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 263; Öztan, sh. 222.

²⁸⁹ Öztan, sh. 222; Ayan (Evlilik), sh. 244.

²⁹⁰ YİBK., T.28.11.1956, K.15/15, RG., 27.12.1956, S.9494

katkının başlangıç tarihi dava tarihidir²⁹¹. Yani hakim tarafından yapılacak katkı tespiti ileriye etkili olarak sonuç doğurur. Bununla birlikte doktrinde, parasal katkının geçmiş bir yıl için de istenebileceğini düzenleyen MK.m.196/III'ün burada kıyas yoluyla uygulanabileceği ve dolayısıyla eşlerin ayrı yaşadıkları dönem için tespit edilecek parasal katkının geçmiş bir yıl için de talep konusu edilebileceği kabul edilmektedir²⁹².

cc. Konut ve Ev Eşyasından Yararlanmaya İlişkin Tedbirler

Birlikte yaşamaya ara verilmesi sonucunda halli gereken en önemli meselelerden biri ortak konuttan ve ev eşyasından kimin ne şekilde istifade edeceğinin düzenlenmesidir. Hakim, eşlerden birinin talebi üzerine konut ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin tedbirleri alır.

Ortak konut, “eşlerden en az birisinin sosyal ve ekonomik yaşamlarını sürdürmek üzere oturdukları, ailenin müşterek kullanımına ayrılan evdir.”²⁹³. Ortak konut kavramı kural olarak tek bir evi ifade etmek üzere kullanılmakla birlikte, ailenin hayatının iki evde geçirildiği istisnai durumlarda her iki ev de ortak konut sayılır ve hakimın yararlanmaya ilişkin kararına konu olabilir²⁹⁴. Ev eşyası kavramı ise, sadece konut içerisindeki eşyaları değil, ortak yaşamın yürütülmesi ile bağlantılı diğer taşınır eşyaları (otomobil vb.) da kapsar²⁹⁵.

Kanunda öngörülen sebeplerin varlığı ile birlikte yaşamaya ara verme yetkisine sahip olan eş, bu yetkisini ortak konutun terki suretiyle kullanabileceği gibi, ortak konutun kendisine özgülenerek diğer eşin konuttan uzaklaştırılmasını sağlayarak da

²⁹¹Y.2.HD.,T. 20.02.1973, E.803/K.1028 (www.turkhukuksitesi.com);Y.2HD.,T.27.2.2003,E.1119/K.2551 (www.kazanci.com). Ayrıca bkz. Ruhi (Nafaka), sh. 27.

²⁹² Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 263; Ayan (Evlilik), sh. 245; Öztan, sh. 222.

²⁹³ Güven, sh. 8. Ortak konut kavramı hakkında geniş bilgi için bkz. yuk. sh. 5. vd.

²⁹⁴ Güven, sh. 8.

²⁹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 264, dpn. 470.

kullanabilir²⁹⁶. Tabi yetkisini bu şekilde kullanmak arzusunda ve niyetinde olan eş, bu sonucu doğuracak tedbirlerin hakim tarafından alınmasını talep etmek durumundadır.

Ortak konut ve ev eşyasından hangi eşin yararlanacağına, somut olayın özellikleri dikkate alınarak hakim tarafından karar verilir. Hakimin bu konuda geniş takdir yetkisine sahip olduğu kabul edilir²⁹⁷. Hakim, takdir yetkisini, MK.m.4'te belirtilen hakkaniyet esasına uygun kullanmalıdır. Bunu sağlayabilmek için öncelikle konut ve ev eşyasından yararlanmada hangi eşin daha çok menfaati olduğu araştırılmalıdır²⁹⁸. Örneğin ortak konutun, çocukların kendisine bırakılan eşe özgülenmesinde, bu eşin ve çocukların daha çok menfaati olduğu açıktır²⁹⁹. Böylelikle, çocuklar alıştıkları ortamdan uzaklaşmak durumunda bırakılmamış olur. Bundan başka, eşlerin yaş ve sağlık durumları da son derece önemlidir. Zira, genç ve sağlıklı eşin yeni bir konut edinmesi yaşça daha ileri veya sağlık durumu itibarıyla daha kötü durumda bulunan eşe nazaran daha kolaydır³⁰⁰. Eşlerden birinin mesleki faaliyetini ortak konutta sürdürdüğü hallerde, ortak konutun bu eşe özgülenmesi sağlanmalıdır³⁰¹.

Özgüleme kararı alınırken, konut üzerindeki mülkiyet hakkının hangi eşe ait olduğu kural olarak hiçbir önem taşımaz³⁰². Bu durum, mülkiyet hakkının ihlali anlamı da taşımaz. Buna rağmen zorunlu durumlar hariç olmak üzere, malik olan eşin konuttan yararlanması tercih edilmelidir. Ancak, hakimin konutu malik olmayan eşe özgülediği durumlarda menfaat dengesinin sağlanması amacıyla, konutun kullanım bedelinin belirli ölçüde parasal katkıdan indirilmesi yerinde olur³⁰³. Şayet konuttan kira sözleşmesinden doğan bir şahsi hak ile yararlanılıyorsa, tıpkı mülkiyet hakkında olduğu gibi hangi eşin sözleşmenin kiracı tarafı olduğu veya kira bedelini ödediğinin de bir önemi yoktur.

²⁹⁶ Güven, sh. 8; Ayan (Evlilik), sh. 245;

²⁹⁷ Velidedeoğlu (Aile) sh. 247; Güven, sh. 8; Öztan, sh. 223; Akıntürk, sh. 294; Ayan (Evlilik), sh. 246.

²⁹⁸ Egger, sh.355; Güven, sh. 8; Tekinay, sh. 355; Ayan (Evlilik), sh. 246.

²⁹⁹ Öztan, sh. 223; Ayan (Evlilik), sh. 246.

³⁰⁰ Güven, sh.10; Ayan (Evlilik), sh. 247.

³⁰¹ Akıntürk, sh. 293; Güven, sh. 10; Ayan (Evlilik), sh. 247.

³⁰² Güven, sh.8; Akıntürk, sh. 293; Öztan, sh.223. Ev eşyasının bırakılmasında da aynı prensip geçerlidir.

³⁰³ Güven, sh. 10; Öztan, sh. 223.

Ortak konutun eşlerden birine lojman olarak tanındığı durumlarda ise hak sahibi eşin konutta oturma hakkı gözetilmelidir³⁰⁴.

Hakim, ortak konuttan yararlanma tarzını mutlaka bir eşin konuttan ayrılması ve konutun diğer eşe özgülenmesi şeklinde düzenlemek zorunda değildir. İstisnai olmakla birlikte, eşler için gerekli rahat ve bağımsız davranışın sağlanmasına özen gösterilmek şartıyla ortak konutun içten bölünmesi suretiyle bir yararlanma tarzı öngörülebileceği kabul olunmaktadır³⁰⁵.

dd. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Tedbirler

Ayrı yaşamamanın haklı bir sebebe dayanması, eşlerden birinin birlikte yaşamaktan kaçınması ve ortak hayatın olanaksız hale gelmesi hallerinden birinin ortaya çıkması üzerine, talebe yetkili eşin başvurusu ile hakim MK.m.197/II uyarınca eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbirleri alır.

Eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbirlerin neler olabileceği konusu açık olmamakla beraber, evlilik birliği için önem taşıyan eşlere ait malvarlığı değerleri için bir kayyım atanması akla ilk gelen tedbir olabilir³⁰⁶. Ayrıca doktrinde bu hükmün geniş yorumlanarak, gerektiği takdirde hakimın eşler arasındaki mal rejimine müdahale edebileceği şeklinde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Buna göre hakim, somut olayın özelliklerini dikkate alarak eşler arasındaki kanuni veya mal ayrılığı dışındaki akdi mal rejiminin mal ayrılığı rejimine³⁰⁷ geçilmesine karar verebilir³⁰⁸.

³⁰⁴ Ayan (Evlilik), sh. 248; Güven, sh. 10.

³⁰⁵ Güven, sh. 9; Ayan (Evlilik), sh. 248-249.

³⁰⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 265.

³⁰⁷ Gerek sebepleri ve başlangıcı gerekse hükümleri itibarı ile birlikte yaşamaya ara verilmesi tedbirinden tamamen farklı olan ve bir hakim kararı sonucu ortaya çıkan ayrılık müessesesinde (MK.m.167 vd.) hakim eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına çevrilmesine re'sen karar verme yetkisine sahiptir.

³⁰⁸ Öztan, sh. 223; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 266; Ayan (Evlilik), sh. 250.

ee. Ergin Olmayan Çocuklara İlişkin Tedbirler

Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde çocukların hangi eşte kalacağı, diğer eş ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkinin düzenlenmesi gerekliliği ortaya çıkar. Medeni Kanun'un 197. maddesinin dördüncü fıkrası uyarınca çocuklara ilişkin tedbirler, mezkur maddede öngörülen diğer tedbirlerin aksine hakim tarafından re'sen alınabilir³⁰⁹. Aynı hüküm uyarınca, ergin olmayan çocuklara ilişkin tedbirler ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre (MK.m.169,182 ve özellikle çocuğun menfaatlerinin korunması, bakımına ve kişisel ilişkilerine ilişkin olarak 321 vd.) alınır³¹⁰.

Hakim, birlikte yaşamaya ara verildiği dönem süresince eşlerin ergin olmayan ortak çocukların eşlerden biri ile kalmasına karar verebilir. Bu durumda, diğer eş ile çocuk arasında kişisel ilişkinin ne şekilde kurulacağını da düzenler. Ergin olmayan ortak çocuğun eşlerden biri ile kalmasına karar verilmiş olması, diğer eşin velayet hakkının kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurmaz³¹¹. Ancak çocuğun hangi eşin yanında kalacağı, ortak konutun özgülmesi³¹², parasal katkının miktarı ve ilgili diğer tedbirlere karar verilirken etkili olur. Ayrıca hakim, diğer eşin çocuk kendisine bırakılan eşe çocuğun giderlerinin karşılanması için yapması gereken parasal katkı miktarını da belirler³¹³. Şayet gerekiyorsa hakim ergin olmayan çocuklara ilişkin başkaca tedbirlerin alınmasına da karar verilebilir. Bu noktada en önemli ölçüt çocuğun menfaatidir³¹⁴. Ancak hakim, birlikte yaşamaya ara verilmesi sonucunda evlilik birliğinin korunması

³⁰⁹ Öztan, sh. 223-224; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 266.

³¹⁰ 4721 s. Medeni Kanun'un 197. maddesini karşılayan ÖMK.m.162'de birlikte yaşamaya ara verilmesi (müşterek hayatın tatili) halinde çocukların durumunu düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemişti. Yargıtay muhtelif kararlarında bu konuda bir hukuk boşluğu bulunduğunu ve bu boşluğun MK.m.1 uyarınca hukuk yaratma yoluyla doldurulması gerektiğini belirtmiş durumdaydı. Mevcut boşluk şu anda MK.m.197/IV ile doldurulmuş bulunmaktadır. Bu konuda bkz. YHGK., T. 8.11.1967, E.245/K.512 (Akıntürk, sh. 143); Ayrıca bkz. Egger, sh.355;Ayan (Evlilik), sh. 250, dpn. 190; Akıntürk, sh. 143.

³¹¹ Egger, sh.355; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 266; Ayan (Evlilik), sh. 251; Akıntürk, sh. 296; Özuğur (Nafaka), sh.36.

³¹² Bkz.yuk. sh. 69-70.

³¹³ Dural/Öğüz/Gümüş, sh.266; Özuğur (Nafaka), sh. 35;Ayan (Evlilik), sh. 252; Öztan, sh. 223.

³¹⁴ Ayan (Evlilik), sh. 252; Öztan, sh. 224.

kapsamında ergin olmayan çocuklara ilişkin tedbir alırken, MK.m.348 vd. maddelerinde düzenlenen ana veya babadan velayetin kaldırılmasına hükmedemez³¹⁵.

3. Hem Birlikte Yaşama Hem de Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumunda Alınabilecek Tedbirler

a) Eşlerden Birinin Borçlularına Emir Verilmesi

Eşlerden her biri, güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile evlilik birliğinin giderlerine katılmakla yükümlüdür. Evlilik birliğinin manevi olduğu kadar ekonomik bir birlik olduğu açıktır. Zira, evlilik birliğinin arzulandığı şekli ile devamında birtakım masrafların zamanında ve tam olarak karşılanması büyük önemi vardır. Bu durumu göz önünde bulunduran Kanun Koyucu, eşlerin birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü düzenlemekle kalmamış, bu yükümlülüğün teminat altına alınmasını sağlamak üzere başkaca tedbirler de öngörmüştür. İşte bu tedbirlerden biri de, MK.m.198’de düzenlenen eşlerden birinin borçlularına emir verilmesidir. Buna göre; *“Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hakim onun borçlularına ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir.”*

Görüldüğü üzere eşlerden biri, sürekli ve düzenli bir geliri olduğu halde birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse hakim bu eşin borçlularına ödemeyi tamamen ya da kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir. Böylelikle birlik giderlerine katılma yükümlülüğü borçluların diğer eşe yapacakları ödeme ile yerine getirilmiş olmaktadır³¹⁶.

³¹⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 266.

³¹⁶ Önceki Medeni Kanun’un 152. maddesinin ikinci fıkrası ile karının ve çocukların geçindirilmesi yükümlülüğü kocaya yüklenmiş olduğundan, önceki kanunun, 198. maddeyi karşılayan 163. maddesinin sadece bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen kocanın borçlularına emir verilmesi şeklinde uygulanacağı kabul edilmekteydi. Oysa ki, şu an yürürlükte bulunan 4721 s. Medeni Kanun birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü her iki eşe de eşit olarak yüklediği için 198. maddenin uygulanması bakımından birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal eden eşin karı veya koca olması hiçbir önem taşımaz. Bkz. Akıntürk, sh. 144-145; Ayan (Evlilik), sh. 253, dpn. 201; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 270.

Hakimin, eşlerden birinin borçlularına emir verebilmesi için gerekli olan ilk şart, alacaklı konumunda olan eşin düzenli ve sabit bir geliri olmasına rağmen birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü hiç ya da gereği gibi yerine getirmemiş olmasıdır³¹⁷. Fakat hiç veya tamamen yerine getirmeme durumunun yani ihlalin belirli bir ağırlık taşınması gerekir. Bu nedenle özellikle yükümlülüğün bir seferlik savsaklanması 198. maddede düzenlenen tedbirin alınması için yeterli değildir³¹⁸. İhlalin, az çok tekrarlanır nitelikte olması aranır³¹⁹.

Katılma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği incelenirken, MK.m.186 uyarınca eşler arasında yapılan anlaşma ile belirlenen katkı payı³²⁰ veya MK.m.196 uyarınca eşlerden birisinin talebi üzerine hakim tarafından tespit edilen miktar³²¹ değerlendirilir. Eğer eşlerden birinin birlik giderlerine malvarlığı ile değil emeği ile katılması kararlaştırılmış ise bu takdirde borçlulara emir verilmesi tedbirine başvurulamayacağı kabul edilmektedir. Başkaca bir deyişle, borçlularına emir verilebilecek eş, giderlere malvarlığı ile katılması zorunlu olan eştir. Bu eş karı da koca da olabilir. Bu nedenle, eğer eşlerden biri birlik giderlerine malvarlığı ile katılma imkanından yoksun bulunuyorsa, örneğin çalışmayan bir karı veya işini kaybetmiş koca başka bir parasal gelir elde etme imkanından da yoksun bulunuyorsa onun hakkında borçlularına emir verilmesi tedbirine başvurulamaz³²².

Borçlulara emir verilmesi tedbirine başvurulabilmesi için gerekli olan ikinci şart, birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin üçüncü bir şahıstan bir

³¹⁷ Eşin bu duruma kusuru ile sebebiyet vermiş olması şart değildir. Buna rağmen, katkı yükümlülüğünün ağır tıbbi müdahale, doğal afet vb. olağanüstü sebeplerle yerine getirelememiş olması halinde MK.m.198’de öngörülen tedbirin alınmasına karar verilemez. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 270-271.

³¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 271.

³¹⁹ Doktrinde, tek seferlik ihlalin gelecekteki sürekli ihlallere ilişkin açık bir emare niteliği taşıdığı hallerde de eşin borçlularına emir verilebileceği ileri sürülmektedir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 271.

³²⁰ Bkz. yuk. sh. 21.

³²¹ Bkz. yuk. sh. 51 vd.

³²² Akıntürk, sh. 145. Aksi görüşte Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 273.

alacağının bulunmasıdır³²³. İlgili tedbirin uygulanması bakımından alacağın kaynağının hiçbir önemi yoktur. Bu alacak bir haksız fiilden doğmuş olabileceği gibi bir hukuki işlemten de doğmuş olabilir³²⁴. Söz konusu alacak, parasal veya parayı temsil eden kıymetli evraka bağlı bir alacak olmalıdır³²⁵. Bu kapsamda, bir hizmet sözleşmesinden doğan ücret alacakları, tedbirin en etkili uygulama alanlarından birini oluşturur³²⁶. Sürekli bir para alacağı olan kira veya malvarlığının getirisi niteliğindeki faiz ve temettü alacakları da tedbirin amacına uygun nitelik taşırlar. Ani edimli nitelik taşıyan banka veya karz alacakları, tazminat ve sigorta talepleri de tedbire konu teşkil edebilir³²⁷. Fakat, bir ayni hak tesisi borcu doğuran hukuki işlemten doğan alacak haklarının diğer eşe ödenmesine karar verilemez³²⁸. Manevi tazminat gibi eşin kişiliğine bağlı alacaklarda da durum böyledir³²⁹.

Tedbire hükmedilebilmesi için gerekli üçüncü şart, eşlerden birinin bu yöndeki talebidir. Esasen, 198. maddede açıkça tedbirin talep üzerine alınabileceği belirtilmemişse de doktrinde hakimın bu tedbire ancak eşlerden birinin talebi üzerine hükmedileceği kabul edilir³³⁰.

Şartların gerçekleşmesi üzerine hakim, öncelikle borçlulara emir verilmesi yönünde bir karar verir. Bu kararda, hangi borçluların ne oranda ve hangi eşe ödeme yapacağı hüküm altına alınır³³¹. Bu kapsamda eşin birden fazla tüzel veya gerçek kişi borçlunun, tedbir kararı aldırın eşe ödeme yapmasına karar verilebilir. Önemli olan,

³²³ Dolayısıyla tedbir kararına hükmedilmeden önce eşin, alacağını geçerli bir şekilde temlik etmesi veya alacağın herhangi bir sebeple ortadan kalkmış olması halinde artık bu tedbire başvurulamaz. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 270.

³²⁴ Uçar, sh.145;Akıntürk, sh. 145; Tandoğan, sh.134;Öztan, sh. 224; Ayan (Evlilik), sh. 254; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 270, dñn. 488.

³²⁵ Güven, sh. 11; Uçar, sh.147; Ayan (Evlilik), sh. 254.

³²⁶ Velidedeoğlu (Aile), sh. 127; Egger, sh.357;Akıntürk, sh. 145; Öztan, sh. 224; Tekinay, sh.357; Feyzioğlu, sh.181; Zevkliler/Havutçu, sh. 248.

³²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 272.

³²⁸ Güven, sh. 11; Ayan (Evlilik), sh.254.

³²⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 272-273.

³³⁰ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 272; Ayan (Evlilik), sh. 255.

³³¹ Öztan, sh. 224-225; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 273.

talepte bulunulduğu anda borçlu veya borçluların belirlenebilir olmasıdır³³². Ardından, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin borçlularına bir ödeme emri gönderilir³³³. Bu ödeme emri ile borçluya, borcunu tedbir kararı aldırان eşe ödemesi gerektiği bildirilir³³⁴. Bu ödeme emri ile birlikte alacaklı sıfatı değişmez³³⁵. Aleyhine tedbir kararı alınan eş alacaklı olarak kalmaya devam eder, fakat artık alacağı üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalktığı için³³⁶ alacağın tahsilini talep etme yetkisi yoktur. Borçluya karşı dava açmak ve icra takibinde bulunmak yetkisi tedbir kararı aldırان eşe ait olur³³⁷.

Ödeme emrinin tebliği tarihinden sonraki bir tarihte alacaklı eşe (tedbir kararı aldırان eş değil) yapılan ödeme ile borç sona ermez ve borçlu, tedbir kararı aldırان eşe tekrar ödeme yapmaya mecbur tutulur³³⁸. Ancak, tebliğ tarihinden önce alacaklı eşe yapılan ifa borçluyu borcundan kurtarır.

³³² Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 274.

³³³ Borçlulara gönderilen bu ödeme emri İİK'da düzenlenen ödeme veya icra emrinden nitelik bakımından farklılık taşır. Zira, İİK.m. 60 ve 78 uyarınca gönderilen ödeme emrine yedi gün içerisinde itiraz edilmesi mümkün iken, MK.m.198'in uygulanması sırasında gönderilen ödeme emrine itiraz söz konusu değildir. Bkz. Güven, sh. 11; Ayan (Evlilik), sh. 255.

³³⁴ Alınan tedbir, eşler için kararın kesinleşmesiyle, borçlu için kendisine gönderilecek ödeme emri ile hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 275.

³³⁵ Tedbir kararının ardından borçluya gönderilen ödeme emri ne bir kazai temlik ne de tecdid anlamına gelir. Alacaklı sıfatının değişmemesinin dolayısıyla tedbir kararı aldırان eşin alacaklı sıfatını kazanmamasının sebebi de budur. Bununla birlikte doktrinde, ödeme emrinin borçluya tebliğ edildiği anda alacaklı sıfatının karar aldırان eşe geçeceğini zira burada bir kazai temlik söz konusu olduğunu savunan yazarlar da vardır. Bkz. Ayan (Evlilik), sh. 256. Ayrıca bkz. dñn. 213'te zikredilen yazarlar.

³³⁶ Tedbir kararının kesinleşmesi ile tasarruf yetkisi ortadan kalktığı içindir ki, artık alacaklı eşin alacak hakkına ilişkin olarak yapacağı bir ibra veya alacağın temlikli sözleşmesi tedbir aldırان eş aleyhine hüküm ve sonuç doğurmaz. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 274.

³³⁷ Feyzioğlu, sh.182.Öztan, sh. 225; Egger, sh.357;Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 274; Akıntürk, sh.145.

³³⁸ Öztan, sh. 224; Güven, sh. 11; Tandoğan, sh.135;Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.802;Ayan (Evlilik), sh. 256; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 275; Akıntürk, sh. 145; Saymen/Elbir, sh. 148. Ancak, alacaklı eşe yapılan ödemenin tedbir kararı aldırان eşe verildiği veya paranın birlik giderleri için sarfedildiği ispatlanırsa, borçlu tekrar ödeme yapmaktan kurtulur.

b) Eşlerden Birinin Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması

aa. Genel Olarak

Medeni Kanun'un Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması matlaplı 199. maddesine göre:

“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.”

“Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.”

“Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırsa, re'sen durumun tapu kütüğüne şerhedilmesine karar verir.”

Görüldüğü üzere, kanun koyucu belirli şartların gerçekleşmesi üzerine eşlerden her birine diğer eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması amacıyla hakime başvurarak tedbir alınmasını talep etme imkanı tanımıştır. MK.m.199' da öngörülen tedbir, eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlanması temeline dayalı bir tedbirdir³³⁹.

Medeni Kanun'un tümüne yaygın bir şekilde kabul edilmiş bulunan eşler arası mutlak eşitlik prensibi uyarınca, eşler evlilik birliğinin devam ettiği süre boyunca kural olarak gerek kendi aralarında gerek üçüncü kişilerle diledikleri hukuki işlemleri yapabilirler. Diğer bir deyişle, 4721 s. Türk Medeni Kanunu'nda eşlerin hukuki işlem alanında serbestliği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke MK.m.193'te; *“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.”* denilmek suretiyle ifade olunmuştur. Kanunda da açıkça ifade edildiği üzere

³³⁹ Gümüş, sh. 59; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 275.

eşlerden birinin yaptığı hukuki işlemin geçerliliği, kural olarak diğer eşin veya başka bir kişinin, örneğin hakimın izin veya icazetine bağlı kılınmamıştır³⁴⁰.

Eşlerin hukuki işlemlerinde serbest olma ilkesi mutlak değildir. MK.m.193'te de ifade edildiği üzere belirli gerekçelerle bizzat kanun tarafından serbestlik ilkesine birtakım istisnalar getirilmiş bulunmaktadır. İşte bu ilkenin en önemli istisnalarından birini şu anda incelemekte olduğumuz, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin belirli şartların ortaya çıkması ve diğer eşin talebi üzerine hakim kararıyla sınırlandırılması tedbiri oluşturur³⁴¹. Bu tip bir sınırlamanın gerekçesi, tedbirin amacından da anlaşılacağı üzere evlilik birliğinin ve dolayısıyla aile bireylerinin mali bakımdan korunmasıdır³⁴². Zira, tedbir kararı ile birlikte artık aleyhine tedbir kararı alınan eşin belli malvarlığı değerleri ile ilgili hukuki işlemlerde bulunması diğer eşin rızasına tabi kılınmaktadır.

Özellikle evlilik birliği içinde birtakım ciddi ve aşılabilir görünen sorunların baş göstermesi ile eşlerin duygusal davranarak yüklendikleri mali yükümlülükleri yerine getirmeme eğilimi içine girdikleri bir gerçektir³⁴³. Akıntürk'ün de tespit ve ifade ettiği üzere bu tip bir tedbire ülkemizde fazlasıyla gereksinim vardır. “Çoğu olaylarda ayrılık veya boşanmaya kararlı olan koca, sırf kadına nafaka veya tazminat ödememek için mevcut mallarını başkalarına devretme yoluna gitmekte, nafaka ya da tazminat hükmü alan kadın, kocadan icra yoluyla dahi herhangi bir tahsilat yapamamaktadır.”³⁴⁴ Tedbirin alınması suretiyle, eşlerin birbirlerinden belli malları kaçırmaları olasılığı önlenmiş olmaktadır³⁴⁵. Görüldüğü üzere tedbirin amacı, diğer eşin evlilik birliğinin girdiği ağır

³⁴⁰ Eşlerin hukuki işlem özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk, sh. 124 vd.; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 199 vd.; Öztan, sh. 195 vd.

³⁴¹ Barlas, N.: Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, sh.133; Demir, M. :Türk Medeni Kanununa Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler, Prof.Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, sh.699.

³⁴² Demir, P., sh.40; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 276; Akıntürk, sh. 128.

³⁴³ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 275.

³⁴⁴ Akıntürk, sh. 128; Öztan, sh. 228.

³⁴⁵ Akıntürk, sh. 128; Özüğür (Nafaka), sh. 37; Demir,P, sh.40; Ayan (Evlilik), sh. 257; Gümüş, sh. 61-62.

kriz anlarında mali açıdan zarar görmesine engel olmak ve evliliğin sona ermesi ihtimali karşısında malvarlığı kaymalarına izin vermemektir³⁴⁶.

bb. Şartları

Eşlerden birinin belirli malvarlığı değerlerine ilişkin olarak tasarruf yetkisinin kısıtlanması, gerek eşin kendisi bakımından gerekse tasarruf yetkisi kısıtlanan eşin üçüncü kişiler nezdindeki itibarı bakımından son derece önemli sonuçlar doğuran bir tadbirdir. Bu durumu dikkate alan kanun koyucu, ancak belirli şartların oluşması halinde eşlerden birinin bu yönde bir talepte bulunabileceğini düzenleyerek keyfi olarak veya salt eşlerden birinin diğerine zarar vermek amacı ile bu tedbirin alınmasını sağlamasına izin vermemiştir. Hangi şartlarda tedbir talebi ile hakime başvurulabileceği MK.m.199’da belirtilmiştir. Buna göre, sadece ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin gerekli olduğu ölçüde diğer eşe hakime başvurma yetkisi tanınmıştır. Şayet, somut olayda anılan şartlardan hiçbirisi mevcut değilse hakim diğer eşin tedbir talebini reddetmelidir. Hemen belirtelim ki, kanunda öngörülen şartlar alternatif (seçimlik) şartlar olup herhangi birisinin gerçekleşmesi tedbir talebi ile hakime başvurulması için yeterlidir.

i) Ailenin Ekonomik Varlığının Korunmaya İhtiyaç Duyması

Eşlerden birinin hakimin belirleyeceği malvarlığı değerleri ile ilgili tasarruf yetkisinin sınırlanarak bunlara ilişkin işlemlerin diğer eşin rızasına tabi kılınması tedbirine başvurulabilmesi için kanunda öngörülen alternatif şartlardan ilki, ailenin ekonomik varlığının korunmaya ihtiyaç duymasıdır.

Kanun koyucu, eşlerin yapacağı bazı hukuki işlemlerin ailenin ekonomik geleceği açısından telafi edilemez zararlar doğurma tehlikesi yaratabileceğini düşünmüş

³⁴⁶ Gümüş, sh. 61.

ve bu durumu önlemek gayesiyle ailenin ekonomik varlığının korunması gerekliliğini tasarruf yetkisinin sınırlanması sebebi saymıştır. Burada amaç, belirli bir malvarlığının korunmasından ziyade ailenin ekonomik temelini dolayısıyla evlilik birliğinin korunmasıdır³⁴⁷.

Ailenin ekonomik temelini tehlikeye düşürecek hallere örnek olarak, evdeki eşyaların eşlerden biri tarafından başka bir yere götürülmesi, eşin başka bir gelir getirici ekonomik faaliyette bulunmayı düşünmeksizin ticari işletmesini kapatması veya söz konusu işletmeyi uygun bir karşı değer elde etmeksizin devretmesi veya yok pahasına elden çıkarması, eşin ailenin geçimi için gerekli birikimleri harcaması, malvarlığı değerlerini inançlı olarak üçüncü bir kişiye devretmesi veya bağışlaması, ani ve sebebi açıklanamayan malvarlığı azalmaları, taşınmazlara aşırı yükümlülükler yüklenmesi verilebilir³⁴⁸.

Ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla hakimden müdahale talep edilebilmesi için, birliğin ekonomik varlık ve güvenliğine yönelmiş tehlikenin her şeyden önce ciddi ve yakın olması aranır. Bununla birlikte tehlikenin ortaya çıkmış olması yeterli olup, zararın doğmuş olması şart değildir³⁴⁹. Önemli bir diğer nokta, tehlikeye dışsal koşulların zorlaması ile değil, bizzat eşin kendi fiilleriyle sebebiyet verilmiş olması gerekliliğidir. Ancak, eşin kusurlu olup olmaması tedbir talebi bakımından önemli değildir. Bundan başka, eşlerden birinin belirli malvarlığı değerlerine ilişkin tasarruf yetkisinin sınırlanması için, bu eşin fiillerinin ailenin asgari geçim düzeyini tehlikeye düşürmesi de şart değildir. Tehlikenin, ailenin mevcut yaşam standardını koruyamaması riskini doğuracak ağırlıkta olması yeterlidir³⁵⁰.

³⁴⁷ Gümüş, sh. 63; Öztan, sh. 226.

³⁴⁸ Gümüş, sh. 63; Ayan (Evlilik), sh. 259; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 277; Öztan, sh. 226-227.

³⁴⁹ Ayan (Evlilik), sh. 260; Gümüş, sh. 63.

³⁵⁰ Gümüş, sh. 63.

ii) Evlilik Birliğinden Doğan Mali Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

MK.m.199’da öngörülen tasarruf yetkisinin sınırlanması tedbirinin alınabilmesi için gerekli olan ikinci alternatif şart, evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Yukarıda belirttiğimiz üzere boşanmaya veya ayrılmaya kararlı olan eş, evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmeme eğilimi içine girmektedir. Buna ilişkin olarak mahkemeden bir parasal ödeme hükmü alınsa dahi, diğer eşe zarar verme niyetindeki eşin malvarlığı değerlerini elden çıkarması sonucu kararın fiilen icrası mümkün olmamaktadır. İşte bu durumu dikkate alan kanun koyucu, evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halini, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisinin sınırlanarak yapacağı işlemlerin diğer eşin rızasına tabi kılınması sebebi olarak düzenlemiştir.

Bir eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması talebiyle hakime başvurulabilmesi için, eşin evlilik birliğinden doğan salt mali bir yükümlülüğünü ihlal etmiş olması gereklidir. Evlilik birliğinden doğan her türlü yükümlülüğün ihlali halinde MK.m.199’da öngörülen tedbir alınamaz. Evlilik birliğinin eşlere yükledikleri yükümlülükler düşünüldüğünde, tasarruf yetkisinin sınırlanması tedbirinin uygulanabileceği en önemli halin eşlerden birinin MK.m.186/III’de düzenlenen evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi olduğu açıktır³⁵¹.

Doktrinde, birlik giderlerine katılma yükümlülüğünün ihlal edilmiş olmasının ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürmediği hallerde doğrudan MK.m.199’un uygulanamayacağı savunulmaktadır³⁵². Buna göre, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin tedbir alınması için ön şart, tedbir talebiyle mahkemeye başvuran eşin, aleyhine tedbir kararı alınacak diğer eşin birlik giderlerine katkı payını eğer ortak yaşam devam ediyorsa MK.m.196, birlikte yaşamaya ara verilmişse MK.m.197/I

³⁵¹ Gümüş, sh. 64; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 277; Ayan (Evlilik), sh. 261.

³⁵² Bkz. Gümüş, sh. 65.

hükmüne uygun olarak hakime tespit ettirmiş ve buna rağmen katkı payının ödenmemiş olmasıdır. Diğer bir görüşe göre ise, MK.m.199'ta öngörülen tasarruf yetkisinin sınırlandırılması tedbirinin alınmasını, katkı payının önceden tespit ettirilmiş olması ön şartına bağlı tutmak kanuna aykırı bir yorum olur. Zira, MK.m.199'da tedbirin alınabilmesi için herhangi bir ön koşul aranmamaktadır. Ayrıca bu yönde bir uygulama, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin gerektirdiği sürati engelleyebilir³⁵³.

Kanımızca, tasarruf yetkisinin sınırlandırılması gibi son derece önemli sonuçları olan bir tedbire, evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünün ihlal edildiği her halde başvurulmasının kabul edilmesi yerinde bir çözüm değildir. Dolayısıyla, salt birlik giderlerine katılma yükümlülüğünün ihlal edilmiş olması doğrudan tedbire hükmedilmesi için yeterli sayılmamalı ve en azından ihlalin belli bir ağırlık taşıması aranmalıdır. Bununla birlikte, tedbirin uygulanması bakımından katkı payının önceden tespit ettirilmiş olması ön şartına bağlı kılınması gibi daraltıcı bir yoruma da katılmıyoruz. Sonuç olarak, ihlalin tasarruf yetkisi sınırlandırmasına sebebiyet verecek ağırlık ve önemde olup olmadığı hakim tarafından takdir edilmeli ve ardından tedbire hükmedilmelidir.

Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması tedbirine hükmedilmesi için tıpkı ailenin ekonomik varlığının korunması ihtiyacında olduğu gibi bir zararın doğmuş olması zorunlu değildir. Eşlerden birinin ülke dışına kaçma hazırlıkları yapmasında olduğu gibi evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmeyeceğinin kesin olarak anlaşıldığı hallerde de tasarruf yetkisi sınırlandırılması tedbirine başvurulabilir³⁵⁴.

³⁵³ Bkz. Ayan (Evlilik), sh. 261-262.

³⁵⁴ Ayan (Evlilik), sh. 262.

iii) Diğer Eşin Talebi ve Şartların Gerçekleştiğinin İspatı

Eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanması tedbirine, kanunda belirtilen şartlardan birinin gerçekleşmesi üzerine diğer eşin talebi üzerine hükmedilebilir. Kanun koyucu, evlilik birliğini koruyucu tedbirlerin alınması usulüne burada da bağlı kalarak, hakime re'sen tedbir alma yetkisi tanımamıştır³⁵⁵.

Tedbir talebi ile hakime başvuran eşin, tedbirin MK.m.199'da öngörülen şartların gerçekleştiğini kesin delillerle ispat etmesi beklenmez. Talep sahibi eşin, diğer eşin birtakım zarar verici tasarrufları ile ailenin ekonomik varlığını ciddi ve yakın bir tehlikeye maruz bırakma olasılığı konusunda hakimi inandırması yeterlidir³⁵⁶. Hakim, yaptığı inceleme sonucunda ailenin ekonomik varlığına yönelik ciddi bir tehlike olasılığı gördüğü noktada tedbire karar verebilir. Ancak, tehlikenin yakın bir zaman içerisinde gerçekleşmesi objektif olarak mümkün olmalıdır.

Ciddi ve yakın tehlikenin genel hayat tecrübesi ve olayların olağan akışı çerçevesinde beklenebilir olduğunun ortaya konmasının, ispat için yeterli olması hem tedbirin koruyucu işlevi hem de şartları ispat etmeye yarayan bilgi ve belgelere ulaşılmasının çok zor veya imkansız olması nedeniyle bir zorunluluktur³⁵⁷. Buna rağmen, hakimin eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına karar verebilmesi için, dosya üzerinde inceleme yapması doğru olmaz. Talep üzerine, hakimin bir duruşma günü tespit etmesi ve tarafları duruşmada dinlemesi, ardından da toplanan delilleri değerlendirmesinde fayda vardır³⁵⁸. Ancak şunu belirtmek gerekir ki, tedbire hükmedilmesi için gerekli şartlar gerçekleşmiş ve ispatlanmış olsa dahi, aleyhine tedbir alınacak eşin tedbir şartını ortadan kaldırmaya yetecek miktarda teminat göstermesi

³⁵⁵ Bu kuralın tek istisnasını, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde ergin olmayan çocuklara ilişkin alınacak tedbirler oluşturur. Bkz. yuk. sh. 36.

³⁵⁶ Öztan, sh. 226; Ayan (Evlilik), sh. 263; Gümüş, sh. 68; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.278; Doğan, sh. 122.

³⁵⁷ Gümüş, sh. 68; Barlas, sh. 134.

³⁵⁸ Akıntürk, sh. 128.

halinde artık somut ve yakın bir tehlikeden bahsedilemeyeceği için tedbire hükmedilemez³⁵⁹.

cc. Sınırlamanın Konusu

MK.m.199 hükmüne göre, tasarruf yetkisi sınırlamasının konusunu belirli malvarlığı değeri oluşturur. Hakim, eşin tasarruf yetkisini sınırlayıcı önlemleri belirli bir eşyaya ilişkin olarak değil, belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olarak almalıdır. Eşin sahip olduğu bütün malvarlığı değerlerini kapsayacak genel nitelikli bir sınırlama caiz değildir³⁶⁰. Hakim vereceği tedbir kararında hangi malvarlığı değer veya değerlerine ilişkin olarak tasarruf yetkisinin sınırlandığını ferden belirtmek durumundadır³⁶¹. Bu kapsamda, sınırlama konusu malvarlığı değeri bir taşınır, taşınmaz, para, ev eşyası, kıymetli evrak, alacak hakkı, sınırlı ayni haklar, gayrimaddi mallar üzerindeki haklar vs. olabilir.

Sınırlama açısından üzerinde durulması gereken diğer bir husus, hakim tedbire konu edeceği malvarlığı değerlerini tespit ederken orantılılık ilkesine uygun davranmasıdır. Yani, hakim tedbirin amacına uygun olan asgari düzeydeki malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamaya özen göstermelidir. Dolayısıyla, tedbirin ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla alındığı durumlarda, üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanan malvarlığı değerleri buna uygun belirlenmelidir. Tedbire, evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla hükmedildiği hallerde de bu mali yükümlülüğü sağlamaya yetecek kadar malvarlığı değeri (fazlası değil) tedbire konu edilmelidir. Orantılılık ilkesine uyulmadığı durumlarda, tasarruf yetkisi sınırlanarak diğer eşin rızasına tabi kılınan eş bakımından,

³⁵⁹ Gümüş, sh. 68; Öztan, sh. 226.

³⁶⁰ Güven, sh. 13; Öztan, sh. 227; Gümüş, sh. 68; Ayan (Evlilik), sh. 264; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 278; Özüğür (Mal Rejimleri), sh. 168.

³⁶¹ Y.2HD.,T.14.11.2005,E.13075/K.15543;Y.2HD.,T.30.5.2005,E.5879/K.8355 (www.kazanci.com)

tedbirin amaç ve mahiyetinin aşılması, fiili bir vesayet sonucu doğması riski ile karşı karşıya kalınabilir³⁶².

Tasarruf yetkisi sınırlamasına karar verilirken, sınırlamanın tabi olduğu bir süre sınırına karar verilmesi zorunlu değildir. Ancak hakim, tasarruf yetkisinin zamansal bakımdan da sınırlanmasına karar verebilir³⁶³.

dd. Tasarruf Yetkisi Sınırlanması Tedbirinin Sonuçları

Koruma talep eden eşin talebi üzerine hakimin alacağı karar ile diğer eşin hakim tarafından belirlenen malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmış olur. Bu andan itibaren, belirlenen malvarlığı değerlerine ilişkin tasarruf işlemleri ancak diğer eşin izni ile mümkün hale gelir.

MK.m.199’da yer verilen “tasarruf” deyimini, teknik anlamda tasarruf işlemlerini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu kapsamda; bir taşınmazın mülkiyetinin devri, alacak hakkının temliki, üçüncü kişi lehine bir sınırlı ayni hak tesisi, üçüncü kişi lehine bir sınırlı ayni haktan feragat, taşınmaz eşya üzerinde bir kişisel hakkın şerhi gibi işlemler tasarruf işlemi niteliği taşıdığı için alınacak tedbir kararı ile diğer eşin rızasına tabi kılınabilir³⁶⁴. Ayrıca, hakim tarafından belirlenen malvarlığı değerleri üzerindeki tüm tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlanması şart değildir. Sınırlama kararı, belirli malvarlığı değerleri üzerinde sadece ivazsız tasarrufların sınırlanmasında olduğu gibi belirli tasarruf işlemleri için de alınabilir³⁶⁵.

Kural olarak borçlandırııcı işlemlerin yapılmasının diğer eşin iznine tabi kılınması ise kanunun açık lafzı karşısında kanımızca mümkün değildir. Zira, aksi yönde bir

³⁶² Özüğür(Nafaka), sh. 37;Gümüş, sh. 69; Barlas, sh. 133;Ayan (Evlilik), sh. 264.; Doğan, sh. 122; Y.2HD.,T.27.4.2005,E.5719/K.6864 (www.kazanci.com)

³⁶³ Güven, sh. 13; Gümüş, sh. 69; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 279.

³⁶⁴ Gümüş, sh. 70; Özüğür (Mal Rejimleri), sh. 169; Ayan (Evlilik), sh. 266.

³⁶⁵ Gümüş, sh. 70; Ayan (Evlilik), sh. 265; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 279.

uygulama tasarruf yetkisinden ziyade fiil ehliyetinin sınırlanması anlamı taşır. Oysa ki, MK.m.199’da öngörülen tedbir fiil ehliyetinin değil eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması temelli bir tedbirdir³⁶⁶. Bununla birlikte, tedbirin amacına hizmet ettiği ölçüde, istisnaen ifası teknik anlamda bir tasarruf işleminin yapılmasını gerektirmeyen zilyetlik devrine dayalı kullanma ve saklama borcu doğuran birtakım borçlandırııcı işlemler bakımından MK.m.199’da öngörülen tedbir uygulama alanı bulmalıdır. Eşin taşınmazı kiraya vermesi veya bir bankada yatırım hesabı açması gibi durumlar örnek olarak verilebilir³⁶⁷.

Yukarıda belirttiğimiz üzere, tedbire hükmedilmesiyle birlikte artık belirlenen malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemleri diğer eşin izni ile yapılabilir. Kanunda, iznin şekli ve kapsamı hakkında bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durumda kural olarak, iznin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan geçerli şekilde verilebileceği kabul edilir. Ancak, TST. M.11/I’ın “*Kanunlarda ve bu tüzükte yazılı istisnalar dışında yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz.*” hükmü karşısında taşınmazlar ile ilgili iznin yazılı olarak verilmesi gerekmektedir³⁶⁸.

İzin açıkça verilmiş olması zorunlu değildir. Fakat, iznin verilmediğini ispat yükü izin vermeye yetkili eşe aittir. İzin ile ilgili diğer bir husus şudur; izin işlemin yapılmasından önce veya işlemin yapılması sırasında verilebileceği gibi işlemin yapılmasından sonra dahi icazet olarak verilebilir. Ayrıca izin, her bir somut tasarruf işlemi için ayrı ayrı verilmelidir. Gelecekteki tasarruf işlemlerini kapsar şekilde önceden verilmiş genel nitelikli bir iznin geçerli olduğunun kabulü, tedbirin arzulanan amaca ulaşmasına engel olabilir³⁶⁹.

³⁶⁶ Akıntürk, sh. 128; Gümüş, sh. 70.

³⁶⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 280; Gümüş, sh. 72.

³⁶⁸ Özuğur (Mal Rejimleri), sh. 169; Kılıçoğlu, sh.43; Gümüş, sh. 73.

³⁶⁹ Barlas, sh.134; Gümüş, sh. 73; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 280-281.

MK.m.199’da açıkça öngörülmemekle birlikte, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin haklı bir sebep olmaksızın işleme rıza vermeyen eş aleyhine mahkemeye başvurarak hakimden izin alabileceği kabul edilmektedir³⁷⁰.

ee. Ek Koruma Tedbirleri

Tasarruf yetkisinin sınırlanması tedbirinin en etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla ana tedbirin yanında birtakım ek tedbirlerin alınması gerekebilir. Bu husus, MK.m.199/II’de “*Hakim bu durumda gerekli önlemleri alır.*” ve MK.m.199/III’de, “*Hakim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re’sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.*” denilmek suretiyle düzenlenmiştir.

Ana tedbir olan tasarruf yetkisinin sınırlanarak, belirlenen malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğer eşin iznine tabi kılınması ana tedbirine ek olarak alınacak tedbirlerin neler olabileceği, tasarruf sınırlamasına konu edilen malvarlığı değerine göre farklılık gösterir. Ek tedbirler iki amaca hizmet eder. İlk amaç, sınırlama tedbirinin amacına uygun yürütülmesini ve sonuca ulaştırılmasını sağlamaktır. Diğer amaç ise üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmış malvarlığı değerlerinin iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından iktisabını önlemektir³⁷¹.

Hakim, MK.m.4’ e uygun şekilde somut olayın özelliklerini dikkate alarak ek tedbirlerin neler olabileceğine takdir yetkisine dayanarak karar verir. Fakat hakim

³⁷⁰ Bkz. Öztan, sh. 227; Dural/Ögüz/Gümüş, sh. 281; Ayan (Evlilik), sh. 267; Gümüş, sh. 75.

³⁷¹ Taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlaması üzerine verilecek şerhin özellikler ve etkisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş, sh. 77 vd.; Büyüktanır, T.:Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemeler Üzerine Açıklamalar, ABD. S.1, Ankara 2002, sh.77.

takdir yetkisi, sadece ek tedbirin türüne ilişkindir. Yoksa, ek tedbire hükmedip hükmetmeme konusunda hakime bir takdir yetkisi tanınmamıştır³⁷².

Taşınmazlara ilişkin olarak, ek tedbirin ne olacağı MK.m.199/III'de açıkça belirtilmiş olduğundan bu konuda ayrıca bir değerlendirmeye ihtiyaç yoktur. Hakim, bir taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlanmasına karar verdiği durumlarda re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir³⁷³. Bu noktada şerh, kurucu değil bildirici bir etkiye sahiptir. Zira, tasarruf yetkisinin sınırlanmasına yönelik mahkeme kararı, yenilik doğuran bir karardır³⁷⁴.

Şayet, üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanan malvarlığı değeri taşınmaz dışında bir şey ise başkaca bir ek tedbir alınması gerekli olup bu tedbirin ne olacağına hakim karar verir. Taşınır malın veya kıymetli evrakın saklanmak üzere banka, mahkeme veya üçüncü bir kişiye tevdi edilmesi veya taşınıra doğrudan el konulması, eşin banka hesaplarının veya sigorta şirketlerindeki alacaklarının bloke edilmesi ve durumun derhal ilgili gerçek ve tüzel kişilere bildirilmesi, tasarruf yetkisi sınırlanan eşten teminat istenmesi, tedbir konusunun bir alacak olduğu hallerde borçlularına ancak mahkeme vizesine yapacakları ödeme ile borçtan kurtulabileceklerinin bildirilmesi³⁷⁵, bir ticari işletme üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlamasının ticaret sicil müdürlüğüne veya bir motorlu araç üzerindeki sınırlamanın trafik sicil müdürlüğüne gerekli bildirimin yapılması³⁷⁶ alınabilecek ek tedbirlere örnek olarak gösterilebilir.

³⁷² MK.m.199/II'de "*Hakim gerekli önlemleri alır.*" denilerek hakimin bu konuda yetkili ve yükümlü olduğu açıkça belirtilmiştir. Hükümün kaleme alınışından, hakimin ek tedbir alıp almama konusunda takdir yetkisine sahip olmadığı anlaşılmaktadır.

³⁷³ İsviçre Hukuku'ndaki benzer düzenleme için bkz. Güven, sh. 14.

³⁷⁴ Gümüş, sh. 77; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 272.

³⁷⁵ Özüğür (Nafaka), sh.38; Öztan, sh. 228; Gümüş, sh. 76; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 282; Uçar, A.:4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, AÜEHFD, C.VI, s.1-4, Erzincan 2002, sh. 325.

³⁷⁶ Ayan (Evlilik), sh. 265.

IV.ALINAN TEDBİRLERİN DEĞİŞTİRİLMESİ ve ORTADAN KALDIRILMASI

A) Tedbirlerin Değiştirilmesi

Kanunda öngörülen şartların ortaya çıkması üzerine, eşlerden birisinin talebi üzerine hakimın evlilik birliğinin korunması amacıyla hükmedeceği tedbirler geçici mahiyet taşırlar ve bu nedenle maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmezler³⁷⁷. Zira, tedbire hükmedildiği anda mevcut bulunan şartların ve eşler arasındaki ilişkinin geçen zaman içerisinde değişikliğe uğraması kaçınılmazdır. Olası değişiklikleri öngören kanun koyucu, evlilik birliğini koruyucu tedbirler bakımından “Tedbirlerin Değişen Şartlara Uyarlanması İlkesi”ni benimsemiştir. Bu ilke, “Durumun Değişmesi” matlabını taşıyan Medeni Kanun’un 200. maddesinde ifadesini bulmuştur. Mezkur maddeye göre; *“Koşullar değiştiğinde hakim, eşlerden birinin istemi üzerinde gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır.”*

MK.m.200’e uygun olarak hükmedilen tedbirin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması için gerekli olan ilk şart, tedbire sebebiyet veren somut aile şartlarında ve fiili ilişkilerde önemli ve sürekli değişikliklerin meydana gelmesidir. Yaşam ilişkilerindeki değişiklikler, eşlerin ekonomik durumlarına, mesleki veya kişisel durumlarına veya çocukların çıkarlarına ilişkin olabilir. Ancak, maddenin uygulanabilmesi için, meydana gelen değişikliklerin somut olarak ispatlanabilir ve sürekli nitelikte olması aranır. Bunların dışında kalan, geçici nitelikte değişiklikler veya aleyhine tedbire hükmedilen eşin henüz hayata geçirilmemiş vadeleri maddenin uygulanması için yeterli değildir³⁷⁸.

³⁷⁷ Akıntürk, sh. 146; Ayan (Evlilik), sh. 274; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 292; Öztan, sh. 228.

³⁷⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 293; Öztan, sh. 229.

Hakim tarafından hükmedilen tedbirin değiştirilmesi için gerekli olan ikinci şart, MK.m.200’de de açıkça belirtildiği üzere, eşlerden birinin talebidir. Hakimin re’sen eşlerin fiili ilişkileri hakkında tahkikat yaptırarak alınan tedbirin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması yönünde bir karar alma yetkisi yoktur. Bu durumun tek istisnası ergin olmayan çocuklara ilişkin tedbirler bakımından söz konusu olur. Ergin olmayan çocuklara ilişkin tedbirler bakımından, tıpkı tedbire ilk hükmedilmesinde olduğu gibi, hakim re’sen karar alarak tedbirin değiştirilmesi yetkisi bulunduğu kabul edilir³⁷⁹.

Hakim, tedbirleri değiştirmeye veya kaldırmaya kanun tarafından her zaman yetkili kılındığından eşlerden birisi koşullarda değişiklik meydana geldiği konusunda hakimi inandırmak koşuluyla daha önce reddedilen tedbir talebini yineleyebilir. Bundan başka, tedbirlerde değişiklik yapılması kural olarak şartlarda meydana gelen değişikliklere bağlı olsa da, tedbirlerin evlilik birliğini koruyucu işlevi ön planda tutularak, tedbire ilk defa hükmedilmesi talebi üzerine yapılan yargılamada kesin ispatın aranmayarak³⁸⁰ ivedi karar alınması nedeniyle kararın maddi şartlarına ilişkin isabetsiz değerlendirme yapılma riski taşınması karşısında, diğer eşin sonradan gerçek durum ve şartları ortaya koyan vakıaları mahkemeye iletmesi halinde hakim kararını yeniden gözden geçirmesi kabul edilmelidir³⁸¹.

B) Tedbirlerin Ortadan Kaldırılması

Mevcut tedbirlerin değiştirilmesi için yukarıda incelediğimiz gibi bir yargı kararı zorunlu olsa da, sona erme bakımından kural olarak durum böyle değildir. Pek tabi, tedbirin alınmasını haklı gösteren şartlarda birtakım değişiklikler meydana gelmesi üzerine eşlerden birinin talebi ile hakim alınan tedbiri ortadan kaldırabilir. Başka bir deyişle, MK.m.200 sadece tedbirlerin değiştirilmesinde değil, mevcut tedbirin sona erdirilmesinde de uygulanır.

³⁷⁹ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 293; Berki, sh. 144; Özüğür (Nafaka), sh.40.

³⁸⁰ Bkz. yuk. sh. 83.

³⁸¹ Öztan, sh. 229; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 293.

Bunun dışında, hakim oluşan şartlar ve talep üzerine MK.m.195 vd. maddelerinde düzenlenen tedbirlerden uygun olana hükmederken tedbirin yürürlük süresini belirtebilir. Tedbirin yürürlüğünün belirli bir süre ile sınırlandırıldığı durumlarda, kararda belirtilen sürenin sona ermesiyle tedbir de kendiliğinden sona erer³⁸². Ancak, hemen belirtmekte fayda vardır ki, tedbirin belirli bir süre ile sınırlandırılmaması tedbirin geçici olma mahiyetini ortadan kaldırmaz.

Alınan tedbirin bir mahkeme kararı olmaksızın sona ermesi sonucunu doğuran bir diğer hal, eşlerin anlaşarak mevcut tedbirden feragat etmeleridir³⁸³. Birlikte yaşamaya ara verilmesi üzerine eşlerin ayrı yaşam statülerini oluşturan tedbirler, eşlerin kesin olarak ortak yaşama dönmeleri üzerine kendiliğinden ortadan kalkar. Zira, artık bu tedbirlerin alınmasını gerektiren fiili durum ortadan kalkmıştır. Ancak, birlikte yaşamaya ara veren eşlerin serbest ve kesin iradeleri olmaksızın deneme niteliğindeki biraraya gelmeleri üzerine alınan tedbirler varlığını devam ettirir³⁸⁴. Bunların dışında kalan, ortak yaşam devam ederken alınan veya ortak yaşamın devam edip etmediğine bakılmaksızın alınan tedbirler ancak hakim kararıyla sona erdirebilir³⁸⁵.

Tedbirler henüz yürürlükte iken eşlerden biri tarafından açılan boşanma veya ayrılık davası sırasında evlilik birliğini korumak amacıyla alınan tedbirler kendiliğinden sona ermez. Söz konusu tedbirler, boşanma veya ayrılık davasına bakan hakim, MK.m.169 uyarınca re'sen alacağı geçici tedbirler ile ortadan kalkar³⁸⁶.

³⁸² Ayan (Evlilik), sh. 277; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 293; Öztan, sh. 229; Efem, sh.55. Uçar, A., sh. 328.

³⁸³ Berki, sh.144; Dural/Öğüz/Gümüş, sh.294. Doktrinde, eşlerin mevcut tedbirin ortadan kaldırılmasına ilişkin anlaşmalarının ergin olmayan çocuklar bakımından tedbir kararı veren hakim bağlamayacağı kabul edilmektedir. Bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 294.

³⁸⁴ Y.2.HD., T. 20.21973, E. 897/K.1011 Ayan (Evlilik), sh. 279, dpn. 271; Oğuzoğlu, sh.161;Ayan (Evlilik), sh. 279; Öztan, sh. 229; Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 295.

³⁸⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 295; Öztan, sh. 229; Ayan (Evlilik), sh. 278; Y.2HD.,T.5.5.2004,E.4912/K.5840 (www.kazanci.com)

³⁸⁶ Dural/Öğüz/Gümüş, sh. 295; Ayan (Evlilik), sh. 280; Öztan, sh. 229.

V. TEDBİRLERİN ALINMASINDA GÖREVLİ ve YETKİLİ MAHKEME

Evlilik birliğini koruyucu tedbirlere karar vermeye görevli mahkemenin hangisi olduğu konusunda Medeni Kanun’da bir hüküm yoktur. Ancak yetkili mahkeme, 4787 s. Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un³⁸⁷ “Aile Mahkemelerinin Görevleri” matlaplı 4. maddesine göre aile hukukundan doğan davalara bakmakla görevlendirilmiş bulunan aile mahkemeleridir.

Evlilik birliğini koruyucu tedbirlere ilişkin davalarda yetkili mahkeme konusunda ise görevin aksine Medeni Kanun’da ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Medeni Kanun’un 201. maddesinin birinci fıkrasına göre, evlilik birliğinin korunmasına yönelik tedbirler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, eşlerin yerleşim yeri farklı ve her ikisi de tedbir alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesidir.

Kanun koyucu Medeni Kanun’da sadece tedbirlerin alınması konusunda yetkili mahkemeyi belirtmekle yetinmemiş aynı zamanda 201. maddenin üçüncü fıkrasında tedbirlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması hususunda da yetkili mahkemeyi belirtmiştir. Buna göre, tedbirlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, ilk tedbir kararını veren mahkemedir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir.

Görüldüğü üzere kanun koyucu, tedbirlerin alınması, değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması bakımından yetkili mahkemeyi hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde hükme bağlamıştır. Kanaatimizce, kanun koyucu birliği koruyucu tedbirlerin işlevini göz önünde bulundurarak yetki konusunda sınırlayıcı bir düzenlemeye yer vermeyi tercih

³⁸⁷ Bu kanun için bkz. RG. 18.12003, S. 24497.

etmeyerek eşlerin kolaylıkla tedbir talebini iletecekleri mahkemeye ulaşmalarını sağlamaya çalışmıştır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN’UN HAKİMİN MÜDAHALESİNE İLİŞKİN HÜKÜMLERİ

I. 4320 SAYILI KANUN’UN AMACI

A) Genel Olarak

Türk toplumunda, özellikle kırsal kesimde ve gecekondu bölgelerinde halen varlığını sürdürmekte olan aile içi şiddet ile mücadele edilmesi amacıyla akademik çevrelerin, basın ve kadın kuruluşlarının çalışma ve talepleri karşısında kayıtsız kalınmayarak³⁸⁸ hazırlanan Ailenin Korunmasına Dair Kanun Tasarısı, 14 Ocak 1998 tarihinde TBMM’de kabul edilerek 4320 sayılı kanunlaşmış³⁸⁹ ve ardından yürürlüğe sokulmuştur³⁹⁰.

³⁸⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 847; Uluğ, İ. : Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi, Prof.Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul 2005, sh. 438; Erman, B. : Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Türk Hukukuna Etkisi, Sıçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet, Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, İstanbul 2003, sh. 93; Zevkliler/Havutçu, sh.249.

³⁸⁹ Bkz.RG., T. 17.1.1998, S.23233.

³⁹⁰ Çalışmamızın hazırlanması sırasında 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 5636 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (Bkz. RG., T. 4.5.2007, S. 26512) ile değişikliğe uğramıştır. Biz de bu sayede yeni düzenlemeleri içeren ilk çalışmayı yapma fırsatını yakalamış bulunuyoruz. 5636 sayılı Kanun’un temel amacı, genel gerekçede belirtildiği şekli ile 1998 yılında yürürlüğe giren AKDK’nın uygulaması sırasında karşılaşılan aksaklıkların giderilmesi, kavram karışıklıklarının giderilmesi ve kanunun kapsamının genişletilerek uygulamasının yaygınlaştırılmasını sağlamaktır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin 28/6/2006 tarihli ve 853 sayılı Kararıyla Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla oluşturulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu ile 4/7/2006 tarihli ve 26218 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanan 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesinde 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda değişiklik yapılması gerektiği belirtilmektedir. Tasarı, belirlenen eksiklikleri gidermek üzere düzenlenmiş ve en sonunda 5636 sayılı kanunlaşmıştır. İlerleyen bölümlerde AKDK’ya ilişkin açıklamalarımız en son değişikliklere uygun olarak yapılmış olup, mevzuat değişikliğinin halen güncelliğini koruması nedeniyle kanunun değişikliğe uğrayan hükümleri ve değişiklikten önceki halleri değişiklik gerekçesini de içerecek şekilde ilgili yerlerde metin içinde ve/veya dipnotlarda belirtilmiş durumdadır.

Böylelikle, hem aile içi şiddet mağdurlarının korunmasında önemli bir hukuki enstrümana kavuşulmuş hem de imza atarak taraf olduğumuz başta, Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi³⁹¹ (CEDAW) olmak üzere diğer tüm uluslararası sözleşmelerden³⁹² doğan etkin koruma taahhüdünün yerine getirilmesi konusunda önemli bir adım atılmıştır. Aynı zamanda, “aile içi şiddet” kavramına ilk defa bir kanunda yer verilmek suretiyle, aile içi şiddet ile genel hükümlerle mücadele yönteminden vazgeçilmiş ve aile içi şiddetin özel bir kanun ile önlem alınması gereken bir olgu olduğu saptaması yapılmıştır³⁹³.

4320 sayılı kanunun birinci maddesine göre, Türk Medeni Kanunu’nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi Hakimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re’sen kanunda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir.

AKDK’nın ilk maddesinde de açıkça belirtildiği üzere kanunun amacı, eşlerden biri veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içinde meydana gelebilecek şiddet olaylarına maruz kalmasının önlenmesi, şayet şiddet olayına maruz kalınmışsa en azından tekrarlanmasını engelleyecek tedbirlere hükmedilmesidir. Böylelikle, aile bireyleri ve de özellikle çocukların şiddet içeren bir ortamda

³⁹¹ RG., T.14.10.1985, S.18898. Sözleşme hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, N.:Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol, Prof.Dr.Erdoğan Moroğlu’na Armağan, İstanbul 1999, sh.881 vd.

³⁹² Bu konuda Türkiye’nin taraf olduğu diğer sözleşmeler için bkz. Domaniç, sh.72 vd.

³⁹³ Erdoğan, M.: Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması, Hukukta Kadın Sempozyumu, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2000, sh. 93.

yetişmemesi ve ilerleyen dönemde telafi edilemez kalıcı zararlardan korunmaları sağlanmış olacaktır³⁹⁴.

AKDK’da öngörülen tedbirler Medeni Kanun’da evlilik birliğinin korunmasını amaçlayan MK.m.195 vd. maddelerinde öngörülen tedbirlerin yanı sıra veya bunlardan ayrı alınmak üzere düzenlenmiştir³⁹⁵. Yoksa, amaç ne Medeni Kanun’da öngörülen tedbirleri tahdidi olarak sınırlamak ne de bunları somut olarak örneklemektir³⁹⁶. Kanun koyucunun, Medeni Kanun’un koruyucu hükümleri ile yetinmeyerek doğrudan ve sadece ailenin korunmasına yönelik özel bir kanuna ihtiyaç duymasının temel sebebi, MK’da düzenlenen tedbirlerin bazı durumlarda aile içi şiddetin önlenmesinde yetersiz kalması ve bu tedbirlere hükmedilmesinin mahkemelerin iş yükü nedeniyle uzun bir süre almasıdır³⁹⁷. Bu şekilde aile bireylerinin aile içi şiddet olayları karşısında etkin ve süratli bir şekilde korunması hedeflenmiştir. AKDK. m.2 uyarınca bu kanun kapsamında hükmedilen tedbirlere uyulmaması fiilinin, cezai sorumluluğa bağlanarak özel olarak ihdas edilen yeni bir suç tipi olan “AKDK’ya Muhalefet Suçu” oluşturması kanun koyucunun bu konudaki irade ve kararlılığını açıkça ortaya koymaktadır.

³⁹⁴ AKDK’nın amacı kanunun genel gerekçesinde şu şekli ile ifade edilmiştir: Anayasa’nın 41.maddesinde belirtildiği gibi toplumun temelini aile oluşturmaktadır. ... ailenin sağlıklı yapılanması ve yürütülmesi toplumun varoluşunu ve yarınları güçlü bir biçimde uzanmasını doğrudan etkilemektedir... Son yıllarda aile içi şiddet olayları toplumumuzu sarsar boyutlara ulaşmıştır. Her geçen gün ailede yaşanan dayak, işkence ve cinayet gibi şiddet olayları görsel ve yazılı basında izlenmektedir. Bu itibarla Anayasanın 41.maddesinde yer alan Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” hükmü de göz önüne alınarak aile içi şiddetten mağdur olan kadını koruyucu yasal tedbirlerin alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu amaçla hazırlanan “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Tasarısıyla”, ABD, Avustralya, Yeni Zelanda, İngiltere, İrlanda ve Norveç gibi ülkelerde uygulanan, şiddete uğrama ihtimali bulunan kadınların mahkemelere başvurarak koruma emri alabilmelerini sağlayacak hükümler Türk Hukuk sistemine dahil edilmektedir. (www.tbmm.gov.tr)

³⁹⁵ Güven, sh. 17; Baydur, E./ Ertem B.: Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları- Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme, TBBD. s. 65, Ankara 2006, sh. 115; Uçar, sh. 148.

³⁹⁶ Güven, sh. 17.

³⁹⁷ Badur/Ertem, sh. 115; Ayan (Evlilik), sh. 298.

B) AKDK’da Öngörülen Tedbirlerin Genel Özellikleri

Yukarıda da belirttiğimiz üzere AKDK ile korunan menfaat, aile içi şiddet mağduru olan aile bireylerinin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü , haysiyeti, hürriyetleri ve diğer kişilik haklarıdır³⁹⁸. Bu amaç doğrultusunda özel olarak hazırlanan kanunda öngörülen tedbirler bakımından, kanunun sistematüğinde bir kısım özel kurallara yer verilmiştir³⁹⁹.

AKDK’da öngörülen tedbirlere ilişkin olarak özellik arz eden ilk husus, kanunda öngörülen tedbirlere uyulmaması fiilinin, bu kanunla ihdas edilmiş yeni bir suç tipi olan “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a Muhalefet Suçu” oluşturmastır⁴⁰⁰. AKDK temelde, aile içi şiddet uygulayan kusurlu aile bireyi aleyhine bir tedbir alınması, kusurlu aile bireyinin alınan tedbire uygun davranıp davranmadığının denetlenerek, uygun davranmaması durumunda cezai yaptırım uygulanması şeklinde bir sisteme dayanmaktadır⁴⁰¹.

Görüldüğü üzere, AKDK hem medeni hem de cezai hükümlere aynı anda yer vermek suretiyle kanun yapma tekniğı bakımından alışılmamış bir sistematik sergilemiştir. Zira, genel kural bir yasal düzenlemenin sadece ait olduğu hukuk dalına özgü esasları içermesi, farklı hukuk dallarına ilişkin esasların ise ayrı bir düzenlemeye tabi olması yönündedir. AKDK’nın bir medeni hukuk müessesesi olan tedbirleri düzenleyen birinci maddesi ile tedbirlere aykırı davranışların cezai sonuçlarını hükme bağlayan ikinci maddesi arasında doğrudan bir ilişki kurulmak suretiyle, Medeni Hukuka ilişkin bir müessese olarak hükmolunan tedbirlere aykırılık hallerine suç olma özelliğı kazandıran kanun koyucu, hukuk mahkemesi tarafından verilen bir karara

³⁹⁸ Hacıoğlu, B. C. : 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunla İhdas Edilen “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a Muhalefet Suçu” Üzerine Bir İnceleme, AÜEHFD C.III, s.1, Erzincan 1999, sh. 10. ; Uluğ, sh. 439.

³⁹⁹ Balo, Y. S. : Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, AD., s.10, Ankara 2002, sh. 2.

⁴⁰⁰ Hacıoğlu, sh. 1.

⁴⁰¹ Güven, sh. 17; Badur/Ertem, sh. 116.

dayanarak ceza tahakkuku olanağı tanımıştır. Bunun sonucu olarak da, Medeni Hukuka ait bir müessesenin maddi şartlarına aynı zamanda bir suçun da maddi şartları olma özelliği kazandırılmıştır⁴⁰². Bu durum, doktrinde kanun yapma sistematigi bakımından eleştiri konusu edilmiş⁴⁰³ aynı zamanda kanunun ceza hukukunun suç ve cezada kanunilik ilkesinin ihlaline yol açabilecek ve uygulamada çeşitli ceza hukuku sorunlarını doğurabileceği de ileri sürülmüştür⁴⁰⁴. Buna karşılık, kanunun sistematigini ceza hukuku ile özel hukuk arasında işbirliği şeklinde bir köprü kurması ve orantılılık ilkesine uygun olarak, ağırlığı özel hukuka bırakıp her iki branşın da yardımıyla evlilik birliğinin dağılmasını önlemeyi hedeflemesi dolayısıyla olumlu bulanlar da bulunmaktadır⁴⁰⁵.

AKDK’da öngörülen tedbirlerin özelliklerine ilişkin özellik arz eden diğer bir husus, kanunda açıkça belirtilmemekle beraber bu tedbirlerin HUMK m.105 vd. maddelerinde düzenlenen “ihtiyati tedbir” niteliği taşımasıdır⁴⁰⁶. Gerek tedbirin alınması amacıyla yargıya başvurulmasında öngörülen şekil⁴⁰⁷, gerek tedbire ilişkin yargılama usulü ve ispat yüküne ilişkin getirilen özel kurallar, gerekse tedbirlerin hükmedilebileceği süre birarada değerlendirildiğinde⁴⁰⁸, AKDK’nın uygulanması kapsamında alınan bir kararın, nihai karar olmaktan çok bir ihtiyati tedbir özelliğinde olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁹.

⁴⁰² Güven, sh. 17-18; Hacıoğlu, sh.3.

⁴⁰³ Bkz. Güven, sh. 17-18; Uçar, sh. 151; Hacıoğlu, sh.11.

⁴⁰⁴ Hacıoğlu, sh. 11.

⁴⁰⁵ Ünver, Y. : Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001, sh. 345.

⁴⁰⁶ Badur/Ertem, sh. 116; Ayan (Evlilik), sh. 316 vd.; Uçar, sh. 153; Hacıoğlu, sh.3.

⁴⁰⁷ Bkz. aşı. sh. 113vd.

⁴⁰⁸ Bkz. aşı. sh. 121 vd.

⁴⁰⁹ Y.2 HD., T. 26.4.1999, E.4506/K.40-2 (Balo, sh. 26, dpn. 9); Y. 2 HD., T.10.09.2002, E.9948/K.9939 Ayan (Evlilik), sh. 318.

II. Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Medeni Kanun'un Evlilik Birliğini Koruyucu Hükümlerinin Karşılaştırılması

A) Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AKDK'da öngörülen özel tedbirlerin amacı ne Medeni Kanun'da öngörülen tedbirleri sınırlamak ne de bunları örneklemektir. AKDK, esasen Medeni Kanun ile birlikte uygulanmak ve tamamlayıcı bir işlev görerek aile bireylerinin ve dolayısıyla evlilik birliğinin etkin bir biçimde korunmasını sağlamak üzere ihdas edilmiş bir kanundur. Bu durum, AKDK m.1'de "*Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak...*" denilmek suretiyle belirtilmiştir.

Medeni Kanun ve AKDK'da öngörülen tedbirler arasındaki en temel fark, iki kanunda öngörülen tedbirlerin amacı bakımından kendini gösterir. Medeni Kanun'da öngörülen tedbirler, evlilik birliği içinde karşılaşılan sorunların eşler arasındaki ilişkiye en az zarar verecek şekilde çözümlenmesini sağlayarak birliğin ve dolayısıyla eşlerin korunmasını sağlamaktır. Koruma kapsamı ve uygulanması bakımından özel bir kanun durumunda olan AKDK'da öngörülen tedbirler ise aile içi şiddeti önlemek ve şiddete maruz kalan kadını ve diğer aile bireylerini korumayı amaçlar. Kısaca, Medeni Kanun'un koruyucu nitelikli tedbirleri evlilik birliğinin genel olarak korunması amacı ile AKDK'daki tedbirler ise aile bireylerinin korunması amacıyla öngörülmüştür.

Medeni Kanun'da öngörülen birliği koruyucu tedbirlere hükmedilmesi, kanunun 195. maddesine uygun olarak eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini ihlal etmesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşlerden birinin veya her iki eşin birlikte hakimden müdahale talep etmesi üzerine alınabilir. Buna karşılık AKDK, hakime evlilik birliğine müdahale imkan ve yetkisini kanunun amacına uygun olarak ancak aile içi şiddet halinde tanımaktadır. Dolayısıyla, evlilik birliğinin aile içi şiddet dışında kalan bir sebeple tehlikeye düşmesi

halinde birliği koruyucu tedbir, Medeni Kanun hükümlerine göre alınır. Birliğin tehlikeye düşüren sebep aile içi şiddet ise, AKDK uygulama alanı bulur. İşte bu nedenledir ki AKDK bakımından Medeni Kanun'un yanında ve tamamlayıcı nitelikte bir uygulama söz konusudur⁴¹⁰.

Pek tabi, eşlerden birinin diğer eş veya diğer aile bireylerinden birine şiddet uygulaması, her şeyden önce evlilik birliğinin özüne aykırı olduğu gibi, evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama, karşılıklı yardım ve dayanışma yükümlölüklerinin ihlali anlamı da taşıdığı için bu halde de MK.m.195 vd. maddelerinde düzenlenen tedbirlerin alınması amacıyla mağdur durumda bulunan eşin hakimden evlilik birliğine müdahale talebinde bulunmasına bir engel yoktur. Ancak, amaçları bakımından ortaklıklar taşımakla birlikte, sadece aile içi şiddet olaylarını konu edinen özel bir düzenleme olması itibarı ile AKDK'ya öncelikli uygulama olanağı tanınması kanımızca menfaatler dengesi bakımından fayda vardır⁴¹¹.

B) Tedbirlerin Birbirlerinden Ayrılan Yönleri

MK.m.195 vd. maddelerinde alınan tedbirlerden birine hükmedilmesi ancak eşlerden biri veya her iki eşin birlikte talebi üzerine mümkünken, AKDK'da öngörölün tedbirlerin alınmasını talep yetkisi, AKDK.m.1 uyarınca aile içi şiddete maruz kalan eş, çocuklar, aynı çatı altında yaşamak koşuluyla diğer aile bireyleri ve Cumhuriyet Başsavcılığına tanınmıştır⁴¹².

Öngörölün şartların gerçekleşmesi üzerine Medeni Kanun kapsamında müdahale talep edilen hakim, ancak MK'da düzenlenmiş tedbirlerden biri olabilir. Hakimin Medeni Kanun'da öngörölmemiş başkaca bir tedbire karar verme yetkisi yoktur. Oysa, AKDK kapsamında gerçekleşen müdahale talebi üzerine alınacak tedbirler sadece bu

⁴¹⁰ Erman, sh.93; Erdoğan, sh.95.

⁴¹¹ Güven, sh. 24; Ayan (Evlilik), sh. 302.

⁴¹² Güven, sh. 19; Ayan (Evlilik), sh. 304; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 847; Uçar, sh. 154.

kanunda düzenlenmiş bulunan tedbirlerden ibaret değildir. Zira, AKDK’da sayılan tedbirler tadadi şekilde belirtilmiş durumdadır. Bu husus, AKDK m.1/I’de “... *Aile Mahkemesi Hakimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re’sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir.*” denilmek suretiyle açıkça hükme bağlanmıştır.

İki kanunda öngörülen tedbirlerin nitelikleri ile ilgili göze çarpan diğer bir fark, hakimin yetkisinin sınırları bakımından ortaya çıkar. Hakimin MK’da öngörülen tedbirlerden birine hükmedebilmesi ancak eşlerden birinin o tedbirin alınmasını özel olarak talep etmesine bağlıdır. Buna karşılık, hakim aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığının kendisine bildirilmesi üzerine kanunda belirtilen veya kendisinin belirleyeceği başka bir tedbire re’sen hükmedebilir.

Medeni Kanun’da öngörülen tedbirler herhangi bir süre ile sınırlandırılmamıştır. Ancak, kendisinden müdahale talep edilen hakim, tedbir kararında tedbirin yürürlük süresini belirleyebilir. Fakat sürenin belirlenmemiş olması tedbirin geçersizliği sonucu doğurmaz. Alınan tedbirin, tedbirin alınması sonucu doğuran şartlarda meydana gelen değişiklikler üzerine eşlerden birinin talebi üzerine hakim tarafından kaldırılmasına kadar yürürlükte olduğu kabul edilir⁴¹³. Buna karşılık, AKDK’da düzenlenen tedbirler belirli bir süre ile sınırlı olarak alınabilir. Bu süre, AKDK.m.1/III uyarınca altı ayı geçemez.

Medeni Kanun’un 195 vd. maddelerindeki tedbirlerin alınması için, tedbir kararını gerektiren keyfiyete eşlerden birinin kendi davranışları ile sebebiyet vermesi aranır ve tedbirin konusunu bu eş teşkil eder. AKDK’da öngörülen önlemler ise, bunun aksine aile içi şiddete sadece diğer eş değil, eşin dışında kalan aile bireylerinden biri tarafından başvurulması halinde de alınabilir. Dolayısıyla, tedbir kararının diğer eş

⁴¹³ Bkz. yuk. sh. 89-90.

hakkında alınması mümkün olduğu gibi şiddet uygulayan diğer aile bireyleri aleyhine de tedbir kararı alınması mümkündür.

Medeni Kanun’da öngörülen tedbirlerin alınması bakımından diğer eşin kusurlu olup olmamasının bir önemi yoktur. Oysa ki, AKDK ile öngörülen tedbirler ancak eşin veya diğer aile bireylerinin kusurlu olması halinde alınabilir.

Kanun koyucu, genel kuraldan ayrılmayarak Medeni Kanun’da düzenlenen tedbirlerin alınması amacıyla açılacak davaları harca tabi tutmuş olmasına rağmen, AKDK kapsamında yapılacak başvuruların ve verilen kararın infazı için yapılan icrai işlemleri açık bir kanun hükmü ile harca tabi tutmamıştır. Bu durum, AKDK’nın sosyal içerikli bir düzenleme olduğunu adeta kanıtlar niteliktedir⁴¹⁴

Evlilik birliğinin korunması amacıyla Medeni Kanun kapsamında alınan tedbirlere uyulmaması doğrudan bir yaptırıma bağlanmamıştır. Buna karşılık, AKDK’nın uygulanması sonucu hükmedilen tedbirlere uyulmaması halinde, aleyhine tedbire hükmedilen eş veya diğer aile bireyi için cezai yaptırım uygulanır.

Son olarak, Medeni Kanun’un evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri, sadece geçerli bir evlenme sözleşmesine dayanan birlikteliklerde uygulama alanı bulur. Geçerli bir evlenme sözleşmesine dayanmayan fiili birlikteliklerin söz konusu olduğu durumlarda MK.m.195 vd. maddelerinde düzenlenen tedbirlere hükmedilmesi mümkün değildir. Buna karşılık, AKDK’da öngörülen tedbirlerin, hukuken yok hükmündeki fiili birlikteliklerde dahi şiddete maruz kalan bireyin bu kanun kapsamında aile bireyi olarak nitelendirilmesi nedeniyle AKDK’da öngörülen tedbirlerin alınabileceğini iddia edenler vardır⁴¹⁵.

⁴¹⁴ Güven, sh. 19.

⁴¹⁵ Ayan (Şiddet), sh.419.

III. AKDK'nın Uygulanması İçin Gerekli Şartlar

A) Aile İçi Şiddetin Varlığı

AKDK m.1'de belirtildiği üzere AKDK'nın amacı eşi (özellikle kadını) ve diğer aile bireylerini koca veya koca dışında kalan diğer aile bireyleri tarafından uygulanan aile içi şiddetten korumaktır. Dolayısıyla, AKDK'nın uygulama alanı bulabilmesi için en temel şart "aile içi şiddet" in ortaya çıkmış olmasıdır.

Aile içi şiddet ülkemizde özellikle kırsal kesimde ve gecekondu bölgelerinde halen çok ciddi bir sorun olarak varlığını devam ettirmektedir. Her ne kadar ülkemizde cinsiyet temelli şiddete ilişkin kapsayıcı istatistiki bilgi mevcut değilse de, yapılan çalışmalardan kadınlara karşı uygulanan şiddetin büyük bölümünün aile alanı içerisinde gerçekleştiği sonucuna ulaşılmaktadır⁴¹⁶. Buna rağmen, aile içi şiddetin kadınlar arasında ailenin olağan bir parçası olarak algılanması sonucu gerçekleşen aile içi şiddet olaylarının çok azı adli mercilerine intikal etmektedir⁴¹⁷. Elbette, aile içi şiddetin mağdurunun karı dışındaki aile bireylerinden biri olması da mümkündür. Mağduru kim olursa olsun, aile içi şiddetin zararları sadece toplum açısından değil birey açısından da

⁴¹⁶ Ertürk, sh. 9. Ayrıca Hacettepe Üniversitesi Nüfus Çalışmaları Enstitüsü Tarafından 2003 yılında yapılan "Türkiye Nüfus ve Sağlık Anketi"ne göre, ankete katılan kadınların %39,2'sinin pişirdikleri yemeği yakmaları, fazla para harcamaları, çocukları ihmal etmeleri ve eşleri ile cinsel ilişkiye girmeyi reddetmeleri sebeplerinden en az birisinin kocalarından dayak yeme sebebi oluşturduğunu belirtmişlerdir. Bu oranın, Doğu Anadolu'da %45,9, Güneydoğu Anadolu'da ise % 50,6'ya kadar yükseldiği görülmüştür. Üzülerek belirtiyoruz ki, ülkemizde aile içi şiddete ilişkin olumsuz verileri barındıran çalışmalar bunlardan ibaret değildir. 1994 yılında yapılan başka bir araştırmanın sonuçlarına göre, evli erkeklerin %34'ünün en az bir kez eşlerine karşı fiziksel şiddet uyguladıkları ortaya çıkmıştır. Bkz. Shadow Report on The 4th and 5th Combined Periodic Country Report for Turkey, The Executive Committee for NGO Forum on Cedaw, Ankara 2004, sh. 12. (www. ucanupurge.org). Bütün bu verilerin ışığı altında kanun koyucunun aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla özel bir kanun yaparak ne kadar isabetli davrandığını söylemek yerinde olacaktır.

⁴¹⁷ Ertürk, Y. : Implementation of United Nations General Assenmbly Resolution 60/251 Of 15 March 2006 Entitled Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on Violence Against Women, Its Causes and Consequences, Ankara 2006, sh. 9; Akıncı, F. : Krinoloji ve Viktimoloji Bağlamında Aile İçi Şiddete Genel Bir Bakış, Türkiye'de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003, sh.7; Batuk, H./ Polat, O. : Kadına Yönelik Aile İçi Şiddette Sosyodemografik Özellikler ve Adli Tıbbi Yaklaşım, Legal Hukuk Dergisi, Kasım 2003, s. 11, sh. 2759; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 848; Uçar, sh.148; Uluğ, sh. 444; Erdoğan, sh. 94.

tehlikeli sonuçlar yaratmaktadır. Aile içi şiddet, sevgi, şefkat ve merhamet göstermesi gereken bir kişi tarafından uygulandığından, şiddete maruz kalan aile bireyinin ruhi yapısında hayatı boyunca silinmesi zor izler bırakmaktadır⁴¹⁸.

Şiddet, bireyin kendisine, bir başka bireye, bir gruba ve/veya topluma yönelik sözel, duygusal, fiziksel veya cinsel yolla, doğrudan veya dolaylı olarak uygulanan, kişi veya kişilerin fiziksel, ruhsal, cinsel bütünlüğüne, kültürel değerlerine veya hareket özgürlüğüne zarar veren veya zarar verme olasılığı bulunan her türlü davranış olarak tanımlanmaktadır. Aile içi şiddet ise, aile üyelerinden biri tarafından, ailedeki bir diğer üyenin yaşamını, fiziksel ve/veya psikolojik bütünlüğünü veya bağımsızlığını tehlikeye sokan, kişiliğine veya kişilik gelişimine ciddi boyutlarda zarar veren eylem ya da ihmal olarak tanımlanır⁴¹⁹. AKDK’da aile içi şiddetin tanımı yapılmamakla birlikte⁴²⁰, kanunun genel gerekçesinde aile içi şiddet, “aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranış” biçiminde tanımlanmıştır.

Kanımızca, aile içi şiddeti, aile bireylerinin yaralanmasına, sindirilmesine, öfkelenirilmesine veya duygusal baskı altına alınmasına yol açan fiziki veya herhangi bir şekilde hareket, davranış veya eylemler bütünü olarak kabul etmek yerinde olacaktır. Dolayısıyla, kendini aile olarak tanımlamış bir grup içerisinde her türlü zorlama, aşağılama, cezalandırma, güç gösterme, tehdit, özgürlüğü kısıtlama, öfke ve gerginlik boşaltma vb. davranışların ortaya çıkması üzerine aile içi şiddetin ortaya çıktığı kabul olunur⁴²¹. Bu kapsamda, şiddet kavramına, kadının normal birleşme veya ters ilişkiye zorlanması, zorla kısırlaştırılması, cinsel kölelik, hamile bırakma veya

⁴¹⁸ AKDK Genel Gerekçe. (www.tbmm.gov.tr); Ruhi (Koruma), sh.530.

⁴¹⁹ Batuk/Polat, sh. 2759-2760; Polat, O.: Kadın ve Şiddet, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul 2003, sh.87; İnceoğlu, B. : Aile İçi Şiddet ve Velayet, Hukuk Gündemi Dergisi, s.7, Ankara 2007, sh.87-88.

⁴²⁰ Kanun metninde aile içi şiddetin tanımlanmaması eleştiri konusu olmaktadır. Bkz. 5636 sayılı Kanun’un görüşülmesine ilişkin TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22.Dönem 5.Yasama Yılı 95.Birleşim, 26.4.2007 (tbmm.gov.tr)

⁴²¹ Uluğ, sh. 442; Uçar, sh. 95; Ayan, S.:Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, Legal Hukuk Dergisi, s. 38; İstanbul 2006, sh. 419.

hamileliğin sona erdirilmesine zorlama gibi davranışlarla oluşan cinsel şiddet de dahildir⁴²².

AKDK'nın uygulanabilmesi için, kanunda öngörülen koşul aile içi şiddetin gerçekleşmesidir. Dolayısıyla, aile içi şiddet henüz gerçekleşmemiş ve fakat gerçekleşme tehlikesi ortaya çıkmış ise AKDK'da öngörülen tedbirlerin alınması için hakime başvurulamaz. Ancak, burada kastedilen mutlaka maddi bir zararın ortaya çıkmış olması değildir. Zira, eşlerden birinin tehdit, korkutma, hakaret gibi davranışları da sözel ve psikolojik şiddet sayıldığı için bu durumlarda maddi zarar meydana gelmemiş olmakla beraber AKDK'da düzenlenen tedbirler alınabilir⁴²³. Yalnız unutulmamalıdır ki, şiddet daima aktif bir davranışı gerektirir. Kocanın tüm parasını kumarda harcaması, kocanın ailesine bakmaması gibi pasif davranışlar beraberinde yukarıda belirttiğimiz eylem biçimlerinden birini içermiyor ise şiddet olarak nitelendirilemez⁴²⁴.

Bundan başka, aile içi şiddete yönelik davranışın belirli bir süreklilik ve ağırlık taşıması gereklidir. Eşlerden birinin bir defa şiddete maruz kalmasının AKDK'da öngörülen tedbirlerden birinin alınması için yeterli olmadığı görüşü ileri sürülmektedir⁴²⁵. Bununla birlikte, aile içi şiddet mağduru eşin yeniden benzer bir davranışla karşı karşıya kalma tehlikesi var ise tedbire hükmedilmesi mümkün olmalıdır. Elbette, tedbir alınmasına gerek olup olmadığına hakim somut olayın özelliklerini değerlendirerek takdir yetkisine göre karar vermelidir. AKDK.m.1'de hakime meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen tedbire hükmetme yetkisi tanınmış olması bu açıdan son derece önemlidir.

⁴²² Güven, sh. 22; Uluğ, sh. 442; Polat, sh. 87.; Domaniç, sh. 140. .Kadın Dayanışma Vakfı tarafından yapılan bir araştırmanın sonuçlarına göre, kadınların %20'sinden fazlası hoşlanmadığı cinsel davranışa, yarısından fazlası da kendisi istemese de cinsel ilişkiye zorlanmaktadır. Bkz. Uçar, sh. 83.

⁴²³ Baktır, sh.104; Ayan (Evlilik), sh. 309.

⁴²⁴ Güven, sh. 20; Ayan (Evlilik), sh. 307.

⁴²⁵ Ayan (Evlilik), sh. 308; Uluğ, sh. 441.

1. Aile İçi Şiddetin Faili

AKDK'nın ihdas amacının aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin korunması olduğunu daha önce belirtmiştik. Aile içi şiddet kavramının sınırlarını tayin ettikten sonra, kanunda öngörülen tedbirlerin kimin aleyhine alınabileceği de tespit edilmek gerekir.

Hakkında AKDK'da sayılan ya da hakimın uygun göreceği başkaca bir tedbire hükmedilecek kişi, diğer bir deyişle aile içi şiddet fiilinin faili, AKDK'nın 5636 sayılı Kanun⁴²⁶ ile değişik birinci maddesine göre “eş” veya “diğer bir aile bireyi” olabilir.

AKDK'nın uygulanması bakımından aile içi şiddet fiilinin failinin eş dışında başka bir aile bireyinin de olabileceği 5636 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile kabul edilmiştir. Değişiklikten önceki metinde, kanunda öngörülen tedbirlerin ancak eşlerden biri aleyhine alınabileceği hükme bağlanmıştı. Dolayısıyla, herhangi bir aile bireyinin eşlerden biri dışında kalan bir aile bireyi tarafından (evin büyük oğlunun kardeşlerine veya ana-babasından birine, eşlerden birinin ana-babasının diğer eşe şiddet uygulamasında olduğu gibi) uygulanan şiddetin mağduru olması halinde AKDK'nın uygulanması mümkün olmamakta idi.

Bu durum, kanunun uygulanabilirliği ile aile içi şiddeti, “Aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı” olarak tanımlayan genel gerekçe arasında bir çelişki doğmasına sebep olmaktaydı. Belirttiğimiz nedenlerle, kanun doktrinde yoğun eleştirilere maruz kalmaktaydı⁴²⁷. Kanun koyucu, kanımızca

⁴²⁶ Bu kanun için bkz. RG., T.4.5.2007, S. 26512.

⁴²⁷ Badur/Ertem, sh. 116; Erman, sh. 91-92; Uçar, sh. 151; Ayan (Evlilik), sh. 310; Uluğ, sh. 455; Erdoğan, sh.95. Eleştiriler doktrin ile sınırlı kalmamış, Gülyalı Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından bu düzenleme nedeni ile AKDK'nın 1. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 2. maddenin üçüncü fıkrasının, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile eşitliği düzenleyen 10. maddesi ve 138. maddelerine aykırı olduğu gerekçesi ile iptali itiraz yoluyla talep olunmuştur. Ancak Anayasa Mahkemesi 1999/35 esas ve 2002/104 sayılı kararı ile bu itirazı reddetmiştir. (RG., T.29.3.2003, S.25063) İtirazın gerekçesinde, “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un 1. maddesinin ilk fıkrasında aile tanımı doğru olarak yapılmıştır.

doktrinde kanunun anılan hükmüne yöneltilen eleştirileri dikkate alarak, yaptığı en son değişiklik ile, eş dışında kalan aile bireylerinden biri tarafından aile içi şiddete başvurulması halinde de AKDK'nın uygulanmasını olanaklı hale getirmiştir. Böylelikle, kanunda yapılan değişikliğin temel gayesi olan kanunun uygulama sahasının genişletilmesi yolunda önemli bir adım atılmış olmaktadır⁴²⁸.

Aile içi şiddetin faili bakımından diğer bir önemli husus, failin tedbire hükmedilmesini gerektirecek aile içi şiddet fiiline kendi kusuru ile sebebiyet vermiş olmasıdır⁴²⁹. Şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyinin kusurlu olmadığı durumlarda AKDK uygulanamaz. Örneğin, şiddet uygulayan eş temyiz kudretini haiz değilse diğer eş kanunda öngörülen bir tedbir alınamaz. Kusur koşul, AKDK ve MK'da öngörülen tedbirlerin birbirlerinden ayrılan yönlerinden birini oluşturur⁴³⁰.

Fakat bu tanımlamaya karşın 1. maddesinin ikinci fıkrası -kusurlu eşin- şeklinde fıkra başlığı ile başlayıp (f) bendine kadar cezai müeyyide ve tedbirler sadece kusurlu eş yönünden ihdas edilmiştir. Ayrıca 2. maddesinin üçüncü fıkrasının ilk cümlesindeki kamu davası açılması da yine sadece eş yönünden ihdas edilmiştir. Aile tanımı içerisinde yer alan bir bireye yani kusurlu eşe bu müeyyide ve tedbirler uygulanırken, kusurlu olabileceği durumlarda diğer aile fertlerine bu müeyyide ve tedbirlerin uygulanamaması Anayasa'nın 10.maddesinde yer alan eşitlik ilkesine ve özellikle 10.maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına açıkça aykırılık teşkil eder. 11 yaşını ikmal eden sair aile bireyleri hakkında da bu ve benzeri tedbirlerin ihdası gerekir. Örneğin: 17 yaşındaki bir çocuk aile bireylerinden birine karşı kusurlu olarak suç işlediğinde veya aile içi şiddet meydana getirdiğinde 4320 sayılı Kanun'un müeyyideleri dışında kalacaktır. Bu ise Anayasa'nın eşitlik ilkesine aykırıdır. Bu tip hareketleri gerçekleştiren gençleri tedbir almak suretiyle sair yönlerden de koruma ve sosyalleştirme de zaten Anayasa'nın 58. maddesinin gereği olarak gençliğin de korunmasını sağlayacaktır." denilmektedir. Anayasa Mahkemesi ise esasa ilişkin yaptığı incelemenin ardından, itiraz yoluyla yapılan iptal başvurusuna ilişkin 12.11.1002 tarihinde aldığı oybirliği ile red kararını şu şekilde gerekçelendirmiştir: "Anayasa'nın Ailenin Korunması başlıklı 41. maddesinde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulandıktan sonra, Devletin ailenin huzur ve refahı, özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüş, Devlete aileye yönelik bazı görevler yükleyerek aile kurumuna anayasal güvence sağlanmak istenmiştir. Devlete yüklenen tüm koruma görevlerinin aile içi koşulların düzeltilmesi, iyileştirilmesiyle ilgili olduğu açıktır. Amaç karı, koca ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünü korumaktır. Bu nedenle 4320 sayılı Yasa ile kanun koyucu Anayasa'nın 41. maddesinin emrettiği düzenlemelerden birini yerine getirmiştir. Aile birliğinin korunması ve devamı yönünden eşlerle diğer aile bireylerinin görev ve sorumlulukları aynı olmadığından bunlar arasında eşitlik karşılaştırılması yapılamaz. Kaldı ki, yasa koyucu diğer aile bireylerinin şiddet eylemlerine karşı aileyi koruyucu kimi önlemleri her zaman alabilir."

⁴²⁸ Ülkemizde aile içinde eşler arasında veya aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri arasında da şiddetin varlığı bilinen bir gerçektir. Bu durumda şiddet olgusunu geniş yorumlayarak aile içi şiddeti sadece eşler arası şiddet olarak algılamamak gereği ortaya çıkmıştır. 5636 sayılı Kanun Genel Gerekeçe (www.tbmm.gov.tr)

⁴²⁹ Güven, sh. 20; Ayan (Evlilik), sh. 308; Uluğ, sh. 441; Uçar, sh. 155.

⁴³⁰ Bkz. yuk. sh. 102.

Kanunun, aile içi şiddet fiilini işlemesi halinde aleyhine tedbir alınabileceğini belirttiği kişilerden biri kusurlu olan eştir. Acaba, kanunda belirtilen eş kavramının geniş yorumlanması suretiyle, hukuken yok evlenme hükmündeki imam nikahı(!) sonucunda oluşan fiili birlikteliklerde meydana gelen şiddet olaylarında AKDK uygulama alanı bulabilir mi? Diğer bir deyişle, imam nikahının(!) tarafları kanunun uygulanması bakımından aile kabul edilerek bunlar arasında meydana gelen olaylar aile içi şiddet olarak mütalaa edilmeli midir?

Öncelikle şunu belirtmekte fayda vardır ki, kanunda bu kanunun fiili birlikteliklerde veya birlikte yaşayanlar hakkında uygulanabileceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır⁴³¹. Dolayısıyla kanunda kullanılan aile teriminin yorumlanması ve kapsamının tespitinde, Medeni Kanun ilkelerinden hareket etmek gereklidir. Bu şekilde yapılan dar yorum ile AKDK'nın sadece resmi memur huzurunda vücut bulan geçerli evlenmeler sonucunda oluşan "aile" içinde meydana gelen olaylarda uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır⁴³². İmam nikahlı olmanın suç teşkil ettiği düşünülürse, AKDK'da öngörülen aile kavramının, hukuken geçerli evliliklerin dışında kalan fiili birliktelikleri dışarıda bırakacak şekilde dar yorumlanmasında kamu düzeni bakımından da fayda vardır⁴³³. Zira, aksi yönde bir uygulama gayri hukuki bir müesseseye meşruiyet kazandırmak anlamına gelebilir.

Bununla birlikte, konuya salt ailenin korunması değil, aynı zamanda insan hakları ve anayasal hükümler ile güvence altına alınmış temel değerlerin korunması

⁴³¹ ABD'de 1994 yılında Kongreden geçerek kanunlaşan, 1996,2000 ve 2005 yıllarında yapılan eklemelerle değiştirilen Kadına Karşı Şiddet Yasasında (Violence Against Women Act), aile içi şiddetin faili kavramı son derece geniş tutulmuş , eş ve aynı evde yaşayan bireylerin yanı sıra, eski eş veya mağdur ile müşterek çocuk sahibi olan kişinin şiddet eylemlerinin de aile içi şiddet olarak kabul edileceği hüküm altına alınmıştır. Bkz. Groban, M. S.: The Federal Domestic Violence Laws and The Enforcement of These Laws, (<http://www.mincava.umn.edu/documents/ffc/chapter5/chapter5.html>); Federal Domestic Violence Brochure (www.usdoj.gov/usao/gan/documents).

⁴³² Medeni Kanunda belirtilen sebeplerden birinin varlığı nedeniyle mutlak butlanla batıl olan evlenmeler, MK.m.156 uyarınca hakim kararıyla iptal edilmeye kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurduğu için bu tür evliliklerde meydana gelen aile içi şiddet olaylarında AKDK'nın uygulanması konusunda herhangi bir tereddüde yer yoktur.

⁴³³ Uluğ, sh. 455.

penceresinden bakıldığında, bir bireye aynı çatı altında yaşadığı (veya yaşamak zorunda bırakıldığı) başka bir birey tarafından şiddet uygulanması halinde, bu bireyin şiddetle mücadele amacı ile getirilmiş olan ve son derece süratli ve etkin tedbir alma mekanizmasını öngören bir hukuki muhafaza imkanından yoksun bırakılmış olması sonucu ile karşılaşılır. İmam nikahının(!) bir vakıa olarak kabul edildiği ülkemiz şartlarında, aile kavramının dar yorumlanması ile ulaşılan sonucun yeni mağdurlar yaratacağı şüphesizdir. Bu nedenle, doktrinde geniş yorum ve uygulama görüşü de taraftar bulmaktadır⁴³⁴.

2. Aile İçi Şiddetin Mağduru

Hangi bireylerin şiddete maruz kalması halinde AKDK'da öngörülen tedbirlerin alınabileceği yani kimlerin kanun kapsamındaki korumadan faydalanabileceği, AKDK'nın 5636 sayılı Kanun ile değişik birinci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi Hakimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere hükmedebilir.”

Aile içi şiddetin mağduru bakımından yapacağımız açıklamalara geçmeden önce, özellikle bir hususa temas etmek istiyoruz. AKDK'yı gerek mağdurun gerek failin gerekse uygun tedbirin araştırılması aşamasında yorumlarken gözden kaçırılmaması gereken nokta, aile içi şiddeti önlemeyi amaçlayan kanunun aile kavramını en geniş

⁴³⁴ Ayan (Evlilik), sh. 310.

anlamda düzenlemiş olmasıdır. Kanun koyucu, bu konudaki iradesi kanunun kaleme alınışından rahatlıkla anlaşılmaktadır. Zira, kanun metninde “eşlerden biri, çocuklar, aynı çatı altında veya ayrı yaşayan aile bireylerinden” bahsedilmiştir. Dolayısıyla, AKDK’da öngörülen aile kavramı, Medeni Kanun’un en geniş anlamda ele aldığı aile kavramını karşılayacak şekilde kullanılmıştır⁴³⁵. Medeni Kanun’da öngörülen en geniş aile kapsamına, ana, baba ve çocuklar dışında kan bağıyla bağlı olan hısımlar, kayın hısımları ve bir sözleşme nedeniyle aileyle bir arada yaşayan işçi, hizmetli ve yardımcıları da girer.

Kanunun korumayı hedeflediği gerçek kitle, yapılan anket çalışmalarının açıkça ortaya koyduğu üzere aile içi şiddetin asıl mağduru konumunda bulunan kadın ve çocuklar olmakla birlikte, kanunun koruma alanının mümkün olduğu kadar genişletilmesi gayesiyle geleneksel ailenin bireyleri de kanun kapsamına alınmıştır. Çünkü, aile içi şiddeti sadece eşler arasında meydana gelen şiddet olarak algılamak doğru bir yaklaşım değildir. Burada amaç, soruna aynı zamanda bir insan hakları sorunu olarak yaklaşılması ve insan onuruna yakışmayan nitelikte kötü muamele kime yapılmış olursa olsun yaş ve cinsiyet ayrımı yapılmaksızın mağdurun etkin ve süratli bir koruma imkanından yoksun bırakılmamasıdır⁴³⁶. Buna karşılık, hukuken yok evlenme konumundaki imam nikahı(!) sonucunda ortaya çıkan fiili birlikteliklerin kanunun uygulanması karşısındaki durumu hakkında gerekli açıklamaları yukarıda yapmış olduğumuzdan, aynı konuya burada tekrar değinmeyerek daha önce yaptığımız açıklamalara yollama yapmakla yetiniyoruz.

⁴³⁵ Uluğ, sh. 440; Uçar, sh.151; Ayan (Evlilik), sh. 313.

⁴³⁶ Uçar, sh. 151.

AKDK m.1'in açık ifadesi ile, kanun uygulanması bakımından aile içi şiddetin mağduru olabileceği kabul edilen kişiler;

-Eşlerden biri veya çocuklar,

-Aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri,

-Mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden biridir.

AKDK m.1'in değişiklikten önceki hali ise meseleyi şu şekilde düzenlemekteydi;

“Türk Kanunu Medenisi’nde⁴³⁷ öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı’nın bildirmesi halinde, Aile Mahkemesi Hakimi re’sen meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmedebilir.”

Kanun’da açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, şiddet mağduru olan eş veya çocukların korunması amacıyla AKDK’da öngörülen tedbirlerin şiddet uygulayan eş ile aynı çatı altında yaşama koşulu aranmaksızın alınabileceği doktrinde haklı olarak kabul edilmekte idi⁴³⁸. Bu husus, doktrinde belirtilen görüşlere uygun olarak, yoruma yer bırakmayacak şekilde AKDK.m.1’e eklenmiştir. Kanaatimizce doğru olan da budur. Zira, ortak yaşama ara verilen hallerde evlilik birliği varlığını devam ettirmekte, dolayısıyla ne eş sıfatı ne de evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler ortadan kalkmaktadır. Kanun koyucu, özellikle aile içi şiddete maruz kalan eşin bu şiddet nedeniyle çocuğu ile birlikte evinden ayrılarak baba evine gitmesi ve boşanma davası

⁴³⁷ Kanundaki “Türk Kanunu Medenisi” ifadesi, 4721 sayılı kanuna uygun olarak “Türk Medeni Kanunu” olarak değiştirilmiştir.

⁴³⁸ Badur/Ertem, sh. 116; Ayan (Evlilik), sh. 310.

açması durumlarında, öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde AKDK'dan faydalanmasını sağlayacak değişikliği yapmıştır⁴³⁹.

Bununla birlikte aile içi şiddetin mağdurunun eş ve çocuklar dışında kalan diğer bir aile bireyi olduğu hallerde kanunda öngörülen muhafaza imkanından yararlanılması, açıkça aile içi şiddet fiilinin faili ile “aynı çatı altında yaşama” koşuluna tabi tutulmaktaydı⁴⁴⁰. Bu nedenle eşlerden birinin kardeşine, eşlerden birinin ana veya babasına diğer eş tarafından şiddet uygulanması halinde, şayet şiddet mağduru bireyler şiddet uygulayan eş ile aynı çatı altında yaşamıyor ise AKDK'da öngörülen tedbirlere hükmedilmesi mümkün değildi. Kanunun uygulanmasını zorlaştırdığı ve uygulama alanını daralttığı eleştirilerine⁴⁴¹ maruz kalan bu durum, eş ve çocuklar dışında kalan diğer aile bireyleri için artık bir koşul olmaktan çıkmıştır.

Görüldüğü üzere kanunda, aile içi şiddetin mağduru olma bakımından 5636 sayılı Kanun ile son derece önemli bir değişikliğe imza atılmıştır. Değişiklikten önceki metinde sadece eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kalması halinde, kanunda düzenlenen tedbirlere hükmedilmesi kabul edilmişken, bu kapsam 5636 sayılı Kanun'un amacına uygun olarak genişletilmiştir⁴⁴².

⁴³⁹ 5636 sayılı Kanun Madde Gerekçeleri (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1318m.htm>)

⁴⁴⁰ Doktrinde aynı çatı altında yaşamamanın, niteliği gereği süreklilik taşıması gerektiği belirtilmekteydi. Bkz. Ayan (Evlilik), sh. 312; Uçar, sh. 151.

⁴⁴¹ Bkz. Uluğ, sh. 455; Uçar, sh. 151.

⁴⁴² Bu hususa 5636 sayılı Kanun'un genel gerekçesinde de yer verilmiştir. Buna göre: “Aynı çatı altında yaşamayan boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler ve evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireyleri ve çocuklar da aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden, aile içi şiddet mağduru kapsamının gerçeklere uygun olarak düzeltilmesi gerekmiştir.”

B) Aile İçi Şiddete İlişkin Yapılacak Bildirim

AKDK'nın uygulanması kapsamında bir tedbire hükmedilebilmesi için, aile içi şiddetin meydana geldiğinin Aile Mahkemesi hakimine bildirilmesi gereklidir. Hemen belirtelim ki, kanunda aranan şart, Medeni Kanun'daki evlilik birliğini koruyucu tedbirlerden farklı olarak “talep” değil “bildirim”dir. Söz konusu bildirim, aile içi şiddete maruz kalan eş, çocuklar veya diğer aile bireylerinden biri tarafından yapılabileceği gibi, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından da yapılabilir. Aile Mahkemesi hakimi, açıkladığımız yollardan biriyle aile içi şiddetin kendisine bildirilmesi üzerine, meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen AKDK'da sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka bir tedbire hükmedebilir⁴⁴³. Ancak, aile mahkemesi hakiminin aile içi şiddetin varlığından haricen haberdar olduğu durumlarda bir koruma kararı alması mümkün değildir⁴⁴⁴.

Bildirimde bulunma konusunda sadece aile içi şiddet mağdurunun değil aynı zamanda Cumhuriyet Başsavcılığı'nın da yetkili ve görevli kılınmış olmasının, son derece yerinde bir düzenleme olduğunu düşünüyoruz.

Özellikle kırsal kesimde ve gecekondu bölgelerinde halen “Kocadır sever de, döver de” ya da “Kol kırılır yen içinde kalır”, çocuklar bakımından da “Anne babanın vurduğu yerde gül biter” anlayışı devam etmekte, uğranılan fiziksel ya da manevi işkenceler, dayaklar sineye çekilmektedir⁴⁴⁵. Aynı zamanda, mağdurun kendisine cebir uygulanmasından korkması, terk edilmekten veya boşanmaktan çekinmesi, çocukların menfaatinin ileri sürülmesi, çevrenin tutumundan çekinilmesi ve şiddet uygulayan kişiye duyulan sevgi, mağdurların AKDK'nın sağladığı koruma imkanından haberdar

⁴⁴³ AKDK'daki tedbirler ile Medeni Kanun'da öngörülen koruyucu nitelikli tedbirlerin alınması bakımından en temel farklılık budur. Hakimin Medeni Kanun'daki tedbirlerden birine hükmedebilmesi için eşlerden birinin talebi şarttır. Hakimin re'sen tedbir alma yetkisi yoktur. Oysa, AKDK'nın uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda, hakim aile içi şiddetin kendisine bildirilmesi üzerine bu yönde bir talep olmasa dahi re'sen tedbire hükmetme yetkisine sahiptir.

⁴⁴⁴ Ayan (Şiddet), sh. 313; Balo, sh.24.

⁴⁴⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 848; Akıncı, sh. 8; Uçar, sh. 148; Uluğ, sh.444.

olmamaları⁴⁴⁶ gibi nedenler de bu sonucun ortaya çıkmasına katkı yapmaktadır⁴⁴⁷. Anılan nedenlerle, Türkiye’de gerçekleşen aile içi şiddet vakalarının büyük bölümünün resmi mercilere yansımadağı düşünülürse⁴⁴⁸ söz konusu düzenlemenin ne kadar yerinde olduğı bir kez daha ortaya çıkmaktadır. Böylelikle aile içi şiddet vakalarında, mağdur dışındaki herhangi bir aile ferdi, hatta komşular ve mağdurun iş arkadaşları veya diğerk yakınları savcıya başvurmak suretiyle AKDK çerçevesinde bir soruşturma başlatma imkanına kavuşmuş olmaktadır. Keyfiyetten haberdar olan savcının bunu müteakip, dikkatine sunulan bilgiyi soruşturarak hakime tedbir alınması için gerekli bildirimde bulunmak yetki ve görevi bulunmaktadır⁴⁴⁹.

Bu noktada özellikle üzerinde durulması gereken, polis veya diğerk kolluk kuvvetlerinin yargı mekanizmasını harekete geçirmedeki rolüdür. Zira, bildirim konusunda yetkili ve görevli kılınan Cumhuriyet Başsavcılığı’nın aile içi şiddet olaylarından haberdar olması, ancak polis ve diğerk kolluk kuvvetlerinin kendilerine gelen şikayet ve başvuruları savcılığa intikal ettirmesi halinde mümkündür. Buna rağmen, uygulamada, kolluk kendisine yansıyan aile içi şiddet olaylarını yargıya intikal ettirme konusunda istekli davranmamaktadır⁴⁵⁰.

⁴⁴⁶ Aile içi şiddet mağdurlarının kanun hakkındaki bilgisizlikleri, kanunun amacına ulaşmasının önündeki en büyük engellerden birini teşkil etmektedir. Nitekim, Başbakan Recep Tayyip Erdoğan’ın imzasıyla yayınlanan 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesinde (RG.,4.7.2006, S.26218) bu soruna dikkat çekilmiş ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un tanıtımı yönünde çok yönlü çalışmalar yapılması yönünde, başta Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü ve Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Genel Müdürlüğü olmak üzere ilgili tüm kurum ve kuruluşlar, üniversiteler ve sivil toplum kuruluşlarına talimat verilmiştir.

⁴⁴⁷ Ünver, Y. : Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003, sh. 17-18.

⁴⁴⁸ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku ve Kriminoloji Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafından 2003 yılında yapılan “Aile İçi Şiddet ile İlgili Türkiye Çapında Alan Araştırması” verileri, çarpıcı olduğı kadar üzücü bu gerçeğı gözler önüne sermektedir. Anket kapsamında sorulan “Size Uygulanan Şiddeti Şikayet Ettiniz mi veya Etmeyi Düşündünüz Mü?” sorusuna cevap verenlerin %88,6’sı şikayet etmediğini bildirmiştir . Bkz. Yıldız, A.K. : Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hukuku Sorunları, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003, sh.74.

⁴⁴⁹ Erman, sh. 91; Uçar, sh. 160.

⁴⁵⁰ Ünver, (Aile İçi Şiddet) sh. 25; Akıncı, sh. 8; Yıldız, sh. 81; Uçar, sh. 154.

Kolluk kuvvetleri özellikle kadının mağdur olduğu aile içi şiddet olaylarına “karı-koca arasına girilmez” düşüncesiyle karışmak istememekte, olaya ilişkin tutanak dahi tutmaksızın ya kadını geri göndermekte ya da tarafları barıştırma yoluna gitmektedir. Hatta bazı olaylarda, kadına yönelik aşağılama ve hakaretler dahi söz konusu olabilmektedir⁴⁵¹. Bu durum, halihazırda uğradığı aile içi şiddeti resmi mercilere taşıma konusunda tereddüt yaşayan şiddet mağdurunun durumunu daha da zorlaştırmakta ve bazı olaylarda başvurunun geri çekilmesine dahi sebep olabilmektedir⁴⁵². Dolayısıyla AKDK’da cumhuriyet savcılığına tanınan bildirim imkanının gerçek anlamda amacına ulaşabilmesi için, polisin aile içinde meydana gelen şiddet olaylarını “aile sorunu” olarak niteleyerek müdahaleden kaçınmaması zorunludur.

Kolluk kuvvetlerinin duyarlı davranmalarını ve aile içi şiddet olaylarını da diğer suçlardan farksız görüp aynı etkinlikte müdahale etmelerini sağlamak için bu konuda eğitilmeleri ve bilinçlendirilmeleri gereklidir. Ayrıca, aile içi şiddet konusunda eğitilmiş uzman kolluk birimlerinin oluşturulmasının uygulama bakımından büyük katkı yapacağı şüphesizdir⁴⁵³.

Ülkemizde, kolluk kuvvetlerinin konuya duyarlılığını artırmak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Bu konuda atılan en önemli adımlardan biri, Emniyet Genel Müdürlüğü’nün 25.7.2000 tarihli ve 169 sayılı genelgesidir⁴⁵⁴. Genelgede, “*Bir kişinin bizzat kendisinin veya çocuklarının veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığı için kolluk*

⁴⁵¹ Yıldız, sh. 81; Centel N.: Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul 2003, sh. 76; Efem, sh.59.; Akıncı, sh. 8. Yazara göre bu tür olayları meşru olarak değerlendiren polislerin sayısı azımsanmayacak kadar çoktur.

⁴⁵² İstanbul Üniversitesi tarafından yapılan bir anket çalışmasında, şikayet ile ilgili soruya cevap veren aile içi şiddet mağduru 234 kişi içerisinde sadece 20’sinin şikayette bulunduğu, 2’sinin şikayetinden zorla vazgeçirildiği ortaya çıkmıştır. Şikayet sonucu olayı öğrenen polis ise, 6 olayın (%30) yargıya intikalini sağlarken, 9 olayın (%45) aile içinde çözümüne çalışmış ve 3 olayda (%15) konuyla hiç ilgilenmemiştir. Polisin bu tutumu üzerine, 4 şikayetin geri alındığı anlaşılmıştır. Bkz. Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003, sh. 169.

⁴⁵³ Yıldız, sh. 82; Ünver, (Aile İçi Şiddet) sh. 47; Centel, sh.76.

⁴⁵⁴ Balo, sh. 28, dpn. 14.

kuvvetlerine başvuruda bulunulması durumunda yasalar çerçevesinde gerekli tüm işlemler yapılacak, bu hususta mağdurların mağduriyetlerinin devamına veya artmasına sebebiyet verecek insiyatif kullanılmayacaktır.” denilerek polisin yapılması gerekeni yapması ve yetkisini aşarak eşleri barıştırmaya veya uzlaştırmaya çalışmaması talimatı verilmiştir. Benzer şekilde, T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından, 15.11.2002 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilen yazıda, *“...Cumhuriyet savcıları tarafından Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında, aile içi şiddete maruz kalındığının öğrenilmesi durumunda, bu konuda herhangi bir şikayet de aranılmaksızın derhal Aile mahkemesine bildirimde bulunulması...”* gerektiği bildirilmiştir. Bir diğer olumlu gelişme ise, Emniyet Genel Müdürlüğü bünyesinde uzman bir birim oluşturulması amacıyla, İçişleri Bakanlığı tarafından çıkarılan “Emniyet Genel Müdürlüğü Çocuk Şube Müdürlüğü/Büro Amirliği Kuruluş, Görev ve Çalışma Yönetmeliğidir”⁴⁵⁵. Yönetmelikte, aile içi şiddet de dahil her türlü şiddete maruz kalan çocukların korunması amacıyla çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Özellikle, sorumluluklarını yerine getirmeyen ve velayet hakkını kötüye kullanan ana-baba, vasi veya çocuktan hukuken sorumlu olan diğer kişiler hakkında Cumhuriyet Savcılığına bilgi verilmesi yükümlülüğünü düzenleyen Yönetmeliğin 16. maddesinin ilk fıkrası değindiğimiz yargı mekanizmasının harekete geçirilmesi sorununu bertaraf etmek bakımından son derece önemlidir.

IV. AKDK’da Öngörülen Tedbirlerin Usule İlişkin Özellikleri

A) Harçlar

Aile içinde gerçekleşen şiddet olaylarının, tekrar şiddete uğramaktan çekinme, terk edilme veya boşanma korkusu, çevre baskısı, kolluğun tutumu gibi nedenlerle çok az bölümünün resmi mercilere intikal ettiğini daha önce belirtmiştik. Kanun koyucu, aile içi şiddet ile mali durum arasındaki doğrudan bağlantıyı dikkate alarak, bütün bu

⁴⁵⁵ Bu yönetmelik için bkz. RG., T. 13.04.2001, S. 24372.

sebeplere bir de ekonomik sıkıntıların eklenmesini istememiştir⁴⁵⁶. Bu nedenle, aile içi şiddet mağdurunun kolaylıkla başvuruda bulunabilmesini ve buna bağlı olarak AKDK'nın daha yaygın şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla bu kanun kapsamındaki başvuruların ve verilen kararın infazı için yapılan işlemlerin her türlü harçtan muaf olacağını 5636 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinin son fıkrasında hükme bağlamıştır.

Hükmün değişiklikten önceki hali şu şekildeydi; *“Birinci fıkra hükmüne göre yapılan başvurular harca tabi değildir.”* Kanun koyucu, önceki düzenlemede başvuruları harca tabi tutmayarak, ortaya çıkacak giderin caydırıcı olmasını önlemeyi arzu etmiştir⁴⁵⁷. Bu hükmün, kanunun sosyal içerikli bir düzenleme olma özelliğine son derece uygun olduğu açıktır. Ancak, doktrinde söz konusu düzenleme takdir toplamakla birlikte yeterli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁵⁸. Zira, önceki düzenlemede sadece AKDK kapsamında yapılacak başvurular açıkça harçtan muaf tutulmuşken, mahkemece verilen kararların infazı için yapılacak işlemler genel hükümler gereği harca tabi kalmaya devam etmekteydi⁴⁵⁹. Bunun sonucu olarak alınan tedbir kararları, icra edilememe riski ile karşı karşıya kalmaktaydı. Bir tedbirin, taşıdığı amaca ancak gerektiği şekilde icra edilmesi ile ulaşabileceği düşünülürse, bu durumun kanunun gerçek anlamda uygulanması bakımından büyük bir sorun teşkil ettiğini söylemek yanlış olmaz. Bu gerçeği dikkate alan kanun koyucu, 5636 sayılı kanun ile belirttiğimiz değişikliği yapma gereği duymuştur⁴⁶⁰.

⁴⁵⁶ Ünver (Aile İçi Şiddet), sh. 35. İstanbul Üniversitesi tarafından 2003 yılında yapılan anket çalışması sonucunda, bizzat aile içi şiddetin mağduru olanların %46,4'ünün yoksul olduğu şeklindeki veri, mali durum ve aile içi şiddet arasındaki ilişkiyi ortaya koymaktadır.

⁴⁵⁷ Uçar, sh. 160.

⁴⁵⁸ Uçar, sh. 153; Ayan (Evlilik), sh. 315, dpn. 376; Uluğ, sh.450.

⁴⁵⁹ Örneğin, AKDK kapsamında alınan tedbirin yanında nafakaya da hükmedildiği hallerde, nafakanın tahsili için icra müdürlüklerine başvurulup gerekli harçların ödenmesi gerekli idi.

⁴⁶⁰ 4320 sayılı Kanunun 1. maddesinde yer alan, bu maddenin birinci fıkrası hükmüne göre yapılan başvuruların harca tabi olmayacağı hükmü, bu kanun kapsamındaki başvurular ve verilen kararların infazı için yapılan icrai işlemlerin harca tabi olmayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Kanun özellikle kadın ve çocukları koruma altına alma ve bu sebeple şiddete maruz kalmış kişilere yargı işlemlerinde mali külfet getirmeme amacını taşımaktadır. Söz konusu amaç doğrultusunda başvurunun harca tabi olmaması uygulamasına uyacak şekilde, hükmedilen tedbirlerin icraya konulması aşamasında da harç alınmaması

B) Yargılama Yöntemi ve İspat

Aile içi şiddet olayının şiddet mağduru eş, çocuklar, diğer aile bireyleri veya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından Aile Mahkemesine bildirilmesi üzerine tedbir kararına ilişkin yargılama süreci başlar. Bu yargılama süreci, AKDK'nın amacı aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocukları sonraki muhtemel aile içi şiddet olaylarına karşı korumak olduğu için, bu amaç doğrultusunda kanunun sistematığında yer verilen birtakım özel kurallar doğrultusunda işler⁴⁶¹.

AKDK'da öngörülen özel yargılama yöntemi, kendisini ilk olarak ispat meselesinde gösterir. Aile içi şiddet mağduru, tedbire hükmedilmesini sağlamak üzere hakim önünde uğradığı aile içi şiddeti mutlak olarak ispat etmek yükümlülüğü altında değildir. Kanun'un amacı, aile içerisindeki bireylerin birbirlerine yönelik fiziki, sözel ve duygusal şiddeti derhal önlemek olduğundan, AKDK kapsamında açılacak davalardaki ispat ölçüsünü, diğer davalarda olduğu gibi tam ispat seviyesine yükseltmek meselenin mahiyetine uygun düşmez⁴⁶².

Aile Mahkemesi Hakimi, kadının tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan tedbir kararı verebilir. Şiddete uğrayanların mahkemede tekrar şiddete uğrama olasılıklarını ispat etmek yükümlülükleri de yoktur⁴⁶³. Dolayısıyla, hakim bildirim suretiyle önüne gelen olayda kanunun uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığını incelemeli ve şartların gerçekleştiğine kanaat getirirse, gerekirse tarafları ve tanıkları dinlemeksizin, kanunda öngörülen tedbirlere hükmetmelidir.

hususunun Kanunda ayrıca belirtilmesine ihtiyaç duyulmuştur. 5636 sayılı Kanun Genel Gerekçe (www.tbmm.gov.tr)

⁴⁶¹ Balo, sh. 25.

⁴⁶² Y.2HD., T7.4.2003, E.3858/K.4973 (Öztek, sh.46); Y.2HD.,T.16.1.2003.,E.14276/K.344 (www.kazanci.com);Ayan (Evlilik), sh. 316; Uçar, sh.153.

⁴⁶³ AKDK Genel Gerekçe; Ayan (Evlilik), sh. 316; Balo, sh. 25.

Hakimin yargılama süreci içindeki incelemeyi, dosya üzerinde mi yoksa duruşmalı mı yapacağı konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, kanımızca meselenin mahiyetine göre mağdurun derhal korunmasının zaruri olduğu hallerde dosya üzerinden inceleme yapılarak tedbire hükmedilmesi kabul olunmalıdır.

AKDK kapsamında hükmedilen tedbirlerin, nitelikleri itibarıyla ihtiyati tedbir olarak kabul edilmesi nedeniyle⁴⁶⁴, değindiklerimizin dışında kalan hususlar bakımından yargılamanın, HUMK.m.105,106,107 ve 108. maddelerinde ihtiyati tedbirler için öngörülen yargılama usulüne göre yapılacağı kabul edilmektedir⁴⁶⁵. Ancak, ihtiyati tedbire ilişkin hükümlerden, ihtiyati tedbir talep edenden teminat istenmesi (HUMK.m. 110), 10 gün içinde dava açılması zorunluluğu (HUMK.m.109) gibi, AKDK'daki tedbirlerin niteliklerine uygun düşmeyen hükümler uygulama alanı bulmaz.

C) Tedbir Kararına Karşı Kanun Yoluna Başvurulması

AKDK'nın uygulanması kapsamında hükmedilecek tedbirler, derhal koruma gayesiyle öngörülmüş, kısa süreli tedbirlerdir. Esasen, tedbirlerin ihtiyati tedbir niteliğinde olduğunun kabul edilmesinin en önemli nedenlerinden biri de tedbirlerin taşıdığı geçici olma özelliğidir. Biz de aşağıda, tedbirlerin bu belirleyici özelliği ışığı altında, tedbir aleyhine kanun yoluna başvurma meselesini temyiz ve itiraz kanun yolları bakımından değerlendirmiş bulunuyoruz.

Mahkemelerce alınan ihtiyati tedbir kararlarının temyiz edilmesi mümkün değildir⁴⁶⁶. Zira, ihtiyati tedbir kararları, temyizi kabil nihai kararlardan değildir⁴⁶⁷. Dolayısıyla, AKDK'da bu kanun kapsamında alınan tedbirlere karşı temyiz yolunun

⁴⁶⁴ Bkz. yuk. sh. 98.

⁴⁶⁵ Y. 2HD., T. 26.4.1999, E.4506/K.40-2 (Balo, sh. 24, dpn. 4.); Uçar, sh. 152; Ayan (Evlilik), sh. 317; Balo, sh. 25.

⁴⁶⁶ Özekes, M. : İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, sh. 65.

⁴⁶⁷ Pekcanitez. H./ Atalay, O./Özekes, M. : Medeni Usul Hukuku, Ankara 2005, sh. 493.

kapalı olduğu açıkça belirtilmemiş olsa da, söz konusu tedbirlerin ihtiyati tedbir özelliği taşıması nedeniyle aleyhlerine temyiz kanun yoluna başvurulması mümkün değildir⁴⁶⁸.

Buna karşılık, HUMK ‘un 107 ve 108. maddelerine göre ihtiyati tedbirlere karşı itiraz edilebilir⁴⁶⁹. Bu nedenle, aile mahkemesi hakimi tarafından AKDK kapsamında hükmedilen bir tedbir aleyhine aynı mahkemede itiraz yolunun açık olduğu kabul edilir⁴⁷⁰. Yargıtay konuya ilişkin vermiş olduğu bir kararında⁴⁷¹, aynı görüşte olduğunu şu şekilde ifade etmiştir; *“4320 sayılı Kanun ile sulh hakiminin⁴⁷² aldığı karar, kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. Bu kararlar, HUYK. m.105,106,107 ve 108’de belirlenen prosedür uyarınca itihaz olunan ve bu yasanın 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil; hakim tarafından tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelemesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde kabul etmek, kanunun tedvin amacına uygun düşecektir.”*

Yargıtay’ın da kararında belirttiği gerekçelerle aile mahkemesi tarafından verilen bir tedbir kararına karşı aynı mahkemede itiraz edilebileceği kabul edilmektedir. İtiraz herhangi bir süreye bağlı değildir. Fakat, tedbir kararı tarafların mahkemeye çağırılması üzerine verilmiş ise, aleyhine tedbire hükmedilen şiddet failinin artık karara itiraz edemeyeceği kabul olunur. Zira, mahkemeye çağırılan aile içi şiddet faili, mahkeme önünde karar aleyhine tüm itirazlarını bildirme imkanına sahiptir. Bu nedenle, tedbir kararı, ancak failin gıyabında verildiği hallerde itiraza konu olabilir⁴⁷³.

⁴⁶⁸ Y.2HD., T.18.92003, E.9980/K.11604 (Öztek); Badur/Ertem, sh. 117; Uçar, sh.153; Balo, sh. 26.

⁴⁶⁹ Özkes, sh. 65.

⁴⁷⁰ Balo, sh. 26; Ayan (Evlilik), sh. 318; Badur/Ertem, sh. 116; Ruhi, C.: Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması, AÜEHFD C.VIII, s.1-2, Erzincan 2004, sh.547.

⁴⁷¹ Y.2HD., T. 10.09.2002, E.9948/K.9939 (Ayan (Evlilik), sh.318). Aynı yönde bkz. Y.2HD., T.30.12.1998,E.14493/K.14365(Badur/Ertem,sh.116);Y.2HD.,T.14.10.1998;E.9364/K.10828;Y.2HD.,T.16.12.2003,E.14276/K.344; Y.2HD.,T.12.7.2004,E.8367/K.9372 (www.kazanci.com)

⁴⁷² AKDK’da öngörülen tedbirleri almaya görevli mahkeme, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair 4787 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önce sulh hukuk mahkemesi idi.

⁴⁷³ Balo, sh.26; Ayan (Evlilik), sh. 318.

D) Tedbirin Uygulanması ve Süresi

1. Tedbirin Uygulanması

Aile Mahkemesi hakimi, aile içi şiddet vakasının bizzat şiddet mağduru veya Cumhuriyet Savcılığı tarafından kendisine bildirilmesi üzerine, öncelikle AKDK'nın uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığını incelemeli ardından, tam ispat aramaksızın koşulların oluştuğuna kanaat getirirse AKDK'da öngörülen tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya meselenin mahiyetine göre uygun göreceği başka bir tedbire hükmetmelidir. Daha önce belirttiğimiz üzere hakim, kanunun uygulanması aşamasında re'sen tedbire hükmetme konusunda yetkilendirilmiştir. Dolayısıyla, tedbir kararı verilebilmesi için aile içi şiddet mağdurunun talepte bulunması şart değildir.

Kanunun barındırdığı sosyal mahiyet ve koruma işlevi nedeniyle, AKDK kapsamında verilen tedbir kararlarının yürütülmesi, özel hukuka ait diğer mahkeme kararlarının yürütülmesinden farklılık gösterir⁴⁷⁴. Bu farklılıkları kısaca belirtmek gerekirse:

- AKDK.m.1/III'e uygun olarak, koruma kararında hükmolunan tedbirlere aykırı davranılması halinde tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceği hususu şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireylerine ihtar olunur⁴⁷⁵.

- Kural olarak, özel hukuka ilişkin mahkeme kararlarının icrası, İİK hükümleri çerçevesinde icra müdürlükleri tarafından yerine getirilir. Oysa, AKDK kapsamında, Aile Mahkemesi Hakimi tarafından verilen koruma kararının uygulanması kolluk

⁴⁷⁴ Uçar, sh. 152.

⁴⁷⁵ AKDK'nın 1. maddesi dışında kalan hükümlerinde “eş” ifadesinin kullanılmasının geçen süre zarfında uygulamada olayın tarafları konusunda kavram karışıklığı yarattığı görülmüştür. Artık eş dışında kalan diğer aile bireylerinin de aile içi şiddet fiilinin faili olabileceği kabul edildiği için söz konusu karışıklığı ortadan kaldırmak amacı ile, AKDK'nın ihtarın sadece “şiddet uygulayan eşe” yapılacağını düzenleyen hükmü, 5636 sayılı Kanun ile “şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyine” şeklinde değiştirilmiştir.

kuvvetleri marifeti ile izlenir. AKDK m.2/I uyarınca “*Koruma kararının bir örneği mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi olunur. Cumhuriyet Başsavcılığı kararın uygulanmasını genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izler.*”⁴⁷⁶ Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre; “*Koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri, mağdurların şikayet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re’sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirir.*” Görüldüğü üzere, AKDK kapsamında verilen tedbir kararlarının uygulanması konusunda, diğer mahkeme kararlarından farklı olarak genel kolluk kuvvetlerine ve Cumhuriyet Savcılıklarına da önemli bir görev ve yetki verilmiştir.

Kanunun uygulanması bakımından belirttiklerimiz dışında kalan hususlar, AKDK m.2/V’e dayanılarak çıkarılacak yönetmelikle belirlenir⁴⁷⁷

2. Tedbirin Süresi

Yukarıda belirttiğimiz üzere, AKDK kapsamında hükmedilen tedbirler, aile içi şiddetin kesin olarak ispat edilmesine dahi gerek olmaksızın kolaylıkla alınabilen, aile bireylerinin derhal ve etkin bir biçimde korunmasını amaçlayan geçici nitelikte tedbirlerdir. Bu kanun kapsamında hükmedilecek tedbirlerin süresi, AKDK’nın birinci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uyarınca altı ayı geçemez. Kanunda öngörülen altı aylık süre azami olarak öngörüldüğü için, pek tabi hakim tedbire meselenin mahiyeti uygun olduğu takdirde daha kısa süreli olarak hükmetmesine de bir engel yoktur⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ AKDK’nın 2. maddesi de 5636 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önce AKDK’nın uygulamasında zabıta görevli kılınmış ancak bu göreve bir açıklama getirilmediğinden uygulamada tereddütler ortaya çıkmıştır. Bu nedenle tedbir kararının genel kolluk kuvvetlerince uygulanacağına ilişkin maddede değişiklik yapılmıştır. (5636 sayılı Kanun Madde Gerekçeleri) AKDK’nın değişiklikten önceki halinde yer alan “zabıta” ifadesinin geniş yorumlanarak “kolluk kuvvetleri” olarak kabul edilmesi gerektiğini belirten yazarlar da bulunmakta idi. Bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 852.

⁴⁷⁷ Kanun koyucu, 5636 sayılı Kanun ile 2. maddeye yeni bir fıkra eklemiş ve kanunun uygulanmasına yönelik hususların yönetmelikle hüküm altına alınarak düzenleneceğini belirtmiştir. Yeni fıkranın amacı, uygulamada karşılaşılabilecek aksaklıkların çıkarılacak yönetmelik yardımıyla giderilmesidir. AKDK’nın uygulanmasına ilişkin yönetmelik henüz çıkarılmamıştır.

⁴⁷⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 852.

E) Görevli ve Yetkili Mahkeme

AKDK'nın yürürlüğe girdiği dönemde, bu kanunda öngörülen tedbirleri almaya görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olarak tespit edilmişti. Bu düzenleme, kanunun gerçek manada amacına ulaşmasının ancak Aile Hukuku alanında ihtisaslaşmış mahkemelerin görevli olması halinde mümkün olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁴⁷⁹. Ardından, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile özel bir ihtisas mahkemesi olan Aile Mahkemeleri kurulmuş ve bu kanunun 9.maddesi ile sulh hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olduğunu düzenleyen AKDK'nın 1.maddesi değiştirilerek, AKDK'da öngörülen tedbirleri alma görevi Aile Mahkemelerine bırakılmıştır.

Yetkili mahkeme konusunda AKDK'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum, doktrinde farklı görüşlerin ileri sürülmesine yol açmıştır⁴⁸⁰. Kanımızca, söz konusu boşluğun, tedbirlerin alınmasında yetki yönünden herhangi bir kısıtlamaya gitmeden, tedbirlerin en az masrafla ve en çabuk şekilde alınabileceği her mahkemeyi yetkili saymak suretiyle doldurulmasında fayda vardır⁴⁸¹. Aile içi şiddet mağdurlarının, kanunun amacı doğrultusunda en etkin ve süratli bir şekilde korunmasını sağlayacak yol budur. Bu sayede örneğin, uğradığı aile içi şiddet nedeniyle evinden ayrılmak zorunda kalmış ve başka bir şehirde yaşayan babasının evine sığınmış bir kadın bile bulunduğu şehirde kanunun koruma alanından istifade edebilme imkanına kavuşmuş olacaktır.

⁴⁷⁹ Bkz. Güven, sh. 25.

⁴⁸⁰ Güven'e göre, bu boşluk genel usul hükümleri uyarınca (HUMK.m.9 vd.) ve İsviçre hukuk sistemine uygun düşecek şekilde doldurulmalıdır. Yani, tedbir talebinde bulunan eşin oturduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmelidir. Eşlerin ayrı oturması halinde her iki eşin oturduğu yer mahkemesi değil, ilk başvuru yeri mahkemesi yetkili kabul olunmalıdır. Bu tedbirlerin değiştirilmesi, ikmali veya kaldırılmasına ise o kararı veren mahkeme yetkilidir. Uçar'a göre ise, davanın tedbir niteliği nedeniyle olayın gerçekleştiği en yakın mahkemeyi yetkili saymak gereklidir.

⁴⁸¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 852; Ayan (Evlilik), sh. 306; Uluğ, sh.454.

V. AKDK KAPSAMINDA ALINACAK TEDBİRLER

A) Genel Olarak

Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine Aile Mahkemesi Hakimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir. (AKDK.m.1/I)

Kanunun da açıkça hüküm altına aldığı üzere, aile içi şiddet durumunda mağdurun korunması amacıyla alınabilecek tedbirler, tahdidi olarak değil tadadi olarak belirtilmiştir. Dolayısıyla, somut olayın özelliklerini değerlendiren hakim kanunda sayılanlar dışında kalan başka bir önleme de hükmetmeye yetkilidir. Aynı zamanda, meselenin mahiyetine göre aynı anda birden fazla tedbire başvurulması da mümkündür⁴⁸².

5636 sayılı Kanun ile kabul edilen yeni anlayış, aile içi şiddet kavramını sadece eşlerden birinin diğer eşe veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birine yönelik davranışlarla sınırlamamakta ve eş dışında kalan aile bireylerinden birinin uyguladığı şiddeti de aile içi şiddet olarak mütalaa etmektedir. Başka bir deyişle, eş dışındaki aile bireyleri de artık aile içi şiddetin faili olabilmektedir⁴⁸³. Dolayısıyla, AKDK'nın 5636 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinin ikinci fıkrası yeni anlayışa

⁴⁸² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 848; Güven, sh. 22.

⁴⁸³ Bkz. yuk. sh. 106 vd.

uygun olarak, eşin yanısıra kusurlu olan diğer aile bireyi aleyhine de tedbire hükmedilebileceğini belirtmektedir.

Tedbire hükmedilmesinin ardından, aleyhine tedbir kararı verilen kusurlu eş veya aile bireyine kararda hükmolunan tedbirlere aykırı davranılması halinde tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceği hususu ihtar olunur. (AKDK m. 1/III)

B) Tedbir Çeşitleri

1. Aile içi Şiddet Failinin Aile Bireylerine Karşı Şiddete veya Korkuya Yönelik Söz ve Davranışlarda Bulunmaması Konusunda Uyarılması

Hakim, aile bireylerinden birine şiddet uygulayan ya da onları korkutmaya yönelik söz veya davranışlarda bulunan kusurlu eş veya diğer bir aile bireyini bu tür davranışlarına son vermesi konusunda uyarır. (AKDK m.1/I/a) Aile içi şiddet olarak tanımlanabilen her tür sözel ve fiili davranış biçimi, olumsuz emrin konusunu oluşturabilir. Bunlara örnek olarak; dövme, sövme, fiziksel veya manevi işkenceye maruz bırakma, hakaret, bir yere kapatma, zora koşma, tehdit etme ve korkutma verilebilir⁴⁸⁴.

Bunlardan başka, diğer eş cinsel ilişkiye zorlama, ters ilişkiye girme, hamile bırakmaya veya hamileliğin sona erdirilmesine zorlama gibi cinsel şiddet olaylarının da tedbir kararına konu edilebilir⁴⁸⁵.

Hakimin bu tedbire başvurabilmesi için, kusurlu eşin diğer aile bireylerine mutlaka fiziksel şiddet uygulaması şart değildir. Manevi işkence ve tehdit gibi henüz fiziksel bir zararın meydana gelmediği hallerin ortaya çıkması üzerine tedbire hükmedilebilir⁴⁸⁶. Zira, AKDK kusurlu eşin aynı zamanda korkuya yönelik her türlü

⁴⁸⁴ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 848; Güven, sh.22; Ayan (Evlilik), sh. 323-324; Uçar, sh.157.

⁴⁸⁵ Güven, sh. 22; Uçar, sh. 157.

⁴⁸⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 849; Ayan (Evlilik), sh. 324.

davranışın yanısıra söz sarfetmekten de men edilebileceği AKDK’da hüküm altına alınmıştır.

Söz konusu tedbire, kusurlu eş veya diğer aile bireyinin korkuya yönelik söz sarfetmekten men edilmesi şeklinde hükmedilebileceği, 5636 sayılı Kanun ile bu durumun özel olarak belirtilmesi amacıyla yapılan ekleme ile açıkça mümkün hale gelmiştir. Hükümün değişiklikten önceki halinde, kusurlu eşin diğer aile bireylerine karşı şiddet veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması uyarısı yapılacağı düzenlenmekteydi. Kanaatimizce, uygulamada herhangi bir yorum farkı yaratmayacak şekilde aile içi şiddet failinin korkuya yönelik söz sarfetmekten men edilmesi imkanı tanınması yerinde bir değişikliktir. Böylelikle, aile içi şiddeti “aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı” şeklinde tanımlayan AKDK’nın genel gerekçesi ile somut olarak uygulanan kanun hükümleri arasında bir uyum sağlanmış olmaktadır.

Hakim, somut olayın özelliklerine göre kusurlu eş veya diğer aile bireyine yapacağı uyarının sonuçsuz kalacağı kanaatinde ise uyarıda bulunmaksızın doğrudan başka bir tedbire hükmedebileceği gibi, eş zamanlı olarak uyarının yanı sıra başka bir tedbirin alınmasına da karar verebilir. Yani, uyarı diğer tedbirlerin alınması için bir önkoşul değildir⁴⁸⁷.

2. Aile İçi Şiddet Failinin Müşterek Evden Uzaklaştırılması

AKDK’da öngörülen diğer bir tedbir, kusurlu eş veya diğer aile bireyinin müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmamasının kararlaştırılmasıdır⁴⁸⁸. (AKDK m.1/I/b) 5636 sayılı Kanun’un genel gerekçesinde de

⁴⁸⁷ Uçar, sh. 157; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 848.

⁴⁸⁸ 5636 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan hükümlerden birisi de bu hükümdür. Yapılan değişiklikte, aile içi şiddete maruz kalan eşin bu şiddet nedeniyle çocuğu ile birlikte evinden ayrılarak baba evine

belirtildiği üzere, AKDK'nın amacı, esasen aile içinde şiddet uygulayan bireyi, ortak yaşam alanından uzaklaştırarak ve diğer bir takım tedbirleri uygulamaya koyarak aile içi şiddeti önlemek ve mağdurları korumak olduğu için, söz konusu tedbirin amaca ulaşma bakımından son derece etkin bir çözüm olduğu söylenebilir.

Tedbir kararına konu olan konutun mutlaka aile konutu olması zorunlu değildir. Aile bireylerinin tatillerini geçirmek üzere gittikleri yazlık ev veya bağ evi örneklerinde olduğu gibi, geçici bir süre kalmak niyetiyle bulunulan bir konut da tedbire konu edilebilir⁴⁸⁹.

Bundan başka, tedbire konu edilen konutun aleyhine tedbir kararına hükmedilen aile bireyinin mülkiyetinde olması veya onun tarafından akdedilmiş bir kira sözleşmesi ile sağlanmasının bir önemi yoktur⁴⁹⁰. Ancak kanaatimizce, malik olan kusurlu aile bireyinin ortak konuttan uzaklaştırılmasına karar verilirken hakim daha hassas davranmasında fayda vardır. Aile içi şiddetin ortadan kaldırılması ve mağdurların korunması alınabilecek başka bir tedbir ile sağlanabiliyorsa, malik olan eşin ortak konuttan uzaklaştırılmasına hükmedilmemelidir.

Hakim, kusurlu aile bireyinin ortak konuttan uzaklaştırılması kararı ile birlikte bu evin diğer aile bireylerine tahsisine de karar verir. Uzaklaştırma kararının amacına ulaşabilmesi için aynı zamanda aile içi şiddet failinin mağdurların birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması da karar altına alınır. Bu sayede, kusurlu eş veya aile bireyinin, diğer aile bireylerinin oturduğu eve, çocukların okullarına veya işyerlerine giderek tehdit oluşturma riski ortadan kaldırılmış olur.

gitmesi ve boşanma davası açılması durumlarında dahi, koşulların gerçekleşmesi halinde 4320 sayılı Kanundan faydalanabileceği de dikkate alınmıştır. Bu nedenle maddenin b bendinde yer alan “eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu eve” ifadesi, “aile bireylerine tahsisi ile bu bireylerin birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve” şeklinde değiştirilmiştir. 5636 sayılı Kanun Madde Gerekçeleri (www.tbmm.gov.tr)

⁴⁸⁹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 849; Ayan (Evlilik), sh. 326; Uçar, sh.157.

⁴⁹⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.849; Uçar, sh. 157; Ayan (Şiddet), sh. 431; Zevkliler/Havutçu, sh. 251.

Bu noktada, “yaklaşmama” kavramının açıklığa kavuşturulmasında ve somutlaştırılmasında fayda vardır. Kanaatimizce hakim, kararında yaklaşmama sınırını bir uzunluk ölçüsü birimi üzerinden (300 metre, 500 metre 2 kilometre vs.) belirleyebilmelidir. Eğer böyle bir belirleme yapılmamışsa, Ayan’ın haklı olarak belirttiği gibi⁴⁹¹ yaklaşma kavramı somut olayın özelliklerine göre tanımlanmalıdır. Fakat, genel olarak aile bireylerinin birlikte veya ayrı olarak oturduğu ev, işyeri veya okula giderek bunlara psikolojik baskı oluşturabilecek bir mesafeye kadar yaklaşılmasını tedbir kararının ihlali niteliğinde saymakta fayda vardır. Dolayısıyla somut olayın özelliklerine göre bazı durumlarda belirtilen yerlerin önünden geçilmesi bile karara aykırılık teşkil edebilir. Yoksa; ev, işyeri veya okulun içine girilmesi zorunlu değildir.

3. Aile İçi Şiddet Failinin Aile Bireylerinin Eşyalarına Zarar Vermemesi Konusunda Uyarılması

AKDK, aile bireylerinin vücut bütünlüğü, fiziksel ve ruhsal sağlıklarını olduğu kadar malvarlığı değerlerinin korunmasını da amaçlar. Bu nedenle, aile bireylerine birbirlerinin malvarlığı değerlerine zarar vermeme yükümlülüğü de yüklemiş ve buna aykırı hareketleri de yasaklamıştır.⁴⁹² Bu nedenle, aile içi şiddetin faili aynı zamanda diğer aile bireylerinin mallarına da zarar veriyorsa veya bu konuda tehdit ederek onları ciddi şekilde korkutuyorsa ve bu durumun ileride de tekrarlanma ihtimali bulunuyorsa, hakim vereceği bir tedbir kararı ile kusurlu eş veya diğer aile bireylerini bu tip davranışlara son vermesi konusunda uyarır. Örneğin aile içi şiddet uygulayan kişi diğer aile bireylerinin ellerinden eşyalarını zorla alıyorsa, ya da eşyalarını tahrip ediyor, kırıyor, bozuyor ya da herhangi bir şekilde yok ediyorsa bu tedbire başvurulabilir⁴⁹³.

Kanunda kullanılan eşya kavramı tanımlanmamış olmakla beraber, kapsamına taşınır ve taşınmazların girdiği açıktır. Bu eşyaların büyük bir ekonomik değer taşıması

⁴⁹¹ Ayan (Evlilik), sh. 327.

⁴⁹² Güven, sh. 22; Hacıoğlu, sh. 6; Uçar, sh. 157.

⁴⁹³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 850.

zorunlu değildir. Eşyanın taşıdığı manevi değer de dikkate alınarak tedbir hükmedilmesi mümkündür⁴⁹⁴. Bundan başka, tedbire söz konusu eşyanın mutlaka tedbir kararı aldırın eşin mülkiyetinde bulunması şart değildir. Ailenin ortak kullanımına tahsis edilen bir eşya söz konusu ise, bu eşya zarar veren eşin mülkiyetinde bulunsu dahi, mülkiyet hakkının tanıdığı geniş tasarruf yetkisine rağmen tedbire konu edilebilir⁴⁹⁵. Bu şekilde, buzdolabı, çamaşır makinesi gibi sosyal hayatın vazgeçilmez ihtiyaçlarından olan eşyaların zarar görmesi de önlenmiş olur⁴⁹⁶.

Aleyhine tedbir kararına hükmedilen eş veya diğer aile bireyinin, aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi tedbirine aykırı davrandığının kabulü için verilen zararın kasıtlı olması gereklidir. Yoksa, zararın istenmeden verildiği hallerde, tedbir kararının ihlal edildiği söylenemez⁴⁹⁷.

4. Aile İçi Şiddet Failinin Aile Bireylerini İletişim Araçları ile Rahatsız Etmemesi Konusunda Uyarılması

AKDK'da öngörülen tedbirlerden biri de, kusurlu eş veya aile bireyinin diğer aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesi konusunda uyarılmasıdır. (AKDK m.1/I/ç)

İletişim araçlarından anlaşılması gereken, her türlü görsel ve işitsel araçtır. Telefon, faks, e-posta, cep telefonu mesajı, teleks, mektup, kart, video bandı gibi bireysel iletişim araçları ile birlikte radyo, televizyon gibi kitle iletişim araçları da kapsama dahildir⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ Hacıoğlu, sh. 6.

⁴⁹⁵ Güven, sh. 23; Ayan (Evlilik), sh. 327; Hacıoğlu, sh. 6; Uçar, sh. 157.

⁴⁹⁶ Güven, sh. 23.

⁴⁹⁷ Ayan (Şiddet), sh. 443; Hacıoğlu, sh. 8.

⁴⁹⁸ Güven, sh. 23; Ayan (Evlilik), sh. 328; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.850; Uçar, sh. 158.

Aile bireylerine telefon, mesaj, e-posta veya sair iletişim araçları ile hakaret, sövme, tehdit, şantaj, sürekli olarak müzik dinletme, korkutucu sözler sarfetme, rahatsız edici resim, afiş, korkutucu semboller ve figürler gönderme, radyo ve televizyon programlarında sataşma gibi hareketlerde bulunulması halinde söz konusu tedbire hükmedilebilir⁴⁹⁹. Kanaatimizce, hiçbir konuşma olmasa dahi, sırf rahatsız etmek amacıyla geç saatlerde diğer aile bireylerinin telefonla aranması da tedbire haklılık teşkil eder. Bu tedbire tek başına hükmedilebileceği gibi, kusurlu eşin müşterek evden uzaklaştırılması gibi başka bir tedbirin amacına ulaşmasına hizmet etmek üzere de hükmedilebilir.

Söz konusu tedbir, iletişim araçları ile rahatsız etmemeye ilişkin olduğu için, aleyhine tedbire hükmedilen eşin rahatsız edici olmayan şekilde diğer aile bireyleri ile iletişim kurmasına olanak sağlanması tedbirin amacına daha uygun bir sonuç doğurur. Eğer iletişim, diğer aile bireylerinin huzur ve düzenini bozucu şekilde, bu kişilerde üzüntü, sıkıntı, korku endişe veya tedirginliğe yol açabilecek hareketleri içermekten kuruluyor ise, tedbire aykırı davranıldığı kabul edilmemelidir⁵⁰⁰. Aleyhine tedbir kararı alınan eşin kaza geçiren diğer eşi iyi dileklerini iletme üzere araması veya bir yakını kaybeden bir aile bireyini taziyelerini iletme üzere aramasında durum böyledir.

5.Silah veya Benzeri Araçların Teslimi

AKDK'da öngörülen tedbirlerden biri de, kusurlu eş veya aile bireylerinden birinin varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesidir. (AKDK m.1/I/d)

⁴⁹⁹ Hacıoğlu, sh.6; Güven, sh.23; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh.850.

⁵⁰⁰ Hacıoğlu, sh. 6; Ayan (Evlilik), sh. 328.

Bu tedbire özellikle silah veya benzeri araçların aile içi şiddetin bir unsuru olduğu durumlarda hükmedilmelidir. Kusurlu eş veya aile bireyinin diğer aile bireylerini sahip olduğu silahla tehdit edip korkutması halinde, ileride doğabilecek tehlikeleri önlemek gayesiyle hakim silahın genel kolluk kuvvetlerine teslimini karar altına alabilir⁵⁰¹. Bu tedbir, sadece gerçekleşen değil ileride gerçekleşmesi muhtemel bir zararı da önleme amacı taşıdığından tedbir kavramı ile örtüşen anlamı bakımından isabetlidir⁵⁰².

AKDK'da polis,asker, savcı veya güvenlik görevlisi gibi görevi gereği silah taşıyanlar hakkında tedbirin nasıl uygulanacağına dair bir hüküm yoktur. Kanaatimizce, aile içi şiddetin alınacak başka bir tedbir ile önlenmesi imkanı varsa bu tedbire öncelikli olarak başvurulmamalıdır. Durum ve şartlar, tedbirin alınmasını zorunlu kılıyorsa, tedbirin bu şahısların bağlı bulunduğu üst sicil amirine bildirim yapılmak suretiyle uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁵⁰³.

6. Aile İçi Şiddet Failinin Alkollü veya Uyuşturucu Madde Kullanmış Olarak Şiddet Mağdurunun Yaşamakta Olduğu Konuta veya İşyerine Gelmemesi veya Bu Yerlerde Bu Maddeleri Kullanmaması Konusunda Uyarılması

AKDK, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı ile suçluluk arasında yakın bir ilişki olduğundan hareketle bu maddelerin etkisi altında kalan kusurlu eşin her an şiddete başvurma imkan ve ihtimalini göz önünde bulundurarak, kusurlu eş veya aile bireyinin uyuşturucu madde kullanmış şekilde şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanmaması konusunda uyarılmasını tedbirlerden biri olarak öngörmüştür⁵⁰⁴.

⁵⁰¹ Baktır, sh. 105; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 850; Uçar, sh. 158; Hacıoğlu, sh. 7.

⁵⁰² Güven, sh. 23.

⁵⁰³ Uçar, sh. 158.

⁵⁰⁴ Hacıoğlu, sh. 7.

Kusurlu eş veya aile bireyi alkollü iken evde sürekli olarak diğer aile bireylerinin huzurunu bozacak türden hareketlerde bulunuyor, aile bireylerini dövüyor veya bu bireylere hakarete bulunuyor ise hakim kusurlu eş veya aile bireyi aleyhine bu tedbire hükmedebilir⁵⁰⁵. Böylece, aile içi şiddet eylemlerinin artmasına neden olan keyif verici madde etkilerinden mağdurların korunması sağlanmış olur⁵⁰⁶. Ancak, alkol veya uyuşturucu madde kullanılmış olmakla beraber, bunun sonucunda aile içi şiddet olarak tanımlanabilecek hiç bir söz veya davranış meydana gelmemişse bu tedbirin alınmasına karar verilemez. Aksi takdirde, aile bireylerini aile içi şiddetten korumak amacını taşıyan AKDK'nın amacını aşan bir yorum yapılmış olur.

Tedbirin konusunu, alkollü veya uyuşturucu madde etkisi altında iken şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelinmemesi ve bu yerlerde bu maddelerin kullanılmaması teşkil ettiğinden, bu fiillerden birinin yapılması halinde, bir zarar doğmamış olsa bile tedbir ihlal edilmiş sayılır.

7. Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Bir Sağlık Kuruluşuna Muayene veya Tedavi İçin Başvurmasına Karar Verilmesi

5636 sayılı Kanun ile AKDK'da yapılan en önemli değişikliklerden birisi, hakime açıkça kusurlu eş veya aile bireyinin bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurmasını karar altına alma yetkisi tanınmasıdır.

Kanun koyucu, kişilerde baş gösteren şiddet eğiliminin belirli rahatsızlıkların sonucunda da ortaya çıkabileceğini dikkate alarak yeni bir tedbir türü ihdas etmiştir. Tedbirin amacı, öncelikle aile içi şiddet uygulayan eş veya aile bireyinin herhangi bir rahatsızlığı olup olmadığı hususunun tespiti ve var olan rahatsızlıkların tedavisi sonucu uyguladığı veya uygulayacağı şiddetin ortadan kaldırılmasıdır⁵⁰⁷. Bu şekilde, uyguladığı

⁵⁰⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 851.

⁵⁰⁶ Güven, sh. 23.

⁵⁰⁷ 5636 sayılı Kanun Genel Gerekçe (www.tbmm.gov.tr)

şiddetin kaynağı ruhsal veya fiziksel bir rahatsızlığa dayanan kişiler bakımından teşhis ve tedavi sonucunda, şiddetin kaynağının ortadan kaldırılması sağlanmış ve aile içi şiddete kalıcı bir çözüm getirilmiş olacaktır.

Kanımızca, bireyi şiddet uygulamaya psikolojik rahatsızlıklar ve madde bağımlılıklarının yönelttiği durumlarda söz konusu tedbir etkin bir biçimde uygulama alanı bulabilir. Teşhis ve tedavi sonrası bireyin sağlığına kavuşturulması, sadece aile içi şiddeti önlemekle kalmayıp tekrar arzulanan bir aile ortamının yaratılmasına hizmet etmesi yönünden son derece önemlidir. Böylelikle devlet, aile bireylerini aile içi şiddetten koruma ile birlikte Anayasa'nın 41. maddesi ile kendisine yüklenen evlilik birliğinin korunması görevini de yerine getirmiş olur.

Söz konusu tedbirin uygulanması ile ilgili olarak aklımıza ilk gelen husus, teşhis ve tedavi masraflarının kim tarafından karşılanacağı hususudur. Zira, bu masrafları karşılamak için yeterli geliri olmayan kusurlu eş veya aile bireyi için tedbirin uygulanamaması riski bulunmaktadır. Tedbire hükmedilmesinin ardından sağlık kurumunda yapılan teşhis ve tedavi işlemlerinin, verilen kararın infazı için yapılan icrai işlem olarak kabul edilmesi halinde, AKDK kapsamında yapılan başvurular ve verilen kararların infazı için yapılan icrai işlemlerin harca tabi olmayacağını düzenleyen AKDK m.1/V hükmü uyarınca masrafların devlet tarafından karşılanması gereklidir. Fakat, bu şekilde bir çözüm tarzı benimsense dahi sağlıklı bir uygulama için bu konunun kanun veya AKDK m.2/V uyarınca çıkarılacak yönetmelikte açıklığa kavuşturulmasında fayda vardır.

8. Kanunda Öngörülenler Dışında Kalan Diğer Tedbirler

Aile Mahkemesi Hakimi, aile içi şiddetin kendisine bildirilmesi üzerine yukarıda belirttiğimiz tedbirlerden bir veya birkaçına birlikte hükmedebileceği gibi, meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak kanunda belirtilen tedbirlerden başka bir tedbire de

hükmedebilir. AKDK'nın uygulanması aşamasında hakime, Medeni Kanun'da olduğundan daha geniş bir hareket alanı ve takdir yetkisi tanınmıştır. Bu şekilde, aile içi şiddetin önlenmesi ve mağdurların korunmasında en uygun enstrümanın kullanılması hedeflenmektedir.

Hakimin, somut olayın özelliklerine göre aile içi şiddetin önlenmesi için en uygun göreceği tedbire hükmetme yetkisi vardır. Aile Mahkemesi hakimi, kanunda belirtilenlere benzer bir tedbire hükmedebileceği gibi gerekiyorsa yepyeni bir tedbir yaratma yetkisine de sahiptir⁵⁰⁸. AKDK'da sayılanlar dışında hükmedilebilecek tedbirlere örnek olarak, kusurlu eş veya aile bireyinin işyerindeki amirine veya işverenine durumun haber verilmesi⁵⁰⁹, fiilin ağırlığı müşterek evden uzaklaştırmaya sebebiyet verecek ağırlıkta bulunmayan eşin aynı evde odasının ayrılması⁵¹⁰, failin çocukları ile okulda veya ev dışında görüşmesinin önlenmesi, failin alkol kullanımının yaygın olduğu yerlere gitmekten men edilmesi, kusurlu eş veya aile bireyinin şiddet veya insan hakları konulu kurs ve faaliyetlere katılımın zorunlu tutulması gibi tedbirler verilebilir.

9. Tedbir Nafakasına Hükmedilmesi

5636 sayılı Kanun ile değişik AKDK m.1/IV uyarınca; *“Eğer şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise hakim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak daha önce Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.”*

AKDK'da, şiddet mağduru kişilerin tedbir kararı sonrasında ekonomik sıkıntı çekmelerini önlemek için hakimin aynı zamanda, aleyhine tedbir kararına hükmedilen

⁵⁰⁸ Erman, sh. 90; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 851.

⁵⁰⁹ AKDK Genel Gerekçe.

⁵¹⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 851; Uçar, sh. 159.

kusurlu eş veya aile bireyinin diğer aile bireylerine nafaka ödemesini de karar altına alabileceği düzenlenmiştir. Özellikle aleyhine tedbire hükmedilen eş veya aile bireyinin, ailenin geçimini birinci derecede sağlayan kişi olması halinde diğer aile bireylerinin geçim sıkıntısı çekmemesi bakımından tedbir nafakasının önemi büyüktür.

Tedbir nafakasına, asıl olarak infak ve iâşeyi gerektiren hallerde hükmedilmesi gerekir. İnfak ve iâşeyi gerektirmeyen bir tedbirin alınması halinde nafakaya hükmedilmesine gerek yoktur⁵¹¹. Bu kapsamda, tedbir nafakası, ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kusurlu eş veya aile bireyinin müşterek evden uzaklaştırılması ve evin diğer aile bireylerine tahsis edilmesine karar verildiği hallerde en iyi şekilde işlevini yerine getirir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi, diğer tedbirlerin alınması durumunda ortak yaşam devam etmekte olduğu için kural olarak nafakaya hükmolunması gerekli değildir. Ancak, bu hallerde dahi uygun görmesi halinde hakimin, kusurlu eş veya aile bireyinin nafaka ödemesine karar vermesine kanunen bir engel yoktur.

5636 sayılı Kanun ile fıkarda yapılan değişiklik ile hakimin, ihtiyaç olan durumlarda mağdurun talebine gerek olmaksızın tedbir nafakasına hükmedebilmesi mümkün hale gelmiştir⁵¹². Hükümde, 5636 sayılı Kanun ile yapılan diğer bir değişiklik ise mükerrer nafaka ödenmesine engel olmak üzere getirilmiştir. Buna göre, Türk Medeni Kanunu'na göre mağdura daha önce nafaka ödenmesine karar verilmiş olması halinde artık AKDK kapsamında tekrar nafakaya hükmedilemez.

⁵¹¹ Güven, sh. 24; Ayan (Evlilik), sh. 331; Uçar, sh. 159.

⁵¹² Talep olmaksızın nafakaya hükmedilebileceği hususu, 5636 sayılı Kanun ile fıkraya eklenmiştir. Değişiklikten önce de hakimin, mağdur tarafından talep edilmese dahi bu kararı verebileceği doktrinde kabul olunmakta idi. Bkz. Uçar, sh. 159; Ayan (Evlilik), sh. 332.

Hakim, nafakanın miktarını belirlerken mağdurların yaşam düzeyini dikkate alır. Tedbir nafakasının hükmedilebileceği süre, diğer tedbirlerde olduğu gibi altı ayı geçemez⁵¹³.

VI. AKDK’NIN CEZAI BOYUTU⁵¹⁴

AKDK, aile içi şiddet uygulayan kusurlu eş veya diğer aile bireyi aleyhine bir koruma tedbiri alınması ve bu kişilerin tedbir kararına uygun davranıp davranmadığının denetlenerek, tedbire uygun davranılmaması halinde cezai yaptırım uygulanması şeklinde bir sisteme dayanmaktadır⁵¹⁵.

Kanun koyucu, AKDK’nın etkin bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla⁵¹⁶, bu kanun kapsamında hükmedilen tedbirlere aykırı davranışların “AKDK’ya Muhalefet Suçu” oluşturacağını kabul etmiştir. Bu suçun faili, aile içi şiddet uygulayan kusurlu eş veya diğer aile bireyidir. Mağdur ise eş, çocuklar veya diğer aile bireylerinden biri olabilir⁵¹⁷.

AKDK m.2 uyarınca hükmedilen koruma kararının bir örneği mahkemece Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi olunur. Cumhuriyet başsavcılığı kararın uygulanmasını genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izler. Koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri, mağdurların şikayet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re’sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirir.

AKDK, Cumhuriyet Başsavcılığının koruma kararına uymayan eş veya diğer aile bireyleri hakkında Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açacağını belirtmiştir. Fakat,

⁵¹³ Güven, sh. 24; Uçar, sh. 159; Özügür (Nafaka), sh. 713.

⁵¹⁴ Çalışmamızda, AKDK’nın Medeni Hukuka ilişkin hükümlerini inceleme konusu yaptığımız için kanunda yer verilen cezai hükümler hakkında ayrıntılı bilgi vermiyoruz. AKDK’nın cezai boyutu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Hacıoğlu, sh. 1 vd.; Balo, sh. 27 vd.; Uçar, sh.161 vd.

⁵¹⁵ Badur/Ertem, sh. 116.

⁵¹⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 852; Uçar, sh. 161; Ayan (Evlilik), sh. 321.

⁵¹⁷ Balo, sh. 27; Hacıoğlu, sh. 2.

kamu davası açılabilmesi için, tedbir kararına kasıtlı olarak uyulmaması şarttır. Zira, AKDK'ya muhalefet suçunun manevi unsurunu kast oluşturur⁵¹⁸.

5636 sayılı Kanun ile AKDK'da yapılan değişiklikten önce , açılan kamu davasının duruşmasının yer ve zaman kaydına bakılmaksızın 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerine göre yapılacağı belirtilmekteydi. Ancak mezkur kanun, 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 18. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığı için bu kanuna yapılan yollamaya yeni düzenlemede yer verilmemiştir⁵¹⁹.

Fiil başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına uymayan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur. Ancak, kusurlu eş veya diğer aile bireyinin kanunda öngörülen hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılabilmesi, tedbir kararının aile içi şiddet failine bildirilmesi ve bu tedbire aykırı davrandığı takdirde hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacağının kendisine ihtar edilmesine bağlıdır⁵²⁰.

⁵¹⁸ Hacıoğlu, sh.8; Balo, sh. 34.

⁵¹⁹ 5636 sayılı Kanun Madde Gereçekleri (www.tbmm.gov.tr)

⁵²⁰ Y. 7CD., T. 25.5.2001, E. 8757K.9614 (Özugur, Nafaka, sh. 716); Y.7CD., T. 27.9.2000, E.9830/K.11871. (Özugur, Nafaka, sh. 717).

SONUÇ

Aile toplumun çekirdeği, temeli, en küçük nüvesini oluşturur. Taşıdığı toplumsal önem nedeniyle hukuk sistemleri aile kurumuna yakın ilgi göstermişler ve aileyi gerek kurulması gerek yürütülmesi gerekse aile içindeki ilişkiler yönünden düzenleme ihtiyacı hissetmişlerdir. Hukuk ile aile arasındaki en önemli temas, ailenin korunması noktasında kendini gösterir. Nitekim, Türk Kanun Koyucusu aileye verdiği önemi Anayasa'ya bir hüküm koymak suretiyle göstermiştir. Anayasa'nın 41. maddesinde ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgusu yapıldıktan sonra devlete, ailenin ve özellikle çocuğun ve ananın korunması için tedbir alma ve gerekli teşkilatı kurma görevi verilmiştir.

Anayasanın devlete verdiği bu görev, başta Türk Medeni Kanunu olmak üzere diğer kanunlarda da yansımaları bulmuş ve evlilik birliğinin dolayısıyla ailenin korunmasına ilişkin birçok hüküm öngörülmüştür. Birliği koruyucu hükümlerden istifade edebilmek için önşart, hukuken geçerli bir evlenme sonucunda oluşmuş bir topluluğun bulunmasıdır. Fiili birliktelikler hakkında söz konusu hükümlerin işletilmesi mümkün değildir.

Evlilik birliğini koruyucu nitelikteki hükümlerin düzenlendiği ilk yer, Aile Hukukunun en önemli kaynağı olan Türk Medeni Kanunudur. “Birliğin Korunması” başlığını taşıyan 195-201. maddeler arasında, evlilik birliğini korumak amacıyla hakim alabileceği bir dizi tedbire yer verilmiştir. Kanunda öngörülen alternatif şartlardan birinin gerçekleşmesi üzerine eşlerden birinin veya her iki eşin birlikte yapacağı müdahale talebi üzerine hakim kanunda düzenlenen tedbirlerden birine hükmedebilir. Başvuru olmaksızın hakim re'sen tedbir alma yetkisi yoktur.

Medeni Kanun hükümleri uyarınca hakimden müdahale talep edilebilmesi için gerekli şartlardan ilki, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinden birisini hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemesidir. Evlilik birliğinin eşlere ne gibi yükümlülükler yüklediği genel olarak MK.m.185 vd. maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre eşler; birliğin mutluluğunu elbirliği ile sağlama, birbirlerine karşı sadakat gösterme, birlikte yaşama, ortak konutu seçme, birbirlerine yardım etme ve sürekli bir dayanışma içinde bulunma, birliğin giderlerine emek veya malvarlıkları ile katılma, çocukların bakım ve yetiştirilmesine özen gösterme, birliğin yönetilmesi ve yürütülecek meslek veya iş seçiminde özen gösterme yükümlülüğü altındadır. Pek tabi, evlilik birliğinden doğan yükümlülükler büyük oranda ahlaki olduğu için, birliğin doğası gereği eşlerin kanunda belirtilenler dışında başka manevi yükümlülükleri de bulunmaktadır. Zira, bu yükümlülüklerin kanunda kazuistik biçimde düzenlenmesi mümkün ve gerçekçi değildir.

Hakimden müdahale talep edilebilmesi için gerekli ikinci şart evlilik birliğinden doğan önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesidir. Çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilecek uyuşmazlık türlerine örnek olarak, birlik içinde doğan çocuk için ad seçimi, çocuğun devam edeceği okulun belirlenmesi, ortak konutun seçimi vb. haller verilebilir. Yeni Medeni Kanun ile kabul edilen eşler arası mutlak eşitlik prensibi gereğince kocanın birlik reisliği statüsü ile birlikte özellikle velayetin yürütülmesi ile ilgili meselelerde öncelikli olarak belirleyici olma yetkisi ortadan kalkmıştır. Bu nedenle, bu tip uyuşmazlıklar bakımından hakimin müdahalesine ilişkin hükümler çok daha önemli ve uygulanabilir hale gelmiştir. Eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların, içerik bakımından olmasa bile hukuki nitelik bakımından alelade uyuşmazlıklardan farkı kalmamış, dolayısıyla bu tip uyuşmazlıkların hakim önünde çözüme kavuşturulması ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Elbette arzulanan, uyuşmazlıkların hakimin müdahalesine ihtiyaç kalmadan eşler arasında karşılıklı sevgi, saygı ve anlayış çerçevesinde halledilmesidir.

Medeni Kanun hükümleri uyarınca kendisinden müdahale talep edilen hakim, ancak kanunda öngörülen tedbirlerden birine hükmedebilir. Fakat, bu tedbirin mutlaka MK.m.195 vd. maddelerinde düzenlenen dar anlamda birliği koruyucu tedbirlerden biri olması zorunlu değildir. Kanunda öngörülmek kaydıyla somut olayın özelliklerine göre başkaca bir tedbire hükmedilmesi de mümkündür.

Dar anlamda birliği koruyucu tedbirler, genel tedbirler ve özel nitelikli tedbirler olmak üzere ikiye ayrılır. Genel nitelikli tedbirler, uyarıda bulunma, uzlaştırma ve uzman yardımı için yönlendirmeden ibarettir. Hakim bu tedbirlerin alınması ve yürütülmesi aşamasında, eşlerin açık rızası ile psikolog, sosyal çalışmacı veya pedagog gibi uzmanların görevlendirilmesine karar verebilir.

Medeni Kanun, genel nitelikli tedbirlerin sonuçsuz kalma ihtimalini de göz önüne alarak daha etkili olabilecek özel nitelikli tedbirlerin alınması imkanını da getirmiştir. Kanunda öngörülen ilk özel nitelikli tedbir, ortak yaşam devam ederken birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin yapacağı parasal katkının hakim tarafından tespittir. İkinci olarak, eşlerden birinin kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin veya ailenin huzurunun tehlikeye düştüğü hallerde, eşlerden birine birlikte yaşamaya ara verme imkanı tanınmış olmasıdır. Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde kendisinden müdahale talep edilen hakim, ayrı yaşamaya uygun bir hukuki statü oluşturulması amacıyla; eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkıyı, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin hususları, eşlerin mallarının yönetilmesi usulünü ve ergin olmayan çocukların durumuna ilişkin tedbirleri alır. Diğer özel nitelikli tedbirlerin, hem eşler birlikte yaşarken hem de birlikte yaşamaya ara verildiği hallerde alınması mümkündür. Buna göre; birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlal eden eşin borçlularına ödemeyi diğer eşe yapmaları, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düştüğü durumlarda keyfiyete sebebiyet veren eşin belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılması karar altına alınabilir. Hakim tasarruf yetkisinin sınırlandırılması tedbirine hükmederken, bu tedbirin sağlıklı sonuç vermesi gayesiyle tapuya şerh

verilmesi veya gerekli kişilere bildirim yapılması gibi gerekli gördüğü ek koruma tedbirlerini de düzenler.

Medeni Kanun uyarınca hükmedilen tedbirlerin, somut aile koşulları ve fiili ilişkilerde meydana gelen koşulların değişmesi üzerine hakim kararıyla yeni şartlara uyarlanması mümkündür. Eşlerden birinin talebi üzerine hakim hükmedilen tedbirin kaldırılmasına hükmedebileceği gibi, eşlerin feragatı veya tedbirin türüne göre eşlerin tekrar kalıcı şekilde aile hayatı kurmaları gibi hallerde tedbirin kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilir.

Aile yapısının ve aile bireylerinin korunmasına ilişkin hükümleri içeren bir diğer temel kaynak, 1998 yılında yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanundur. Ülkemizde özellikle kırsal kesimde ve gecekondu bölgelerinde varlığını devam ettiren aile içi şiddet olgusu ile mücadele amacıyla kabul edilen kanun, aile içi şiddet mağduru olan aile bireylerinin yaşam hakkı, vücut bütünlüğü, hürriyetleri, haysiyetleri ve diğer kişilik hakları üzerindeki menfaatlerinin en etkin ve süratli bir şekilde korunması amacını taşır. Mezkur kanun, 4.5.2007 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5636 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile önemli değişikliklere uğramıştır. 5636 sayılı Kanun ile aile içi şiddet kavramı genişletilerek kanunun daha yaygın şekilde uygulanması hedeflenmektedir.

AKDK, aile içi şiddet uygulayan kusurlu aile bireyi aleyhine bir tedbire hükmedilmesi, kusurlu aile bireyinin alınan tedbire uygun davranıp davranmadığının denetlenerek, uygun davranmama halinde tedbir konusu bireye cezai yaptırım uygulanması şeklinde bir sisteme dayanır. AKDK'da öngörülen tedbirler, Medeni Kanunda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, tamamlayıcı şekilde uygulanır.

AKDK’da öngörülen tedbirlerden birine hükmedilebilmesi için ilk şart, aile içi şiddet olarak tanımlanan bir fiilin ortaya çıkmasıdır. Aile içi şiddet, aile bireylerinden biri tarafından diğerlerine yönelen her türlü fiziki, sözel ve duygusal kötü davranıştır. Aile içi şiddetin faili, eşlerden biri veya diğer bir aile bireyidir. Mağdur ise, eşlerden biri veya çocuklar, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden biri olabilir.

Aile içi şiddet fiilinin ortaya çıkması üzerine, durum bizzat mağdur veya Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kendisine bildirilen hakim, re’sen AKDK’da belirtilen veya uygun göreceği başka bir tedbirin alınmasına hükmedebilir. Bunun için ayrıca mağdurun talebine ihtiyaç yoktur. AKDK’da alınabileceği belirtilen tedbirler; aile içi şiddet failinin, aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması, aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi, aile bireylerini iletişim araçları ile rahatsız etmemesi, alkollü veya uyuşturucu madde kullanmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmemesi konusunda uyarılması, failin müşterek konuttan uzaklaştırılması, silah veya benzeri araçlarını kolluk kuvvetlerine tesliminin sağlanması ve failin bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurusunun karar altına alınması ve gerekli olduğu takdirde tedbir nafakası ödemesine hükmedilmesidir.

AKDK kapsamında yapılacak başvurular ve verilen tedbir kararının infazı için yapılan işlemler kanunun açık hükmü gereğince her türlü harçtan muaftır. Tedbirin süresi altı ayı geçemez ve hükmedilen tedbir kararı aleyhine temyiz kanun yolu kapalıdır. Tedbir kararı için mahkemeye başvuran mağdurun hakimde aile içi şiddetin varlığına ilişkin kanaat uyandırması yeterli olup tam ispat yükümlülüğü bulunmamaktadır. Verilen tedbir kararına uyulup uyulmadığı, Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından kolluk marifeti ile takip edilir. Tedbir kararının ihlali anlamını taşıyan davranışlar özel olarak ihdas edilen “Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Muhalet Suçu”

oluşturur. Bu suça ilişkin yargılama, mağdurun şikayeti olmaksızın Cumhuriyet Savcılığı tarafından re’sen açılacak kamu davası kapsamında yürütölür.

KAYNAKÇA

- Akıncı, Şahin** : Medeni Kanunda Kadın ve Aile, GÜHFD C.VIII, s.1-2, Ankara 2004.
- Akıntürk, Turgut** : Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 2006.
- Akıpek, Jale-Akıntürk, Turgut** : Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanun’a Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku, İstanbul 2004.
- Ayan, Serkan** : Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004. (Kısaltma: Evlilik)
- Ayan, Serkan** : Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, Legal Hukuk Dergisi, s.38, İstanbul 2006. (Kısaltma: Şiddet)
- Aytaç, Mehlika** : Aile Ombudsmanlığı Hakkında Avrupa Konseyi No.R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı Üzerine Bir İnceleme, AD., s.6, Ankara 2001.
- Ayyıldız, Güneş** : Eski ve Yeni Medeni Kanun’a Göre Evlilik İçinde Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İBD C.79, s.6, İstanbul 2005.
- Badur, Emel- Ertem Burcu** : Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukuki Boyutları- Ceza Kanunu, Medeni Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme, TBBD. s. 65, Ankara 2006.
- Baktır, Selma** : Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- Balo, Yusuf Solmaz** : Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, Adalet Dergisi, s.10, Ankara 2002.
- Barlas, Nami** : Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004.

- Başpınar, Veysel** : Yeni Türk Medeni Kanunu Hakkında Bazı Düşünceler, GÜHFD C.III, s.1-2, Ankara 2003.
- Baygın, Cem** : 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler, Ünal Tekinalp'e Armağan C.II, İstanbul 2003.
- Belgesay, Mustafa Reşit** : Türk Kanunu Medenisi Şerhi C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1949.
- Berki, Şakir** : Medeni Hukuk, Umumi Esaslar-Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961.
- Binatlı, Yusuf Z.** : Türk Medeni Hukuku, Ankara 1967.
- Birsen, Kemaleddin** : Medeni Hukuk Dersleri, Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1958.
- Bozovalı, Haluk** : Türk Medeni Hukukunda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.
- Büyüktanır, Tahir** : Medeni Kanun Yasa Tasarısında Kadın Erkek Eşitliği, ABD. s.1, Ankara 1998. (Kısaltma: Eşitlik)
- Büyüktanır, Tahir** : Türk Medeni Kanunu Değişiklikler ve Yeni Düzenlemelere İlişkin Açıklamalar, ABD., s.1, Ankara 2002.
- Cansel, Erol** : Medeni Kanunda Kadın Erkek Eşitliği İlkesinin Değerlendirilmesi (Mukayeseli), Medeni Kanunun 50.Yılı, Ankara Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1977. (Kısaltma: Eşitlik)
- Cansel, Erol** : Türk Ailesinin Anayasanın 41.Maddesine Göre İncelenmesi, Prof.Dr.Jale Akiperk'e Armağan, Konya 1991. (Kısaltma: Türk Ailesi)

- Centel, Nur** : Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul 2003.
- Cin, Halil** : İslam ve Osmanlı Hukukunda Evlenme, Konya 1988
- Darendel, Yeliz** : Yeni Medeni Kanun'a Göre Terk Sebebine Dayalı Olarak Açılacak Boşanma Davaları, (http://www.turkhukuksitesi.com/makale_178.htm)
- Demir, Mehmet** : Türk Medeni Kanununa Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler, Prof.Dr.Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003.
- Demir, Pınar Özlem** : Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004.
- Demir, Sevgi** : Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.
- Dinçkol, Bihterin** : Devlet-Aile, MÜHA, C.9, s.1-3, İstanbul 1995.
- Doğan, Murat** : Türk Medeni Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler, AÜEHFD C.52, s.4, Erzincan 2003.
- Domaniç, Hayri** : Yaradılıştan Bu Yana Kadın Haklarının Gelişimi ve Sorunları, İstanbul 2007.
- Dural, Mustafa – Ögüz, Tufan-Gümüş, Alper** : Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.

- Efem, Gül** : Türk Hukukunda Ailenin Korunması, Yasa Hukuk Dergisi, s.257, İstanbul 2004
- Egger, August** : Aile Hukuku, Birinci Kısım Evlenme Hukuku, Çev. Çağa,Tahir, İstanbul 1943.
- Erdoğan, Meral** : Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması, Hukukta Kadın Sempozyumu, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Yayını, Ankara 2000.
- Erman, Barış** : Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Türk Hukukuna Etkisi, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye'de Aile İçi Şiddet- Ülke Çapında Kriminolojik- Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, İstanbul 2003.
- Ertürk, Yakın** : United Nations Human Rights Council- Report of The Special Raporteur on Violence Against Women Its Causes and Consequences, Ankara 2007.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin** : Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin - Doğanay, Ümit- Aybay, Aydın** : Medeni Hukuk Dersleri, C.I, Temel İlkeler- Kişinin Hukuku-Aile Hukuku-Miras Hukuku, İstanbul 1976.
- Gençcan, Ömer Uğur** : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Evliliğin Genel Hükümleri, YD. C.29 s.1-2, Ankara 2003.
- Giray, F. Kerem** : 4721 Sayılı Türk Medeni KanunundaYer Alan “Aile Konutu” Kavramının Kanunlar İhtilafı Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, MHB s.1-2, Prof.Dr.Gülören Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003.

- Gören, Zafer** : Türk-Alman-İsviçre Hukukuna Göre Farklı Cinslerin Eşit Haklara Sahip Olması, İzmir 1998
- Groban, Margaret S.** : The Federal Domestic Violence Laws and The Enforcement of These Laws, (<http://www.mincava.umn.edu/documents/ffc/chapter5/chapter5.html>)
- Gümüş, Mustafa Alper** : Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.
- Güven, Kudret** : 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukuki Tedbirler, GÜHFD C.II, S.1-2, Ankara 1999.
- Hacıoğlu, Burhan Caner** : 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunla İhdas Edilen Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Muhalefet Suçu Üzerine Bir İnceleme, AÜEHFD C.III, s.1, Erzincan 1999.
- Hatemi, Hüseyin - Serozan, Rona** : Aile Hukuku, İstanbul 1993
- Helvacı, Serap** : İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı C.II, İstanbul 2002.
- İnceoğlu, Burcu** : Aile İçi Şiddet ve Velayet, Hukuk Gündemi Dergisi, s.7, Ankara 2007.
- Karagülmez, Ali – Ural, Sami Sezai** : Açıklamalı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, Ankara 2003.
- Kılıçoğlu, Ahmet** : Medeni Kanunu'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz** : Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı, AÜHFD, C.53, s.3, Ankara 2004. (Kısaltma: Kavramlar)

- Koçhisarhoğlu, Cengiz** : Aile Hukukunda Eşlerin Eşitliği, AÜHFD, C.XL,s.1-4, Ankara 1998. (Kısaltma: Eşitlik)
- Koçhisarhoğlu, Cengiz** : İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler, Prof.Dr.Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991. (Kısaltma: Son Gelişmeler).
- Köseoğlu, Bilal** : Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara 2005.
- Köteli, M. Argun** : Evliliğin Hukuki Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991.
- Kütük, H. İbrahim** : Tedbir Nafakası, AD. s.6, Ankara 2006
- Moroğlu, Nazan** : Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol, Prof.Dr.Erdoğan Moroğlu’na Armağan, İstanbul 1999.
- Namlı, Mert** : Yeni Medeni Kanunun Evlilik Hukukunda Yaptığı Değişiklikler, GHFD, s. 2, İstanbul 2003.
- Oğuzman, M.Kemal – Barlas, Nami** : Medeni Hukuk, Giriş-Kaynaklar-Temel Kavramlar, İstanbul 2005.
- Oğuzoğlu, H. Cahit** : Medeni Hukuk, Şahsın Hukuku- Aile Hukuku, Ankara 1963.
- Özçelik, A.Selçuk** : Anayasamızın Dayandığı Temel İlkeler, İÜHFM, C.XLII, s.1-4, İstanbul 1977.
- Özekes, Muhammet** : İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özkan, Hasan** : Açıklamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, İstanbul 2005.
- Öztan, Bilge** : Aile Hukuku, Ankara 1979. (Kısaltma: Önceki Bası)
- Öztan, Bilge** : Aile Hukuku, Ankara 2004.
- Öztek, Selçuk** : Aile Mahkemeleri, Yasa Hukuk Dergisi, s.257, İstanbul 2004.

- Özuğur, Ali İhsan** : Mal Rejimleri, Ankara 2004.(Kısaltma: Mal Rejimleri)
- Özuğur, Ali İhsan** : Nafaka Hukuku, Ankara 2004. (Kısaltma: Nafaka)
- Özuğur, Ali İhsan** : Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2004. (Kısaltma: Boşanma)
- Polat, Oğuz** : Kadın ve Şiddet, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul 2003.
- Ruhi, A. Cemal** : Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması,AÜEHFD C.VIII, s.1-2, Erzincan 2004. (Kısaltma: Korunma)
- Ruhi, A. Cemal** : Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Ankara 2003. (Kısaltma: Nafaka)
- Saymen, Ferit Hakkı – Elbir, Halid Kemal** : Türk Medeni Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 1960.
- Schwarz, Andreas** : Aile Hukuku, Çev.Davran, Bülent, İstanbul 1946.
- Seker, Hilmi** : Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Boşanma ve Ayrılık Davalarında Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişki Tesisi ile Velayet Hakkında Dair İnceleme ve Çözüm Önerileri,
(<http://www.turkhukusitesi.com/makale/125.htm>)

- Sıvacığlu, Musa** : Avrupa Topluluğunda Kadın Erkek Eşitliği ve Bunun Türk Mevzuatı ile Karşılaştırılarak Değerlendirilmesi, ATD., s.1, Ankara 1991.
- Sokullu Akıncı, Füsün** : Kriminoloji ve Viktomoloji Bağlamında Aile İçi Şiddete Genel Bir Bakış, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003.
- Somer, Pervin** : Dar Anlamda Roma Aile Hukukunun Esasları, MÜHFD, s.1, İstanbul 2002.
- Şıpka, Şükran** : Türk Medeni Kanunu’nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2002
- Tandoğan, Haluk** : Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965
- Tarakçıoğlu, İhsan** : Türk Medeni Hukuku, Ankara 1968.
- Tekinay, Selahattin Sulhi** : Türk Aile Hukuku, İstanbul 1986
- Turan, N.Sinan** : Osmanlı Devletinde Aile Birliğinin Kuruluşu, Prof.Dr.Aysel Çelikel’e Armağan, İstanbul 2001.
- Uçar, Ayhan** : 4721 Sayılı Medeni Kanun ile Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler, AÜEHFD, C.VI, s.1-4, Erzincan 2002.
- Uçar, Mehmet Ali** : Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara 2003.
- Uluğ, İlknur** : Ailenin Korunmasına Dair Aknun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, İstanbul 2005.
- Ünal, Mehmet** : Türk Medeni Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979

- Ünver, Yener** : Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003. (Kısaltma: Aile İçi Şiddet)
- Ünver, Yener.** : Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye’deki Durum, Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı, İstanbul 2001. (Kısaltma: Cinsel Suçlar)
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** : Türk Medeni Hukuku, C.II, Aile Hukuku, İstanbul 1965. (Kısaltma: Aile)
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** : Türk Medeni Hukuku, İstanbul 1963. (Kısaltma: Medeni)
- Wardell, Lynn D.** : State Marriage Amendments: Developments, Precedents and Significance, Coastal Law Review, Florida 2005. (Westlaw Veritabanı, www.westlaw.com)
- Yıldız, Ali Kemal** : Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hukuku Sorunları, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003.
- Zevkliler, Aydın** : Yeni Medeni Kanuna Göre İşlenmiş Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, Ankara 2004. (Kısaltma: Pratik)
- Zevkliler, Aydın – Havutçu, Ayşe** : Medeni Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2003
- Zevkliler, Aydın -Acabey, Beşir - Gökyayla, K. Emre** : Medeni Hukuk Giriş-Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1999.

Federal Domestic Violence Brochure, (www.usdoj.gov/usao/gan/documents).

Shadow Report on The 4th and 5th Combined Periodic Country Report for Turkey,

T.C. Başbakanlık Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı, 1994 Uluslararası Aile Yılı Özel İhtisas Komisyon Raporları, Ankara 2004.

T.C. Başbakanlık Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığı, 1994 Uluslararası Aile Yılı Özel İhtisas Komisyon Raporları, Ankara 1994.

TBMM Genel Kurul Tutanağı, 22. Dönem 5. Yasama Yılı 95. Birleşim, 26.4.2007 (www.tbmm.gov.tr)

Report of The Executive Committee for NGO Forum on Cedaw, Ankara 2004.

Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2002.

Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, T.C. Adalet Bakanlığı Yayını, Ankara 2002.