

T.C
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Fikriye Ceren PALAZ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara-2011

ONAY

Fikriye Ceren PALAZ tarafından hazırlanan “Evlilik Birliğinin Korunması” başlıklı bu çalışma, 09.06.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından Özel Hukuk Anabilim Dalı/ Medenî Hukuk Bilim Dalında Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı] (Başkan)

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Prof. Dr. Bilge ÖZTAN

[İmza]

.....

[Unvanı, Adı ve Soyadı]

Doç. Dr. Cemal OĞUZ

ÖNSÖZ

Anayasa'nın 41. maddesinde aile, Türk toplumunun temeli olarak nitelendirilmiş, ailenin huzur ve refahı için devletin gerekli tedbirleri alacağı belirtilmiştir. Anayasa ile kabul edilen ailenin korunması ilkesi, kanun koyucu tarafından aileyi konu edinen mevzuat hükümlerinde dikkate alınmış; evlilik birliğinin ve dolayısıyla ailenin korunması için birçok hüküm öngörülmüştür.

“Evlilik Birliğinin Korunması” başlıklı bu yüksek lisans tez çalışmasında evlilik birliğinin ve dolayısıyla aile kurumunun korunmasına hizmet etmeye yönelik olarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da ve ilgili yönetmelikte düzenlenmiş bulunan hükümlerin bir araya getirilerek incelenmesi; söz konusu hükümlerin birbirleriyle olan ilişkilerinin ve aksaklıklarının değerlendirilmesi amaçlanmıştır.

Tez çalışması sürecinde deneyimi, sabrı ve hoşgörüsüyle desteklerini esirgemeyen; öğrencisi ve asistanı olmaktan gurur duyduğum değerli hocam Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN'a teşekkürü bir borç bilirim.

Fikriye Ceren PALAZ

Ankara 2011

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ	i
İÇİNDEKİLER	ii
KISALTMALAR	ix

GİRİŞ

KONU VE KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. KONU	1
II. KONUNUN ÖNEMİ	3
III. AİLE	5
A. Genel Olarak	5
B. Türk Medenî Kanunu Bakımından Aile	7
IV. EVLİLİK BİRLİĞİ	8
A. Genel Olarak	8
B. Evlilik Birliğinin Eşlere Yüklediği Yükümlülükler	10
V. EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİN AMACI VE KORUMADA GÖZ ÖNÜNDE TUTULAN İLKELER	13

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI İLE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK	16
II. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN HUKUKÎ İŞLEMLER	17
A. Aile Konutu Kavramı ve Unsurları	17
B. Aile Konutunun Önemi	20
C. Aile Konutuna İlişkin Olarak Türk Medenî Kanunu'nun 194. Maddesinde Yapılan Düzenleme	21
1. Genel Olarak	21

2. Hukukî Niteliği.....	23
3. Aile Konutu Üzerinde Eşlerden Birinin Hak Sahibi Olması	26
a. Eşlerden Birinin Aynî Hak Sahibi Olduğu Aile Konutuna İlişkin Hukukî İşlemler.....	26
(1) Aile Konutunun Eşlerden Birinin Mülkiyetinde Olması	26
(2) Aile Konutu Üzerinde Eşlerden Birinin Sınırlı Aynî Hakkı Olması	30
b. Eşlerden Birinin Kişisel Hak Sahibi Olduğu Aile Konutuna İlişkin Hukukî İşlemler.....	30
4. Aile Konutu Üzerinde Eşlerin Birlikte Hak Sahibi Olmaları.....	33
a. Aile Konutunun Paylı Mülkiyet Konusu Olması	33
b. Aile Konutunun Elbirliği Mülkiyetinin Konusu Olması	34
III. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNDE OLAN MALLARA İLİŞKİN HUKUKİ İŞLEMLER.....	35
IV. EVLAT EDİNME İŞLEMİ	38
A. Eşlerin Birlikte Evlat Edinmesi Gerekliliği	38
B. Eşlerden Birinin Ancak Eşinin Rızasıyla Evlat Edinilebilmesi....	40
V. MAL ORTAKLIĞI REJİMİNE İLİŞKİN BAZI HUKUKİ İŞLEMLER	40
VI. EVLİLİĞİN ÖLÜM DIŞI SONA ERMESİNİN HÂKİM KARARINA BAĞLI OLMASI.....	42
A. Evliliğin Ölüm Dışı Sona Erme Sebepleri	42
B. Özel Yargılama Usulü.....	44
1. Genel Olarak	44
2. Türk Medenî Kanunu'nun 184. Maddesinde Düzenlenen Özel Yargılama Usulleri.....	48
VII. EŞLERİN CİNSİYET DEĞİŞTİRMESİ YASAĞI	50

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN MÜDAHALESİ İLE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK	53
------------------------------	-----------

II. HÂKİMİN MÜDAHALESİNİN ŞARTLARI.....	54
A. Eşlerin Birlikte veya Tek Başına Hâkimin Evlilik Birliğine	
Müdahalesini Talep Etmiş Olması.....	54
B. Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri Yerine	
Getirmemesi.....	55
C. Eşler Arasında Evlilik Birliğini İlgilendiren Önemli Bir Konuda	
Uyuşmazlığın Bulunması	56
III. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK ÖNLEMLER	57
A. Genel Olarak	57
B. Genel Önlemler.....	58
1. Uyarıda Bulunma	58
2. Uzlaştırma	59
3. Uzman Yardımı	60
C. Özel Önlemler	61
1. Eşler Birlikte Yaşarken Alınabilecek Önlemler	61
a. Eşlerin Evlilik Birliğine Yapacakları Parasal Katkının Tespiti	61
b. Eşlerin Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması	63
(1) Genel Olarak Evlilik Birliğinin Temsili	63
(2) Eşlerin Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının veya Sınırlanmasının	
Koşulları.....	66
i. Temsil Yetkisi Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş	
Temsil Yetkisini Aşmış Olmalıdır.....	66
ii. Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş	
Temsil Yetkisini Kullanmada Yetersiz Kalmış Olmalıdır	68
iii. Diğer Eş, Hâkimden Eşinin Temsil Yetkisinin Kaldırılmasını	
veya Sınırlanmasını İstemiş Olmalıdır.....	69
(3) Eşlerin Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının veya Sınırlanmasının	
Sonuçları	69
c. Ergin Olmayan Çocuklara İlişkin Önlemler	72
(1) Bedensel ve Zihinsel Gelişmesi Tehlikede Bulunan Çocuğun	
Ana ve Babadan Alınması	72

(2) Ailenin Huzurunu Bozan Çocuğun Ana ve Babadan Alınması.....	73
2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumunda Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler	73
a. Genel Olarak Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi	73
b. Birlikte Yaşamaya Ara Verilebilmesinin Şartları	75
c. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesinin Sonuçları	77
d. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Türk Medenî Kanunu'nda Öngörülen Önlemlerin Alınması	78
(1) Önlem Alınmasının Şartları.....	78
i. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Haklı Bir Sebebe Dayanmalıdır.....	78
ii. Eşlerden Biri Haklı Bir Sebep Olmaksızın Ortak Hayatı Terk Etmiş Olmalıdır.....	79
iii. Ortak Hayatın Sürdürülmesi Başka Bir Sebeple Olanaksız Hale Gelmiş Olmalıdır	80
iv. Eşlerden Biri Hâkimden Önlem Alınmasını İstemiş Olmalıdır	80
v. Boşanma Davası Açılmamış Olmalıdır	80
(2) Alınabilecek Önlemler.....	82
i. Eşler Arasındaki Parasal Katkının Belirlenmesi	82
ii. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler Alınması	86
iii. Ergin Olmayan Çocuklara İlişkin Önlemler Alınması	87
3. Eşler Birlikte Yaşarken veya Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Alınabilecek Önlemler	88
a. Borçlulara Yönelik Önlemler.....	88
b. Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması	92
(1) Genel Olarak	92
(2) Şartları	94
i. Ailenin Ekonomik Varlığının Korunmaya İhtiyaç Duyması..	95

ii. Evlilik Birliğinden Doğan Malî Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi	96
iii. Diğer Eşin Talebi ve Şartların Gerçekleştiğinin İspatı	98
(3) Sınırlamanın Konusu	99
(4) Sınırlamanın Sonuçları	100
(5) Ek Koruma Önlemleri	102
(6) Sınırlamanın Üçüncü Kişilere Etkisi	104
c. Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Mal Ayrılığına Dönüştürülmesi	106
d. Eşine Borçlu Olan Diğer Eşe Borcunu Yerine Getirmesi İçin Süre Verilmesi	108
IV. HÂKİM TARAFINDAN ALINAN ÖNLEMLERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ.....	110
V. HÂKİM TARAFINDAN ALINAN ÖNLEMLERİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE ORTADAN KALDIRILMASI	112
A. Önlemlerin Değiştirilmesi	112
B. Önlemlerin Ortadan Kaldırılması.....	113
VI. ÖNLEMLERİN ALINMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	114
VII. HÂKİMİN EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONA ERDİRİLMESİ AMACIYLA AÇILMIŞ BİR DAVAYA MÜDAHALESİ	116
A. Boşanma İstemiyle Açılan Davada Ayrılık Kararı Verilebilmesi	116
B. Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davalarında Geçici Önlemlerin Alınması.....	122
1. Genel Olarak	122
2. Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler	123
a. Eşlerin Barınması	125
b. Eşlerin Bakım ve Geçiminin Sağlanması (Tebdir Nafakası)....	126
c. Eşlerin Mallarının Yönetilmesi	127
d. Çocukların Bakım ve Korunmasının Sağlanması (İştirak Nafakası)	128

e. Diğer Önlemler	128
-------------------------	-----

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN İLE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. 4320 SAYILI KANUN’UN AMACI VE TÜRK MEDENÎ KANUNU’NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ İLE ARASINDAKİ İLİŞKİ	130
II. 4320 SAYILI KANUN İLE TÜRK MEDENÎ KANUNU’NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ FARKLILIKLAR...	132
III. 4320 SAYILI KANUN’UN UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR.....	135
A. Aile İçi Şiddetin Varlığı.....	135
1. Aile İçi Şiddetin Faili.....	138
2. Aile İçi Şiddetin Mağduru	141
B. Aile İçi Şiddete İlişkin Yapılacak Bildirim.....	145
IV. 4320 SAYILI KANUN’UN USULE İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ.....	148
A. Harçlar.....	148
B. Yargılama Yöntemi ve İspat.....	149
C. Tedbir Kararına Karşı Kanun Yoluna Başvurulması	151
D. Tedbirin Uygulanması ve Süresi	152
E. Görevli ve Yetkili Mahkeme	155
V. 4320 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ALINABİLECEK TEDBİRLER	156
A. Genel Olarak	156
B. Aile içi Şiddet Failinin Aile Bireylerine Karşı Şiddete veya Korkuya Yönelik Söz ve Davranışlarda Bulunmaması Konusunda Uyarılması	157

C. Aile İçi Şiddet Failinin Müşterek Evden Uzaklaştırılarak Bu Evin Diğer Aile Bireylerine Tahsisi ile Bu Bireylerin Birlikte ya da Ayrı Oturmakta Olduğu Eve veya İşyerlerine Yaklaşmaması Konusunda Uyarılması	159
D. Aile İçi Şiddet Failinin Aile Bireylerinin Eşyalarına Zarar Vermemesi Konusunda Uyarılması.....	161
E. Aile İçi Şiddet Failinin Aile Bireylerini İletişim Araçları ile Rahatsız Etmemesi Konusunda Uyarılması.....	162
F. Aile İçi Şiddet Failinin Silah ve Benzeri Araçları Kolluğa Teslimi Konusunda Uyarılması.....	163
G. 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	164
H. Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Bir Sağlık Kuruluşuna Muayene veya Tedavi İçin Başvurmasına Karar Verilmesi	165
İ. Kanunda Öngörülenler Dışında Kalan Diğer Tedbirler	166
J. Tedbir Nafakasına Hükmedilmesi	167
VI. 4320 SAYILI KANUN'UN CEZAÎ BOYUTU	168
SONUÇ	171
KAYNAKÇA.....	180
ÖZET.....	190
ABSTRACT	192

KISALTMALAR

AKDK.	: Ailenin Korunmasına Dair Kanun
aşa.	: aşağıda
AÜEHF.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFD.	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
CEDAW.	: Convantion on Elimination of all Forms of Discrimination against Women (Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi)
CD.	: Ceza Dairesi
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot
E.	: Esas
f.	: fıkra
GÜHFD.	: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD.	: Hukuk Dairesi
HMK.	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUMK.	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KHK.	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: madde
RG.	: Resmî Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
t.	: tarih
TBBD.	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK.	: Türk Borçlar Kanunu
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK.	: Türk Medenî Kanunu

www.	: world wide web
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
vs.	: ve sair
YHGK.	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK.	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
yuk.	: yukarıda

GİRİŞ

KONU VE KONU İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

I. KONU

Aile, her insanın içinde doğup büyüdüğü; anne, baba ve varsa çocuklardan oluşan kutsal bir ortamdır. Toplumun özü ve temeli ailedir. İlk toplumlardan günümüze kadar bütün toplumlar ailelerden oluşur. Ailelerin ve dolayısıyla o ailenin içinde bulunduğu toplumun mutlu ve huzurlu olabilmesi, aileyi oluşturan bireylerin birbirlerine sevgi ve saygı bağlarıyla bağlı olmaları, aynı düşünce, inanç ve duyguları paylaşıp, kendilerine düşen görevleri eksiksiz yerine getirmelerine bağlıdır.

Aile, taşıdığı bu toplumsal değer sebebiyle her toplumda ve her dönemde hukukun düzenleme ihtiyacı hissettiği bir alan olmuştur. Türk Hukuku'nda da aile toplumun temeli kabul edilmiş ve Anayasanın 41. maddesi ile devlete aileyi koruma görevi verilmiştir. Anayasa'nın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlığını taşıyan üçüncü bölümünde yer alan "Ailenin Korunması" başlıklı 41. maddesine göre; *"Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."* Ailenin korunması hem Anayasa'nın 41. maddesinin amacını oluşturmakta, hem de aile hukukunun en temel ilkelerinden birini teşkil etmektedir.

Yine Anayasanın 10. maddesi ile kadın-erkek eşitliği vurgulanmış, devlete bu eşitliği hayata geçirmesi ödevi de yüklenmiştir. Anayasa'nın 41. ve 10. maddelerinden başka aile hayatının gizliliğini teminat altına alan 20. maddesi ile resmî evlilik ilkesini düzenleyen 174. maddesi de daha sağlıklı ve sağlam bir aile yapısının oluşturulmasına hizmet etmek amacıyla düzenlenmiş hükümlerdir.

Türk Hukuku'nda ailenin ve evlilik birliğinin korunmasına verilen önem sadece Anayasal hükümler ile sınırlı kalmamıştır. Ailenin korunması ilkesi ve kadın-erkek eşitliği ilkesi çerçevesinde ailenin korunmasına ilişkin olarak mevzuatımızda birçok hüküm düzenlenmiştir. Bu hükümler hem kişilik hakları zarar görme tehlikesi ile karşı karşıya kalan eş veya diğer bir aile bireyinin korunması hem de evlilik birliğinin karşı karşıya kaldığı sorunların boşanma aşamasına geçilmeden, barışçı yollardan çözülmesi, böylece evlilik birliğinin dolayısıyla ailenin korunması amaçlarına hizmet eder.

Evlilik birliğinin korunması denilince öncelikle akla Türk Medenî Kanunu'nun 195 ve 201. maddeleri arasındaki "Birliğin korunması" başlıklı maddeleri ve yine hâkimin müdahalesi şeklinde evlilik birliğini korumayı amaçlayan bazı hükümleri gelse de evlilik birliğinin korunması amacıyla ihdas edilen hükümler bunlardan ibaret değildir. Türk Medenî Kanunu'nun gerekli başvuru veya bildirimin yapılması üzerine hâkimin evlilik birliğinin iç işleyişine müdahale ederek uygun gördüğü önlemi alması şeklinde bir sisteme dayanan bu hükümleri, eşler arasında bir uyuşmazlık doğduktan sonra uygulama alanı bulan hükümlerdir. Bir de eşler arasında bir uyuşmazlık çıkmasına gerek duyulmadan uygulama alanı bulan, eşlerin sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar şeklinde öngörülen evlilik birliğini koruyucu hükümler düzenlenmiştir ki bu hükümler Türk Medenî Kanunu'nun Aile Hukuku başlıklı kitabında dağınık bir şekilde yer almaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğini koruyucu hükümlerinin aile içi şiddeti önlemede yetersiz kaldığı gerekçesiyle eleştirilmesi üzerine kanun koyucu aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerini daha etkin bir şekilde korumak ve gerekli tedbirlerin alınmasına ilişkin süreci hızlandırmak amacıyla 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'u kabul etmiştir.

Bu kapsamda çalışmamızda konuyu üç bölümde inceleme yolunu tercih ettik. Giriş bölümünde konu, konunun önemi ve konuyla ilgili temel kavramları açıkladıktan sonra "*Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması ile Evlilik Birliğinin Korunması*" başlığı altındaki birinci bölümde eşler arasında bir uyuşmazlığın

doğmasına gerek duyulmadan uygulama alanı bulan, Türk Medenî Kanunu'nun eşlerin sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirerek evlilik birliğinin korunmasına hizmet eden hükümleri incelenmiştir.

“Hâkimin Müdahalesi ile Evlilik Birliğinin Korunması” başlıklı ikinci bölümde eşler arasında bir uyuşmazlık doğduktan sonra uygulama alanı bulan, Türk Medenî Kanunu'nun hâkimin müdahalesine ilişkin hükümleri ele alınmıştır.

Çalışmamızın üçüncü ve son bölümünde ise *“4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile Evlilik Birliğinin Korunması”* başlığıyla 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 Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri inceleme konusu edilmiştir. Bu kapsamda 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğini koruyucu hükümleri arasındaki ilişki ve farklılıklar, 4320 sayılı Kanun gereğince tedbir alınabilesi için aranan şartlar, alınabilecek tedbirler, 4320 sayılı Kanun'un usule ilişkin özellikleri incelenmiştir.

II. KONUNUN ÖNEMİ

Aile, içinde yaşamakta olduğumuz toplumun en küçük sosyal birimidir. Toplumun çekirdeği olan ailelerin kolayca dağılmadan, dirlik ve düzen içerisinde olmasının toplumdaki barış ve huzura etkisi tartışılmazdır.

Dar anlamda aile, yani sadece eşlerden oluşan evlilik birliği çocukların da dünyaya gelmesiyle zamanla genişleyerek o toplumun ilerlemesinde etkili bir rol oynar. Bu nedenle evlilik birliklerinin sağlam temellere oturtulması, eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ve evlilik birliklerinin karşılaştığı

krizlerin barışçı yollarla çözümlenmesi evlilik birliğinin işlevlerini tam anlamıyla yerine getirmesine yardımcı olur¹.

Anayasa ile kendisine aileyi koruma görevi verilen devlet, aile hukuku kuralları vasıtasıyla aile yapısını her yönden koruyup kollayarak toplumun temelini sağlam tutmayı amaçlar². Aile, bireyin toplum yapısına bağlanmasında adeta harç ve çimento görevi gördüğü için aile kurumunun kuvvetlendirilmesi ve dağılmasının önlenmesi toplumun kuvvetlendirilmesi anlamı taşır³.

Evlilik birliğinin korunmasının toplum için faydaları bir yana, o birliği oluşturan aile bireyleri için de faydaları vardır. Özellikle çocuklar ve kadın eş için bu fayda daha fazladır. Mutlu bir aile içinde yetişen çocuk ile anne ve babası ayrı, düzensiz bir yaşantısı olan aile içinde yetişen çocuk arasında büyük fark vardır. Bu nedenle mutlu ve huzurlu bir aile, topluma yararlı bireylerin yetiştirilmesi için olmazsa olmaz nitelikte bir koşuldur⁴.

Çalışmamızla ilgili temel kavramları açıklamaya geçmeden önce şunu önemle belirtmek isteriz ki, gerek Anayasa gerek Türk Medenî Kanunu gerekse ilgili diğer mevzuat kapsamında korunan evlilik birliğinin, kanun koyucu tarafından öngörülen koruma imkânından yararlanılabilmesi için Türk Medenî Kanunu hükümlerine uygun olarak resmî memur önünde, hukuken geçerli bir şekilde kurulmuş olması gerekir. Fiilî birliktelikler ne Anayasa ne de Türk Medenî Kanunu hükümlerinin uygulanması bakımından evlilik birliği

¹ Akıntürk, Turgut/Karaman Ateş, Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2010, s. 130; Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 4; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1965, s. 7.

² 29.12.1989 tarihinde yayımlanan 396 sayılı KHK ile kurulan Aile Araştırma Kurumu'nun başlıca görevi ailenin bütünlüğünün korunması, güçlendirilmesi ve sosyal refahın artırılması için araştırma yapmak veya yaptırmak, bu konuda projeler geliştirerek uygulamaya konulmasını sağlamak; Anayasa ile devlete verilen ailenin korunması görevinin yerine getirilmesi amacıyla faaliyetlerde bulunmaktadır. Bundan başka görevlerinden biri ailenin bütünlüğünü korumak olan Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu da Anayasanın 41. maddesi gereğince kurulmuş olan kuruluşlardandır. (Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 21, dn. 71).

³ Feyzioğlu, Feyzi Necmettin, Aile Hukuku Dersleri, Baskıyı Hazırlayanlar: Özakman, H. Cumhur/Sarıal, M. Enis, İstanbul 1986, s. 15; Velidedeoğlu, s. 7.

⁴ Çakın, Akın: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 2007, s. 13; Peker, Hüseyin: "Ailenin Korunmasının Esasları", 1. Aile Şurası Bildirileri, Ankara 1990, s. 361; Akıntürk/Karaman, s. 3-4; Velidedeoğlu, s. 7; Ayan, s. 32-33.

sayılmazlar⁵. Anayasa’da Türk toplumunun temeli olduğu belirtilen aile, ancak hukukun koruduğu meşru ailedir⁶. Bununla birlikte, mutlak butlanla batıl olan bir evlenme sonucunda vücut bulan evlilik birliği, Türk Medenî Kanunu’nun 156. maddesi uyarınca hâkim kararıyla iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün hukukî sonuçlarını doğurduğu için koruma kapsamında kabul edilir.

III. AİLE

A. Genel Olarak

Aile, insanın dünyaya gözünü açtığı anda kendisini içinde bulduğu ve iletişime geçtiği ilk toplumsal birimdir. İnsanlar yaşamlarını bu en temel birlik içinde başlatır ve sürdürürler⁷. Aile, insanın tabii olarak içinde yaşama ihtiyacı duyduğu ilk topluluk türüdür⁸.

Toplumsal çekirdeği olan ailenin, o topluma kazandırılacak gelecek kuşakların niteliğini belirleme bakımından büyük önemi vardır. İnsanın karakteri ve davranışları içinde yaşadığı aile ortamında şekillenir. İnsan, aile içinde eğitilip yönlendirildiği şekilde hayatını devam ettirir. Bu nedenle aile yaşamı ve aile bireylerinin davranış ve ilişkileri ne kadar düzenli ve sağlıklı olursa, topluma kazandırılacak gelecek kuşaklar da o denli sağlıklı ve

⁵ Cansel, Erol: “Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991, s. 407; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2008, s. 15; Ayan, s. 22; Öztan, s. 6. Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Yargıtay 2.HD. 15.2.2002 t. ve E.1305/K.2020; Yargıtay 3.HD. 30.9.2004 t. ve E.10446/K.10215 sayılı kararları (Erişim: *kazancı*).

⁶ Cansel, s. 407.

⁷ Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre: Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku -Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 665; Akıntürk/Karaman, s. 3; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 1.

⁸ Oğuzman, Kemal/Dural, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1998, s. 1; Saymen, Ferit Hakkı/ Elbir, Halid Kemal: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1957, s. 3; Arsebük, Esat: Medenî Hukuk, Ankara 1940, s. 356; Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: Medenî Hukuk I-II, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1963, s. 3; Bozovalı, Haluk: Türk Medenî Hukuku’nda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990, s. 1; Akıntürk/Karaman, s. 3; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 1; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 665; Velidedeoğlu, s. 4.

topluma yararlı kişilerden oluşur⁹. Bireyle toplum arasında mükemmel bir doku teşkil eden sağlıklı aile, aynı zamanda bir ulusun gücünü de gösterir¹⁰.

Toplumsal olgu ve kurumların her biri gibi aile kurumu da zaman içerisinde değişip gelişmektedir¹¹. Toplumların gelişme tarihine bakıldığında, aile kapsamının ve aileyi oluşturan bireylerin sayısının giderek azaldığı görülmektedir¹². Eski dönem ailelerinde sadece ana, baba ve evlenmemiş çocuklar değil; evlenmiş çocuklar ile onların eş ve çocukları, büyük ana ve büyük babalar, amcalar, halalar, dayılar, teyzeler, onların eşleri, çocukları ve torunları da yer alırdı. Bu ailelerinin çok sayıda bireyden meydana gelmesi ailenin dışa karşı korunması zorunluluğu ve birtakım ekonomik zorunluluklardan kaynaklanmaktaydı. Zamanla siyasal ve ekonomik hayatın gelişmesi ve işbölümü esasına dayalı modern ekonomik düzene geçilmesi ile ailelerin kendilerini savunma ve bütün ihtiyaçlarını kendi başlarına karşılama zorunluluğu ortadan kalkmış; bunun sonucu olarak aile kavramının sınırları daralarak kalabalık ailelerin yerini ana, baba ve evlenmemiş çocuklardan oluşan küçük aileler almıştır¹³. Her ne kadar toplumlardaki sosyo-ekonomik ve kültürel değişiklikler, o toplumların aile yapısında ve kapsamında önemli değişimlere sebep olsa da aile, bu değişikliklere karşı dayanıklı bir şekilde varlığını korumaya devam eden bir birim olmaya devam etmektedir¹⁴.

⁹ Akıntürk/Karaman, s. 3; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 665; Saymen/Elbir, s. 3; Birsen, Kemalettin: Medenî Hukuk Dersleri Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1963, s. 197; Balo, Yusuf Solmaz: Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 57.

¹⁰ Ünal, Mehmet: Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979, s. 39.

¹¹ Öztan, s. 4; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 1; Akıntürk/Karaman, s. 3; Oğuzman/Dural, s. 1; Saymen/Elbir, s. 2; Egger, August: "Evlenme Hukuku, 1. Kısım, m.82-240", Aile Hukuku, Çev. Çağa, Tahir, İstanbul 1943, s. 6; Ayan, s. 16.

¹² Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990, s. 1; Tarakçıoğlu, İhsan: Türk Medenî Hukuku, Ankara 1968, s. 191; Belgesay, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenisi Şerhi, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 1949, s. 7; Köteli, Argun: Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991, s. 13.

¹³ Akıntürk/ Karaman, s. 4-5; Velidedeoğlu, s. 5; Tekinay, s. 1; Saymen/Elbir, s. 3.

¹⁴ Öztan, s. 4; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 2; Balo, s. 56.

B. Türk Medenî Kanunu Bakımından Aile

Zamanın akışıyla birlikte yapısı ve kapsamı bakımından büyük değişmelere uğramış bulunan aile kurumunun evrensel olarak kabul edilmiş tek bir tanımı yoktur. Türk Medenî Kanunu'nda aile kavramı tam olarak tanımlanmamış olmakla birlikte birbirinden farklı üç değişik anlamda düzenlenmiş bulunmaktadır¹⁵.

Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen aile türlerinden ilki dar anlamda ailedir. Dar anlamda aile, geçerli bir evlenme sözleşmesi ile bir araya gelmiş eşlerden yani karı ve kocadan oluşan birliği ifade eder. Bu tip aile doktrinde “evlilik birliği” şeklinde adlandırılır¹⁶. Türk Medenî Kanunu'nun dar anlamda aileyi düzenleyen hükümleri, Aile Hukuku kitabının başında “Evlilik Hukuku” başlığı altında bulunmaktadır. Bu hükümler, eşlerin şahsi ve malî ilişkileri ile karşılıklı hak ve yükümlülüklerini düzenler.

Türk Medenî Kanunu'ndaki ikinci aile tipi geniş anlamda ailedir. Geniş anlamda aile kavramı, karı ve kocanın oluşturduğu evlilik birliğine çocukların da eklenmesiyle ortaya çıkan topluluğu ifade etmek üzere kullanılır. Bu tip aileye “velayet ailesi” adı verilmektedir¹⁷. Çünkü geniş anlamda aileyi düzenleyen hükümlerin büyük kısmı velayet kurumuna, yani ana babanın çocuklar karşısındaki hak ve yükümlülükleri ile çocukların ana babalarına karşı olan hak ve ödevlerine ilişkindir.

Üçüncü aile tipi ise en geniş anlamda ailedir. En geniş anlamda aile kavramı, bir ev başkanının yönetiminde aynı çatı altında beraber aile halinde yaşayan bireylerden oluşan insan topluluğunu ifade eder. Türk Medenî Kanunu, en geniş aileyi “Ev Düzeni” başlığı altında 367. maddede

¹⁵ Birsen, s. 195; Feyzioğlu, s. 4; Ünal, s. 40-41; Akıntürk/Karaman, s.5; Velidedeoğlu, s. 6; Öztan, s. 3.

¹⁶ Tandoğan, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965, s. 1; Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 3; Akıntürk/Karaman, s. 6; Velidedeoğlu, s. 6; Saymen/Elbir, s. 120; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 667; Oğuzoğlu, s. 3.

¹⁷ Akıntürk/Karaman, s. 6; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 667; Velidedeoğlu, s. 6.

düzenlemiştir¹⁸. Ev düzenine, kan ve kayın hısmı sıfatıyla veya bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla aynı çatı altında yaşayan bireyler girer. Bu kapsamda, hısımların yanı sıra şoför, bahçıvan, aşçı, sütne, hizmetçi gibi bir sözleşme ilişkisine dayanarak aynı çatı altında yaşayan kişiler de en geniş anlamda ailenin bir bireyi olarak kabul edilir¹⁹. En geniş aile, Türk Medenî Kanunu'nda eski dönem ailesinin bir uzantısı olarak hükme bağlanmıştır²⁰.

IV. EVLİLİK BİRLİĞİ

A. Genel Olarak

Evlenme, “*tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli şekilde birleşmesidir.*”²¹

Evlilik birliği ise kanunda belirtilmiş olan şekillere uyularak yapılan hukukî işlem ile bir kadınla erkeğin oluşturdukları birliği ifade eder. Nişanlıların evlendirme memuru ve iki tanığın önünde iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklamaları ile evlilik birliği kurulmuş olur²². Bu durum Türk Medenî Kanunu'nun 185. maddesinin birinci fıkrasında “*Evlenme ile eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.*” şeklinde ifade edilmiştir.

Evlilik birliği, kendine özgü bir anlam ve niteliği bulunan bir kurumdur. Evlilik birliği karşılıklı güven, sadakat, saygı, dayanışma, şefkat ve sevgiye dayanır²³. Evlilikte amaç cinsel ortaklıktan çok hayat ortaklığıdır. Bu ortaklık içinde eşler bütün amaç ve ideallerinde, sevinç ve üzüntülerinde kısaca

¹⁸ Hatemi/Serozan en geniş anlamda aileyi “ev” veya “ev topluluğu” diye adlandırmaktadır. (Hatemi/Serozan, s. 3).

¹⁹ Akıntürk/Karaman, s. 6; Velidedeoğlu, s. 6; Oğuzoğlu, s. 4; Öztan, s. 4; Feyzioğlu, s. 5.

²⁰ Öztan, s. 4.

²¹ Velidedeoğlu, s. 45. Benzer tanımlar için bkz. Öztan, s. 94-95; Tandoğan, s. 2; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 707; Akıntürk/Karaman, s. 59; Arsebük, s. 546; Ayan, s. 10; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 10; Schwarz, Andreas: Aile Hukuku, Çev. Davran, Bülent, İstanbul 1946, s. 27.

²² Dural/Öğüz/Gümüş, s. 10.

²³ Lale, İsmail/Lale, Ömer: Sözden Sonsuza Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Ankara 2009, s. 83.

hayatın her anında birlikte olurlar²⁴. Her ne kadar evlilik birliğini maddi unsurlardan arındırmak mümkün olmasa da, birliğin bu manevî yönü her zaman ağır basmaktadır²⁵. Başlangıçta dar anlamda aile olan evlilik birliği çocukların dünyaya gelmesiyle zamanla genişler. Ancak genişleyen aile içinde de hep bir birlik fikri egemen kalmaya devam eder²⁶.

Evlilik birliği, aile hukukunun en önemli konusunu teşkil eder. Evlilik birliğine ilişkin hükümler, esas olarak Türk Medenî Kanunu'nun aile hukuku kitabının "Evlilik Hukuku" başlığını taşıyan birinci kısmında 118 ve 281. maddeleri arasında düzenlenmektedir. Evlenme ile kurulan evlilik birliği, devam ettiği sürece şahsi ve malî nitelikli birtakım hükümlere tâbi olur. Ancak şunu önemle belirtmek gerekir ki kanunda evlenme için belirtilen şekilde yapılmamış bir hukukî işlemle evlilik birliği gerçekleşmiş olmayacağından bu birliktelik aile hukukunun düzenleme alanına girmez. Ülkemizde ve bazı ülkelerde sayısı giderek artmakta olan ve *hayat arkadaşı* da denilen serbest birleşmeler, hukukî anlamda evlilik birliğini oluşturmadıkları için Türk Medenî Kanunu'nun evlilik hükümlerine tâbi olmazlar²⁷.

Türk Medenî Kanunu, birçok maddesinde evlilik birliği kavramından söz etse de evlilik birliğinin hukukî niteliğini açıkça düzenlememiştir. Bununla birlikte evlilik birliğine ilişkin hükümlerden birliğin hukukî niteliğini tespit etmek mümkündür.

Evlilik birliği kendisini oluşturan bireylerden ayrı ve bağımsız bir tüzel kişiliğe sahip değildir²⁸. Dolayısıyla evlilik birliğinin kendisine özgü malvarlığından ve diğer haklarından bahsedilemez. Her ne kadar eşlerin evlilik birliğini temsil yetkileri olsa da bu, gerçek anlamda bir temsil değil;

²⁴ Akıntürk/Karaman, s. 59; Tandoğan, s. 1; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 707; Ayan, s. 13; Schwarz, s. 27.

²⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 707; Öztan, s. 95; Saymen/Elbir, s. 8.

²⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 671.

²⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 10.

²⁸ Havutçu, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006, s. 27; Akıntürk/Karaman, s. 10; Öztan, s. 152; Ayan, s. 15; Saymen/Elbir, s. 8; Hatemi/Serozan, s. 3; Oğuzoğlu, s. 140; Gençcan, Ömer Uğur: Türk Medenî Kanunu'nda Kadın ve Çocuk Hakları, Ankara 2006, s. 37.

sadece ailenin sürekli ihtiyaçlarının karşılanması amacı güden bir temsil yetkisidir²⁹.

Kanun koyucu tüzel kişiliğe sahip olmayan bu birliğe adeta tüzel kişiliğe sahipmiş gibi davranmiş ve Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğine ilişkin hükümlerini bu görüş doğrultusunda düzenlemiştir. Eşlere birliğin mutluluğunu elbirliği ile sağlama yükümlülüğü yüklenmesi, birliğin korunması amacıyla hâkime müdahale imkn tanınmiş olması, birliğin yönetim usulünün düzenlenmiş olması, birliğin giderlerinden bahsedilmesi, birliğin temsiline ilişkin hükümler getirilmiş olması evlilik birliğinin birlik olma niteliğinin ön planda tutulduğunun gstergesidir³⁰.

Sonuç olarak evlilik birliği, geçerli bir evlenme sonucunda eşler arasında ortaya çıkan fakat onu oluşturanlardan bağımsız bir varlığa sahip olan, eşler bakımından çeşitli haklar doğuran ve yükümlülükler yükleyen, Anayasa ve Türk Medenî Kanunu tarafından özel olarak korunan, tüzel kişiliği bulunmayan bir birliktir³¹.

B. Evlilik Birliğinin Eşlere Yüklediği Yükümlülükler

Hukuken geçerli bir evlenme sonucunda meydana gelen evlilik birliği eşler için birtakım hak ve yükümlülükler doğurur. 743 sayılı eski Medenî Kanunumuz eşlerin evlilik birliği içindeki konumlarında kadın-erkek eşitliğini tam anlamıyla sağlayamamış olduğu için eşlerin her birine tanınan hak ve yükümlülükler farklı idi³². Bazı hak ve yükümlülükler her iki eş için de söz konusu olabilirken bazıları sadece kocaya veya karıya tanınmıştı. 4721 sayılı yeni Medenî Kanunumuzda ise eşlerin eşitliği ilkesi benimsenmiş, evlilik

²⁹ Akıntürk/Karaman, s. 126; Tekinay, s. 302; Tandoğan, s. 117; ztan, s. 187; Ayan, s. 14.

³⁰ Akıntürk/Karaman, s. 10; Ayan, s. 15; Egger, s. 13; Havutçu, s. 27.

³¹ şenyuva, Ardahan Hsn: "Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007, s. 11; Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim: Aile Hukuku, İstanbül 1989, s. 111; Feyzioğlu, s. 176; Saymen/Elbir, s. 119; Arsebük, s. 668; Oğuzoğlu, s. 3; Schwarz, s. 180.

³² Akıntürk/Karaman, s. 109; Tekinay, s. 295; Feyzioğlu, s. 92; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 744 vd.

birliğinin kurulmasıyla ortaya çıkan haklar ve yükümlülükler eşler bakımından ortak haklar ve ortak yükümlülükler mahiyetini almıştır³³. Türk Medenî Kanunu'nda evlilik birliğine ilişkin kararların alınması ve birliğin yönetimi her iki eşe birlikte verilmiş ve eşlerden birinin birliğe ilişkin işlemlerine diğer eşin katılması hakkı tanınmıştır³⁴.

Türk Medenî Kanunu'nda eşlerin hak ve yükümlülüklerini belirleyen düzenlemelerde her bir eşe ayrı ve belli görevler verilmemiştir. Çünkü ev işlerini kimin yapacağı, birliğin parasal gelirini kimin sağlayacağı, çocuklara kimin bakacağı kanun tarafından belirlenemez. Bu nedenle kanun koyucu eşler arası ilişkilerin sadece temel çerçevesini çizmiştir³⁵. Eşlerin evlilik birliğindeki görev dağılımı kendileri tarafından belirlenir³⁶.

Evlilik birliğinin kadın-erkek eşitliği ilkesi temeline dayandırılması, evlilikte birlik ve topluluk düşüncesini daha da pekiştirmektedir³⁷. Eşler arasındaki ilişkinin tam anlamıyla bir birlik olabilmesi ise evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin karşılıklı saygı, sevgi ve anlayış içerisinde yerine getirilmesine bağlıdır³⁸.

Evlilik birliğinde eşitlik ilkesinin ve eşlerin birliğin yönetimine katılma haklarının kabul edilmesiyle eşler arasında eskisine oranla daha fazla uyumsuzluk çıkma ihtimâli söz konusudur. Bu nedenle Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğinin korunmasına dair hükümleri daha fazla uygulama

³³ Şıpka'ya göre Medenî Kanunumuzdaki eşit haklara dayanan hayat ortaklığı düzenlemesinin üç temel amacı vardır: "1. Her iki eşin aile birliği ve huzuru için yükümlü tutulması. 2. Birliğin korunmasının sağlanması. 3. Eşlerin hukukî menfaatleri ile onların alacaklılarının menfaatlerinin uygun ölçüde eşitlenmesi." (Şıpka, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004, s. 32). 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun kadın erkek eşitliğini sağlamak amacıyla kadın eş lehine getirdiği eşitlik ve iyileştirmeler için bkz. Domaniç, Hayri: Yaradılıştan Bu Yana Kadın Haklarının Gelişimi ve Sorunları, İstanbul 2007, s. 12 vd.

³⁴ Ayan, s. 45.

³⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 759; Koçhisarlıoğlu, Cengiz: "İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukunda Son Gelişmeler" Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 431.

³⁶ Ayan, s. 44.

³⁷ Koçhisarlıoğlu, s. 433; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 760; Uçar, Ayhan: "4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", AÜEHF'nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, Erzincan 2002, s. 331.

³⁸ Şenyuva, s. 12.

alanı bulmaktadır. 743 sayılı eski Medenî Kanun'daki kocanın evlilik birliğinin reisi olduğuna ilişkin hükmün 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'ndan çıkarılmasıyla oluşan otorite boşluğu hâkimin müdahalesi yoluyla doldurulmuştur³⁹.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkim tarafından Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemlerden birinin alınabilmesi için aranan temel şart, eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini hiç ya da gereği gibi yerine getirmemesidir. Evlilik birliğinin sorunsuz bir şekilde yürütülebilmesi için eşlerin hangi yükümlülükler altında bulunduğu tespitini son derece önemlidir⁴⁰. Türk Medenî Kanunu'nun eşlere yüklediği başlıca yükümlülükler birliğin mutluluğunu sağlama, çocukların bakım, eğitim ve gözetimine özen gösterme, birlikte yaşama, sadakat gösterme, yardım ve dayanışma, ortak konutu seçme, evlilik birliğini birlikte yönetme, evlilik birliğinin giderlerine katılma, meslek ve iş seçiminde özen gösterme yükümlülükleridir⁴¹.

Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler, nitelikleri itibariyle büyük oranda manevî ve ahlâkîdir⁴². Bu nedenle kanun koyucu evlilik birliğinin eşler bakımından doğurduğu hak ve yükümlülükleri ayrıntılı bir şekilde düzenlememiş; yükümlülüklerin içeriğinin belirlenmesini eşlere bırakmayı tercih etmiştir⁴³.

Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmesini diğer eşten talep etme hakları söz konusu olabilirken; eşlerin birbirlerini yükümlülükleri yerine getirmeleri hususunda zorlamaları imkânsızdır⁴⁴. Üzerine düşen yükümlülüğü ihlâl eden eş hakkında hapis veya para cezası gibi yaptırımların öngörülmesi düşünülemez⁴⁵. Bununla birlikte, evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmemesinden dolayı mağdur

³⁹ Ayan, s. 46.

⁴⁰ Şenyuva, s. 12.

⁴¹ Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 153 vd.; Akıntürk/Karaman, s. 109 vd.; Ayan, s. 44 vd.

⁴² Velidedeoğlu, s. 95; Köteli, s. 87; Schwarz, s. 196; Oğuzoğlu, s. 5.

⁴³ Köteli, s. 87; Schwarz, s. 182; Belgesay, s. 9.

⁴⁴ Tandoğan, s. 131; Öztan, s. 151; Velidedeoğlu, s. 95; Oğuzoğlu, s. 159.

⁴⁵ Öztan, s. 210.

olan diğ er eşin, bu yüküml l  klerin yerine getirilmemesi karşısında herhangi bir hukukî imkânının olmadığı da söylenemez. Y k ml l  klerin yerine getirilmemesi halinde başvurulacak son çare boşanmadır. Fakat boşanma, y k ml l  klerin yerine getirilmesi bakımından bir yaptırım olmadığı gibi ailenin korunması ilkesi ile de bağıdaşmayan bir yoldur⁴⁶.

Bahsettiğimiz nedenlerden dolayı kanun koyucu bu son çare olan boşanmaya başvurmada n önce hâkimin evlilik birliğıinin kendisine y klediğı görevleri yerine getirmeyen eş hakkında bazı önlemler alabileceğini hükme bağılamıřtır⁴⁷. Fakat şunu da belirtmek gerekir ki hâkimin müdahalesini öngören bu hükümler de ahlâkî ve manevî yönü ağır basan y k ml l  kler için öngörüldüğünden, y k ml l  klere uymayan eş bakımından zorlayıcı bir güce sahip değıldir⁴⁸. Buna rağımen, hâkimin müdahalesini öngören hükümlerin, evlilik birliğıine ilişkin sorunların boşanma veya mahkeme kararı ile ayrılık aşamasına gelinmeden  oz lerek birliğıin devamına hizmet etmesi sebebiyle öncelikle bu hükümlere başvurulması daha çok arzu edilen bir yoldur.

V. EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİN AMACI VE KORUMADA G Z ÖNÜNDE TUTULAN İLKELER

Aile hukuku ilişkileri toplum bakımından diğ er hukukî ilişkilerden daha fazla öneme sahiptir. Bu nedenle devlet, aile hukuku alanına diğ er hukuk alanlarından daha fazla müdahale etmek zorundadır⁴⁹. Evlilik birliğıinin korunmasına yönelik düzenlemeler devletin aileye müdahalesinin somut bir uygulamasıdır ve Anayasa'nın 41. maddesinde öngörülen ailenin korunması ilkesinin yansımasıdır. Başka bir deyişle evlilik birliğıini koruyucu hükümler,

⁴⁶ Velidedeoğılu, s. 95; Schwarz, s. 196; Tekinay, s. 296-297.

⁴⁷  ztan, s. 210.

⁴⁸ Velidedeoğılu, s. 95.

⁴⁹ Akıntürk/Karaman, s. 12.

Anayasa'nın evlilik birliğini ve aileyi koruyucu yaklaşımını hayata geçiren sosyal bir işlev görmektedir⁵⁰.

Kanun koyucunun evlilik birliğinin korunması amacıyla ihdas ettiği hükümler çift yönlüdür. Bu hükümlerle öncelikle evlilik birliğini oluşturan eşlerin bireysel olarak korunması amaçlanır. Birbirlerine karşı karşılıklı saygı ve sadakat yükümlülüğü taşıyan eşler birbirlerinin kişilik haklarına saygılı olmak zorundadırlar⁵¹.

Evlilik birliğini koruyucu önlemlerin ikinci yönü, eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ve çatışmaların henüz boşanma aşamasına gelinmeden hâkimin alacağı önlemlerle çözümlenmesi ve bu sayede birliğin dağılmasının önlenerek huzurlu bir şekilde devamının sağlanmasıdır⁵². Ortak hayatın devamı süresince, eşlerin evlilik birliğine ilişkin bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri veya eşlerden birinin evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemesi gibi durumlarla karşılaşılması mümkündür. Evlilik birliğini koruyucu hükümlerin amacı bu sorunları dönülmez bir noktaya ulaşmadan çözüme kavuşturarak evlilik birliğinin mutlu ve huzurlu bir şekilde devamını sağlamaktır⁵³.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin mevzuatta yer alan hükümlerin temelini, ailenin birlik ve sürekliliği ilkesi oluşturur⁵⁴. Eşlerin hukuken geçerli şekilde evlenmesi ile kurulan evlilik birliğinin sürekli olması arzulanır⁵⁵. Çünkü birliğin kendisinden beklenen toplumsal işlevi ancak sağlam temellere oturmuş ve uzun süreli olması halinde yerine getirilebileceği kabul olunur.

⁵⁰ Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007, s. 58.

⁵¹ Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 237; Gümüş, s. 58; Ayan, s. 23; Öztan, s. 210; Saymen/Elbir, s. 124; Hatemi/Serozan, s. 194.

⁵² Güven, Kudret: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Getirdiği Hukukî Tedbirler", Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu'na Armağan, GÜHFD, C. II, S. 1-2, Ankara 1998, s.1; Akıntürk/Karaman, s. 130; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 238; Gümüş, s. 58; Ayan, s. 25; Öztan, s. 210; Saymen/Elbir, s. 145.

⁵³ Güven, s. 2; Köprülü/Kaneti, s. 124; Saymen/Elbir, s. 8.

⁵⁴ Ayan, s. 22. Ayrıca bu ilkeler için bkz. Akıntürk/Karaman, s. 9 vd; Öztan, s. 5 vd; Hatemi/Serozan, s. 14 vd; Tandoğan, s. 3; Feyzioğlu, s. 16.

⁵⁵ Saymen/Elbir, s. 123; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 708; Belgesay, s. 8; Egger, s. 286; Tandoğan, s. 1; Schwarz, s. 18.

Evlilik birliğinin korunmasında göz önünde tutulan diğer ilke eşitlik ilkesidir. 743 sayılı eski Medenî Kanun'dan farklı olarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda eşler arasında mutlak eşitlik ilkesi benimsenmiş, eşitlik ilkesine aykırı hükümlere yer verilmemiştir⁵⁶.

Evlilik birliğinin korunması konusunda göz önünde tutulan diğer bir ilke ise hâkimin eşlerden birinin talebi üzerine evlilik birliğine müdahalede bulunabilmesidir. Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinin birinci fıkrasına göre eşler hâkimin müdahalesini ayrı ayrı veya birlikte isteyebilirler. Eşlerden bu yönde bir istem olmadıkça hâkim birliğe müdahalede bulunamaz. Fakat bu ilke mutlak değildir. 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a göre aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine hâkim, gerekli tedbirleri re'sen alabilir⁵⁷. Ayrıca zayıf durumda bulunan çocukların korunması amacıyla çocuklarla ilgili önlemlerin alınması için eşlerin veya çocukların istemi aranmamaktadır. Mesela Türk Medenî Kanunu'nun 182. maddesinde ve 346 ile 351. maddeleri arasında öngörülen önlemlerde olduğu gibi⁵⁸.

Evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde talep üzerine de olsa, hâkimin ailenin iç işlerine karışması sınırsız değildir. Mesela eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri halinde eşlerden birinin hâkime başvurusu üzerine hâkim eşlerin yerine geçerek karar vermemelidir⁵⁹. Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinde de belirtildiği gibi hâkim eşleri uyarıp, uzlaştırmaya çalışmalı; bu çaba sonuç vermezse eşlerden birini uyuşmazlık konusu işlem için yetkilendirmelidir⁶⁰.

⁵⁶ Akıntürk/Karaman, s. 12. Arsebük'e göre 743 sayılı eski Medenî Kanun'un kadın ile erkeği her zaman eşit konumda tutmaması aile birliğinin korunması açısından yerindedir. (Arsebük, s. 666).

⁵⁷ Akıntürk/Karaman, s. 130. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamında hâkim tarafından alınabilecek tedbirler için bkz. aşı. s. 156 vd.

⁵⁸ Ayan, s. 35.

⁵⁹ Ayan, s. 34.

⁶⁰ Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesi kapsamında hâkim tarafından alınabilecek önlemler için bkz. aşı. s. 57 vd.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLANMASI İLE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Kişilerin, sözleşmelerin kurulmasında ve koşullarının belirlenmesinde özgür iradeleriyle karar verebilmeleri serbestisini ifade eden sözleşme özgürlüğü ilkesi borçlar hukukuna hâkim olan temel ilkelerden biridir⁶¹. Bu ilkeye göre sözleşme yapmak isteyen kişiler, sözleşmeyi yapıp yapmamak, sözleşmenin konusunu, türünü, karşı tarafını, edimini ve edimin miktarını belirlemek, sözleşmeye son vermek ya da sözleşmeyi tadil etmek hususlarında özgür iradeleri ile hareket edebilirler⁶². Böylece kanunda yer almayan tipte ve içerikte sözleşmeler yaratabilirler. Ancak bu özgürlük mutlak ve sınırsız bir özgürlük değildir. Bu özgürlüğün sözleşmeden veya kanundan doğan sınırlarının olduğu kabul edilir⁶³.

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 193. maddesine göre kanunda aksine hüküm bulunmadıkça eşlerden her biri, diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir. Bu ilkeye göre eşler herhangi bir kişinin ya da makamın onayını almaksızın her türlü hukukî işlemi yapabilirler⁶⁴. Fakat eşlerin sözleşme özgürlüğüne evlilik birliğinin korunması amacıyla kanunda

⁶¹ Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008, s. 19; Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008, s. 51; Ardıç, Oğuzhan/Ersol, Emel: Borçlar Hukuku, Ankara 2006, s. 58.

⁶² Eren, s. 19; Kılıçoğlu, s. 52 vd.; Ardıç/Ersol, s. 58.

⁶³ Sözleşme özgürlüğünün sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Eren, s. 19; Kılıçoğlu, s. 52; Ardıç/Ersol, s. 58.

⁶⁴ Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Medenî Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002 (Diğer Eşin Rızası), s. 1 vd.; Gümüş, Mustafa Alper: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008 (Mal Rejimleri), s. 61; Ayan, s. 60; Şıpka, s. 26.

bazı sınırlamalar getirilmiştir⁶⁵. Eşler arası eşitlik ilkesi gereğince bu sınırlamalar hem kadın hem de erkek için geçerlidir⁶⁶.

Eşlerin yapacakları bazı hukukî işlemlerin geçerliliğini hâkimin onayına bağlı tutan 743 sayılı eski Medenî Kanun'un 169. maddesi 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'na alınmamış; fakat evlilik birliğinin korunması ilkesinin tam olarak hayata geçirilebilmesi amacıyla eşlerin yapacakları bazı hukukî işlemlerin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlanmıştır⁶⁷. Yine 743 sayılı eski Medenî Kanun'dan farklı olarak işlemi yapan kadın da olsa erkek de olsa işlemin geçerliliği için diğer eşin rızası aranmıştır⁶⁸.

Çalışmamızın “Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması ile Evlilik Birliğinin Korunması” başlıklı bu bölümünde Türk Medenî Kanunu'nun eşlerin sözleşme özgürlüğüne⁶⁹ birtakım sınırlamalar getirerek evlilik birliğini korumayı amaçlayan hükümleri incelenecektir. Bu hükümlerin bir kısmı eşlerin yapacakları bazı hukukî işlemlerin geçerliliğini birtakım koşullara bağlayarak; bir kısmı da eşlere getirilen yasaklar şeklinde evlilik birliğini korumayı amaçlamaktadır.

II. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN HUKUKİ İŞLEMLER

A. Aile Konutu Kavramı ve Unsurları

Aile konutu kavramı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile hukukumuzda giren bir kavramdır. Aile konutu kavramı sadece aile hukukunda değil, miras hukukunda da söz konusu olan yeni bir kurumdur. Çok önemli bir kurum olmasına rağmen aile konutunun Türk Medenî Kanunu'nda bir tanımı yoktur.

⁶⁵ Akıntürk/Karaman, s. 120 vd.; Şıpka, s. 27 vd.; Ayan, s. 60 vd.

⁶⁶ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 3 vd.

⁶⁷ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 1; Ayan, s. 58.

⁶⁸ Ayan, s. 59-60; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 2. 743 sayılı eski Medenî Kanun'daki eşlerin hukukî işlem özgürlüğü ve sınırlamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şıpka, 19 vd.; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 1 vd.; Ayan, s. 58 vd.

⁶⁹ Akıntürk/Karaman eşlerin sözleşme özgürlüğünü “eşlerin hukukî işlemlerde serbestliği” olarak da ifade etmektedir. (Akıntürk/Karaman, s. 120).

Kanunun aile konutuna ilişkin 194. maddesinin gerekçesinde⁷⁰ aile konutu *“eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.”* şeklinde tanımlanmıştır.

Doktrinde aile konutu için çeşitli tanımlamalar yapılmış olmakla birlikte⁷¹, kanaatimizce aile konutunu *“eşlerin yaşamsal ilişkilerinin, işlerinin ve hayatlarının odak noktası olarak seçtikleri ve varsa çocuklarıyla birlikte fiilen yaşadıkları ortak konuttur”* şeklinde tanımlamak mümkündür.

Tanımdan da anlaşılacağı gibi aile konutu, aile bireylerinin kullanımına özgülenmiş bir mekândır. Bu nedenle aile bireylerinin kanundan doğan, aile konutundan yararlanma hakları söz konusudur. Bu hak mutlak haklara benzer, devredilemez ve herkese karşı ileri sürülebilir. Aile konutundan yararlanma hakkı eş için konutun seçilip aileye özgülenmesiyle; çocuklar için doğumla başlar. Evliliğin sona ermesiyle veya konutun aile konutu olma özelliğini kaybetmesiyle bu hak sona erer⁷².

Bir konutun aile konutu olarak nitelendirilebilmesi ve aile konutunun hukukî rejimine bağlı olabilmesi için üç unsurun varlığı gerekir. Bu unsurlardan ilki ailedir. Bir konutun aile konutu sayılabilmesi için evli olan kişiler ve varsa çocukları ile birlikte kullanılıyor olması gerekir. Hukuken evli sayılmayan bir erkek ile kadının birlikteliklerini sürdürdükleri konut aile konutu kavramına girmez⁷³.

Diğer bir unsur konut unsurudur. Konut, eşlerin düzenli olarak yerleşim amacıyla kullandıkları kapalı mekânları ifade eder. Sadece konut olarak yaşamaya özgülenmiş yerler aile konutu olabilir. Örneğin bir işyeri aile konutu

⁷⁰ T.C. Adalet Bakanlığı, Tutanaklarla Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002, s. 382.

⁷¹ Bu tanımlar için bkz. Ayan, s. 61; Gümüş, s. 20 vd.; Akıntürk/Karaman, s. 121; Öztan, s. 199; Şıpka, s. 77 vd.; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 6 vd.

⁷² Ayan, s. 61.

⁷³ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 9; Akıntürk/Karaman, s. 121; Ayan, s. 64; Gümüş, s. 20; Şıpka, s. 76; Doğan, Murat: “Medenî Kanun’un Getirdiği yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, AÜEHF’nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, Erzincan 2002, s. 286.

olarak kabul edilemez. Fakat işyerinin bir kısmı aynı zamanda konut olarak da kullanılıyorsa, söz konusu yerlere ilişkin hukukî işlemler Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasına bağlıdır⁷⁴.

Konutun edinme şekli önemli değildir. Aile konutu eşlerden birinin mülkiyetinde olabilir, eşlerin paylı veya elbirliği mülkiyetinde olabilir, kira sözleşmesiyle edinilmiş olabilir veya eşlerden birinin sahip olduğu herhangi bir kişisel veya sınırlı bir aynî hakka dayanılarak kullanılabilir⁷⁵. Önemli olan konutun bir aileye özgülenmiş olması ve aile tarafından kullanılıyor olmasıdır.

Bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için gerekli olan üçüncü unsur, ailenin günlük yaşamlarını bu konutta geçirmeleri, eşlerin düzenli yerleşim amacıyla, yaşamlarının odak noktası olarak bu konutu seçmiş olmalarıdır⁷⁶. Eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik soyut iradeleri yeterli değildir⁷⁷. Bu nedenle eşlerin ortak hayatlarının odak noktası olarak seçmedikleri, arada bir ya da sadece hafta sonları kullanmak amacıyla edindikleri yazlık, kışlık, dağ evi, devre mülk gibi konutlar aile konutu sayılmaz⁷⁸.

Bütün bu saydığımız unsurlar bir konutun aile konutu olarak kabul edilebilmesi için gerekli ve yeterli olup; Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasında söz edilen aile konutunun tapuya şerhi ve son fıkrasında söz edilen kiralayana bildirimde bulunulması bir konutun aile konutu olarak kabul edilmesi için şart değildir. Ayrıca bir konut için tapuda "*aile konutudur*" şerhinin bulunması da o konutu aile konutunun hukukî rejimine sokmaz. Önemli olan o konutun gerçekten aile hayatının odak

⁷⁴ Şıpka, s. 87; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 8; Doğan, s. 286; Ayan, s. 65; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 68.

⁷⁵ Akıntürk/Karaman, s. 121; Ayan, s. 65-66; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 68.

⁷⁶ Ayan, s. 66; Şıpka, s. 89; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 66. Kılıçoğlu'na göre bir konutun aile konutu olarak kabulü için aile ve konut unsurları yeterlidir. (Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 8).

⁷⁷ Gümüş, s. 21; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 66.

⁷⁸ Akıntürk/Karaman, s. 121; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 9; Doğan, s. 286; Gümüş, s. 22; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 68; Şıpka, s. 86; Ayan, s. 66; Baktır, Selma: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 95.

noktası olarak kullanılıyor olmasıdır. Tapuda yapılan şerhin sadece açıklayıcı bir etkisi vardır⁷⁹.

Birden fazla konutun aile konutu sayılıp sayılamayacağı konusu uygulamada görüş ayrılıklarına sebep olmuştur. Bu konuda kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Bizim de katıldığımız görüşe göre aile konutu tek bir konut olabilir. Fakat istisnaî hallerde birden fazla konutun yukarıda saydığımız unsurları taşıması halinde aile konutu olarak kabul edilebilmesi mümkündür⁸⁰. Ancak bu ikincil nitelikteki konutların Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin korumasından faydalanabilmesi için ailenin ya da eşlerden birinin meslek, sağlık, okul gibi önemli nedenlerden dolayı ailenin yaşam merkezi haline gelmiş olması gerekir⁸¹.

B. Aile Konutunun Önemi

Aile konutu eşlerin ve varsa çocukların hayatlarını sürdürdükleri, yaşamlarının merkezi olarak kullandıkları yerdir⁸². Aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını karşılayan bir yer olması dışında, aile fertlerinin hayatlarının önemli bir bölümünü birlikte geçirdikleri, onlar bakımından manevî bir değer taşıyan alandır⁸³. Tüm aile bireyleri için bu kadar önemi olan bir yerin elden çıkması sonucunu doğuracak işlemler, ailenin daha az zarar görmesi amacıyla eşlerin ortak kararıyla yapılmalıdır.

Aile konutunun önemi Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin gerekçesinde aile için bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek

⁷⁹ Şıpka, s. 155 vd.; Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2004, s. 205.

⁸⁰ Öztan, s. 199; Şıpka, s. 83; Ayan, s. 68. Aile konutunun istisnasız olarak tek bir konut olabileceği yönünde: Gümüş, s. 21-22; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 67-68; Doğan, Murat: "Türk Medenî Kanunu'nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", AÜHFD, C. 52, S. 4, Ankara 2003 (Yenilikler), s. 106.

⁸¹ Şıpka, s. 87.

⁸² Ayan, s. 63.

⁸³ Doğan, s. 286; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 7; Şıpka, s. 57.

başlarına hukukî işlem yapmasının diğer eşin önemli yararlarını etkileyebileceği ifade edilerek belirtilmiştir⁸⁴.

Bütün bu nedenlerden dolayı Türk Medenî Kanunu'nun 193. maddesinde kabul edilen eşlerin hukukî işlem özgürlüğü ilkesine istisna getirilerek aile konutu özel bir koruma altına alınmıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasına göre *“Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutuyla ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.”*

Bu maddeyle aile konutu üzerinde aynî veya şahsi herhangi bir hakkı bulunmayan eşe de söz hakkı tanınarak bu eşin ve genel olarak tüm ailenin korunması amaçlanmıştır⁸⁵.

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

1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrası, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, aile konutu üzerinde yapacağı bazı hukukî işlemlerin geçerliliğinin diğer eşin açık rızasına bağlı olduğunu hükme bağlamıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasına göre aile konutuna ilişkin hukukî işlemlerde diğer eşin rızasının açıkça verilmesi gerektiği belirtilmiş olup⁸⁶, rızanın şekli konusunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu nedenle rızanın kural olarak hiçbir şekle bağlı olmadığı kabul edilmektedir. Ancak işlem taşınmazlara ilişkinse yani tapu sicilinde

⁸⁴ T.C. Adalet Bakanlığı, s. 382.

⁸⁵ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 7; Doğan, s. 289; Ayan, s. 62.

⁸⁶ Ayan'a göre maddede açık rızadan söz edilmekle birlikte, örtülü rıza da bazı durumlarda dürüstlük kuralı gereği yeterli sayılabilir. (Ayan, s. 69).

işlem yapılması gereken bir durum varsa rıza yazılı olarak açıklanmalıdır⁸⁷. Rıza, hukukî işlem yapılmadan önce izin; yapıldıktan sonra onama (icazet) şeklinde verilebilir⁸⁸. Rıza işlem yapılmadan önce veya en geç işlemle birlikte verilirse işlem baştan itibaren geçerli olur. Fakat diğer eşin rızasıyla yapılması gereken bir hukukî işlem, bu rıza sağlanmadan yapılmışsa, diğer eşin rıza verdiği ana kadar askıda hükümsüz bir işlemdir⁸⁹. Bu durumda Türk Medenî Kanunu'nun 451. maddesinin ikinci fıkrasının ve Borçlar Kanunu'nun 38. maddesinin (TBK. m. 46) kıyas yoluyla uygulanması sonucu rızası aranan eşe, rızasını verip vermeyeceğini bildirmesi için uygun bir süre verilmeli; bu süre içinde rızasını verirse, işlemin baştan itibaren geçerli olduğu kabul edilmelidir. Bu süre içinde rıza verilmezse işlem baştan itibaren geçersiz hale gelir⁹⁰.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasında eşlerden birinin aile konutuna ilişkin olarak yaptığı işleme diğer eşin rızasını açıklamaması halinde işlemi yapacak eşin, mahkemeden kendisine yetki verilmesini talep edebileceği hükme bağlanmıştır. Rızası aranan eş, kısıtlanmış olması veya ayırt etme gücünden yoksun bulunması, nerede olduğunun bilinmemesi nedeniyle veya haklı bir neden olmaksızın rızasını açıklamamış olabilir⁹¹. Bu durumda hâkim, istenen yetkinin aile konutu ile ilgili olup olmadığını ve eşler ile çocukların menfaatine uygun düşüp düşmeyeceğini araştırarak işlemi yapmak isteyen eşi yetkili kılar veya kılmaz⁹².

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesiyle getirilen düzenlemenin amacı, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin bu hakkına dayanarak yapacağı kötü niyetli işlemlere karşı aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan

⁸⁷ Gümüş, s. 42; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 6; Doğan, s. 291.

⁸⁸ Rızanın hukuki niteliği hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Şıpka, s. 137 vd.

⁸⁹ Oğuzman/Barlas: Medenî Hukuk, İstanbul 2006, s. 158; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 84.

⁹⁰ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 6, 22; Doğan, s. 291; Gümüş, s. 44; Şıpka, s. 144; Ayan, s. 70; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 84.

⁹¹ Öztan, s. 208; Gümüş, s. 44-45; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 13; Doğan, s. 293; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 85.

⁹² Öztan, s. 290.

eşi ve çocukları korumaktır. Her ne kadar bu hüküm, işlem özgürlüğü engellenen eşi düşüncesiz davranışlarından korusa da kanun koyucunun asıl amacı aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan diğer eşi ve çocukları korumaktır⁹³.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesiyle getirdiği koruma, aile konutu üzerinde aynî ya da şahsi hak sahibi olan eşin kira sözleşmesinin feshi veya mülkiyet hakkını devretmesi gibi aktif hareketlerine karşı bir korumadır; hak sahibi eşin sadece fiilî ya da pasif davranışlarına karşı bir koruma imkânı getirmemektedir. Örneğin hak sahibi eşin konutta yaptığı tadilat, konutu işyerine çevirme gibi bir hukukî işlem ya da idari bir makamın izin ya da onayını gerektirmeyen işlemleri yapması halinde aile konutu zarar görse bile Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi bunu korumamaktadır⁹⁴.

2. Hukukî Niteliği

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasında açıkça belirtildiği üzere, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş, konut üzerindeki hakkının türüne göre, bazı hukukî işlemleri eşinin açık rızası bulunmadıkça yapamaz. Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi, aile konutunun devri ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlanması diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi ile getirilen bu sınırlamanın hukukî mahiyeti konusunda doktrinde çeşitli görüşler⁹⁵ ileri sürülmekle birlikte

⁹³ Şıpka, s. 50, dn. 161; Ayan, s. 72.

⁹⁴ Şıpka, s. 116; Ayan, s. 72.

⁹⁵ Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesiyle getirilen hükmün, *fiil ehliyetinin bir sınırlaması* olduğu yönündeki görüş için bkz. Öztan, s. 206; *sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan bir sınırlaması* olduğu yönündeki görüş için bkz. Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 3-5; *katılma hakkı* olduğu yönündeki görüş için bkz. Şıpka, s. 49 vd.

bizim de katıldığımız görüşe⁹⁶ göre bu sınırlama tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğindedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasındaki düzenlemenin tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğu yönündeki görüşümüzün açıklamalarına geçmeden önce *tasarruf yetkisi* kavramını açıklamak gerekirse; tasarruf yetkisi⁹⁷, üzerinde hukukî işlem yapılacak olan mal veya hak ile hak sahibi arasındaki ilişkidir. Fiil ehliyetine sahip olan bir kişi, herhangi bir malvarlığı değeri üzerinde dilediği hukukî işlemi özgürce yapabilirken; belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlandırılmış olan kişi, fiil ehliyetine sahip olsa bile, o malvarlığı değeri üzerinde tasarruf işlemi yapamaz. Kısaca tasarruf yetkisi sınırlamasıyla kişinin sadece ilgili malvarlığı üzerindeki tasarruf işlemleri sınırlanır⁹⁸.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasıyla aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin aile konutu ile ilgili tasarruf yetkisi diğer eşin ve özellikle evlilik birliğinin korunması amacıyla sınırlanmıştır. Kanun koyucunun evlilik birliğini koruma amacının gerçekleşebilmesi için 194. maddeyle getirdiği normun bir tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunun kabulü yeterlidir. Çünkü 194. maddeyle aile konutunun fiilen kullanılmasına engel olabilecek veya kullanılmasını zorlaştıracak hukukî işlemlerin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanması amaçlanmıştır. Bu nedenle aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin aile konutuyla ilgili borçlandırııcı işlemleri diğer eşin rızasına bağlı olmadan geçerli olarak yapması mümkündür⁹⁹. Mesela aile konutunun

⁹⁶ Doğan, s. 291; Gümüş, s. 36 vd.; Ayan, s. 80-85; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 205.

⁹⁷ Tasarruf yetkisi kavramıyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Cansel, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964 (Tapu Sicili), s. 109 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 222.

⁹⁸ Ayan, s. 80-81.

⁹⁹ Gümüş'ün isabetli olarak belirttiği gibi geçerli bir borçlandırııcı işlemin ifa edilmemesinden üçüncü kişiler için doğan tazminat alacağının yaratacağı baskıların, diğer eşi izin vermeye zorlayıp aile konutunun korunmasının tehlikeye düşeceği düşünülerek bu sonuç yadırganmamalıdır. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi aile konutuna ilişkin sadece genel ve soyut bir koruma sağlar. Bu durumda aile konutunun elden çıkma ihtimâli her zaman mümkündür. Bu nedenle Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi bir eşin borç altına girme suretiyle ailenin ekonomik temelini tehlikeye düşürmesini engellemez. İsviçre öğretisinde de vurgulandığı üzere bu hüküm, aile konutunun haczedilerek cebri icra yoluyla satışı engellemez. Aile konutunun korunmasının bu kadar kapsamlı olmaması sebebiyle, konutun henüz tehlikeye düşmediği ve diğer eşin fiilen kullanmasını engellemeyen durumlarda korumayı borç doğurucu taahhüt işlemlerine yaymaya gerek

maliki olan eş, aile konutuna ilişkin taşınmaz satış vaadi sözleşmesini eşinin rızasını almadan yapmış olsa bile geçerlidir¹⁰⁰. Bir kimsenin kendisine ait olmayan bir taşınmaza ilişkin olsa bile, geçerli bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapabileceği kabul edilirken¹⁰¹; kendisine ait olmakla birlikte üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmış bulunan bir taşınmaza ilişkin satış vaadi sözleşmesi yapamayacağını kabul etmek çelişkili bir tutum olur¹⁰². Aile konutunun maliki olan eş, yaptığı taşınmaz satış vaadi sözleşmesiyle üstlendiği asıl satış sözleşmesini yapma borcunu eşinin rızası olmadığı için yerine getiremezse, karşı tarafın zararını gidermek zorunda kalır. Vaat alacaklısı bu durumda mahkemeden mülkiyetin kendisine devrini değil; sadece uğradığı zararın giderilmesini isteyebilir¹⁰³.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğu sonucu söz konusu maddenin aynı kanunun 199. maddesiyle birlikte yorumlanmasından da çıkartılabilir¹⁰⁴. Türk Medenî Kanunu'nun eşlerin hukukî işlem özgürlüğüne sınırlamalar getiren maddeleri, evlilik birliğinin korunması amacıyla eşlerin bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkilerini sınırlamaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesi ise bu konudaki temel hükümdür. Maddeye göre hâkim, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine belirleyeceği malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların ancak diğer eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Aile konutunun aile bireyleri için diğer malvarlığı değerlerinden daha önemli olduğu düşünülerek 194.

bulunmamaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesindeki sınırlamayı gerek fiil ehliyeti gerekse katılma hakkına dayalı olarak kabul eden yazarlar ortak bir yaklaşımla mevcut sınırlamayı hem borçlandırıcı hem de tasarrufî işlemlere yaymaktadır. Ancak normun koruma amacı bize maddenin ailenin vazgeçilmez konut yeri ihtiyacını teminat altına almak için salt tasarruf yetkisi sınırlamasını yeterli gördüğünü göstermektedir. (Gümüş, s. 38-39).

¹⁰⁰ Ayan, s. 84.

¹⁰¹ Yargıtay'ın 24.04.1978 t. ve 3/4 sayılı içtihadı birleştirme kararına göre bir kişinin maliki olmadığı bir taşınmaza ilişkin olarak yapacağı taşınmaz satış vaadi sözleşmesi geçerlidir. (Erişim: *hukukturk*).

¹⁰² Ayan, s. 84; Gümüş, s. 71.

¹⁰³ Ayan, s. 85.

¹⁰⁴ Doğan, s. 291; Gümüş, s. 38; Ayan, s. 83.

maddeyle aile konutu üzerindeki tasarruf işlemlerinin geçerliliği hâkim kararına gerek olmaksızın diğer eşin rızasına bağlanmıştır¹⁰⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. ve 199. maddeleri birbirlerini tamamlayan ve birlikte yorumlanması gereken maddelerdir¹⁰⁶. Bu nedenle 194. maddenin bir tasarruf yetkisi sınırlaması niteliğinde olduğunun kabulü kanun koyucunun amacına ve Türk Medenî Kanunu'nun sistemine daha uygun düşmektedir¹⁰⁷.

3. Aile Konutu Üzerinde Eşlerden Birinin Hak Sahibi Olması

a. Eşlerden Birinin Aynî Hak Sahibi Olduğu Aile Konutuna İlişkin Hukukî İşlemler

(1) Aile Konutunun Eşlerden Birinin Mülkiyetinde Olması

Aile konutu eşlerden birinin tek başına mülkiyetinde ise, malik olan eş, diğerinin rızasını almadan bu konutu devredemez, konut üzerindeki mülkiyet hakkını sınırlandıracak tasarruf işlemleri yapamaz. Aksi halde işlem hükümsüz olur. Mesela malik olan eş, diğer eşin rızası olmadan konutu üçüncü bir şahsa satamaz, bağışlayamaz, bir şirkete sermaye olarak getirmez; ayrıca konut üzerinde üçüncü bir kişi lehine ipotek hakkı tesis edemez, intifa ve sükna hakkı veremez.

¹⁰⁵ Ayan, s. 83.

¹⁰⁶ Gümüş, Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi ile 199. maddesi arasındaki ilişkiyi şu şekilde ifade etmiştir: “ Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi, aynı kanunun 199. maddesi ile aynı kumaştan dokunmuş hükümler olarak karşımıza çıkar. Zira birincisinde bir önlem olarak tasarruf yetkisi sınırlamasının konusu olan tasarruf işlemleri doğrudan doğruya kanun tarafından belirlenmiş iken ikincisi evlilik birliğini korumaya yönelik önlem olarak sınırlandırma konusu tasarruf işlemleri bizzat hâkim tarafından somutlaştırılır. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi, aynı kanunun 199. maddesine dayanan önlemlerin alınmasının gecikmesinden kaynaklanabilecek olumsuz sonuçları nispeten budamayı amaçlayan bir ön önlem hükmü olarak değerlendirilebilir. Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin lafzı ise açık bir tasarruf yetkisi sınırlaması içermekte olup, aynı sınırlamayı özel bir görünümü olan 194. maddesi için de kabul edebiliriz.” (Gümüş, s. 38).

¹⁰⁷ Doğan, s. 293; Gümüş, s. 38; Ayan, s. 83.

Kanun koyucu, aile konutuna ilişkin hukukî korumayı güçlendirmek amacıyla Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasında malik olmayan eşe, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın aile konutu olduğuna dair şerhin tapu siciline işlenmesini isteme hakkı vermiştir¹⁰⁸. Bu husustaki şerh açıklayıcı etkiye sahiptir¹⁰⁹. Malik olan eşin tasarruf yetkisinin kanundan doğan bir sınırlaması söz konusu olduğu için aile konutu şerhinin tapuya işlenmemiş olduğu hallerde de bu sınırlama mevcuttur.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen şerhin etkisinin iki açıdan özel olarak incelenmesi gereklidir. İlk olarak tapu sicilindeki şerhin taşınmaza ilişkin tasarruf işlemlerinin yapılmasını engelleyip engellemeyeceği, ikinci olarak da şerh bulunmaması durumunda hem işlem tarafı olan üçüncü kişinin hem de işlem tarafı olmayan üçüncü kişinin iyiniyetinin korunup korunmayacağı meselelerinin çözümü kavuşturulması gerekir.

Türk Medenî Kanunu'nun tasarruf yetkisi kısıtlamalarına ilişkin 1010. maddesinin son fıkrasına göre tasarruf yetkisi kısıtlamaları şerh verilmekle taşınmaz üzerinde sonradan kazanılan hakların sahiplerine karşı ileri sürülebilir. Şerhler kural olarak malikin tasarruflarını engellemez, sadece tasarruf yetkisi kısıtlamasının taşınmaz üzerinde sonradan aynî hak kazanacak olan kişilere karşı ileri sürülebilmesini sağlar¹¹⁰.

Ancak Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 01.06.2002 tarih ve 2002/7 Numaralı Genelgesi'ne¹¹¹ göre üzerinde aile konutu şerhi bulunan taşınmazda, eşlerin rızası sağlanmadıkça tapu kütüğü üzerindeki tasarruf taleplerinin karşılanmaması gerekmektedir. Buna göre Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen işlemlerin

¹⁰⁸ Gümüş, s. 17.

¹⁰⁹ Gümüş (Mal Rejimleri), s. 91.

¹¹⁰ Oğuzman/ Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 205; Reisoğlu, Sefa: Türk Eşya Hukuku, C. I, Ankara 1984, s. 210; Cansel (Tapu Sicili), s. 49.

¹¹¹ Söz konusu genelge aile konutu şerhinin usul işlemlerini düzenlemesi bakımından uygulamada çok büyük bir eksikliği gidermiştir. Aile konutu şerhinin usul işlemleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Köseoğlu, Bilal: Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara 2005, s. 367 vd.

yapılabilmesi için diğer eşin rızası tapu memuru tarafından re'sen aranmalıdır¹¹². Her ne kadar Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasına dayalı olarak yapılan aile konutu şerhini, işlem tarafı dışındaki üçüncü kişilerin iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik, temelde beyanlara ilişkin bir fonksiyon ifa eden, açıklayıcı nitelikte bir tasarruf sınırlaması şerhi olarak kabul etsek de söz konusu genelge hükmünden de anlaşılacağı gibi uygulamada aile konutu şerhi, diğer eşin rızasının alınmadığı durumlarda tapu sicilini kilitlemektedir.

Tapu sicilinde "aile konutudur" şerhi bulunsa da bulunmasa da malik olan eşin, diğer eşin açık rızası olmadan yapacağı mülkiyetin devri veya sınırlı aynî hak kurulmasına ilişkin tasarruf işlemleri geçersizdir ve bu işlemin diğer tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyeti hiç bir şekilde korunmaz¹¹³. Çünkü işlem tarafı üçüncü kişinin işlem konusu konutun bir aile konutu olduğuna ilişkin iyiniyetinin korunabilmesi için kanunun böyle bir korumayı kabul etmiş olması gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi, diğer eşin rızası olmadan hak sahibi eş ile işlem yapan üçüncü kişinin, hak sahibi eşin tasarruf yetkisine veya konutun aile konutu niteliğine yönelik iyiniyetini korumadığı için hak sahibi eşin tasarruf yetkisi eksikliği ortadan kalkmaz ve dolayısıyla işlem tarafı üçüncü kişi için geçerli bir iktisap söz konusu olamaz¹¹⁴. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin amacı hukukî işlem güvenliğini korumak değil; aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşin ve ailenin barınma hakkını korumaktır¹¹⁵. Aynı kanunun 1023. maddesinde yer alan tapu siciline güven ilkesini de 194. maddeye uygulamak mümkün değildir. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesinde hak sahibinin tasarruf yetkisinin varlığına

¹¹² Şıpka, s. 167; Ayan, s. 92.

¹¹³ Gümüş (Mal Rejimleri), s. 86; Doğan, s. 294-295; Şıpka, s. 159; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 205. İşlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunması gerektiği yönündeki görüş için bkz. Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 19 vd.; Akıntürk/Karaman, s. 122; Reisoğlu, s. 68; Ayan, s. 103.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'na göre "aile konutu olarak özümlenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile, işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynî hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur." YHGK. 04.10.2006 t. ve E.2-591/K.624 sayılı kararı. (Gümüş (Mal Rejimleri), s. 93 vd.) Yargıtay'ın işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunacağı görüşünü destekler nitelikteki bu kararını isabetsiz bulmaktayız.

¹¹⁴ Gümüş (Mal Rejimleri), s. 86.

¹¹⁵ Şıpka, s. 159.

veya rızası gereken eşin rızasının bulunduğuna yönelik güven değil; sadece tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin gerçekten malik olduğuna duyulan güven korunmuştur¹¹⁶.

Ayrıca evlilik birliği sorunsuz bir şekilde devam ettiği sürece eşlerin aklına aile konutu şerhi verdirmek gelmeyeceğinden; bir uyuşmazlık çıktığında tapu sicilinde aile konutu şerhi bulunmaz. Bu halde üçüncü kişinin iyiniyetle aynî hak kazanabileceğini kabul etmek diğer eş mağdur eder ve Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin amaçladığı koruma ortadan kalkar¹¹⁷.

İşlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmaması gereğinin diğer bir dayanağı da Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrası ile getirilen sınırlamanın kanundan doğan bir tasarruf yetkisi sınırlaması olması ve tapuya tescil edilmese de herkesçe bilinmesi gerektiğidir¹¹⁸.

Aile konutuna ilişkin bir işlem yapılabilmesi için rızası aranan diğer eşin rızası alınmadan tescil işlemi yapılmışsa bu şekilde yapılan işlem geçersiz olmakla birlikte yapılan tescil yolsuz tescil olur¹¹⁹. Bu yolsuz tescile dayanarak iyiniyetli üçüncü kişilerin aynî hak kazanmaları mümkündür. Bu ihtimâli ortadan kaldırmak için söz konusu taşınmazın aile konutu olarak özgülendiğinin tapu siciline şerh verilmesi gerekir. Şerhin iyiniyeti ortadan kaldıracı etkisi tapu sicilinde aile konutu şerhi bulunmasına rağmen tapu memurunun yapacağı ikinci işlemde ortaya çıkar. Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin üçüncü fıkrasındaki aile konutu şerhi olanağı bu şekilde yolsuz tescile dayanarak hak kazanmak isteyen üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırarak Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesinin

¹¹⁶ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 21.

¹¹⁷ Doğan, s. 294; Şıpka, s. 159.

¹¹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 205; Şıpka, s. 159.

¹¹⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 208; Gümüş, s. 48; Şıpka, s. 145. Bu durumda rıza vermeyen eş veya aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş tarafından adına yolsuz tescil yapılan üçüncü kişiye karşı tapu kütüğünün düzeltilmesi davası açılarak (TMK. m. 1025/1) mevcut yolsuz tescilin düzeltilmesi sağlanabilir. (Demir, Pınar Özlem: Yeni Medenî Kanunda Evli Kadınların Hukukî Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004, s. 35; Gümüş, s. 48).

uygulanmasını önlemek amacıyla getirilmiştir¹²⁰. İyiniyetli üçüncü kişilerin tapuya güven ilkesinden yararlanabileceğini kabul etmek 194. maddenin koruma amacına ulaşılmasını zorlaştırır¹²¹.

(2) Aile Konutu Üzerinde Eşlerden Birinin Sınırlı Aynî Hakkı Olması

Aile konutu üzerinde eşlerden birinin mülkiyet hakkı değil de, intifa, süknâ veya üst hakkı gibi sınırlı bir aynî hakkı varsa, Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi yine uygulanır¹²². Bu halde sınırlı aynî hak sahibi olan eş, diğer eşin rızasını almadan hakkı üzerinde tasarruf işlemi yapamaz. Mesela aile konutunu sahip olduğu intifa hakkına dayanarak aileye özgüleyen eş, diğer eşin açık rızasını almadıkça bu hakkından feragat edemez¹²³. Bu sonuç Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasındaki “.....veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz” şeklindeki düzenlemenin bir sonucudur.

b. Eşlerden Birinin Kişisel Hak Sahibi Olduğu Aile Konutuna İlişkin Hukukî İşlemler

Aile konutu üzerinde eşlerden birinin kişisel hakkı olduğu durumlarda da Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi uygulanır. Mesela aile konutu eşlerden biri tarafından kira sözleşmesiyle sağlanmış veya eşlerden birine ariyet sözleşmesi gereğince bırakılmış olabilir. Bu durumlarda aile konutu üzerinde kişisel hak sahibi olan eş, Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrası gereğince diğer eşin rızasını almadan aile konutuna

¹²⁰ Doğan, s. 294-295; Şıpka, s. 160; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 205; Ayan, s. 104.

¹²¹ Doğan, s. 294-295.

¹²² Doğan, s. 290; Ayan, s. 109.

¹²³ Şıpka, s. 110.

ilişkin kira sözleşmesini feshedemez veya aile konutu üzerindeki hakkını sınırlayacak tasarruf işlemleri yapamaz¹²⁴.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasına göre aile konutu olarak kullanılan taşınmaz eşlerden biri tarafından kira sözleşmesi ile sağlanmışsa sözleşmenin tarafı olan eş ancak diğer eşin açık rızasıyla bu sözleşmeyi feshedebilir. Kiracı eşin diğer eşin açık rızası olmamasına rağmen kira sözleşmesinin feshine ilişkin irade açıklaması hiçbir hukukî sonuç doğurmaz. Tabi bu durumda da hak sahibi olmayan eşin haklı ve inandırıcı bir sebebi olmadan rızasını açıklamaktan kaçınması halinde kiracı eşin hâkime başvurma imkânı vardır (MK. m. 194/2).

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasına göre aile konutu üzerindeki hakların sınırlanması da diğer eşin rızasına bağlıdır. Bu nedenle kira sözleşmesinin tarafı olan eşin yapacağı aile konutundan yararlanmayı engelleyici nitelikteki tasarruflar; kira sözleşmesinden doğan hakları azaltan veya ortadan kaldıran bütün hukukî işlemler için diğer eşin

¹²⁴ 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesindeki düzenlemeye paralel bir düzenleme 11.01.2011 tarihinde kabul edilen, 27836 sayılı Resmî Gazetede ilân edilen ve 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinde (tasarının 348. maddesine karşılık gelmektedir) yer almaktadır. Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu'na göre tasarının 348. maddesi "818 sayılı Borçlar Kanununda ve 6570 sayılı Kanunda yer verilmeyen, ancak 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194 üncü maddesini kısmen karşılayan; "b. Aile konutu" kenar başlıklı yeni bir maddedir.

Tasarının üç fıkradan oluşan 348 inci maddesinde, aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin fesih bildiriminin geçerlilik koşulları düzenlenmektedir.

Madde, 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 194 üncü maddesinin birinci, ikinci ve son fıkralarında yapılan düzenleme ile uyumlu olarak kaleme alınmıştır. Bu düzenlemede, aile konutu olarak kullanılmak üzere kiralanan taşınmazlarda kiracının, eşinin açık rızası olmadıkça kira sözleşmesini feshedemeyeceği; bu rızanın alınması mümkün olmazsa veya eş haklı sebep olmaksızın rızasını vermekten kaçınırsa kiracının, hâkimden bu konuda bir karar vermesini isteyebileceği ve sözleşmenin tarafı olmayan eşin, kiralayana (kiraya verene) yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline geleceği öngörülmektedir. Tasarıda da, aynı esaslar korunmuş, buna bağlı olarak, maddenin son fıkrasında, kiracı olmayan eşin, kiraya verene bildirimde bulunarak kira sözleşmesinin tarafı sıfatını kazanması hâlinde, kiraya verenin, fesih bildirimi ile fesih ihtarına bağlı bir ödeme süresini kiracıya ve eşine ayrı ayrı bildirmek zorunda olduğu belirtilmiştir. Böylece, bu durumda, evlilik birliğinin korunması amacıyla, eşlerden birinin, kiracı sıfatıyla, tek başına hareket ederek, diğer eşin açık rızası olmaksızın sözleşmeyi sona erdirmesi önlenmek istenmiştir." (Türk Borçlar Kanunu Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu (1/499), Erişim: <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>).

rızası aranır. Bunların yanında kira sözleşmesindeki haktan feragat anlamına gelen kiralayana tahliye taahhüdü verilmesi de diğer eşin rızasına bağlıdır¹²⁵.

Aile konutuna ilişkin kira sözleşmesinin feshi veya tahliye taahhüdünün geçerliliği hakkında Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasının uygulanabilmesi için kiracı sıfatının eşlerden birine ait olması gerekir¹²⁶. Eşlerin ikisi de başlangıçtan beri kira sözleşmesinin tarafıysa veya aynı maddenin son fıkrası uyarınca diğer eş kiralayana yaptığı tek taraflı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmişse fesih beyanının veya tahliye taahhüdünün kiralayana her iki eş tarafından birlikte yapılması gerekir¹²⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin birinci fıkrasında sadece kiracı eş tarafından kira sözleşmesinin feshi ile kira sözleşmesindeki hakların sınırlandırılması diğer eşin rızasına bağlandığından söz konusu fıkra bunlar dışındaki durumlar için herhangi bir koruma öngörülmemiştir. Kiracı eşin kira sözleşmesinin sona ermesine yol açabilecek, örneğin kira parasını ödememek suretiyle temerrüde düşmesi gibi pasif davranışları için bir koruma söz konusu değildir. İşte bu nedenle diğer eşe dolaylı da olsa bir koruma sağlamak amacıyla 194. maddenin son fıkrasıyla kira sözleşmesine taraf olmayan eşin kiralayana yapacağı tek taraflı bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi sağlanmıştır¹²⁸. Bu bildirimden itibaren kira sözleşmesinin tarafı olan diğer eş de kira sözleşmesinden doğan haklara sahip olur ve kira sözleşmesinden doğan borçların müteselsil sorumlusu haline gelir¹²⁹.

¹²⁵ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 11; Ayan, s. 113; Şıpka, s. 112.

¹²⁶ Doğan, s. 295; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 11; Şıpka, s. 112-113.

¹²⁷ Ayan, s. 113-114.

¹²⁸ Böyle bir hüküm İsviçre Medenî Kanunu'nda bulunmamaktadır. Fakat İsviçre Medenî Kanunu'nun 266. maddesinin (n) bendine göre kiralayanın yapacağı tahliyeyle ilişkin tüm bildirimlerin diğer eşe de yapılması zorunludur ve bu şekilde yapılmayan fesih bildirimleri geçersizdir. Türk Hukuku'nda ise kiralayanın kiracıya yapacağı bildirimlerin geçerliliği için böyle bir koşul aranmamaktadır. Bu nedenle Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin son fıkrasında öngörülen şekilde diğer eş kira sözleşmesine taraf olmamışsa kiralayanın sadece kiracı olan eşe yapacağı bütün ihtar ve ihbarlar geçerlidir. Bu hüküm, sözleşmenin tarafı olmayan eşe güçlü bir koruma sağlamak açısından yerinde bir düzenlemedir. (Ayan, s. 114-115).

¹²⁹ Gümüş'e göre Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin son fıkrası sakat bir hükümdür. Çünkü aynı maddenin birinci fıkrasının tanıdığı feshe izin verme yetkisi çerçevesinde zaten etkili olabilen

4. Aile Konutu Üzerinde Eşlerin Birlikte Hak Sahibi Olmaları

a. Aile Konutunun Paylı Mülkiyet Konusu Olması

Paylı mülkiyette eşya hukuku ilkeleri gereği kural olarak her paydaş tek başına tasarrufta bulunabilir (MK. m.688/son). Ancak Türk Medenî Kanunu'nun Aile Hukuku bölümünde edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilişkili 223. maddesinin ikinci fıkrası ile eşlerin paylı mülkiyetindeki mallar için bu kurala istisna getirilmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasına göre *“Aksine anlaşma olmadıkça eşlerden biri, diğerinin rızasını almadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.”* Edinilmiş mallara katılma rejiminde aile konutu da eşlerin paylı mülkiyetinde ise, eşlerden biri, diğer eşin rızasını almadan payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Fakat Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi, 223. maddesinin ikinci fıkrasına göre daha geniş bir uygulama alanına sahip olduğu gibi daha etkili bir koruma sağlar¹³⁰. Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası sadece yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulanabilir. 194. madde ise evliliğin genel hükümleri arasında yer aldığından eşler arasındaki mal rejimine bakılmaksızın uygulanır. Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası emredici bir hüküm olmadığı için eşler yapacakları bir sözleşmeyle bu haktan feragat edebilirler. Hâlbuki 194. madde emredicidir; eşlerin bu haktan vazgeçmeleri veya bu hakkı kullanmayacaklarını taahhüt etmeleri hüküm doğurmaz¹³¹. Ayrıca eşlerin paylı mülkiyetine tâbi bir taşınmaz ya da aile konutu için, eşya hukukunun paylı mülkiyet kuralları gereği ortaklığın giderilmesinin istenmesi her zaman mümkündür (MK. m. 698). Tarafların anlaşamaması halinde malın açık

eşin müteselsil sorumlu olarak kira sözleşmesinin tarafı olmak istemeyeceği açıktır. (Gümüş, s. 25, dn. 52). Ayan'a göre ise müteselsil sorumluluk sonucu, bu hükmün uygulanabilirliğini azaltsa da Türk Hukuku'nda kiralayanın yapacağı bildirimlerin her iki eşe de yapıldığı takdirde geçerli olacağına ilişkin bir düzenleme getirilinceye kadar evlilik birliğinin korunması bakımından yararlı bir hükümdür. Çünkü tek taraflı bildirimle sözleşmenin tarafı olan eş bu sayede en azından kiralayanın yapacağı bildirimlerden haberdar olabilir. (Ayan, s. 115, dn. 187).

¹³⁰ Ayan, s. 107.

¹³¹ Şıpka, s. 108.

arttırma ile satılması söz konusu olabilir (MK. m. 699). Bu nedenle aile konutunun eşlerin paylı mülkiyetinde olması halinde Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası konuttan sürekli faydalanma hakkını kesin olarak koruyamaz¹³². Diğer yandan söz konusu fıkra da tapu siciline şerh olanağı öngörülmezken, aile konutu olarak kullanılan taşınmaz eşlerin paylı mülkiyetinde ise tapu siciline aile konutu şerhi verilebilir.

Saydığımız nedenlerden dolayı aile konutu eşlerin paylı mülkiyetinde ise Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi öncelikle uygulanmalıdır¹³³. Buna göre eşlerden biri, diğer eşin rızası bulunmadıkça diğer eşle birlikte paylı malik olduğu aile konutu üzerindeki payını devredemez, payı üzerinde ipotek, intifa ve sükna hakları kuramaz. Ayrıca eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan aile konutuna ilişkin olarak her iki eş de tapu siciline şerh imkânından yararlanabilir (MK. m. 194/3).

b. Aile Konutunun Elbirliği Mülkiyetinin Konusu Olması

Aile konutunun eşlerin elbirliği mülkiyetinin konusu olması halinde Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin uygulanmasına gerek yoktur. Çünkü bu durumda paylı mülkiyetten farklı olarak eşler zaten elbirliği mülkiyetine ilişkin özel hükümler gereğince (MK. m. 701 vd.) konut üzerinde oybirliği ile tasarrufta bulunabileceklerdir. Elbirliği mülkiyetinde ortaklar malın tamamı üzerinde mülkiyet hakkına sahiptirler ve ortakların belli payları yoktur. Elbirliği mülkiyetindeki mallara ilişkin tasarruf işlemleri ortakların oybirliği halinde alacakları karara bağlıdır (MK. m. 702/2). Bu nedenle eşlerin elbirliği mülkiyetinde bulunan aile konutları üzerindeki tasarruf işlemleri bakımından

¹³² Şıpka, s. 108.

¹³³ Ayan, s. 108; Şıpka, s. 108; Doğan, s. 290. Aksi yöndeki görüş için bkz. Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 17.

Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin uygulanmasında bir zorunluluk yoktur¹³⁴.

Aile konutu, elbirliği veya paylı mülkiyet konusu olmakla birlikte eşlerden biri paydaş değilse Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesi yine uygulama alanı bulur. Bu durumda paydaş olan eş, diğer eşin rızasını almadan onun aile konutu üzerindeki haklarını engelleyici hukukî işlemler yapamaz¹³⁵.

III. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNDE OLAN MALLARA İLİŞKİN HUKUKİ İŞLEMLER

Türk Medenî Kanunu'nun 688. maddesine göre paylı mülkiyette paydaşlar, kendi payları bakımından malikin hak ve yükümlülüklerine sahiptir. Paylı mülkiyette her bir paydaş kendi payı üzerindeki hukukî işlemleri diğer paydaşların rızasını almadan yapabilir. Ancak paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda paylardan birinin satılması halinde ortaklık ilişkisine ortaklığa yabancı üçüncü bir kişinin girmesinin önlenmesi amacıyla Türk Medenî Kanunu'nun 732. maddesi uyarınca diğer paydaşlara yasal önalım hakkı tanınmıştır.

Eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan malları üzerindeki tasarruf işlemleri için Türk Medenî Kanunu'nun 732. maddesindeki yasal önalım hakkı yeterli görülmemiş; evlilik birliğinin korunması amacıyla aynı kanunun 223. maddenin ikinci fıkrasıyla özel bir koruma getirilmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun edinilmiş mallara katılma rejimi ile ilgili olarak getirdiği özel bir hükümdür ve sadece edinilmiş mallara katılma rejiminde uygulanır. Katılma rejiminde eşler paylı mülkiyet konusu mallar edinebilirler. Bu maddeye göre aksine anlaşma yoksa eşlerden biri, diğerinin rızası

¹³⁴ Ayan, s. 109; Şıpka s. 109.

¹³⁵ Şıpka, s. 109-110.; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 17; Doğan, s. 290.

olmaksızın paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.

Genellikle eşlerin ortak kazançlarıyla birlikte beğenerek aldıkları paylı mülkiyet konusu bir malda bir eşin payını diğerinin rızası olmadan devretmesi ailenin mutluluğuna zarar verdiği gibi diğer eşi hiç istemediği üçüncü bir kişi ile paydaş olmak zorunda bırakır¹³⁶. Türk Medenî Kanunu'nun 732. maddesindeki yasal önalım hakkı imkânı, evlilik birliğinin özel durumu nedeniyle pek elverişli değildir. Bu hak sadece paylı mülkiyet konusu taşınmazlarda söz konusudur. Oysa eşlerin birçok taşınırı da paylı mülkiyetlerinin konusu olabilir. Ayrıca önalım hakkı sadece payın üçüncü kişiye satılması halinde söz konusu olacağından mesela eşin payını üçüncü bir kişiye bağışlaması halinde diğer eşe önalım hakkı tanınmaz. Bütün bunların yanında bir eşin payını üçüncü kişiye satması halinde diğer eşin yasal önalım hakkını kullanması hem zaman kaybına yol açar hem de masraflı bir yoldur.

Paylı mülkiyette bir eşin payını diğerinin rızası olmadan başkasına devretmesi yasağının diğer önemli bir gerekçesi ev eşyalarıyla ilgilidir. Katılma rejiminde Türk Medenî Kanunu'nun 240. maddesi katılma alacağına mahsuben; 652. maddesi ise miras hissesine mahsuben sağ kalan eşe ev eşyasında aynî hak talep etme yetkisi getirmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası ile dolaylı olarak mal rejiminin tasfiyesi halinde üstün yararını kanıtlaması suretiyle paylı malın eşlerden birine verilmesini talep hakkı ile evlilik birliğinin ölümle sona ermesi halinde eşlerin aile konutu ve ev eşyasına yönelik haklarının da korunması sağlanmış olur¹³⁷.

Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için öncelikle eşlerin paylı mülkiyet konusu mallarının bulunması gerekir. Paylı mülkiyet konusu mal taşınır veya taşınmaz mal olabilir. Maddede sadece mal sözcüğü kullanılmış olsa da paylı mülkiyet

¹³⁶ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 23.

¹³⁷ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 24; Şıpka, s. 103.

konusu hakların da buraya girdiğini kabul etmek gerekir. Eşlerin paylı mülkiyet konusu olan mal üzerindeki pay oranları önemli değildir¹³⁸.

Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesine bakıldığında aynı maddenin ikinci fıkrasının uygulanabilmesi için, her iki eşin de paydaş olmasına ilişkin bir zorunluluk aranmamaktadır. Ancak maddenin konuluş amacına ve gerekçesine bakarsak her iki eşin de paydaş olması gerekir¹³⁹. Her iki eş de mal üzerinde paydaş değilse tasarruf işlemlerinin geçerli olması için diğer eşin rızası gerekmez. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nda eşlerin bireysel mülkiyetinde bulunan malları için kural olarak hukukî işlem özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir. Örneğin kocanın kardeşiyle birlikte paylı mülkiyetinde olan bir taşınmazdaki payı üzerinde yapacağı tasarruflar diğer eşin rızasına bağlı değildir¹⁴⁰.

Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasından anlaşılacağı gibi diğer eşin rızasına bağlanmış olan işlemler sadece tasarruf işlemleridir. Bu nedenle borçlandırıcı işlemlerde mesela paya ilişkin satış vaadi sözleşmelerinde diğer eşin rızası şart değildir. Bu madde Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinde olduğu gibi eşlerden birinin tasarruf yetkisine ilişkin bir sınırlama niteliği taşır¹⁴¹.

Paylı mülkiyette bir eşin, payı üzerinde diğerinin rızası olmadan tasarrufta bulunması halinde yapılan işlem rızası alınmayan eş bakımından bağlayıcı değildir. İşlemin karşı tarafı ise bu işlemle bağlıdır. Rızası alınmayan eş bu işleme icazet vermedikçe işlem geçerli olmaz. İşlemin karşı tarafı Borçlar Kanunu'nun 38. maddesinde (TBK. m. 46) olduğu gibi rızası alınmayan eşe mehil vermek suretiyle işleme icazet verip vermeyeceğini açıklamasını talep edebilir. Verilen mehil içinde icazet verilmezse işlemin karşı tarafı da işlemle bağlı olmaktan kurtulur¹⁴².

¹³⁸ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 24.

¹³⁹ Ayan, s. 118; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 24.

¹⁴⁰ Ayan, s. 119.

¹⁴¹ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 25; Şıpka, s. 107.

¹⁴² Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 25.

Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası, aynı kanunun 194. maddesinin ikinci fıkrasından farklı olarak tasarruf işleminde bulunacak olan eşe, mahkemeye başvurmak suretiyle işleme izin verilmesini isteme hakkı tanımamıştır. Ancak bütün hakların kullanılmasında olduğu gibi Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesinin koşullarının bulunduğu durumlarda payı üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen eşin haklı sebeplerini kanıtlamak ve rıza vermeyen eşin haklı nedenlerinin bulunmadığını ortaya koymak suretiyle hâkimden izin alabileceği kabul edilmelidir¹⁴³.

Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrası emredici olmadığından eşler bunun aksine bir anlaşma yapabilirler. Maddede bu anlaşmanın mal rejimi sözleşmesiyle yapılması koşulundan bahsedilmemiştir. Maddede anlaşmanın şekliyle ilgili bir sınırlandırma bulunmadığına göre yazılı şekilde yapılması geçerlilik koşulu değildir¹⁴⁴. Ayrıca maddede, aynı kanunun 194. maddesinin üçüncü fıkrasında olduğu gibi tapuya şerh olanağı öngörülmemiştir. Bu nedenle eşlerin paylı mülkiyet konusu mallarının şerhi ancak Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin uygulanma koşullarının gerçekleşmesi halinde yapılabilir¹⁴⁵.

IV. EVLAT EDİNME İŞLEMİ

A. Eşlerin Birlikte Evlat Edinmesi Gerekliliği

Türk Medenî Kanunu'nun 306. maddesine göre eşler ancak birlikte evlat edinebilirler. Bu maddede evlat edinilenin menfaatinin yanında diğer eşin menfaati ve dolaylı olarak evlilik birliğinin korunması göz önünde tutulmuştur. Evli bir kişi evlatlık almak istiyorsa kural olarak bu işlemi tek başına değil,

¹⁴³ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 25.

¹⁴⁴ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 26. Şıpa'ya göre bu sözleşme mal rejimi sözleşmesine ilişkin bir değişiklik niteliği taşır ve bu nedenle resmî şekilde yapılmalıdır. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 225. maddesine göre mal rejimi sözleşmelerindeki değişiklikler resmî şekilde yapılmalıdır. (Şıpa, s. 108, dn. 372). Ayan'a göre ise Türk Medenî Kanunu'nun 223. maddesinin ikinci fıkrasına göre yapılacak bir sözleşme, aynı kanunun 227. maddesinin son fıkrasının kıyas yoluyla uygulanması sonucunda adi yazılı şekilde yapılmalıdır. (Ayan, s. 120).

¹⁴⁵ Ayan, s. 122.

eşiyile birlikte yapmak zorundadır. Maddeye göre eşlerin birlikte evlat edinebilmelerinin iki seçimlik şartı vardır. Buna göre eşlerin birlikte evlat edinebilmeleri için en az beş yıldan beri evli olmaları veya otuz yaşını doldurmuş bulunmaları gerekir¹⁴⁶.

Türk Medenî Kanunu'nun 306. maddesinde çift yönlü bir düzenleme yer almaktadır. İlk olarak evli kişiler ancak birlikte evlat edinebilirler. İstisnalar dışında eşlerden birinin tek başına bir kişiyi evlat edinmesi mümkün değildir. İkinci olarak da ancak evli olanlar bir kişiyi birlikte evlat edinebilirler. Evli olmayanların bir kişiyi birlikte evlat edinmesi mümkün değildir.

Eşlerin birlikte evlat edinmeleri gerekliliğinin istisnalarından biri diğer eşin çocuğunu evlat edinmedir. Maddeye göre eşlerden biri, eşiyile en az iki yıldan beri evli olması veya otuz yaşını doldurmuş bulunması şartıyla diğerinin çocuğunu evlat edinebilir. Bu düzenleme sayesinde bir eşin, diğerinin önceki evliliğinden olan çocuğunu evlat edinmesiyle öz evlat-üvey evlat ayrımı giderilmiş olur¹⁴⁷.

Eşlerden birinin diğer eşin katılımı olmaksızın tek başına evlat edinebileceği diğer hal Türk Medenî Kanunu'nun 307. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Buna göre evlat edinmek isteyen eş, otuz yaşını doldurmuş olmak şartıyla, diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli yoksun olması veya en az iki yıldan beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da mahkeme kararıyla en az iki yıldan beri eşinden ayrı yaşamakta olması nedeniyle birlikte evlat edinmelerinin olanaksızlığı ispat ederek diğer eşin katılımı olmaksızın tek başına evlat edinebilir.

¹⁴⁶ Evlat edinme konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Işık, Mehmet: Evlat Edinme, Ankara 2005; Ruhi, Ahmet Cemal: Türk Hukuku'nda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile ilgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, Ankara 2003, s. 19 vd.; Aydos, Oğuz Sadık: "Yeni Medenî Kanun'a Göre Evlat Edinme", GÜHFD, C. IV, S. 1-2, Ankara 2000, s. 117 vd.

¹⁴⁷ Akıntürk/Karaman, s. 374.

B. Eşlerden Birinin Ancak Eşinin Rızasıyla Evlat Edinilebilmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 313. maddesinin ikinci fıkrasına göre evlat edinilmek istenen kişi evli ise ancak eşinin rızasıyla evlat edinilebilir¹⁴⁸.

Evlat edinme sonucunda evlat edinen ile evlatlık arasında yapay bir soy bağı ilişkisi kurulur¹⁴⁹. Yapay soy bağı, birçok bakımdan doğal soy bağına benzer hükümler doğurur. Evlat edinme ile birlikte taraflar arasında karşılıklı hak ve yükümlülükler doğar; tarafların bütün hayatları bu durumdan etkilenir¹⁵⁰.

Kanun koyucu evlat edinme sonrasında ortaya çıkacak olan yeni aile ilişkilerinin, evlat edinilecek kişinin evlilik birliğini olumsuz yönde etkilememesi için evli bir kişinin evlat edinilmesinde eşinin rızasını aramıştır. Bu rıza alınmadan evlat edinme işlemi tamamlanmışsa Türk Medenî Kanunu'nun 317. maddesine göre yasal bir sebep bulunmaksızın rızası alınmayan diğer eş, evlatlığın menfaatini ağır biçimde zedelememesi kaydıyla hâkimden evlatlık ilişkisinin kaldırılmasını isteyebilir. Evlatlık ilişkisinin kaldırılmasına ilişkin dava hakkı ilişkinin kaldırılmasını gerektiren sebebin öğrenilmesinden itibaren bir yıl ve her halde evlat edinme işleminin üzerinden beş yıl geçmesiyle düşer (MK. m. 319).

V. MAL ORTAKLIĞI REJİMİNE İLİŞKİN BAZI HUKUKİ İŞLEMLER

Mal ortaklığı rejimi, mal ayrılığı ve paylaşımlı mal ayrılığı rejimleri gibi seçimlik mal rejimlerinden biridir¹⁵¹. Mal ortaklığı rejimi eşlerin kişisel malları ile ortaklık mallarından oluşur (MK. m. 256). Mal ortaklığı rejiminde eşler

¹⁴⁸ 24 Nisan 1967 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesinin 5. maddesinin 1. fıkrasının (b) bendine göre evlat edinilenin eşinin rızası gerekmektedir. (Ruhi, s. 40, dn. 84).

¹⁴⁹ Işık, s. 104; Akıntürk/Karaman, s. 384; Öztan, s. 584; Oğuzman/Dural, s. 256; Hatemi/Serozan, s. 326.

¹⁵⁰ Ayan, s. 124.

¹⁵¹ Mal ortaklığı rejimi ve diğer seçimlik mal rejimleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gümüş (Mal Rejimleri), s. 217 vd.; Özügür, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Ankara 2008, s. 159 vd.

ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak, elbirliği mülkiyeti halinde sahip olurlar.

Eşlerden her biri, olağan yönetimin sınırları içerisinde kalmak şartıyla ortaklık malları üzerinde yapacağı tasarrufla ortaklığı yükümlülük altına sokabilir (MK. m. 262). Olağan yönetim dışında kalan konularda ise eşler ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle tasarrufla bulunabilir (MK. m. 263). Bu nedenle mal ortaklığı rejiminde geçerli olan kural, eşlerin ortaklık malları üzerinde ancak birlikte tasarrufla bulunabilmeleridir. Bu zorunluluk eşlerin ortaklık malları üzerindeki elbirliği mülkiyetinden kaynaklanır. Eşlerin ikisi de ortaklık payı üzerinde tek başına tasarrufla bulunamaz (MK. m. 257/3). Ancak bir eşin, diğerinin rızasını almak koşuluyla tasarrufla bulunması mümkündür.

Ortaklık malları üzerinde eşlerin elbirliği mülkiyeti bulunduğu için ortaklık mallarına girecek bir mirasın kabulü veya reddi konusunda Türk Medenî Kanunu'nda özel bir düzenlemeye de yer verilmiştir¹⁵². Türk Medenî Kanun'un 265. maddesine göre eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi tereke borca batık olduğu takdirde diğer eşin rızasını olmaksızın bu mirası kabul edemez. Ancak diğer eşin rızasının alınmasına imkân bulunmazsa veya mirasçı eşin rıza verilmesine ilişkin istemi diğer eş tarafından hiçbir haklı sebep olmadığı halde reddedilirse, istemde bulunan eş kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilir.

Türk Medenî Kanunu'nun 265. maddesi, evlilik birliği açısından çift yönlü bir koruma içermektedir. Bir yandan niteliği maddede belirtilen türden bir mirasın kabul edilmesi veya reddedilmesi diğer eşin rızasına bağlanmış; diğer yandan diğer eşin rızasının alınması olanaksız ise, bu gibi durumlarda

¹⁵² Akıntürk/Karaman, s. 191; Öztan, s. 307.

evlilik birliğini korumak amacıyla hâkimin evlilik birliğine müdahale etmesine imkân sağlanmıştır¹⁵³.

VI. EVLİLİĞİN ÖLÜM DIŞI SONA ERMESİNİN HÂKİM KARARINA BAĞLI OLMASI

A. Evliliğin Ölüm Dışı Sona Erme Sebepleri

Kadın ile erkeğin tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak amacıyla evlenme konusundaki iradelerini yetkili resmî memur ile tanıkların önünde açıklamalarıyla kurulan evlilik birliği eşlerden birinin ölmesiyle kendiliğinden sona erer. Ölüm dışındaki sebeplerle evlilik birliğinin sona erdirilmesi ancak hâkim kararıyla mümkündür.

Eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin uygulanması da ölümün doğurduğu sonuçları doğurur. Türk Medenî Kanunu'nun 31. maddesine göre ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kimse, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır. Bu durumda aynı kanunun 44. maddesinin birinci fıkrası gereğince o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe bu kişi hakkında ölü kaydı düşülür. Ölüm karinesi denilen bu durum, karı veya kocadan biri hatta her ikisi hakkında söz konusu olabilir. Eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin uygulanması halinde evlilik kendiliğinden ortadan kalkar.

Gaiplik de evlilik birliğinin sona ermesine yol açan bir sebep olmakla birlikte ölüm ve ölüm karinesinden farklı olarak evliliği kendiliğinden sona erdirmez; mahkemece evliliğin feshine karar verilmesi gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun 32. maddesinin birinci fıkrasına göre ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamayan bir kimsenin ölümü hakkında kuvvetli olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme bu kişinin gaipliğine karar verebilir.

¹⁵³ Ayan, s. 126.

Görüldüğü gibi gaiplikte bir kişinin ölmüş olup olmadığı kesin olarak bilinmemekle beraber böyle bir sonuç pek kuvvetle olası görünmektedir. Bir kimsenin gaipliğine karar verilmiş olması onun gerçekten ölmüş olduğunun mahkeme kararıyla saptandığı anlamına gelmez; sadece o kişinin öldüğü karine olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu, gaipliğine karar verilmiş birinin günün birinde çıkıp gelebileceğini ve gaiplik kararıyla evliliğin sona ermesinin ileride büyük sakıncalar doğurabileceğini düşünerek gaiplik kararının evliliği kendiliğinden ortadan kaldırmayacağını kabul etmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 131. maddesinin birinci fıkrasına göre gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. Mahkemeden bu yönde bir karar alınmadığı sürece, sırf eşlerden birinin gaipliğine karar verilmiş olması evlilik birliğini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre gaibin eşi, evliliğin feshini gaiplik kararıyla birlikte isteyebileceği gibi ayrıca açacağı bir davayla da isteyebilir¹⁵⁴.

Geçerli olarak kurulmuş bir evliliğin ölüm ve gaiplik nedeniyle evliliğin feshi dışında sona ermesi boşanma ile mümkündür. Boşanma da ancak hâkim kararıyla gerçekleştirilebilir. Eşler boşanmak istiyorlarsa bu istemlerini kanunda sınırlı olarak sayılmış bulunan boşanma nedenlerine dayandırmak ve mahkemenin bu yönde karar vermesini talep etmek zorundadırlar. Eşler ortak iradeleriyle evlilik birliğini ortadan kaldıramazlar. Türk Medenî Kanunu'nda boşanmanın kanunda belirtilen bir sebebe dayanarak¹⁵⁵ ve hâkim kararıyla gerçekleşmesi sistemi kabul edilmiştir¹⁵⁶.

Hâkimin iptal kararı vermesiyle evliliğin ortadan kaldırılması sonucunu doğuran butlan sebepleri de boşanma sebeplerinde olduğu gibi Türk Medenî Kanunu'nda sınırlı olarak sayılmıştır. Evliliği baştan itibaren geçersiz kılan bir

¹⁵⁴ Ayan, s. 142.

¹⁵⁵ Türk Medenî Kanunu'nda sayılan boşanma sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztan, s. 373 vd.; Akıntürk/Karaman, s. 243 vd.

¹⁵⁶ Akıntürk/Karaman, s. 243; Öztan, s. 368; Velidedeoğlu, s. 182; Tekinay, s. 171; Schwarz, s. 161; Hatemi, Hüseyin: Aile Hukuku, İstanbul 1999, s. 73; Cin, Halil: Eski Hukukumuzda Boşanma, Konya 1988, s. 21.

sebebe mevcutsa, evlilik kurulmuş olmakla beraber yapıldığı andan itibaren geçersizlik sebebini bünyesinde taşır¹⁵⁷. Türk Medenî Kanunu'nun 156. maddesine göre batıl bir evlilik ancak hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilir. Mutlak butlan halinde bile evlilik, geçerli bir evliliğin hüküm ve sonuçlarını doğurur. Hâkimin iptal kararının sonuçları ileriye yöneliktir ve bozucu yenilik doğuran bir karardır¹⁵⁸. Evlenmenin mutlak butlan sebepleri Türk Medenî Kanunu'nun 145. maddesinde; nisbi butlan sebepleri de 148, 149, 150, 151 ve 153. maddelerinde sınırlı olarak belirtilmiştir¹⁵⁹. Bunlar dışındaki bir sebeple evlenmenin butlanına karar verilemez.

Görüldüğü gibi evlilik birliği eşlerden birinin ölümü halinde kendiliğinden; gaiplik halinde hâkimin evliliğin feshine karar vermesi ile sona erer. Bunlardan başka kanunda sınırlı olarak sayılan boşanma veya butlan sebeplerinden birine dayanılarak ancak hâkim kararıyla sona erdirilebilir. Bu düzenlemelerle eşlerin sözleşme özgürlüğüne sınırlama getirilmiş; evlilik birliklerinin kolayca dağılması önlenmek istenmiştir.

B. Özel Yargılama Usulü

1. Genel Olarak

Boşanma ve ayrılık davalarında diğer davalara göre bazı farklı yargılama usulleri kabul edilmiştir. Dava devam ettiği sürece eşler aralarındaki gergin durum nedeniyle karşı tarafın ve çocukların menfaatlerini dikkate almayabilirler. Boşanma ve ayrılık davalarının bağlı olduğu özel yargılama usulleri sayesinde hem dava sırasında taraflar ve çocuklar korunmuş olur hem de dava sonucunda boşanma veya ayrılık kararı

¹⁵⁷ Öztan, s. 323.

¹⁵⁸ Borçlar hukuku sözleşmeleri butlan nedeniyle geçersizse, bu sözleşmelerin geçersizliğini sağlamak için dava açmaya gerek yoktur. Fakat mahkemeden sözleşmenin butlan nedeniyle geçersizliğinin tespitini her zaman talep etmek mümkündür. Bu dava sonunda mahkemenin vereceği karar bozucu değil, açıklayıcı bir nitelik taşır. (Eren, s. 301).

¹⁵⁹ Evlenmenin mutlak butlan ve nisbi butlan sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk/Karaman, s. 210 vd.; Öztan, s. 323 vd.; Hatemi/Serozan, s. 139 vd.

verilmeyecekse eşlerin yeniden birlikte yaşamalarının olanaksız hale gelmesi engellenmiş olur. Yani bu hükümler bireysel olarak eşleri ve çocukları koruma amacı taşıdığı gibi evlilik birliğini koruma ve birliğin kolayca dağılmasını önleme amacı da taşır¹⁶⁰.

Sosyal yapıdaki gelişmeler ve değişimler nedeniyle aile hukukundaki uyuşmazlıklar daha da karmaşıklaşmış, bunların çözümü özel bilgi ve deneyim gerektirmeye başlamıştır. Bu nedenle aile hukuku uyuşmazlıklarının uzman mahkemeler tarafından çözüme kavuşturulması amacıyla 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun¹⁶¹ kabul edilmiş; aile hukukundan kaynaklanan dava ve işleri görmek üzere, sadece bu tür uyuşmazlıkları incelemekle görevli, özel ihtisas mahkemeleri niteliğinde aile mahkemeleri kurulmuştur¹⁶².

Aile hukukundan doğan bütün uyuşmazlıklar, nişanlanmadan başlayarak evliliğin sona ermesine, iptaline, boşanmaya, evliliğin hükümlerine, velayete, soybağına, vesayete ilişkin çeşitli konular aile mahkemelerinin görevine girmektedir. Aile mahkemesi hâkimi sadece hukuk kurallarını uygulayan bir hâkim olarak kalmamakta, bu uyuşmazlıkları çözerken aynı zamanda davanın taraflarına öğütleriyle yardımcı olmaktadır.

4787 sayılı Kanun'un 3. maddesi gereğince *"Aile Mahkemelerine; adli yargıda görevli, evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihen Aile Hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nca atama yapılır."* Görüldüğü gibi aile mahkemelerinin öneminden dolayı bu mahkemelerde görev yapacak hâkimlerde bazı ek koşullar aranmaktadır.

Ayrıca 4787 sayılı Kanun, aile mahkemelerinde bu nitelikleri taşıyan hâkimler dışında çeşitli uzman kişilerin de bulunmalarını zorunlu kılmıştır. Kanunun 5. maddesine göre her aile mahkemesinde davanın esasına

¹⁶⁰ Ayan, s. 127.

¹⁶¹ RG. 18.01.2003 t. ve S. 24997.

¹⁶² Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2006, s. 927.

girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek; mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek; mahkemece verilecek diğer görevleri yapmak üzere tercihen evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olanlar arasından seçilen birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı bulunur¹⁶³.

4787 sayılı Kanun'un, aile mahkemelerinin yargılama usulüne ilişkin 7. maddesinin birinci fıkrasına göre aile mahkemeleri önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek, bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanmadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir¹⁶⁴. Bu fıkra ile aile mahkemesine ilk olarak eşleri sulhe teşvik etme¹⁶⁵ görevi verilmiş, bu yolda başarı sağlanamazsa, esas hakkında hüküm verilebileceği düzenlenmiştir. Böylece aile mahkemeleri yargılama görevinin yanında, toplumun temel taşı olan ailenin korunmasına yönelik koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler alma gibi önemli işlevleri de yerine getirmektedir¹⁶⁶.

¹⁶³ Aile mahkemesinde görev alacak uzmanlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Baktır, s. 59 vd.

¹⁶⁴ Bu hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213. maddesindeki (HMK. m. 144/1 ve m. 137/1) "*Davanı her aşamasında tahkikat hâkimi....sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulhe de teşvik edebilir.*" hükmünden farklı bir anlam taşır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213. maddesi kesinlik taşımazken, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesi emredici bir kural içermektedir. Bu maddeye göre aile mahkemesi ilk olarak eşleri sulhe teşvik etmek zorundadır. Sulh hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 623 vd; Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 104, dn. 13.

¹⁶⁵ Bu maddede geçen sulhe teşvik teknik anlamda sulh değildir. Aile hukuku uyuşmazlıklarında tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığı için teknik anlamda sulh mümkün değildir. Burada kastedilen tarafların barıştırılmaya ve uzlaştırılmaya çalışılmasıdır. Aile mahkemesi hâkimi tarafların arasındaki sorunu ilk olarak onları uzlaştırarak çözmeye çalışır, bu yönde olumlu bir sonuç alınmazsa esasa girebilir. (Ayan, s. 132).

¹⁶⁶ Karagülmez, Ali/Ural, Sami Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s. 19.

4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin üçüncü fıkrasında ise aile mahkemelerinin yargılama usulleri belirtilmiştir. Bu fıkra göre “*Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu kanunda hüküm bulunmayan konularda, Türk Medenî Kanunu'nun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun hükümleri uygulanır.*”

4787 sayılı Kanun'un “Koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler” kenar başlıklı 6. maddesinin ikinci fıkrasına göre:

“Aile mahkemesi, diğer konulardaki hükümler saklı kalmak üzere, görev alanına giren konularda:

1. Yetişkinler hakkında: a. Evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak, gerektiğinde uzlaştırmaya, b. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli önlemleri almaya...

2. Küçükler hakkında: a. Bakım ve gözetime yönelik nafaka yükümlülüğü konusunda gerekli önlemleri almaya....karar verebilir.”

Görüldüğü gibi bu fıkra ile eşlerin ve çocukların korunması için aile mahkemesine gerekli önlemleri alma yetkisi verilmiştir.

Ayrıca aynı maddenin son fıkrasına göre “*Aile mahkemesince verilen bu kararlara....uyulmaması halinde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesi uygulanır.*” 4787 sayılı Kanun'da evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler ihtiyatî tedbirlere benzetilmiş ve bu önlemlere uyulmaması durumunda, ihtiyatî tedbire aykırı davranışı düzenleyen Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 113/A maddesinin (HMK. m. 398) uygulanacağı düzenlenmiştir¹⁶⁷.

Aile mahkemeleri sadece aile hukuku uyuşmazlıkları ile uğraştıkları için evlilik birliğinin karşılaştığı sorunları daha açık bir şekilde ortaya koyarak

¹⁶⁷ Ayan, s. 134.

bunlara ilişkin uygun önlemleri daha hızlı ve doğru bir şekilde almaktadırlar. Genel mahkemelerin iş yoğunluğu nedeniyle yeterince üzerinde duramadıkları evlilik birliğini koruyucu hükümler, aile mahkemelerinin kurulması ve bu mahkemelerde uzman kişilerin de bulunması sayesinde daha da uygulanabilir hale gelmiştir¹⁶⁸.

2. Türk Medenî Kanunu'nun 184. Maddesinde Düzenlenen Özel Yargılama Usulleri

Türk Medenî Kanunu'nun 184. maddesi boşanmanın yargılama usulünü, özellikle de ispat konusunu düzenleyen bir maddedir. Bu maddede öngörülen boşanma davalarına ilişkin özel yargılama hükümleri aynı kanunun 160. maddesindeki yollama nedeniyle evlenmenin iptali davalarında da uygulanır.

Türk Medenî Kanunu'nun 184. maddesinin birinci bendine göre *“Hâkim boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe bunları ispatlanmış sayamaz.”* O halde hâkim, davacı eşin ileri sürdüğü olguların veya olayların gerçekten mevcut olduğuna vicdanen kanaat getirmezse, bunlar ispat edilmiş olsalar bile davayı reddedebilir. Ancak bu hüküm hâkime dilediği gibi hareket etme serbestliği tanımamakta; sadece hâkimi vicdanen inanmadığı delillere bağlı kalma zorunluluğundan kurtarmaktadır¹⁶⁹.

Türk Medenî Kanunu'nun 184. maddesinin ikinci bendine göre boşanma davasının dayandığı olgular veya olaylar hakkında gerek doğrudan hâkim tarafından, gerek davacı veya davalı tarafından yemin önerilemez. Görüldüğü gibi yemin konusunda boşanma davası ile diğer davalar arasında farklı bir durum vardır.

¹⁶⁸ Ayan, s. 135.

¹⁶⁹ Akıntürk/Karaman, s. 281; Velidedeoğlu, s. 244; Öztan, s. 442; Oğuzman/Dural, s. 135; Arsebük, s. 765; Oğuzoğlu, s. 118; Gönensay, Samim: Medenî Hukuk, C. II, Aile Hukuku Kısım 1: Karı Koca, İstanbul 1937, s. 116.

Türk Medenî Kanunu'nun 184. maddesinin üçüncü bendine göre tarafların boşanma davasının dayandırıldığı olguları veya olayları ikrar etmiş olmaları hâkimi bağlamaz¹⁷⁰. Örneğin davalı koca, davalı karısına pek kötü ya da onur kırıcı davranışta bulunduğunu ikrar etse dahi hâkim bu ikrarla bağlı olarak boşanmaya karar vermek zorunda değildir.

Türk Medenî Kanunu'nun 184. maddesinin dördüncü bendine göre de hâkim kanıtları serbestçe takdir eder. 184. maddenin ikinci, üçüncü ve dördüncü bentleri aslında birinci bent hükmüne bağlı olan sonuçlardır.

Bu hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde Türk Medenî Kanunu'nda boşanma davaları için özel bir delil sistemi kabul edildiği sonucuna varılır. Buna göre boşanma davalarında medenî usul hukukunda kabul edilen kanuni delil sistemi değil, vicdani delil sisteminin kabul edildiği görülür¹⁷¹. Vicdani delil sistemiyle ispat ölçüsü artırılmış olmaz, sadece taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davaların aksine kesin delil sistemi reddedilmekte, böylece hiçbir delil hâkimi bağlamamakta ve hâkimin delilleri serbestçe değerlendirme yetkisi bulunmaktadır. Vicdani delil sistemiyle evlilik birliğinin kolayca dağılmasının önlenmesi amaçlanmaktadır¹⁷².

Evlilik birliğinin korunmasına amacıyla boşanma davalarındaki özel yargılama usulüne ilişkin diğer bir hüküm de Türk Medenî Kanunu'nun 184. maddesinin altıncı bendidir. Bu hükme göre taraflardan biri talep ederse hâkim duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir¹⁷³. Boşanma davalarında

¹⁷⁰ Boşanma davalarında tarafların ikrar ve kabulünün hâkimi bağlamayacağı yönündeki bu kurala Türk Medenî Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrası ile bir istisna getirilmiştir. En az bir yıl sürmüş evliliklerde eşlerin anlaşmak suretiyle boşanmayı talep etmeleri durumunda hâkime boşanma kararı verebilme yetkisi tanıyan bu fıkra göre hâkim, tarafları bizzat dinleyerek, iradelerinin serbestçe açıklandığı kanaatine varırsa boşanma kararı verir. Bu fıkra dayanan boşanma davalarında eşlerin ikrarı hâkimi bağlamaktadır. Akıntürk/Karaman'a göre (s. 281) bu istisna son derece isabetli ve mantıklı iken Tekinay'a göre (s. 195) bir taraftan hâkimin eşleri bizzat dinlemesi ve onların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması koşulu aranırken diğer taraftan ikrarın hâkimi bağlayacağı anlamına gelen bir kuralın kabulü açık bir çelişkidir.

¹⁷¹ Tekinay, s. 243; Akıntürk/Karaman, s. 281; Ayan, s. 137.

¹⁷² Ayan, s. 139.

¹⁷³ 743 sayılı eski Medenî Kanun'da ve tasarıda bulunmayan bu bent hükmü, tasarının TBMM Adalet Komisyonu'nda görüşülmesi sırasında özel hayata saygı ilkesi gereğince 184. maddeye eklenmiştir. (Akıntürk/Karaman, s. 282).

duruşmaların gizli yapılmasına karar verilebilmesi için taraflardan birinin bu yönde istemde bulunması gerekir¹⁷⁴. İstem üzerine hâkim bu konuda karar verirken takdir yetkisini kullanır. Duruşmanın açık yapılması nedeniyle eşlerin ve çocukların menfaati zarar görme tehlikesiyle karşı karşıya ise hâkim duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir¹⁷⁵. Örneğin duruşmada eşlerin cinsel hayatlarının gündeme gelmesi söz konusuysa veya boşanma davası zina nedeniyle açılmışsa duruşmanın gizli yapılması yerindedir¹⁷⁶. Çünkü dava sırasında ileri sürülen iddiaların açık duruşma yapılması nedeniyle herkes tarafından bilinmesi, boşanma davasının sonucunda boşanma kararı verilmemesi ya da eşlerden birinin davasından feragat etmesi halinde evlilik birliğinin bu karara rağmen yeniden kurulamaması sonucunu doğurabilir. Bu nedenle söz konusu hükmün hem evlilik birliğini hem de özel hayatın gizliliğini koruyucu bir işlevi vardır¹⁷⁷.

VII. EŞLERİN CİNSİYET DEĞİŞTİRMESİ YASAĞI

Türk Medenî Kanunu'nun 40. maddesine göre cinsiyetini değiştirmek isteyen kişi mahkemeye şahsen başvurarak cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Kanunun sistemine göre cinsiyet değişikliği için öncelikle mahkemeden bu yönde bir izin alınır daha sonra bu izne bağlı olarak gerçekleştirilen cinsiyet değiştirme ameliyatının, resmî sağlık kurulu

¹⁷⁴ Ayan'a göre Türk Medenî Kanunu'nun 184. maddesinin altıncı bendi, Anayasa'nın 141. maddesiyle birlikte değerlendirilmelidir. Anayasa'nın 141. maddesinin birinci fıkrasına göre *"Mahkemelerde duruşmalar herkese açıktır. Duruşmanın bir kısmının veya tamamının kapalı yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hallerde karar verilebilir."* Anayasanın söz konusu hükmünde öngörülen koşullar gerçekleşmişse, diğer davalarda olduğu gibi, boşanma davalarında da hâkim re'sen gizli oturuma karar verebilmelidir. Çünkü genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı bir durum mevcut olduğu halde taraflardan birinin gizli duruşma yapılması isteminde bulunmaması nedeniyle duruşmanın gizli yapılamayacağı sonucuna varılamaz. (Ayan, s. 140).

¹⁷⁵ Kılıçoğlu, Ahmet: Medenî Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003 (Yenilikler), s. 13.

¹⁷⁶ Ayan, s. 140; Velidedeoğlu, s. 236.

¹⁷⁷ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 13; Ayan, s. 140.

raporuyla doğrulanması üzerine mahkemece nüfus sicilinde gerekli olan düzeltmenin yapılmasına karar verilir¹⁷⁸.

Aynı maddede cinsiyet değişikliğine izin verilebilmesinin koşulları düzenlenmiştir. Bu koşullardan biri de cinsiyet değişikliğine izin isteyen kişinin evli olmamasıdır. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu, 743 sayılı eski Medenî Kanun'un aksine, evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerini yasaklamıştır¹⁷⁹. Bu nedenle mahkeme, cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin evli olması halinde gerekli izni vermez.

Evli kişilerin cinsiyetlerini değiştirmelerinin yasaklanması yoluyla evlilik birliğinin korunması ve özellikle bu değişikliğin çocuklar üzerinde yapacağı etkilerin önlenmesi amaçlanmaktadır. Bu hükmün konuluş nedeni madde gerekçesinde *“Toplumun temeli olan aile kurumunun, cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu koşul kişinin, bir yandan evliliğini sürdürmesi öte yandan bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşlerin ya da çocukların ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlâkî tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur.”* şeklinde açıklanmaktadır¹⁸⁰.

Yasak olmasına rağmen evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi durumunda mevcut evliliğin akıbetinin ne olacağı konusu, 743 sayılı eski Medenî Kanun'un aksine, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmemiştir. Evli bir kişinin yasal olmayan yollardan cinsiyetini değiştirmesi halinde bu kişinin evliliğinin devam mı edeceği yoksa sona mı ereceği konusu doktrinde tartışmalıdır.

¹⁷⁸ Akıntürk/Karaman, s. 199.

¹⁷⁹ 743 sayılı eski Medenî Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrası evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine olanak sağlıyor ve bu değişikliğin nüfusa tesciline yönelik kararın kesinleşmesiyle birlikte evliliğin kendiliğinden ortadan kaldırılacağını düzenliyordu. Bu hüküm evli kişilerin cinsiyet değiştirmesine olanak sağlayarak evlilik birliğinin korunması ilkesine ve evliliğin ancak hâkim kararıyla ortadan kaldırılabilceği ilkesine aykırı olduğu için eleştiriliyordu. Bu konudaki eleştiriler için bkz. Hatemi, s. 27; Hatemi/Serozan, s. 98 vd.; Güven, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, GÜHFD, 1997/1 (Cinsiyet Değişikliği), s. 45 vd.

¹⁸⁰ Ayan, s. 150.

743 sayılı eski Medenî Kanun'un 29. maddesinin ikinci fıkrasının yürürlükte olduğu dönemde cinsiyet değişikliğine ilişkin mahkeme kararının kesinleştiği tarihte evliliğin sona ereceği açıkça kabul edildiği için evlilik bu mahkeme kararının kesinleştiği tarihte sona ererdi. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 40. maddesinde ise evli kişilerin cinsiyet değiştirmesi yasaklanmıştır. Türk Medenî Kanunu sistemine göre evlilik birliği ya ölümle kendiliğinden ya da bir mahkeme kararıyla sona erebilir. Mahkemenin evliliği sona erdirmeye yönelik karar verebileceği haller, boşanma ve butlan sebepleri ile evliliğin gaiplik nedeniyle feshi gibi kanunda sınırlı olarak sayılmıştır. Bu nedenle yasak olmasına rağmen evliyken cinsiyetini değiştiren kişinin evliliği kendiliğinden sona ermez¹⁸¹. Ayrıca mahkemeden izin alınmadan gerçekleştirilen cinsiyet değişikliği hukuken tanınmamaktadır. Başlangıçta karı ve koca olarak tescil edilmiş taraflardan birinin cinsiyet değiştirmesi evlilik birliğini temelden sarsacağı için böyle bir durumda diğer eşin başvurabileceği tek yol boşanma davası açmaktır¹⁸².

Eşlerden birinin Türk Medenî Kanun'un 40. maddesine aykırı olarak cinsiyetini değiştirmesi halinde, bizim de katıldığımız görüşe göre eşlere evliliğin sona erdirilmesini sağlayabilecek yönde bir düzenleme yapılması soruna uygun bir çözüm olabilir¹⁸³. Mesela eşlerden birinin cinsiyetini değiştirmesi, evliliğin feshi sebebi olarak kanuna eklenebilir¹⁸⁴.

¹⁸¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 835; Hatemi/Serozan, s. 105; Güven (Cinsiyet Değişikliği), s. 68. Evli bir kişinin cinsiyetini değiştirmesi halinde evlilik birliğinin kendiliğinden sona ereceği yönündeki görüşler ve farklı gerekçeleri için bkz. Köprülü/Kaneti, s. 65; Oğuzman/Dural, s. 111; Akıntürk/Karaman, s. 201; Feyzioğlu, s. 97.

¹⁸² Çakın, s. 46; Ayan, s. 153.

¹⁸³ Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2000, s. 226; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 836; Hatemi/Serozan, s. 103.

¹⁸⁴ Hatemi /Serozan, eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesinin bir butlan sebebi olarak kanuna eklenmesini önermektedir. (Hatemi/Serozan, s. 103). Aynı yönde bkz. Öztan (2000), s. 226. Ayan'a göre ise kanuna eklenebilecek sebep evliliğin feshi sebebi olmalıdır, butlan sebebi olamaz çünkü evlilik baştan itibaren geçerlidir. (Ayan, s. 154). Aynı yönde bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 835.

İKİNCİ BÖLÜM

HÂKİMİN MÜDAHALESİ İLE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Hukuken geçerli bir şekilde kurulmuş evlilik birliği, eşlerin kendi iradeleri ve karşılıklı anlayışları ile devam ettirilemiyorsa hâkim, aile ilişkilerine girerek evlilik birliğini sona erdirebileceği gibi evlilik birliğinin devamı için gereken önlemleri alabilir¹⁸⁵. Evlilik birliğinin sona erdirilmesinden ziyade gereken önlemlerin alınarak devam ettirilmeye çalışılmasında sadece aile bireylerinin değil toplumun da büyük menfaati vardır. Hâkimin alacağı önlemler ile evlilik birliğinin korunmasında, eşlerin bireysel menfaatleri ile evlilik birliğinin menfaatleri arasında bir karşılaştırma yapılır. Hâkim, menfaatler dengesini göz önünde tutarak bir karar vermelidir. Eşlerin temel hak ve özgürlükleri, evlilik birliğinin sürdürülmesi amacıyla aşırı bir şekilde sınırlandırılmayacağı gibi; evlilik birliğinin sürdürülmesi eşlerin bireysel özgürlüklerine feda edilemez¹⁸⁶.

Eşler arasında bir uyuşmazlık doğduktan sonra hâkimin müdahale ederek koruyucu önlemler almasını öngören Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesine göre *“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Hâkim eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır.”*

¹⁸⁵ Lale/Lale, s. 83.

¹⁸⁶ Arsebük, s. 698.

Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinde yer alan “müdahale” kavramından hâkimin kanunda öngörülen çeşitli önlemlerden birini seçerek evlilik birliğine karışma yetkisi olduğu değil, eşlerin istedikleri takdirde hâkimin arabuluculuğundan yararlanmaları anlaşılmalıdır. Bu hüküm, eşlere bir uyuşmazlık halinde ayrı ayrı veya birlikte hâkimin arabuluculuğuna başvurabilme olanağı tanır. Hâkim de eşlere uyarıda bulunmaktan ve arabuluculuk yapmaktan öteye gidemez¹⁸⁷.

II. HÂKİMİN MÜDAHALESİNİN ŞARTLARI

A. Eşlerin Birlikte veya Tek Başına Hâkimin Evlilik Birliğine Müdahalesini Talep Etmiş Olması

Eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hâkimin evlilik birliğine müdahalesini talep etmiş olmaları şartı, hâkimin müdahalesi için aranan şeklî şarttır¹⁸⁸. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi ancak eşlerin bu yönde talepte bulunmalarıyla mümkündür. Hâkim kendiliğinden evlilik birliğini koruyucu önlemler olarak evliliğe müdahalede bulunamaz¹⁸⁹.

Kanun koyucu, evlilik birliğinin korunmasını talep etme hakkını sadece eşlere tanımıştır. Üçüncü kişilerin böyle bir talepte bulunma hakkı yoktur. Ancak ayırt etme gücüne sahip olmayan veya vesayet altında bulunan eş için bu talebi yasal temsilcisinin yapması mümkündür.

¹⁸⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 171.

¹⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 171; Öztan, s. 211.

¹⁸⁹ Akıntürk/Karaman, s. 131.

B. Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri Yerine Getirmemesi

Türk Medenî Kanunu'na göre eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemesi halinde diğer eş, hâkimden birliğe müdahale etmesini ve gerekli önlemleri almasını talep edebilir.

Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinde “evlilik birliğinden doğan yükümlülükler” denilmekte fakat bu yükümlülükler maddede sayılmamaktadır. Türk Medenî Kanunu'nda “Evliliğin Genel Hükümleri” başlığı altında sayılmış olan bu yükümlülükler; birliğin mutluluğunu sağlama, sadakat gösterme, birlikte yaşama, dayanışma ve yardımcı olma, çocuklara bakma ve yetiştirme, giderlere katılma, meslek ve iş seçiminde özen göstermedir.

Bu kapsamda eşlerin ortak hayat kurma yükümünün ihlâli, cinsel sadakat yükümünün ihlâli, alkolizmi yenmek için gerekli olan tüm çabayı gösterme yükümünün ihlâli, eşin mesleğini icra ederken eşine ve çocuklarına gerekli ilgiyi göstermemesi, bir tehlike sırasında diğer eşini koruma yükümünün ihlâli yükümlülük ihlâllerine örnek olarak gösterilebilir¹⁹⁰.

Eşlerden birine hâkimden birliğe müdahale talebinde bulunma hakkı veren yükümlülük ihlâllerinin ciddi nitelikte, belirli bir önem ve ağırlıkta olması gerekir¹⁹¹. Fakat bu ihlâlin mutlaka bir boşanma sebebi oluşturacak ağırlıkta olmasına gerek yoktur¹⁹². Hâkim tarafından eşlerin sübjektif duyguları değil, normal, ortalama bir eşin benzer bir olayda göstereceği duygusal duyarlılık dikkate alınmalı, ihlâlin ağırlığı buna göre takdir edilmelidir¹⁹³.

¹⁹⁰ Gümüş (Mal Rejimleri), s. 138.

¹⁹¹ Akıntürk/Karaman, s.132; Dural/Öğüz/Gümüş, s.172; Arsebük, s. 704.

¹⁹² Tandoğan, s. 131; Saymen/Elbir, s. 146; Akıntürk/Karaman, s. 132.

¹⁹³ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 245

Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin ihlâlinin kusurlu olarak gerçekleşip gerçekleşmemesi veya sürekliliği birliğe müdahale talebi için önemli değildir¹⁹⁴.

C. Eşler Arasında Evlilik Birliğini İlgilendiren Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığın Bulunması

Türk Medenî Kanunu'na göre eşler arasında evlilik birliğini ilgilendiren önemli bir konuda uyuşmazlığın ortaya çıkması halinde eşler hâkimin müdahalesini talep edebilirler. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu düzenlemesinde kadın ve erkeğe eşit mesafede yaklaşıldığı, birinin diğerine önceliği ve üstünlüğü kabul edilmediği için eşler arasında hâkimin müdahalesini gerektirecek uyuşmazlıklara rastlamak mümkündür.

Evlilik birliğine ilişkin önemli sayılabilecek pek çok konu vardır. Buna, aile konutunun birlikte seçimi, evlilik devam ederken doğan çocuğun adının konulması, çocukların meslekî eğitim alanının kararlaştırılması, ayırt etme gücüne sahip fakat ergin olmayan çocuğun ergin kılınmasına, nişanlanmasına, evlenmesine izin verilmesi, aile konutunun donatılmasında eşyaların seçimi gibi çeşitli konular örnek gösterilebilir¹⁹⁵.

Hâkimin müdahalesinin talep edilebilmesi için eşler arasındaki uyuşmazlığın önemli sayılabilecek nitelikte olması gerekir. Basit, önemsiz uyuşmazlıkları eşler kendi aralarında karşılıklı saygı ve anlayış içinde çözmelidirler¹⁹⁶.

Eşler arasında evlilik birliğini ilgilendiren önemli bir konuda uyuşmazlık çıkması halinde hâkimin görevi eşleri uzlaştırmaya yönelik arabuluculuk olmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesindeki müdahale araçlarının niteliği gereği, hâkimin eşlerin yerine geçerek bir karar vermesi

¹⁹⁴ Öztan, s. 212; Dural/Öğüz/Gümüş, s.172.

¹⁹⁵ Akıntürk/Karaman, s. 132.

¹⁹⁶ Akıntürk/Karaman, s. 132; Öztan, s. 213.

ve bu kararın evlilik birliğı için bağlayıcı bir etkisinin olması söz konusu olamaz. Örneğın eşlerin çocuğın adının konmasında bir uyuşmazlığa düşmeleri halinde hâkimin eşleri uzlaştırmaya çalışmasının dışında çocuğın adını belirlemesi mümkün değildir¹⁹⁷.

III. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK ÖNLEMLER

A. Genel Olarak

Eşlerden birinin veya her iki eşin birlikte, yukarıda incelediğimiz şartlardan birinin gerçekleşmesi üzerine yapacağı başvuru üzerine hâkim evlilik birliğine müdahale ederek birliğın korunması amacına hizmet edeceğine inanılan bir önlem alınmasına karar verir.

Hâkimin alacağı önlemlerin neler olacağı Türk Medenî Kanunu'nun 195 ve devamı maddelerinde yer alır. Bu maddelere göre hâkim tarafından alınabilecek önlemler, genel ve özel önlemler olmak üzere ikiye ayrılır. Genel nitelikli önlemler, “uyarıda bulunma”, “uzlaştırma” ve “uzman yardımı”ndan ibarettir. Özel nitelikli önlemler ise kanundaki sırasıyla; “parasal katkının belirlenmesi”, “birlikte yaşamaya ara verilmesi”, “borçlulara emir verilmesi” ve “tasarruf yetkisinin sınırlandırılması”dır. Ancak hâkimin alabileceğı önlemler 195 ve devamı maddelerinde düzenlenen önlemlerden ibaret değildir. Türk Medenî Kanunu'nun diğer maddelerinde öngörülen bazı önlemler de hâkim tarafından alınabilir. Örneğın eşlerden birinin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması veya ailenin huzurunu bozan çocuğın ana ve babadan alınması gibi.

Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinin üçüncü fıkrasında da açıkça belirtildiğı gibi hâkim ancak kanunda öngörülen önlemleri almaya yetkilidir. Bu hükümle, kanunda öngörölmeyen önlemlere başvurulması suretiyle eşlerin kişilik haklarının aşırı derecede sınırlandırılması önlenmiş olur¹⁹⁸.

¹⁹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 173.

¹⁹⁸ Ayan, s. 203; Tekinay, s. 340; Akıntürk/Karaman, s. 135.

Genel nitelikli önlemlerden birine karar verilebilmesi için, yukarıda belirttiğimiz iki alternatif maddi şarttan birinin gerçekleşmesi ve talep yeterlidir. Özel nitelikli önlemlere başvurulabilmesi ise, önlemin niteliğine uygun olarak kanunda belirtilen özel şartların somut olayda mevcut olması ve eşlerden birinin bu yöndeki özel talebi halinde mümkündür.

B. Genel Önlemler

1. Uyarıda Bulunma

Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinde yer alan iki halden birinin bulunması durumunda hâkim, eşlerden birinin veya her ikisinin talep etmesi üzerine eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır¹⁹⁹. Uyarı, yapısı gereği eşlerden birinin veya her ikisinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemeleri halinde başvurulabilecek bir önlemdir²⁰⁰. Hâkimin uyarısı eşlere bir tür ödev hatırlatma niteliğindedir²⁰¹. Örneğin hâkim çocuklarının bakımına ve yetiştirilmesine özen göstermeyen veya yardım ve dayanışma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşi bu konuda gerekli özeni göstermesi konusunda uyarır. Kanunda açıkça düzenlenmiş bulunan evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerle aykırı davranışlar uyarı sebebi olabileceği gibi, eşlerden birinin diğer eşin kan hısımlarına gerekli saygı ve sevgiyi göstermeyerek aralarındaki yakınlığa zarar vermesi gibi evlilik birliğinin tabiatı gereği var olan ahlâkî bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi de uyarı sebebi olabilir²⁰².

Bir önlem olarak uyarı, bazen diğer sert yasal önlemlerden daha etkili olabilir ve beklenen sonucu doğurabilir. Uyarıda eşe, yükümlülüklerini yerine

¹⁹⁹ Uyarının hâkim dışında üçüncü bir kişi tarafından yapılması ve eşler dışında üçüncü bir kişiye yapılması söz konusu olamaz. (Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 247).

²⁰⁰ Uyarı, diğer önlemlerin ön koşulu sayılmaz. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinin üçüncü fıkrasına göre hâkim gerekirse eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alabilir. (Ayan, s. 206).

²⁰¹ Akıntürk/Karaman, s. 135; Saymen/Elbir, s. 146; Hatemi/Serozan, s. 194; Berki, Şakir: Medenî Hukuk Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961, s.142.

²⁰² Güven, s. 2.

getirmediği ve böyle davranmaya devam ederse kanunda öngörülen önlemlerin alınacağı bildirilir²⁰³. Bu bildirim, uyarıyla güdülen amacın gerçekleşmesi için yararlı olur. Ancak uyarıya uygun davranılmaması durumunda alınabilecek önlemlerin tek tek gösterilmesi zorunlu değildir, çünkü kanunda böyle bir zorunluluk aranmamıştır²⁰⁴.

Hâkim uyarıda bulunacağı eşe, hareketlerini düzeltmesi, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesi için belirli bir süre de verebilir²⁰⁵. Bu süre, yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin bu yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için uygun bir süre olmalıdır. Hâkim, uyarıyla birlikte verdiği sürenin bitmesini beklemeden de diğer eşin istemi üzerine gerekli önlemleri alabilir. Uyarıda bulunulan eşin verilen süre içinde yükümlülüğünü yerine getirmediğine ve hiç getirmeyeceğine kanaat getirirse hâkim diğer eşin de talebiyle diğer yasal önlemlere başvurabilir²⁰⁶. Uyarılan eşe süre tanınması, hâkimin bu sürenin sonuna kadar birliğe müdahale edemeyeceği anlamına gelmediği gibi aksi bir düşünce evlilik birliğinin korunması ilkesine uygun düşmez²⁰⁷. Bir süre verilmesinden önce bile uyarının sonuçsuz kalacağı belliyse hâkim uyarıda bulunmadan Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülen önlemleri eşlerden birinin istemi üzerine alabilir²⁰⁸.

2. Uzlaştırma

Eşler hâkime, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri sebebiyle başvurmuşlarsa hâkim, eşleri uzlaştırmaya çalışır. Bu durumda hâkim, sanki bir aile büyüğü gibi eşler arasında orta bir yol

²⁰³ Öztan, s. 216.

²⁰⁴ Ayan, s. 205.

²⁰⁵ Velidedeoğlu, s. 123; Öztan, s. 216; Tandoğan, s. 132; Güven, s. 4.

²⁰⁶ Güven, s. 4.

²⁰⁷ Güven, s. 4; Ayan, s. 205.

²⁰⁸ Akıntürk/Karaman, s. 135.

bulmaya çalışır. Hâkim, uyuşmazlık konusunda eşlere yol göstererek bir çıkış yolu bulmalarını sağlar²⁰⁹.

Hâkimin uzlaştırma faaliyeti bir sonuç vermezse, uyuşmazlık konusunda bir karara varması için hâkim eşlerden birini yetkilendirebilir veya eşler arasındaki sorunun bu şekilde de giderilmesi mümkün olmazsa, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen diğer önlemleri alabilir²¹⁰.

3. Uzman Yardımı

Eşler arasındaki uyuşmazlığın bir uzman yardımıyla giderilebileceğine kanaat getiren hâkim, bu konuda eşlerin de ortak rızalarını almak şartıyla uzman bir kişiden yardım isteyebilir²¹¹. Eşlerin bu konudaki rızalarının açık olması gerekir. Çünkü uzman kişiden yardım alınacak konu eşlerin cinsel yaşamı gibi ailenin gizlilik alanına giren bir konu da olabilir²¹². Fakat bu rızanın yazılı olması zorunlu değildir²¹³.

Uzman kişiler psikolog, pedagog veya danışman gibi kişiler olabilir. Hâkim takdir yetkisini kullanarak somut olayın gereklerine göre hangi uzman kişiden yardım alınacağını belirler²¹⁴. Uzmanların görevi eşlerin karşı karşıya oldukları sorunu ve nedenlerini tespit ederek çözüm yolları konusunda hâkime yardımcı olmaktır.

Hâkimin uzman kişilerin yardımıyla gerçekleştirdiği uzlaştırma faaliyetleri de başarılı olmazsa hâkim, eşlerin uzlaşamadıkları konuda gerekli işlemleri yapması için eşlerden birine yetki verebilir. Ancak hâkim

²⁰⁹ Doğan, s. 288.

²¹⁰ Ünal, Mehmet: “İsviçre’de Alınan Aile Birliğini Koruyucu Hukukî Tedbirler”, 1. Aile Şurası Bildirileri, Ankara 1990 (Hukukî Tedbirler), s. 125; Koçhisarlıoğlu, s. 446.

²¹¹ Uzmana başvuru talebi eşlerin ortak rızalarına dayanacağı için, eşlerin ikisinin de uzman yardımı talep etmeleri halinde artık hâkimin uzman yardımının gerekliliğine kanaat getirmesine gerek yoktur. Bu isteği derhâl kabul etmesi yerinde olur. (Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 248).

²¹² Akıntürk/Karaman, s. 135; Ayan, s. 209.

²¹³ Ayan, s. 209.

²¹⁴ Ayan, s. 210.

eşlerin yerine geçerek onlar adına bir karar alamaz. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesi hâkime eşleri uyarma, gerekirse uzman kişilerin de yardımını alarak uzlaştırma, gerek ve istem varsa kanunda öngörülen diğer önlemleri alma yetkisi vermiştir; yoksa hâkime eşlerin uyuşmazlığa düştüğü konularda karar alma yetkisi vermemiştir²¹⁵. Örneğin eşler çocuklarına koyacakları adda uyuşmazlığa düşmüşlerse hâkim, onlara öğüt vererek belli bir ad konusunda uyuşmaları gerektiğini, ana baba olarak kendilerine tanınmış bu hakkı dürüstlük kuralı çerçevesinde kullanmaları gerektiğini hatırlatır²¹⁶.

C. Özel Önlemler

1. Eşler Birlikte Yaşarken Alınabilecek Önlemler

a. Eşlerin Evlilik Birliğine Yapacakları Parasal Katkının Tespiti

Türk Medenî Kanunu'nun 186. maddesinin üçüncü fıkrasına göre eşler birliğin giderlerine güçleri oranında, emek ve malvarlıklarıyla katılırlar. Eşler birliğin giderlerine ne ile katılacaklarını ve hangi oranda katılacaklarını belirlemekte serbesttirler. Örneğin eşlerden birinin bütün gelirini evin giderlerine harcaması, diğerinin ise bütün gelirini bankaya yatırarak yatırım yapması veya eşlerden birinin dışarıda çalışması diğerinin de ev işlerini görmek suretiyle birliğe katkıda bulunması şeklinde bir katkı oranı belirleyebilirler²¹⁷.

Eşlerin birliğin giderlerine yapacakları katkı oranlarını her zaman bir uyum içinde kararlaştırdıkları söylenemez²¹⁸. İşte bu katkı oranına ilişkin uyuşmazlıkların çözümüne hizmet etmesi amacıyla Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesi kabul edilmiştir.

²¹⁵ Ünal (Hukukî Tedbirler), s. 125.

²¹⁶ Akıntürk/Karaman, s. 135; Doğan, s. 288; Koçhisarlıoğlu, s. 446.

²¹⁷ Ayan, s. 212.

²¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 250.

Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesinin birinci fıkrasına göre eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her bir eşin yapacağı parasal katkısı belirler. Maddenin kenar başlığı "Eşler birlikte yaşarken" şeklinde olduğu için bu madde sadece eşlerin birlikte yaşadığı durumlarda uygulanabilir. Ortak hayat sona erdikten sonra ortaya çıkan parasal katkıya ilişkin uyuşmazlıklarda ise Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesi uygulanır. Eşlerin, ailenin geçimine yapmaları gereken parasal katkının belirlenmesi istemi daha çok eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde söz konusu olduğundan Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin uygulama alanı, aynı kanunun 196. maddesine göre daha geniştir²¹⁹.

Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesinin birinci fıkrasında eşlerin ailenin giderlerine katılma oranının belirlenmesi isteminin eşlerden biri tarafından yapılacağından söz etse de her iki eş de hâkime birlikte başvurabilir²²⁰.

Eşlerin, birliğin giderlerine yapacakları katkı oranlarının belirlenmesinde nelerin dikkate alınacağı Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Fıkraya göre eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır²²¹. Özellikle eşlerin ikisi de çalışıyor olup, aynı miktarda kazanç elde ediyor olsalar bile eşlerden biri diğer eşe nazaran ev işlerine ve çocuklara daha fazla zaman ayırıyorsa bu eşin birlik giderlerine yapacağı parasal katkı diğer eşe oranla daha az olur²²². Bu

²¹⁹ Köprülü/Kaneti'ye göre de eşlerin hem birlikte yaşamaya devam etmeleri hem de evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun yerine getirilmesi için birbirlerine dava açmaları hayatın olağan akışına uymayacağından eşler arasındaki tedbir nafakası istekleri daha çok birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda söz konusu olur. (Köprülü/ Kaneti, s. 127).

²²⁰ Ayan, s. 213.

²²¹ Ayan'a göre Türk Medenî Kanunu'nun 186. maddesinin üçüncü fıkrası ile aynı kanunun 196. maddesinin ikinci fıkrası birbirlerini tamamlayan hükümlerdir. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 186. maddesinin üçüncü fıkrasında eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılmakla yükümlü olduğu; aynı kanunun 196. maddesinin ikinci fıkrasında ise her bir eşin evlilik birliğinin giderlerine yapacağı katkı oranının belirlenmesinde kullanılacak ölçütler belirtilmektedir. Eşlerin evlilik birliğinin giderlerine yapacakları katkı oranının belirlenmesindeki "güç" Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesinin ikinci fıkrasında somutlaştırılmaktadır. (Ayan, s. 213).

²²² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 252.

fıkradan anlaşıldığı üzere kanun koyucu eşlerin sadece maddi katkılarını değil emeklerini de dikkate almıştır²²³.

Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesinin üçüncü fıkrasına göre bu katkılar geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir. Buna göre katkı miktarı, istemin bir yıl öncesinden başlayarak gelecek yıllar için istenebilir²²⁴. Örneğin evlilik birliğinin giderlerine dört yıldır katılmayan eşten ancak son bir yıla ait miktar istenebilir. Kanun koyucu bu hükümle geçmiş yıllara ait katkı payı istemlerine bir sınır koymak ve evlilik birliğini bu nedenle bozulma tehlikesinden korumak istemiştir²²⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesine dayalı talepler için zamanaşımı süresi kanunda öngörülmemiş olup, bu konuda Borçlar Kanunu'nun 126. maddesindeki (TBK. m. 147) beş yıllık zamanaşımı süresi uygulanır²²⁶.

Hâkimin belirlediği bu parasal katkının ödenmediği durumlarda mahkeme kararının icraya konularak fiilen ödenmesi sağlanabilir.

b. Eşlerin Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması

(1) Genel Olarak Evlilik Birliğinin Temsili

Evlilik birliğinin temsili, evlilik birliğinin ihtiyaçlarını gidermek, evlilik birliğinin varlığını devam ettirmek ve birliğin amaçlarını gerçekleştirmek

²²³ Akıntürk/Karaman, s. 139; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 251; Ünal (Hukukî Tedbirler), s. 129.

²²⁴ Dural/Öğüz/Gümüş'e göre geçmiş bir yıl için katkı payı tespiti, ilgili eşin istemi üzerine yapılır. Eş geçmiş bir yıl için talepte bulunmadığı sürece hâkimin katkı miktarının tespitine ilişkin kararı ileriye etkili olarak hüküm ve sonuç doğurur. Geleceğe veya bir yıldan daha az geçmişe yönelik katkı talebinde bulunan eşin geçmişe yönelik bir yıllık katkı talebinden vazgeçip vazgeçmediğini hâkim re'sen incelemelidir. (Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 253).

²²⁵ Ayan, s. 214.

²²⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 253. Ancak Borçlar Kanunu'nun 132. maddesine göre (TBK. m. 153) evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin birbirlerinden olan alacakları için zamanaşımı işlemeyiz, durur.

üzere eşlerden birinin üçüncü kişilerle hukukî işlemler yapmasıdır²²⁷. Evlilik birliğinin temsili genel anlamdaki temsilden farklıdır. Genel anlamda temsil, bir kimsenin (temsilcinin), diğer bir kişinin (temsil olunanın) adına ve hesabına hareket ederek onunla ilgili hukukî işlemler yapmasıdır. Fakat evlilik birliği tüzel kişiliğe sahip bir birlik olmadığından onun adına ve hesabına hukukî işlem yapılması söz konusu olamaz²²⁸. Bu nedenle evlilik birliğinin temsilinde genel anlamda temsil kurumunun düzenlendiği Borçlar Kanunu hükümleri değil, Türk Medenî Kanunu'nun bu konuya ilişkin özel hükümleri (MK. m.188-191) uygulanır²²⁹.

Evlilik birliğinin temsili, birliğin ihtiyaçlarını gidermek amacıyla gerekli hukukî işlemlerin kimin tarafından yapılacağı ve yapılan hukukî işlemlerden eşlerden hangisinin sorumlu olacağı konusuyla ilgilidir²³⁰.

Türk Medenî Kanunu'nun 188. maddesinin birinci fıkrasına göre eşlerden her biri ortak hayatın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder. Bu hükümden de anlaşıldığı üzere her bir eşe tanınan temsil yetkisi ailenin sürekli ihtiyaçları içindir. Bu ihtiyaçlara ilişkin işlemleri eşlerden her biri diğerinin rızasına ve katılımına gerek olmadan tek başına yapma yetkisine sahiptir. Bu temsil yetkisine olağan temsil yetkisi denir²³¹.

Ailenin sürekli ihtiyaçları, hangi sıklıkta ortaya çıktığına bakılmaksızın günlük yaşamın gerektirdiği alışılmış ihtiyaçları ifade eder²³² ve işlemin yapıldığı zamanda ailenin içinde bulunduğu ekonomik ve sosyal duruma göre ve en nihayet yerel adetlere göre belirlenir²³³. Ev için beslenme, giyim,

²²⁷ Demir, Mehmet: "Türk Medenî Kanunu'na Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 694. Akıntürk/Karaman, s. 125; Öztan, s. 183; Köprülü/Kaneti, s. 120; Saymen/Elbir, s. 130.

²²⁸ Aydın, Sevgican: "Türk Aile Hukuku'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. I, İstanbul 2009, s. 395.

²²⁹ Velidedeoğlu, s. 108.

²³⁰ Akıntürk/Karaman, s. 125; Öztan, s. 183; Hatemi/Serozan, s. 189.

²³¹ Gümüş (Mal Rejimleri), s. 116-117.

²³² Havutçu, s. 71.

²³³ Havutçu, s. 75; Akıntürk/Karaman, s. 126; Öztan, s. 187-188.

ısıtma, su, elektrik alımı, günlük kullanıma yönelik basit ev aletlerinin alımı sürekli ihtiyaçlardan sayılırken, bir konutun kiralanması, otomobil satın alma, çocuğa yapılan pahalı diş tedavisi, çocuğun özel okula verilmesi, pahalı mobilya satın alma, evlilik konutuna ilişkin büyük tamiratlar sürekli ihtiyaçlardan sayılmaz²³⁴.

Ailenin sürekli ihtiyaçları dışında kalan diğer ihtiyaçların karşılanması için gereken hukukî işlemleri eşlerden biri tek başına yapamaz. Bu ihtiyaçlar için eşlerin birlikte hareket etmesi, temsil yetkisini birlikte kullanması şarttır. Bu temsil yetkisine olağanüstü temsil yetkisi denir²³⁵. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 188. maddesinin ikinci fıkrasına göre iki halde her bir eşin sürekli olmayan ihtiyaçlar için de evlilik birliğini temsil etmesi mümkündür. Birinci hal, birliği temsil edecek eşin diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmış olması; ikinci hal ise birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunup diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızasının alınamaması halidir.

Türk Medenî Kanunu, evlilik birliğini temsil etme yetkisini her iki eşe de tanıdığından eşlerin temsil yetkisini kullandıkları hallerde üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olmalarını kabul etmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 189. maddesinin birinci fıkrasına göre eşlerden birinin temsil yetkisi dâhilinde üçüncü kişilerle yapacağı hukukî işlemlerden doğan borçlardan her iki eş de müteselsilen sorumludur. Bu hükmün, temsil yetkisinin gereği gibi kullanılmasını sağlaması, evliliğin mutlu ve huzurlu bir şekilde sürdürülmesini sağlaması bakımından önemi büyüktür²³⁶. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise eşlerden her birinin birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumlu olacakları, ancak temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılmayacak şekilde aşılması halinde

²³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 225-226; Öztan, s. 189; Aydın, s. 394; Gümüş (Mal Rejimleri), s. 120; Zeytin, Zafer: "Türk Medenî Kanunu'nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan C. II, İstanbul 2009, s. 1662.

²³⁵ Gümüş (Mal Rejimleri), s. 120.

²³⁶ Ayan, s. 218.

müteselsilen sorumlu olacakları hükme bağlanmıştır²³⁷. Bu hükümle de üçüncü kişi ile işlemin tarafı olmayan eşin çatışan menfaatlerinin dengelenmesinde iyiniyetli üçüncü kişinin menfaatlerine üstünlük tanınmış ve onun lehine bir çözüm benimsenmiştir²³⁸. Ancak eşlerin müteselsilen sorumlu oldukları borçlar, evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak üzere yapılmış işlemlerden doğmuş olmalıdır. Bireysel nitelikli ihtiyaçları karşılamak üzere yapılan işlemlerden doğan borçlar için diğer eşin sorumlu tutulması söz konusu olamaz²³⁹.

Evlilik birliğini temsil yetkisinin gereği gibi kullanılmasının evliliğin mutlu ve huzurlu sürdürülmesi ile yakın ilişkisi olduğundan Türk Medenî Kanunu'nda evlilik birliğini temsil yetkisinin kısmen veya tamamen kaldırılmasına olanak veren bir düzenleme yapılmıştır.

(2) Eşlerin Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının veya Sınırlanmasının Koşulları

i. Temsil Yetkisi Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş Temsil Yetkisini Aşmış Olmalıdır

Eşlerden biri, evlilik birliğini temsil yetkisini sürekli olarak aşıyorsa ve ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak davranışlarda bulunuyorsa diğer eş, temsil yetkisinin sınırlanmasını veya kaldırılmasını isteyebilir.

Temsil yetkisinin aşılması çoğunlukla kasıtlı davranışların sonucu gerçekleşir. Bu tür davranışların temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması sonucunu doğurabilmesi için süreklilik taşıması gerekir²⁴⁰.

Olağan temsil yetkisi, her bir eşe diğer eşe danışmadan ve izin almadan, ailenin sürekli ihtiyaçlarını karşılamak üzere, diğer eş de

²³⁷ Bu düzenlemenin olumsuz eleştirisi için bkz. Hatemi, s. 82.

²³⁸ Havutçu, s. 127.

²³⁹ Akıntürk/Karaman, s. 127; Aydın, s. 395; Zeytin, s. 1663.

²⁴⁰ Ayan, s. 219; Öztan, s. 192.

sorumluluk altına sokacak şekilde üçüncü kişilerle hukukî işlem yapmasına imkân verir. Bu yetkinin sınırları içinde kalınması, eşlerin ailenin gelir gider dengesini bozmayacak şekilde uygun harcamalar yapmaları, evlilik birliğinin refahı için önemlidir²⁴¹.

Olağan temsil yetkisinin aşıp aşılmadığını belirlemek için iki aşamalı bir değerlendirme yapmak gerekir. Öncelikle yapılan işlemin ailenin sürekli ihtiyaçları kapsamında olup olmadığına bakılmalıdır²⁴². Sonraki aşamada ise bu işlemin ailenin gelir durumuna göre ölçülü olup olmadığına bakılmalıdır. Örneğin dar gelirli bir ailenin ithal ve pahalı gıda ve giyim ürünleri alması temsil yetkisinin aşılması anlamına gelir²⁴³.

Olağan temsil yetkisinin kaldırılması bakımından yetki aşımının üçüncü kişilerce de anlaşılabilir şekilde açık olması gerekir²⁴⁴. Temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılabilir tarzda aşılmış olup olmaması eşlerin müteselsil sorumluluğunu belirleyici unsurdur. Eşlerden biri ile işlem yapan üçüncü kişinin yetki aşımını bilmesi ya da anlayabilecek durumda olması nedeniyle diğer eşin müteselsil sorumluluğunun doğmaması, bu eşin temsil yetkisinin kaldırılmasını talep etme hakkını etkilemez. Çünkü müteselsil sorumluluk esası üçüncü kişilerin korunması amacına hizmet ederken, temsil yetkisinin kaldırılması eşlerin çıkarının korunmasına hizmet eder. Bu nedenle somut işlemde olmasa bile ileride eşinin benzer davranışlarıyla müteselsil sorumluluk altına girme ihtimâli olan eşin temsil yetkisinin kaldırılması talebinde bulunması mümkündür²⁴⁵.

Olağanüstü temsil yetkisi, ailenin sürekli ihtiyaçlarını aşan ve ekonomik olarak aileye malî yük getiren işlemleri kapsar. Ailenin bu ihtiyaçlarının karşılanması için eşlerden biri ancak diğer eş tarafından veya hâkim

²⁴¹ Havutçu, s. 150.

²⁴² Öztan, s. 193.

²⁴³ Velidedeoğlu, s. 112; Gönensay, s. 129; Saymen/Elbir, s. 132; Havutçu, s. 151; Öztan, s. 192.

²⁴⁴ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 286.

²⁴⁵ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 286; Havutçu, s. 151.

tarafından yetkilendirildiğinde ya da gecikmesinde birliğin çıkarları bakımından sakınca olan hallerde tek başına hareket edebilir.

Diğer eşin yetkilendirmesi ile sürekli ihtiyaçları aşan bir ihtiyacın karşılanmasında temsil yetkisinin aşılması kural olarak gündeme gelmez. Ancak diğer eşin yetkilendirmesinin içeriğine göre yetkilendirilen eş yetki kapsamını aşmış olabilir. Fakat bu durumda yetkinin kaldırılması için hâkime başvurmaya gerek olmadan verilen yetkinin geri alınması mümkündür²⁴⁶.

Hâkim tarafından yetkilendirme veya gecikmesinde sakınca bulunan bir halin varlığında da diğer ihtiyaçlar kapsamında bir işlemin yapılmasında yetki aşımından söz edilemez. Çünkü hâkim tarafından verilen yetki belirli bir hukukî işlemle ilgilidir ve işlemin yapılmasıyla yetki sona erer. Gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de acil durum nedeniyle işlemin yapılıp bitmesiyle olağanüstü yetki ortadan kalkar. Bu nedenlerle kural olarak olağanüstü temsil yetkisinde yetki aşımı koşulu gerçekleşmez²⁴⁷.

ii. Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlanması İstenen Eş Temsil Yetkisini Kullanmada Yetersiz Kalmış Olmalıdır

Evlilik birliğini temsil yetkisini kullanan eşin bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalması, bilgisizliği tecrübesizliği, kişisel yeteneksizliği gibi nedenlerle ailenin ihtiyaçları için hukukî işlem yaparken ailenin ekonomik durumunu zarara uğratmasıdır²⁴⁸. Temsil yetkisinin kullanılmasındaki yetersizlik, ayırt etme gücünden yoksunluk anlamına gelmez. Ayırt etme gücünden yoksun olan eş hem kendisi için hem de birliği temsilen hukukî işlem yapamaz.

Temsil yetkisinin kullanılmasında yetersiz kalınması genellikle kasıtlı olmayan davranışlar ile ortaya çıkar. Örneğin sırf psikolojik sıkıntılar

²⁴⁶ Havutçu, s. 152; Öztan, s. 193.

²⁴⁷ Havutçu, s. 152.

²⁴⁸ Ayan, s. 220; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 288; Havutçu, s. 153.

nedeniyle eşlerden birinin aşırı harcamaya yönelmesi gibi. Eşlerden birinin ailenin ihtiyaçları için alışveriş yaparken akıl zayıflığı, yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya hastalığı gibi nedenlerle birliği temsil yetkisini gerektiği gibi kullanamaması durumunda diğer eş, eşinin kısıtlanmasını isteyebileceği gibi, hâkimden onun evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını da isteyebilir. Ancak temsil yetkisinin sınırlandırılması için kısıtlama sebebinin gerçekleşmesi şart değildir²⁴⁹.

iii. Diğer Eş, Hâkimden Eşinin Temsil Yetkisinin Kaldırılmasını veya Sınırlanmasını İstemiş Olmalıdır

Eşlerden birinin evlilik birliğini temsil yetkisi ancak hâkim kararıyla kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. Hâkim kaldırma veya sınırlandırmayı re'sen yapamaz, diğer eşin bunu talep etmesi gerekir²⁵⁰.

Yetkinin kaldırılması için hâkime başvuran eş, bunun için gerekli koşulların oluştuğunu ispatlamalıdır. Eşin başvurusu üzerine hâkim talep doğrultusunda karar vermek zorunda değildir. Hâkim gerek koşullar gerekse yetkinin kısmen veya tamamen kaldırılması konusunda takdir yetkisine sahiptir²⁵¹. Temsil yetkisinin sınırlandırılması belli bir miktarla sınırlama olabileceği gibi işlemin konusunu oluşturan eşyanın cinsine veya yapılacak işleme göre de olabilir²⁵².

(3) Eşlerin Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının veya Sınırlanmasının Sonuçları

Eşlerden birinin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması onun fiil ehliyetinde daralmaya yol açmaz. Sadece diğer eş de sorumluluk altına

²⁴⁹ Ayan, s. 220.

²⁵⁰ Akıntürk/Karaman, s. 129; Ayan, s. 221.

²⁵¹ Havutçu, s. 154; Akıntürk/Karaman, s. 129.

²⁵² Öztan, s. 193.

alacak şekilde üçüncü kişilerle hukukî işlem yapma yetkisini kaybetmesine neden olur. Birliği temsil yetkisi kaldırılan eş, birliğin ihtiyaçlarıyla ilgili de olsa yaptığı işleminden üçüncü kişiye karşı kendi malvarlığıyla kişisel olarak sorumlu olur²⁵³.

Eşin temsil yetkisinin kaldırılması, birliği temsile yetkili olan diğer eşin yaptığı işlemler nedeniyle üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olması durumunda bir değişiklik yaratmaz²⁵⁴.

Temsil yetkisinin kaldırılmasının üçüncü kişiye etkisi, üçüncü kişinin iyiniyetli olup olmasına göre değişir. Gerek iradî olarak gerekse hâkim kararıyla yetkinin sona erdirilmesi ileriye etkili sonuç doğurur; temsil yetkisinin kaldırılmasından önceki işlemleri etkilemez. Ancak yetkinin kaldırılmasından önceki işlemlerde üçüncü kişi yetkinin aşıldığını anlayabilecek durumda ise iyiniyet iddiasında bulunamaz. Örneğin bir eş, sürekli ihtiyaçlarda üçüncü kişi tarafından anlaşılmayacak biçimde temsil yetkisini aşmışsa, yetkinin sonradan ortadan kaldırılmasına gerek kalmadan zaten temsil hükümleri gereği eşler iyiniyetli üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olurlar. Temsil yetkisinin kaldırılmasından sonra yetkisiz eşin üçüncü kişi ile işlem yapması halinde de Türk Medenî Kanunu'nun 189. maddesinin ikinci fıkrasına göre üçüncü kişinin yetkinin kaldırıldığını bilmemesi ve bilmesinin beklenememesi yani iyiniyetli olması durumunda eşlerin müteselsil sorumluluğu doğar²⁵⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 190. maddesinde temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması için istemde bulunan eşin, temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını üçüncü kişilere şahsen bildirebileceği; ancak şahsen bildirimin istenen etkiyi sağlayamayacak olması halinde temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasının hâkim kararıyla ilân edilebileceği düzenlenmiştir.

²⁵³ Havutçu, s. 155; Ayan, s. 222.

²⁵⁴ Havutçu, s. 155.

²⁵⁵ Havutçu, s. 155.

Temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına karar veren hâkim, üçüncü kişilere yapılacak duyuru tarzına da karar verir²⁵⁶. Hâkim temsil yetkisinin kaldırıldığı ilân yoluyla üçüncü kişilere duyurulmasına karar vermedikçe istemde bulunan eş sadece kişisel yolla üçüncü kişilere duyuru yapabilir. Kişisel duyuru yolu, üçüncü kişinin iyiniyet iddiasını kesin olarak bertaraf etmez. Duyuruya rağmen üçüncü kişi bilgisiz kalabilir ve bu bilgisizliği mazur görülebilir. Bu durumda yetki kaldırılmış olsa da yetkisiz eşin yaptığı işlemle diğer eşin müteselsil sorumluluğu söz konusu olur.

Yetkinin mahkeme kararıyla kaldırıldığı hallerde hâkim, ilân yoluyla duyuru yapılmasında da karar vermişse kararın ilân edilmesiyle artık üçüncü kişilerin durumu bildikleri kabul edilir ve ilândan sonra üçüncü kişilerin iyiniyet iddiası dinlenmez²⁵⁷.

Eşlerden birinin temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin karar değişmez nitelikte değildir. Eğer hâkim tarafından belirli bir süre için temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına karar verilmişse, bu süre dolduğunda eş temsil yetkisini yeniden kazanır. Süre belirtilmemişse, hâkim tarafından kararda değişiklik yapılana kadar geçerliliğini korur²⁵⁸. Türk Medenî Kanunu'nun 191. maddesinin birinci fıkrasına göre temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin karar, koşullar değiştiğinde eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir. Maddenin ifadesinden hâkimin bu konuda takdir yetkisinin bulunduğu anlaşılmaktadır. Temsil yetkisini kaldırdığı veya sınırladığı eşin temsil yetkisinin kaldırılmasına neden olan davranışlarının artık söz konusu olmayacağına veya bu konudaki yetersizliğinin ortadan kalktığına kanaat getiren hâkim, diğer eşin istemi üzerine kararında değişiklik yapabilir. Hâkim temsil yetkisini

²⁵⁶ Her ne kadar Türk Medenî Kanunu'nun 190. maddesinde kullanılan ifadede ilân yoluyla duyurunun hâkimin takdirine bağlı tutulduğu doğrudan anlaşılmasa da mehz İsviçre Medenî Kanunu'nun yeni 174. maddesinin hazırlık çalışmaları yasa koyucunun amacının bu yönde olduğunu göstermektedir. (Havutçu, s. 156).

²⁵⁷ Havutçu, s. 157; Öztan, s. 194.

²⁵⁸ Ayan, s. 223.

kısmen iade edebileceği gibi tamamen de iade edebilir. İstemde bulunan eşin, koşulların değiştiğini ispat etmesi gerekir²⁵⁹.

c. Ergin Olmayan Çocuklara İlişkin Önlemler

(1) Bedensel ve Zihinsel Gelişmesi Tehlikede Bulunan Çocuğun Ana ve Babadan Alınması

Ailenin önemli bir parçası olan çocukların korunması, mutluluk ve refah içinde yetişmeleri amacıyla Medenî Kanunumuzda birtakım düzenlemeler yer almaktadır. Çünkü çocukların korunması demek bir anlamda evlilik birliğinin korunması demektir. Türk Medenî Kanunu'nun "Koruma önlemleri" başlıklı 346. maddesine göre çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana veya baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmezse hâkim, çocuğun korunması için gereken önlemleri alır.

Türk Medenî Kanunu'nun 347. maddesinin birinci fıkrasına göre çocuğun bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunur veya çocuk mânen terk edilmiş halde kalırsa hâkim, çocuğu ana ve babadan alarak bir aile yanına veya kuruma yerleştirebilir. Örneğin ana ve baba çocuklarını okula göndermeyerek ağır işlerde çalıştırırsa, dilenciliğe, hırsızlığa, uyuşturucu madde satıcılığına teşvik ederse, ağır hasta olduğu halde tedavi ettirmezse, kısaca çocuklarının fikren ve bedenlen gelişmesi için ana ve baba olarak yükümlülüklerini yerine getirmemezse ve gereken özeni göstermezse hâkim duruma müdahale eder ve çocuğu bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirebilir²⁶⁰. Maddenin ifadesinden de anlaşıldığı üzere çocuğun nereye yerleştirileceği konusunda hâkimin takdir yetkisi vardır.

Bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan çocuğun ana babadan alınarak bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi daha çok

²⁵⁹ Öztan, s. 194.

²⁶⁰ Akıntürk/Karaman, s. 435; Balo, s. 88; Yalçınduran, Türker: "Evlatlık İlişkisinde Evlenme Yasağı", Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 635.

çocuk hukukuna ve çocuğun korunmasına ilişkin bir hüküm olduğu için ailenin korunmasına dolaylı bir etkisi vardır.

(2) Ailenin Huzurunu Bozan Çocuğun Ana ve Babadan Alınması

Türk Medenî Kanunu'nun 347. maddesinin ikinci fıkrası, birinci fıkrasına nazaran, evlilik birliğinin korunması açısından daha fazla önem taşımaktadır. Maddede çocuğun ana babadan alınarak bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilmesi önlemleri tekrarlanmamış, aynı maddenin birinci fıkrasına atıf yapılmıştır. Bu hükme göre çocuğun ana ve baba ile birlikte yaşamaya devam etmesi ailenin huzurunu ciddi bir şekilde bozuyorsa, evlilik birliğinin devamını ve eşler arasındaki ilişkileri tehlikeye sokuyor, birliğin temelini zarara uğratiyorsa²⁶¹ ve bu sorunun çözümü için başka çare de kalmamışsa ana ve babanın veya çocuğun talebi üzerine hâkim çocuğun ana babadan alınarak başka bir ailenin yanına veya bir kuruma yerleştirilmesine karar verebilir.

2. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Durumunda Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler

a. Genel Olarak Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi

Medenî Kanunumuzda birlikte yaşamaya ara verilmesi, evlilik birliğini koruyucu bir önlem olarak düzenlenmiştir. Kanun koyucunun birlikte yaşamaya ara verilmesi usulünü kabul etme nedeni, eşlerin bu tatil süresi içinde daha sakin düşüneceklerini, yaptıklarından pişmanlık duyacaklarını ve bundan böyle evlilik birliğine daha fazla özen göstereceklerini düşünmesidir²⁶². Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci

²⁶¹ Akıntürk/Karaman, s. 415; Ayan, s. 224.

²⁶² Öztan, s. 221.

fıkrasında birlikte yaşamaya ara verilebilmesinin şartları, devamı fıkralarda bunun sonucu olarak alınabilecek önlemler düzenlenmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasına göre eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Maddede birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için aranan şartlar sayılmıştır. Ancak birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için maddi şartların gerçekleşmesinin yeterli olup olmadığı ayrıca hâkim kararının gerekip gerekmediği konusunda doktrinde görüş ayrılıkları vardır. Bir görüşe göre ayrı yaşama hakkı sadece şartların gerçekleşmesine değil, ayrıca hâkimin iznine bağlıdır²⁶³. Hâkim kararı bulunmaksızın birlikte yaşamaya ara verilmesi, haklı sebeple terk niteliğinde olmadığı için boşanma sebebidir²⁶⁴. Daha çok taraftarı olan diğer görüşe göre ise kanunda sayılan şartlar gerçekleşmişse, hâkim kararına gerek olmadan eşler ayrı yaşama hakkını elde ederler²⁶⁵. Fakat bu durumda şartların gerçekleşmediğini iddia eden diğer eşin veya ayrı yaşamaya hakkı olan eşin nafaka isteminde bulunabilmesi için bu hakkını hâkime tespit ettirmek amacıyla tespit davası açması gerekir²⁶⁶.

Kanaatimizce birlikte yaşamaya ara vermek için hâkim kararı aranmamalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasının ifadesinden de eşlerin birlikte yaşamaya ara verebilmeleri için yargısal bir yetkinin aranmadığı anlaşılmaktadır. Fakat ortak konuttan kimin ayrılacağı, hangi eşyaların götürüleceği, çocukların kimin yanında kalacağı, nafakanın

²⁶³ Güven, s. 5.

²⁶⁴ Güven, s. 5,7.

²⁶⁵ Öztan, s. 218; Velidedeoğlu, s. 125 Oğuzman/Dural, s. 163; Saymen/Elbir, s. 147; Tandoğan, s. 133; Oğuzoğlu, s. 161; Berki, s. 143; Feyzioğlu, s. 204; Köprülü/Kaneti, s. 126; Arsebük, s. 706; Tekinay, s. 341; Ayan, s. 229; Baktır, s. 100.

²⁶⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 255; Tekinay, s. 341. Yargıtay da 24.09.2007 tarihli kararının gerekçesinde *“Türk Medenî Kanununun 197. maddesi birlikte yaşamaya ara verilmesinin sonuçlarını düzenlemiştir. Mahkemenin görevi davacının ayrı yaşamakta haklılığını tespit edip, davalının davacıya yapacağı katkı bedelini belirlemekten ibaret olduğu halde anılan maddeye dayanılarak tarafların ayrı yaşamasına izin verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.”* diyerek eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri için hâkim kararına ihtiyaç olmadığı, hâkim kararının eşlerin ayrı yaşamaktaki haklılığını tespitten ibaret olduğu görüşünü desteklemektedir. Yargıtay 2.HD. 24.09.2007 t. ve E.2006-17324/K.2007-12577 sayılı kararı. (Erişim: kazancı).

miktarı gibi sorunlar çözümlenmemiş olacağından tek başına ortak hayata son verme hakkına sahip olma evlilik birliğinin korunması açısından yeterli olmaz. Bu nedenle böyle bir durumda hâkime başvurarak ayrı yaşamının haklılığını tespit ettirmek eşin menfaatinedir²⁶⁷. Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasında belirtilen sebepler mevcut olduğunda eşler birlikte yaşamaya ara verme hakkına sahiptir fakat diğer meselelerin çözümlenmesi için yine hâkim kararına ihtiyaç vardır. Bu nedenle birlikte yaşamaya ara verilmesini hâkimin alacağı yasal önlemlerden biri olarak saymak mümkündür²⁶⁸.

b. Birlikte Yaşamaya Ara Verilebilmesinin Şartları

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasına göre eşlerden biri ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.

Ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi eşin beden ve ruh sağlığının, şeref ve haysiyetinin, şöhretinin tehlikeye girmesi hallerini kapsar²⁶⁹. Eşlerden birinin, diğer eş tarafından kamuoyu önünde küçük düşürülmesi veya zor durumda bırakılması veya kendisi ile ilgili birtakım haksız ve yersiz itham ve iddiaların ortaya atılması yoluyla kişiliğinin tehlikeye düşürülmesi söz konusu olabilir²⁷⁰. Bir eşin diğer eşi dövmesi, eşinin akıl sağlığını bozacak baskı ortamı yaratması, eşinin gizli ve özel alanına ilişkin bilgileri özellikle eşiyle olan cinsel hayatını çevresine yayması, eşini çevresine kötülemesi, eşini normal olmayan, aşağılayıcı cinsel ilişkiye zorlaması eşin kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesine örnek olabilir²⁷¹. Aynı şekilde eşin diğer eşle rızası dışında cinsel ilişkiye girmesi, farklı veya aynı cinsten üçüncü bir kişiyle cinsel ilişkiye

²⁶⁷ Öztan, s. 218; Tandoğan, s. 133; Aydın, s. 405.

²⁶⁸ Akıntürk/Karaman, s. 136.

²⁶⁹ Tekinay, s. 342.

²⁷⁰ Akıntürk/Karaman, s. 136.

²⁷¹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 257.

girmesi eşin kişilik haklarını ihlâl niteliği taşıyan davranışlardandır²⁷². Eşlerden birinin çocuklarını sürekli dövmesi, aile içinde kavgacı davranışlar sergilemesi gibi aile bağlarına yönelik duygusal kişilik değerlerinin ihlâli de ayrı yaşamaya olanak tanır²⁷³.

Ortak hayatın devamı yüzünden eşlerden birinin ekonomik güvenliğinin tehlikeye girmesi, bir eşin sözleriyle veya davranışlarıyla diğer eşin mesleğinde gelişmesini veya ilerlemesini engellemesi, meslekî itibarını tehlikeye sokmasıdır²⁷⁴. Burada söz konusu olan eşlerden birinin iktisadî durumunun ortak hayat sebebiyle sarsılması tehlikesidir²⁷⁵. Örneğin kocasının müşterilerine sarkıntılık etmesi nedeniyle evinde yürüttüğü meslekî faaliyetini yürütemez hale gelen kadın bu sebeple ortak hayatı sona erdirebilir²⁷⁶. Burada önemli olan eşlerden birinin ve dolayısıyla ailenin ekonomik güvenliğinin ve yaşamak için gerekli olan ihtiyaçlarının karşılanmasının tehlikeye girmesidir²⁷⁷. Bu durum, eşlerden birinin kendi davranışlarından da kaynaklanabilir. Örneğin eşlerden birinin kendisi için mümkün ve beklenebilir olmasında rağmen elde edebileceği geliri elde etmekten kaçınıyorsa veya eşlerden biri ailenin ihtiyaçlarını karşılayacak bir geliri düşüncesiz bir şekilde harcıyorsa evlilik birliğinin ekonomik açıdan tehlikeye girdiği söylenebilir²⁷⁸.

Ailenin huzurunun bozulması da eşlerin birlikte yaşamaya ara verebilmeleri için öngörülen şartlardan biridir. Ailenin huzurunun ciddi bir şekilde tehlikeye düşmesi çeşitli sebeplerden kaynaklanabileceğinden bu davranışları önceden tespit etmek mümkün değildir²⁷⁹. Örneğin eşlerden birinin alkolik olması, ergin olmayan çocukların fiziki ve ruhî gelişimini

²⁷² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 258.

²⁷³ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 258.

²⁷⁴ Akıntürk/Karaman, s. 136.

²⁷⁵ Tekinay, s. 343.

²⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 258.

²⁷⁷ Öztan, s. 219.

²⁷⁸ Öztan, s. 219.

²⁷⁹ Akıntürk/Karaman, s. 137.

engelliyorsa ailenin huzurunun tehlikede olduğu düşünölebilir²⁸⁰. Eşlerden birinin çocuklara yönelik şiddet kullanması veya cinsel eğilimleri çocukların fiziki ve ruhî gelişimini engellediğinden diğere eş ortak hayatı sona erdirmeye hakkına sahip olur²⁸¹.

c. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesinin Sonuçları

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkraları, aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca eşlerin ortak hayatı sona erdirmelerinin sonuçlarını düzenlemektedir. Buna göre eşler arasındaki ortak hayata fiilen ara verildikten sonra birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğesine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır. Eşlerden biri, diğere eşin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir. Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır. Sonuç olarak hâkim, Türk Medenî Kanunu'nun birinci fıkrasındaki şartlar gerçekleşmişse eşlerden birinin talebi üzerine birlik giderlerine katkı payı, konut ve ev eşyalarının kullanımı ve malvarlığı yönetimine ilişkin önlemleri alırken; ergin olmayan çocukların durumunu re'sen düzenler.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi ile birlikte eşlerin evlilik birliğini temsil etme yetkisi ve buna bağlı müteselsil sorumlulukları, iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyeti korunmamak üzere sona erer. Söz konusu ayrı yaşama, çocukları kendisine bırakılmayan eşin Türk Medenî Kanunu'nun 369. maddesine dayalı ev başkanı olarak sorumluluğunu da ortadan kaldırır²⁸².

²⁸⁰ Öztan, s. 220.

²⁸¹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 260.

²⁸² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 262; Ünal (Hukukî Tedbirler), s. 108.

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesi uyarınca hâkim tarafından alınan önlemler, eşlerin ortak hayatı yeniden kurması ile kendiliğinden sona erer. Ancak hâkimin mal ayrılığı rejiminin uygulanmasına karar verdiği hallerde ortak hayat yeniden kurulsa bile Türk Medenî Kanunu'nun 208. maddesinin ikinci fıkrasına göre önceki mal rejiminin yeniden uygulanabilmesi için hâkim kararına ihtiyaç vardır. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesine dayalı tasarruf yetkisi sınırlaması önlemi bakımından da eşlerin ortak hayatı yeniden kurması mevcut sınırlamaları ortadan kaldırmaz²⁸³.

d. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Türk Medenî Kanunu'nda Öngörülen Önlemlerin Alınması

(1) Önlem Alınmasının Şartları

i. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Haklı Bir Sebebe Dayanmalıdır

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin ikinci fıkrasına göre hâkimin maddede sayılan önlemlere başvurabilmesinin ilk koşulu eşlerin ayrı yaşamalarının haklı bir sebebe dayanmasıdır. Haklı sebepler aynı maddenin birinci fıkrasında tahdidî olarak sayılmıştır. Birlikte yaşamaya ara verilmesinin üç haklı sebebi vardır. Bunlar, eşin kişiliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi, eşin ekonomik güvenliğinin ciddi biçimde tehlikeye düşmesi ve ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesidir. Bu sebepleri birlikte yaşamaya ara verilebilmesinin şartları başlığı²⁸⁴ altında incelediğimiz için burada sadece saymakla yetiniyoruz.

²⁸³ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 262.

²⁸⁴ Bkz. yuk. s. 75 vd.

ii. Eşlerden Biri Haklı Bir Sebep Olmaksızın Ortak Hayatı Terk Etmiş Olmalıdır

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesini üçüncü fıkrasına göre eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak hayatı terk etmişse, terk edilen eş aynı maddenin ikinci fıkrasında sayılan önlemleri alması için hâkime başvurabilir. Fakat eşlerden biri haklı bir sebeple ortak hayatı terk etmişse terk edilen eşin böyle bir talepte bulunma hakkı yoktur. Bu durumda haklı bir sebeple ortak hayatı terk eden eş gerekli önlemlerin alınması ve ayrı yaşamının düzenlenmesi için hâkime başvurabilir.

Eşlerden birinin haklı bir sebep olmaksızın ortak hayatı terk etmesi durumunda terk edilen eşin diğerini ortak konuta zorla getirme hakkı olmadığından böyle bir durumda terk edilen eş ya terk nedeniyle boşanma davası açmalı ya da evlilik birliğinin korunması amacıyla kanunda düzenlenen önlemlerin alınması için hâkime başvurmalıdır²⁸⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 164. maddesinin birinci fıkrasının son cümlesine göre diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılacağına göre eşlerden birinin diğerini ortak konuta almaması durumunda ortak konuta alınmayan eşin ayrı yaşama hakkının doğduğunu ve gerekli önlemlerin alınması için hâkime başvurabileceğini kabul etmek gerekir²⁸⁶.

²⁸⁵ Ayan, s. 235.

²⁸⁶ Ayan, s. 236.

iii. Ortak Hayatın Sürdürülmesi Başka Bir Sebeple Olanaksız Hale Gelmiş Olmalıdır

Ortak hayatın sürdürülmesi yukarıda²⁸⁷ saydığımız iki sebepten başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse eşlerden her biri Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin ikinci fıkrasında sayılan önlemlerin alınması için hâkime başvurabilir. Eşlerden birinin ağır hastalığı, iş sebebiyle evden uzaklaşması veya hapse girmesi gibi sebeplerden dolayı ortak hayatın imkânsızlaştığı hallerde söz konusu önlemlerin alınması hâkimden istenebilir²⁸⁸. Bunlara benzer bir durum olan gaiplikte de diğer eş ayrı yaşamanın düzenlenmesini hâkimden isteyebilmelidir²⁸⁹.

iv. Eşlerden Biri Hâkimden Önlem Alınmasını İstemiş Olmalıdır

Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde hâkimin kanunda sayılan önlemleri alabilmesinin bir şartı da eşlerin bu yöndeki talepleridir. Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin ikinci fıkrasına göre birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa veya aynı maddenin üçüncü fıkrasına göre eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak hayatı terk etmişse ya da ortak hayat başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse hâkim eşlerden birinin istemi üzerine eşler ve çocuklarla ilgili bazı önlemleri alır. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayansa da hâkim eşlerden birinin istemi olmadıkça evlilik birliğine müdahale edemez²⁹⁰.

v. Boşanma Davası Açılmamış Olmalıdır

Evlilik birliğinin korunması amacıyla düzenlenen Türk Medenî Kanunu'nun 195 ve devamı maddelerine göre hâkimin müdahalesi henüz

²⁸⁷ Bkz. yuk. s. 78-79.

²⁸⁸ Oğuzman/Dural, s. 163, dn. 304.

²⁸⁹ Ayan, s. 236.

²⁹⁰ Ayan, s. 237.

boşanma ve ayrılık davası açılmaması durumunda söz konusu olabilir. Boşanma ve ayrılık davası açıldıktan sonra Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesine göre hâkim davanın devamı süresince gereken önlemleri re'sen alır.

Boşanma ve ayrılık davası açıldıktan sonra eşlerin menfaatleri birbirine zıt olacağından artık aralarındaki anlaşmazlıkları sulh yoluyla halledemezler. Bu nedenle tarafların ve çocukların hâkim tarafından korunması gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesine göre boşanma ve ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır.

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde hâkimin alacağı önlemlerin bir kısmı sayılmıştır ve bu sayma Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olarak öngörülen 195. maddesi ve devamında sayılan önlemlerin aksine tahdidî değildir. Maddedeki "*hâkim devamı süresince gerekli olan, özellikle....*" ifadesinden önlemlerin tahdidî olarak sayılmadığını anlamak mümkündür²⁹¹. Hâkim evliliğin korunmasına ilişkin bütün önlemlerin alınmasına karar verebilir²⁹². Hatta bunların dışında zorunlu ve uygun gördüğü başka önlemleri de alabilir²⁹³. Bu konuda hâkime geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır²⁹⁴. Önlemleri alan hâkim davaya bakan hâkimdir ve önlemleri re'sen alır. Önlemler geçicidir ve boşanma veya ayrılık kararı kesinleşinceye kadar devam eder. Ancak bu süre içinde hâkim gerektiğinde aldığı önlemlerde değişiklik yapabilir²⁹⁵.

²⁹¹ Öztan, s. 446; Oğuzman/Dural, s. 135; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 130.

²⁹² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), 130.

²⁹³ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), 130.

²⁹⁴ Velidedeoğlu, s. 246; Tekinay, s. 250; Oğuzman/Dural, s. 135; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 762; Saymen/Elbir, s. 268; Akıntürk/Karaman, s. 283; Öztan, s. 446.

²⁹⁵ Her ne kadar kanunda önlemlerin değiştirilebileceğine ilişkin bir düzenleme öngörülmemişse de, evlilik birliğinin korunmasında ilişkin önlemlerin, koşulların değişmesi halinde hâkim tarafından değiştirilebileceğini öngören Türk Medenî Kanunu'nun 200. maddesinin kıyasen buraya uygulanması gerekir. (Öztan, s. 446).

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi gereğince boşanma davası açılınca davaya bakan hâkimin dava boyunca alınması gereken önlemleri re'sen alması gerektiği için, davadan önce evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemler hâkimi bağlamaz. Davadan önce alınan önlemleri değiştirebilir, kaldırabilir veya yeni önlemlere karar verebilir²⁹⁶. Boşanma hâkimi, boşanma davasından önce alınan önlemleri değiştirmedeği veya kaldırmadığı takdirde bu önlemler etkisini sürdürmeye devam eder²⁹⁷.

Evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvuru yapıldıktan fakat bu konuda bir karar verilmeden önce yetkili aile mahkemesinde boşanma davası açılırsa, önlem istemini inceleyen hâkim, boşanma davası hiç açılmamış gibi önlem kararı vermelidir²⁹⁸. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesi ve devamı maddeleriyle, aynı kanunun 169. maddesinin amaçları, uygulama koşulları ve uygulamadan kalkmaları farklı özellikler taşır. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler, koşulların değişmesi durumunda ancak hâkimin yeni bir kararıyla ortadan kaldırılabilirdiği halde; Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi gereğince boşanma davasının görülmekte olduğu dönemde alınan geçici önlemler boşanma davasının kesinleşmesiyle kendiliğinden ortadan kalkar. Bu nedenle evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler konusunda görevli mahkeme, boşanma davası hiç açılmamış gibi karar vermelidir²⁹⁹.

(2) Alınabilecek Önlemler

i. Eşler Arasındaki Parasal Katkının Belirlenmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasına göre hâkim öncelikle birlikte yaşama ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa,

²⁹⁶ Yargıtay 2.HD. 30.01.1992 t. ve E.467/K.918 sayılı kararı. (Uyar, Talih: Türk Medenî Kanunu, Aile Hukuku, C. II, Ankara 2002, s. 2711).

²⁹⁷ Tekinay, s. 349; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 260.

²⁹⁸ Ayan, s. 239.

²⁹⁹ Ayan, s. 239.

eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıyı³⁰⁰ belirler. 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 hâkimden kendisine yapılacak parasal katkının tespit edilmesi talebinde bulunabilir.

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin ikinci fıkrasına göre eşlerin yapacağı katkının belirlenmesinde maddi edimler ve ev işlerini görme, çocuk bakma gibi iş görme edimleri de göz önüne alınır. Hâkim önce eşlerden hangisinin iş görme edimini yerine getireceğini belirler; sonra diğer eşin katkı için yerine getirmesi gereken parasal edimi belirler. Ancak söz konusu iş görme ediminin yerine getirilmemesi katkının para olarak belirlenmesi için bir temel oluşturabilir³⁰¹. Ayrıca eşlerin yaşı, çalışma olanakları da katkı oranının belirlenmesinde göz önünde tutulmalıdır³⁰². Parasal katkı miktarı belirlenirken, ayrı bir konut edinilmesi için gerekli giderler ve eşlerin birlikte yaşarken sahip oldukları hayat standardının devam ettirilmesi³⁰³ ayrıca hangi eşin ortak konuttan ayrıldığı göz önünde bulundurulmalıdır³⁰⁴.

Parasal katkının hesaplanmasında “eşlerin çalışma gücü” ve “parasal katkıya ihtiyacı olan aile bireylerinin temel ihtiyaçları” olmak üzere iki husus göz önünde bulundurulur³⁰⁵. Parasal katkının üst sınırını eşlerin birlikte yaşadıkları sırada sahip oldukları hayat standardı, alt sınırını ise eşlerin yaşamlarını sürdürebilmeleri için elde etmeleri gereken asgarî miktar oluşturur³⁰⁶. Her ne kadar ortak hayat sırasında sahip olunan hayat standardı parasal katkının tespitinde rol oynasa da, eşler aynı standardın kendilerine sağlanmasını kural olarak talep edemezler³⁰⁷. Zira ayrı

³⁰⁰ 743 sayılı eski Medenî Kanun'un yürürlüğü döneminde yazılan eserlerde ve uygulamada evlilik birliğinin devamı müddetince bir eşin diğer eş ve çocukların geçimi için yapacağı katkı, “tedbir nafakası” olarak isimlendirilmektedir.

³⁰¹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 263.

³⁰² Öztan, s. 222.

³⁰³ Öztan, 222; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 915.

³⁰⁴ Öztan, s. 222; Arsebük, s. 708; Gönensay, s. 142.

³⁰⁵ Öztan, s. 222.

³⁰⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 263; Öztan, s. 222.

³⁰⁷ Ayan, s. 244; Öztan, s. 222.

yaşamının istisnâ haller dışında giderleri arttıracak kesindir. Ortak hayatın devamı sırasındaki standardın hâkim tarafından tespit edilecek parasal katkı bakımından üst sınır olarak kabul edilmesinin sebebi de budur. Parasal katkı miktarının belirlenmesindeki amaç zenginleşmeye yönelik olmamalı; ayrı yaşam eşler için daha cazip hale gelmemelidir³⁰⁸.

Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinde parasal katkının talep edilebileceği süre ve başlangıcına ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Parasal katkının başlangıç tarihinin ne olması gerektiği, Yargıtay'ın 1956 tarihinde vermiş olduğu bir İçtihadî Birleştirme Kararında³⁰⁹ da belirtildiği gibi dava tarihi olarak belirlenmelidir. Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinin son fıkrasına göre eşlerin birlikte yaşarken birbirlerine yapacakları parasal katkı geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkıya uygulanmak üzere benzer bir hüküm bulunmadığından Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinin son fıkrasını bu durumda kıyasen uygulamak mümkündür. Ancak geçmiş bir yıllık parasal katkıya hükmedilebilmesi için hâkimin taleple bağlı olma ilkesi gereğince bunun açıkça talep edilmiş olması gerekir³¹⁰.

Türk Medenî Kanunu'na göre eşlerin evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında katılmaları gerektiğinden, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde her iki eşin de birbirine parasal katkıda bulunmasına karar vermek mümkündür. Ayrıca parasal katkının tespitinde katkıda bulunacak eşin kusurlu olup olmamasının önemi yoktur³¹¹. Hâkimin belirlediği parasal katkı miktarının ödenmemesi durumunda, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda eşler arasında cebrî icra yasağı bulunmadığından, ödemeyen eşe karşı cebrî icraya başvurulabilir³¹².

³⁰⁸ Bu yönde bkz. YHGK. 14.03.1984 t. ve E.1983 / 2-814, K.1984 / 242 sayılı kararı (Erişim: *kazancı*).

³⁰⁹ YİBK. 28.11.1956 t. ve K.15/15 sayılı kararı (RG. 27.12.1956 t. ve S. 9494).

³¹⁰ Ayan, s. 245; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 263; Öztan, s. 222.

³¹¹ Öztan, s. 450; Ayan, s. 243.

³¹² Demir, P, s. 38; Uçar, A. s. 327.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine konut ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin önlemleri alır. 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 hâkimden konut ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin önlemlerin alınmasını isteyebilir.

Birlikte yaşamaya ara verme hakkı eşlere ortak konutu terk etme hakkı verir. Bu hakka ilişkin karar ortak konutun terki şeklinde verilebileceği gibi, ortak konutun kendisine özgülenerek diğer eşin evden uzaklaştırılması şeklinde de verilebilir. Çok istisnaî olmakla birlikte hâkim, eşler için rahat ve bağımsız bir yaşam sağlayabilecekse ortak konutun içten bölünmesi suretiyle de ortak konuttan yararlanma konusunu düzenleyebilir³¹³. Hâkim bu konudaki kararını somut durumu göz önünde tutarak ve takdir yetkisini kullanarak verir³¹⁴. Hâkim bu kararı verirken eşlerin ve çocukların menfaatlerine dikkat eder, oturulan konutu çoğu zaman velayet hakkına sahip olan eşe bırakır³¹⁵.

Ortak konuttan yararlanmanın belirlenmesinde eşlerin kusurları da göz önünde tutulabilir. Kusurlu eşin ortak konutu terk etmesi menfaatler dengesine uygun düşebilir. Ancak bu konuda hangi eşin daha kusurlu olduğu meselesi ikinci derecede önemlidir. Hâkim eşlerden birinin veya diğerinin evden ayrılmasını eşit derecede sakıncalı görürse o zaman kusur kriterine başvurmalıdır³¹⁶.

Ortak konutun özgülenmesinin eşlerden hangisinin daha çok menfaatine olacağı da bu konudaki düzenlemenin yapılmasında başvurulabilecek bir kıstastır³¹⁷. Eşlerin yaşlarına, sağlık durumlarına, meslekî faaliyetlerine dikkat edilerek bir karara varılmalıdır. Mesela genç ve

³¹³ Güven, s. 9.

³¹⁴ Oğuzman/Dural, s. 163; Ayan, s. 245; Güven, s. 8; Ünal (Hukukî Tedbirler), s. 130.

³¹⁵ Öztan, s. 223; Tekinay, s. 344; Ayan, s. 246; Güven, s. 8; Feyzioğlu, s. 354.

³¹⁶ Tekinay, s. 344; Ayan, s. 247.

³¹⁷ Öztan, 223; Tekinay, s. 344.

sağlıklı olan eşin yeni bir konut edinmesi daha kolay olacağından bu eşin ortak konutu terk etmesine karar verilmelidir. Yine ortak konutta meslekî faaliyetini sürdüren bir eş varsa ortak konutun bu eşe özgülenmesine karar verilmelidir³¹⁸.

Ortak konut üzerindeki hakkın hangi eşe ait olduğunun konutun hangi eşe özgüleneceğine karar verilmesinde önemi yoktur. Gerektiğinde hâkim malik olmayan eşin de ortak konutta kalmasına karar verebilir³¹⁹. Ortak konutun kiralanmış olması halinde de kira sözleşmesinin tarafı olmayan eşin konutta kalmasına karar verilebilir³²⁰.

Ev eşyalarının tahsisi bakımından da eşler arasında uyuşmazlık varsa hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine konut hakkında bahsettiğimiz kriterlere dikkat ederek bir düzenleme ve tahsis yoluna gider³²¹.

ii. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Önlemler Alınması

Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri, hâkim tarafından ayrılığa karar verilmesinden farklıdır. Burada ayrılığa olduğu gibi kanundan dolayı mal ayrılığı rejimi kendiliğinden devreye girmez. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa ya da eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak hayatı terk etmişse veya ortak hayat başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse hâkim eşlerin mallarına ilişkin önlemleri istem üzerine alır. Hâkim, eşler arasındaki mal rejiminin gerektiğinde mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir³²².

³¹⁸ Tekinay, s. 344; Ayan, s. 247.

³¹⁹ Öztan, s. 448; Feyzioğlu, s. 355; Velidedeoğlu, s. 247; Güven, s. 9; Ayan, s. 247.

³²⁰ Öztan, s. 448, Güven, s. 10; Ayan, s. 248.

³²¹ Tekinay, s. 344; Öztan, s. 223.

³²² Öztan, s. 223; Ayan, s. 250.

iii. Ergin Olmayan Çocuklara İlişkin Önlemler Alınması

Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermesiyle eşlerin çocuklar üzerindeki velayet hakkı kendiliğinden sona ermediğinden ayrı yaşama süresince eşlerin çocuklarla olan ilişkilerinin düzenlenmesi gerekir³²³. Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin dördüncü fıkrasına göre eşlerin velayetleri altında ergin çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır. Diğer önlemlerden farklı olarak hâkim bu önlemleri eşlerden talep olmasa da re'sen alır. Ancak her ne kadar evlilik birliğini koruyucu önlemleri almakla yetkili mahkeme, ergin olmayan çocuklara ilişkin önlemleri kendiliğinden alsa da bunun için eşler Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen diğer taleplerden birinin alınmasına yönelik talepte bulunmuş olmalıdır. Eşler arasında ortak hayat sona ermiş olsa bile, parasal katkının, konut ve ev eşyalarından yararlanmanın veya mal rejiminin düzenlenmesine yönelik olarak eşlerden bir talep olmadıkça evlilik birliğini koruyucu önlemleri almakla Türk Medenî Kanunu'nun 201. maddesine göre yetkili olan aile mahkemesi ergin olmayan çocuklara ilişkin kararı re'sen alamaz. Bu durumda ergin olmayan çocuklara ilişkin önlemleri almaya yetkili olan mahkeme, Türk Medenî Kanunu'nun 411. maddesine göre yetkili olan aile mahkemesidir³²⁴.

Hâkimin alacağı önlemler, Türk Medenî Kanunu'nun 321. maddesi ve devamı maddelerinde yer alan çocuğun menfaatlerinin korunmasına, bakımına ve kişisel ilişkilerine yönelik önlemlerdir³²⁵. Hâkim özellikle çocukların ayrı yaşama sırasında hangi eşle birlikte kalacağına, diğer eşle

³²³ Akıntürk/Karaman, s. 138; Egger, s. 355.

³²⁴ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 266.

³²⁵ 4721 sayılı Medenî Kanun'un 197. maddesini karşılayan 743 sayılı eski Medenî Kanun'un 162. maddesinde birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde çocukların durumunu düzenleyen herhangi bir hükme yer verilmemişti. Yargıtay muhtelif kararlarında bu konuda bir hukuk boşluğu bulunduğunu ve bu boşluğun Türk Medenî Kanunu'nun 1. maddesi uyarınca hukuk yaratma yoluyla doldurulması gerektiğini belirtmiş durumdaydı. Mevcut boşluk şu anda Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin dördüncü fıkrası ile doldurulmuş bulunmaktadır. Bu konuda bkz. YHGK. 8.11.1967 t. ve E.245/K.512 sayılı kararı (Oğuzman/Dural, s. 162, dn. 299; Egger, s. 355; Ayan, s. 250, dn. 190). Aynı yönde bkz. Yargıtay 2.HD. 03.03.1980 t. ve E.1657/K.1860 sayılı kararı (Akıntürk/Karaman, s. 138).

olan kişisel ilişkilerine ve çocuk için yapılacak giderlere eşlerin yapacağı parasal katkıya karar verir³²⁶.

Çocuklarla ilgili önlemlerin alınmasında, özellikle de çocukların eşlerden birine verilmesinde ve çocukla diğer eş arasında kişisel ilişki kurulmasında en önemli ölçüt çocuğun menfaatidir³²⁷. Çocuğun yararı nasıl bir karar vermeyi gerektiriyorsa hâkim o yönde bir karar vermelidir. Bu nedenle ayrı yaşamaya sebep olan olaylardaki kusur, çocukla kişisel ilişkilerin düzenlenmesi konusunda belirleyici bir kıstas değildir³²⁸.

3. Eşler Birlikte Yaşarken veya Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Alınabilecek Önlemler

a. Borçlulara Yönelik Önlemler

Türk Medenî Kanunu'nun 198. maddesine göre eşlerden biri birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse hâkim, onun borçlularına ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir. Görüldüğü gibi bu önlem, kanundaki evlilik birliğinin korunmasına yönelik diğer önlemlerden farklı olarak eşlere yönelik değil borçlulara yöneliktir.

Eşlerden biri, mallarını kötü idare etmesi, düşüncesizce davranması, parayı bir başkası için harcaması, spekülatif işlere düşkünlüğü gibi nedenlerle evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmediğinde ailenin gelecekteki giderlerinin karşılanması tehlikeye girer. Diğer eşin dava yoluyla katkı payını istemesi çok uzun süre alacağından

³²⁶ Bu yönde Yargıtay 2.HD. 08.03.2002 t. ve E.2397/K.3187 sayılı kararı (Özuğur, Ali İhsan, Nafaka Hukuku, Ankara 2002 (Nafaka), s. 66); Yargıtay 2.HD. 18.02.2002 t. ve E.1183/K.2174 sayılı kararı (Özuğur (Nafaka), s. 71).

³²⁷ Öztan, s. 224; Köprülü/Kaneti, s. 127.

³²⁸ Ayan, s. 252.

hâkim bu eşi korumak amacıyla, katkıda bulunmayan eşin alacaklı olduğu kişilere bundan böyle borçlarını diğer eşe ödemelerini öngörebilir³²⁹.

Hâkimin borçlulara emir verme önlemine başvurabilmesi için ilk koşul eşlerden birinin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesidir³³⁰. Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği Türk Medenî Kanunu'nun 186. maddesinin üçüncü fıkrası ile 196. maddesinin ikinci fıkrasına göre belirlenir. Hâkim yapacağı inceleme sonucunda eşlerden birinin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmediği kanaatine varırsa, yükümlülüğünü ihlâl eden eşin borçlularına borçlarını diğer eşe ödemelerini emredebilir.

Hâkimin borçlulara emir verebilmesi için ikinci koşul evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin üçüncü kişilerden alacaklı olmasıdır. Alacağın niteliği ve doğum sebebi önemli değildir; alacak haksız fiilden ya da sözleşmeden doğmuş olabilir³³¹. Fakat üçüncü kişilerce, söz konusu eş lehinde bir aynî hakkın kurulmasına ilişkin bir borcun ifası konusunda bu önleme başvurulamaz³³².

Türk Medenî Kanunu'ndaki evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemleri düzenleyen hükümlerin neredeyse tamamı önlemlerin uygulanabilirliği için eşlerin talebini ararken; kanunun 198. maddesinin lafzı, borçlulara talimat önleminin uygulanabilmesi için eşlerin talebinin gerekip gerekmediği konusunda bir açıklık taşımamaktadır. Maddenin lafzından açıkça anlaşılmasa da bu önleme ancak eşlerden birinin talebi üzerine başvurulmalıdır³³³. Türk Medenî Kanunu'nun 196. veya 197. maddesine göre birlik giderlerine yapılacak katkının belirlenmesi eşin talebinin üzerine

³²⁹ Öztan, s.224.

³³⁰ Akıntürk/Karaman, s. 140; Feyzioğlu, s. 206; Egger, s. 356; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 766; Oğuzman/Dural, s. 165; Uçar, A. s. 327; Ayan, s. 253.

³³¹ Akıntürk/Karaman, s. 140; Ayan, s. 254.

³³² Güven, s. 11.

³³³ Ayan, s. 255.

söz konusu olduğu gibi borçlulara talimat verilmesi de eşin talebi üzerine mümkün olmalıdır³³⁴.

Borçlulara verilecek talimatın konusu eşlerin özel hukuka bağlı yükümlülüklerinden doğan alacaklardır. Söz konusu yükümlülükler borçlu için hizmet sözleşmesinden doğan ücret alacağı gibi sürekli edimli bir nitelik taşıyabileceği gibi banka ve karz alacakları gibi ani edimli bir nitelik de taşıyabilir. Yine edimin niteliği bakımından yükümlü eşe para borcu olan borçlular bakımından bu önlem uygulanabileceği gibi para edimi dışındaki maddi edim borcu olan borçlular bakımından da bu önlem uygulanabilir³³⁵. Borcun kökeni ister kamu hukukuna ister özel hukuka dayansın, devletten olan alacakların diğer eşe ifası istenebilir. Buna karşılık manevî tazminat alacağı gibi eşin kişiliğine bağlı alacaklarının borçlularına karşı bu yönde bir talimat verilemez³³⁶.

Türk Medenî Kanunu'nun 198. maddesindeki borçlulara talimat verilmesi önleminin uygulanabilmesi için hâkimin öncelikle aynı kanunun 196. 197. veya 169. maddelerine dayanarak ve varsa eşler arasındaki katkı miktar ve oranına ilişkin anlaşmaları da göz önünde tutarak eş tarafından yapılması gereken katkıyı belirlemesi gerekir. Hâkimin borçluya yönelik talimatı alacaklı eşin katkı payının tamamını veya bir kısmını karşılayacak miktara ilişkin olabilir³³⁷.

Hâkimin vereceği talimat bir veya birden fazla fakat belirli borçlulara yönelik olabilir. Yükümlülüğünü ihlâl eden eşin hangi borçlularının, ne miktarda diğer eşe ödemedede bulunacağını tespit ederken hâkim, yükümlü eşin katkı oranı, borç tutarları, borçlanılan edimin sürekliliği gibi faktörleri göz önünde bulundurur. Buna göre hâkim bir veya birden fazla borçlunun borçlarının tamamının veya bir kısmının diğer eşe ifasını isteyebilir³³⁸.

³³⁴ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 178.

³³⁵ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 273.

³³⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 273.

³³⁷ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 273.

³³⁸ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 273.

Hâkim, birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin borçlularına bir ödeme emri gönderilmesine karar verir. Ödeme emrinde hangi borçluların, hangi borçlar için ve hangi oranda diğer eşe ödemede bulunmaları gerektiği de gösterilir. Bu ödeme emri İcra ve İflas Kanunu'ndaki ödeme emrinden farklıdır. Çünkü İcra İflas Kanunu'na göre borçlu yedi gün içinde ödeme emrine itiraz etmezse borcu kabul etmiş sayılır. Yine aynı kanuna göre üçüncü kişilerdeki alacakların haczinde üçüncü kişiye gönderilen ihbarnameye yedi gün içinde itiraz edilmemesi borcun varlığının kabul edildiği anlamına gelir. Fakat Türk Medenî Kanunu'nun 198. maddesi gereğince eşin borçlusuna gönderilecek olan ödeme emrine itiraz söz konusu değildir. Borçlunun bu ödeme emrine itiraz etmemesi borcu kabul ettiği anlamına gelmez³³⁹. Çünkü maddeye göre gönderilen ödeme emri borcun alacaklıya değil, diğer eşe ödenmesine ilişkindir ve borçlu, alacaklıya karşı sahip olduğu bütün savunma imkânlarını diğer eşe karşı da ileri sürebilir³⁴⁰.

Birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş, hâkimin borçlusuna yönelik borcunu diğer eşe ifa etmesine yönelik talimatından sonra bile alacağının alacaklısı olarak kalır. Yani borçluya verilen talimat alacağın temliki ya da yenileme anlamına gelmez. Sadece alacaklının var olan alacak üzerindeki tasarruf yetkisi ortadan kalkar³⁴¹. Ortada bir alacak temliki söz konusu olmadığı için önlem isteyen eş de alacaklı konumunda değildir, sadece alacaklı eşin rızası olmaksızın bizzat borçludan ifayı isteyebilir ve gerekirse ifa davası açabilir³⁴².

Hâkimin borçlulara talimatından sonra borçlular ancak diğer eşe ödeme yapmak suretiyle borçlarından kurtulurlar. Alacaklı eşe yapacakları

³³⁹ Güven, s. 11.

³⁴⁰ Ayan, s. 255.

³⁴¹ Velidedeoğlu, s. 128; Tandoğan, s. 134; Saymen/Elbir, s. 148; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 274; Feyzioğlu, s. 207; Öztan, s. 225.

³⁴² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 274.

ifa onları borçtan kurtarmayacağından diğer eşe yeniden ifa etme rizikosunu taşırlar³⁴³.

Borçlulara talimat verilmesi önlemi uygulamada daha çok birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda alınmakta ise de, bu önlemin alınması için eşler arasındaki ortak hayata ara verilmiş olup olmadığı önem taşımaz³⁴⁴.

b. Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması

(1) Genel Olarak

4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda benimsenen eşlerin hukukî işlem alanında serbestliği ve eşler arası eşitlik ilkeleri uyarınca eşler, evlilik birliğinin devam ettiği süre boyunca kural olarak gerek kendi aralarında gerek üçüncü kişilerle diledikleri hukukî işlemleri yapabilirler. Türk Medenî Kanunu'nun 193. maddesinde *"Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukukî işlemi yapabilir."* denilmek suretiyle ifade edilen bu ilkeye göre eşlerden birinin yaptığı hukukî işlemin geçerliliği, kural olarak diğer eşin veya başka bir kişinin, örneğin hâkimin izin veya icazetine bağlı kılınmamıştır.

³⁴³ Akıntürk/Karaman, s. 140; Oğuzman/Dural, s. 165; Feyzioğlu, s. 207; Oğuzoğlu, s. 163; Güven, s. 11; Ayan, s. 256; Tandoğan, s. 134; Velidedeoğlu, s. 128; Öztan, s. 225.

³⁴⁴ Yargıtay, 743 sayılı eski Medenî Kanun yürürlükteyken borçlulara talimat verilmesi önleminin eşler arasındaki ortak hayatın sona erdiği hallerde uygulanmayacağı yönünde isabetsiz bir karar vermiştir. Yargıtay 2.HD.'nin 23.01.1979 t. ve E.1978-9239/K.1979-364 sayılı kararına göre 743 sayılı eski Medenî Kanun'un 163. maddesinin (4721 sayılı TMK. m. 198) uygulanabilmesi için hem ortak hayat devam etmelidir, hem de yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş için savurganlık, kötü yönetim ve içkiye düşkünlük gibi vasi atanmasını gerektiren bir durum bulunmalıdır. Bu nedenle birlikte yaşamaya ara verildiği veya kısıtlama nedeni oluşmayan durumlarda 743 sayılı eski Medenî Kanun'un 163. maddesi uygulanmaz. (Ayan, s. 254, dn. 202). Kanunda borçlulara talimat önleminin sadece birlikte yaşamının devam ettiği hallerde uygulanabileceği yönünde bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca bu maddenin uygulanabilmesi için de bir kısıtlama nedeni aranması, amacı aşan bir yorum niteliğindedir ve bunun hiçbir yasal dayanağı yoktur. Bu nedenlerle eşler birlikte yaşamaya ara vermiş olsa da ve yükümlü eş hakkında kısıtlama kararı bulunmasa da birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü yerine getirilmediği sürece Türk Medenî Kanunu'nun 198. maddesi uygulanabilir. (Öztan, s. 224; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 271; Oğuzman/Dural, s. 164; Velidedeoğlu, s. 127; Tandoğan, s. 134; Ayan, s. 254, dn. 202).

Eşlerin hukukî işlemlerinde serbest olma ilkesi mutlak değildir. Kanun tarafından serbestlik ilkesine birtakım istisnalar getirilmiştir. İşte bu ilkenin en önemli istisnalarından biri eşlerden birinin tasarruf yetkisinin belirli şartların ortaya çıkması ve diğer eşin talebi üzerine hâkim kararıyla sınırlandırılmasıdır³⁴⁵. Bu tip bir sınırlamanın gerekçesi, önlemin amacından da anlaşılacağı üzere evlilik birliğinin ve dolayısıyla aile bireylerinin malî bakımından korunmasıdır. Özellikle evlilik birliği içinde birtakım ciddi ve aşılamaz görünen sorunların baş göstermesi ile eşlerin duygusal davranarak, yüklendikleri malî yükümlülükleri yerine getirmeme eğilimi içine girdikleri bir gerçektir³⁴⁶. Eşlerden birinin harcamaları nedeniyle ekonomik menfaatleri zarar gören diğer eşin sadece boşanma davası sırasında hâkim tarafından alınacak önlemlerle korunması yeterli olmayabilir³⁴⁷. Tasarruf yetkisinin sınırlandırılması önlemiyle artık aleyhine önlem kararı alınan eşin belli malvarlığı değerleri ile ilgili hukukî işlemlerde bulunması diğer eşin rızasına tâbi kılınmaktadır.

Özellikle eşler arasında uyuşmazlıkların çıktığı dönemlerde eşlerden biri diğer eşe zarar vermek amacıyla birtakım hukukî işlemlere girişebilir. Diğer eşe nafaka veya tazminat vermemek amacıyla mallarını devredebilir veya saklayabilir. Önlemin alınması suretiyle eşlerin birbirlerinden belli malları kaçırmaları olasılığı önlenmiş olmaktadır³⁴⁸.

Eşlerden birinin bazı malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanabilmesi için ortak hayatın devam etmesi zorunlu değildir. Ortak hayata ara verilmiş hatta boşanma davası açılmış olsa bile bu önleme başvurulabilir³⁴⁹.

³⁴⁵ Barlas, Nami: “Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 133; Demir, M. s. 699.

³⁴⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 275.

³⁴⁷ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 276.

³⁴⁸ Ayan, s. 257; Özügür (Nafaka), s. 37; Akıntürk/Karaman, s. 123.

³⁴⁹ Ayan, s. 258.

Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesi hem boşanma davalarında alınacak geçici önlemler kapsamında³⁵⁰ (MK. m. 169) hem de ana ve babanın çocuklarına olan nafaka yükümlülüklerinin teminat altına alınmasına yönelik olarak³⁵¹ kıyasen uygulama bulur. Söz konusu maddenin gerekçesinde de belirtildiği gibi genellikle ayrılmakta ve boşanmakta kararlı olan eş, sırf diğerine parasal katkı sağlamaktan veya tazminat ödemekten kaçınmak için mallarını başkalarına devretmektedir. Bu nedenle parasal katkı veya tazminat hükmü alan eş, alacağını, diğerinden icra yoluyla bile tahsil edememektedir. Bu hüküm sayesinde hâkim, eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik önlem niteliğinde olmak üzere, bu tür tasarrufların, diğer eşin rızasına bağlı olduğuna karar verebilir.

(2) Şartları

Evlilik birliğini koruyucu önlemlerden biri olan eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması önlemi, aleyhine önlem kararı alınan eş bakımından önemli sonuçlar doğuracağından kanun koyucu bu önleme başvurulabilmesi için bazı şartlar aramıştır. Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesi, ailenin ekonomik varlığının korunmaya ihtiyaç duyması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde eşlerden birine hâkime başvurma yetkisi tanımıştır. Kanundaki şartlar seçimlik olduğundan şartlardan birinin gerçekleşmesiyle eşlerden biri hâkime başvurabilir.

Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesindeki önleme başvurabilmek için öncelikle diğer önlemlere başvurma zorunluluğu olmadığından hâkim, diğer önlemlere başvurmadan eşlerden birinin tasarruf yetkisini sınırlandırabilir³⁵².

³⁵⁰ Öztan, s. 226; Gümüş, s. 71; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 276.

³⁵¹ Gümüş, s. 72; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 276.

³⁵² Ayan, s. 260; Gümüş, s. 60, dn. 154.

i. Ailenin Ekonomik Varlığının Korunmaya İhtiyaç Duyması

Kanun koyucu, eşlerin yapacağı bazı hukukî işlemlerin ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacağını düşünerek ailenin ekonomik varlığının korunması gerekliliğini tasarruf yetkisinin sınırlanması sebebi saymıştır. Burada amaç, belirli bir malvarlığının korunmasından ziyade ailenin ekonomik temelini dolayısıyla evlilik birliğinin korunmasıdır³⁵³.

Ailenin ekonomik varlığının korunmaya ihtiyaç duyması hallerine örnek olarak evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin üçüncü kişiyle ilişki kurması ve malvarlığının üçüncü kişiye gideceği tehlikesinin ortaya çıkması, evdeki eşyaları başka bir yere götürmesi, ticari işletmesini gereksiz kapatması veya söz konusu işletmeyi uygun bir karşı değer elde etmeksizin devretmesi, ailenin geçimi için gerekli birikimleri harcaması, malvarlığı değerlerini inançlı olarak üçüncü bir kişiye devretmesi veya bağışlaması, sebepsiz olarak malvarlığının azalması veya taşınmazlara aşırı yükümlülükler yüklemesi verilebilir³⁵⁴.

Ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla hâkimden müdahale talep edilebilmesi için, birliğin ekonomik varlık ve güvenliğine yönelmiş ciddi ve güncel bir tehlikenin varlığı aranır. Bununla birlikte tehlikenin ortaya çıkmış olması yeterli olup, zararın doğmuş olması şart değildir³⁵⁵. Ortaya çıkan tehlikenin ciddi olması aranmakla birlikte ailenin asgarî geçim düzeyini tehlikeye düşmesi de şart değildir. Tehlikenin, ailenin mevcut yaşam standardını koruyamaması riskini doğuracak ağırlıkta olması yeterlidir³⁵⁶.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasında asıl amaç ortaya çıkan tehlikeyi yok etmek olduğundan önlem alabilmek için eşlerin kusurunu aramak evlilik birliğinin korunması ilkesiyle bağdaşmaz. Bu

³⁵³ Öztan, s. 226; Gümüş, s. 63.

³⁵⁴ Gümüş, s. 63; Ayan, s. 259; Öztan, s. 227; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 277.

³⁵⁵ Gümüş, s. 63; Ayan, s. 259.

³⁵⁶ Gümüş, s. 63; Ayan, s. 260.

nedenle tehlikeye eşin kasıtlı veya kusurlu davranışının yol açıp açmaması önlem talebi bakımından önemli değildir³⁵⁷.

ii. Evlilik Birliğinden Doğan Malî Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinde öngörülen tasarruf yetkisinin sınırlandırılması önleminin alınabilmesi için gerekli olan ikinci alternatif şart, evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmemesidir. Evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi tehlike içindeyse yükümlü eşin tasarruf yetkisi hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanabilir. Böylelikle boşanmaya kararlı olan eşin diğer eşe parasal katkı sağlamamak veya tazminat ödememek için mallarını başkalarına devretmesi sonucunda diğer eşin alacağını alamamasına karşı önlem alınmış olur. Ancak hükmün tek amacı mal kaçırılmasının önlenmesi değildir. Bu önlem sayesinde ailenin ekonomik geleceği de korunmuş olur³⁵⁸.

Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesindeki önlem, kanundaki "Evliliğin Genel Hükümleri" başlığı altında sayılan her türlü yükümlülüğün değil; evlilik birliğinden doğan salt ekonomik yükümler ve ek olarak mal rejiminden doğan yükümler için öngörülmüştür³⁵⁹. Türk Medenî Kanunu'na göre evlilik birliğinden doğan başlıca malî yüküm, eşlerin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümüdür. Eşlerden biri evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmiyorsa ve tutum ve davranışlarından bu yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınacağı anlaşılıyorsa hâkim, bu eşin, bazı malvarlığıyla ilgili tasarruflarının geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlayabilir³⁶⁰.

³⁵⁷ Ayan, s. 260.

³⁵⁸ Gümüş, s. 61.

³⁵⁹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 277.

³⁶⁰ Ayan, s. 261; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 277; Gümüş, s. 64.

Doktrinde, birlik giderlerine katılma yükümlülüğünün ihlâl edilmiş olmasının ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürmediği hallerde doğrudan Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin uygulanamayacağı savunulmaktadır³⁶¹. Buna göre, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin önlem alınması için ön şart, önlem talebiyle mahkemeye başvuran eşin, aleyhine önlem kararı alınacak eşin birlik giderlerine katkı payını eğer ortak hayat devam ediyorsa Türk Medenî Kanunu'nun 196. maddesine uygun olarak; ortak hayata ara verilmişse aynı kanunun 197. maddesinin birinci fıkrasına uygun olarak hâkime tespit ettirmiş olması ve buna rağmen aleyhine önlem kararı alınacak eşin katkı payını ödememiş olmasıdır. Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre ise, Türk Medenî Kanun'un 199. maddesinde öngörülen tasarruf yetkisinin sınırlandırılması önleminin alınmasını, katkı payının önceden tespit ettirilmiş olması ön şartına bağlı tutmak kanuna aykırı bir yorum olur. Maddede önlemin alınabilmesi için herhangi bir ön koşul aranmamaktadır. Bu yönde bir uygulamanın, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin gerektirdiği sürati engelleyeceği açıktır³⁶². Ayrıca eşlerin birliğe yapacakları parasal katkının tespitinin istendiği anda, bu katkının elde edilemeyeceğine dair şüpheler varsa, katkının güvence altına alınabilmesi için eşlerden birinin bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf işlemlerinin diğer eşin rızasına bağlanması söz konusu olabilir³⁶³. Bu nedenle tasarruf yetkisinin sınırlandırılması önlemine başvurabilmek için katkı payının önceden hâkime tespit ettirilmiş olmasını ön şart olarak aramak önlemin amacına hizmet etmesini engeller.

Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması önlemine hükmedilmesi için bir zararın doğmuş olması zorunlu değildir. Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğünün yerine getirmesinin tehlikeye düşmüş olması yeterlidir. Mesela eşlerden birinin ülke dışına kaçma hazırlıkları yapmasında olduğu gibi evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine

³⁶¹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 277; Gümüş, s. 65.

³⁶² Ayan, s. 261.

³⁶³ Uçar, A. s. 324.

getirilmeyeceğinin kesin olarak anlaşıldığı hallerde tasarruf yetkisi sınırlanması önlemine başvurulabilir³⁶⁴.

iii. Diğer Eşin Talebi ve Şartların Gerçekleştiğinin İspatı

Eşlerden birinin bazı malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruf yetkisinin hâkim kararıyla diğer eşin rızasına bağlanması eşlerden birinin böyle bir talepte bulunmasına bağlıdır.

Hâkimden önlem talebinde bulunan eşin, Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinde öngörülen şartların gerçekleştiğini kesin delillerle ispat etmesi beklenmez. Talep sahibi eşin, diğer eşin birtakım zarar verici tasarrufları ile ailenin ekonomik varlığını ciddi ve yakın gelecekte beklenen bir tehlikeye maruz bırakma olasılığı konusunda hâkimi inandırması yeterlidir³⁶⁵. Hâkim, yaptığı inceleme sonucunda ailenin ekonomik varlığına yönelik ciddi bir tehlike olasılığı gördüğü takdirde önleme karar verebilir. Ancak, tehlikenin yakın bir zaman içerisinde gerçekleşmesi objektif olarak mümkün olmalıdır³⁶⁶.

Ciddi ve yakın tehlikenin genel hayat tecrübesi ve olayların olağan akışı çerçevesinde beklenebilir olduğunun ortaya konmasının ispat için yeterli olması hem önlemin koruyucu işlevi hem de şartları ispat etmeye yarayan bilgi ve belgelere ulaşılmasının çok zor veya imkânsız olması nedeniyle bir zorunluluktur³⁶⁷. Buna rağmen hâkimin eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına karar verebilmesi için dosya üzerinde inceleme yapması doğru olmaz. Hâkimin bir duruşma günü tespit etmesi, tarafları duruşmada dinlemesi ve toplanan delilleri değerlendirmesinde fayda vardır³⁶⁸. Ancak önleme hükmedilmesi için gerekli şartlar gerçekleşmiş ve ispatlanmış olsa

³⁶⁴ Ayan, s. 262.

³⁶⁵ Ayan, s. 263; Gümüş, s. 68; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 278.

³⁶⁶ Ayan, s. 263.

³⁶⁷ Gümüş, s. 68; Barlas, s. 134.

³⁶⁸ Akıntürk/Karaman, s. 124.

dahi, aleyhine önlem alınacak eşin önlem şartını ortadan kaldırmaya yetecek miktarda teminat göstermesi halinde artık somut ve yakın bir tehlikeden bahsedilemeyeceği için önleme hükmedilemez³⁶⁹.

(3) Sınırlamanın Konusu

Eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlayıcı önlemler belirli bir eşyaya ilişkin olarak değil belirli bir malvarlığı değerine ilişkin olarak alınır. Diğer bir anlatımla, eşin tasarruf yetkisine getirilen sınırlama bütünüyle belirli bir malvarlığı değeri veya değerlerine ilişkindir ve hâkim tarafından verilen kararda bireysel olarak belirtilmek zorundadır³⁷⁰. Eşin sahip olduğu bütün malvarlığı değerlerini kapsayacak genel nitelikli bir sınırlama mümkün değildir³⁷¹.

Sınırlama konusu malvarlığı değeri bir taşınır, taşınmaz, para, ev eşyası, kıymetli evrak, alacak hakkı veya aynî hak olabilir. Doğrudan aileye hizmet eden taşınmazlar ve doğrudan eşlerin ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik malvarlığı değerleri (spor eşyası, koleksiyon gibi) de sınırlamanın konusunu oluşturabilir³⁷².

Hâkim, sınırlamanın konusunu oluşturacak malvarlığı değerlerini tespit ederken orantılılık ilkesine uygun davranmalıdır. Yani hâkim, önlemin amacına uygun olan asgarî düzeyde malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamaya özen göstermelidir. Sınırlamanın ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla yapıldığı durumlarda, üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanan malvarlığı değerleri bu ilkeye uygun olarak belirlenmelidir. Sınırlamaya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi

³⁶⁹ Öztan, s. 226; Gümüş, s. 68.

³⁷⁰ Gümüş, 68; Öztan, s. 227; Doğan (Yenilikler), s. 122; Ayan, s. 264. Bu yönde bkz. Yargıtay 2.HD. 14.11.2005 t. ve E.13075/K.15543; Yargıtay 2.HD. 30.5.2005 t. ve E.5879/K.8355 sayılı kararları (Erişim: *kazancı*).

³⁷¹ Güven, s. 13; Öztan, s. 227; Gümüş, s. 68; Ayan, s. 264; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 278; Özüğür, s. 308.

³⁷² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 279; Aksi yöndeki görüş için bkz. Gümüş, s. 69.

amacıyla başvurulduğu hallerde de bu malî yükümlülüğü sağlamaya yetecek kadar malvarlığı değeri önleme konu edilmelidir³⁷³.

Tasarruf yetkisi sınırlamasına karar verilirken sınırlamanın tâbi olduğu bir süreye karar verilmesi zorunlu olmamakla birlikte hâkim tasarruf yetkisinin zamansal bakımdan da sınırlanmasına karar verebilir³⁷⁴.

(4) Sınırlamanın Sonuçları

Eşlerden birinin sınırlama talebi üzerine hâkimin alacağı karar ile diğer eşin hâkim tarafından belirlenen malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanmış olur. Bu karardan itibaren sınırlamaya konu olan malvarlığı değerlerine ilişkin tasarruf işlemleri ancak diğer eşin izni ile mümkün hale gelir. Bununla birlikte Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesine göre üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunduğu durumlar saklıdır.

Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinde yer alan "tasarruf" kelimesi, teknik anlamda tasarruf işlemlerini ifade etmek üzere kullanılmıştır. Bu kapsamda; bir taşınmazın mülkiyetinin devri, alacak hakkının devri veya bundan feragat edilmesi, üçüncü kişi lehine bir sınırlı aynî hak tesisi, üçüncü kişi lehine bir sınırlı aynî haktan feragat, taşınmaz eşya üzerinde bir kişisel hakkın şerhi gibi işlemler tasarruf işlemi olması nedeniyle önlem kararı ile diğer eşin rızasına tâbi kılınabilir³⁷⁵.

Tasarruf yetkisinin sınırlanması belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki her türlü tasarrufun sınırlanması şeklinde olabileceği gibi belirli bir malvarlığı değeri üzerindeki belirli tasarruf işlemlerinin (örneğin sadece ivazsız tasarrufların) sınırlanması şeklinde de olabilir³⁷⁶.

³⁷³ Ayan, s. 264; Gümüş, s. 69; Doğan (Yenilikler), s. 122; Özuğur (Nafaka), s. 37.

³⁷⁴ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 279; Güven, s. 13; Gümüş, s. 69.

³⁷⁵ Gümüş, s. 70; Özuğur, s. 309; Ayan, s. 266.

³⁷⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 279; Gümüş, 70; Ayan, s. 265.

Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinde öngörülen önlem, fiil ehliyetinin değil eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması temelli bir önlem olduğundan kural olarak borçlandırıcı işlemlerin yapılmasının diğer eşin iznine tâbi kılınması kanunun açık lafzı karşısında mümkün değildir³⁷⁷. Aksi yönde bir uygulama tasarruf yetkisinden ziyade fiil ehliyetinin sınırlanması anlamı taşır. Ancak istisna olarak eşin taşınmazı kiraya vermesi veya bir bankada yatırım hesabı açması gibi ifası teknik anlamda bir tasarruf işleminin yapılmasını gerektirmeyen zilyetlik devrine dayalı kullanma ve saklama borcu doğuran birtakım borçlandırıcı işlemler bakımından Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinde öngörülen önlem uygulama alanı bulmalıdır³⁷⁸.

Önleme hükmedilmesiyle birlikte artık belirlenen malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf işlemleri diğer eşin izni ile yapılabilir. Kanunda iznin şekli ve kapsamı hakkında bir düzenlemeye yer verilmediğinden kural olarak iznin herhangi bir şekil şartına bağlı olmadan verilebileceği kabul edilir. Ancak Tapu Sicil Tüzüğü'nün 11. maddesinin birinci fıkrasındaki *“Kanunlarda ve bu tüzükte yazılı istisnalar dışında yazılı istem olmadıkça tapu sicili üzerinde işlem yapılamaz.”* düzenlemesi karşısında taşınmazlar ile ilgili iznin yazılı olarak verilmesi gerekmektedir³⁷⁹.

İzin açıkça veya zımnen verilebilir. Fakat iznin verilmediğini ispat yükü izin vermeye yetkili eşe aittir. İzin 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, önlemin arzulanan amaca ulaşmasına engel olabilir³⁸⁰.

³⁷⁷ Gümüş (Mal Rejimleri), s. 194; Barlas, s. 133 vd.; Öktem, Seda: “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, TBBD, S. 67, Ankara 2006, s. 336.

³⁷⁸ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 280; Gümüş, s. 72; Öktem, s. 327.

³⁷⁹ Özüğür, s. 309; Gümüş, s. 73.

³⁸⁰ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 281; Gümüş, s. 73.

Aile konutuna ilişkin olarak, haklı bir sebep olmaksızın işlemine rıza verilmeyen veya eşinin iznini alamayan eş, Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesinin ikinci fıkrasına göre hâkimin müdahalesini isteyebilir. Kanunun 199. maddesinde benzer bir hüküm yer almamakla birlikte, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin haklı bir sebep olmaksızın işleme rıza vermeyen eş aleyhine mahkemeye başvurarak hâkimden izin alabileceği sonucu kıyasen kabul edilmelidir³⁸¹.

(5) Ek Koruma Önlemleri

Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin ikinci fıkrasında *“Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.”*; yine aynı maddenin üçüncü fıkrasında *“Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.”* denilmek suretiyle tasarruf yetkisinin sınırlanması önlemine ek olarak birtakım önlemlerin de alınması gerekliliği düzenlenmiştir.

Ana önlem olan tasarruf yetkisinin sınırlanması önlemine ek olarak alınacak önlemlerin niteliği, tasarruf sınırlamasına konu edilen malvarlığı değerine göre farklılık gösterir. Ek önlemler, sınırlama önleminin amacına uygun yürütülmesini ve sonuca ulaştırılmasını sağlamaya yardımcı olacağı gibi üzerinde tasarruf yetkisi sınırlandırılmış malvarlığı değerlerinin iyiniyetli üçüncü kişiler tarafından iktisabını da önlemiş olur.

Taşınmazlar için hâkime şerhi sağlama yükümlülüğü öngörülürken, tasarruf yetkisi sınırlaması önlemine konu olan malvarlığı değeri taşınmaz dışında bir şey ise hâkimin ek önlemlerin türünü ve ağırlığını belirlemeye yönelik takdir hakkı vardır. Ancak hâkimin takdir hakkı sadece önlemin

³⁸¹ Öztan, s. 227; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 281; Ayan, s. 267; Gümüş, s. 75.

türünü ve ağırlığını belirlemeye yönelik olup önlem alıp almama konusunda değildir³⁸².

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 derhâl ilgili kişilere bildirilmesi, tasarruf yetkisi sınırlanan eşten teminat istenmesi, önlem konusunun bir alacak olduğu hallerde borçlularına ancak mahkeme veznesine yapacakları ödeme ile borçtan kurtulabileceklerinin bildirilmesi³⁸³ bir ticari işletme üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlamasının ticaret sicil müdürlüğüne veya bir motorlu araç üzerindeki sınırlamanın trafik sicil müdürlüğüne bildirilmesi³⁸⁴ alınabilecek ek önlemlere örnek olarak gösterilebilir.

Hâkim, bir taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlanmasına karar verdiği durumlarda re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir. Bu husus Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin üçüncü fıkrasında açıkça belirtilmiştir Bu noktada şerh, kurucu değil açıklayıcı bir etkiye sahiptir. Zira tasarruf yetkisinin sınırlanmasına yönelik mahkeme kararı, yenilik doğuran bir karardır³⁸⁵.

Türk Hukuku'nda hâkim olan, bizim de katıldığımız görüşe göre³⁸⁶ Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin üçüncü fıkrasına göre yapılacak tasarruf sınırlaması şerhi, taşınmazı tasarruf yetkisi sınırlanan eşten kazanan kimseden aynî hak kazanacak üçüncü kişilerin iyiniyetlerini ortadan kaldırır. Şerh ile tapu kütüğündeki ilgili taşınmaza ait sayfa tasarruf işlemlerine kapanmaz. Ancak ilgili taşınmazı, önlem kararı ile tasarruf yetkisi sınırlanan eşten adına yolsuz olarak tescil ettiren kişiden aynî hak kazanacak üçüncü

³⁸² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 282; Gümüş, s. 75.

³⁸³ Öztan, s. 228; Gümüş, s. 76; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 282.

³⁸⁴ Ayan, s. 265.

³⁸⁵ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 282; Gümüş, s. 77.

³⁸⁶ Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 34; Barlas, s. 136; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 209; Doğan (Yenilikler), s. 122.

kişilerin Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesine dayalı iyiniyet iddiaları bu şerh ile ortadan kaldırılır.

Diğer bir görüşe göre ise tasarruf sınırlaması şerhi ilgili taşınmazın tapu kütüğü sayfasını kilitler başka bir deyişle işlemlere kapatır³⁸⁷. Buna göre tapu memuru kendisine yönelik tasarruf işlemlerini hiçbir şekilde kabul etmez. Buradaki kitleme genel nitelikte olmayıp, korunan eşin iznine dayanmayan kayıtlara ilişkindir. Tasarruf yetkisi sınırlanan eş, şerhten sonra eşinin izni olmaksızın tapu kütüğünde aynî bir hak tesis edemez. İlgili tapu kütüğü sayfasına yapı alacaklısı ipoteği gibi sadece yasal hakların tescili mümkündür. Aynı şekilde tapu kütüğünün kilitlenmesi, sınırlama konusu malvarlığı değerine yönelik cebrî icraların yürütümünü ve cebrî icra yoluyla satışını engellemez³⁸⁸.

(6) Sınırlamanın Üçüncü Kişilere Etkisi

Eşlerden birinin talebi üzerine diğer eşin belirli bir taşınmazı üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlanması kararından sonra fakat tapu siciline şerh edilmesinden önce tasarruf yetkisi sınırlanan eşin karşısındaki işlem tarafı üçüncü kişilerin iyiniyetinin korunup korunmayacağı konusunda doktrinde iki farklı görüş vardır.

Bir görüşe göre³⁸⁹ tasarruf yetkisi sınırlanan malvarlığı değerinin sahibi olan eşin karşısındaki işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti ancak kanunun iyiniyete iktisabî sonucu bağladığı hallerde sonuç doğurur. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 3. maddesinin birinci fıkrasındaki *“Kanunun iyiniyete hukukî bir sonuç bağladığı durumlarda asıl olan iyiniyetin varlığıdır”* düzenlemesi karşısında iyiniyet ancak kanun koyucunun iyiniyetin korunmasını açıkça kabul ettiği hallerde korunur. Kanun koyucu Türk Medenî

³⁸⁷ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 283; Ayan, s. 267; Gümüş, s. 82.

³⁸⁸ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 283; Barlas, s. 137.

³⁸⁹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 284; Gümüş, s. 87-88; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 209; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 34.

Kanunu'nun 199. maddesinde izni gereken eşin izni olmadan yapılan tasarruf işleminin tarafı olan üçüncü kişinin iyiniyetini özel olarak korumadığı için, işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyeti, tasarruf yetkisi eksikliğini kural olarak ortadan kaldırmaz ve bu nedenle geçerli bir iktisap söz konusu olamaz.

Diğer görüşe göre³⁹⁰ ise, bir taşınmaz hakkında tasarruf yetkisi sınırlanmasına karar verilmiş olmakla birlikte buna ilişkin şerh henüz tapu siciline işlenmemişse, bu sınırlamadan haberi olmayan iyiniyetli üçüncü kişilerin, tasarruf yetkisi sınırlanan eşten gerçekleştirdikleri iktisap Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesine göre korunmalıdır. Çünkü söz konusu madde tapu sicilinde malik olarak görünen kişinin tasarruf yetkisinin varlığına duyulan güveni de korumaktadır.

Kanaatimizce tapu kütüğünde yetkili olarak görünen kişinin tasarruf yetkisine duyulan güven, Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesinin aradığı anlamda tapu kütüğündeki bir kayda yönelmiş bir güven sayılmayacağından, sadece tasarruf yetkisine ilişkin güven iyiniyete ilişkin özel koruma eksikliği nedeniyle iktisabı sağlamaya yeterli olmaz. Buradaki şerh, taşınmazı tasarruf yetkisi kısıtlanan eşten kazanan kimseden aynî hak kazanacak üçüncü kişilerin iyiniyetlerini ortadan kaldırır. Bu nedenle şerh işlemi yapılmamışsa, işlemi yapan iyiniyetli üçüncü kişinin korunması ve işlemin geçerli olması mümkün değildir. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin amacı evlilik birliğini ve sınırlama talep eden eşi korumaktır. Korunmak istenen eş ile işlem tarafı üçüncü kişi arasındaki menfaat çatışmasında eşin menfaati tercih edilmeli, sınırlamanın şerhinden önce işlem tarafı üçüncü kişilerin Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesine dayalı olarak söz konusu taşınmazı iyiniyetle iktisabı mümkün olmamalıdır.

Taşınırılar bakımından hâkim, tasarruf yetkisi sınırlaması kararı vermekle birlikte bu kararın etkisinin sağlanması için gereken ek koruma önlemlerini Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin ikinci fıkrasına göre alır. Mesela taşınır malın veya kıymetli evrakın mahkemeye veya bankaya

³⁹⁰ Ayan, s. 269; Kılıçoğlu (Diğer Eşin Rızası), s. 34; Reisoğlu, s. 70.

tevdi edilmesine karar verebilir. Fakat hâkimin bu kararı gereğince işlem yapılmadan önce yani taşınırlar hala tasarruf yetkisi sınırlanan eşin elindeyken bu eş, taşınırları iyiniyetli üçüncü bir kişiye satıp devrederse bu kişinin kazanımı korunmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 988. maddesinde öngörülen emin sıfatıyla zilyetten iyiniyetle iktisaba ilişkin hükümler, tasarruf yetkisi sınırlanan eş emin sıfatıyla zilyet olmamasına rağmen uygulama alanı bulur. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesinin ikinci fıkrasındaki hâkimin gerekli önlemleri alacağına ilişkin düzenlemenin amacı iyiniyetli üçüncü kişilerin aynî hak kazanımlarını önlemektir. Eğer hâkim, üçüncü kişilerin aynî hak kazanımlarına engel olmaya ilişkin önlemlere karar vermemişse veya bu önlemler henüz fiilen uygulanmamışsa, tasarruf yetkisi sınırlanan eşten iyiniyetle aynî hak kazanan kişilerin bu kazanımı korunur³⁹¹.

c. Eşler Arasındaki Mal Rejiminin Mal Ayrılığına Dönüştürülmesi

Eşler arasındaki geçerli olan mal rejiminin eşlerden birinin istemi üzerine mal ayrılığına dönüştürülmesi geniş anlamda evlilik birliğini koruyucu önlemlere dâhildir³⁹². Kanun koyucu bazen evlilik birliğinin menfaatlerini bazen de eşlerden birinin kişisel menfaatlerini korumak amacıyla mal ayrılığına geçişe yönelik düzenlemeler yapmıştır³⁹³.

Türk Medenî Kanunu'nun 206. maddesinin birinci fıkrasına göre haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesinde haklı

³⁹¹ Gümüş, s. 86; Ayan, s. 268.

³⁹² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 306.

³⁹³ Eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesini öngören iki hüküm daha vardır ki bu hükümler doğrudan eşlerin alacaklılarını korumaya yöneliktir. Türk Medenî Kanunu'nun 209. maddesine göre eşler arasında mal ortaklığı rejimi geçerliyse, eşlerden birinin iflas etmesi halinde, eşler arasında geçerli olan mal ortaklığı rejimi kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür. Türk Medenî Kanunu'nun 210. maddesine göre de eşler arasında mal ortaklığı rejimi geçerliyse ve eşlerden birine karşı icra takibine başlayan alacaklı bu mal rejimi yüzünden zarara uğrayacaksa, borçlu eşin yerleşim yerindeki hâkimden mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığı rejimine dönüştürülmesine karar verilmesini isteyebilir. (Öztan, s. 247; Ayan, s. 270).

sebeup oluşturabilecek haller örnekleme yoluyla sayılmıştır. Bu nedenle söz konusu fıkrada sayılan haller dışındaki durumlar da eşlerin menfaatleri gerekli kılıyorsa mal ayrılığına geçiş için haklı bir sebep oluřturabilir³⁹⁴.

Türk Medenî Kanunu'nun 206. maddesinin ikinci fıkrasında beş bent olarak sayılan haklı sebep oluşturacak haller şunlardır:

1. *Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması,*
2. *Diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması,*
3. *Diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi,*
4. *Diğer eşin, istemde bulunan eşe, malvarlığı, geliri, borçları ve ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması,*
5. *Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması.*

Bunlar ve benzeri haklı sebeplerden dolayı eşlerden biri hâkimden mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesini eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesinden talep edebilir. Hangi sebeplerin mal ayrılığına geçiş için haklı sebep sayılacağı hâkimin takdirine baęlıdır³⁹⁵.

Eşler arasındaki mal ortaklığı rejiminde eşlerin ortaklık malları üzerinde elbirliği mülkiyeti vardır (MK. m. 275/2). Eşlerin bazı davranışları hem ortaklığı hem de diğer eşi tehlikeye sokabilir. Bu nedenle hâkim kararıyla mal ayrılığına geçiş, mal ortaklığı için oldukça önemlidir. Paylaşmalı mal ayrılığı ve yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler mal rejimleri süresince kural olarak kendi malları üzerinde her türlü hukukî işlemi

³⁹⁴ ztan, s. 244; Akıntürk/Karaman, s. 150; Ayan, s. 269; Dural/ğz/Gümüş (2005), s. 306.

³⁹⁵ ztan, s. 245; Ayan, s. 271.

yapabildikleri için mal ayrılığı rejimine geçmeye pek ihtiyaç duymazlar. Bu nedenle Türk Medenî Kanunu'nun 206. maddesi genellikle mal ortaklığı rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesinde uygulanır³⁹⁶.

Türk Medenî Kanunu'nun 208. maddesinin ikinci fıkrasına göre mal ayrılığına geçişi gerektiren sebep ortadan kalkmışsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönülmesine karar verebilir. Eski mal rejimine dönüş kendiliğinden değil ancak eşlerden birinin bu yöndeki istemi ve hâkimin kararıyla mümkündür. Bununla birlikte eşler her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesi yaparak eski mal rejimine veya yenisine geçiş yapabilirler (MK. m. 208).

d. Eşine Borçlu Olan Diğer Eşe Borcunu Yerine Getirmesi İçin Süre Verilmesi

Türk Medenî Kanunu'nun 217. maddesine göre *“Mal rejimi eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Bununla beraber bir borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi, evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa bu eş, ödeme için süre isteyebilir. Durum ve koşullar gerektiriyorsa hâkim, istemde bulunan eşi güvence vermekle yükümlü tutar.”* Bu düzenleme mal rejimlerine ilişkin genel hüküm niteliğinde olduğundan eşler arasındaki mal rejiminin türüne bakılmaksızın uygulanır.

Bir borcun ifası borçluyu her zaman zor duruma sokabilir. Fakat kanun koyucu borçlu eşi ve dolayısıyla evlilik birliğini korumak amacıyla önemli nitelik taşıyan, ağır derecedeki güçlüklerde borçlu eşe hâkimden borcunu ödemesi için süre verilmesini isteyebilme hakkını tanımıştır³⁹⁷.

Kanun koyucu söz konusu hükmün uygulanabilmesi için sıkı koşullar aramıştır. İlk olarak diğer eşe olan borcun yerine getirilmesi borçlu eşi önemli

³⁹⁶ Ayan, s. 271.

³⁹⁷ Ayan, s. 273.

güçlülere sokmalıdır. İkinci olarak borçlu eşin zamanında ödeme durumunda düşeceği önemli derecede güçlükler aynı zamanda evlilik birliğini de tehlikeye düşürmelidir. Bu nedenlerle borçlu eşe ödeme için ek süre verilebilmesi için, diğer eşe olan borcun zamanında ifası durumunda, evlilik birliği de dolaylı olarak önemli ölçüde zarar görme tehlikesiyle karşılaşmalıdır. Mesela eşlerden birinin diğerine olan borcunu ödemesi onun evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü yerine getirmesine engel olarsa ve bu durum evlilik birliğini tehlikeye düşürcekse, borçlu eş hâkimden ödeme için kendisine uygun bir süre verilmesini isteyebilir³⁹⁸.

Kanun koyucu, borçlu eşe bu imkânı sağlarken alacaklı eşin haklarını da gözetmiş ve bu nedenle gerektiğinde hâkimin borçlu eşten güvence isteyebileceğini kabul ederek eşler arasındaki menfaatler dengesini sağlamaya çalışmıştır.

Türk Medenî Kanunu'nun 217. maddesinde borçlu eşin borcunu ödemek için süre isteyebileceği yetkili ve görevli mahkeme konusunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 217. maddesi ile 195 ve devamı maddelerindeki evlilik birliğini koruyucu hükümlerin aynı amaca yönelmiş olduğunu dikkate alırsak, evlilik birliğinin korunması için alınabilecek önlemler konusunda yetkili mahkemeye ilişkin 201. maddenin kıyasen buraya da uygulanabileceğini söylemek mümkündür³⁹⁹. Buna göre görevli mahkeme 4787 sayılı Kanun gereğince aile mahkemesi, yetkili mahkeme ise Türk Medenî Kanunu'nun 201. maddesine göre eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

³⁹⁸ Ayan, s. 273.

³⁹⁹ Ayan, s. 274.

IV. HÂKİM TARAFINDAN ALINAN ÖNLEMLERİN HUKUKÎ NİTELİĞİ

Doktrinde evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen önlemlerin geçici nitelikte olduğu⁴⁰⁰ ve Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101 ve devamı maddelerinde (HMK. m. 389 vd.) düzenlenen ihtiyatî tedbirlere benzediği ileri sürülmektedir⁴⁰¹.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen kararların ihtiyatî tedbir kararlarına benzeyen yönleri olmakla birlikte bazı farklılıkları da vardır.

Bir dava sırasında davalının müddeabihi başkasına temlik etmesi mümkün olduğundan davacının davayı kazanması halinde dava konusu şeye kavuşması tehlikeye girebilir. İşte davacının davayı kazanması halinde dava konusu mala kavuşmasını daha dava sırasında hatta davadan önce güvence altına almaya yarayan tedbirlere ihtiyatî tedbirler denir⁴⁰². İhtiyatî tedbirin en önemli özelliği asıl bir davaya bağlı olması, ardından bir dava açılmasının zorunlu bulunmasıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 109. maddesine göre davadan önce alınan ihtiyatî tedbir kararı üzerine, on gün içinde asıl davanın açılması zorunludur (HMK. m. 397)⁴⁰³. Aksi takdirde ihtiyatî tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar. Buna karşılık evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerde önlem kararının ardından bir dava açılması zorunlu değildir. İhtiyatî tedbirin asıl davayla doğrudan bir ilişkisi bulunmasına rağmen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin ardından boşanma davası açılrsa da bu davanın önlemlerle bir ilişkisi yoktur⁴⁰⁴.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemlere ilişkin kararlar, ihtiyatî tedbir kararlarının aksine, maddi anlamda kesin hüküm niteliği

⁴⁰⁰ Akıntürk/Karaman, s. 141; Tekinay, s. 348; Köprülü/Kaneti, s. 128; Ünal (Hukukî Tedbirler), s. 127; Feyzioğlu, s. 207.

⁴⁰¹ Köprülü/Kaneti, s. 129.

⁴⁰² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 694.

⁴⁰³ 12.01.2011 tarihinde kabul edilen, 27836 sayılı Resmî Gazetede ilân edilen ve 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 397. maddesinde bu süre iki haftaya çıkarılmıştır.

⁴⁰⁴ Ayan, s. 275.

kazanamaz⁴⁰⁵. Maddi anlamda kesinlik, yargısal kararlara karşı tanınan yasal gerçeklik niteliği olup; konusu, tarafları ve sebebi aynı olan bir davanın yeniden mahkeme önüne getirilememesini ifade eder. Maddi anlamda kesin hükümde verilen kararın tekrar mahkeme önüne getirilmesi ancak yargılamanın yenilenmesi yoluyla mümkündür⁴⁰⁶. Fakat Türk Medenî Kanunu'nun 200. maddesine göre evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemlerde koşulların değişmesi durumunda hâkim tarafından değişiklik yapılabileceği gibi önlem kararının sebebi ortadan kalkmışsa karar kaldırılabilir. Çünkü evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler eşler arasındaki uyuşmazlığı kesin olarak çözme amacı taşımaz. Bu önlemler evlilikte eşler arasında bir uyuşmazlık çıktığında eşler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesini ve hem eşlerin hem de çocukların bu krizi en az zararla atlattıklarını sağlamaya hizmet eder. Evlilik birliğini koruyucu önlemler geçicilik bakımından da ihtiyatî tedbirlere benzemekle birlikte ihtiyatî tedbirler alındığı tarihten itibaren on gün içinde açılması gereken davanın sonunda; eğer dava açılmamışsa onuncu günün sonunda sona ererken evlilik birliğini koruyucu önlemler önlemin yürürlük süresi belirtilmişse bu sürenin sonunda, süre belirtilmemişse aynı mahkemenin vereceği ikinci bir kararla ya da eşlerin feragat etmesiyle sona erer.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen kararların maddi anlamda kesin hüküm oluşturmadığını savunmak, tarafları, konusu ve sebepleri aynı olan bütün istemlerin mahkemece incelenmesi gerekeceği anlamına gelmez. Çünkü Türk Medenî Kanunu'nun 200. maddesine göre ancak koşulların değişmesi durumunda hâkimin kararını değiştirebileceği veya ortadan kaldıracılabileceği düzenlenmiştir. Koşullarda bir değişiklik yoksa hâkim kararında değişiklik yapamaz. Bu nedenle evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen kararların sınırlı da olsa maddi anlamda kesin hükümle aynı sonuçları doğurabileceği kabul edilmelidir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁵ Güven, s. 12.

⁴⁰⁶ Bu konuda bkz. Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 814 vd.

⁴⁰⁷ Ayan, s. 277.

V. HÂKİM TARAFINDAN ALINAN ÖNLEMLERİN DEĞİŞTİRİLMESİ VE ORTADAN KALDIRILMASI

A. Önlemlerin Değiştirilmesi

Hâkimin evlilik birliğinin korunması amacıyla hükmedeceği önlemler geçici nitelik taşır ve maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez⁴⁰⁸. Önleme hükmedilmesine neden olan şartların ve eşler arasındaki ilişkinin geçen zaman içerisinde değişikliğe uğraması kaçınılmazdır. Önlemlerin değişen şartlara uyarlanması ilkesi gereği, kanun koyucu eşler arasındaki durumun değişmesi halinde önlemlerde değişiklik yapılabileceğini kabul etmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 200. maddesine göre *“Koşullar değiştiğinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır.”*

Türk Medenî Kanunu'nun 200. maddesine uygun olarak hükmedilen önlemin değiştirilmesi için gerekli olan ilk şart, önleme sebebiyet veren somut aile şartlarında, fiilî ilişkilerde, eşlerin ekonomik durumlarında, meslekî veya kişisel durumlarında veya çocukların çıkarlarında önemli ve sürekli değişikliklerin meydana gelmesidir. Ayrıca meydana gelen değişikliklerin değişikliği talep eden eş tarafından somut olarak ispatlanabilir nitelikte olması aranır. Bunların dışında kalan, geçici nitelikte değişiklikler veya aleyhine önleme hükmedilen eşin henüz hayata geçirilmemiş vaatleri veya muhtemel değişikliklere ilişkin öngörülerini maddenin uygulanması için yeterli değildir⁴⁰⁹.

Hâkim tarafından hükmedilen önlemin değiştirilmesi için gerekli olan ikinci şart, eşlerden birinin talebidir. Hâkimin ergin olmayan çocuklara ilişkin önlemler hariç olmak üzere re'sen eşlerin fiilî ilişkileri hakkında tahkikat yaptırarak alınan önlemi değiştirmesi yönünde bir yetkisi yoktur⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ Akıntürk/Karaman, s. 141; Ayan, s. 274; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 292; Öztan, s. 228.

⁴⁰⁹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 292.

⁴¹⁰ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 293; Özüğür (Nafaka), s. 40.

Hâkim, önlemleri değiştirmeye kanun tarafından her zaman yetkili kılındığından eşlerden biri, şartlarda değişiklik meydana geldiği konusunda hâkimi inandırmak koşuluyla daha önce reddedilen önlem talebini yineleyebilir. Bundan başka, önlemlerde değişiklik yapılması kural olarak şartlarda meydana gelen değişikliklere bağlı olsa da, önlem talebi üzerine mahkemede yapılan yargılama sırasında maddi olguların tam ve açık olarak aydınlatılmamasına bağlı olarak verilen kararın maddi şartlara ilişkin isabetsiz bir değerlendiremeye dayanması; daha sonra ise diğer eşin gerçek durum ve şartları açıkça ortaya koyan olguları mahkemeye sunması durumunda hâkimin kararını tekrar gözden geçirmesi mümkün olmalıdır⁴¹¹.

B. Önlemlerin Ortadan Kaldırılması

Evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan önlemlerin değiştirilmesi için yukarıda incelediğimiz gibi bir hâkim kararı zorunlu olsa da, sona erme bakımından kural olarak hâkim kararı gerekli değildir⁴¹².

Hâkim, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararda aldığı önlemin süresini göstermişse bu sürenin dolmasıyla birlikte önlem kararı kendiliğinden ortadan kalkar⁴¹³. Ancak hâkim, kararında herhangi bir süre belirtmemişse önlemler kural olarak yeni bir karar verilinceye kadar uygulanır. Türk Medenî Kanunu'nun 200. maddesi sadece önlemlerin değiştirilmesinde değil, mevcut önlemin sona erdirilmesinde de uygulanır. Buna göre koşullarda değişiklik olduğu takdirde, eşlerden birinin talebi üzerine hâkim sebepleri sona ermiş önlemleri ortadan kaldırabilir.

Alınan önlemin hâkim kararı olmaksızın sona ermesi sonucunu doğuran bir diğer hal, eşlerin anlaşarak mevcut önlemden feragat etmeleridir⁴¹⁴. Birlikte yaşamaya ara verilmesi üzerine hâkim tarafından alınan önlemler,

⁴¹¹ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 293; Öztan, s. 229.

⁴¹² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 293.

⁴¹³ Ayan, s. 277; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 293; Öztan, s. 229.

⁴¹⁴ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 293.

eşlerin kesin olarak ortak hayata dönmeleri üzerine kendiliğinden ortadan kalkar⁴¹⁵. Zira artık bu önlemlerin alınmasını gerektiren fiilî durum ortadan kalkmıştır. Ancak, birlikte yaşamaya ara veren eşlerin serbest ve kesin iradeleri olmaksızın deneme niteliğindeki geçici birleşmeleri alınan önlemlerin kendiliğinden ortadan kalkması sonucunu doğurmaz⁴¹⁶. Eşlerin sürekli yaşama iradesiyle birleşmelerinden sonra ortak hayat herhangi bir nedenle kesintiye uğrarsa, daha önce alınan fakat birleşme nedeniyle sona eren önlemler kendiliğinden canlanmaz. Bu durumda yeniden önlem alınması gerekir⁴¹⁷.

Önlemler henüz yürürlükte iken eşlerden biri tarafından açılan boşanma veya ayrılık davası sırasında söz konusu önlemler kendiliğinden sona ermez; boşanma veya ayrılık davasına bakan hâkimin Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi uyarınca re'sen alacağı geçici önlemler ile ortadan kalkar⁴¹⁸. Boşanma veya ayrılık davasına bakan hâkim, daha önce verilen önlem kararlarıyla bağlı değildir⁴¹⁹.

VI. ÖNLEMLERİN ALINMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Evlilik birliğini koruyucu önlemlere karar vermeye görevli mahkemenin hangisi olduğu konusunda Türk Medenî Kanunu'nda bir hüküm yoktur. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un⁴²⁰ 4. maddesine göre aile hukukundan doğan bütün dava ve işlerde

⁴¹⁵ Bunun istisnası mal ayrılığının sona erdirilmesine ilişkindir. Türk Medenî Kanunu'nun 208. maddesine göre mal ayrılığına geçildikten sonra bu rejimin yürürlükten kalkması eşlerden birinin talebi üzerine hâkimin vereceği karara bağlıdır. (Öztan, s. 229). Gümüş'e göre de Türk Medenî Kanunu'nun 199. maddesi gereğince eşlerin tasarruf yetkileri sınırlanmışsa, eşlerin yeniden bir araya gelerek ortak hayata devam etmeleri bu önlemi kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bunun için yeniden bir karar alınması gerekir. (Gümüş, s. 92).

⁴¹⁶ Oğuzoğlu, s. 161; Öztan, s. 229; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 295. Bu yönde bkz. Yargıtay 2.HD. 20.02.1973 t. ve E. 897/K.1011 sayılı kararı (Ayan, s. 279, dn. 271).

⁴¹⁷ Ayan, s. 278.

⁴¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 295; Ayan, s. 280; Öztan, s. 229.

⁴¹⁹ Köprülü/Kaneti, s. 129; Ünal (Hukukî Tedbirler), s. 127.

⁴²⁰ RG. 18.12003 t. ve S. 24497.

aile mahkemeleri görevlidir. Bu nedenle evlilik birliğini koruyucu önlemlere karar vermeye aile mahkemeleri görevlidir.

Evlilik birliğini koruyucu önlemlere ilişkin davalarda yetkili mahkeme konusunda ise görevin aksine Türk Medenî Kanunu'nda ayrıntılı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 201. maddesinin birinci fıkrasına göre evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, eşlerin yerleşim yeri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesidir.

Kanun koyucu Türk Medenî Kanunu'nda sadece önlemlerin alınması konusunda yetkili mahkemeyi belirtmekle yetinmemiş aynı zamanda 201. maddenin üçüncü fıkrasında önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması hususunda da yetkili mahkemeyi belirtmiştir. Buna göre, önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, ilk önlem kararını veren mahkemedir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir⁴²¹.

⁴²¹ 743 sayılı eski Medenî Kanun'da, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin alınması konusunda yetkili mahkemeye ilişkin bir düzenleme yoktu. Fakat Yargıtay'ın 07.06.1935 tarih ve 92/16 sayılı İçtihadî Birleştirme Kararı'nda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin, ihtiyatî tedbir gibi daha çabuk ve kolay alınabilmesi için yetki konusunda herhangi bir kısıtlama olmadığı ve bu nedenle Türkiye'nin herhangi bir yerindeki görevli mahkemece alınabileceği kabul edilmişti. (Erişim: *hukukturk*). 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda kanun koyucu, önlemlerin alınması, değiştirilmesi ve ortadan kaldırılması bakımından yetkili mahkemeyi hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde hükme bağlamıştır. Kanaatimizce kanun koyucu, birliği koruyucu önlemlerin işlevini ve ihtiyatî tedbirlerle olan benzerliğini göz önünde bulundurarak yetki konusunda sınırlayıcı bir düzenlemeye yer vermemiş; eşlerin kolaylıkla önlem talebinde bulunabilecekleri mahkemeye ulaşmalarını sağlamaya çalışmıştır.

VII. HÂKİMİN EVLİLİK BİRLİĞİNİN SONA ERDİRİLMESİ AMACIYLA AÇILMIŞ BİR DAVAYA MÜDAHALESİ

A. Boşanma İstemiyle Açılan Davada Ayrılık Kararı Verilebilmesi

Türk Medenî Kanunu'nun boşanmanın yanında kabul etmiş olduğu ayrılık kurumu, kökeni itibariyle Katolik Kilisesi Hukuku'ndan gelmektedir. Katolik Kilisesi Hukuku'na göre boşanma yasak olduğundan ayrılık kurumu ihdas edilmiştir⁴²². Temel kaynağı bu düşünce olan ayrılık kurumu, tamamen çözümlenme aşamasına gelmiş olan evlilik birliğinin, eşlerin barışma ihtimâli olduğu düşünülerek, belli bir süre daha ayakta tutulması ve bu sayede evlilik birliğinin devamının sağlanması amacına da yöneliktir⁴²³. Ayrılık kurumunun Türk Medenî Kanunu'nda yer alması ise 743 sayılı eski Medenî Kanun'un İsviçre'den alınmış olmasından ileri gelmektedir.

Ayrılık, eşlerin barışması ve ortak hayatlarının yeniden kurulması ihtimâlinin bulunduğu durumlarda, evlilik ilişkisi devam etmek üzere belli bir süre ayrı yaşamalarını öngören bir kurumdur⁴²⁴. Ayrılık kurumu her ne kadar günümüzde uygulanabilirliğini yitirmiş olsa da başlı başına evlilik birliğinin korunmasına hizmet etmesi amacıyla düzenlenmiştir⁴²⁵. Ayrılık, eşlerin birbirlerinden devamlı olarak ayrılmayı isteyip istemediklerini tespit etmeye; hırs ve öfkelerinin geçerek sakinleşmelerine ve böylece evlilik birliğini devam ettirmelerine yardımcı olur⁴²⁶.

Sebepleri bakımından boşanma ve ayrılık birbirinden farksızdır. Türk Medenî Kanunu'ndaki boşanma sebeplerinin tamamı ayrılık için de geçerlidir. Türk Medenî Kanunu'nun 167. maddesine göre boşanma davası açma hakkına sahip olan eş, isterse ayrılığa hükmedilmesi talebinde bulunabilir.

⁴²² Tandoğan, s. 88; Akıntürk/Karaman, s. 236; Çakın, s. 93; Cin, s. 21.

⁴²³ Feyzioğlu, s. 333; Oğuzoğlu, s. 90; Köteli, s. 59; Schwarz, s. 163.

⁴²⁴ Öztan, s. 429; Feyzioğlu, s. 333; Köprülü/Kaneti, s. 333; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 910; Velidedeoğlu, s. 229.

⁴²⁵ Öztan, s. 428; Tekinay, s. 233; Tandoğan, s. 88; Oğuzoğlu, s. 90; Ayan, s. 282.

⁴²⁶ Öztan, s. 429.

Ayrılık kararı verilebilmesi için öncelikle bir boşanma sebebinin ispatlanmış olması gerekir⁴²⁷. Türk Medenî Kanunu'nun 170. maddesinin birinci fıkrasına göre “*Boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir.*”

Ayrılık kararı verilebilmesinin ikinci koşulu davacının ayrılık talebinde bulunmuş olması⁴²⁸ veya ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunmasıdır. Ortak hayatın yeniden kurulma olasılığı varsa eşler, ayrılık kararı verilmesini istememiş olsalar bile hâkim ayrılığa karar verebilir. Türk Medenî Kanunu'nun 170. maddesinin üçüncü fıkrasına göre eşlerden birinin boşanma istemiyle açtığı davada ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde hâkim ayrılığa karar verebilir. Evlilik birliğinin önemi ve birliğin devamının hem bireyler hem de toplum için sağlayacağı fayda göz önünde tutularak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması koşuluyla hâkime ayrılığa karar verebilme yetkisi tanınmıştır⁴²⁹. Hâkimin ayrılığa karar verebilmesi için tarafların şikâyetlerinin kat'î olmadığına kanaat getirmiş olması ve tarafların barışma ihtimâlini kuvvetle muhtemel görmesi gerekmektedir⁴³⁰. Hâkim bu konuda takdir yetkisini kullanırken gerçekçi

⁴²⁷ Bu yöndeki Yargıtay 2.HD. 25.09.2007 t. ve E.2006-18654/K.2007-12602 sayılı kararından: “...*Davalıdan kaynaklanan maddi bir hadisenin varlığı kanıtlanamamıştır. Ayrılığa karar verilebilmesi için boşanma sebebinin gerçekleşmesi ve fakat ortak yaşamın yeniden kurulması olasılığının bulunması gerekir. Oysa toplanan deliller Türk Medenî Kanunu'nun 161,162,163,164,165 ve 166. maddelerinde yer alan boşanma sebeplerinden birinin varlığını kabule elverişli ve yeterli değildir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin değerlendirilmesinde yanlıya düşülerek yetersiz gerekçe ile ayrılığa karar verilmiş olması usul ve kanuna aykırıdır...*” (Köseoğlu, Bilal/Kocaoğlu, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2009, s. 176). Aynı yönde bkz. Yargıtay 2.HD. 05.11.2003 t. ve E.13419/K.14983 sayılı kararı (Köseoğlu/Kocaoğlu, s. 179); Yargıtay 2.HD. 06.03.2006 t. ve E.18112/K.2744 sayılı kararı (Özüğür, Ali İhsan: Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2008 (Evlilik Birliği), s. 573).

⁴²⁸ Türk Medenî Kanunu'nun 170. maddesinin ikinci fıkrasına göre davacı ayrılık istemişse hâkim boşanmaya karar veremez, ayrılık kararı vermek zorundadır. Bu yöndeki YHGK. 16.01.1935 t. ve 55/23 sayılı kararından: “...*Bir davada istenilenden fazlasına karar verilemez. Bu sebeple dava ayrılık talebinden ibaretse, boşanmaya karar verilmesi doğru değildir...*” (İnal, Nihat: Aile Mahkemeleri Davaları, Ankara 2004, s. 507).

⁴²⁹ Akıntürk/Karaman, s. 275; Feyzioğlu, s. 335; Köprülü/Kaneti, s. 178; Gönensay, s. 90; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 910.

⁴³⁰ Tekinay, s. 233; Feyzioğlu, s. 335; Tutumlu, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları, Ankara 2006, s. 408.

dayanaklar bulmak ve soyut bir yargıdan kaçınıp kararının gerekçesini açıklamak zorundadır⁴³¹.

Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre boşanma sebebi eşlerin anlaşması (MK. m. 166/3) veya ortak hayatın yeniden kurulamaması (MK. m. 166/4) ise hâkimin ayrılığa karar verememesi; boşanmaya karar vermesi daha doğru olur⁴³². Mutlak boşanma sebeplerine (zina, hayata kast, pek kötü veya onur kıran davranışlar) dayanarak açılan davalarda da eşlerin barışma olasılığının zayıf olduğu kabul edildiğinden ayrılık kararı verilmemelidir⁴³³. Üstelik bu hallerde ayrılığa karar vermek, affetme taraftarı olmayan eşi kusurlu eşle yaşamaya zorlamak anlamına geleceğinden boşanmaya karar vermek daha isabetli olur.

Ayrıca doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre de evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanma davalarında bu sebep

⁴³¹ Bu yöndeki Yargıtay 2.HD. 14.05.1954 t. ve E.2705/K.2536 sayılı kararından: “...Tarafların barışmalarını varit gösterecek maddi ve somut vak’aların nelerden ibaret olduğu kararda gösterilmeksizin.....ayrılık kararı verilmesi yolsuzdur.” (Feyzioğlu, s. 341) Aynı yöndeki Yargıtay 2.HD. 07.06.2007 t. ve E.20660/K.9576 sayılı kararından: “...Ayrılığa karar verilirken, eşlerin barışma ihtimâli gerçekleşmeye yakın bir ciddiyetle görülmeli, bunun varlığı makul surette kabul edilecek delillerle kanıtlanmalı, böyle bir sonuç sağlam ihtimâle dayandırılmalıdır...” (Özüğür (Evlilik Birliği), s. 568); Yargıtay 2.HD. 08.11.1999 t. ve E.10147/K.11914 sayılı kararı (Erişim: hukukturk); Yargıtay 2.HD. 13.05.2002 t. ve E.5524/K.6389 sayılı kararı (Erişim: kazancı).

⁴³² Akıntürk/Karaman, s. 274; Öztan, s. 429; Oğuzman/Dural, s. 137; Hatemi/Serozan, s. 213; Kocayusufoğlu, Necip: “Medenî Kanun’un 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmeyebilir mi?”, Prof. Dr. İlhan E. Postacioğlu’na Armağan, İstanbul 1990, s. 119.

⁴³³ Öztan, s. 430; Tandoğan, s. 89; Gönensay, s. 90; Ayan, s. 287; Çakın, s. 93; Özüğür (Evlilik Birliği), s. 567. Bu yöndeki Yargıtay 2.HD. 14.01.1939 t. ve 36091176 sayılı kararından: “...Zinaya dayanarak açılan boşanma davasının ispatı halinde eşlerin barışmalarının ihtimâl dâhilinde olduğundan bahisle ayrılığa karar verilmesi doğru değildir.” (İnal, s. 507). Ancak Yargıtay 2.HD. son yıllarda verdiği kararlarında “....davacı mutlak bir boşanma nedenine dayanmış ve bunun varlığını kanıtlamış olsa bile, hâkim barışma ihtimâlini gördüğü takdirde boşanma yerine ayrılığa hükmedebilecektir. Bu durumda bir boşanma nedeninin gerçekleşmesi halinde barışmanın mümkün görüldüğüne, ortak yaşamın yeniden başlayabileceğine ve nihayet ileride birleşme umudunun bulunduğuna ilişkin hâkimin takdirinin kesin ve denetimden uzak olduğunu düşünmemek gerekmektedir. Her şeyden önce hâkimin takdir hakkını çok ciddi ve son derece isabetli kullanması gerekmektedir. Eşlerin barışma ihtimâli gerçekleşmeye yakın bir ciddiyetle görülmeli, varlığı makul surette kabul edilmeli, böyle bir kanaat sağlam ihtimâle dayandırılmalı, hatta barışma ihtimâlinin varlığı bir kararın ikrarından ya da hareket tarzından anlaşılmış olmalıdır. Özellikle barışma ihtimâli kuvvetli bulunmalıdır. Zayıf bir ihtimâl yeterli değildir.” diyerek mutlak bir boşanma sebebine dayanarak açılmış olsa dahi hâkimin eşlerin barışma ihtimâlinin varlığı kanaatini taşıması halinde ayrılık kararı verebileceği yönündeki takdir yetkisini vurgulamıştır. Bkz. Yargıtay 2.HD. 19.03.1999 t. ve E.781/K.2591; Yargıtay 2.HD. 24.11.2005 t. ve E.13395/K.16225 sayılı kararları (Erişim: kazancı).

ispatlanmışsa, hâkim mutlaka boşanma kararı vermek zorundadır⁴³⁴. Çünkü ayrılık kararı verilebilmesi için ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunması gereklidir. Evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine dayanan boşanma davalarında ise boşanma kararı verilebilmesi için ortak hayatı sürdürmelerinin eşlerden beklenemeyecek hale geldiğinin kanıtlanmış olması gerekir. Ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek bir haldeyse, ortak hayatın yeniden kurulma olasılığı bulunduğu söylenemez. Oysa barışma ihtimâlinin bulunduğu hallerde evlilik birliği tekrar kurulamayacak derecede sarsılmış sayılmaz.

Ayrılık süresi içinde evlilik ilişkisi ortadan kalkmadığı için evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükler kural olarak devam ederken bazı yükümlülükler geçici olarak sona erer ya da askıya alınır. Ayrılık kararıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkı doğduğu için birlikte yaşama yükümlülükleri geçici olarak askıya alınır⁴³⁵. Ayrılık halinde eşler ayrı bir yerleşim yeri edinebilirler; kadın kocasının soyadını taşımaya devam eder; eşler birbirinin mirasçısı olurlar. Birlikte yaşama hali sona erdiği için evlilik birliğinin temsili de son bulur. Ancak eşlerin sadakat yükümlülükleri devam eder. Ayrılık süresi içinde doğan çocuklar, evlilik birliği içinde doğan çocuk statüsündedir. Mevcut çocukların durumu boşanmada olduğu gibi düzenlenir ama boşanmadan farklı olarak velayet hakkı eşlerden birine değil, her ikisine de aittir⁴³⁶.

Ayrılık süresi içinde hâkimin hangi önlemleri alacağına ilişkin bir ayrıntılı bir düzenleme bulunmamaktadır. Ayrılığın hükümleri açısından Türk Medenî Kanunu'nda sadece iki hüküm bulunmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 180. maddesi ayrılık halinde eşlerin aralarında sözleşmeyle kabul ettikleri mal rejiminin kaldırılabilceğini düzenlemiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 182. maddesinde ise hâkimin, ayrılık kararında eşler ile çocuklar arasındaki kişisel ilişkileri düzenleyeceği yer alır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre hâkim,

⁴³⁴ Burcuoğlu, Haluk: Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu, İstanbul 1998, s. 65,69,74; Ayan, s. 287.

⁴³⁵ Ayan, s. 283.

⁴³⁶ Öztan, s. 429; Akıntürk/Karaman, s. 276.

kendisine çocuk verilmeyen eşin diğerine, çocuğun bakım ve eğitim giderleri için yapacağı parasal katkısı da belirler. Ayrıca hâkim istem halinde irat biçiminde ödenmesine karar verilen bu giderlerin, gelecek yıllarda tarafların sosyal ve ekonomik durumlarına göre ne miktarda ödeneceğini de karara bağlayabilir (MK. m. 182/3).

Türk Medenî Kanunu'nda bu iki hüküm dışında ayrılık süresi içinde eşler ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen bir hüküm bulunmadığından diğer önlemler için Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi ve 197. maddesinin ikinci fıkrası kıyas yoluyla uygulanmalıdır⁴³⁷. Çünkü ayrılık kararına dayanmayan durumlarda bile hâkime eşler ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleme yetkisi veren kanun koyucunun, hâkim kararına dayanan ayrılığa bu yetkiyi vermediğini kabul etmek çelişkili bir durum olur. Bu nedenle hâkim, ayrılık kararıyla birlikte, ortak konuttan yararlanma, eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkı, çocuklarla ilişkiler ve malların yönetimine ilişkin önlemleri kendiliğinden almalıdır⁴³⁸.

Hâkim, ayrılık süresini en az bir yıl, en fazla üç yıl olmak üzere tespit edebilir (MK. m. 180). Hâkim ayrılık süresini takdir ederken evlilik birliğinin ne derece sarsılmış olduğunu, davaya sebep olan olayların izlerinin silinmesi için eşlerin ne kadar zamana ihtiyaçlarının olduğunu dikkate alır⁴³⁹. Ayrılık kararının başlangıç tarihi, kararın kesinleşme tarihidir⁴⁴⁰.

Hâkim tarafından öngörülen ayrılık süresi dolunca, ayrılık kendiliğinden sona erer (MK. m. 172/1).

Ayrılık eşlerin ayrılık süresi içinde veya bu sürenin sonunda birleşmeleriyle de sona erebilir. Bu durumda eşler, evlilik birliğinden doğan

⁴³⁷ Öztan, s. 432; Feyzioğlu, s. 336.

⁴³⁸ Ayan, s. 284; Öztan, s. 432.

⁴³⁹ Öztan, s. 430; Köseoğlu/Kocaağa, s. 172; Tutumlu, s. 414.

⁴⁴⁰ Tekinay, s. 234; Öztan, s. 430; Tutumlu, s. 415; Oğuzman/Dural, s. 137. Bu yöndeki YHGK. 23.12.1959 t. ve 2/52-58 sayılı kararından: "...Şahsın hukukuna ilişkin kararlar kesinleşmedikçe infaz olunamaz. Ayrılık kararının kesinleştiği tarihin bir senelik ayrılık süresine başlangıç sayılması gerekir. Bu sürenin kesinleşme tarihinden önceki bir zamandan itibaren başlatılması ve ikinci boşanma davasının da süresinde açıldığının kabul edilmesi doğru değildir." (İnal, s. 508). Aynı yönde bkz. Yargıtay 2.HD. 30.04.1960 t. ve E.2547/K.2640 sayılı kararı (İnal, s. 508).

hak ve yükümlülüklerle tekrar sahip olurlar; ancak mal ayrılığına hükmolunmuşsa bu hüküm mevcut kalır⁴⁴¹.

Ayrılık süresi içinde veya sürenin sonunda ortak hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden her biri boşanma davası açabilir (MK. m. 172/2). Yani daha önce boşanmayı istememiş olan eş de, kusurlu olan taraf da boşanma davasını açma hakkına sahiptir⁴⁴². Bu davada sadece ayrılık kararının verildiği davada ispat edilmiş olgular değil, ayrılık sırasında ortaya çıkan olgular da göz önünde bulundurulur (MK. m. 172/2).

Ayrılık kurumu her ne kadar evlilik birliğini koruyucu önlemlerin arasında yer alsada gerçekten evlilik birliğini koruyucu bir işlevinin olup olmadığı tartışılabilir⁴⁴³. Böyle bir kurum, sorumluluktan kaçmak isteyen eşler için bir fırsat olabilir. Çünkü eş, bu sayede evliliğin ekonomik nimetlerinden yararlanmaya devam ederken aynı zamanda evlilik birliğinin bazı sorumluluklarından kaçabilir. Ayrıca ayrılık, düzenlenme şekil ve şartları itibariyle çelişkili bir kurumdur. Çünkü boşanma şartlarının gerçekleştiği bir durumda eşlerin tekrar barışma ihtimâlinin olduğunu söylemek bir çelişkidir⁴⁴⁴. Ayrıca hukuk usulümüzde hâkim taleple bağlıdır; talep dışında bir karar veremez. Oysa ayrılıkta hâkime davacı istemediği halde ayrılığa karar verebilme yetkisi verilmiştir⁴⁴⁵.

4787 sayılı Kanun açısından da ayrılık kurumunun uygulanması imkânı kalmamıştır. Söz konusu kanuna göre hâkim, sadece tarafların barışma ihtimâlini araştırmamakta, eşlerin bir uzamandan yardım alarak barışmalarını sağlamak amacıyla onlara bir süre tanımaktadır. Bu süre içinde uzman yardımı ve barıştırma teşvikleri işe yaramazsa, davanın esasına girerek evliliği hukuken sona erdirmektedir. Dolayısıyla eşlerin barışma ihtimâlinin olup olmadığı en başında anlaşılmakta, artık bu ihtimâle dayanarak ayrılığa

⁴⁴¹ Öztan, s. 431; Akıntürk/Karaman, s. 277; Köseoğlu/Kocaağa, s. 172.

⁴⁴² Öztan, s. 431; Tekinay, s. 225; Dural/Ögüz/Gümüş (2005), s. 134.

⁴⁴³ Burcuoğlu, s. 60.

⁴⁴⁴ Köseoğlu/Kocaağa, s. 172.

⁴⁴⁵ Doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre hâkim sadece davacının ayrılığı talep ettiği durumlarda ayrılığa karar vermelidir. (Hatemi, s. 89; Hatemi/Serozan, s. 245; Ayan, s. 289).

karar verilmesi mümkün olmamaktadır⁴⁴⁶. Saydığımız nedenlerden dolayı ayrılığın günümüzde uygulanabilirliğini oldukça yitirmiş bir kurum olduğu söylemek mümkündür.

B. Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davalarında Geçici Önlemlerin Alınması

1. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesine göre boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan önlemleri re'sen alır. Taraflar geçici önlemleri kendileri almışlarsa hâkimin yapılan anlaşmayı uygun bulması gerekir⁴⁴⁷. Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi sadece boşanma ve ayrılık davalarında değil, Türk Medenî Kanunu'nun 160. maddesinde yapılan yollama nedeniyle evliliğin butlanı davasında da uygulanır. Menfaatler durumundaki benzerlik nedeniyle söz konusu hüküm gaiplik kararı ile birlikte evliliğin sona erdirilmesinin talep edilmesi sırasında da kıyas yoluyla uygulanmalıdır⁴⁴⁸.

Boşanma veya ayrılık davasının açılmasından dolayı eşlerin ve özellikle çocukların zarar görme olasılıkları çok fazladır. Çünkü eşler arasındaki uyuşmazlık, davanın açılmasıyla daha da artmış ve şiddetlenmiş olur. Böyle bir durumda ekonomik bakımdan zayıf olan eşin ve çocukların geçim durumu son derece güçleşir. İşte bu nedenle kanun koyucu hâkime boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra geçici koruyucu önlemleri re'sen alma yetkisi vermiştir⁴⁴⁹. Böylece geçici de olsa, boşanma veya ayrılık davası sırasında

⁴⁴⁶ Köseoğlu/Kocaağa, s. 173.

⁴⁴⁷ Öztan, s. 445.

⁴⁴⁸ Öztan, s. 445; Ayan, s. 289, dn. 313.

⁴⁴⁹ Akıntürk/Karaman, s. 283; Öztan, s. 446; Ayan, s. 289; Takinay, s. 250; Gönensay, s. 87; Köprülü/Kaneti, s. 186; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 915; Tandoğan, s. 93; Feyzioğlu, s. 354; Ruhi, Ahmet Cemal: Nafaka Hukuku, Ankara 2005 (Nafaka), s. 43.

alınacak önlemler sayesinde, diğer eş ile çocukların ihmâl edilmesi, maddi ve manevî bakımdan zarar görmeleri önlenmiş olur⁴⁵⁰.

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde öngörülen önlemlerin evlilik birliğini koruyucu etkisi de vardır. Çünkü söz konusu davaların açılması, dava sonunda evlilik birliğinin mutlaka sona ereceği anlamına gelmez. İleri sürülen sebep, boşanma kararı verilmesi için yeterli olmayabilir veya sebep ispatlanamamış olabilir. Bu durumda dava reddedilir ve eşlerin dava süresince askıya alınmış olan evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükleri yeniden doğar. Dava sırasındaki ilişkilerin düzenlenmesi, boşanma davasının reddi kararından sonra eşlerin yeniden birarada yaşamaları olasılığını artırıcı etkiye sahiptir⁴⁵¹.

2. Hâkim Tarafından Alınabilecek Önlemler

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesine göre *“Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re’sen alır.”* Maddede önlemler örnek olarak sayılmış, hâkime önlemleri alma konusunda geniş bir takdir yetkisi verilmiştir⁴⁵². Davadan önce evlilik birliğinin korunması amacıyla önlemler alınmış olması, davanın devamı süresince hâkimin geçici önlemler almasına engel değildir. Boşanma hâkimi, evlilik birliğinin korunması amacıyla alınmış önlemlerle bağlı olmadığından eşlerin ve çocukların menfaatleri için gerekli olan bütün geçici önlemleri re’sen alabilir.

Hâkimin aldığı geçici önlemler, bu önlemler değiştirilinceye kadar devam eder. Kanunda bu önlemlerin değiştirilebileceğine ilişkin bir hüküm yer almasa da evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlerin koşulların

⁴⁵⁰ Ayan, s. 290.

⁴⁵¹ Ayan, s. 290; Bozova, s. 26.

⁴⁵² Öztan, s. 446; Akıntürk/Karaman, s. 283; Oğuzman/Dural, s. 135; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 915; Tekinay, s. 250; Bozova, s. 27; Feyzioğlu, s. 354; Köprülü/Kaneti, s. 186.

değişmesi halinde hâkim tarafından değiştirilebileceğini öngören Türk Medenî Kanunu'nun 200. maddesi kıyasen buraya da uygulanmalıdır⁴⁵³.

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi gereğince alınan önlemler ihtiyatî tedbir niteliğinde olmakla birlikte şu bakımdan ihtiyatî tedbirden farklıdır. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 112. maddesine göre, esas hakkında verilen kararın tefhim veya tebliğ olunmasıyla birlikte ihtiyatî tedbir kararı da kendiliğinden sona erer (HMK. m. 397)⁴⁵⁴. Buna karşılık boşanma davasında alınan geçici önlemler, boşanma davası sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar devam eder⁴⁵⁵.

Boşanma davası kesinleşmiş fakat mesela mal rejiminin tasfiyesi tamamlanmamışsa, geçici önlemlerin devam edip etmeyeceği İsviçre Medenî Kanunu'ndaki olumlu düzenlemenin aksine bizde hükme bağlanmamıştır. Yargıtay, maddedeki “davanın devamı” kavramını dar yorumlamaktadır. Bu nedenle boşanma davasının kesinleşmesi ile alınan geçici önlemler kendiliğinden sona erer⁴⁵⁶.

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde öngörülen önlemler ihtiyatî tedbir niteliğinde oldukları için nihaî karar değildirler, tek başlarına temyiz edilemezler; ancak asıl kararla birlikte temyiz edilebilirler⁴⁵⁷.

Boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra hâkim tarafından alınan önlemler, aleyhine önlem kararı alınan eşin kusurlu olduğu anlamına gelmez. Önlemler alınırken eşlerin kusur oranları dikkate alınmaz. Çünkü amaç dava

⁴⁵³ Öztan, s. 446.

⁴⁵⁴ HUMK.'un 112. maddesine karşılık gelen 6100 sayılı HMK'nın 397. maddesinde ihtiyatî tedbir kararının etkisinin, aksi belirtilmediği takdirde nihaî kararın kesinleşmesine kadar devam edeceği düzenlenmiştir.

⁴⁵⁵ Öztan, s. 447; Ayan, s. 293.

⁴⁵⁶ Öztan'a göre ileride yapılacak bir düzenlemeyle kanuna, İsviçre Medenî Kanunu'nda öngörüldüğü gibi “evlilik sona erse de boşanmanın sonuçlarına ilişkin dava devam ediyorsa geçici önlemler öngörülebilir” hükmünü koymak isabetli olur. (Öztan, s. 447).

⁴⁵⁷ Bu yönde bkz. Yargıtay 2.HD. 16.02.1973 t. ve E.787/K.910 sayılı kararı (Uyar, s. 1565).

sırasında eşlerin ve çocukların korunması ve eşler ile çocuklar arasındaki ilişkilerin düzenlenmesidir⁴⁵⁸.

Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi gereği hâkimin eşlerin talebine gerek olmadan, re'sen önlem alabileceği konular şunlardır:

a. Eşlerin Barınması

Boşanma veya ayrılık davasının açılmasıyla eşlerin birlikte yaşama yükümlülükleri sona erer. Eşler dava süresince ortak konutta kimin kalacağı konusunda bir anlaşmaya varmamışlarsa hâkim bu konuda gerekli önlemleri alır. Ortak konutun eşlerden birine özgülenmesinde konutun mülkiyetinin kime ait olduğu veya eşlerin kusur oranları dikkate alınmaz⁴⁵⁹. Hâkim ortak konutta kimin kalacağını saptarken konutun hangi eşe tahsisinin daha gerekli ve yararlı olacağına bakar⁴⁶⁰. Örneğin koca, mülkiyeti kendisine ait olan ortak konutun bir odasında terzilik yapıyorsa buradan ayrılması onu zarara uğratabileceğinden ortak konutun kocaya özgülenmesi yerinde olur⁴⁶¹. Veya mülkiyeti kocaya ait olan bir evin, çocuklar ana ile birlikte kalacaklarsa, kadına tahsis edilmesi menfaatlerin dengelenmesi bakımından daha uygun olur⁴⁶².

Aile konutundaki eşyalar da aynen aile konutunun özgülenmesinde olduğu gibi hangi eşe ait olduğuna bakılmaksızın tarafların ihtiyaç durumu göz önünde bulundurulmak suretiyle hâkim tarafından paylaştırılır⁴⁶³.

⁴⁵⁸ Akıntürk/Karaman, s. 283.

⁴⁵⁹ Öztan, s. 448; Tekinay, s. 251; Ayan, s. 295; Akıntürk/Karaman, s. 283; Köseoğlu/Kocaağa, s. 189.

⁴⁶⁰ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 130; Öztan, s. 448; Akıntürk/Karaman, s. 283.

⁴⁶¹ Akıntürk/Karaman, s. 283.

⁴⁶² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 130.

⁴⁶³ Akıntürk/Karaman, s. 284.

b. Eşlerin Bakım ve Geçiminin Sağlanması (Tebir Nafakası)

Boşanma veya ayrılık davası devam ederken eşlerin barınması kadar bakım ve geçimleri de hâkim tarafından çözüme kavuşturulması gereken bir konudur. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda kadın-erkek eşitliği kabul edildiğinden bakım ve geçindirme yükümlülüğü, 743 sayılı eski Medenî Kanun'daki düzenlemenin aksine sadece kocaya değil her iki eşe aittir⁴⁶⁴. Bu nedenle boşanma veya ayrılık davası açıldığı zaman ayrı yaşamakta olan eşlerden biri kendi imkânlarıyla bakım ve geçimini sağlayamıyorsa, imkânları daha iyi olan diğer eşin, geçimini sağlayamayan eşe katkıda bulunmasına karar verilir. Eşin, diğer eşe dava devam ettiği sürece yapacağı bu yardıma uygulamada *tedbir nafakası* denilmektedir⁴⁶⁵.

Hâkim tedbir nafakasını belirlerken eşlerin ihtiyaçlarını ve malî durumlarını göz önünde bulundurur⁴⁶⁶. Nafakanın ödenmesi, evlilik birliğinin devamından kaynaklandığı için davayı kimin açtığı, kimin haklı, kimin kusurlu olduğu önem taşımaz⁴⁶⁷.

⁴⁶⁴ Akıntürk/Karaman, s. 284; Ayan, s. 295.

⁴⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 131; Köseoğlu/Kocaağa, s. 187; Akıntürk/Karaman, s. 284; Oğuzman/Dural, s. 136; Tekinay, s. 251; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 915. Tedbir nafakası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ruhi (Nafaka), s. 33 vd.

⁴⁶⁶ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 131; Ayan, s. 296; Öztan, s. 450. Yargıtay'ın 12.12.1966 tarihli, 5/11 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'na göre "...erkek askerdeyse ve başkaca geliri yoksa nafakaya mahkûm edilemez." RG. S. 12550. (Oğuzman/Dural, s. 136; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 131).

⁴⁶⁷ Bu yöndeki YHGK. 28.01.2004 t. ve 2004/2-8-27 sayılı kararından: "...Uyuşmazlık 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğünden sonra açılan davada, boşanmaya yol açan olaylarda kusurlu bulunan davalı kadın yararına tedbir nafakasına hükmedilip hükmedilemeyeceği noktasında toplanmaktadır....4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesinde, önceki Medenî Kanun'un 137. maddesi sadeleştirilmek suretiyle aynen korunmuş, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkimin davanın devamı süresince gerekli olan özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici tedbirleri re'sen alacağı hükme bağlanmış, kusursuzluğun gerektiği yönünde bir düzenleme getirilmemiştir. O halde yukarıda açıklanan nedenlerle mahkemece, kadının boşanmaya yol açan davranışlarının maddede öngörülen kuralı değiştirmeyeceği de gözetilerek kadın yararına uygun tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken yanlış nedenlerle talebin reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." (Köseoğlu/Kocaağa, s. 198).

Köseoğlu/Kocaağa'ya göre ise YHGK.'nın bu kararı yerinde değildir. Köseoğlu/Kocaağa'ya göre tedbir nafakası talebi sahibi eş kusurlu olarak ayrı yaşamakta ve diğer eşten tedbir nafakası istemekte ise bu eş için tedbir nafakasına hükmedilemez. Zira bu durumda nafakaya hükmedilmesi halinde kusurlu olan nafaka alacaklısının kusuruna rağmen hak elde etmesi sağlanmış olur ki bu durum Türk Medenî Kanunu'nun 2. maddesine ve aynı kanunun getirdiği "eşlerin mutlak eşitliği" ve hukukun evrensel ilkesi olan "kimse kusuruna dayanarak hak elde edemez" ilkesine aykırı olur. Bu nedenle

Tedbir nafakasının ödenmesine davanın açılma tarihinden itibaren başlanır, dava süresince ve dava sonucunda verilen kabul veya ret kararının kesinleşmesine kadar geçerli olur⁴⁶⁸.

Eş için hükmedilen tedbir nafakasının artırılması, azaltılması veya kaldırılması mümkündür. Alacaklı eş, geçimini aile birliği devam ederkenki düzeye getirmişse, bir işe başlamışsa, sosyal güvenceye, mirasa vb. malî değerlere kavuşmuşsa, bu durumun nafaka borçlusu tarafından ispatlanması halinde nafakanın azaltılması veya kaldırılması mümkündür⁴⁶⁹.

c. Eşlerin Mallarının Yönetilmesi

Hâkim, açılmış olan boşanma veya ayrılık davası sırasında eşlerin mallarıyla ilgili olan önlemleri de almalıdır. Hâkim nasıl bir önlem alacağına kendisi karar verir. Mesela eşler arasında mal ortaklığı rejimi geçerliyse hâkim, boşanma davasının açılmasıyla birlikte, eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir⁴⁷⁰. Hâkimin eşlerin mallarının yönetimi konusunda önlem alması özellikle mal ortaklığı rejimi seçmiş olan eşler için önemlidir. Ülkemizde yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi yaygın olduğu için bu hükmün uygulama alanı dardır⁴⁷¹. Ayrıca eşler anlaşmayla mal ayrılığını seçmişlerse böyle bir önleme gerek yoktur⁴⁷². Hâkim kıymetli evrakin yediemine teslimi gibi eşyaların kaçırılmaması için gerekli önlemlerin alınmasına karar verebilir⁴⁷³.

Aile Mahkemeleri tedbir nafakasına tensip kararıyla değil, bazı araştırmaları gerçekleştirdikten ve delilleri topladıktan sonra hükmetmelidir. (Köseoğlu/Kocaağa, s. 194,199).

⁴⁶⁸ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 131; Öztan, s. 453; Akıntürk/Karaman, s. 284; Köseoğlu/Kocaağa, s. 198.

⁴⁶⁹ Köseoğlu/Kocaağa, s. 197.

⁴⁷⁰ Ayan, s. 297; Öztan, s. 454.

⁴⁷¹ Tekinay, s. 253; Ayan, s. 297.

⁴⁷² Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 131.

⁴⁷³ Öztan, s. 454.

d. Çocukların Bakım ve Korunmasının Sağlanması (İştirak Nafakası)

Boşanma veya ayrılık davası sırasında eşler ayrı yaşayacakları için çocukların eşlerden hangisinin yanında kalacağı, diğer eşin çocukların geçimine nasıl katkıda bulunacağı, kişisel ilişkilerinin nasıl devam edeceği hâkim tarafından belirlenir⁴⁷⁴. Velayetin kaldırılmasını gerektiren bir sebep bulunmadıkça ve kaldırma kararı verilmedikçe, çocukların eşlerden birinin yanında kalacağına karar verilmiş olması diğer eşin velayet hakkını ortadan kaldırmaz⁴⁷⁵. Velayet her iki eş yönünden de devam eder. Hâkim, çocuklarla ilgili düzenlemeleri yaparken çocuklarının menfaatini göz önünde bulundurmalıdır⁴⁷⁶.

Çocukların bakımına katkıda bulunmak üzere, çocukların kendisine bırakılmadığı eş tarafından ödenecek nafakaya uygulamada *iştirak nafakası* denilmektedir⁴⁷⁷. Hâkim iştirak nafakasının miktarını tespit ederken ailenin yaşam standardını, çocuğun ihtiyaçlarını ve tarafların gelirini dikkate alır⁴⁷⁸. İştirak nafakasının değişen şartlara göre artırılmasını veya azaltılmasını talep imkânı her zaman mümkündür⁴⁷⁹.

e. Diğer Önlemler

Kanunda sayılan önlemler sınırlayıcı olmadığından hâkimin duruma uygun karar vererek kanunda sayılmayan başka önlemler de alması mümkündür. Mesela eşlerden birinin borçlularına borçlarını diğer eşe ödemeleri için talimat gönderebilir veya eşlerden birinin tasarruf yetkisini sınırlayabilir⁴⁸⁰. Giyim eşyalarının veya evdeki mobilyalardan bir kısmının

⁴⁷⁴ Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 131; Akıntürk/Karaman, s. 285; Ayan, s. 297; Oğuzman/Dural, s. 136.

⁴⁷⁵ Öztan, s. 456; Akıntürk/Karaman, s. 286; Dural/Öğüz/Gümüş (2005), s. 131.

⁴⁷⁶ Akıntürk/Karaman, s. 286.

⁴⁷⁷ Öztan, s. 456; Akıntürk/Karaman, s. 286. İştirak nafakası ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Ruhi (Nafaka), s. 107 vd.

⁴⁷⁸ Öztan, s. 456.

⁴⁷⁹ Öztan, s. 456.

⁴⁸⁰ Velidedeoğlu, s. 247; Tandoğan, s. 95; Öztan, s. 457.

evden ayrılan e e verilmesi hususunda bir karar verebilir⁴⁸¹. Hâkim somut olaydaki durum ve koşulları, henüz sona ermemi  bulunan evlilik birliğinin ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak eşlerin ve çocukların korunması için gerekli gördüğü bütün önlemleri alabilir⁴⁸². Hâkimin alacağı önlemlere ilişkin kararın geçerlilik süresi boşanma kararı verilinceye kadardır; yani ge icidir⁴⁸³.

⁴⁸¹  ztan, s. 457; Tekinay, s. 253.

⁴⁸² Ayan, s. 298.

⁴⁸³  ztan, s. 457.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN İLE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. 4320 SAYILI KANUN'UN AMACI VE TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ İLE ARASINDAKİ İLİŞKİ

İlk insanla birlikte ortaya çıkan şiddet olgusu geçmişten günümüze şekil değiştirse de halen varlığını sürdürmektedir. Şiddetin toplumun en küçük birimi olan aile yaşamı içerisinde, aileyi oluşturan bireyler arasında gerçekleşmesi halinin hem toplum hem de aile içindeki bireyler açısından yaratacağı zararlar ve bırakacağı izler tartışılmaz niteliktedir.

Aile içi şiddetin toplumumuzda özellikle kırsal kesimlerde ve gecekondu bölgelerinde büyük bir sorun olduğu⁴⁸⁴ ve Türk Medenî Kanunu'ndaki evlilik birliğini koruyucu hükümlerin aile içi şiddeti önlemede yetersiz kaldığı bilinen bir gerçektir. Bu nedenle önlem alınmasına ilişkin süreci hızlandırmak ve aile bireylerinin aile içi şiddete karşı korunmasını sağlamak amacıyla 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı⁴⁸⁵ Ailenin Korunmasına Dair Kanun⁴⁸⁶ kabul edilmiştir.

⁴⁸⁴ 2008 yılında Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü ve proje ortakları tarafından yapılan “Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması” sonucuna göre ülkemizde ailelerin yüzde 39’unda fiziksel şiddet, yüzde 46’sında sözlü şiddetin uygulandığı ve ev içi şiddetin yoğun olarak yaşandığı belirtilmiştir. Türkiye genelinde evli kadınların % 39’unun, Kuzeydoğu Anadolu’da % 53’ünün, Güneydoğu Anadolu’da % 48’inin, Batı Marmara’da % 25’inin, Ege’de % 31’inin fiziksel şiddet yaşamış oldukları görülmektedir. Şiddet gören evli kadınların eğitim düzeyi yükseldikçe şiddet mağduru sayısının azaldığı belirlenmiştir. Örneğin, lise ve üstü eğitim alanlarda oran % 27 iken, eğitimi olmayan, ilköğretimi bitirmemiş kadınlarda % 56’ya yükselmektedir. Sonuçlar, Türkiye’de kadınların % 96’sının eşleri veya birlikte oldukları aile bireylerinden yaygın bir şekilde şiddet gördüklerini ortaya koymuştur. (T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, ICON-Institut Public Sector GmbH and BNB Danışmanlık (2009), Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması 2008).

⁴⁸⁵ RG. 17.01.1998 t. ve S. 23233.

⁴⁸⁶ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 5636 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun” (RG. 4.5.2007 t. ve S. 26512) ile değişikliğe uğramıştır. 5636 sayılı Kanun’un temel amacı, genel gerekçe de 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 28.06.2006 tarihli ve 853 sayılı kararıyla Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Tedbirlerin

Böylelikle, hem aile içi şiddet mağdurlarının ve dolayısıyla evlilik birliğinin korunmasında önemli bir hukukî düzenlemeye kavuşulmuş hem de başta Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi⁴⁸⁷(CEDAW) olmak üzere taraf olduğumuz diğer tüm uluslararası sözleşmelerden⁴⁸⁸ doğan etkin koruma taahhüdünün yerine getirilmesi konusunda önemli bir adım atılmıştır. Aynı zamanda, “aile içi şiddet” kavramına ilk defa bir kanunda yer verilerek aile içi şiddet ile genel hükümler aracılığıyla mücadele yönteminden vazgeçilmiş ve aile içi şiddetin özel bir kanun ile tedbir alınması gereken bir olgu olduğu saptanmıştır⁴⁸⁹.

Kanun koyucunun, Türk Medenî Kanunu’nun koruyucu hükümleri ile yetinmeyerek doğrudan ve sadece ailenin korunmasına yönelik özel bir kanuna ihtiyaç duymasının temel sebebi, Türk Medenî Kanunu’nda düzenlenen önlemlerin bazı durumlarda aile içi şiddetin önlenmesinde yetersiz kalması ve bu önlemlere hükmedilmesinin mahkemelerin iş yükü nedeniyle uzun bir süre almasıdır⁴⁹⁰. 4320 sayılı Kanun’un amacı Türk Medenî Kanunu’nda öngörülen önlemleri sınırlamak veya örneklemek

Belirlenmesi Amacıyla oluşturulan Meclis Araştırma Komisyonu Raporu ile 04.07.2006 tarihli ve 26218 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesinde 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da değişiklik yapılması gerektiği belirtilmektedir. Tasarı, belirlenen eksiklikleri gidermek üzere düzenlenmiş ve en sonunda 5636 sayı ile kanunlaşmıştır.

⁴⁸⁷ RG. 14.10.1985 t. ve S.18898. Sözleşme hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Moroğlu, Nazan: “Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na Armağan, İstanbul 2001, s. 881 vd.

⁴⁸⁸ Bu konuda Türkiye’nin taraf olduğu diğer sözleşmeler için bkz. Domaniç, s. 72 vd.

⁴⁸⁹ Erdoğan, Meral: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Hukukta Kadın Sempozyumu 30 Eylül-1Ekim 1999, Ankara 2000, s. 93.

⁴⁹⁰ Ayan, s. 298. 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” Amerika Birleşik Devletleri, Avustralya, Yeni Zelanda, İngiltere, İrlanda ve Norveç gibi ülkelerde uygulanan, şiddete uğrama ihtimâli bulunan kadınların mahkemelere başvurarak koruma emri alabilmelerini sağlayacak hükümler Türk Hukuk sistemine dâhil edilmektedir.” (Erişim: tbmm.gov.tr).

değil⁴⁹¹; aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kalması durumunda hâkimin Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemlerden ayrı olarak şiddete maruz kalan bireyi korumaya yönelik çok daha etkili tedbirler alabilmesidir. Ayrıca kanunda bu kanun kapsamında hükmedilen tedbirlere uyulmaması fiilinin "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu"nu oluşturduğu kabul edilerek hapis cezasına hükmedileceği düzenlenmiş; böylece caydırıcı bir koruma mekanizması oluşturulmuştur⁴⁹².

Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesinin birinci fıkrasına göre evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşler birlikte ya da ayrı ayrı hâkimin müdahalesini isteyebilirler. Eşlerden birinin diğerine şiddet uygulaması halinde Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesindeki ilk koşul gerçekleşmiş olur. Çünkü eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinin en önemlilerinden biri de eşlerin birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı olma ve birbirlerini koruma yükümlülükleridir. Bu yükümlülüğe aykırılık halinde Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen hâkimin müdahalesine ilişkin önlemlere başvurulabilir. Ancak aile içi şiddet uygulanan eşin daha hızlı ve etkin bir çözüm için bunu önlemek amacıyla kabul edilmiş olan 4320 sayılı Kanun'dan yararlanmasına öncelik verilmelidir⁴⁹³.

II. 4320 SAYILI KANUN İLE TÜRK MEDENÎ KANUNU'NUN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ FARKLILIKLAR

Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri sadece geçerli bir evlenme sözleşmesine dayanan birlikteliklere uygulanırken 4320 sayılı Kanun'un uygulanma alanı daha geniş tutulmuştur. 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasına göre bu kanun eşlerden birinin veya

⁴⁹¹ Güven, s. 17.

⁴⁹² Karınca'ya göre 4320 sayılı Kanun kapsamında alınan tedbirler özel hukuk ilişkisini düzenlemekle birlikte idari ve cezaî nitelikleri de olan *sui generis* (kendine özgü) ve disiplinler arası nitelikte olan tedbirlerdir. (Karınca, Eray: Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, Ankara 2010, s. 65).

⁴⁹³ Ayan, s. 302; Güven, s. 24.

çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kalması durumunda uygulanır. Görüldüğü gibi 4320 sayılı Kanun'un uygulama alanı Türk Medenî Kanunu'ndaki en geniş anlamda aileyi de kapsar⁴⁹⁴. Ayrıca 4320 sayılı Kanun'da açıkça belirtilmemiş olsa da, geçerli bir evlenme sözleşmesine dayanmayan fiilî birliktelikler de 4320 sayılı Kanun'un uygulama alanına girer.

Türk Medenî Kanunu'nun 195. maddesine göre hâkimin müdahalesinin istenebilmesi için eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eşlerin evlilik birliğini ilgilendiren önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri gerekir. Yükümlülüğün ihlâli niteliğindeki fiiller aile içi şiddete yönelik olabileceği gibi bunun dışında kalan hal veya hareketler hatta pasif, ihmâli davranışlar da olabilir. 4320 sayılı Kanun'a göre hâkimin evlilik birliğine müdahalesinin koşulu ise aile içi şiddettir. Aile içi şiddet eşin, çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin dayak, tehdit, hürriyeti tahdit, tecavüz, hakaret gibi fiillere maruz kalmasıdır⁴⁹⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 195 ve devamı maddelerindeki önlemlerin alınması için, önlem kararını gerektiren duruma eşlerden birinin kendi davranışları ile sebebiyet vermesi aranır ve önlemin konusunu bu eş teşkil eder. 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirler ise, bunun aksine sadece diğer eş değil, eşin dışında kalan aile bireylerinden biri tarafından aile içi şiddete başvurulması halinde de alınabilir. Dolayısıyla, tedbir kararının diğer eş hakkında alınması mümkün olduğu gibi şiddet uygulayan diğer aile bireyleri aleyhine de tedbir kararı alınması mümkündür. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemlerin alınması için eşlerin kusurlu olup

⁴⁹⁴ Güven, s. 19.

⁴⁹⁵ Güven'e göre aile içi şiddet, kadının birlikte yaşadığı erkeğin ona uyguladığı her türlü fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddettir. (Güven, s. 19). Bilgin'e göre aile içi şiddet, gücün güçlüden zayıfa, yaşlıdan gence, erkekten kadına kötüye kullanılmasıdır. Şiddet uygulayan kişi bu yolla dış dünyada yitirdiği veya sahip olmadığı gücü kazanmaya çalışmaktadır. (Bilgin, Işıl: "Kadın ve Şiddet", T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Töre Cinayetleri Panel Bildirileri, Ankara 1999, s. 103). Aile içi şiddet 4320 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre "*aile içinde, bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışdır.*" (Erişim: tbmm.gov.tr).

olmamasının önemi yokken 4320 sayılı Kanun'un uygulanması için eşin veya aile bireyinin kusurlu olması aranmaktadır.

Türk Medenî Kanunu'ndaki önlemlere başvuru ile 4320 sayılı Kanun'daki tedbirlere başvuru açısından da iki önemli fark bulunmaktadır. İlk olarak Türk Medenî Kanunu'ndaki önlemler ancak eşlerden birinin istemde bulunması durumunda alınabilirken 4320 sayılı Kanun'daki tedbirler aile içi şiddete maruz kalan eş, çocuklar, şiddete maruz kalan diğer aile bireyleri veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine alınabilir⁴⁹⁶. Ayrıca Türk Medenî Kanunu'na göre hâkimin evlilik birliğinin korunması amacıyla önlem alabilmesi için eşlerin bu konuda istemde bulunması gerekirken 4320 sayılı Kanun'a göre hâkim tarafından gerekli tedbirler re'sen alınabilir.

Türk Medenî Kanunu'na göre hâkim eşlerden birinin isteği üzerine sadece kanunda öngörülen önlemleri alabilir. 4320 sayılı Kanun'a göre ise hâkim alınacak tedbir için bu yönde bir istem olmasa bile, ortaya çıkan sorunun niteliğine uygun düşen bütün tedbirlerin alınmasına re'sen karar verebilir. 4320 sayılı Kanun'da aile içi şiddet durumunda alınabilecek bazı tedbirler örnekleme yoluyla sayılmış; bunlara benzer tedbirlerin de alınabileceği kabul edilmiştir.

Türk Medenî Kanunu'nda hâkim tarafından alınan önlemler bir süreyle sınırlanmamıştır. Koşulların değişmesi durumunda eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından kaldırılabilir. Buna karşılık 4320 sayılı Kanun'a göre alınan tedbirlerin süresi altı ayı geçemez.

Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemler ile 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlerin alınması için görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun gereğince aile mahkemeleridir⁴⁹⁷. Önlemlerin alınması için yetkili mahkeme

⁴⁹⁶ Güven, s. 19; Ayan, s. 304; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 771.

⁴⁹⁷ 4320 sayılı Kanun'a göre görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesiydi. Fakat 4787 sayılı Kanun'un 9. maddesinde 4320 sayılı Kanun kapsamındaki işlerde görevli mahkeme aile mahkemesi olarak belirtilmiştir.

ise Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemler için eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi iken 4320 sayılı Kanun'da bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Fakat 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlerin niteliği itibariyle ihtiyatî tedbir kararlarına benzerlikleri göz önünde tutulursa, ihtiyatî tedbir kararları bakımından yetkili olarak öngörülen mahkemelerin 4320 sayılı Kanun'daki tedbirlerin alınması bakımından da yetkili olacağı kabul edilmelidir⁴⁹⁸. Buna göre 4320 sayılı Kanun gereğince alınacak tedbirlerde yetkili mahkeme bu konudaki tedbirlerin en çabuk ve en kolay alınabileceği yerdeki mahkemedir.

Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemlere uyulmaması doğrudan bir yaptırıma bağlanmamışken 4320 sayılı Kanun'a göre alınan tedbirlere uyulmadığı takdirde cezaî yaptırım uygulanacağı düzenlenmiştir.

Son olarak kanun koyucu, genel kuraldan ayrılmayarak Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenen önlemlerin alınması amacıyla açılacak davaları harca tâbi tutmuş olmasına rağmen, 4320 sayılı Kanun kapsamında yapılacak başvuruların ve verilen kararların infazı için yapılan icraî işlemleri açık bir kanun hükmü ile harçtan muaf tutmuştur. Bu durum, 4320 sayılı Kanun'un sosyal içerikli bir düzenleme olduğunu kanıtlar niteliktedir⁴⁹⁹.

III. 4320 SAYILI KANUNUN UYGULANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

A. Aile İçi Şiddetin Varlığı

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinde belirtildiği üzere kanunun amacı eşi (özellikle kadını) ve diğer aile bireylerini koca veya koca dışında kalan diğer aile bireyleri tarafından uygulanan aile içi şiddetten korumaktır. Dolayısıyla kanunun uygulama alanı bulabilmesi için temel şart "aile içi şiddet" in ortaya çıkmış olmasıdır.

⁴⁹⁸ Ayan, s. 306.

⁴⁹⁹ Güven, s. 19.

Aile içi şiddet 4320 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre *“aile içinde, bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışdır.”* Aile içi şiddet 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanması Hakkında Yönetmelikte⁵⁰⁰ *“aile bireyinin fiziksel, cinsel, ekonomik veya psikolojik zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözel ve ekonomik her türlü davranış”* olarak ayrıntılı bir şekilde ve şiddetin çeşitli görünümelerini ve olasılıklarını içerecek şekilde tanımlanmıştır. Görüldüğü gibi şiddet, sadece fiziki davranışlardan ibaret değildir. Dayak, cinsel taciz, tecavüz, hakaret, küfür, tehdit gibi fiillerin yanında aile, sosyal ve kültürel çevre ile ilişki kesilerek yalnızlığa itmek gibi davranışlar da şiddet olarak nitelendirilmeli ve bu gibi davranışlar da kanunun uygulanması için yeterli sayılmalıdır⁵⁰¹.

Şiddet daima aktif bir hareketi gerektirir. Pasif davranışlar şiddet olarak nitelendirilemez. Mesela kocanın ailesine bakmaması ve tüm parasını kumarda veya içkide harcaması dayak, hakaret, küfür gibi davranışları da beraberinde getirmiyorsa şiddet olarak nitelendirilemez. Şiddet dışındaki yükümlülük ihlalleri durumunda 4320 sayılı Kanun değil, Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri uygulanır. 4320 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için şiddet uygulayan eşin kusurlu olması gerekir⁵⁰². Örneğin ayırt etme gücüne sahip olmayan eş, karısına veya çocuklarına karşı şiddet uygulasa bile bu kanun uygulanmaz.

4320 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için aile içi şiddet olayının gerçekleşmiş olması gerekir. Kanunda açıkça aile içi şiddete maruz kalma koşulunun gerçekleşmesi aranmaktadır. Kanunda olduğu gibi yönetmelikte

⁵⁰⁰ RG. 01.03.2008 t. ve S. 26803.

⁵⁰¹ İlkaracan, Pınar/Gülçür, Leyla/Arın, Canan: Sıcak Yuva Masalı, Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz, İstanbul 1996, s. 25. Fiziksel şiddet ve psikolojik şiddet ayrımı ve tanımı için bkz. Erdoğan, s. 91. Kadına yönelik şiddet açısından Türkiye'de durum ve kadına yönelik şiddetin nedenleri için bkz. Domaniç, s. 149 vd.

⁵⁰² Güven, s. 20.

de gerçekleşmiş şiddete işaret edilmiş, olası şiddetle ilgili açıklama yapılmamıştır. Dolayısıyla aile içi şiddet henüz gerçekleşmemiş ve fakat gerçekleşme tehlikesi ortaya çıkmış ise 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlerin alınması için hâkime başvurulamaz. Oysa kanunun amacı şiddet gerçekleşmeden korumaktır. Şiddet gerçekleştikten sonra verilecek koruma kararı ise ancak sonraki yeni şiddeti önlemeye yönelik olabilir. Bu nedenle *"Aile içi şiddete maruz kalan veya maruz kalma ihtimâli olan..."* gibi bir ifade kullanılarak henüz şiddet dolayısıyla mağduriyet oluşmamışken tedbir alınabilmesi sağlanmalıdır⁵⁰³.

Şiddetin gerçekleşmiş olmasıyla kastedilen mutlaka maddi bir zararın ortaya çıkmış olması değildir. Diğer eşe tehdit, hakaret ve korkutma gibi bir davranışta bulunulması fakat henüz maddi bir zarar verilmemiş olması halinde de bu kanun uygulanır⁵⁰⁴. Çünkü bu davranışlar da sözel ve psikolojik şiddet olarak nitelendirilmektedir.

Şiddete yönelik davranış ciddi bir nitelik taşımaktadır. Örneğin dayak, tokat, bıçaklama gibi davranışlar ciddi nitelik taşır. Manevî anlamda şiddetin de ciddi bir nitelik taşıması gerekir. Fakat hem maddi şiddetin hem de manevî şiddetin ciddi olması aranırken davranışın çok ağır sonuçlar doğurabilecek nitelikte olması da aranmamalıdır. Çünkü 4320 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için şiddet olayının ceza hukuku bakımından ayrı bir suç teşkil etmesi zorunlu değildir.

Bundan başka, aile içi şiddete yönelik davranışın belirli bir süreklilik ve ağırlık taşıması gereklidir. Eşlerden birinin bir defa şiddete maruz kalmasının kanunda öngörülen tedbirlerden birinin alınması için yeterli olmadığı görüşü

⁵⁰³ Karınca, Eray: "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, S. 11, Temmuz 2007 (Değişikliklerin Değerlendirilmesi), s. 119; Kayar Yılmaz, Habibe: "Kadına Yönelik Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları", (Erişim: http://www.turkhukusitesi.com/makale_595.htm).

⁵⁰⁴ Ayan, s. 309.

ileri sürülmektedir⁵⁰⁵. Bununla birlikte, aile içi şiddet mağduru eşin yeniden benzer bir davranışla karşı karşıya kalma tehlikesi var ise tedbire hükmedilmesi mümkün olmalıdır. Şüphesiz bu konuya karar verecek olan hâkimdir. 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesi hâkime “...meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak...” re’sen tedbire hükmetme konusunda takdir yetkisi tanımıştır.

1. Aile İçi Şiddetin Faili

Hakkında 4320 sayılı Kanun’da sayılan ya da hâkimin uygun göreceği başka bir tedbire hükmedilecek kişi, diğer bir deyişle aile içi şiddet fiilinin faili, 4320 sayılı Kanun’un 5636 sayılı Kanun ile değişik birinci maddesine göre “eş” veya “diğer bir aile bireyi” olabilir. 5636 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten önceki metinde, kanunda öngörülen tedbirlerin ancak eşlerden biri aleyhine alınabileceği hükme bağlanmıştı. 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. Bu nedenle kanun doktrinde yoğun eleştirilere maruz kalmaktaydı⁵⁰⁶. Kanun koyucunun,

⁵⁰⁵ Ayan, s. 308. Ayan’a göre kanunun temel amacı kusurlu eşi cezalandırmak değil, aile içi şiddeti durdurmaktır. Bu nedenle ileride de şiddete başvurulması olasılığının bulunması, söz konusu kanunun uygulanması için gerekli bir koşuldur. (Ayan, s. 308). Bilgin’e göre aile içi şiddet bir kez uygulandıysa tekrar uygulanacağı kaçınılmazdır. (Bilgin, s. 103).

⁵⁰⁶ Badur, Emel/Ertem, Burcu: “Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukukî Boyutları-Ceza Kanunu, Medenî Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”, TBBD, S.65, Ankara 2006, s. 116; Erman, Barış: Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Türk Hukuku’na Etkisi, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile İçi Şiddet-Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, İstanbul 2003, s. 91-92; Uçar, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara 2003, s. 151; Uluğ, İlknur: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Diyarbakır 2005, s. 370; Erdoğan, s. 95; Ayan, s. 310.

Eleştiriler doktrin ile sınırlı kalmamış, Gülyalı Sulh Hukuk Mahkemesi tarafından bu düzenleme nedeni ile AKDK’nın 1. maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile 2. maddesinin üçüncü fıkrasının, Anayasa’nın başlangıcı 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. 29.3.2003 t. ve S. 25063) İtirazın gerekçesinde, “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un 1. maddesinin ilk fıkrasında aile tanımı doğru olarak yapılmıştır. Fakat bu tanımlamaya karşın 1. maddesinin ikinci fıkrası -kusurlu eşin- şeklinde fıkra başlığı ile başlayıp (f) bendine kadar cezaî müeyyide ve tedbirler sadece kusurlu eş yönünden

kanunun anılan hükmüne yöneltlen eleştirileri dikkate alarak yaptığı değişiklikten sonra, sadece eşlerden birinin değil, eşlerin dışındaki bir aile bireyi tarafından herhangi bir aile bireyine (evin büyük oğlunun kardeşlerine veya ana-babasından birine, eşlerden birinin ana-babasının diğer eşe şiddet uygulamasında olduğu gibi) şiddet uygulanması halinde de 4320 sayılı Kanun'un uygulanması mümkündür.

Aile içi şiddetin faili bakımından aranan önemli bir şart kusurlu olmasıdır. Fail aile içi şiddete kusuruyla sebebiyet vermemişse hakkında 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlerin alınması söz konusu olamaz.

4320 sayılı Kanun bakımından oldukça önemli bir husus "kusurlu eş" kavramının geniş yorumlanarak filî birlikteliklerde veya birlikte yaşayanlar hakkında da söz konusu kanunun uygulanıp uygulanmayacağıdır. Kanunda bu konuda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte kanaatimizce geniş bir yorum yapılarak evlendirmeye yetkili resmî memur önünde yapılmayan ve bu nedenle Türk Medenî Kanunu'na göre evlenme olarak nitelendirilemeyen birliktelikler de 4320 sayılı Kanun'un uygulama alanına girmelidir⁵⁰⁷. Halk

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 ret 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 tedbirleri her zaman alabilir." (Şenyuva, s. 106, dn. 427; Ayan, s. 311, dn. 371).

⁵⁰⁷ Karınca, Eray: Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, Ankara 2008 (Uygulama Örnekleri), s. 44; Karınca, s. 111; Karınca (Değişikliklerin

arasında imam nikâhı olarak adlandırılan birlikteliklerdeki taraflar 4320 sayılı Kanun'a göre eş olarak kabul edilmeli ve bu birliktelikten doğan çocuklar da kanundaki korumadan yararlandırılmalıdır⁵⁰⁸. Kanunun asıl amacı kadını ve çocuğu, kocanın ve diğer aile bireylerinin şiddetinden korumak olduğuna göre, arada resmî bir bağ olmadığı için kadını, şiddet uygulayan bireylerin insafına terk etmek bu kanunun çıkarılış amacına ters düşer. Ayrıca çocuk olduğu durumlarda çocuğu koruyup anneyi korumamanın hiçbir anlamı yoktur⁵⁰⁹. Üstelik Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (CEDAW), kadın erkek eşitliğine dayalı olarak siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, medenî ya da öteki alanlardaki insan haklarının tanınmasını, kullanılmasını engelleyen ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayrımı kadınlara karşı ayrımcılık olarak kabul etmektedir. Dolayısıyla kadını korumak için illa ki resmî nikâh aramak bu

Değerlendirilmesi), s. 120; Ayan, s. 310; Şanver, Şerafettin: Evliliğin Kırmızı Çizgileri, Boşanma Davaları El Kitabı, Ankara 2009, s. 288; Ayan, Serkan: "Hukukî Yönden Aile İçi Şiddet", Legal Hukuk Dergisi, S.34, İstanbul 2006 (Aile İçi Şiddet), s. 426; Kayar, Habibe Yılmaz: "Kadına Yönelik Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları" (Erişim: http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_595.htm); Doğan, İzzet: "Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme"

(Erişim: http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_930.htm).

Aksi görüşteki yazarlar ise aile kavramının hukukî bir kavram olduğunu, resmî bir evlilik yoluyla bu birlikteliğin kurulduğunu, serbest birleşmelerin ise sosyolojik bir olgu olduğunu, bu birleşmelerin bu şekilde korunmasının hukuk düzenince tanınmayan ve taraflarına hiçbir hak bahşetmeyen bir ilişkinin, 4320 sayılı Kanun aracılığıyla dolaylı olarak hukukça tanınması gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkaracağını ve bu yüzden bu birlikteliklerin bu kanun kapsamında korunamayacağını, ancak çocuk olması durumunda çocuğun bu kanun kapsamında korumadan yararlanabileceğini ifade etmektedirler. (Kahveci, Nalan: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", İzmir Barosu Dergisi, Yıl 72, S. 3, Temmuz 2007, s. 282; Erdem, Mehmet: "Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun", TBBD, Kasım Aralık 2007, s. 51; Ateş, Mustafa: "4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 3, Yaz 2007, s. 162). Moroğlu'na göre de "4320 sayılı Kanunu, Medenî Kanunda belirtilen "eş" dışında da uygulamaya çalışmak, bir an için kadınının insan haklarını korumak ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinde yer alan "medenî durumlarına bakılmaksızın" haklardan yararlanmasını sağlamak açısından doğru ve hakkaniyete uygun olacağı düşünülse bile, böyle bir uygulama ülkede iki hukukluluğa yol açacaktır." (Moroğlu, Nazan: "Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun", (Erişim: <http://www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc>), s. 13).

⁵⁰⁸ Şanver'e göre 4320 sayılı Kanun ilk çıktığında sadece eşler arasında uygulama imkânı veriyordu. Ancak diğer aile bireylerinin de özellikle güçsüz olan kadına şiddet uygulaması, kanunun Mayıs 2007'de değişmesi ile sonuçlanmıştır. Yani ihtiyaçlar kanunların da güncelleşmesini gerektirmiştir. Bu nedenle 4320 sayılı Kanun yakın gelecekte lafzı olarak da birlikte yaşayan çiftleri de kapsayacaktır. Kanunu uygularken neyi koruduğumuza bakılmalıdır. Eğer korunmaya değer bir yarar varsa kanunun lafzına değil ruhuna bakılmalıdır. (Şanver, s. 289).

⁵⁰⁹ Kahveci, s. 283.

sözleşmeye göre medenî durumları nedeniyle kadınlar arasında ayrımcılık yapmaktır⁵¹⁰. Aile kavramını resmî evlilikle sınırlandırıp aynı yastıkta yıllarca uyuyanları, çocuklarının bugününü ve yarınını birlikte şekillendirenleri aile saymamak yaşamın gerçeğiyle bağdaşmaz⁵¹¹. Bu düşüncelerden hareketle ülkemizdeki uygulamada da 4320 sayılı Kanun'un uygulanmasının kapsamını resmî evlilikle sınırlamayan mahkeme kararlarına rastlamak mümkündür⁵¹².

2. Aile İçi Şiddetin Mağduru

Aile içi şiddet mağdurunun kimler olabileceği 4320 sayılı Kanun'un 5636 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre;

“Türk Medenî 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 Hâkimi meselenin

⁵¹⁰ Karınca (Uygulama Örnekleri), s.68; Moroğlu, Nazan: “Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, (Erişim: <http://www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc>), s. 12.

⁵¹¹ Karınca, s. 111.

⁵¹² Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin bu yönde vermiş olduğu bir kararın gerekçesi şöyledir: “Dilekçe içeriğinden tarafların resmî nikâh olmaksızın birlikte yaşadığı görülmekle öncelikle, 4320 sayılı Yasa'nın uygulanması olanağı tartışılmalıdır. Yasada koruma kapsamının resmî evlilikle sınırlandırıldığına ilişkin bir anlatım bulunmamaktadır. Dilekçe içeriğinden tarafların yakın yaşam arkadaşı olarak uzun süredir bir arada yaşadığı, sosyolojik anlamda bir aile kurulduğu ve kadının bu nedenle şiddete uğradığı anlaşılmaktadır. Esasen 4320 sayılı Yasa, nihai amaç olarak kadın ve erkek arasında eşit olmayan güç ilişkisinden kaynaklanan kadına yönelik şiddeti önlemek için çıkarılmıştır. Öyleyse davacı kadının 4320 sayılı Yasanın korumasından yararlandırılması, Yasanın amacına uygun düşecektir. Esasen çağdaş gelişmeler de bu yöndedir. Başta Kadına Karşı Ayrımcılığın Önlenmesine İlişkin Sözleşme (CEDAW) olmak üzere, ülkemizin imzaladığı kadına yönelik şiddetin önlenmesine ilişkin tüm sözleşmeler yanında, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yakın yaşam arkadaşlığını aile sayan kararlarının ulusal hukukumuz açısından da bağlayıcılığı gözetilerek 4320 Sayılı Yasa'nın uygulanması, resmî evlilikle sınırlandırılmamalıdır.” Ankara 8. Aile Mahkemesi, 2007/10-12 Değişik İş Dosyası, (Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 44); Ankara 5. Aile Mahkemesi'nin de aynı yönde vermiş olduğu bir kararın gerekçesinde de istekte bulunan kadının evlenmek amacıyla birlikte yaşadığı erkek tarafından ilişkiyi bitirmek istemesi üzerine şiddete uğradığı belirtilmiş ve 4320 sayılı Kanun'da değişiklik yapılmasına ilişkin 5236 sayılı Kanun'daki değişiklik ve gerekçesi incelendiğinde bu durumda yaşayan kişilerin de korunma kapsamına alındığına değinilerek kadının resmî nikâh olmaksızın birlikte yaşadığı erkeğin şiddet uygulamalarından korunmasına karar verilmiştir. Ankara 5. Aile Mahkemesi, 2007/216 Esas Sayılı Dosyası, (Karınca, s. 106-107).

mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere hükmedebilir.”

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin açık ifadesine göre kanunun 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.

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin değişiklikten önceki hali ise meseleyi şu şekilde düzenlemekteydi;

“Türk Kanunu Medenîsi'nde 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 Başsavcılığının bildirmesi halinde, Aile Mahkemesi Hâkimi re'sen meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmedebilir.”

Değişiklikten önceki madde metninde açıkça belirtilmemiş olmakla birlikte, şiddet mağduru olan eş veya çocukların korunması amacıyla 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlerin şiddet uygulayan eş ile aynı çatı altında yaşama koşulu aranmaksızın alınabileceği doktrinde haklı olarak kabul edilmekteydi⁵¹³. 5636 sayılı Kanun ile 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesine “....mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan kişiler...” ifadesi eklenerek doktrinde kabul edildiği şekle uygun hale getirilmiştir. Kanaatimizce doğru olan da budur. Zira ortak hayata ara verilen hallerde evlilik birliği varlığını devam ettirmekte, dolayısıyla eş sıfatı ve evlilik birliğinin eşlere

⁵¹³ Ayan, s. 312.

yüklediği yükümlülükler devam etmektedir. Kanun koyucu, özellikle aile içi şiddete maruz kalan eşin bu şiddet nedeniyle çocuğu ile birlikte evinden ayrılarak baba evine gitmesi ve boşanma davası açması durumlarında, öngörülen koşulların gerçekleşmesi halinde 4320 sayılı Kanun'dan faydalanmasını sağlayacak değişikliği yapmıştır.

Evlilik, boşanma veya iptal gibi bir nedenle ortadan kalkarsa boşanmış veya evliliği iptal edilmiş eşlerden birinin diğerine yönelik şiddet içeren davranışları 4320 sayılı Kanun'un uygulama alanına girmemektedir. Hâlbuki boşanma sonrasında özellikle kocanın kadına ve çocuklara yönelik şiddet içeren davranışları sıklıkla karşılaşılan bir durumdur. Bu nedenle boşanmadan sonra da bu kanunun uygulanabileceğinin kabul edilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz⁵¹⁴. Eşinden boşanmış kadının 4320 sayılı

⁵¹⁴ Nitekim 2006 yılında hazırlanan 4320 sayılı Kanun'da Değişiklik Yapılmasına ilişkin kanun tasarısında bu durumdaki kişiler de kanun kapsamına alınmak istenmiştir. Sözü geçen tasarının gerekçesinde “...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....” ifadesi ile boşanan çiftlerin de bu kanundan yararlanabileceği kanunun değiştirilme aşamasında belirtilmiştir. Ancak bu husus gerekçede açıkça belirtilmesine rağmen kanun metnine dâhil edilmediği ve “Mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan kişiler” şeklinde bir düzenleme yapıldığı için, bu ifade doktrinde ve mahkemeler tarafından boşanma davası devam ederken ortaya çıkan şiddet olarak anlaşılmakta ve aile mahkemeleri boşanan çiftlerin bu kanun kapsamında korumadan yararlanamayacağı yönünde kararlar vermektedir. (Ayan, s. 310, dn. 370; Kahveci, s. 281; Bu yönde bkz. Ankara 10. Aile Mahkemesi 2008/26 Değişik İş Dosyası, Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 95). Ancak çiftler boşanmış olsa da özellikle çocuğun olduğu durumlarda eşlerin ilişkisinin devam ettiği ve bazen kocanın, eski eşine ayrılmış olmalarına rağmen şiddet uyguladığı bilinen bir gerçektir. Bu gerçeği kabul eden bazı aile mahkemeleri ise böyle durumlarda şiddet gören kadını koruyan tedbir kararlarına hükmetmektedir. Örneğin Ankara 8. Aile Mahkemesi'nin 2007/62 ve 2007/63 Değişik İş Dosyası'ndaki “Koruma isteminde bulunan D. A. vekili dilekçesinde, davalıların 26.09.2005 tarihinde boşandığını, 1991 doğumlu A. ile 1997 doğumlu A. adlı 2 çocuklarının olduğunu, davalı kocanın boşanmadan sonrada müvekkilini ve çocukları telefonla ya da yaşadıkları eve zorla girerek taciz etmeye başladığını, 30 Ağustos 2007 günü sabah saat 8:30 sularında aşırı sarhoşluğunun da etkisi ile telefonda küçük A.'a küfür ve tehdit ettiğini, ilerleyen saatlerde A. da cep telefonundan arayarak küfür ve tehdit ettiğini, aynı eylemin 15 Eylül 2007 sabah saat 05:00 sularında yinelandığını, davalının müvekkili ve çocukların birlikte yaşadığı eve zorla girdiğini ve müvekkiline saldırmaya kalkıştığını bu nedenlerle davalı hakkında Ankara C.Başsavcılığının 2007/171520 Hazırlık numaralı dosyasında soruşturma açıldığını ileri sürerek davalının tacizlerinden müvekkilinin ve ortak çocuklarının korunması için tedbir kararı verilmesini istemiştir. Dava dilekçesi ve ekindeki belgeler yanında davalı hakkındaki hazırlık soruşturması dosyası getirtilerek incelenmiş; buna göre tarafların boşanmış olmalarına karşın davalı eski kocanın korunma isteyene ve çocuklarına karşı şiddete yönelik davranışlarda bulunduğu anlaşılmakla, 4320 Sayılı Yasada 5636 sayılı Yasa ile yapılan değişikliklerin içeriği ve ruhu değerlendirilerek istemin kabulü ile karşı taraf T. A. hakkında Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa uyarınca aşağıdaki tedbirlerin 6 ay süreyle uygulanmasına karar vermek gerekmiştir.” gerekçesiyle mahkeme, 4320 sayılı Kanun'u özüyle ve ruhuyla uyguladığını

Kanun'un korumasından yararlandırılmaması Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine göre kadınlara karşı ayrımcılıktan başka bir şey değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde 09.06.2009 tarihinde sonuçlanan Opuz v. Türkiye davasında, kadına karşı şiddeti önleyemediği, yeterli tedbirleri almadığı, *"başvuran ve annesinin toplumsal cinsiyet temelinde ihlâl maruz kaldığı hesaba katıldığı takdirde 14. madde (ayrımcılığın yasaklanması), 2. madde (yaşam hakkı) ve 3. madde ile (işkence ve kötü muamele yasağı) birlikte okunduğunda ihlâl edildiğini, bu durumun özellikle Türkiye'de aile içi şiddet olaylarında yargısal sistemin genel edilgenliği ve çoğunlukla kadınları etkileyen saldırılarda bulunanlarca yararlanılan cezadan bağıışıklık göz önünde bulundurulduğunda kadınlara karşı ayrımcılık"* olduğu gerekçesiyle Türkiye tazminata mahkûm edilmiştir⁵¹⁵. Ne yazık ki Türkiye Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde, aile içi şiddete karşı vatandaşını koruyamadığı gerekçesiyle ceza alan ilk ülke olmuştur.

Sonuç olarak görüldüğü üzere 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesindeki, şiddet mağduru olarak belirlenen 'eşlerden biri' ibaresinin yanına, "çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden biri" de kanuna eklenmiştir. Böylece aile içi şiddet mağdurunun kapsamı, eşlerin yanında, çocukları ve birlikte yaşayan büyükanne, büyükbaba, kardeş veya diğer aile bireylerini de içerecek biçimde genişletilmiştir. Ayrıca aynı maddede yer alan "mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireyleri" ifadesiyle, mağdurun kimliği yanında, şiddetin gerçekleştiği yer açısından da geniş yorumlara olanak sağlanmıştır. Böylece uygulamada kuşku yaratan ve daraltıcı yorumlara neden olan "aynı çatı altında oturmak" ifadesi aşılmıştır⁵¹⁶. Fakat bütün bu olumlu değişikliklere rağmen boşanmış eşlerin de 4320 sayılı Kanun'un korumasından yararlanabileceğine ilişkin değişiklik henüz yapılmamıştır.

belirtmektedir. Ayrıca bu yönde bkz. Ankara 10. Aile Mahkemesi, 2007/23 ve 2008/39 Değişik İş Dosyası, Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 44, 99.

⁵¹⁵ Erişim: <http://www.kahdem.org.tr/?p=261#more-261> ; <http://www.turkhukusitesi.com/showthread.php?p=266024#post266024>.

⁵¹⁶ Karınca (Değişikliklerin Değerlendirilmesi), s. 116.

B. Aile İçi Şiddete İlişkin Yapılacak Bildirim

Aile mahkemesi hâkiminin 4320 sayılı Kanun gereğince gerekli tedbirleri alabilmesi için aile içi şiddet olayının mahkemeye bildirilmesi gerekmektedir⁵¹⁷. Bu bildirim aile içi şiddete maruz kalan eş, çocuklar veya 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 yapabileceği gibi Cumhuriyet Başsavcılığı da yapabilir.

4320 sayılı Kanun'un Uygulanması Hakkında Yönetmelikte şikâyet ve ihbar usulleri ile şikâyet ve ihbar mercileri ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Söz konusu yönetmeliğin 5. maddesinin 2. bendinde aile içi şiddete ilişkin şikâyet ve ihbarın; eşlerden biri veya çocuklar veya 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 tarafından yapılabileceği belirtilmiştir; aynı maddenin 3. bendinde ise ihbarın şikâyet ve ihbar mercilerine başka bir şahıs tarafından, olayın yazılı, sözlü veya başka bir şekilde bildirilmesi suretiyle de yapılabileceği belirtilmiştir. Yönetmeliğin "Tanımlar" başlıklı 4. maddesine göre şikâyet ve ihbar mercileri ise genel kolluk kuvvetleri, Cumhuriyet Başsavcılığı ve Aile Mahkemesi Hâkimliği'dir. Bu yollarından herhangi biriyle yapılan bildirim üzerine aile mahkemesi hâkimi olayın mahiyetine göre uygun göreceği tedbirlerden birine ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği başka bir tedbire hükmedebilir.

Türk Medenî Kanunu'ndaki evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerden farklı olarak Cumhuriyet Başsavcılığına da aile içi şiddeti mahkemeye bildirme yetkisi verilmiştir. Ayrıca yönetmeliğe göre başka bir

⁵¹⁷ Türk Medenî Kanunu'ndaki evlilik birliğini koruyucu önlemlerin alınabilmesi için eşlerden birinin veya her ikisinin mahkemeden bu yönde bir talepleri aranırken 4320 sayılı Kanun'da koruyucu tedbirlerin alınabilmesi için bildirim yeterli görülmüştür. 4320 sayılı Kanun kapsamında yapılan başvuruların bölgelere göre dağılımı ve mahkeme kararlarına ilişkin ayrıntılı araştırma için bkz. Uçar M. s. 168-184.

şahsın da yetkili mercilere aile içi şiddeti bildirmesi mümkündür. Bu nedenle özellikle kolluk kuvvetlerinin herhangi bir şekilde aile içi şiddetten haberdar olmaları halinde, mağdurların şikâyetçi olmalarını beklemeksizin derhâl gerekli delilleri toplayıp durumu Cumhuriyet Başsavcılığına bildirmeleri gerekmektedir. Ancak ülkemizde 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 gitmektedir⁵¹⁸. Kolluk kuvvetlerinin bu tutumu uğradığı aile içi şiddeti resmî mercilere taşıma konusunda zaten tereddüt yaşayan şiddet mağdurunun durumunu daha da zorlaştırmakta ve bazı olaylarda başvurunun geri çekilmesine dahi sebep olabilmektedir⁵¹⁹. Dolayısıyla 4320 sayılı Kanun’da Cumhuriyet Başsavcılığına tanınan bildirim imkânının gerçek anlamda amacına ulaşabilmesi için, kolluk kuvvetlerinin bu konuda duyarlı davranmalarını, aile içi şiddet olaylarını diğer suçlardan farksız görerek gereken müdahalede bulunmalarını sağlamak için bu konuda eğitilmeleri ve bilinçlendirilmeleri gerekmektedir⁵²⁰.

Ülkemizde kolluk kuvvetlerinin konuya duyarlılığını artırmak amacıyla yapılan çeşitli düzenlemelerden en önemlisi Emniyet Genel Müdürlüğü’nün 25.7.2000 tarihli ve 169 sayılı genelgesidir. Genelgede, *“Bir kişinin bizzat kendisinin veya çocuklarının veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile*

⁵¹⁸ Centel, Nur: Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul 2003, s. 76; Akıncı, Şahin: “Medenî Kanun’da Kadın ve Aile”, GÜHFD, C. VIII, S.1-2, Ankara 2004, s. 8; Yıldız, Ali Kemal: Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hukuku Sorunları, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003, s. 81.

⁵¹⁹ Kadınların birçoğu karşılaştıkları şiddetin haklılık payı olduğunu düşünmekte, bunu bir insan hakları ihlâli olarak görmemektedir. Ekim 2004’te sonuçları açıklanan Türkiye Nüfus ve Sağlık Araştırmasında kadınlara, belirli durumlarda kocasının karısını dövmeye hakkı olup olmayacağı sorulmuş; kadınların yüzde 39’u, bazı hallerde (kadının yemeği yakması, kadının kocasına karşılık vermesi, kadının parayı lüzumsuz yere harcaması, kadının çocuklarını ihmâl etmesi vb.) kocanın karısını dövmesini haklı gördüklerini belirtmişlerdir. (Moroğlu, Nazan: “Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, (Erişim: <http://www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc>), s. 8). Diğer bir araştırmaya göre kadınların %54’ü “Kocam dövdüğünde sineye çekmekten başka çarem yok” derken, erkeklerin %70’inde “Kadın hak ettiyse kocası dövebilir” düşüncesi vardır. (Erdoğan, s. 94). Aile içi şiddete ilişkin yanlış toplumsal kanılar için bkz. İlkaracan/Gülçür/Arın, s. 29 vd.

⁵²⁰ Yıldız, s. 82; Centel, s. 76; Ünver, Yener: Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003, s. 47.

bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığı için kolluk kuvvetlerine başvuruda bulunması durumunda yasalar çerçevesinde gerekli tüm işlemler yapılacak, bu hususta mağdurların mağduriyetlerinin devamına veya artmasına sebebiyet verecek insiyatif kullanılmayacaktır.” denmektedir. Böylece polisin yapılması gerekeni yapması ve yetkisini aşarak eşleri barıştırmaya veya uzlaştırmaya çalışmaması talimatı verilmiştir⁵²¹.

Uygulamada genellikle şiddet fiilini öğrenen kolluk kuvvetleri mağdurların ifadelerini almakta, kişileri sağlık raporu için hastaneye sevk etmekte ve daha sonra gerekli belgeleri Cumhuriyet Başsavcılığına göndermektedir. Cumhuriyet Başsavcılığı da gelen belgeleri hemen göndermek yerine belgeleri inceleyip, daha sonra aile mahkemesine durumu bildirmektedir⁵²². Bu durum ise kanunun düzenlenme amacına aykırılık teşkil etmektedir⁵²³. Kanun, aile içi şiddet durumunda şiddete uğrayan aile bireyini korumak ve şiddetin bir an önce kesilmesini sağlamak amacıyla Cumhuriyet Başsavcılığına başvuru hakkı tanımıştır. Cumhuriyet Başsavcılığının yaptığı inceleme ise belgelerin mahkemeye gönderilmesini geciktirmektedir. Bu gecikmeler dolayısıyla T.C. Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından 15.11.2002 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılıklarına bir genelge gönderilerek, *“...Cumhuriyet savcıları tarafından Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında, aile içi şiddete maruz kalındığının öğrenilmesi durumunda, bu konuda herhangi bir şikâyet de aranılmaksızın derhâl aile mahkemesine bildirimde bulunulması, mahkeme tarafından tedbirleri içeren koruma kararının verilmesi halinde, kararın kanunun amacına uygun olarak infazının sağlanabilmesi için kolluk birimleri ile sıkı işbirliği kurulması, koruma kararına uymayanlar hakkında yasal işlemlerin yerine getirilmesi konularında gereken dikkat ve özenin gösterilmesi....”* gereği bildirilmiştir⁵²⁴. Ancak bu genelgeye rağmen Cumhuriyet Başsavcılıkları bu konuda hala yeterince hızlı davranmamaktadır.

⁵²¹ Balo, Yusuf Solmaz: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması”, Adalet Dergisi, S. 10, Ankara 2002 (Ailenin Korunması), s. 28, dn. 14.

⁵²² Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 428.

⁵²³ Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 425.

⁵²⁴ Ayan, s. 314, dn. 374.

Bu konudaki diğer bir düzenleme 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 Yönetmeliği'dir⁵²⁵. Yönetmelikte, aile içi şiddet dâhil her türlü şiddete maruz kalan çocukların korunması amacıyla çeşitli hükümlere yer verilmiştir. Yönetmeliğin 16. maddesinin birinci fıkrasına göre sorumluluklarını yerine getirmeyen ve velayet hakkını kötüye kullanan ana-baba, vasi veya çocuktan hukuken sorumlu olan diğer kişiler hakkında Cumhuriyet Başsavcılığına bilgi verilmesi yükümlülüğü düzenlenmiş böylece yargı mekanizmasının harekete geçirilmesinin sağlanması bakımından önemli bir adım daha atılmıştır.

Son olarak 01.03.2008 tarihinde yürürlüğe giren Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanması Hakkında Yönetmelik ile sadece aile mahkemelerinin değil kolluğun ve savcılığın harekete geçirilmesi ve aile içi şiddet eylemlerinin varlığı halinde şikâyeteye gerek kalmaksızın res'en ve ivedilikle işlem yapılması gerekliliği daha belirgin bir biçimde belirtilmiştir⁵²⁶.

IV. 4320 SAYILI KANUN'UN USULE İLİŞKİN ÖZELLİKLERİ

A. Harçlar

4320 sayılı Kanun'un özellikle aile içi şiddete uğrayan kadını ve çocuğu koruma altına alma ve bu nedenle şiddete maruz kalmış kişilere yargı işlemlerinde malî külfet getirmeme amacına uygun olarak kanunun harçlarla ilgili kısmında değişiklik yapılmış, birinci fıkra hükmüne göre yapılan başvuruların harca tâbi olmayacağına ilişkin hüküm genişletilerek icra aşamasına da taşınmıştır⁵²⁷. 4320 sayılı Kanun'un 5636 sayılı Kanun ile

⁵²⁵ RG. 13.04.2001 t. ve S. 24372.

⁵²⁶ Kayar Yılmaz, Habibe: "Kadına Yönelik Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları", (Erişim: http://www.turkhukuksitesi.com/makale_595.htm).

⁵²⁷ 5636 sayılı Kanun Genel Gerekçe (Erişim: tbbm.gov.tr).

değişik 1. maddesinin son fıkrası uyarınca *“Bu kanun kapsamındaki başvurular ve verilen kararın infazı için yapılan icraî işlemler harca tâbi değildir.”* Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 17. maddesinde de koruma kararlarının harçtan muaf olacağı bir kez daha belirtilmiştir.

Değişiklikten önceki düzenleme yerinde olmakla birlikte yeterli değildi⁵²⁸. Hükmün değişiklikten önceki halinde sadece 4320 sayılı Kanun kapsamında yapılacak başvurular açıkça harçtan muaf tutulmuşken, mahkemece verilen kararların infazı için yapılacak işlemler genel hükümler gereği harca tâbi kalmaya devam etmekteydi. Bu da karar verilen tedbirin icra edilmeme riskiyle karşı karşıya kalması demekti. İcra edilemeyen bir tedbirin amacına ulaşması mümkün olamayacağından sadece başvuruların değil; bu kanun kapsamında alınan kararların infazı için yapılan icraî işlemlerin de harca tâbi olmamasının düzenlenmesi isabetli olmuştur.

B. Yargılama Yöntemi ve İspat

4320 sayılı Kanun’un amacı aile içi şiddeti durdurmak, özellikle kadını ve çocukları sonraki muhtemel aile içi şiddet olaylarına karşı korumak olduğu için, yargılama safhası bu amaç doğrultusunda kanunun sistematığında yer verilen birtakım özel kurallar doğrultusunda işler⁵²⁹.

4320 sayılı Kanun’da öngörülen özel yargılama yöntemi, kendisini ilk olarak ispat meselesinde gösterir. Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 6. maddesine göre *“Aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi üzerine şiddetin belgelenmesi aranmaksızın aile mahkemesi hâkimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re’sen ikinci fıkra da sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya olayın*

⁵²⁸ Uçar, M. s. 153; Ayan, s. 315, dn. 376; Uluğ, s. 377.

⁵²⁹ Balo (Ailenin Korunması), s. 25.

özelliğine göre uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir.” Görüldüğü gibi aile içi şiddet mağduru, tedbire hükmedilmesini sağlamak amacıyla başvurduğu mahkemede, uğradığı aile içi şiddeti mutlak olarak ispat etmek yükümlülüğü altında değildir. Mağdurun aile içi şiddete maruz kalma tehlikesi veya ihtimâlinin bulunması yeterlidir. Kaldı ki söz konusu kanunun amacı, aile içerisindeki bireylerin birbirlerine yönelik fiziki, sözel ve duygusal şiddeti derhâl önlemek olduğundan, 4320 sayılı Kanun kapsamında açılacak davalardaki ispat ölçüsünü, diğer davalarda olduğu gibi tam ispat seviyesine yükseltmek kanunun amacına uygun düşmez. Uygulamada şiddetin sadece fiziksel şiddet olarak anlaşılması nedeniyle darp raporunun olmadığı başvurularda koruma kararı verilmemektedir. Şiddetin çeşitlerinin yönetmelikte ayrıntılı olarak açıklanması ile şiddet konusundaki yanlışlar sona ermiş ve şiddetin darp raporunun alınmadığı durumlarda da gerçekleşebileceği kabul edilmiştir⁵³⁰.

Ayrıca 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde yer alan aile mahkemesi hâkiminin kadının tekrar şiddete uğrama ihtimâlini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan tedbir kararı verebileceğine dair ifadeden mağdurun tam bir ispat yükümlülüğünün olmadığını anlamak mümkündür. Dolayısıyla hâkim, bildirim suretiyle önüne gelen olayda kanunun uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığını inceledikten sonra şartların gerçekleştiğine yaklaşık olarak kanaat getirirse, gerekirse tarafları ve tanıkları dinlemeksizin, kanunda öngörülen tedbirlere hükmedebilir.

Hâkimin yargılama süreci içindeki incelemeyi, dosya üzerinde mi yoksa duruşmalı mı yapacağı konusunda kanunda açık bir hüküm bulunmamakla birlikte, Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 14. maddesinin üçüncü fıkrasına göre koruma kararlarının duruşma yapılmaksızın dosya üzerinden, işin niteliği gereği en kısa sürede

⁵³⁰ Kayar Yılmaz, Habibe: "Kadına Yönelik Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları", (Erişim: http://www.turkhukusitesi.com/makale_595.htm).

verilmesi esastır. Hâkim tarafından gerekli görülmesi durumunda taraflar dinlenebilir.

C. Tedbir Kararına Karşı Kanun Yoluna Başvurulması

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesine göre, *“Aile Mahkemesi kadının tekrar şiddete uğrama ihtimâlini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir. Mahkeme kararında 6 ayı geçmemek üzere tedbirin uygulanma süresi belirtilecek ve tedbire aykırı davranışta bulunulması halinde kusurlu eşin tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya mahkûm edileceği ihtar olunacaktır.”* Yargıtay 2. Hukuk Dairesi istikrar kazanmış kararlarında bu gerekçeden yola çıkarak *“...verilen tedbir kararlarının, kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğinde olduğunu ve bu yüzden bu kararların nihaî nitelikte olmadığını ve sürekli sonuç doğurmayacağını”* kabul etmektedir. Bu yüzden bu kararlarla ilgili temyiz isteklerini, *“Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 105, 106, 107, ve 108. maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca ittihaz olunan ve bu kanunun 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil hâkimin tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelemesine tâbi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde”* kabul ettiği gerekçesiyle reddetmiştir⁵³¹.

4320 sayılı Kanun gereğince tedbir alınabilmesi için mağdur aile bireyinin başvurusunun gerekli olmaması, hâkimin gerekli bütün tedbirleri re'sen alabilmesi, alınan tedbirlerin altı aylık süreyle sınırlı olması ve hâkimin

⁵³¹ Yargıtay 2.HD. 10.09.2002 t. ve E.9948/K.9939 sayılı kararı (Ayan, s.318). Aynı yönde bkz. Yargıtay 2.HD. 04.10.2002 t. ve E.2002-14276/K.2003-344 sayılı kararı (Köseoğlu/Kocaağa, s. 684); Yargıtay 2.HD. 30.12.1998 t. ve E.14493/K.14365 sayılı kararı (Badur/Ertem, s.116); Yargıtay 2.HD. 14.10.1998 t. ve E.9364/K.10828; Yargıtay 2.HD. 12.07.2004 t. ve E.8367/K.9372; Yargıtay 2.HD. 30.04.2007 t. ve E.7154/K.6992 sayılı kararları (Erişim: *kazancı*). Dural/Öğüz/Gümüş'e göre ise hâkimin alabileceği tedbir veya tedbirlerin ağırlığı ve süresinin uzunluğu ve bu kapsamda hâkimin Türk Medenî Kanunu'nun 196. ve 197. maddesine paralel bir biçimde tedbir nafakasına hükmedebilme yetkisi 4320 sayılı Kanun uyarınca alınabilecek tedbirleri, Türk Medenî Kanunu'nun 195 ve devamındaki önlemlerle eşit bir konuma yükseltmektedir. Bu durum, söz konusu tedbir kararlarının temyizinin olanaklı olmasını gerektirir. (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 187).

gerekirse duruşma yapmadan veya tanık ya da karşı tarafı dinlemeden de tedbir kararı verilebilmesi Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirleri ihtiyatî tedbirlere benzetmesine dayanak olmaktadır⁵³².

Bu gerekçelerden hareketle 4320 sayılı Kanun kapsamında alınan tedbirlerin ihtiyatî tedbirlere benzer nitelikte olmaları sebebiyle aleyhlerine temyiz kanun yoluna başvurulamayacağı⁵³³ ancak Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ihtiyatî tedbire itiraza ilişkin hükümleri gereğince aynı mahkemede itiraz edilebileceği Yargıtay'ca kabul edilmektedir⁵³⁴.

Sonuç olarak 4320 sayılı Kanun kapsamında alınan tedbir kararlarına karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 107. ve 108. maddelerine (HMK. m. 394) göre itiraz etmek mümkündür. Ancak tedbir kararı, tarafların mahkemeye çağırılması üzerine verilmiş ise aleyhine tedbire hükmedilen şiddet failinin artık karara itiraz edemeyeceği kabul edilir. Çünkü mahkemeye çağırılan aile içi şiddet faili, mahkemede karara karşı tüm itirazlarını bildirme imkânına sahiptir. Bu nedenle tedbir kararı, ancak failin gıyabında verildiği hallerde itiraza konu olabilir⁵³⁵.

D. Tedbirin Uygulanması ve Süresi

4320 sayılı Kanun'un sosyal mahiyeti ve aileyi koruma işlevi nedeniyle bu kanun kapsamında verilen tedbir kararlarının uygulanması, özel hukuka ait diğer mahkeme kararlarının uygulanmasından farklılık arz eder⁵³⁶.

⁵³² Balo (Ailenin Korunması), s. 25; Ayan, s. 318.

⁵³³ Mahkemelerce alınan ihtiyatî tedbir kararları temyizi kabil nihaî kararlardan olmadığı için temyiz edilmeleri mümkün değildir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kuru/Arslan/Baki, s. 703 vd.

⁵³⁴ Balo (Ailenin Korunması), s. 26; Badur/Ertem, s. 117; Uçar, M. s. 153. Aksi yöndeki görüş için bkz. Ayan, s. 319, dn. 382; Peker, s. 653.

⁵³⁵ Ayan, s. 318; Balo (Ailenin Korunması), s. 26.

⁵³⁶ Uçar, M. s. 152. Ancak HUMK.'un 107 ve 108. maddelerine karşılık gelen 6100 sayılı HMK'nın 394. maddesinde kapsamlı bir değişiklik yapılmış; itiraz bakımından ihtiyatî tedbir kararı verilirken duruşmanın yapılmış veya yapılmamış olması ayrımına gidilmemiştir. Böylece, kendisinin hazır bulunduğu duruşmada dinlenerek karar verilmiş olsa dahi, karşı tarafın itiraz yoluna başvurabileceği kabul edilmiştir.

Kural olarak, özel hukuka ilişkin mahkeme kararlarının icrası, İcra ve İflas Kanunu hükümleri çerçevesinde icra müdürlükleri tarafından yerine getirilirken 4320 sayılı Kanun kapsamında verilen koruma kararının uygulanması kolluk kuvvetleri marifeti ile izlenir. Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un 2. maddesinin birinci fıkrası uyarınca *“Koruma kararının bir örneği mahkemeye Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi olunur. Cumhuriyet Başsavcılığı kararın uygulanmasını genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izler.”*⁵³⁷ Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre; *“Koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri, mağdurların şikâyet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re’sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirir.”* Görüldüğü üzere 4320 sayılı Kanun kapsamında verilen tedbir kararlarının uygulanması konusunda diğer mahkeme kararlarından farklı olarak genel kolluk kuvvetlerine ve Cumhuriyet Başsavcılıklarına da önemli bir görev ve yetki verilmiştir.

4320 sayılı Kanun'un 2. maddesinin beşinci fıkrasında kanunun uygulanması bakımından bunlar dışında kalan hususların yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiş; buna ilişkin yönetmelik 2008 yılında yayınlanmıştır. Söz konusu yönetmelikte kolluğun verilen tedbir kararını izleme görevi hakkında açıklamalar yapılmış ve usulü belirtilmiştir. Yönetmeliğin *“Tanımlar”* başlıklı 4. maddesinde belirtildiği üzere “izleme”, koruma kararlarının Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından genel kolluk kuvvetlerine ve kolluk aracılığıyla ilgili kişiye ivedilikle bildirilmesini, karara uyulup uyulmadığının kontrolünü ve aykırılık hâlinde re’sen soruşturma yapılmasını ifade eder. Kolluğun izleme görevi koruma kararının verildiği tarihte başlar. Kolluk kuvveti, koruma kararının içeriğine göre ilgililere bildirimde bulunur. Bu bildirim tutanak altına alınır ve karar süresince tedbirlerin yerine getirilip getirilmediği kontrol edilir. Kolluğun izleme yöntemi, lehine koruma kararı

⁵³⁷ AKDK'nın 2. maddesi de 5636 sayılı Kanun ile değişikliğe uğramıştır. Değişiklikten önce AKDK'nın uygulamasında zabıta görevli kılınmıştı ancak bu göreve bir açıklama getirilmediğinden uygulamada tereddütler ortaya çıkmaktaydı. Bu nedenle maddede, tedbir kararının genel kolluk kuvvetlerince uygulanacağına ilişkin değişiklik yapılmıştır. (5636 sayılı Kanun Madde Gereçekleri, Erişim: tbmm.gov.tr).

verilen kişinin bulunduğu konutun haftada bir kez ziyaret edilmesi, birinci derece yakınları ile iletişim kurulması, komşularının bilgisine başvurulması, oturulan yerin muhtarından bilgi alınması, bulunduğu konutun çevresinde araştırma yapılması şeklindedir (Yönetmelik m.15/3).

Daha önce de belirttiğimiz gibi 4320 sayılı Kanun kapsamında hükmedilen tedbirler aile içi şiddetin kesin olarak ispat edilmesine dahi gerek olmaksızın kolaylıkla alınabilen, aile bireylerinin derhâl ve etkin bir biçimde korunmasını amaçlayan geçici nitelikte tedbirlerdir. Bu kanun kapsamında hükmedilecek tedbirlerin süresi 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca altı ayı geçemez. Kanunda öngörülen altı aylık süre azamî olarak öngörüldüğü için hâkimin meselenin mahiyeti uygun olduğu takdirde tedbire daha kısa süreli olarak hükmetmesine bir engel yoktur⁵³⁸.

Kanunda süre konusu düzenlenirken şiddetin sürekli olma ihtimâli olan durumlar gözetilmemiştir. Örneğin boşanma davasının açılmasıyla eşlerden birinin (özellikle kadın eşin) şiddete maruz kalma ihtimâli söz konusu ise kararın altı ay ile sınırlandırılmaksızın dava sonuna kadar kendiliğinden devam edeceğinin kanunda yer alması daha yararlı olur⁵³⁹. Yönetmeliğin 14. maddesinin birinci bendinde *“hâkim tarafından hükmedilecek tedbirlerin yerine getirilmesi amacıyla öngörülen süre altı ayı geçemez. Bu süre tedbir kararı verilebilecek yeni bir durumun meydana gelmesi hâlinde hâkim tarafından yeniden tedbir kararı verilmesine engel değildir”* denilerek bazı hallerde oldukça kısa sayılabilecek altı aylık tedbir süresinin gerektiğinde hâkim tarafından uzatılabileceği belirtilmiştir.

⁵³⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 771.

⁵³⁹ Kayar Yılmaz, Habibe: "Kadına Yönelik Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları", (Erişim: http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_595.htm).

E. Görevli ve Yetkili Mahkeme

4320 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği dönemde, bu kanunda öngörülen tedbirleri almaya görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi olarak belirlenmişti. Bu düzenleme, kanunun amacına tam anlamıyla ulaşabilmesinin ancak aile hukuku alanında ihtisaslaşmış mahkemelerin görevli olması halinde mümkün olacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir⁵⁴⁰. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile ihtisas mahkemesi olan aile mahkemeleri kurulmuş ve aynı kanunun 9. maddesi ile sulh hukuk mahkemesinin görevli mahkeme olduğunu düzenleyen 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesi değiştirilerek, kanunda öngörülen tedbirleri alma görevi aile mahkemelerine bırakılmıştır.

Yetkili mahkeme konusunda 4320 sayılı Kanun'da herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Bu durum doktrinde yetkili mahkeme konusunda çeşitli görüşlerin ileri sürülmesine neden olmuştur. Ancak hâkim görüş tedbirlerin en az masrafla ve en çabuk şekilde alınabileceği her yer mahkemesinin bu kanun kapsamındaki tedbirleri almakla yetkili olduğu yönündedir⁵⁴¹. Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanması Hakkında Yönetmelikte yetki konusu hâkim görüş doğrultusunda tereddüde yer bırakmayacak şekilde düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 5. maddesinin altıncı bendine göre koruma kararı en az masrafla, en çabuk ve en kolay ulaşılabilecek yer aile mahkemesinden istenebilir. Böylelikle aile içi şiddet mağdurları, kanunun amacı doğrultusunda etkin ve süratli bir korumaya kavuşmuştur. Bu düzenleme sayesinde örneğin maruz kaldığı aile içi şiddet nedeniyle evinden ayrılmak zorunda kalan ve başka bir şehirde yaşayan bir kadın, bulunduğu yer mahkemesinden koruma talebi isteme imkânına sahip olmuştur.

⁵⁴⁰ Güven, s. 25.

⁵⁴¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 771; Ayan, s. 306; Uluğ, s. 380. 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 yer mahkemesi yetkili kabul edilmelidir. Bu tedbirlerin değiştirilmesi, ikmal veya kaldırılmasına ise o kararı veren mahkeme yetkilidir. (Güven, s. 18-19).

V. 4320 SAYILI KANUN KAPSAMINDA ALINABİLECEK TEDBİRLER

A. Genel Olarak

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasına göre *“Türk Medenî 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 Hâkimi meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aşağıda sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere de hükmedebilir.”*

Kanununda da açıkça belirtildiği üzere aile içi şiddet durumunda mağdurun korunması amacıyla alınabilecek tedbirler, tahdidî olarak değil tadadî olarak belirtilmiştir. Hâkim somut olayın özelliklerini değerlendirerek kanunda sayılanlar dışında kalan başka bir tedbire, özellikle Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemlere hükmedebilir. Hâkimin meselenin mahiyetine göre aynı anda birden fazla tedbire başvurması da mümkündür.

5636 sayılı Kanun ile kabul edilen yeni anlayışa göre aile içi şiddet sadece eşlerden birinin diğer eşe veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birine yönelik davranışlarıyla sınırlı değildir. Eş dışında kalan aile bireylerinden birinin uyguladığı şiddet de aile içi şiddet olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle 4320 sayılı Kanun'un 5636 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinin ikinci fıkrası yeni anlayışa uygun olarak, eşin yanı sıra kusurlu olan diğer aile bireyleri aleyhine de tedbire hükmedilebileceğini belirtmektedir.

4320 sayılı Kanun, aile içi şiddet uygulayan kusurlu eşe veya diğer aile bireyine uyarıda bulunulması, kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin bu uyarıya uygun davranıp davranmadığı denetlenerek, uyarıya uygun davranmaması halinde cezaî yaptırım uygulanması şeklinde bir sisteme

dayanmaktadır. Bu nedenle 4320 sayılı Kanun kapsamında alınan tedbirler aile içi şiddet failinin çeşitli konularda uyarılması temeline dayanır. Bunun dışında aile içi şiddet failinin ortak konuttan uzaklaştırılması ve mağdurların birlikte ya da ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmaması yönünde uyarı yapılması söz konusu ise bu uyarı ile birlikte mağdurların yaşam düzeyleri dikkate alınarak parasal katkıya da hükmedilebilir⁵⁴². Bu husus 4320 sayılı Kanun'un 5636 sayılı Kanun ile değişik 1. maddesinin dördüncü fıkrasında *“Eğer şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise hâkim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak daha önce Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.”* şeklinde ifade edilmiştir.

Tedbire hükmedilmesinin ardından, aleyhine tedbir kararı verilen kusurlu eş veya aile bireyine kararda hükmolunan tedbirlere aykırı davranması halinde tutuklanacağı ve hakkında hapis cezasına hükmedileceği hususu ihtar olunur⁵⁴³. (AKDK. m. 1/3).

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

Hâkim aile içi şiddet olayının yaşandığı kanaatine varırsa aile içi şiddet uygulayan kusurlu eşi veya diğer aile bireyini, diğer aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz davranışlarda bulunmaması konusunda uyarabilir (AKDK. m. 1/2/a).

⁵⁴² Ayan, s. 322.

⁵⁴³ Aile mahkemelerinin koruma kararına aykırı davranışın suç oluşturabilmesi için aile içi şiddet failinin koruma kararına kasıtlı olarak aykırı davranmış olması gerekir. (Ayan, s. 324).

Şiddet veya korkuya yönelik söz ve davranışlar dövme, sövme, hakaret, tehdit etme gibi fiziki veya manevî şiddet içeren davranışlar olabileceği gibi⁵⁴⁴ boşanma davası sırasında kocanın karısını, çocuklarını kaçırmakla tehdit etmesinde olduğu gibi psikolojik şiddet içeren davranışlar da olabilir⁵⁴⁵.

Bunlardan başka, diğer eşi cinsel ilişkiye zorlama, ters ilişkiye girme, hamile bırakmaya veya hamileliğin sona erdirilmesine zorlama gibi cinsel şiddet olaylarının da tedbir kararına konu edilmesi mümkündür⁵⁴⁶.

Söz konusu hükmün 5636 sayılı Kanun ile değişikliğinden önceki halinde, kusurlu eşin diğer aile bireylerine karşı şiddet veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmaması uyarısı yapılacağı düzenlenmekteydi. 5636 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle aile içi şiddet failinin korkuya yönelik söz sarf etmemesi konusunda da uyarılabileceği düzenlenmiş; böylece aile içi şiddeti “aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı” şeklinde tanımlayan 4320 sayılı Kanun’un genel gerekçesi ile kanun hükümleri arasında bir uyum sağlanmıştır.

Aile içi şiddet failinin aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması konusunda uyarılması, diğer tedbirlerin alınması için bir ön koşul değildir. Hâkim, somut olayın özelliklerine göre kusurlu eş veya diğer aile bireyine yapacağı uyarının sonuçsuz kalacağı kanaatinde ise uyarıda bulunmaksızın doğrudan başka bir tedbire hükmedebileceği gibi, uyarının yanı sıra başka bir tedbirin alınmasına da karar verebilir⁵⁴⁷.

⁵⁴⁴ Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 419; Ayan, s. 324; Zevkliler/Acabey/ Gökyayla, s. 769; Güven, s. 22; Ayan, s. 323-324; Uçar, M. s. 157.

⁵⁴⁵ Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 27.

⁵⁴⁶ Güven, s. 22; Uçar, M. s. 157.

⁵⁴⁷ Uçar, M. s. 157; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 768.

C. Aile İçi Şiddet Failinin Müşterek Evden Uzaklaştırılarak Bu Evin Diğer Aile Bireylerine Tahsisi ile Bu Bireylerin Birlikte ya da Ayrı Oturmakta Olduğu Eve veya İşyerlerine Yaklaşmaması Konusunda Uyarılması

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasının b bendinde yer alan bu 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 yaklaşmaması konusunda uyarılmasıdır⁵⁴⁸.

Hâkim kusurlu eş veya diğer aile bireyinin müşterek evden uzaklaştırılarak bu evin diğer aile bireylerine tahsisine karar verirken oldukça titiz davranmalıdır. Çünkü eşin veya diğer aile bireyinin evden uzaklaştırılması, aile bakımından onarılması güç sonuçlara neden olabilir⁵⁴⁹. Dolayısıyla hâkim, bu tedbire başvurulmadığı takdirde aile içi şiddetin önlenemeyeceği konusunda kanaat sahibiyse bu tedbire başvurmalıdır. Başka tedbirler vasıtasıyla şiddeti önleyebilecek ise bu tedbiri uygulamamalıdır⁵⁵⁰.

Yönetmeliğin 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca bu tedbire karar verilmesi, kusurlu eş veya şiddet uygulayan diğer aile bireyinin uzaklaştırıldığı konutun kira, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve benzeri giderlerini karşılamaya devam etmesine engel değildir. Hâkim, uzaklaştırılan kişinin bu tür yükümlülüklerinin devamına karar verebilir. Ayrıca yönetmeliğin 16. maddesinin birinci fıkrasına göre hâkim şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyinin, aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan

⁵⁴⁸ 5636 sayılı Kanun ile değişikliğe uğrayan hükümlerden biri de bu hükümdür. Yapılan değişiklikte, aile içi şiddete maruz kalan eşin bu şiddet nedeniyle çocuğu ile birlikte evinden ayrılarak baba evine gitmesi ve boşanma davası açılması durumlarında dahi koşulların gerçekleşmesi halinde 4320 sayılı Kanun'dan 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, Erişim: tbmm.gov.tr).

⁵⁴⁹ Ayan, s. 326.

⁵⁵⁰ Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 432.

kişi olması hâlinde mağdurların yaşam düzeylerini dikkate alarak daha önce Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması koşuluyla re'sen tedbir nafakasına hükmedebilir. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre nafakaya hükmedilmesi durumunda tedbir nafakasına ilişkin kararın bir örneği, mahkeme tarafından re'sen ilgili icra müdürlüğüne gönderilir. Nafaka ödemekle yükümlü kılınan kişinin herhangi bir sosyal güvenlik kurumu ile bağlantısı olması durumunda, nafaka, şiddet mağdurunun başvurusu aranmaksızın ilgilinin maaş ya da ücretinden icra müdürlüğü tarafından tahsil edilir.

Kanunda bu tedbirle ilgili olarak müşterek ev ifadesi kullanılmıştır. Diğer eş veya çocuklara tahsis edilen evin, Türk Medenî Kanunu anlamında aile konutu olması aranmamıştır⁵⁵¹. Şiddete uğrayanlar, aile konutu dışında müşterek olarak yaşadıkları bir evde şiddet görürlerse şiddet uygulayanın bu evden de uzaklaştırılmasını isteyebileceklerdir⁵⁵². Maddede geçen müşterek ev tabiri aile konutu olarak anlaşılırsaydı ailenin üç ay için gitmiş oldukları yazlık evlerinde şiddet görmeleri sonucu şiddet uygulayan aile bireyinin o evden uzaklaştırılması mümkün olmazdı. Bu durum ise kanun çıkarılış amacına aykırılık teşkil eden bir duruma sebep olurdu⁵⁵³. 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 yoktur⁵⁵⁴.

Hâkim bu tedbire karar verdikten sonra kusurlu eşin veya aile bireyinin, tedbirin uygulanma süresi içinde ortak konuta veya eşin, çocukların ya da diğer aile bireylerinin okul veya işyerlerine yaklaşması bu tedbirin ihlâli niteliğindedir. Ancak yaklaşma kavramının her somut olayda incelenmesi gerekmektedir⁵⁵⁵. Aleyhine tedbir kararı verilen kişinin, tedbirde belirtilen

⁵⁵¹ Ayan, s. 326.

⁵⁵² Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 769; Ayan, s. 326; Uçar, M. s. 157.

⁵⁵³ Ayan, s. 326; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 432; Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 28.

⁵⁵⁴ Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe/Gürpınar, Damla: Medenî Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2008, s. 302; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 769; Uçar, M. s. 157; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 431.

⁵⁵⁵ Ayan, s. 324; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 433.

yerlere ve mağdurlara fiziksel anlamda olmasa bile psikolojik olarak şiddet uygulayabilecek mesafeye kadar yaklaşması bu tedbirin ihlâli olarak kabul edilmelidir⁵⁵⁶.

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

4320 sayılı Kanun, aile bireylerinin vücut bütünlüğünü, fiziksel ve ruhsal sağlıklarını olduğu kadar malvarlığı değerlerini de korumayı amaçlar⁵⁵⁷. Bu nedenle aile içi şiddetin faili aynı zamanda eşinin, çocuklarının veya aynı çatı altında yaşadığı diğer aile bireylerinin eşyalarına zarar veriyorsa hâkim, aile içi şiddet failini eşyalara zarar vermemesi 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 başvurulabilir⁵⁵⁸. Bunun dışında eşyaları satma, devretme gibi işlemler de bu tedbirin alınmasını gerektiren işlemlerdendir⁵⁵⁹.

Eşya kavramı kanunda ve yönetmelikte tanımlanmamış olmakla beraber buradaki eşya kavramına taşınır ve taşınmazların girdiği açıktır. Bu eşyaların büyük bir ekonomik değer taşıması zorunlu değildir. Bu tedbire hükmedilirken eşyanın taşıdığı manevî değer de dikkate alınmalıdır⁵⁶⁰. Ayrıca ailenin ortak kullanımına özgülenmiş bir eşya söz konusuysa bu eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğu önemli değildir. Bu eşya, zarar veren eşin mülkiyetinde bulunsa dahi yapılan uyarı bu eşyaları da kapsar⁵⁶¹. Böylece buzdolabı, çamaşır

⁵⁵⁶ Ayan, s. 327; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 433.

⁵⁵⁷ 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, s. 6; Karınca, Eray: “Aile İçi Şiddet Mağdurunun Hukukî Korunmasına İlişkin Düzenlemeler”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, S. 9, Mayıs 2007 (Aile İçi Şiddet), s. 133; Uçar, M. s. 157; Güven, s. 22-23.

⁵⁵⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 770.

⁵⁵⁹ Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 28.

⁵⁶⁰ Hacıoğlu, s. 6.

⁵⁶¹ Güven, s. 23; Ayan, s. 327; Hacıoğlu, s. 6; Uçar, M. s. 157.

makinesi gibi sosyal hayatın vazgeçilmez ihtiyaçlarından olan eşyaların zarar görmesi de önlenmiş olur⁵⁶².

Aleyhine tedbir kararına hükmedilen eş veya diğer aile bireyi, bu tedbir kararına rağmen aile bireylerine ait herhangi bir eşyaya kasten zarar verirse tedbir kararının ihlâl edilmesi söz konusu olur. Zararın kasıtlı olarak verilmediği hallerde tedbir kararının ihlâl edildiği söylenemez⁵⁶³.

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

Bu tedbir kararına genellikle aile içi şiddet failinin evden uzaklaştırılması durumunda hükmedilmektedir⁵⁶⁴. Yönetmeliğin 10. maddesine göre iletişim araçları ile rahatsız etmeme tedbiri, hâkim tarafından, aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin korunması amacıyla, kusurlu eş veya diğer aile bireylerinin, görsel, işitsel, yazılı, internet ve benzeri iletişim araçları ile hakkında koruma kararı verilen aile bireylerini rahatsız etmemesi için hükmedilen tedbirdir. Mektup, telefon, faks, elektronik posta gibi iletişim araçları ile yapılacak bütün rahatsız edici davranışlar bu uyarının ihlâl edilmesi anlamına gelir⁵⁶⁵.

Tedbir kararı olmasına rağmen kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin, iletişim vasıtalarından herhangi birini kullanarak eşle veya çocuklarla veya diğer aile bireyleri ile iletişime geçtiği her durum tedbirin ihlâli olarak görülmemelidir⁵⁶⁶. Kurulan iletişim, eşin, çocukların veya diğer aile bireylerinin huzur ve düzeni bozucu; üzüntü, sıkıntı, korku ve endişeye neden olacak bir nitelik taşıdığı takdirde tedbir kararı ihlâl edilmiş olur⁵⁶⁷.

⁵⁶² Güven, s. 23.

⁵⁶³ Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 443; Hacıoğlu, s. 8.

⁵⁶⁴ Ayan, s. 328; Ayan, (Aile İçi Şiddet), s. 433; Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 29.

⁵⁶⁵ Ayan, s. 328.

⁵⁶⁶ Ayan, s. 328; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 433; Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 29.

⁵⁶⁷ Ayan, s. 328; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 433; Güven, s. 23.

F. Aile İçi Şiddet Failinin Silah ve Benzeri Araçları Kolluğa Teslimi Konusunda Uyarılması

4320 sayılı Kanun'da öngörülen tedbirlerden biri de, kusurlu eş veya aile bireylerinden birinin, varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesidir (AKDK m.1/1/d). Bu tedbire özellikle aile içi şiddet olayları sırasında silah, çakı, bıçak gibi araçlar da kullanılıyorsa başvurulmalıdır.

Bu tedbire hükmedilmesi için daha önce bu yolla şiddet uygulanmaması önem taşımamaktadır⁵⁶⁸. Bu tedbir sadece gerçekleşen değil, gerçekleşmesi muhtemel bir zararı önleme amacı da taşır⁵⁶⁹.

4320 sayılı Kanun'da polis, asker, savcı veya güvenlik görevlisi gibi mesleği gereği silah taşıyanlar hakkında bu tedbirin nasıl uygulanacağına dair bir hüküm yoktur. Kusurlu eşin bu mesleklerden biri gereği silah taşımasının gerektiği durumlarda bu tedbire hükmedilmesi sorun teşkil edebilir. Böyle bir durumda hâkimin aile içi şiddeti önlemek için başka bir tedbire başvurması mümkünse, mesela ortak konuttan uzaklaştırma gibi, bu tedbire hükmetmelidir⁵⁷⁰. Ancak durum ve şartlar, silah ve benzeri araçların teslimi tedbirini zorunlu kılıyorsa, tedbirin bu şahısların bağlı bulunduğu üst sicil amirine bildirim yapılmak suretiyle uygulanabileceği ileri sürülmektedir⁵⁷¹.

Bu tedbire hükmedildikten sonra silahın kolluk kuvvetlerine teslim edilmemesi de başlı başına bu tedbirin ihlâli niteliğindedir. Bu tedbirin diğerlerinden farklı bir yönü bulunmaktadır. Silahın kolluk kuvvetlerine teslimiyle tedbir yerine getirilmiş olur ancak 6 aylık sürenin herhangi bir zamanında teslimin yapılması tedbire uyulduğu anlamına gelmemelidir. Bunu önlemek için hâkimin belli bir süre içinde silahın teslim edilmesi ve 6 aylık

⁵⁶⁸ Karınca (Uygulama Örnekleri), s. 29.

⁵⁶⁹ Güven, s. 23; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 770; Uçar, M. s. 158; Hacıoğlu, s. 7; Baktır, s. 105.

⁵⁷⁰ Ayan, s. 329; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 433.

⁵⁷¹ Uçar, M. s. 158.

süre boyunca geri alınmaması konusunda karar vermesi tedbirin amacına uygun olur⁵⁷².

G. 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

Diğer aile bireylerine şiddet uygulayan kusurlu eş veya aile bireyi alkol veya uyuşturucu gibi bazı maddeler kullanıyorsa hâkim, şiddet mağdurunun yaşadığı konutta bu tür maddelerin kullanılmaması veya kullanıldıktan sonra konuta gelinmemesi konusunda tedbire karar verebilir. Söz konusu tedbir, alkol ve uyuşturucu madde kullanımı ile suçluluk arasında yakın bir ilişki olduğundan hareketle, bu maddelerin etkisi altında kalan kusurlu eşin her an şiddete başvurma ihtimâli göz önünde bulundurularak düzenlenmiştir⁵⁷³.

Bu tedbire hükmedilebilmesi için kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin salt bu maddeleri kullanıyor olması yeterli değildir. Bu tür maddelerin alınması sırasında veya sonrasında aile bireylerine karşı aile içi şiddet olarak tanımlanabilecek söz ya da davranış meydana gelmişse hâkim bu tedbire karar verebilir⁵⁷⁴.

Tedbirin ihlâl edildiğinin kabulü için kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin bu tür maddeleri aldıktan sonra mutlaka diğer aile bireylerine şiddet uygulaması aranmamaktadır⁵⁷⁵. Aile içi şiddet failinin alkollü veya uyuşturucu madde kullanmış olarak şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu konuta veya işyerine gelmesi veya bu yerlerde bu maddeleri kullanması, tedbirin ihlâli için yeterlidir⁵⁷⁶.

⁵⁷² Ayan, s. 329; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 434.

⁵⁷³ Hacıoğlu, s. 7.

⁵⁷⁴ Ayan, s. 330.

⁵⁷⁵ Ayan, s. 330; Ayan (Aile İçi Şiddet), s. 434.

⁵⁷⁶ Ayan, s. 330.

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

Bu tedbir ile aile içinde şiddet uygulayan bireyin bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığının tespiti ve tedavi edilmesi suretiyle uyguladığı şiddetin ortadan kaldırılması amaçlanmıştır. Bu tedbirin ne şekilde uygulanacağı yönetmeliğin 13. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre hâkim, muayene ve tedavinin sağlanması için şiddet uygulayan kişilerin illerde İl Sağlık Müdürlüğüne, ilçelerde Sağlık Grup Başkanlığına başvurmasını kararında belirtir. Kusurlu bireyin tedavisine devam edip etmediği ilgili sağlık kuruluşunca Cumhuriyet Başsavcılığına bildirilir ve tedbirin ihlâl edilip edilmediği bu suretle takip edilebilir.

Bu tedbir 5636 sayılı Kanun ile 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin f bendine getirilen yeni bir tedbirdir⁵⁷⁷. Kanun koyucu, kişilerde baş gösteren şiddet eğiliminin belirli rahatsızlıkların sonucunda da ortaya çıkabileceğini dikkate alarak bu tedbir türünü ihdas etmiştir. Tedbirin amacı öncelikle aile içi şiddet uygulayan eş veya aile bireyinin herhangi bir rahatsızlığı olup olmadığı hususunun tespiti ve daha sonra var olan rahatsızlıkların tedavisi sonucu uyguladığı veya uygulayacağı şiddetin ortadan kaldırılmasıdır⁵⁷⁸. Böylelikle uyguladığı şiddetin kaynağı ruhsal veya fiziksel bir rahatsızlığı olan kişiler teşhis ve tedavi edilerek şiddetin kaynağının ortadan kaldırılması sağlanmış ve aile içi şiddete kalıcı bir çözüm getirilmiş olur.

⁵⁷⁷ Karınca'ya göre (f) fıkrasıyla getirilen yeniliğin gerekli olduğu söylenemez. Çünkü yasada şiddet uygulayan kişiye uygulanacak tedbirler örnek olarak sayılmıştır. Aile mahkemesi hâkiminin “*meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen*” maddede belirtilen “*tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere*” hükmedebileceği biçimindeki düzenleme yeni yasada da aynen korunmuş olup maddedeki tedbirlerin uygulanıp uygulanmayacağı, uygulanacaksa hangilerinin uygulanacağı hâkimin takdirine bırakılmıştır. Öyleyse aleyhine tedbir kararı verilen kişinin örneğin korkutmaya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması, müşterek evin diğer aile bireylerine tahsisıyla o eve veya işyerine yaklaşmaması, aile bireylerinin eşyalarına zarar vermemesi vb. tedbirlerin yanında “*bir sağlık kuruluşuna başvurması*” biçimindeki 1. maddenin (f) fıkrasıyla eklenen değişikliğin bu tedbiri hâkime anımsatmasından başka bir yararı yoktur. (Karınca (Değişikliklerin Değerlendirilmesi), s. 117).

⁵⁷⁸ 5636 sayılı Kanun Genel Gerekçe (Erişim: tbbm.gov.tr).

İ. Kanunda Öngörülenler Dışında Kalan Diğer Tedbirler

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin birinci fıkrasına göre hâkim meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak aynı maddenin ikinci fıkrasında belirtilen tedbirlerin birine veya birkaçına birlikte ya da bunların yanında uygun göreceği başkaca tedbirlere de karar verebilir. Buna göre hâkim, somut olayın özelliklerine göre aile içi şiddetin önlenmesi için en uygun gördüğü tedbire hükmedebilir.

Kendisine tanınan bu takdir yetkisi nedeniyle hâkim her şeyden önce Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen evlilik birliğini ve çocukları koruyucu tedbirlere hükmedebilir. Ayrıca hâkim gerektiğinde kanunda düzenlenmemiş olan benzer tedbirlere de hükmedebilir⁵⁷⁹. Fiilin ağırlığı müşterek evden uzaklaştırmaya sebebiyet verecek ağırlıkta bulunmayan kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin aynı evde odasının ayrılması⁵⁸⁰, kusurlu eş veya aile bireyinin işyerindeki amirine veya işverenine durumun haber verilmesi⁵⁸¹, failin çocukları ile okulda veya ev dışında görüşmesinin önlenmesi, failin alkol kullanımının yaygın olduğu yerlere gitmesinin yasaklanması, kusurlu eş veya aile bireyinin şiddet veya insan hakları konulu kurs ve faaliyetlere katılımın zorunlu tutulması⁵⁸², kişinin psikolojik destek alması, küçük çocukların güvenilir bir akrabanın yanına yerleştirilmesi veya ortak konut kusurlu eşe ait ise ve evin satılma tehlikesi varsa bunu önleyici bazı tedbirler alınması 4320 sayılı Kanun'da sayılanlar dışında hükmedilebilecek tedbirlere örnek olarak verilebilir.

Görüldüğü gibi 4320 sayılı Kanun'un uygulanması aşamasında hâkime, Türk Medenî Kanunu'nda olduğundan daha geniş bir hareket alanı ve takdir yetkisi tanınmıştır. Bu şekilde aile içi şiddetin önlenmesi ve mağdurların korunması için etkin bir koruma mekanizmasına kavuşulmuştur.

⁵⁷⁹ Erman, s. 90; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 771; Zevkliler/Havutçu/Gürpınar, s. 305; Ayan, s. 332.

⁵⁸⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 771; Uçar, M. s. 159; Ayan, s. 332.

⁵⁸¹ AKDK Genel Gerekçe (Erişim: tbmm.gov.tr).

⁵⁸² Şenyuva, s. 134.

J. Tedbir Nafakasına Hükmedilmesi

5636 sayılı Kanun ile değişik 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin dördüncü fıkrasına göre *“Eğer şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise hâkim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak daha önce Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir.”*

Bu tedbir genellikle kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin ortak konuttan uzaklaştırılmasına karar verildiği zaman uygulandığı takdirde en iyi şekilde işlevini yerine getirir. Aile içi şiddet failinin sadece aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve davranışlarda bulunmaması gibi ortak hayatın devam edeceği bir tedbire hükmedilmişse tedbir nafakasına karar verilmesine gerek yoktur⁵⁸³. Ancak bu hallerde dahi uygun görmesi halinde hâkimin, kusurlu eş veya aile bireyinin nafaka ödemesine karar vermesine kanunen bir engel yoktur.

5636 sayılı Kanun ile 4320 sayılı Kanun'un nafakaya ilişkin hükmünde iki değişiklik yapılmıştır. Bu değişikliklerden ilki hâkimin, ihtiyaç olan durumlarda mağdurun talebine gerek olmaksızın tedbir nafakasına hükmedebilmesidir⁵⁸⁴. Diğer değişiklik ise mükerrer nafaka ödenmesine engel olmak üzere getirilmiştir. Buna göre, Türk Medenî Kanunu'na göre mağdura daha önce nafaka ödenmesine karar verilmiş olması halinde artık 4320 sayılı Kanun kapsamında tekrar nafakaya hükmedilemez⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Güven, s. 24; Ayan, s. 331; Uçar, M. s. 159.

⁵⁸⁴ 4320 sayılı Kanun'un nafakaya ilişkin hükmünde 5636 sayılı Kanun ile hâkimin *“..talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebileceğine”* ilişkin değişiklik yapılmasından önce de, kanunun 1. maddesinin birinci fıkrasında hâkime *“...meselenin mahiyeti göz önünde bulundurarak...”* uygun göreceği bütün tedbirlere re'sen karar verme yetkisi tanındığı için şiddete uğrayan aile bireyi istememiş olsa bile hâkimin nafakaya re'sen karar verebileceği kabul edilmekteydi. (Ayan, s. 331-332).

⁵⁸⁵ Nafakaya ilişkin yapılan değişikliğin hâkime mükerrer nafaka takdir etmemesini anımsatmaktan başka bir katkısı yoktur. Değişiklikle nafaka bağlamanın çerçevesi çizilmiş ve mağdura daha önceden Türk Medenî Kanunu kapsamında nafaka bağlanmamış olması koşulu getirilmiştir. Türk Medenî Kanunu'nun 169. maddesi ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluşuna İlişkin Kanun'un 7. maddesi kapsamında evlilik birliği devam ederken hâkimin öncelikle gözetmesi gereken ailenin

Hâkim, nafakanın miktarını belirlerken mağdurların yaşam düzeyini dikkate alır. Tedbir nafakasının hükmedilebileceği süre, diğer tedbirlerde olduğu gibi altı ayı geçemez.

4320 sayılı Kanun'a göre aleyhine tedbir kararına hükmedilen kusurlu eş veya aile bireyinin, ailenin geçimini birinci derecede sağlayan kişi olması halinde bu kişinin aynı zamanda diğer aile bireylerine nafaka ödemesine de karar verilebilmesi, şiddet mağduru kişilerin tedbir kararı sonrasında ekonomik sıkıntı çekmelerini önleme bakımından son derece önemlidir.

Yönetmelikle nafakaya ilişkin icra işlemlerinin uzun sürmesinin doğurduğu sakınca giderilmek istenmiş, yönetmeliğin 16. maddesinin ikinci fıkrasında tedbir kararının res'en icra müdürlüğüne gönderileceği belirtilerek koşulları varsa ilgilinin gelirinden doğrudan tahsilât olanağı sağlanmıştır.

VI. 4320 SAYILI KANUN'UN CEZAÎ BOYUTU

4320 sayılı Kanun'da, Türk Medenî Kanunu'ndaki evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerden farklı olarak aile içi şiddeti derhâl önlemek amacıyla kanun gereğince alınan tedbirlere aykırı davranılması cezaî yaptırıma bağlanmıştır. 4320 sayılı Kanun'un 5636 sayılı Kanun ile değişik 2. maddesinin dördüncü fıkrasına göre *“Fili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur.”*

Cezaî yaptırımın uygulanma usulü aynı kanunun birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında ve Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmeliğin 15. maddesinin birinci, ikinci, üçüncü ve dördüncü fıkralarında

barınma ve geçiminin sağlanması hususunun kanunda yer alması kuşkusuz yararlıdır. Ancak 4320 sayılı Kanun'da zaten var olan bu hususa ilişkin olarak salt mükerrerliğin önlenmesinin anımsatılması uygulamaya özel bir katkı sağlamayacaktır. (Karıncı (Değişikliklerin Değerlendirilmesi), s. 118).

belirtilmiştir⁵⁸⁶. Buna göre aile mahkemesi verdiği koruma kararının bir örneğini Cumhuriyet Başsavcılığına tevdi eder. Cumhuriyet Başsavcılığı bu karara uyulup uyulmadığını genel kolluk kuvvetleri marifeti ile izler. Koruma kararına uyulmaması halinde genel kolluk kuvvetleri mağdurların şikâyet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re'sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirir. Cumhuriyet Başsavcılığı, koruma kararına uymayan eş veya diğer aile bireyleri hakkında sulh ceza mahkemesinde kamu davası açar⁵⁸⁷. Koruma kararına aykırı davranış suçu takibi şikâyete bağlı bir suç değildir. Açılan davanın kamu davası olması nedeniyle koruma altına alınan birey tarafından tedbirin kaldırılmasının talep edilmiş olması, tedbiri ihlâl eden birey hakkında dava açılmasını engellemez.

Yargıtay da yerleşik uygulamasında, tedbirin ihlâli niteliğindeki eylemler hakkında şikâyet yokluğu nedeniyle verilen ilk derece mahkemesi kararlarını, 4320 sayılı Kanun'un ihlâli nedeniyle açılan davaların kamu davası olduğu gerekçesiyle bozmaktadır⁵⁸⁸. Ayrıca Yargıtay, konuttan uzaklaştırma tedbirini ihlâl eden eşine karşı, koruma altına alınan eşin konutun anahtarını değiştirmesini haksız tahrik olarak kabul eden ilk derece mahkemesi kararını anahtar değiştirme fiilinin koruma kararının doğal bir sonucu olduğu ve haksız tahrik uygulanamayacağı gerekçesiyle bozmuştur⁵⁸⁹. Yargıtay, tedbir kararının ihlâl edildiğinin özellikle doktor raporu veya tanık beyanları ile anlaşıldığı durumlarda, ilk derece mahkemelerinin 4320 sayılı Kanun'un ihlâl

⁵⁸⁶ 4320 sayılı Kanun'da yer alan 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Hakkındaki Kanun'a yapılan gönderme, bu kanun 5320 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun Yürürlük ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 18. maddesi ile yürürlükten kaldırıldığından yeni düzenlemede yer almamıştır. Bu kapsamda 4320 sayılı Kanun'un ilk halinde suçüstü yargılaması öngörülmüşken 3005 sayılı Kanun'un kaldırılmasından sonra 4320 sayılı Kanun'un uygulanmasına ilişkin etkin ve hızlı yargılama süreci olanağı (derhâl yargılama ilkesi) ortadan kalkmıştır. Maddede diğer değişikliklerle uyumlu olarak şiddetin eş ve çocuklarla sınırlı olmadığı gözetilerek "eş" ibaresi, "eş veya diğer aile bireyleri" biçiminde kişi açısından genişletilmiştir. (Karinca (Değişikliklerin Değerlendirilmesi), s. 118).

⁵⁸⁷ Güven, s. 17. Karinca'ya göre koruma kararına aykırılık suçunun yargılaması öncelikli işlerden sayılmalı ve yasal zorunluluklar söz konusu değilse ilk celsede bitirilmelidir. (Karinca (Aile İçi Şiddet), s. 133).

⁵⁸⁸ Yargıtay 7.CD. 10.07.2006 t. ve E.2005-10111/K.2006-14090 sayılı kararı (Erişim: *kazancı*).

⁵⁸⁹ Yargıtay 7.CD. 23.10.2003 t. ve E.3566/K.9107 sayılı kararı (Erişim: *kazancı*).

edilmediği yönünde vermiş olduğu kararları haklı olarak bozmaktadır⁵⁹⁰. Yargıtay bu kararlarıyla 4320 sayılı Kanun'un çıkarılış amacını göz önünde tuttuğunu ve kanunun amacını gerçekleştirmeye yönelik bir tutum içerisinde olduğunu göstermektedir. Esasen 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile *“Medenî Hukuka ait bir müessesenin maddi şartları, Ceza Hukuku açısından oluşturulan bir suçun da maddi şartlarını oluşturmuştur. Şu halde Borçlar Kanunu'nun 53. maddesi uyarınca ceza mahkemesinin (kusur, temyiz kudretinin tayini, mahkûmiyet veya beraat kararı ile zarar miktarının tayini konularındaki) kararı ile Medenî ve Borçlar Kanunu hükümlerini uygulayan hukuk mahkemelerinin bağlı olmadığı kabul olunmasına rağmen 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle cezaî mesuliyeti düzenleyen 2. madde arasında bir doğru bağlantı kurulmak suretiyle ceza hâkimi, hukuk hâkimi kararı ile bağlı kılınmıştır.”*⁵⁹¹

4320 sayılı Kanun gereğince hakkında verilen tedbir kararlarını ihlâl eden aile içi şiddet faili hakkında kamu davası açılabilmesi için, aile içi şiddet failinin tedbir kararına kasıtlı olarak uymaması şarttır. Zira 4320 sayılı Kanun'a muhalefet suçunun manevî unsurunu kast oluşturur⁵⁹². Ayrıca aile içi şiddet failinin kanunda öngörülen cezaya çarptırılabilmesi için tedbir kararının aile içi şiddet failine bildirilmesi ve bu tedbire aykırı davrandığı takdirde hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırılacağına kendisine ihtar edilmesi gerekir⁵⁹³.

⁵⁹⁰ Yargıtay 7.CD. 02.10.2000 t. ve E.9477/K.12100; Yargıtay 7.CD. 25.02.2004 t. ve E.2003-4630/K.2004-2478; Yargıtay 7.CD. 15.02.2007 t. ve E.2004-23504/K.2007-827 sayılı kararları (Erişim: *kazancı*).

⁵⁹¹ Güven, s. 18.

⁵⁹² Hacıoğlu, s. 8; Balo (Ailenin Korunması), s. 34.

⁵⁹³ Balo (Ailenin Korunması), s. 25. Bu yönde bkz. Yargıtay 7.CD. 25.05.2001 t. ve E.8757/K.9614 sayılı kararı (Erişim: *kazancı*).

SONUÇ

Taşıdığı toplumsal önem nedeniyle hukuk sistemleri aile kurumuna yakın ilgi göstermişler ve aileyi kurulması, yürütülmesi ve aile içindeki ilişkiler yönünden düzenleme ihtiyacı hissetmişlerdir. Toplumun temelini oluşturan ailelerin kolayca dağılmaması, aile içinde zamanla ortaya çıkan uyuşmazlıkların boşanma noktasına gelinmeden barışçı yollardan çözüme kavuşturulması o ailenin bireylerinin olduğu kadar içinde bulunduğu toplumun da menfaatinedir. Türk Kanun Koyucusu da aileye verdiği önemi öncelikle Anayasa'nın 41. maddesinde 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.

Anayasa'nın devlete verdiği bu önemli görevin hayata geçirilmesi amacıyla başta Türk Medenî Kanunu olmak üzere diğer kanunlarda çeşitli düzenlemeler yapılmıştır. Aile hukukunun en önemli kaynağı olan Türk Medenî Kanunu'nda evlilik birliğinin korunması amacıyla ihdas edilmiş bulunan pek çok hüküm vardır. Bu hükümlerden bazıları evlilik birliğini hâkimin müdahalesi yoluyla korurken bazıları da eşlerin sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirerek korur. Bu noktada şunu önemle belirtmek gerekir ki Türk Medenî Kanunu'ndaki evlilik birliğinin korunmasına yönelik düzenlemeler ancak bu kanuna uygun olarak kurulmuş bulunan evliliklere uygulanabilir.

Eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların ortadan kaldırılması, böylece evlilik birliğinin dağılmasının önlenmesi amacıyla hâkimin alacağı önlemler Türk Medenî Kanunu'nun "Birliğin Korunması" kenar başlıklı 195-201. maddelerinde bulunmaktadır. Fakat evlilik birliğinde ortaya çıkan sorunların hâkimin müdahalesi yoluyla çözümlenmesini amaçlayan hükümler bunlardan ibaret değildir.

Türk Medenî Kanunu'na göre hâkimin evlilik birliğine müdahalesi için kanunda öngörülen alternatif şartlardan birinin gerçekleşmesi üzerine

eşlerden birinin veya her iki eşin birlikte yapacağı müdahale talebi gereklidir. Eşlerin talebi olmaksızın hâkimin re'sen önlem alma yetkisi yoktur.

Türk Medenî Kanunu'nun söz konusu hükümleri uyarınca hâkimden müdahale talep edilebilmesi için gerekli alternatif şartlardan ilki, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinden birini hiç veya gerektiği gibi yerine getirmemesidir. Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler genel olarak Türk Medenî Kanunu'nun 185 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Buna göre eşler; birliğin mutluluğunu elbirliği ile sağlama, birbirlerine karşı sadakat gösterme, birlikte yaşama, ortak konutu seçme, birbirlerine yardım etme ve dayanışma içinde bulunma, birliğin giderlerine emek veya malvarlıkları ile katılma, çocukların bakım ve yetiştirilmesine özen gösterme, birliğin yönetme ve yürütülecek meslek veya iş seçiminde özen gösterme yükümlülüğü altındadır. Evlilik birliğinin doğası gereği eşlerin, kanunda belirtilenler dışında kanunda ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi mümkün olmayan başka manevî yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Eşlerin hâkimden müdahale talep edebilmesi için gerekli alternatif şartlardan ikincisi 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 okulunun belirlenmesi, ortak konutun seçimi gibi haller verilebilir. 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu 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 hâkimin müdahalesine ilişkin hükümler daha da önem kazanmıştır. Bu tür uyuşmazlıkların hâkimin müdahalesine ihtiyaç kalmadan eşler arasında karşılıklı sevgi, saygı ve anlayış çerçevesinde halledilmesi arzulansa da bu her zaman mümkün olmamakta ve hâkimin müdahalesine ihtiyaç duyulmaktadır.

Türk Medenî Kanunu'na göre eşler tarafından talep edildiği takdirde hâkimin müdahalesi şeklinde uygulama alanı bulan evlilik birliğini koruyucu

önlemler genel nitelikli önlemler ve özel nitelikli önlemler olmak üzere ikiye ayrılır. Genel nitelikli önlemler, uyarıda bulunma, uzlaştırma ve uzman yardımı için yönlendirmeden ibarettir. Hâkim bu önlemlerin alınması ve yürütülmesi aşamasında, eşlerin açık rızası ile psikolog, sosyal çalışmacı veya pedagog gibi uzmanların görevlendirilmesine karar verebilir. Eşlerin evlilik birliğinden doğan önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmelerine dayanan müdahale isteminde hâkimin görevi, sadece eşleri uzlaştırmaya çalışmak ve yönlendirici gibi davranıp eşlerin bir çıkış yolu bulmalarına yardımcı olmaktır. Hâkim eşler arasındaki uyuşmazlığı gidermek adına onların yerine geçerek karar veremez. Ancak hâkimin uzlaştırma faaliyetleri bir sonuç vermezse hâkim, eşlerden birini yapılması düşünülen işlem konusunda yetkilendirebilir veya eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen diğer önlemleri alabilir.

Türk Medenî Kanunu, genel nitelikli önlemlerin sonuçsuz kalma ihtimâlini de göz önüne alarak daha etkili olabilecek özel nitelikli önlemlerin alınması imkânını da getirmiştir. Kanunda öngörülen özel nitelikli önlemler eşler birlikte yaşarken, birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde ve hem birlikte yaşarken hem de birlikte yaşamaya ara vermeleri halinde alınabilecek önlemler olarak üç bölümde incelenebilir. Bu önlemler ortak hayat devam ederken birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin yapacağı parasal katkının hâkim tarafından tespiti, eşlerden birinin birliği temsil yetkisini kullanırken yetkisini aşmış olması veya temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalması halinde bu eşin temsil yetkisinin hâkim tarafından kaldırılması veya sınırlandırılması, bedensel ve zihinsel gelişmesi tehlikede bulunan veya ailenin huzurunu bozan çocuğun ana ve babadan alınmasıdır.

Türk Medenî Kanunu'nun eşlere birlikte yaşamaya ara verme imkânı tanıdığı hallerde de kendisinden müdahale talep edilen hâkim, ayrı yaşamaya uygun bir hukukî statü oluşturulması amacıyla eşlerin birbirlerine yapacakları parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya, eşlerin mallarının

yönetilmesine ve ergin olmayan çocukların durumuna ilişkin önlemleri alır. Bu noktada Türk Medenî Kanunu'nun 197. maddesinin birinci fıkrasındaki koşullar gerçekleşmişse eşlerin ayrı yaşama hakkının doğduğu, birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için mutlaka hâkim izninin gerekmediği kabul edilmelidir. Ayrıca birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda hâkim hangi eşin ortak konutta kalacağına her olayın somut özelliğini dikkate alarak karar verir. Fakat ortak konutun eşlerden birine özgülenmesinde özellikle çocukların hangi eşin yanında bulunduğu, hangi eşin ortak konutta kalmasının daha uygun olacağı ve hangi eşin ortak konuta daha fazla ihtiyacı olduğu göz önünde tutulmalıdır. Bu konuda karara varılırken eşlerin kusur oranları ve konut üzerindeki hakkın hangi eşe ait olduğu önem taşımaz.

Diğer özel nitelikli önlemlerin, hem eşler birlikte yaşarken hem de birlikte yaşamaya ara verildiği hallerde alınması mümkündür. Buna göre birlik giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlâl eden eşin borçlularına ödemeyi diğer eşe yapmaları; ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düştüğü durumlarda keyfiyete sebebiyet veren eşin belirli malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanması karar altına alınabilir. Hâkim tasarruf yetkisinin sınırlanması önlemine hükmederken, bu önlemin sağlıklı sonuç vermesi gayesiyle tapuya şerh verilmesi veya gerekli kişilere bildirim yapılması gibi gerekli gördüğü ek koruma önlemlerini de düzenler. Ayrıca eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi ve eşine borçlu olan diğer eşe, borcunu yerine getirmesi için süre verilmesi eşler birlikte yaşarken veya birlikte yaşamaya ara verdikleri sırada hâkim tarafından alınabilecek diğer önlemlerdendir.

Türk Medenî Kanunu uyarınca hükmedilen önlemlerin, somut aile koşulları ve fiilî ilişkilerde meydana gelen koşulların değişmesi üzerine hâkim kararıyla yeni şartlara uyarlanması mümkündür. Eşlerden birinin talebi üzerine hâkim, hükmedilen önlemin kaldırılmasına karar verebileceği gibi, eşlerin feragati veya önlemin türüne göre eşlerin tekrar kalıcı şekilde aile

hayatı kurmaları gibi hallerde önlemin kendiliğinden ortadan kalktığı kabul edilir.

Türk Medenî Kanunu'nun Aile Hukuku kitabında yer alan birçok hükmün evlilik birliğini koruma amacı olmakla birlikte eşlerin sözleşme özgürlüğüne birtakım sınırlamalar getiren hükümlerde evlilik birliğinin koruma amacı kendisini açık bir şekilde göstermektedir. Aile konutuna ilişkin hukukî işlemlerde, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mallara ilişkin hukukî işlemlerde ve evlat edinme işleminde işlemin geçerliliği diğer eşin rızasına bağlı tutulmuştur. Aile konutuna ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 194. maddesindeki düzenleme konut üzerinde hak sahibi olan eşin tasarruf yetkisine getirilmiş bir sınırlama niteliği taşır. Aile konutuna ilişkin bir işlem yapılabilmesi için rızası aranan diğer eşin rızası alınmadan tescil işlemi yapılmışsa bu şekilde yapılan işlem geçersiz olmakla birlikte yapılan tescil yolsuz tescil olur. Bu yolsuz tescile dayanarak aynî hak kazanan iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetinin Türk Medenî Kanunu'nun 1023. maddesi gereğince korunmamasının kabul edilmesi aynı kanunun 194. maddesinin koruma amacına daha uygun bir yaklaşımdır.

Ayrıca evlilik birliğinin ölüm dışı sona ermesinin ancak hâkim kararıyla ve kanunda belirtilen sebeplerden biriyle mümkün olması, boşanma davalarının özel bir yargılama usulüne bağlı olması ve evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerinin yasak olması da Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğini korumak amacıyla eşlerin sözleşme özgürlüğüne getirdiği sınırlamalardır.

Aile bireylerini dolayısıyla evlilik birliğini koruyan hükümler içeren bir diğer temel kaynak, 14.01.1998 tarihinde yürürlüğe giren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'dur. 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. Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 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 cezaî yaptırım uygulanması şeklinde bir sisteme dayanır. Aile içi şiddete maruz kalan eş, çocuklar veya 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 veya Cumhuriyet Başsavcılığının yapacağı bildirim üzerine hâkim re'sen Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da belirtilen veya uygun göreceği başka bir tedbirin alınmasına hükmedebilir. Bunun için ayrıca mağdurun talebine ihtiyaç yoktur.

Ailenin Korunmasına Dair Kanun'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, failin bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurmasının karar altına alınması ve gerekli olduğu takdirde tedbir nafakası ödemesine hükmedilmesidir. Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da öngörülen tedbirler, Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen önlemlerden ayrı olarak tamamlayıcı şekilde uygulanır. Hem Türk Medenî Kanunu'na hem de 4320 sayılı Kanun'a göre tedbir alınabilecek durumlarda daha etkin ve süratli bir koruma sağlayacağı için mağdur olan eşin 4320 sayılı Kanun'dan yararlandırılmasına öncelik verilmelidir.

4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 04.05.2007 tarihinde Resmî 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 hem aile içi şiddet mağdurunun ve failinin kimliği hem de aile içi

şiddetin gerçekleştiği yer bakımından kanunun daha yaygın şekilde uygulanması hedeflenmiştir. Ayrıca değişiklikle aile içi şiddet failine uygulanacak yeni tedbir örnekleri gösterilmiş, mağdura nafaka bağlanmasının çerçevesi çizilmiş ve mağdura daha önceden Türk Medenî Kanunu kapsamında nafaka bağlanmamış olması koşulu getirilmiştir. Harçtan muafiyet genişletilerek icra işlerinden de harç alınmayacağı düzenlenmiştir.

4320 sayılı Kanun her ne biçimde olursa olsun kendilerini aile olarak adlandıran yapılar içindeki aile içi şiddeti önlemek amacıyla çıkarılmıştır. 5636 sayılı Kanunla getirilen birçok olumlu değişikliğe rağmen toplumsal zorunluluk ve çağdaş gelişmeler gözetilmeyerek evlilik dışı birlikteliklerin bu kanunun korumasından yararlandırıldığı açıkça düzenlenmemiştir. Değişiklikteki diğer bir eksiklik kanunun korumasından yararlanabilmek için şiddete maruz kalma şartı aranmaya devam etmiş, şiddete uğrama tehlikesinin varlığı kanunun korumasından yararlanabilmek için yeterli sayılmamıştır. Ayrıca kanun metninde tereddüde asla yer vermeyecek biçimde “derhâl karar verme” ilkesinin belirtilmesi de oldukça yararlı olabilecekken bu konu ihmâl edilmiştir. Uygulamada başvurular esas defterine kaydedilmekte ve tevzii beklenmektedir. Geçen sürede ise şiddetten korunma mümkün olmamaktadır. Koruma talebinin reddi nedeniyle mağdur veya aleyhine koruma kararı verilen kişinin bu karara karşı hangi kanun yoluna başvurabileceği de değişiklikte belirtilmemiştir.

01.03.2008 tarihinde 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Uygulanması Hakkında Yönetmelik yayınlanarak şiddet uygulayan aile bireyleri hakkında alınacak tedbirler ve bu tedbirlerin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenerek birçok konuda kanunun uygulanmasına açıklık getirilmiştir. Yönetmelikte şiddetin türleri ve alanlarına ilişkin uluslararası standartlara uygun açıklama yapılmış; başvuru, şikâyet ve ihbar usulleri ve mercileri daha açık olarak belirtilmiştir. Ayrıca kolluğun tedbir kararını izlemesi konusunda açıklamalar yapılmış ve usulü belirtilmiştir.

Kanunda olduğu gibi yönetmelikte de gerçekleşmiş şiddet işaret edilmiş, olası şiddetle ilgili açıklama yapılmamıştır. Bu nedenle henüz şiddet nedeniyle mağduriyet oluşmamışken tedbir almayı sağlayan bir sistem oluşturulamamıştır. Hâlbuki kanunun amacı şiddet gerçekleşmeden korumaktır. Şiddet gerçekleştikten sonra verilecek koruma kararı ise ancak sonraki yeni şiddeti önlemeye yönelik olabilir.

Yönetmelikte yetki konusu açıkça düzenlenmiş; şiddetin belgelendirilmesi zorunluluk olmaktan çıkarılmıştır. Şiddetin çeşitlerinin yönetmelikte açıklanması ile şiddet konusundaki yanlışlar giderilmiş ve şiddetin darp raporunun alınmadığı durumlarda da gerçekleşebileceği kabul edilmiştir.

5636 sayılı Kanun ile yeni bir tedbir çeşidi olarak kanuna eklenen muayene ve tedavi tedbiri açıklanmıştır. Nafaka konusunda icra müdürlüğünce kaynaktan tahsilât imkânı getirilmiş; böylece nafaka kararının icrasına ilişkin işlemlerin uzunluğunun doğurduğu sakınca giderilmek istenmiştir. Şiddet uygulayan eşin müşterek konutun kira, elektrik, su, telefon, doğalgaz ve benzeri giderlerini karşılama yükümlülüğünün devamından bahsedilerek şiddet uygulayan eşin sorumluluklarının devamı sağlanmıştır.

Sonuç olarak 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un adı, asıl amacını tam olarak yansıtmasa da kanunun amacı aile içi şiddeti önlemek ve aile içi şiddete uğrayan aile bireyini koruyarak aileyi, dolayısıyla evlilik birliğini korumaktır. Dünyadaki değişime neredeyse eş zamanlı olarak kabul edilen 4320 sayılı Kanun, kadına yönelik şiddetin önlenmesi ve şiddet uygulayanın yasal yaptırımlarla karşılaşmasını sağlaması bakımından oldukça önemli bir role sahiptir. Fakat kadına yönelik şiddetin önlenmesi için sadece kanun çıkarmak yeterli değildir. Kadının her yönü ile statüsü yükseltilmeli ve güçlendirilmeli; aile içi şiddete son verme çalışmaları devlet politikasıyla kararlı bir şekilde sürdürülmelidir. Aile içi şiddetle etkin mücadele ancak hükümetin ve devlet kurumlarının kararlı tutumu ile sivil toplum kuruluşlarının deneyimlerinin bir araya getirilmesiyle mümkün olabilir. Şiddet uygulayanın

cezalandırılması, şiddet mağdurunun ve çocukların korunması ve iyileştirilmesi, sığınma evlerinin açılması ve tüm ilgili kurum ve kuruluşlar arasında işbirliği sağlanması aile içi şiddeti tam anlamıyla önlemek bakımından bir zorunluluktur.

KAYNAKÇA

Akıncı, Şahin: “Medenî Kanun’da Kadın ve Aile”, GÜHFD, C. VIII, S. 1-2, Ankara 2004.

Akıntürk, Turgut/Karaman Ateş, Derya: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2010.

Ardıç, Oğuzhan/Ersol, Emel: Borçlar Hukuku, Ankara 2006.

Arsebük, Esat: Medenî Hukuk, Ankara 1940.

Ateş, Mustafa: “4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, Ankara Barosu Dergisi, Yıl 65, S. 3, Yaz 2007.

Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004.

Ayan, Serkan: “Hukukî Yönden Aile İçi Şiddet”, Legal Hukuk Dergisi, S. 34 İstanbul 2006 (Aile İçi Şiddet).

Aydın, Sevgican: “Türk Aile Hukuku’nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Evliliğin Genel Hükümleri Maddelerinin İncelenmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, C. I, İstanbul 2009.

Aydoğ, Oğuz Sadık: “Yeni Medenî Kanun’a Göre Evlat Edinme”, GÜHFD, C. IV, S. 1-2, Ankara 2000.

Baktır, Selma: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.

Balo, Yusuf Solmaz: Uluslararası İlkeler Işığında Çocuk Koruma Kanunu ve Uygulanması, Ankara 2009.

Balo, Yusuf Solmaz: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması”, Adalet Dergisi, S. 10, Ankara 2002 (Ailenin Korunması).

Barlas, Nami: “Yeni Türk Medenî Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukukî İşlem Özgürlüğü ve Sınırları”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004.

Badur, Emel/Ertem, Burcu: “Kadına Yönelik Evlilik İçi Şiddetin Hukukî Boyutları-Ceza Kanunu, Medenî Kanun ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun Kapsamında Bir İnceleme”, TBBD, S. 65, Ankara 2006.

Belgesay, Mustafa Reşit: Türk Kanunu Medenîsi Şerhi, C. II, Aile Hukuku, İstanbul 1949.

Berki, Şakir: Medenî Hukuk Umumi Esaslar, Şahıs ve Aile Hukuku, Ankara 1961.

Bilgin, Işıl: “Kadın ve Şiddet”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Töre Cinayetleri Panel Bildirileri, Ankara 1999.

Birsen, Kemaleddin: Medenî Hukuk Dersleri Umumi Esaslar-Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, İstanbul 1963.

Bozovalı, Haluk: Türk Medenî Hukuku’nda Bakım Nafakaları, İstanbul 1990.

Burcuoğlu, Haluk: Ayrılık Kurumunun Uygulanabilirliği Sorunu, İstanbul 1998.

Cansel, Erol: “Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991.

Cansel, Erol: Tapu Siciline İtimat Prensibi, Ankara 1964 (Tapu Sicili).

Centel, Nur: Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım, İnsan Hakları Hukuku ve Kadın, İstanbul 2003.

Cin, Halil: Eski Hukukta Boşanma, Konya 1988.

Çakın, Akın: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 2007.

Demir, Mehmet: “Türk Medenî Kanununa Göre Evlilik Birliğinin Temsili ve Aile Konutu ile İlgili İşlemler”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003.

Demir, Pınar Özlem: Yeni Medenî Kanunda Evli Kadınların Hukukî Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004.

Doğan, İzzet: “Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme” http://www.turkhukusitesi.com/makale_930.htm

Doğan, Murat: “Medenî Kanun’un Getirdiği yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, AÜEHF’nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, AÜEHFD, C. VI, S. 1-4, Erzincan 2002.

Doğan, Murat: “Türk Medenî Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, AÜHFD, C. 52, S. 4, Ankara 2003 (Yenilikler).

Domaniç, Hayri: Yaradılıştan Bu Yana Kadın Haklarının Gelişimi ve Sorunları, İstanbul 2007.

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

Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2008.

Egger, August: “Evlendirme Hukuku, 1. Kısım, m.82-240”, Aile Hukuku, Çev. Çağa, Tahir, İstanbul 1943.

Erdem, Mehmet: “Aile İçi Şiddet ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, TBBD, Kasım Aralık 2007.

Erdoğan, Meral: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması”, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü Hukukta Kadın Sempozyumu 30 Eylül-1Ekim 1999, Ankara 2000.

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2008.

Erman, Barış: Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Türk Hukuku’na Etkisi, Suçla Mücadele Bağlamında Türkiye’de Aile içi Şiddet-Ülke Çapında Kriminolojik-Viktimolojik Alan Araştırması ve Değerlendirmesi, İstanbul 2003.

Feyzioğlu, Feyzi Necmettin: Aile Hukuku Dersleri, Baskıyı Hazırlayanlar: Özakman, H. Cumhur/Sarıal, M. Enis, İstanbul 1986.

Gençcan, Ömer Uğur: Türk Medenî Kanunu’nda Kadın ve Çocuk Hakları, Ankara 2006.

Gönensay, Samim: Medenî Hukuk, C. II, Aile Hukuku Kısım I: Karı Koca, İstanbul 1937.

Gümüş, Mustafa Alper: Türk Medenî Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, İstanbul 2007.

Gümüş, Mustafa Alper: Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008 (Mal Rejimleri).

Güven, Kudret: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukukî Tedbirler”, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, GÜHFD, C. II, S. 1-2, Ankara 1998.

Güven, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği ve Hukukî Sonuçları”, GÜHFD, 1997/1 (Cinsiyet Değişikliği).

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: Aile Hukuku, İstanbul 1999.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.

Havutçu, Ayşe: Evlilik Birliğinin Temsili, Ankara 2006.

Işık, Mehmet: Evlat Edinme, Ankara 2005.

İlkkaracan, Pınar/Gülçür, Leyla/Arın, Canan: Sıcak Yuva Masalı, Aile İçi Şiddet ve Cinsel Taciz, İstanbul 1996.

İnal, Nihat: Aile Mahkemeleri Davaları, Ankara 2004.

Kahveci, Nalan: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", İzmir Barosu Dergisi, Yıl 72, S. 3, Temmuz 2007.

Karagülmez, Ali/Ural, Sami Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003.

Karınca, Eray: Sorularla Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, Ankara 2010.

Karınca, Eray: "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi", Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, S. 11, Temmuz 2007 (Değişikliklerin Değerlendirilmesi).

Karınca, Eray, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, Ankara 2008 (Uygulama Örnekleri).

Karınca, Eray: "Aile İçi Şiddet Mağdurunun Hukukî Korunmasına İlişkin Düzenlemeler", Terazî Aylık Hukuk Dergisi, Yıl 2, S. 9, Mayıs 2007 (Aile İçi Şiddet).

Kayar Yılmaz, Habibe: "Kadına Yönelik Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları", http://www.turkhukusitesi.com/makale_595.htm

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008.

Kılıçoğlu, Ahmet: Türk Medenî Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002 (Diğer Eşin Rızası).

Kılıçoğlu, Ahmet: Medenî Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003 (Yenilikler).

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: “Medenî Kanun’un 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmedebilir mi?”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul 1990.

Koçhisarlıoğlu, Cengiz: “İsviçre’de Evlilik Birliği Hukukunda Son Gelişmeler” Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Konya 1991.

Köprülü, Bülent/Kaneti, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1989.

Köseoğlu, Bilal: Aile Mahkemelerinin İşleyişi, Ankara 2005.

Köseoğlu, Bilal/Kocaoğlu, Köksal: Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara 2009.

Köteli, Argun. : Evliliğin Hukukî Niteliği ve Evlilik Dışı Beraberlikler, İstanbul 1991.

Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz Ejder: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2006.

Lale, İsmail/Lale, Ömer: Sözden Sonsuza Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Ankara 2009.

Moroğlu, Nazan: “Kadınların İnsan Hakları Bildirisi ve Ek İhtiyari Protokol”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na Armağan, İstanbul 2001.

Moroğlu, Nazan: “Kadına Yönelik Şiddet ve Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, <http://www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc>

Oğuzman, Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe: Eşya Hukuku, İstanbul 2004.

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

Oğuzman, Kemal/Barlas, Nami: Medenî Hukuk, İstanbul 2006.

Oğuzoğlu, Hüseyin Cahit: Medenî Hukuk I-II, Şahsın Hukuku-Aile Hukuku, Ankara 1963.

Öktem, Seda: “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, TBBD, S. 67, Ankara 2006.

Önen, Ergun: Medenî Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2000.

Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004.

Özuğur, Ali İhsan: Mal Rejimleri, Ankara 2008.

Özuğur, Ali İhsan: Nafaka Hukuku, Ankara 2002 (Nafaka).

Özuğur, Ali İhsan: Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2008 (Evlilik Birliği).

Peker, Hüseyin: “Ailenin Korunmasının Esasları”, 1. Aile Şurası Bildirileri, Ankara 1990.

Reisoğlu, Sefa: Türk Eşya Hukuku, C. I, Ankara 1984.

Ruhi, Ahmet Cemal: Türk Hukuku’nda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile ilgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye’de Tanınması, Ankara 2003.

Ruhi, Ahmet Cemal: Nafaka Hukuku, Ankara 2005 (Nafaka).

Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1957.

Schwarz, Andreas: Aile Hukuku, Çev. Davran, Bülent, İstanbul 1946.

Şanver, Şerafettin: Evliliğin Kırmızı Çizgileri, Boşanma Davaları El Kitabı, Ankara 2009.

Şenyuva, Ardahan Hüsnü: “Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2007.

Şıpka, Şükran: Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, İstanbul 2004.

Tandoğan, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965.

Tarakçıoğlu, İhsan: Türk Medenî Hukuku, Ankara 1968.

Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, İstanbul 1990.

Tutumlu, Mehmet Akif: Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları, Ankara 2006.

T.C. Adalet Bakanlığı, Tutanaklarla Türk Medenî Kanunu, Türk Medenî Kanunu’nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002.

T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Hacettepe Üniversitesi Nüfus Etütleri Enstitüsü, ICON-Institut Public Sector GmbH and BNB Danışmanlık (2009), Türkiye’de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması 2008.

Uçar, Ayhan: “4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, AÜEHF’nin 15. Kuruluş Yılına Armağan, 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 Kanun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, Diyarbakır 2005.

Uyar, Talih: Türk Medenî Kanunu, Aile Hukuku, C. II, Ankara 2002.

Ünal, Mehmet: “İsviçre’de Alınan Aile Birliğini Koruyucu Hukukî Tedbirler”, 1. Aile Şurası Bildirileri, Ankara 1990.

Ünal, Mehmet: Türk Medenî Hukukunda Aile Başkanının Sorumluluğu, Ankara 1979 (Aile Başkanı).

Ünver, Yener: Türkiye’de Aile İçi Şiddetin Boyutları, Nedenleri ve Çözüm Önerileri, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1965.

Yalçınduran, Türker: “Evlatlık İlişkisinde Evlenme Yasağı”, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2006.

Yıldız, Ali Kemal: Aile İçi Şiddete İlişkin Ceza Muhakemesi ve İnfaz Hukuku Sorunları, Türkiye’de Aile İçi Şiddet, İstanbul 2003.

Zevkliler, Aydın/Acabey, Beşir/Gökyayla, Emre: Giriş- Başlangıç Hükümleri- Kişiler Hukuku -Aile Hukuku, Ankara 2000.

Zevkliler, Aydın/Havutçu, Ayşe/Gürpınar, Damla: Medenî Hukuk Temel Bilgiler, Ankara 2008.

Zeytin, Zafer: “Türk Medenî Kanunu’nda Kadın Erkek Eşitliğine İlişkin Düzenlemeler”, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan C. II, İstanbul 2009.

http://www.turkhukusitesi.com/makale_930.htm

http://www.turkhukusitesi.com/makale_595.htm

<http://www.tukd.org.tr/dosya/KadinaYonelikSiddet.doc>

<http://www.kahdem.org.tr/?p=261#more-261>

<http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?p=266024#post266024>

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>

www.hukukturk.com (hukukturk)

www.kazanci.com (kazanci)

www.tbmm.gov.tr (tbmm.gov.tr)

ÖZET

PALAZ, Fikriye Ceren. Evlilik Birliğinin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Ankara, 2011.

Aile, toplumun temel yapı taşı, en küçük sosyal birimdir. Ailenin dağılmadan, dirlik ve düzen içinde devam etmesinin aile bireylerine olduğu kadar içinde bulunduğu topluma da faydaları vardır. Bu nedenle aile kurumu hem anayasal hem de genel ve özel kanunlarla koruma altına alınmıştır.

Dayanağı Anayasa'nın 41. maddesindeki ailenin korunması ilkesi olan evlilik birliğinin korunması kurumu temel olarak 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 195 ve 201. maddeleri arasında ve ayrı ayrı bazı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu hükümler, hâkimin uyuşmazlık içerisindeki evlilik birliğine müdahalesi ile evlilik birliğinin devamı sırasında ortaya çıkan sorunların, boşanma veya ayrılık aşamasına gelinmeden çözülmesini ve evlilik birliğinin huzurlu bir şekilde devamını sağlamaya yönelik olarak düzenlenmiş hükümlerdir. Ancak evlilik birliğini korumaya yönelik hükümler bunlarla sınırlı değildir. Türk Medenî Kanunu'nun Aile Hukuku başlıklı kitabında dağınık bir şekilde evlilik birliğini koruyucu birçok hüküm yer almaktadır. Bu hükümler, evlilik birliğinde henüz bir uyuşmazlık söz konusu olmamasına rağmen uyuşmazlık çıkması muhtemel konularda eşlerin sözleşme özgürlüğüne sınırlamalar getirerek evlilik birliğini korumayı amaçlamaktadır.

Türk Medenî Kanunu'nun evlilik birliğini koruyucu hükümlerinin aile içi şiddeti önlemede yetersiz kaldığı düşüncesiyle 14.01.1998 tarihinde 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun kabul edilmiş; böylece toplumun huzuru ve refahı için ailenin daha etkin bir şekilde korunması amaçlanmıştır. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 04.05.2007 tarihinde Resmî Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5636 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile önemli değişikliklere uğramış, birçok açıdan kanunun daha yaygın şekilde uygulanması hedeflenmiştir. 01.03.2008 tarihinde yayınlanan 4320 sayılı Ailenin

Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanması Hakkında Yönetmelik ile kanunun uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar düzenlenmiş, kanunun uygulanmasına birçok konuda açıklık getirilmiştir.

“Evlilik Birliğinin Korunması” başlıklı bu çalışmada Türk Medenî Kanunu'nun ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri incelenmiştir. Üç ana bölümden oluşan çalışmamızın giriş bölümünde konu ve konu ile ilgili temel kavramlar açıklanmıştır. Birinci bölümünde Türk Medenî Kanunu'nun eşlerin sözleşme özgürlüğünü sınırlayan hükümleri; ikinci bölümde Türk Medenî Kanunu'nun hâkimin evlilik birliğinin iç işleyişine müdahalesini öngören hükümleri incelenmiştir. Üçüncü ve son bölümde ise eşleri ve aynı zamanda diğer aile bireylerini aile içi şiddetten korumak amacıyla özel olarak hazırlanan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamında hâkimin alabileceği tedbirler ele alınmıştır.

Anahtar Sözcükler

1. Medenî Hukuk
2. Aile Hukuku
3. Evlilik Birliği
4. Ailenin Korunması
5. Aile İçi Şiddet

ABSTRACT

PALAZ, Fikriye Ceren. Protection of Marital Unity, Master's Thesis, Ankara, 2011.

Family is the basic structure of the community and the smallest social unit. The family's continuity without breaking up is useful not only for the community it is in consequently, the family is preserved by both constitutional and general and special laws.

The institution of protection of marital unity, deprived from the principle of protection of the family in Article 41 of the Constitution, is basically arranged between the Articles 195-201 and in some articles separately of the Turkish Civil Code enumerated in Law Number 4721. These articles are regulated to solve the problems appeared during the marriage and the intervention of the judge to the unity before getting divorce and to continue the marital unity in presence and welfare. However, the provisions on preserving the marital unity are not limited with these mentioned above. There are a great many provisions on preserving the marital unity in the Family Law book of the Turkish Civil Code. These provisions intend to save the marital unity by limiting the contract freedom of the spouses on the possible conflict before or during it appears.

On the ground that the provisions of the Turkish Civil Code on protection of marital unity are not enough to impede the domestic violence, Law on the Protection of the Family enumerated in Law Number 4320 was accepted on 14.01.1998. Consequently, for the presence and welfare of the community it was intended to protect the family unity more effectively. Law on the Protection of the Family enumerated in Law Number 4320 had important changes with the Law on Amendments to the Law on the Protection of the Family enumerated in Law Number 5636, went into effect by being published in Official Gazette on 04.05.2007 and it was aimed to apply the law widely. With the Regulation on the Application of the Law on the Protection of the

Family, published on 01.03.2008, the procedure and principal about the appliance of law are regulated and clarified widely.

In this study about “Protection of Marital Unity”, the provisions on protection of marital unity of Law on the Protection of the Family enumerated in Law Number 4320 and the Turkish Civil Code are examined. In our three-stage study, the subject and the basic concept are clarified in the entrance part. In the first part, the provisions on limiting the freedom of contract of the spouses in the Turkish Civil Code; in the second part, the provisions of the Turkish Civil Code on the intervention of the judge to the procedure of the marital unity are examined. In the third and the last part, the precautions the judge can take to protect both the spouses and the other members of the family from domestic violence according to Law on the Protection of the Family enumerated in Law Number 4320 are handled.

Key Words

1. Civil Law
2. Family Law
3. Marital Unity
4. Protection of the Family
5. Domestic Violence