

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Murat Samat

Tez Danışmanı
Prof. Dr. Çiğdem Kırcı

Ankara-2010

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Çiğdem Kırca

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....
.....
.....
.....
.....
.....

.....
.....
.....
.....
.....
.....

Tez Sınavı Tarihi

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	I
KISALTMALAR.....	XIII
GİRİŞ	
I. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI.....	1
II. EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI, AİLE KAVRAMI VE EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	2
A. EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI.....	2
B. AİLE KAVRAMI.....	3
1. AİLENİN TANIMI.....	3
2. TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA AİLENİN TANIMI.....	4
3. TARİHSEL GELİŞİME GÖRE AİLE TÜRLERİ, AİLENİN ÖNEMİ VE TÜRK AİLE YAPISI.....	5
a. Tarihsel Gelişime Göre Aile Türleri.....	5
b. Ailenin Önemi.....	6
c. Türk Aile Yapısı.....	6
C. AİLE KAVRAMI VE EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	8
III. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KAVRAMI, TARİHSEL SÜREÇ VE YASAL DÜZENLEMELER.....	8
A. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KAVRAMI.....	8
B. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN TARİHSEL SÜREÇ VE YASAL DÜZENLEMELER.....	10
1. CUMHURİYETTEN ÖNCEKİ DÖNEMDE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	10
2. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE	

EVİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI	12
IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA	
EVİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	15
V. 1982 ANAYASASINDA EVİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	16

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA EVİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

§ 1. GENEL OLARAK.....	19
§ 2. EVİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI ESNASINDA, EVİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	22
I. GENEL OLARAK.....	22
II. AYIRT ETME GÜCÜ(TEMYİZ KUDRETİ).....	23
III. EVLENME YAŞI.....	25
A. NORMAL EVLENME YAŞI.....	26
B. OLAĞANÜSTÜ EVLENME YAŞI.....	27
1. ERKEĞİN VE KADININ ON ALTI YAŞINI TAMAMLAMIŞ OLMASI.....	27
2. OLAĞANÜSTÜ DURUM VE PEK ÖNEMLİ BİR SEBEBİN VARLIĞI.....	27
3. ANA, BABA VE VASİSİNİN DİNLENMESİ.....	28
4. HÂKİMİN İZİN VERMESİ.....	28
IV. AKIL HASTALIĞI.....	29
V. TEK EŞLİ EVİLİK.....	30

§ 3. EVLİLİK BİRLİĞİNİN DEVAMI ESNASINDA,	
EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	32
I. GENEL OLARAK.....	32
II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN DEVAMI İÇİN MEDENİ KANUN TARAFINDAN EŞLERE BAZI YÜKÜMLÜLÜKLERİN YÜKLENMESİ.....	32
A. EVLİLİK BİRLİĞİNİN MUTLULUĞUNU SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	33
B. EŞLERİN BİRBİRLERİNE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	33
C. EŞLERİN YARDIM VE DAYANIŞMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	34
D. EŞLERİN ÇOCUKLARIN BAKIM, EĞİTİM VE GÖZETİMİNE ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	34
E. EŞLERİN BİRLİKTE YAŞAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	35
F. EŞLERİN ORTAK KONUTU (AİLE KONUTUNU) SEÇME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	35
G. EŞLERİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ YÖNETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	36
H. EŞLERİN EVLİLİK BİRLİĞİ GİDERLERİNE KATILMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	37
I. EŞLERİN BİRLİĞİ TEMSİL YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	38
III. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN İŞLEMLERDE DİĞER EŞİN RIZASININ ALINMASI GEREKLİLİĞİ.....	39
A. GENEL OLARAK.....	39
B. AİLE KONUTU KAVRAMI, ÖNEMİ, BELİRLENMESİ, KORUMA SÜRESİ.....	40
1. AİLE KONUTU KAVRAMI.....	40
2. AİLE KONUTUNUN ÖNEMİ VE BELİRLENMESİ.....	41

3. AİLE KONUTUNU KORUMA SÜRESİ.....	43
C. AİLE KONUTU İLE İLGİLİ DİĞER EŞİN RIZASINA BAĞLANAN HUKUKİ İŞLEMLER.....	44
1. AİLE KONUTUNUN KİRA SÖZLEŞMESİYLE SAĞLANMIŞ OLMASI.....	44
2. AİLE KONUTUNUN EŞİN MÜLKİYETİNDE OLMASI.....	47
a. Aile Konutu Üzerinde Diğer Eşin Rızasının Gerektiği Hukuki İşlemler.....	47
aa. Aile Konutunda Mülkiyeti Devreden İşlemler.....	47
bb. Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandıran İşlemler.....	48
b. Hak Sahibi Eşin İradesi Dışındaki Mülkiyeti Devir İşlemleri.....	49
c. Aile Konutu Şerhi.....	50
D. AİLE KONUTU İLE İLGİLİ İŞLEMLERDE DİĞER EŞİN RIZASININ ALINMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI.....	51
IV. DİĞER EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN HÂKİM KARARIYLA SINIRLANDIRILMASI.....	52
V. MEDENİ KANUN'DA DÜZENLENEN MAL REJİMLERİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	55
A. GENEL OLARAK.....	55
B. MEDENİ KANUN'DA DÜZENLENEN MAL REJİMLERİ.....	56
1. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ.....	56
2. MAL AYRILIĞI REJİMİ.....	57
3. MAL ORTAKLIĞI REJİMİ.....	59
4. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİ.....	60
C. MEDENİ KANUN'UN MAL REJİMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMESİNİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUMAYA	

YÖNELİK HÜKÜMLERİ.....	61
1. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNDEKİ MALLARI ÜZERİNDE PAY DEVRİNİN DİĞER EŞİN RIZASINA TABİ OLMASI.....	61
2. MAL ORTAKLIĞI REJİMİNDE MİRASIN KABUL VEYA REDDİNİN DİĞER EŞİN RIZASINA TABİ OLMASI.....	63
3. MEDENİ KANUN’UN MAL REJİMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMESİNİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUMAYA YÖNELİK DİĞER HÜKÜMLERİ.....	64
VI. EVLİ KİŞİLERİN CİNSİYET DEĞİŞTİRMELERİNİN YASAK OLMASI.....	66
VII. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA HÂKİMİN MÜDAHALESİ.....	67
A. GENEL OLARAK.....	67
B. HÂKİMİN MÜDAHALESİNİN ŞARTLARI.....	69
1. GENEL OLARAK.....	69
2. ŞEKLİ ŞART (EŞLERİN AYRI AYRI VEYA HER İKİ EŞİN BİRLİKTE BAŞVURMASI).....	70
3. MADDİ ŞARTLAR.....	71
a. Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri Yerine Getirmemesi.....	71
b. Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşmesi.....	74
4. HÂKİM TARAFINDAN EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA ALINABİLECEK TEDBİRLER.....	76
a. Genel Olarak.....	76
b. Evlilik Birliğini Korumak İçin Hâkimin Alacağı Genel Tedbirler...77	77

aa. Uyarma.....	77
bb. Uzlaştırma.....	78
cc. Uzman Kişilerin Yardımını İsteme.....	78
c. Evlilik Birliğini Korumak İçin Hâkimin Alacağı Genel Tedbirler...	79
aa. Evlilik Birliği Devam Ederken Hâkim Tarafından Alınacak Tedbirler.....	79
aaa. Eşlerin Ailenin Geçimi İçin Yapacakları Parasal Katkının Belirlenmesi.....	79
bbb. Eşlerden Birinin, Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması Veya Sınırlandırılması.....	81
i. Şartları.....	81
ii. Sonuçları.....	82
ccc. Aile Konutu Üzerinde Tasarrufta Bulunabilmesi İçin Eşe Yetki Verilmesi.....	83
bb. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Hâkim Tarafından Alınacak Tedbirler.....	84
aaa. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Hâkim Tarafından Tedbir Alınabilmesi İçin Gerekli Şartlar.....	84
i. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi.....	84
ii. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesinin Haklı Bir Sebebe Dayanması.....	85
iii. Eşlerden Birinin Hâkimden Tedbir Alınmasını Talep Etmiş Olması.....	87
bbb. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Hâkim Tarafından Alınabilecek Tedbirler.....	87
i. Eşlerin Yapacağı Parasal Katkının Belirlenmesi	88

ii. Konut ve Ev Eşyasından Yararlanma	
Şeklinin Düzenlenmesi.....	88
iii. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Tedbirler.....	89
iv. Çocuklara İlişkin Düzenleme Yapılması.....	89
cc. Eşlerin Hem Birlikte Hem Ayrı Yaşaması Hallerinde	
Alınabilecek Tedbirler.....	90
aaa. Hâkimin Eşlerden Birinin Borçlularına,	
Borçlarını Diğer Eşe İfa Etmelerinin Emretmesi.....	90
bbb. Borçlu Eşe Ödeme İçin Süre Öngörülmesi.....	91
ccc. Mal Ayrılığı Rejimine Geçiş Kararı Verilmesi.....	92
5. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK TEDBİRLERİN	
HUKUKİ NİTELİĞİ.....	93
6. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK TEDBİRLERİN	
ORTADAN KALDIRILMASI VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ.....	94
7. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK TEDBİRLERDE	
YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME.....	95
§ 4. EVLİLİK BİRLİĞİNİN SARSILMASI ESNASINDA,	
EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI	
I. GENEL OLARAK.....	96
II. BOŞANMA SEBEPLERİNİN KANUNDA	
SINIRLI SAYIDA BELİRTİLMESİ.....	96
A. GENEL OLARAK.....	96
B. MEDENİ KANUN'DA DÜZENLENEN BOŞANMA SEBEPLERİ.....	98
1. ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ.....	98
a. Zina.....	98
b. Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranış.....	100

c. Suç İşleme Ve Haysiyetsizce Hayat Sürme.....	100
d. Terk.....	101
e. Akıl Hastalığı.....	102
2. GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ.....	103
a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması.....	103
b. Eşlerin Anlaşması (Anlaşmalı Boşanma).....	104
c. Ortak Yaşamın Yeniden Kurulamaması.....	105
C. MEDENİ KANUN'DA DÜZENLENEN BOŞANMA SEBEPLERİNİN EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ.....	106
III. BOŞANMA DAVASI SIRASINDA HÂKİMİN, EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUMAK AMACIYLA ALACAĞI TEDBİRLER...	108
IV. BOŞANMANIN ANCAK HÂKİM HÜKMÜYLE OLABİLMESİ.....	110
V. BOŞANMA DAVALARININ AYRI BİR YARGILAMA USULÜNE TABİ OLMASI.....	111
VI. BOŞANMA İSTEĞİYLE AÇILAN DAVADA HÂKİMİN AYRILIK KARARI VEREBİLMESİ.....	114
A. GENEL OLARAK.....	114
B. HÂKİMİN AYRILIĞA KARAR VEREBİLMESİNİN ŞARTLARI..	115
C. AYRILIĞIN SÜRESİ.....	116
D. HÂKİMİN AYRILIK KARARINDA ALACAĞI TEDBİRLER.....	116
E. AYRILIK KARARININ HUKUKİ SONUÇLARI.....	119
F. AYRILIĞIN SONA ERMESİ.....	119
G. AYRILIK KARARLARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	120

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL KANUNLARDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

§ 1. 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN	
HÜKÜMLERİNE GÖRE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	121
I. GENEL OLARAK.....	121
II. AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN.....	122
A. AİLE İÇİ ŞİDDET.....	123
1. KAVRAM.....	123
2. AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÇEŞİTLERİ.....	124
B. AİLE İÇİ ŞİDDET DURUMUNDA	
EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMA YOLLARI.....	125
1. 4320 SAYILI KANUNUN UYGULANMA ŞARTLARI.....	125
a. Fiili Şart.....	125
b. Aile İçi Şiddet Davranışının Faili.....	127
c. Aile İçi Şiddet Davranışının Mağduru.....	128
d. Aile İçi Şiddet Davranışının Bildirilmesi.....	129
2. 4320 SAYILI KANUNUN UYGULANMA USULÜ.....	130
3. 4320 SAYILI KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLER.....	132
a. Genel Olarak.....	132
b. Tedbirler.....	132
aa. Şiddete veya Korkuya Yönelik Söz ve Davranışlarda	
Bulunmaması Konusunda Kusurlu Eş veya Aile	
Bireyinin Uyarılması.....	132

bb. Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin, Diğer Eş ve Diğer Aile Bireylerinin Ev veya İşyerlerinden Uzaklaştırılması.....	133
cc. Aile Bireyelerine Ait Eşyalara Zarar Vermemesi Konusunda Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Uyarılması.....	134
dd. Aile Bireyelerini İletişim Araçlarıyla Rahatsız Etmemesi Konusunda Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Uyarılması.....	135
ee. Kusurlu Eş veya Diğer Aile Bireyinden Silah ve Benzeri Araçlarını Genel Kolluk Kuvvetlerine Teslim Etmesinin İstenmesi.....	135
ff. Kusurlu Eş veya Diğer Aile Bireyinin, Alkollü veya Uyuşturucu Herhangi Bir Madde Kullanılmış Olarak Konuta veya İşyerine Gelmemesi veya Bu Yerlerde Bu Maddeleri Kullanmaması Konusunda Uyarılması.....	136
gg. Kusurlu Eş veya Diğer Aile Bireyinin Bir Sağlık Kuruluşuna Muayene veya Tedavi İçin Başvurmasına Karar Verilmesi.....	137
hh. Kanun'da Öngörülen Tedbirlere Benzer Tedbirlere Başvurulması.....	137
ıı. Tedbir Nafakasına Karar Vermesi.....	138
4. 4320 SAYILI KANUNUN UYGULANMA YÖNÜNDEN GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME.....	139
5. 4320 SAYILI KANUN GEREĞİNCE VERİLEN KARARLARININ UYGULANMASI.....	140
6. 4320 SAYILI KANUN GEREĞİNCE VERİLEN KARARLARA KARŞI YARGI YOLLARI.....	141
7. 4320 SAYILI KANUN İLE TÜRK MEDENİ KANUN'UN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ	

ARASINDAKİ İLİŞKİ.....	142
8. 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'A MUHALEFET SUÇU.....	145
a. Korunan Hukuki Menfaat.....	145
b. Suçun Faili.....	145
c. Suçun Mağduru.....	146
d. Ön Şartlar.....	146
e. Suçun Maddi Unsuru.....	147
f. Suçun Manevi Unsuru.....	147
g. Suça İlişkin Diğer Hususlar.....	147
h. Öngörülen Yaptırım.....	147
9. 4320 SAYILI KANUNA İLİŞKİN ELEŞTİRİ VE ÖNERİLER....	148
§ 2. AİLE MAHKEMELERİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI.....	150
I. AİLE MAHKEMELERİNE DUYULAN GEREKSİNİM.....	150
II. TÜRK AİLE MAHKEMELERİ.....	153
A. AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ AMACI VE KAPSAMI...153	
B. AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞU, YAPISI VE YARGI ÇEVRESİ.....	154
C. AİLE MAHKEMELERİNİN GÖREVLİLERİ.....	156
1. AİLE MAHKEMESİ HÂKİMLERİ.....	156
2. AİLE MAHKEMESİ BÜNYESİNDEKİ UZMANLAR.....	156
D. AİLE MAHKEMELERİNİN GÖREVLERİ.....	159
E. 4787 SAYILI KANUN'A GÖRE ALINABİLECEK TEDBİRLER..162	
F. 4787 SAYILI KANUN'A GÖRE ALINABİLECEK TEDBİRLER İLE 4320 SAYILI KANUNDAKİ TEDBİRLERİN KARŞILAŞTIRILMASI.....	163

G. 4787 SAYILI KANUN'A GÖRE TARAFLARIN

SULH YOLUYLA ÇÖZÜME TEŞVİKİ.....164

SONUÇ.....168

KAYNAKÇA.....179

ÖZET.....188

KISALTMALAR

AMK	: Aile Mahkemeleri Kanunu
b.	: Bent
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
d.n.	: Dip Not
E.	: Esas
EMK	: Eski (743 sayılı) Medeni Kanun
f.	: fıkra
İİK	: İcra İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
md.	: madde
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.K.	: Sayılı Kanun
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TMK	: (4721 sayılı) Türk Medeni Kanunu
vd.	: ve devamı
vs	: vesaire
Y.	: Yargıtay
yuk.	: yukarıda

GİRİŞ

I. KONUNUN SUNULMASI VE SINIRLANDIRILMASI

“Evlilik Birliğinin Korunması”, bu çalışmanın konusu olarak seçilmiştir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 185. maddesine göre, “evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur”. Evlenmek isteyen kişiler, evlendirmeye yetkili memurun önünde evlenme hususundaki iradelerini açıkladıkları anda evlenme sözleşmesi, dolayısıyla evlilik birliği kurulmuş olur. Bu noktada evlilik birliği kavramıyla, aile kavramı arasında ilişkiyi kısaca irdelemek gerekir. Aile kavramı Türk Medeni Kanunu’nda tanımlanmamıştır; çünkü kanun koyucu, aileyi sosyal bir gerçeklik olarak bulmuş ve onu kabullenmiştir. Ailenin içerik ve kapsamı toplumdan topluma, zamandan mekâna farklılık gösterir. Her milletin hatta her toplumun kendisine özgü bir aile anlayışı vardır. Ailenin her yerde ve her zaman geçerli bir tanımını vermek mümkün değildir; bu nedenle kanun koyucunun aileyi tanımlamamasını yadırgamamak gerekir.

Aile, toplumun çekirdeğini oluşturan birimdir. Sosyal bir varlık olan insan için toplumsal hayat ne kadar önemli ve gerekli ise, bir toplum için de o toplumun çekirdeğini oluşturan aile kurumu o kadar hayati bir öneme sahiptir. Bu nedenle toplumun doğal temeli olan aile, insanlık tarihinin başlangıcıyla birlikte hep var olmuş ve toplumun varlığını devam ettirmesinde de önemli görevler üstlenmiştir. Aile, toplumlarda kültürel kimliğin bir alt kuşağa aktarılması, neslin devamı, çocukların bakım ve yetiştirilmesi, yeni nesillere ahlaki değerlerin kazandırılması, ahlaki ve toplumsal bilincin aktarılması, sevgi, saygı ve hoşgörü v.b. tutum ve değerlerin yerleştirilmesi gibi temel ve evrensel fonksiyonları üstlenmekte ve yerine getirmektedir. Anayasanın 41. maddesinde de ailenin Türk toplumunun temeli olduğu belirtilmiş; Devlete ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatları kurması konusunda ödevler yüklenmiştir.

Evlilik birliğinin korunması, Medeni Hukuk ve monografik Aile Hukuku eserlerinde genel olarak; çeşitli makale ve sunumlarda dağınık olarak incelenmiştir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerde 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu

ile yapılan önemli değişiklikler bu konunun daha toplu, daha geniş ve yeni baştan incelenmesi gerekliliğini doğurmuştur

Çalışmamız iki bölüme ayrılacaktır. Birinci bölümde, Türk Medeni Kanunu'nda evlilik birliğini korumaya yönelik hükümler incelenecektir. Bu bölümde Türk Medeni Kanunu'nda, evlilik birliğinin kurulması, devamı ve sarsılması aşamalarında evlilik birliğinin korunması incelenecektir.

Çalışmamızın ikinci bölümünde, özel kanunlarda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümleri incelenecektir. Bu bağlamda 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun hükümleri, evlilik birliğinin korunması açısından irdelenecektir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI, AİLE KAVRAMI VE EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI

Medeni Kanun'un 185. maddesinin 1. fıkrasına göre, evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Evlenmek isteyen kişiler evlendirmeye yetkili memurun önünde evlenme hususundaki iradelerini açıkladıkları anda evlenme sözleşmesi, dolayısıyla evlilik birliği kurulmuş olur. Evlilik birliği, kendine özgü bir anlam ve niteliği bulunan bir kurumdur. Evlilik birliği, bütün hayatı içine alan bir ortaklığı ifade eder.¹ Bu birlik içinde bütün gaye ve ideallerde her türlü mücadelelerinde, sevinç ve üzüntülerinde beraberlik söz konusudur.² Evlilik birliği, Aile Hukukunun en önemli konusunu teşkil eder. Evlenme ile kurulan bu birlik, devam ettiği sürece bir kısmı kişisel bir kısmı da mali olmak üzere bir takım hükümlere tabi olur. Evlilik birliğine ilişkin hükümler, esas olarak Medeni Kanun'un Aile Hukuku kitabının "Evlilik Hukuku" başlığı taşıyan birinci kısmında düzenlenmiştir. Tabi ki, bir birlikteliğin hukuk düzeni tarafından kabulü ve bu

¹ Köprülü, Bülent-Kaneti, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1989, s. 5; Zevkliler, Aydın-Acabey, M. Beşir-Gökyayla, K. Emre: Medeni Hukuk, Ankara 2000 s. 671.

² Tandoğan, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965, s. 1.

birliğin kanuni statüsüne kavuşması ancak geçerli bir evlenme akdiyle oluşmasına bağlıdır. Bu şartı sağlamayan birliktelikler, fiili bir birliktelik olmaktan öteye geçemez.³

Medeni Kanun, evlenme ile evlilik birliğinin kurulacağı hüküm altına alınmış ve birlik kavramına birçok maddesinde yer verilmiştir. Kanun koyucu, evlilik hukuku içerisinde eşlerin birbirleri ile ve çocuklar ile kişisel ve mali ilişkilerini düzenlerken hep bir birlik fikri üzerinden hareket etmiş, adeta evlilik hukukuna ilişkin temel esasları birlik fikri üzerine inşa etmiştir. Buna rağmen, Medeni Kanun’da evlilik birliğinin hukuki mahiyeti açıkça düzenlenmemiştir.⁴ Ancak Kanun’da yer alan evlilik birliğine ilişkin hükümler incelendiğinde; evlilik birliğinin hukuki niteliği, eşler arasında kurulan fakat onlardan ayrı bir varlığa sahip olan, çeşitli hak ve yükümlülükleri bulunan, tüzel kişiliği bulunmayan ve kanun koyucu tarafından başta Anayasa olmak üzere diğer bazı kanunlarla (4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu vs.) özel olarak korunan bir birlik olarak karşımıza çıkmaktadır.

B. AİLE KAVRAMI

1. AİLENİN TANIMI

Evrensel bir kurum olan ailenin çok çeşitli tanımlamaları yapılmıştır. Bunlardan bazılarını bakacak olursak:

Aile, aralarında kan bağı dolayısıyla hısımlık ilişkisi bulunan veya evlilik ya da evlat edinme sonucunda hısımlık ilişkisi kurulan kişilerden oluşan, temel bir toplumsal kurumdur.⁵ Aile, bir toplumun en küçük örgütlü birimini oluşturan tarihi ve sosyolojik bir gerçektir. İnsanın karşı cinsle birlikte yaşama içgüdüsünün yarattığı bir birliktir.⁶ Sosyolog Mac Iver’e göre aile, “seks ilişkisine dayalı, çocuk sahibi

³ Köprülü-Kaneti, s. 64.

⁴ Şenyuva, Ardahan Şükrü: Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 10.

⁵ Ayhan, Rıza: “Aileye Yönelik Hukuki Düzenlemeler”, Türkiye Aile Yıllığı, Ankara 1991, s. 81.

⁶ Cansel, Erol: “Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya 1991, s. 405.

olma ve bu çocukları yetiştirme özellikleri gösteren bir gruptur”.⁷ Winch de aileyi grup kategorisine sokmakta ve aileyi, kuşak ilişkilerine göre ana baba ve çocuktan meydana gelen bir gurup olarak tanımlamaktadır.⁸ Gökçe’ye göre aile; Ana-baba ve çocuklar ve tarafların kan akrabalarından (aile biçiminin gereğine göre) meydana gelmiş ekonomik ve toplumsal bir birliktir.⁹ Kabaca bir tanım vermek gerekirse; aile, kan ve kayın hısımlığı ya da evlatlık ilişkisiyle oluşan soy bağı hısımlığı ile birbirine bağlı kişilerden meydana gelen toplumun en temel birimidir.

2. TÜRK MEDENİ KANUNU’NDA AİLENİN TANIMI

Aile kavramı, Türk Medeni Kanunu’nda tanımlanmamıştır; çünkü kanun koyucu, aileyi sosyal bir gerçeklik olarak bulmuş ve onu kabullenmiştir.¹⁰ Ailenin içerik ve kapsamı toplumdan topluma, zamandan mekâna farklılık gösterir. Her milletin hatta her toplumun kendisine özgü bir aile anlayışı vardır. Ailenin her yerde ve her zaman geçerli bir tanımını vermek mümkün değildir, bu nedenle kanun koyucunun aileyi tanımlamamasını yadırgamamak gerekir.

Türk Medeni Kanunu’ndaki düzenleme yukarıda belirttiğimiz üzere aileyi tanımlamamıştır. Ancak Medeni Kanun’daki düzenlemede ve bu düzenleme ışığında doktrinde aile kavramı üç değişik anlamda kullanılmıştır.¹¹

-Dar anlamda aile, sadece eşlerden (kadın ve kocadan) meydana gelen birliği ifade etmek için kullanılır. Dar anlamda aileye “evlilik birliği” de denilmektedir. Gerçekten Medeni Kanun’un 166, 185-195, 201 ve diğer bazı maddelerinde “evlilik birliği” deyimiyle dar anlamda aileyi ifade etmek istemiştir. Doktrinde de hemen

⁷ Mac Iver and Page, Society, Mc Milan Ltd. 1965, s.238 (Naklen, Gökçe, Birsen: “Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 206. dn.1).

⁸ Winch, The Modern Family, Holt Rinehart and Winston, 1965, s.4 (Naklen, Gökçe, s.206, dn.2).

⁹ Gökçe, s. 207.

¹⁰ Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 2004, s. 3.

¹¹ Öztan, s. 3-4; Zevkliler, Aydın-Havutçu, Ayşe- Gürpınar, Damla: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2008, s. 240-241; Akıntürk, Turgut: Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku, İstanbul 2008, s. 5-6; Hatemi, Hüseyin-Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993 s. 3; Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 1965, s. 6; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 667; Feyzioğlu, Necmeddin Feyzi: Aile Hukuku, İstanbul 1986 s. 4;Tandoğan, s. 1.

hemen bütün yazarlar dar anlamda aile için “evlilik birliği” deyimini kullanmışlardır.¹²

-Geniş anlamda aile, dar anlamda aileye çocukların eklenmesiyle meydana gelen birliği yani ana, baba ve çocukların oluşturduğu topluluğu ifade eder. Medeni Kanun’da bu kavrama özellikle velayeti düzenleyen hükümlerde rastlamaktayız. Gerçekten Medeni Kanun’un 335-363’üncü maddeleri geniş anlamda aileyi düzenlemektedir. Doktrinde bazı yazarlar bu anlamda aileye “velayet ailesi” olarak ifade etmektedirler.¹³

-En geniş anlamda aile, geniş anlamda aileye gerek kan bağıyla veya evlilik nedeniyle bağlı olan hısımlar, gerek bir sözleşme ilişkisi dolayısıyla (işçi, bahçıvan, hizmetçi vs.) bir arada yaşamakta olan kişilerin katılımıyla oluşan topluluğu ifade eder. Gerçekten Medeni Kanun’un 367-370. maddeleri en geniş anlamda aileyi, “ev düzeni” başlığı altında düzenlemiştir. Doktrinde bazı yazarlar, bu anlamda aileyi “ev topluluğu” biçiminde isimlendirmişleridir.¹⁴

3. TARİHSEL GELİŞİME GÖRE AİLE TÜRLERİ, AİLENİN ÖNEMİ VE TÜRK AİLE YAPISI

a. Tarihsel Gelişime Göre Aile Türleri

Sosyoloji, ailenin, “klan ailesi” ile başladığını görüşünü benimsemiştir. Klan ailesinin bir kurum haline getiren ruh kaynağını ve gücünü topluluk bilincinden alır. Bu bilinç aileyi doğal bir birlik olmaktan öte, toplumsal bir kurum durumuna getirmektedir. Ailede bireyler adeta erimiş halde yaşarlar.¹⁵ Bir diğer aile tipi “pederşahi-ataerki aile”dir. Bu ailede babanın hâkimiyeti ön plandadır. Pederşahi aile tipinin en belirgin örneği tarihte Roma ailesinde görülmektedir. Roma ailesi, kan akrabalığına değil, hukuki bir esasa dayanır. Aile aynı baba egemenliğine (Patria

¹² Akıntürk, s. 6; Velidedeoğlu, s. 6; Tandoğan, s. 1; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 667; Hatemi-Serozan, s. 3.

¹³ Akıntürk, s. 6; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 667; Feyzioğlu, s. 4; Velidedeoğlu s. 6.

¹⁴ Hatemi-Serozan, s. 3

¹⁵ Eröz, Mehmet-Güler, Ali: Türk Ailesi, Atatürk Yüksek Kurumu A.K.M. Başkanlığı Yayınları, Ankara 1998, s. 1; Şahinkaya, Rezan: “Türk Aileleri Hangi Yönden Birbirlerine Farklılık Gösterirler”, Aile Yazıları I- Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T.C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 38-39; Özkan, Zülfikar: “Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989, s. 14 vd.

Potestas) tabi olanlardan oluşur.¹⁶ Bu devirde aile reisi olan baba, ailedeki fertlerin hayatlarını dilediği gibi yönetirdi.¹⁷ Roma'da aileye mahsus olan bu mutlak egemenliğin nedeni, aile (familia)'nin devlet gibi örgütlenmesinde aranmalıdır. Bu yapılanmada aile babası, devlet başkanı gibidir.¹⁸ Değişen sosyal yapı ile birlikte pederşahi aile tipi, yerini “pederi aile” tipine bırakmıştır. Burada baba söz sahibi olmakla birlikte, ananın da aile işlerinde fikri alınmaktadır. Ekonomik şartların değişmesi ve sanayi inkılâbı pederi ailenin devrilmesine ve modern demokratik ailenin doğmasına sebep olmuştur.¹⁹ Günümüzde ise ana, baba ve varsa evlenmemiş çocuklardan oluşan modern “çekirdek aile” bu oluşumların yerini almıştır.

b. Ailenin Önemi

Toplumun gelişmesi, ilerlemesi, barış ve birlik içinde yaşaması sağlıklı ailelerin varlığıyla mümkündür. Ailelerde oluşan düzen bozukluğu toplumun gerilemesi sonucunu doğurur. Devletin ailenin görevlerini kısmen üstlenmesi (sosyal sigortalar, sosyal yardımlar, eğitimde resmi okullar, vs.) ailenin toplum için önemini azaltmamıştır. Ailenin, kişisel özgürlükleri ve toplumsal gelişmeyi önlediği, gelişen toplumda bürokratik örgütlerin ortaya çıkmasıyla ailenin işlevinin kalmadığı da iddia edilmektedir. Kapitalist kampın bazı düşünürleri sanayileşmeden dolayı, sosyalist kampın bazı düşünürleri ise, sanayileşme ile birlikte üretim araçları mülkiyetinin de devlete devredileceğinden dolayı, ailenin ortadan kalkacağı konusunda birleşirler.²⁰ Her ne kadar ailenin zaman içerisinde ortadan kalkacağı ileri sürülüyorsa da, bu tez görülebilen gelecek için bir ütopyadan ibarettir. Aile yine insan topluluklarının en önemli çekirdeği olarak varlığını sürdürmektedir.²¹

c. Türk Aile Yapısı

Orta Asya'da İslam öncesinde var olan Türk ailesi çekirdek aile tipindeydi ve Türk kadını erkek ile eşit haklara sahipti. Dede Korkut hikâyelerinde de Oğuz

¹⁶ Ayiter, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara 1963. s. 42 vd.

¹⁷ Uçar, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aileyi Koruma Yasası, Ankara 2003, s. 26; Şahinkaya, s. 38.

¹⁸ Akıncı, Şahin: “Medeni Kanun'da Kadın ve Aile”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII Sayı.1-2, 2004, s. 22.

¹⁹ Şahinkaya, s. 39.

²⁰ Kongar, Emre: “Türkiye’de Aile Yapısı, Evrimi ve Bürokratik Örgütlerle İlişkileri”, Aile Yazıları II-Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 206.

²¹ Öztan, s. 4.

toplumdaki ailenin aşığı yukarı bugünkü aile yapımızla aynı olduğunu, yani çekirdek aile olduğunu görmekteyiz.²² Türklerde aile kan akrabalığına dayanıyordu. Aile pederi tipte, yani zor ve cebire dayanan pederşahi değil, velayet (dost, yardım) esasında baba hukukunun hakim olduğu bir sistemdi. Türk ailesinde tek eşli evlilik (monogami) esastı.²³ Çok eşli evlilik hiçbir zaman hoş görülmemiştir.²⁴ Osmanlı Türklerinde aile yarı pederşahiydi. Ana, baba, çocuklar, gelinler aynı evde otururlardı. Köylerde, aile hayatında tek kadınla evlilik (monogami) yaygındı. Şehir ve kasabalarda devlet erkânı ve zenginler haremelerinde nikâhlı eşler yanında cariyeler bulundurulardı.

Osmanlı'da kadın hakları konusunda ileri bir adım iktidarda bulunan İttihat ve Terakki hükümetinin 28 Ekim 1917'de çıkardıkları Hukuk-i Aile Kararnamesi ile atılmıştır.²⁵ Bu kararnameye evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tarihi süreç kısmında değinilecektir.

Türk kadını erkekle eşit haklara Medeni Kanun ile kavuşmuştur. 17 Şubat 1926'da kabul edilen 743 Sayılı Medeni Kanun'la (madde 112/b.1) tek eşli evlilik getirilmiştir. Cumhuriyetle birlikte kadının aile içindeki ve toplumdaki artan etkinliği, hiçbir zaman erkeğin rolünü azaltan bir etki yapmamıştır. Türk ailesinin tipik bir özelliğı ailede kadının rolü erkeğe göre matematik bir eşitlik şeklinde değildir. Türk ailesinde kadının artan fonksiyonları aile reisini ve baba soyunu yıkararak onun aleyhine bir genişleme göstermemiştir. Örf ve adetlerimizden olan kadına saygı kadar, eşe ve aile reisi olan erkeğe bağıllık ve dayanışma süregelmiştir.²⁶

²² Kocakaplan, İsa: "Dede Korkut'ta İnsan Hükümdar ve Aile", Aile Yazıları II-Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 252-257.

²³ Donuk, Abdülkadir: "Çeşitli Topluluklarda ve Eski Türklerde Aile" Türk Aileleri Hangi Yönden Birbirlerine Farklılık Gösterirler", Aile Yazıları I- Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 297; Banguoğlu, Tahsin: "Türklerde Aile", Aile Yazıları I- Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 360; Eröz, s. 235.

²⁴ Banguoğlu, s.360.

²⁵ Kuran, Ercüment: "Türk Ailesinin Mahiyeti ve Tarihi Gelişmesi", Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 367; Tutumlu, Mehmet Akif: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s. 47.

²⁶ Erkal, Mustafa E. : "Türk Ailesi ve Batı Avrupa'daki Bazı Değişmeler", Aile Yazıları II-Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 409.

C. AİLE KAVRAMI VE EVLİLİK BİRLİĞİ KAVRAMI ARASINDAKİ İLİŞKİ

Yukarıda açıklandığı üzere²⁷; dar anlamda aileye gerek doktrinindeki hemen hemen bütün yazarlar gerekse de kanun koyucu Medeni Kanun'un 166, 185-195, 201 ve diğer bazı maddelerinde "evlilik birliği" kavramını kullanmıştır. Yani "dar anlamda aile" ile "evlilik birliği" kavramı özdeştir. Medeni Kanun'un dar anlamda aileyi düzenleyen hükümleri, Aile Hukuku kitabının başında "Evlilik Hukuku" başlığı altında bulunmaktadır.

Tez çalışmamızda dar anlamda ailenin korunmasını yani evlilik birliğinin korunmasını inceleyeceğiz.

III. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KAVRAMI, TARİHSEL SÜREÇ VE YASAL DÜZENLEMELER

A. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI KAVRAMI

Aile yukarıda da bahsedildiği üzere toplum hayatında çok önemli bir yer işgal etmiş ve Devlet tarafından özel olarak korunması gereksinimi duyulmuştur. Evlilik birliğinin korunması, eşlerin evlilik birliği içerisinde karşılaştığı sorunların çözülerek evliliğin sona ermesinin önlenmesi ve devamının sağlanması konusunda yapılan çalışmalardır.²⁸ Bu çalışmalar devletin aileye müdahalesi ilkesine dayanır ve gerekçesini Anayasanın 41. maddesinden alır. Bu politikalar, hükümet programlarında, kalkınma planlarında aile kurumuna yer verilip ihtiyaçlarının sağlanması, çeşitli sosyal hizmetler sunulması, aile planlaması, aileye yönelik sağlık hizmetleri sunulması, aileyi korumaya yönelik gerekli kurumların kurulması şeklinde kendini gösterdiği gibi, hukuki yönden de aileyi koruyucu kanuni düzenlemeler yapılması (örneğin 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 4787 sayılı Aile Mahkemeleri Kanunu) şeklinde karşımıza çıkmaktadır.

²⁷ Bkz. s. 4-5.

²⁸ Tekinay, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990 s. 337; Akıntürk, s. 130; Zevkliler-Acabey- Gökyayla s. 762; Feyzioğlu, s. 201; Velidedeoğlu, s. 121; Köprülü-Kaneti, s. 125; Öztan, s. 210.

Devletin aileye müdahalesinin bir sınırı çizilmiş değildir. Öyle ki yeri geldiğinde aile planlaması yapılmakta, ana babanın tedip hakkının ölçüsünü kaçırdığında çocuğu ana babadan alıp yatılı kurumlara yerleştirebilmektedir. Devletin aileye müdahalesinin sınırı, Anayasamızın İkinci Kısımındaki Temel Hak ve Hürriyetler ile Kişi Hak ve Hürriyetleri bu alandaki uluslararası sözleşmeler olmalıdır.

Burada korunan evlilik kanununun aradığı şekle uygun olarak yapılan evliliğdir, yoksa resmi nikâha dayanmayan birliktelikler (örneğin dini nikâhla evlilik), bu korumadan yararlanamaz. Bir başka deyişle yok hükmünde olan evlenmeler hiçbir zaman bu korumadan yararlanamazlar. Ancak evlilik mutlak butlanla geçersiz ise, hâkim kararıyla iptal edilene kadar geçerli bir evliliğin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağından²⁹, korumaya yönelik hükümler bu evliliklere de evlilik iptal edilinceye kadarki aşamalarına uygulanır.³⁰

Aile, içinde yaşamakta olduğu toplumun temel taşıdır. Zira toplum, aile dediğimiz sosyal ünitelerden meydana gelen insan topluluğudur. Toplumun sağlıklı bir şekilde gelişmesi, ancak aile kurumunun sağlam temellere oturtulmasına bağlıdır. Evlilik birliği, birliği oluşturan kişilerin varlığı olmaktan çok toplumun malıdır. Zira toplumu teşkil eden aileler ne kadar sağlam olursa, toplumda o kadar sağlam olur. Devlet çıkardığı kanunlarla evlilik birliğini koruma altına almıştır.³¹ Ailenin bu vazgeçilemez önemi ve işlevi nedeniyle evlilik birliğinin korunması büyük bir öneme sahip olmaktadır.

Evlilik birliğinin korunmasında bazı ilkeler göz önünde tutulmak zorundadır. Bu ilkelerden ilki, hâkimin menfaatler dengesini göz önünde tutması ilkesidir. Evlilik birliğinin korunmasında, eşlerin bireysel menfaatleriyle ile evlilik birliğinin sürdürülmesi arasında bir karşılaştırma yapılır. Hâkim, menfaatler dengesini göz önünde tutarak bir karar vermelidir.³² Diğer bir ilke, eşler arasında mutlak eşitliğin bozulmaması ilkesidir. Yeni Medeni Kanunu'nun, aile hukukunda kadın-erkek

²⁹ TMK 156/II fıkrası: “Mutlak butlan halinde bile evlenme, hâkimin kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğurur”.

³⁰ Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004, s. 22-23.

³¹ İnal, Nihat: Uygulamada Örnek Kararlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 1997, s. 1401; Akıntürk, s. 4.

³² Ayan, s. 34.

eşitliğini bozduğu iddia edilen hükümlerin hiç birine, evli kadınların kocaya karşı koruma amacına yönelik olup olmadığına bakılmaksızın, yer vermemiş böylece eşler arasında eşitliği tam anlamıyla sağlamıştır.³³ Diğer bir ilke, ancak eşlerin istemi üzerine hâkimin müdahalede bulunabilmesi ilkesidir.³⁴ Gerçekten Medeni Kanun'un 195. maddesinin 1. fıkrasına 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. Ancak bu ilke, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da geçerli değildir. Bu Kanun'da Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine re'sen gerekli tedbirleri alma yetkisi hâkime verilmiştir.³⁵

B. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN TARİHSEL SÜREÇ VE YASAL DÜZENLEMELER

1. CUMHURİYETTEN ÖNCEKİ DÖNEMDE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Osmanlı Devleti'nde, aile hukuku tamamen İslam hukuku esaslarına göre düzenlenmiştir.³⁶ Ancak Ortaylı'ya göre evlilik kurumunda, İslam hukukundan, toplumun gereksinimi dolayısıyla bazı sapmalar olmuştur.³⁷ 1869 tarihinde Cevdet

³³ Akıntürk, s. 13; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 246; Öztan, s. 20; Velidedeoğlu, s. 94; Hatemi-Serozan, s. 179; Tandoğan, s. 110; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 674.

³⁴ Akıntürk, s. 122; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 247-248; Öztan, s. 213; Velidedeoğlu, s. 120; Feyzioğlu, s. 201; Tekinay, s. 337; Köprülü-Kaneti, s.125.

³⁵ 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un 1. maddesine göre: "Türk Kanunu Medenisinde öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, eşlerden birinin veya çocukların veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığını kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi halinde, (Değişik ibare: 4787 - 9.1.2003 / md. 9) "Aile Mahkemesi Hakimi" re'sen meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak aşağıda sayılan tedbirlerden, bir ya da bir kaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmedebilir. "

³⁶ Ünal, Mehmet: "Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi", A.Ü.H.F.D., Cilt 34, S.1-4, Ankara 1978, s. 195.

³⁷ Ortaylı, İlber: "Anadolu'da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerinde Bazı Gözlemler", Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 285.

Paşa'nın başkanlığında kurulan “Mecelle Heyeti” tarafından hazırlanan “Mecelle-i Ahkam-ı Adliye” şahıs, miras ve aile hukukuna ilişkin hükümleri ihtiva etmiyordu.³⁸

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin ilk düzenleme 28 Ekim 1917'de çıkarılan 157 maddelik Hukuk-i Aile Kararnamesi ile atılmıştır.³⁹ Kararnamenin 38. maddesi Müslüman kadına kocasının tek eşi olma hakkı tanıyor ve koca önceden yaptığı yazılı sözleşmeye rağmen ikinci bir kadınla evlendiği takdirde, kadının mahkeme kararıyla boşanması mümkün oluyordu. Yine Kararname ile, hâkimin kararı olmadıkça kadının on yedi, erkeğin on sekiz yaşından evvel evlenemeyeceği belirtilerek evlenmeye yaş sınırı getirilmiştir. Devlet memuru önünde yapılmayan evlenmelerin geçerli olmayacağı belirtilerek evlilik birliğini koruyucu hükümlere yer vermeye çalışılmıştır. 1917 tarihli Hukuk-î Aile Kararnamesi, dini esaslara göre düzenlenmekle birlikte, bu esasları kanunlaştırmakla aile hukuku alanında kısmî bir devletleştirme ve laikleştirme hareketinin başlamasına da sebep olmuştur.⁴⁰ Ünal, söz konusu kararnameyi, Türk Aile Hukuku'nun kodifikasyonu açısından ileri ve önemli bir adım olarak değerlendirmektedir.⁴¹ Söz konusu kararname 1919 tarihinde yürürlükten kaldırıldı.⁴² Türkiye 1926 yılına kadar bir aile kanunundan yoksun kaldı.⁴³

³⁸ Mecelle Heyeti'nin bu hukuk dallarını da, kısa adı ile, Mecelle'nin birer kitabı olarak kodifiye etmeyi düşündüğü, ancak buna imkân ve fırsat bulamadığı ileri sürülmekle beraber, daha çok statü personeli ilgilendiren bu kitapların hazırlanmamış olmasında İslamî hükümleri gayri müslimlere uygulamamak ve bu konularda onlara serbesti tanınmak düşüncesinin ağır bastığı, o yüzden de, bu konuların Mecelle'ye alınmadığı sanılmaktadır. Bu vaziyet karşısında, kanun niteliğinde yazılı bir metinden mahrum eski uygulama, şahıs ve miras hukukunda olduğu gibi, aile hukuku alanında da devam etmiştir. Bkz. Ünal, s. 208.

³⁹ Tutumlu, Mehmet Akif: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002, s. 47; Kuran, s. 365-368.

⁴⁰ Ünal, s. 227.

⁴¹ Ünal, s. 230.

⁴² 1917 yılında ilan edilen bu kararname ancak 19 Haziran 1919'a kadar, 1 yıl 9 ay 11 gün yürürlükte kalabildi. Zira 16 Mart 1919'dan itibaren İstanbul'u işgal altında bulunduran İtilâf Devletleri Kuvvetleri Yüksek Komiseryası müdahale ederek bu kararnamenin ilgasını istedi. Bunun üzerine 1917 Hukuk-i Aile Kararnamesi 19 Haziran 1919'da neşredilen ve “yevm-i neşrinin ferdasından itibaren mer'iyü'l-icra” olan 7 maddelik “Hukuku Aile Kararnamesinin Lağvı Hakkında” ki diğer bir kararname ile yürürlükten kaldırıldı. Bkz. Ünal, s. 211.

⁴³ Fındıkoğlu, Ziyaeddin Fahri: “Türklerde Aile İçtimaiyatı”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 18; Kuran, s. 365 vd.

2. ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Bu güne kadar kurulan bütün uygarlıklar, hukuk sistemlerinde aile evrensel bir değer kabul edilip, sürekliliğini korumaya yönelik düzenlemeler yapmışlardır. Uluslararası hukukta evlilik birliğinin korunmasına büyük önem verilmiş, özellikle iki Dünya Savaşı sonrasında parçalanmış aile sayısındaki artış ve ortada kalan kimsesiz çocukların yarattığı sorunlar nedeniyle aileyi koruyucu kurallar uluslar arası belge ve sözleşmelerde düzenlenmeye başlanmıştır. 10 Aralık 1948 tarihinde New York'ta imzalanan⁴⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 16. maddesinin 3. bendinde: "Aile, toplumun doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur." denilerek ailenin toplum ve birey, açısından önemini açıkça vurgulamıştır. Yine 16 Aralık 1966 tarihinde New York'ta imzalanan⁴⁵ Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. bendine göre: "Toplumun doğal ve temel birimi olan aileye, özellikle ailenin kurulması için ve aileye bağımlı çocukların bakım ve eğitiminden sorumlu oldukları sürece, en geniş koruma ve yardımın yapılması sağlanmalıdır." Burada da aile kurumunun vazgeçilmezliği ve korunması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. 4.11.1950 tarihinde Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin⁴⁶ Özel hayatın ve Aile Hayatının Korunması başlıklı 8. maddesinin 1. bendine göre, "herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir." Ayrıca BM Genel Kurulunun 18 Aralık 1979 tarihli ve 34/180 sayılı Kararıyla kabul edilmiş 3 Eylül 1981 tarihinde yürürlüğe giren "özel" olarak kadın haklarına ilişkin

⁴⁴ İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10 Aralık 1948 tarih ve 217 A(III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6 Nisan 1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile "İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin Resmi Gazete ile yayınlanması yayımdan sonra okullarda ve diğer eğitim müesseselerinde okutulması ve yorumlanması ve bu Beyanname hakkında radyo ve gazetelerde münasip neşriyatta bulunulması" kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴⁵ 16 Aralık 1966 tarihli, 2200A (XXI) sayılı Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararıyla kabul edilmiş. "Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin çekince ile onaylanması; Dışişleri Bakanlığı'nun 25/6/2003 tarihli ve AKGY/256127 sayılı yazısı üzerine, 31/5/1963 tarihli ve 244 sayılı Kanununun 3 üncü maddesine göre, Bakanlar Kurulu'nca 10/7/2003 tarihinde kararlaştırılmıştır. Bakanlar Kurulu Kararı 11 Ağustos 2003 tarih ve 25196 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴⁶ Sözleşme 4 Kasım 1950'de Roma'da imzalanmış ve 59. maddeye uygun olarak 3 Eylül 1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye Sözleşme'yi 4 Kasım 1950 tarihinde imzalamış ve 10 Mart 1954 tarihinde ihtirazi kayıtla onaylamıştır. 6366 Sayılı Onay Kanunu 19 Mart 1954 gün ve 8662 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

belgelerin en önemlisi olarak kabul edilen⁴⁷ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme⁴⁸ ailenin ve özellikle kadının korunmasına ilişkin hükümleri uluslararası platforma taşımıştır. Son olarak, Avrupa Konseyi'nin No. R(98) 1 sayılı Ailede Arabuluculuğa ilişkin Tavsiye Kararı ise aile arabuluculuğunun gelişmesi veya oluşturulmasını teşvik etmek amacıyla düzenlenmiş olup⁴⁹; ailevi uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüm kurallarını içermektedir.

Kısaca aile arabuluculuğu⁵⁰ konusuna değinmek gerekirse; aile arabuluculuğu kavramı, aile hukukundan doğan, aileyi oluşturan bireylerin hepsini kapsayan, tarafların sorumlulukları ve yetkilerini ilgilendiren kavramları içinde barındıran bir kurumdur.⁵¹ Sunulan hizmet, boşanmaya giden süreci yaratan çatışmaların tarafların ortak iradeleri ile çözümlenmesine yardımcı olmak, tarafların ortak çözümünün boşanma olması halinde ise boşanmaya giden yolu avukatlık meslek alanına müdahale etmeksizin etkin iletişim tekniklerini kullanarak düzenlemektir. Zira boşanma gerçekleşse bile taraflar arasındaki ilişki çoğu kez ve özellikle ortak çocukların mevcudiyeti halinde devam etmektedir.⁵²

Avrupa Konseyi'nin No. R(98) 1 sayılı Ailede Arabuluculuğa ilişkin Tavsiye Kararı Tavsiye Kararı'nın 1. maddesinde arabuluculuğun içeriği, 2. maddesinde arabuluculuğun oluşturulması, 3. maddesinde usul, şart ve sonuçları, 4. ve 5. maddelerinde uzlaşma metninin onaylanması, 6-7. ve 8. maddelerinde arabuluculuk kurumunun geliştirilmesi, anlaşmazlığın çözümünde öngörülen diğer vasıtalar

⁴⁷ Arıdemir, Arzu Genç: "Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi", Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 153 vd.

⁴⁸ Türkiye Antlaşmayı 11 Haziran 1985 tarihinde onaylamıştır. 3232 Sayılı Onay Kanunu 25 Haziran 1985 gün ve 18792 Sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmıştır.

⁴⁹ Aytaç, Mehlika: "Aile Ombudsmanlığı Hakkında Avrupa Konseyi No. R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı Üzerinde Bir İnceleme", T. C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Sayı 6, Yıl 92, Ocak 2001, s. 20 vd.

⁵⁰ Ailede arabuluculuğun tarihsel gelişimine bakıldığında, Avrupa'da nispeten yeni bir süreç olmasına karşın, Asya, Afrika ve Lâtin Amerika ülkelerinde, aile uyuşmazlığını arabulucu vasıtasıyla çözen gayrîresmî mekanizmalar olarak çok uzun süreden beri mevcut olduğu gözlenmektedir. Bundan ayrı olarak aile ve akrabalık çevresi birçok kültürde arabuluculuk kaynağı teşkil etmiştir. Japonya yasal çerçevesi 1950 tarihinde oluşturulan uzun arabuluculuk kültür geleneği ile karşılıklı özür ve bağışlama (mutual apology and pardon)'nın uyumun yeniden eski hâline getirilmesindeki önemini vurgulamaktadır. Bu yönüyle ailede arabuluculuk Türk kültürüne de yabancı sayılmayacak bir kavramdır. Nitekim eski bir gelenek olarak aile içi uyuşmazlıkların çözümünde geniş akrabalık çevresinin arabuluculuk kaynağı oluşturduğu bilinmektedir. Ancak şüphesiz sistematik bir mekanizmadan bahsedilemez. Bkz. Aytaç, s. 20.

⁵¹ Sana, Murat: "Aile Arabuluculuğu", <http://www.arabulucu.com/bosanma-aile-arabuluculugu/aile-arabuluculugu> 12.02.2010.

⁵² Ünsal, Hamdi Can: "Aile Arabuluculuğu", <http://www.arabulucu.com/bosanma-aile-arabuluculugu/aile-arabuluculugu-2> 12.02.2010.

öngörülmüştür. Kural olarak arabuluculuk zorunlu değildir. Devletler, arabuluculuk kurumunu resmi veya özel statüde düzenleyebilirler. Arabuluculuk taraflar arasında yansız ve neticeleri bakımından tarafsızdır. Arabuluculuk işlemleri büyük bir gizlilik içinde yapılmalı, daha sonra herhangi bir şekilde açıklanmamalıdır. Taraflar kanuni bir işleme başvurmadan arabuluculuk mekanizmasına başvurabilecekleri gibi kanuni işlemler devam ederken de başvurabilirler. Ailede arabuluculuk kurumu, kural olarak, tarafsız ve yansız üçüncü bir kişinin yer aldığı, bir süreç olup, taraflara, mahkeme dışı bir yaklaşımla sorunlarını çözme sansı tanımaktadır. Arabuluculuk, herhangi bir çözüm yetkisi bulunmayan bir arabulucunun yardımıyla, tarafların, kendi irade ve arzularıyla müşterek bir karara ulaşmalarını kolaylaştırmaktadır.⁵³ Ailede arabuluculuk, bir çeşit uzlaştırıcı işlev görmekte olup, evlilik danışmanlığı değildir. Fransa, Belçika, Almanya ve İngiltere gibi ülkelerde resmi veya özel kuruluşlar arabuluculuk hizmetleri verilmektedir. Ülkemizde ise bu konuda resmi bir kuruluş bulunmamaktadır.

Her uyuşmazlıkta olduğu gibi, aile uyuşmazlıklarında da uyuşmazlığın arabuluculukla çözülmesi herkesin yararına. Zira arabuluculuk sayesinde, taraflar arasındaki ilişkiler daha fazla gerginleşmeden taraflar arasında bir anlaşma yapılır, ailelerin ve çocukların daha çok yıpranması önlenir ve yapılacak masraflardan tasarruf edilir. Anayasamızın 41'inci maddesine göre, "aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile plânlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar". Bu çerçevede, aile uyuşmazlıklarının dostane yollarla çözümünün teşvik edilmesi devletin görevleri arasındadır. Bu amaçtan hareketle, ülkemizde 4787 sayılı "Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun" kabul edilmiştir. Ancak bu kanunda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R (98) 1 sayılı Tavsiye Kararında aile arabuluculuğuna yönelik olarak belirlenen ilkelere yer verilmemiştir. Her ne kadar Kanunun 6. maddesinde aile mahkemesinin, "evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşleri uyararak gerektiğinde uzlaştırmaya" yetkili olduğu belirtilmiş ve 7. maddesinde hâkimin, davanın esasına girmeden sulh yoluyla

⁵³ Aytaç, s. 26.

çözümü teşvik edeceği öngörülmüşse de, bu düzenlemelerin yeterli olduğunu söylemek mümkün değildir.⁵⁴

IV. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

İsviçre’de halk oylamasıyla ailenin gereksinimlerini göz önünde tutma zorunluluğu 1945 tarihinde Konfederasyona yüklenmiş böylece aile, anayasal güvenceyi kazanmıştır. İsviçre Anayasasıyla devlete, aileyi korumanın yanında ihtiyaçlarının da karşılanması konusunda yükümlülükler getirilerek aileye özel bir destek sağlanmıştır.⁵⁵ İMK’ u 172. maddesinde, eşlerden birinin aileye karşı olan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eşlerin aile birliğine ilişkin önemli konularda uyuşmazlığı hallerinde hâkimden birliğin korunmasının talep edileceği düzenlenmiştir. Koruma talep ve şartları TMK ile aynı esasları taşımaktadır.⁵⁶

Almanya, ilk kez 1919 tarihli Anayasasında aileyle ilgili düzenleme yapmış, bu düzenlemeyi 1949 tarihinde geliştirerek Anayasanın 6. maddesine koymuştur. Alman Anayasasında, evlilik ve aile devletin özel koruması altındadır denilerek aile kurumu özel olarak devletin koruması altına alınmış ve anayasal güvenceye kavuşmuştur. Anayasal güvencenin yanında, devlete ailenin kurulması ve korunması için yükümlülükler getirilmiştir.⁵⁷ Alman Aile Hukuku evlilik birliği esasına dayandırılmıştır. Bu anlayışa göre evlilik yaşam boyu sürmek üzere akdedilir. Eşler birbirlerine karşı bir aile birliği oluşturmakla yükümlü kılınmış yani her eşe diğerinden evlilik birliğini sağlamayı talep yetkisi verilmiştir. Devlete de bu yönde görevler yüklenmiştir. Eşlerin aile birliğini sağlama yükümlülüğü emredici bir nitelik taşır. Bunun sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin sözleşme geçersizdir.⁵⁸

İtalyan Anayasası’nın 29. maddesi, “Cumhuriyet, aileyi evlilik ile kurulan doğal bir birlik olarak kabul eder. Evlilik eşlerin ahlaki ve hukuki eşitliği üzerine

⁵⁴ Özbek, Mustafa: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı” http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_798.htm 14.02.2010.

⁵⁵ Uçar, M.A., s. 63.

⁵⁶ Güven, Kudret: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki Tedbirler”, Prof. Dr. İhsan Tarakcıoğlu’na Armağan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt II, Sayı 1-2, Ankara 1999, s. 12-14.

⁵⁷ Uçar, M.A., s. 62.

⁵⁸ Güven, s. 15.

kurulur. Bunun sınırlarını, aile birliğini garanti altına alan hukuk çizer” şeklinde bir düzenleme ile aileyi anayasal düzeyde korumaktadır.⁵⁹ İtalyan Anayasası, bireylerin aile kurma hakkı ve eşlerin eşitliğini anayasal güvence altına almıştır.

7 Haziran 1975 tarihli Yunan Anayasası'nın 21. maddesinde aile, “Milletin devamı ve ilerlemesi için temel olan aile ve onunla birlikte evlilik ile anne ve çocuklar devletin koruması altındadır” ifadesiyle ulusun temeli olarak kabul edilerek koruma altına alınmıştır.⁶⁰

V. 1982 ANAYASASINDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

Yukarıda açıkladığımız üzere evlilik birliği ile dar anlamda aile kavramı özdeştir.⁶¹ Ailenin korunmasına ilişkin 1982 Anayasanın 41. maddesinde özel bir düzenleme olduğunu görmekteyiz. Anayasanın “sosyal ve ekonomik haklar ve ödevler” başlıklı üçüncü bölümdeki ilk maddesi “ailenin korunması” maddesidir. Bu maddeye göre, “Aile, Türk toplumunun temelidir. (Ek ibare: 4709- 3.10.2001 / md. 17) ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar.”

Bu maddenin gerekçesinde, millet hayatı bakımından ailenin kutsal bir temel olduğu, bu nedenle de ailenin refahını, dirlik, düzen ve barışını korumanın devletin ödevi olduğu belirtilmiştir.⁶²

Anayasanın 41. maddesinde, korunan aile Türk Medeni Kanun'u uyarınca geçerli bir şekilde yapılan evlilikle ortaya çıkan ailedir. Dini nikâhla ya da hiç nikâhsız birlikte yaşamalar bu maddenin koruma kapsamına girmez.⁶³

Anayasanın 41. maddesinin 2. fıkrasında ailenin korunması için gerekli tedbirlerin alınıp teşkilatların kurulacağı belirtilmiştir. Bu bağlamda; 24.5.1983 tarih ve 2827 sayılı Nüfus Planlamasına İlişkin Kanun, 27.5.1983 sayılı Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu, 29.5.1986 tarih ve 3294 sayılı Sosyal

⁵⁹ Uçar, M.A., s. 63.

⁶⁰ Uçar, M.A., s. 63.

⁶¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 4-5.

⁶² T. C. Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Ankara 1983, s. 72.

⁶³ Öztan, s. 6; Cansel, s. 407.

Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanunu, 14 Ocak 1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 10 Kasım 2004 tarih ve 5256 sayılı Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun gibi kanunlar ailenin korunması amacıyla çıkarılmıştır. Ailenin korunması için kurulan teşkilatlardan en önemlisi, Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'dür.⁶⁴

Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'nün aile ile ilgili amaç ve görevleri, 5256 sayılı Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun'un 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'nün amacı, ülkemizdeki sosyal sorunların tespiti ve çözümü ile Türk ailesinin bütünlüğünün korunması, güçlendirilmesi ve sosyal refahının artırılmasına yönelik ulusal ve uluslararası bilimsel araştırmalar yapmak veya yaptırmak, projeler geliştirmek, desteklemek, bunların uygulamaya konulmasını sağlamak ve aileye yönelik millî bir politikanın oluşmasına yardımcı olmaktır. Kanun, Müdürlüğün görevlerini ise 3. maddesinde saymıştır. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'nün başlıca görevleri, ailenin bütünlüğünün korunması, güçlendirilmesi ve sosyal refahının artırılması için ulusal ve uluslararası düzeyde bilimsel araştırmalar yapmak veya yaptırmak; bu konularda projeler geliştirerek uygulamaya konulmasını sağlamak; mevcut aile yapısını; ana, baba, eş, çocuklar ve akraba ilişkilerinden kaynaklanan

⁶⁴ “29 Aralık 1989 tarihinde 396 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile kurulan Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı ilk kurumsal düzenleme olarak kuruluş gerekçesini Anayasanın 41. maddesindeki hükmünden almaktadır. Aile Araştırma Kurumu kuruluşundan bugüne kadar birtakım değişiklikler yaşamıştır. Bu değişikliklerin hukuki seyri aşağıda özetlenmiştir. 13.4.1990 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan 423 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile 396 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamenin bazı maddelerinde değişiklik yapılmıştır. Kurum 13.9.1993 tarihine kadar Aile Araştırma Kurumu olarak çalışmalarına devam etmiştir. 13.9.1993 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 514 sayılı Kadın ve Sosyal Hizmetler Müsteşarlığının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ile Aile Araştırma Kurumu, Müsteşarlık bünyesinde Aile Araştırma Genel Müdürlüğü'ne dönüştürülmüştür. 514 sayılı Kanun Hükmünde Kararname 8.12.1993 tarihinde Resmi Gazetede yayınlanan Anayasa Mahkemesi kararıyla iptal edilmiş. ve yeni bir kanuni düzenlemeye gidilebilmesi için altı aylık bir süre verilmiştir. 8.6.1994 tarihinde yayınlanan 536 sayılı Kanun Hükmünde Kararname ile mezkur 514 sayılı Kanun Hükmündeki Kararnamede hiçbir değişiklik yapılmayarak tekrar yürürlüğe konulmuştur. Bu karar name sonucunda kurum kanuni dayanaktan yoksun hale gelmiştir. Yaklaşık on yıllık bir süreci hukuki belirsizlikler içinde geçiren Kurum, 10 Kasım 2004 tarihinde TBMM'de oylanarak kabul edilen ve 13 Kasım 2004 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe giren 5256 sayılı Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun ile “Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü” adı altında yeniden hukuki kimliğine kavuşmuştur”, “Tarihçe”: (<http://www.aile.gov.tr/tr/?Sayfa=Tarihce> 22.11.2009).

problemler ile ekonomik, sosyal ve kültürel faktörlerin aile üzerindeki etkilerini araştırmak, aile bireylerinin eğitim fırsatlarından eşit olarak yararlanmalarını sağlamak, bu konularda eğitim programları hazırlamak veya hazırlatmak; Aileyi ve aile bireylerini tehdit eden, aileden veya aile dışından kaynaklanan sorunları, aile içi şiddet ve istismarı, töre cinayetlerini, kötü alışkanlıkları ve bağımlılıkları, tüm bunları doğuran sebepleri, çevresel-sosyal etkilerini incelemek, araştırmak, bunların önlenmesine, çözümlenmesine yönelik ve aileyi destekleyici eğitici programlar hazırlamak veya hazırlatmak; Ailenin ve aileyi oluşturan bireylerin karşılaştıkları sorunlara ilişkin kamuoyundaki eğilim ve istekleri tespit etmek amacıyla kamu veya özel kurum ve kuruluşlarla ortak çalışmalar yapmak.⁶⁵

⁶⁵ “Amaç ve Görevler”: <http://www.aile.gov.tr/tr/?Sayfa=AmacGorev> 22.11.2009.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

§ 1. GENEL OLARAK

İsviçre Medeni Kanun'u 17 Şubat 1926 tarihinde 743 sayı ile kabul edilip, 4 Nisan 1926 tarihli Resmi Gazete'de yayımlanarak 4 Ekim 1926 tarihinde Türk Medeni Kanun'u olarak hukuk hayatımıza girmişti. Çağdaş, inkılâpçı, laik, demokratik, eşitlikçi olan, bireyin yararı ile toplumun yararını akılcı biçimde dengeleyen bu kanunla evlilik birliğinin korunması alanında çok önemli düzenlemeler getirildi. Bu kanunun evlilik birliğinin korunmasına ilişkin getirdiği belli başlı düzenlemeler şunlardır.

-Erkeğin on yedi, kadının on beş yaşını bitirmedikçe evlenemeyeceği, fevkalade hallerde ve pek mühim bir sebebe dayanarak erkeğin on beş, kadının on dört yaşını bitirmeden evlenemeyeceği (EMK md. 88),

-Akıl hastalığına müptela olanların evlenemeyeceği (EMK md. 89),

-Tek eşli evlilik (EMK md. 112),

-Eşler arasında cebri icranın yasak olması (EMK md.165),

-Boşanma sebeplerinin sınırlı sayıda olması (EMK md. 129-134),

-Boşanma için özel bir yargılama usulünün öngörülmesi (EMK md. 129-134),

-Evlilik birliğinin korunmasını ilişkin özel düzenlemeler (EMK md. 161-168), evlilik birliğinin korunmasına ilişkin başlıca düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır.

17 Şubat 1926 tarihli 743 sayılı Türk Medeni Kanunu 75 yıllık bir uygulamanın ardından, 22 Kasım 2001 tarihinde kabul edilip 08 Aralık 2001 tarihinde 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanıp 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanun'u ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni 4721 sayılı Medeni Kanun ile 743 sayılı EMK göre, evlilik birliğinin korunmasına

ilişkin farklı ve yeni düzenlemeler getirmiştir. Bu Kanun ile Türk kadını aile içinde erkekle tam eşit duruma gelmiştir.⁶⁶ Medenî Kanun'da kadın ve erkek birbirine eşit iki varlık olarak kabul edilmiştir. Aksine bir düzenleme de zaten çağdaş bir kanunun temel felsefesine aykırıdır.⁶⁷ Yeni Medeni Kanun'un evlilik birliğinin korunmasına ilişkin getirdiği belli başlı düzenlemeler:

-Yeni Medeni Kanun'un 124. maddesi, eski Medeni Kanun'un evlenme yaşı ile ilgili 88. maddesinde erkekler için on yedi, kadınlar için on beş yaşın tamamlanması şartını, kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla her ikisi içinde on yedi yaşın doldurulması olarak değiştirmiştir. Eski Medeni Kanun'un aynı maddesinin ikinci fıkrasındaki erkekler için on beş, kadınlar için on dört yaşın doldurulması ile mümkün olağanüstü evlenme yaşı, yeni Medeni Kanun'da yine kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla her ikisi için de on altı yaşını doldurulması şeklinde değiştirilmiştir.⁶⁸

-Yeni Medeni Kanun'un 133. maddesi, eski Medeni Kanun'un bütün akıl hastalarının evlenmesinin yasak olmasına ilişkin 89. maddesini, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporu ile anlaşılmadıkça akıl hastalarının evlenemeyeceği şeklinde değiştirmiştir. Örneğin kleptomani, melankoli gibi hastalıkları olan kişiler artık evlenebileceklerdir.

Eski Medeni Kanun'da akıl hastalarının evlenmeleri tamamen yasaktı. Buna rağmen akıl hastası olduğu bilinmeyen veya hafif derecede akıl hastası olan kişiler yasağa rağmen evleniyorlardı. Evliliğin getirdiği sorumluluk rahatsızlığın ilerlemesine sebep oluyordu. Eşlerden birinin akıl hastası olduğu evliliklerde, aile içinde mutsuzluklar ve huzursuzluklar yaşanıyor hatta bazen bu evlilikler cinayete sonuçlanıyordu. Yeni kanunla şüpheli hallerde resmi sağlık kurulu raporunun

⁶⁶ Unat, Nermin Abadan: "İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye'de Kadın Hakları", Prof. Dr. Necla Arat'a Armağan, İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği, Beta Yayınları, İstanbul 2004. s. 40; Uçar, Ayhan: "4721 Sayılı Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler", A.Ü.E.H.F.D., Cilt VI, Sayı 1-4, Erzincan 2002, s. 317.

⁶⁷ Akıncı, s. 36.

⁶⁸ Kılıçoğlu, Ahmet: Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, s. 5; Eksioğlu, Seyhan: Türk Medeni Kanunu Ailede Yeni Düzen, Kader Yayınları, İstanbul 2002, s. 21-22; Demir, Sevgi: Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununu Getirdiği Yenilikler, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s. 27; Arın, Canan: Yeni Medeni Kanunun Yaşamımıza Getireceği Değişiklikler, http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/yeni_medeni_kanun.pdf 09.10.2009.

isteneceğinden ileri derecede akıl hastalarının evlenmeleri bir ölçüde önlenmiş olacaktır.⁶⁹ Böylece evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önemli bir adım atılmıştır.

-Yeni Medeni Kanun'un 40. maddesi, eski Medeni Kanun'un 29. maddesinin 2. fıkrasından farklı olarak evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerini yasaklamıştır. Bu hükmün konuluş sebebi kanunun gerekçesinde şöyle açıklanmıştır. "Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişiler nedeniyle sarsılmasını önlemek amacıyla öncelikle kişinin evli olmaması öngörülmüştür. Bu şart, kişinin bir yandan evliliğini sürdürmesi, öte yandan bu evlilik devam ederken cinsiyet değişikliğine gitmesi, bunu eşinin ve çocuklarının ortak yaşantıları içinde yapmasının psikolojik ve ahlaki tersliklerinin önüne geçmek üzere konulmuştur."⁷⁰

-Yeni Medeni Kanun'un 194. maddesiyle getirilen önemli bir yenilik, aile konutu ve konut eşyasının özel bir koruma altına alınmış olmasıdır. Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Ortak aile konutunun eşler için maddi ve manevi olarak önemi, anlamı ve değeri büyük olmuştur. Bunun için Yeni TMK ailenin oturduğu konuta ilişkin özel düzenlemeler getirmiştir. Özellikle evlilik birliğinin sorunlarla karşılaştığı dönemlerde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, bu hakkına dayanarak yapacağı kötü niyetli işlemlere karşı aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşi ve çocukları korumaktır.⁷¹

⁶⁹ Ekşioğlu, s. 5.

⁷⁰ T. C. Adalet Bakanlığı: Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002, s. 341-342.

⁷¹ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 38-40; Ekşioğlu, s. 58 vd; Kılıçoğlu, Ahmet: Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003, s. 34 vd; Demir, s. 68; Doğan, Murat: "Türk Medeni Kanun'unun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt 52, Sayı 4, Yıl 2003, s. 106.

§ 2. EVLİLİK BİRLİĞİNİN KURULMASI ESNASINDA, EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Evlilik, sadece akdi yapanlar yönünden değil bütün toplumu ilgilendirdiğinden, bir başka deyişle sağlıklı bir evlilik sağlıklı bir toplum için gerekli olduğundan evlenme akdinin yapılabilmesi kanunun öngördüğü belli bazı şartlar ve sınırlar dâhilinde olmaktadır. Yani kanun koyucu evlilik birliği kurulurken, onun kurulmasını bazı şartlara bağlayarak korumaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun "Evlilik Hukuku" başlıklı birinci kısmının evlenmeye ayrılan birinci bölümünün ikinci ayrımı bu sınırlama ve şartlara ilişkindir. "Evlenme Ehliyeti ve Engelleri" başlıklı ikinci ayırmda geçerli bir evlenmenin yapılabilmesi için olması ve olmaması gereken şartlar belirlenmiştir. Kanun, evlilik için aradığı olumlu şartlara evlenme ehliyeti, evlilik için engel görüp olmamasını istediği şartlara da evlenme engelleri ismini vermiştir.

Evlenme ehliyetine ilişkin şartlara baktığımızda; TMK 124. maddesinde evlenecek kişilerin belli bir olgunluğa sahip olmalarını öngördüğü yaş şartını, TMK 125. maddesinde evlenecek kişilerin ayırt etme gücüne sahip bulunması şartını, TMK 126-128. maddelerinde sınırlı ehliyetsizlerin yani ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların evlenebilmeleri için küçük ve kısıtlının kanuni temsilcisinin iznini aramaktadır.⁷² Evlenme engelleri ise geçerli bir evlilik doğmasını önleyen olumsuz şartlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Evlenme engellerinin tümü evlenme üzerinde aynı etkiye sahip değildir. Bu engellerden bazılarının varlığı halinde evlenme geçersiz olduğu halde bazılarının varlığı halinde evlenme geçersiz sayılmaz. TMK 129. maddesinde kaçınıcı derece olursa olsun üstsoy ile altsoy kan hısımları, üçüncü dereceye kadar olan yansoy kan hısımları, kayın hısımlığını meydana getirmiş evlilik

⁷² Sınırlı ehliyetsizler küçük olmaları nedeniyle velayet (veya vesayet) altında bulunan kişilerle kısıtlılık nedeniyle vesayet altında bulunan kişilerdir. Sınırlı ehliyetsizlerin fiil ehliyetine sahip olmamaları kuraldır. Evlenme ehliyeti de fiil ehliyetinin özel bir görünümü olduğu için kanun koyucu sınırlı ehliyetsizler grubuna giren kişilerin bu özel ehliyetlerini kullanabilmelerini kanuni temsilcilerinin iznine bağlamıştır. Kanuni temsilci kendisine verilen bu hakkı kötüye de kullanabilir, haklı olmayan sebeplerle evlenmeye karşı çıkabilir. Bu sebeple kanuni temsilcinin haklı bir sebep göstermeksizin evlenmeye izin vermemeleri halinde, istenmeyen sonuçları önlemek için küçük ve kısıtlının başvurması üzerine kanuni temsilciyi dinledikten sonra hâkim, küçük ve kısıtlının evlenmesine izin verebilir. 743 sayılı EMK olmayan bu hüküm 4721 sayılı TMK'nun 128. maddesi olarak hukukumuzda girmiştir.

sona ermiş olsa bile, eşlerden biri ile diğerinin alt ve üstsoyu ve evlat edinene evlatlığın veya bunlardan biri ile diğerinin altsoyu ve eşi arasında evlenme yasaktır. TMK 130. maddesinde yeniden evlenmek isteyen kişinin önceki evliliğinin sona ermiş olması şartını arayarak tek eşli evliliği kabul etmiştir. TMK 133. maddesinde evlenmelerinde sakınca bulunan akıl hastalarının evlenmelerini yasaklamıştır. Evlenmeye engel olan akıl hastalığı evlenme ehliyetindeki ayırt etme gücünden ayrı ve bağımsız bir evlenme engelidir. TMK 132. maddesinde evliliği sona eren kadının yeniden evlenebilmesi için üç yüz günlük bir bekleme süresi öngörmüştür. Bu yasağın amacı soy bağı karışıklığına engel olabilmektir.⁷³ Görüldüğü üzere bekleme süresi ve bulaşıcı hastalıklar kesin olmayan birer evlenme engelleridir. Biz bu ehliyet ve engellerin konumuzla ilgili olanlarını inceleyeceğiz.

II. AYIRT ETME GÜCÜ(TEMYİZ KUDRETİ)

TMK 125. ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlenemeyeceklerini hükme bağlamıştır. Evlenecek eşlerin her şeyden önce ayırt etme gücüne sahip olmaları gerekir. Medeni Kanun, ayırt etme gücünü 13. maddesinde olumsuz olarak tanımlamıştır. Buna göre ayırt etme gücü, yaşının küçüklüğü yüzünden veya akıl hastalığı, akıl zayıflığı, sarhoşluk ya da bunlara benzer sebeplerden biriyle akla uygun biçimde davranma yeteneğinden yoksun olmama durumudur. Maddede akla uygun davranma yeteneği ayırt etme gücü için aranacak şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak ayırt etme gücünün bu şekilde tanımlanması onu somut olarak belirlemekten uzak kalmıştır. Zira akla uygun davranan her insan mutlaka ayırt etme gücüne sahip olmayacağı gibi, akla uygun davranamayan bir kişiyi de mutlak surette ayırt etme gücünden yoksun saymak doğru değildir. Bu bağlamda ayırt etme gücü, bir kişinin fiil ve işlemlerinin güdüsünü, sonuçlarını, kapsam ve etkilerini seçme ve bunlara uygun hareket edebilme iktidarı olarak tanımlanabilir.⁷⁴ Evlenme bağlamında

⁷³ Bu süre henüz dolmadan yapılan evlenmelerin geçerli olduğunu da Kanun kabul etmiştir. Gerçekten TMK 154. maddesinde, kadının bekleme süresini bitirmeden yaptığı evlenmelerin mutlak buldan davasına konu olmayacağı belirtilmiştir. 1930 tarih ve 1593 sayılı Umumi Hıfzısıhha Kanunu'nda frengi, bel soğukluğu cüzzam gibi bazı hastalıklara yakalanan kişilerin evlenmelerini yasaklamıştır. Buna rağmen evlenme yapılmışsa evliliğin mutlak butlanla iptali istenemez. Ancak doktrinindeki bazı yazarlar, nesle zararlı olan bu hastalıkların eşten saklandığı takdirde hileye ilişkin bir nisbi butlan sebebi sayılacağı ve bu yolla evliliğin iptal edilebileceğini öngörmüştür. Bkz, Öztan, s. 121; Feyzioğlu, s. 136.

⁷⁴ Akıntürk, s. 62-63.

ayırt etme gücü ise, evlenecek olan kişinin evlenmenin anlam ve önemini ve kendisine yükleyeceği ödev ve sorumlulukların kapsamını anlayabilecek yeteneğe sahip bulunmasıdır.⁷⁵ Ayırt etme gücü mutlak bir kavram olmayıp nisbi bir kavramdır.⁷⁶ Her evlenme de ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığının ayrı ayrı tespiti gerekir. Ayırt etme gücü evlenme akdinin yapıldığı anda mevcut olmalıdır.⁷⁷ Ayırt etme gücü geçici ve devamlı olabilir. Evlenmek isteyen kişi, çeşitli sebeplerden dolayı evlenmenin akdinin yapıldığı sırada geçici olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunuyorsa ayırt etme gücünü geri kazandığı tarihten itibaren altı ve herhalde evlenme akdinin yapıldığı tarihten itibaren beş yıl içinde TMK 148. maddesine göre açacağı nisbi butlan davasıyla evlenmenin iptalini isteyebilir. Ayırt etme gücünden devamlı surette yoksun bulunanların evlenmeleri ise TMK 125. maddesindeki emredici hükmüne göre yasaktır ama her nasılsa ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişi evlenmişse bu evlilik mutlak butlanla sakattır. TMK 145 b. 1 maddesine göre her hangi bir süre sınırlaması olmaksızın, Cumhuriyet Savcısı veya ilgisi olan herkes tarafından açılabilir, mutlak butlan davasıyla evliliği sona erdirebilir. Ayırt etme gücünden yoksun bulunan kişi evlenme akdi yapıldıktan sonra ayırt etme gücüne kavuşmuşsa artık mutlak butlan davası açılmaz, Cumhuriyet Savcısı dava açmışsa bu dava da düşer.

Ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlenmeleri yasağını, kanun koyucu tarafından kamu menfaati düşüncesiyle sağlıklı bir neslin yetişmesi ve dolayısıyla evlilik kurumunun korunması amacıyla getirilen bir düzenleme olarak kabul edebiliriz. Zira ayırt etme gücünden yoksun bulunanlar, evliliğin önem ve ciddiyetini, yüklediği sorumlulukları anlayabilecek yetenekte olmadıkları için evlilik kurumunu ciddi ölçüde zedeleyebilirler. Örneğin, bankada kendisine hesap açtırmaktan yoksun bulunan kişinin evlilik gibi kutsal ve evrensel bir olguyu koruyup taşıyabileceğini kabul etmek pek mümkün değildir. Nitekim kanun koyucu da akıl hastalığından farklı olarak ayırt etme gücünden devamlı surette yoksun bulunanlara evlenebilmeleri için hiçbir açık kapı bırakmamıştır. Kendini idare etmekten yoksun bulunan bir kimsenin eş ve çocuklarını koruyup gözetmesi düşünülemez.

⁷⁵ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 265; Öztan, s. 102; Akıntürk, s. 63.

⁷⁶ Öztan, s. 102.

⁷⁷ Akıntürk, s. 63.

III. EVLENME YAŞI

Kanunun geçerli saydığı bir evlenmenin olabilmesi için ayırt etme gücünün yanı sıra evlenmek isteyen kişilerin belli bir bedensel ve ruhsal olgunluğa ulaŐmıŐ olmaları gerekir.⁷⁸ Söz konusu olgunluk ise ancak kişilerin belli bir yaşa gelmesiyle mümkündür. Evlenme akdi yapabilmek için aranan yaşa, evlenme yaşı denilmektedir.⁷⁹ Evlenme akdinin yapılabilmesi için Kanunun aradığı evlenme yaşı, genel ergin olma yaşından farklıdır.⁸⁰ Evlenme yaşının farklı olma nedeni hem biyolojik geliŐim hem psikolojik hem de toplumsal yapımızın gereğidir.⁸¹ TMK 11. maddesine göre, erginlik on sekiz yaşın doldurulmasıyla başlar. Ancak adı geçen maddenin ikinci fıkrasına göre ise evlenme kişiyi ergin kılar. Kanundaki bu ilke, evlilik birliği gibi ciddi ve kişiye ağır sorumluluklar yükleyen bir birliği kabul ettiğimiz kişiye ergin olma hakkının tanınmamasının eşyanın doğasına aykırı olduğu düŐüncesinden kaynaklanmaktadır.⁸² Evlenme yoluyla ergin olan kişi velayet altında ise velayet, vesayet altında ise vesayet son bulur. Evlenme akdinin yapıldığı tarihten itibaren başlayarak artık kimsenin iznine gerek olmaksızın bütün hukuki işlemleri tek başına yapabilir.

Kanunun evlenmek için bir yaş sınırı koyması evlilik kurumunu korumaya yönelik bir düzenlemedir. Küçük yaşta, eş olan kadın veya erkek altından kalkamayacağı kadar ağır bir sorumluluğun altına giriyordu. Küçük yaştaki annelik, hem annenin hem de doğan bebeğin sağlığına zarar veriyor, annenin psikolojisini de bozarak sağlıklı bir aile kurulmasını engelliyordu.⁸³ Bu nedenlerle evlenecek kişinin topluma ve ailesine karşı evlenme ile ortaya çıkan görevleri getirebilecek bir olgunluğa ulaşmasını, Medeni Kanunun, bekleyip evlenmek için bir Şart sayması, ailenin kaderi yönünden önemli bir düzenlemedir. Kanun koyucu evlenmek için genel erginlik yaşından başka iki farklı evlilik yaşı öngörmüştür.

⁷⁸ ztan, s. 104; Akıntürk, s. 64.

⁷⁹ Akıntürk, s. 64.

⁸⁰ ztan, s.105; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 744; Velidedeoğlu, s. 54; Feyzioğlu, s. 139.

⁸¹ Ergün, Zafer: Boşanma Davaları Nişanlanma-Evlenme-Butlan-Vesayet-Kişisel İlişki-Nafaka-Maddi ve Manevi Tazminat-Mal Rejimi, Adil Yayınevi, Ankara 2004, s. 29; Akıntürk, s. 65; Velidedeoğlu, s. 54; Tekinay, s. 69.

⁸² Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 102-103.

⁸³ Ekşioğlu, s. 21.

A. NORMAL EVLENME YAŞI

TMK 124. maddesinin 1. fıkrasına göre, erkek ve kadın on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemez. EMK 88. maddesi, normal evlenme yaşı erkek ve kadın için ayrı ayrı belirlemiştir. 743 sayılı EMK yürürlükte olduğu sırada erkekler on yedi, kadınlar ise on beş yaşını tamamlamakla evlenebiliyorlardı. EMK yapıldığı zamandaki, ülke şartları göz önüne alınarak ve evlilik dışı birleşmelere başvurulmaması için, kadın ve erkeğin yaşı birbirinden farklı ve oldukça küçük tutulmuştur.⁸⁴ Gerek kadın erkek arasında eşitliği sağlamak, gerekse erken yaştaki kız çocuklarının evlendirilmelerini önlemek için on yedi yaşın doldurulması TMK normal evlenme yaşı olarak düzenlenmektedir.⁸⁵

Yukarıda belirttiğimiz gibi kanun koyucu normal evlenme yaşını genel erginlikten ayrı bir yaş olarak düzenlemiştir. Genel erginlikten farklı ve daha düşük bir yaşın evlenme için yeterli görülmesi, toplum gereksinimleri göz önünde tutulmasından kaynaklanmaktadır. Gerçekten, “insanlarda cinsi hayata katılma içgüdüğü genel rüşt yaşından önce gelişmektedir Ahlaki ve sosyal kaygılarla hareket eden kanun koyucular, bu ihtiyaçların evlilik içinde karşılanmasını sağlayan bir takım tedbirler almak gereğini duymuşlardır. Rüşt yaşının evlenme bakımından geriye alınması bu tedbirlerden biridir”⁸⁶ Yabancı hukuk sistemlerinin büyük bir çoğunluğu da evlenme yaşını genel erginlik yaşından daha erkene almış, hatta erkek ve kadın için ayrı ayrı yaş sınırı saptamışlardır.⁸⁷

⁸⁴ Özdamar, Demet: Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2002, s. 233.

⁸⁵ TMK 124. maddesinin gerekçesi şöyledir: “Küçük yaştaki kızların evlendirilmesinin gerek biyolojik gerek psikolojik açıdan olumsuz etkiler gösterdiği tartışmasız olarak kabul edilen bir gerçektir. Daha ortaöğretim çağında bulunan on beş yaşındaki bir küçüğün evlenmesine izin vermemek gerekir. Ülkemizde Medeni Kanunumuzun kabul edilmesinden bu yana bu konuda halkın bilinçlendiği ve eğitildiği göz önünde tutulmak suretiyle önemli bir kurum olan aile hayatının kurulmasında kadınlar için on beş yaşın bitirilmesi yeterli görülmemiştir. Bu konuda bu kadar küçük yaşta evlenme yaşı itibarıyla ayırım erkek ve kadın arasında yapılmasının da anlamlı olmadığı kabul edilmelidir. Bu sebeple evlenme yaşı erkek ve kadın için on yedi yaşın bitirilmesi olarak kabul edilmiştir” Bkz. TMK ve Gerekçeleri, md. 124, s. 364.

⁸⁶ Tekinay, s. 69; Velidedeoğlu, s. 54.

⁸⁷ Gerçekten, evlenme yaşı; Fransız hukukunda erkek için on sekiz, kadın için on beş; Danimarka hukukunda erkek için yirmi, kadın için on sekiz; İsveç hukukunda erkek ve kadın için on sekiz; Yunan hukukunda erkek için on sekiz, kadın için on dört; İtalyan hukukunda erkek için on altı, kadın için on dört yaş olarak saptanmıştır. Kaynağımız olan İMK’ nda ise 07.07.1998 tarihinde yapılan değişiklikle erkek ve kadın için on sekiz yaşın doldurulması olarak düzenlenmiştir. Bkz. Akıntürk, s. 65.

B. OLAĞANÜSTÜ EVLENME YAŞI

Belirli şartların varlığı halinde evlenme için, TMK yukarıda sözünü ettiğimiz evlenme yaşından daha düşük bir yaşı yeterli görmüştür. Buna olağanüstü evlenme yaşı denmektedir. Normal evlenme yaşından farklı olarak önemli sebeplerin ve olağanüstü durumların varlığı halinde hâkim evlenmeye izin verebilir. Evlenme yaşını henüz doldurmamış, fakat evlenmeleri de gerekli olan kimselerin evlenebilmeleri ancak hâkimin izniyle mümkün olabildiği içindir ki, olağanüstü evlenme yaşına doktrinde “yargısal evlenme rüştü” de denilmektedir.⁸⁸ Yargısal evlenme rüştü, TMK 12. maddesinde düzenlenen “ergin kılınma”ya çok benzemektedir; fakat aralarındaki büyük farkı da gözden kaçırmamak gerekir. Gerçekten mahkemece ergin kılınmasına karar verilen bir kimse aynı zamanda evlenme yaşına da erişmiş olmaz. Bu kişinin evlenebilmesi için on yedi yaşını doldurmuş veya TMK 124. maddesinin 2. fıkrasındaki şartların bulunması halinde hâkimden izin almış olması gerekir.⁸⁹ Olağanüstü evlenme yaşına izin verilebilmesi için bazı şartların bulunması gerekir.

1. ERKEĞİN VE KADININ ON ALTI YAŞINI TAMAMLAMIŞ OLMASI

EMK 88. maddesinde, erkek on beş ve kadın on dört yaşını tamamlamışsa önemli sebeplerin ve olağanüstü durumların varlığı halinde evlenmelerine izin verilebiliyordu. Kanun koyucu erken evlenme yaşını her iki cins için de hem aynı, hem de yükselterek on altı yaşın bitirilmesi olarak TMK 124. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlemiştir.

2. OLAĞANÜSTÜ DURUM VE PEK ÖNEMLİ BİR SEBEBİN VARLIĞI

Erkeğin ve kadının on altı yaşının tamamlanmasıyla evlenebilmesi için ortada olağanüstü bir durumun ve pek önemli bir sebebin varlığı gerekir. Erken evlenmeye

⁸⁸ Tekinay, s. 71; Velidedeoğlu, s. 58; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 744; Feyzioğlu, s. 140; Tandoğan, s. 29.

⁸⁹ Akıntürk, s. 67; Velidedeoğlu, s. 59-60; Tekinay, s. 72; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 745.

olanak veren sebebin olağanüstü bir durum veya pek önemli bir sebep olduğuna hâkim takdir edecektir. Hâkim, her somut olayın şartlarına göre olağanüstü bir durum ve pek önemli bir sebebin bulunup bulunmadığını saptayacaktır.⁹⁰ Olağanüstü bir durum ve pek önemli bir sebebe örnek olarak, evlenecek kadının evleneceği erkekten hamile kalmış olması, kadının kimsesiz ve yoksul olması ve evlenmeyle bu durumdan kurtulacak bulunması, kızın daha erken yaşta evlenmeyi kabul eden bir ülkeye gelin gitmesi gibi durumlar gösterilebilir.⁹¹

3. ANA, BABA VE VASİSİNİN DİNLENMESİ

TMK 124. maddesinin 2. fıkrasına göre hâkim, olanak buldukça karardan önce evlenmek isteyen küçüğün ana ve baba veya vasisini dinler. EMK 88. maddedeki düzenlemeye göre de hâkimin, ana, baba veya vasiyi dinlemesi şarttı. Ancak bu kişilerin bulunmaması, nerede olduklarının bilinmemesi gibi hallerde erken evlenmeye izin verilmesini engellemekteydi. Bu nedenle bu kişilerin dinlenilmesi mutlak bir zorunluluk olmaktan çıkarılmış, olanak buldukça dinlenmesi şeklinde bir çözüm getirilmiştir.⁹² Bu nedenle hâkim, olanak oldukça ana, baba veya vasiyi dinler, ancak bunlar rıza verse bile tarafların açık menfaatleri evlendirmeyi gerektirmiyorsa evlenme izni vermez. Kararını verirken ana, baba ve vasinin iznini aramaz.⁹³

4. HÂKİMİN İZİN VERMESİ

Olağanüstü evlenme yaşında yukarıdaki belirttiğimiz şartlar yeterli değildir. Bu şartların yanında hâkimin erken evlenmeye izin vermesi gerekir. Hâkimin izni olmaksızın olağanüstü evlenme mümkün değildir. Olağanüstü evlenme davalarında yetkili mahkeme, kişinin yerleşim yeri mahkemesi, görevli mahkeme ise 4748 sayılı

⁹⁰ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 267; Öztan, s. 106; Akıntürk, s. 64-65; Velidedeoğlu, s. 55; Hatemi-Serozan, s. 111; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 745; Köprülü-Kaneti, s. 67.

⁹¹ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 267; Öztan, s. 107; Akıntürk, s. 64-65; Velidedeoğlu, s. 55; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 745.

⁹² TMK ve Gerekçeleri, md. 124, s. 364.

⁹³ Öztan, s. 108; Akıntürk, s. 68.

Aile Mahkemeleri Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesine göre aile mahkemesidir.⁹⁴

Olağanüstü evlenme yaşı konusunda mahkeme kararının yokluğuna rağmen, evlenme akdi yapılmışsa, bu akit geçersiz değildir. Sadece, kadın hamile değilse ve bu arada normal erginlik yaşına erişmemişse, kurulan evlenme akdinin akıbetinin ne olacağına ilişkin Medeni Kanun'da bir hüküm bulunmamaktadır. Kanundaki bu boşluğun TMK 153. maddesinin 2. fıkrasından yararlanarak kıyasen doldurulması ve yasal temsilciye nisbi butlan davası açmak hakkının verilmesi isabetli olur. Yaşı olağanüstü evlenme yaşının altında olan bir kimsenin evlenmesi ise sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bir kimsenin evlenmesi halinde olduğu gibi mutlak butlanla sakat sayılmalıdır. Çünkü kanun koyucu kişide ayırt etme gücünü ararken, o kudrete kişinin ancak belli bir yaşa geldiği takdirde sahip olacağını varsaymıştır; öngördüğü yaş altındakiler için ise, evlenme işlemi açısından ayırt etme gücünü yok kabul etmektedir.⁹⁵

IV. AKIL HASTALIĞI

TMK 133. maddesine göre evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunan akıl hastalarının evlenmeleri yasaktır. EMK 89. maddesinin 2. fıkrasında akıl hastalığı bulunan kimse asla evlenemez demek suretiyle ayırt etme gücünü kaldırıp kaldırmadığına bakmaksızın her türlü akıl hastalığını kesin bir evlenme engeli olarak görmüştü.

Akıl hastalığı ile ayırt etme gücünün yokluğu durumunu birbirinden ayırmak gerekir. Ayırt etme gücü, evlenme ehliyetinin varlığını psikolojik açıdan tespit ederken; akıl hastalığı, evlenme ehliyetinin varlığını biyolojik açıdan tespit etmektedir.⁹⁶ Bu nedenle Medeni Kanun'un 133. maddesiyle, 125. maddesi birbirinden bağımsız ve ayrı evlenme engelleri olarak hükme bağlanmıştır. Kişi akıl hastası olmasına rağmen evlenme konusunda yeterli ayırt etme gücüne sahip

⁹⁴ "4748 s. AMK, Madde 4. - Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (Ek ibare: 5133 - 14. 4. 2004 / md. 2) "Üçüncü Kısım hariç olmak üzere" İkinci Kitabı ile 3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler. "

⁹⁵ Öztan, s. 108; Hatemi-Serozan, s. 111.

⁹⁶ Öztan, s. 103.

bulunabilir. Yani, akıl hastalıklarının hepsi ayırt etme gücünü mutlaka ortadan kaldırmaz. Örneğin kleptomani, melankoli, epilepsi gibi hastalıklar akıl hastalığı sayıldıkları halde, bunlardan birine yakalanmış bulunanlar, ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun değildirler.⁹⁷ Evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığını resmi sağlık kurulu raporuyla ispat eden akıl hastaları, bu yeni düzenlemeyle artık evlenebileceklerdir.

Akıl hastalığının bulunmamasının, evlenmenin bir şartı olarak düzenlenmesinin sebebi, gerek evliliğin gerek gelecek nesillerin menfaatini korumaktır.⁹⁸ Gelecek nesillerin menfaatini korumadan kasıt, akıl hastalığının altsoya kalıtsal olarak geçmesi endişesidir. Yukarıda örnek olarak verdiğimiz epilepsi, kleptomani gibi hastalıkların kalıtsal olarak altsoya geçmesi söz konusu olmadığı için neslin sağlıklı yetişmesi ve bu hastaların etraflarında bulunan insanlara karşı saldırgan tutumları olmaması nedeniyle evlilik birliğinin korunması yönünden herhangi bir zararı yoktur. Yeni Medeni Kanun ile şüpheli hallerde resmi sağlık kurulu raporu isteneceğinden ileri derecede akıl hastalarının evlenmeleri bir ölçüde önlenmiş olacaktır. Böylece evlilik birliğinin korunmasına ilişkin güzel bir adım atılmıştır.

V. TEK EŞLİ EVLİLİK

Medeni Kanunumuz tek eşli evlilik ilkesini kabul etmiştir. Tek eşli evlilik hem tek bir kadınla evlenmeyi (monogenie) hem de tek bir erkekle evli olmayı (monoandrie) ifade etmektedir.⁹⁹ Mevcut bir evlilik, kanun tarafından kesin evlenme engellerinden sayılmıştır. Medeni Kanun'un aradığı geçerli bir evlenmenin meydana gelebilmesi için evlenme akdinin yapıldığı sırada evlenecek olanların her ikisinin de bir başkasıyla evli olmaması gerekir.

TMK 130. maddesine göre yeniden evlenmek isteyen kimse önceki evliliğinin sona ermiş olduğunu ispat etmek zorundadır. TMK 145. maddesinin 1.

⁹⁷ Akıntürk, s. 79; Ekşioğlu, s. 25; Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 7.

⁹⁸ Öztan, s. 103; Tekinay, s. 79; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 743; Köprülü-Kaneti, s. 69; Akıntürk, s. 79; Feyzioğlu, s. 116.

⁹⁹ Zevkliler-Havutçu,-Gürpınar, s. 271; Akıntürk, s. 77.

bendine göre eşlerden birinin evlenme sırasında evli bulunması halinde, ikinci evlilik mutlak butlan haliyle geçersizdir.

Önceki evlilik boşanma ile sona ermişse, boşanmış olan eşlerden her biri, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra başka birisi ile veya yeniden eski eşi ile evlenebilir. Ancak, evlenme başvurusunda bulunurken kesinleşmiş olan boşanma hükmünü evlendirme memuruna ibraz etmeleri gerekir.¹⁰⁰

Önceki evlilik eşlerden birinin ölümü ile sona ermiş bulunuyorsa, sağ kalan eşin tekrar evlenmesi mümkündür. Fakat bunun için de evlenecek olan eşin, diğer eşin öldüğünü belirten ölüm belgesini evlendirme memurluğuna ibraz ederek önceki evliliğin sona ermiş olduğunu ispat etmesi gerekir.¹⁰¹

Eşlerden birinin gaipliğine karar verilmiş olması halinde, gaiplik kararıyla birlikte mevcut evlilik sona ermiş olmayacağından, diğer eşin yeniden evlenmesi mümkün değildir. Gerçekten, TMK 131. maddesinin 1. fıkrasına göre, gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemez. Medeni Kanunun gaiplik kararıyla mevcut evliliği sona erdirmemesi son derece yerinde bir düzenlemedir. Zira gaipliğine karar verilmiş olan kimse günün birinde çıkıp gelebilir. Evlilik gaiplik kararıyla birlikte sona ermiş sayılsaydı, sağ olarak gelen gaibin, sağ olan eski eşi ile yeniden evlenmesi gerekecekti. İşte kanun bu düzenlemeyle, böyle bir anlamsız duruma engel olmaya çalışmıştır.¹⁰² Gaibin eşi bir başkası ile yeni bir evlilik yapmak istiyorsa, mahkemeye başvurarak önceki evliliğini feshettirmek zorundadır.

Medeni Kanunun hukuk hayatında yaptığı en önemli devrimlerden biri olan¹⁰³ tek eşli evlilikle aile yapısı daha sağlıklı bir ortama kavuşmuştur. Ailenin korunmasına ilişkin tüm kanunlarımız da hep ilk evliliği korumakta çok eşli evliliğe prim vermemektedir. Örneğin, Türk Ceza Kanunu'nun Aile Düzenine Karşı Suçlar bölümünde düzenlenen, 230. maddesinin 1. fıkrasında, evli olmasına rağmen, başkasıyla evlenme işlemi yaptıran kişiye hapis cezası öngörülmüştür.

¹⁰⁰ Akıntürk, s. 77; Öztan, s. 119.

¹⁰¹ Akıntürk, s. 77.

¹⁰² Akıntürk, s. 77.

¹⁰³ Tekinay, s. 88.

Ülkemizin çeşitli coğrafyalarında tek eşli evliliğin yanı sıra dini nikâhla birden çok evlenme yapılmakta evlilik eşler arasında bir rekabete döndürülmekte, çocukların da daha fazla olması sebebiyle ne neslin sağlıklı yetişmesi sağlanmakta ne de evlilik birliği korunmuş olmaktadır.

Ş 3. EVLİLİK BİRLİĞİNİN DEVAMI ESNASINDA, EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Evlilik birliği kurulduktan sonra da, kanun koyucu bir takım tedbirler ile evlilik birliğinin sağlıklı bir biçimde devam etmesini amaçlamıştır. Bu amaçla, Medeni Kanun bazen eşlere yükümlülükler yüklemiş, bazen de hâkime yetkiler vermiştir.

Evlilik birliğinin devamı için Medeni Kanun tarafından eşlere bazı yükümlülüklerin yüklenmesi; aile konutuna ilişkin işlemlerde diğer eşin rızasının alınması gerekliliği; diğer eşin tasarruf yetkisinin hâkim kararıyla kısıtlanması, mal rejimleri; evlilik birliği süresince eşlerin cinsiyet değiştirmesinin yasak olması ve evlilik birliği devam ederken hâkim tarafından alınacak tedbirler bu başlık altında incelenecektir.

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN DEVAMI İÇİN MEDENİ KANUN TARAFINDAN EŞLERE BAZI YÜKÜMLÜLÜKLERİN YÜKLENMESİ

Eşlerin evlilik birliği devam ederken uymak zorunda olduğu yükümlülükler “Evliliğin Genel Hükümleri” başlığıyla TMK 185. madde ve devamında düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler sınırlayıcı olmamak üzere kanun koyucu tarafından düzenlenmiştir.

A. EVLİLİK BİRLİĞİNİN MUTLULUĞUNU SAĞLAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Medeni Kanun'un 185. maddesinin 2. fıkrasına göre, eşler evlilik birliğinin mutluluğunu birlikte sağlamakla yükümlüdürler. Evlenmekle eşlerin amaçları birleşir, eşler evlilik birliğinin mutluluğunu ve menfaatlerini birlikte korumak yükümlülüğü altına girerler.¹⁰⁴

Evlilik birliğinin mutluluğunu sağlamak yükümlülüğü, evlilik hukukunun ilk ve en güçlü kuralıdır. Eşlerden her biri ortak hayatın huzuru ve mutluluğunu gerçekleştirmek için elinden geleni yapmak ve bu huzuru bozacak davranışlardan kaçınmak zorundadır. Zira mutluluk olmayan evde dirlik ve düzen olmayacağı gibi evlilik birliği de taşıdığı toplumsal işlevini yerine getiremez hale gelir. Bundan dolayıdır ki, eşlerin her biri evliliğin toplumsal, manevi ve ahlaki amaçlarını gerçekleştirmek amacıyla, başka bir deyişle mutlu bir aile ortamı oluşturmak amacıyla, elinden geleni yapmakla yükümlüdür.¹⁰⁵ Bu mutluluk sağlanamazsa, evlilik birliğinin kurulmasından beklenen yararların hiç biri gerçekleşemez. Evlilik birliğinin mutluluğunun sağlanıp sağlanmadığı, bütün durumlar göz önünde tutulmak suretiyle her somut olay için ayrı ayrı belirlenir.¹⁰⁶

B. EŞLERİN BİRBİRLERİNE SADAKAT YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Eşler birbirlerine karşı sadakat göstermekle yükümlüdürler. TMK 185. maddesinin 3. fıkrasına göre, eşler birbirlerine sadık olmak zorundadırlar. Eşlerin diğer yükümlülüklerinde olduğu gibi sadakat yükümlülüğü bakımından da eşler arasında fark yoktur. Erkek kadına ne derecede sadakat göstermekle yükümlü bulunuyorsa, kadın da erkeğe aynı derece de sadakat göstermekle yükümlüdür.¹⁰⁷

Sadakat kavramı içine her şeyden önce cinsel sadakat yükümlülüğü girer. Eşlerden her biri, eşi dışında bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmemekle yükümlüdür. Ancak, sadakat yükümlülüğü sadece cinsi sadakatten ibaret değildir, ruhi ve

¹⁰⁴ Tekinay, s. 297; Velidedeoğlu, s. 97; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 779; Öztan, s. 153; Akıntürk, s. 112; Köprülü-Kaneti, s.112; Tandoğan, s. 111.

¹⁰⁵ Tandoğan, s.111; Demir, Pınar Özlem: Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004, s. 19; Akıntürk, s. 112.

¹⁰⁶ Öztan, s. 153; Ayan, s. 47.

¹⁰⁷ Akıntürk, s. 113; Öztan, s. 155; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 744; Feyzioğlu, s. 184.

ekonomik yönleri de vardır. Eşlerin önemli sırlarının ve menfaatlerinin üçüncü bir şahıs yararına feda edilmesi¹⁰⁸, erkeğin ve kadının evlilik birliği giderlerini müsrifçe harcaması gibi durumlarda da eşler sadakat yükümlülüklerini ihlal etmiş olurlar.¹⁰⁹ Eşlerin fiilen veya mahkeme kararıyla ayrı yaşamaları durumunda dahi, bu yükümlülük devam eder.¹¹⁰

C. EŞLERİN YARDIM VE DAYANIŞMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TMK 185. maddesinin son fıkrasına göre, eşler birbirlerine yardımcı olmakla yükümlüdürler. Eşler, karşılıklı olarak birbirlerine yardımcı ve destek olmakla ve yine karşılıklı dayanışma içinde olmakla yükümlüdürler.

Eşlerin birbirlerine yardım ve dayanışma yükümlülüğü çeşitli şekillerde olabilir. Eşlerden birinin evlilik birliğinin masraflarının karşılanması için, diğer eşin işyerinde veya kendi işyerinde çalışması, diğer eşin eğitimini veya mesleki gelişmesini tamamlamasına yardımcı olmak, hasta olan eşin tedavisi için maddi desteğin yanı sıra manevi yönden de yanında görülmek gibi davranışlar eşlerin yardım ve dayanışma yükümlülüğü içerisinde sayılabilir.¹¹¹

D. EŞLERİN ÇOCUKLARIN BAKIM, EĞİTİM VE GÖZETİMİNE ÖZEN GÖSTERME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Medeni Kanun'un 185. maddesinde düzenlenen diğer bir yükümlülük ise, eşlerin çocukların bakım, eğitim ve gözetimine özen gösterme yükümlülüğüdür. TMK' nun 185. maddesinin 2. fıkrasındaki çocuk kavramı geniş anlaşılmalı sadece öz çocukları değil, ana babanın ortak olmadığı üvey çocukları da kapsamaktadır. Bu itibarla eşler üvey çocukları için de aynı özeni göstermek zorundadırlar.¹¹² Boşanmış eşler için TMK 185. maddesinin bu hükmü uygulanmaz; çünkü burada, artık evlilik

¹⁰⁸ Tekinay, s. 298; Velidedeoğlu, s. 97; Öztan, s. 155; Tandoğan, s.112.

¹⁰⁹ Akıntürk, s. 113; Öztan, s. 155; Ayan, s. 50; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 282.

¹¹⁰ Tekinay, s. 298; Tandoğan, s. 112; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 778; Öztan, s. 155.

¹¹¹ Öztan, s. 156.

¹¹² Şahin, Mualla Gücin: “Evlilik Düzeni Açısından Evliliğin Genel Hükümleri”, Manisa Barosu Dergisi, Sayı 93, Yıl 24, Nisan 2005, s. 70; Akıntürk, s. 114; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 283; Öztan, s. 158; Tekinay, s. 297; Tandoğan, s. 112; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 780; Köprülü-Kaneti, s. 113.

birliği mevcut değildir. Bu çocukların bakım ve gözetimi boşanma kararında düzenlenir.¹¹³

E. EŞLERİN BİRLİKTE YAŞAMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Eşler evlilik birliğinin doğumuyla birlikte ortak bir hayat kurmuş olurlar. Evlilik birliği bir hukuki müessese olmakla beraber, hukuki çerçeveyi dolduran, tamamlayan kuşkusuz eşlerin fiili birlikteliğidir.¹¹⁴ Bu nedenle, eşlerin birlikte seçecekleri ortak konutta, daha doğru deyi miyle aile konutunda birlikte oturmak, ortak hayatı aynı çatı altında sürdürmek yükümlülüğü altındadırlar. Kural bu olmakla birlikte askerlik, öğrenim, hükümlülük, tedavi ve benzeri sebeplerle birlikte yaşamak mümkün olmayabilir ki bu durumlar eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğünün ihlali sayılmaz.¹¹⁵ Birlikte yaşama, eşler için öngörülen bir yükümlülük olduğu kadar aynı zamanda bir hak teşkil eder.¹¹⁶

Medeni Kanun eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğünün çiğnenmesini ağır bir yaptırıma bağlamıştır. Nitekim eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğer eşi, yani birlikte yaşamayı terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta, yani birlikte yaşamaya dönmediği takdirde, terk eden eş aleyhine boşanma davası açılabilecektir.¹¹⁷

F. EŞLERİN ORTAK KONUTU (AİLE KONUTUNU) SEÇME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Medeni Kanun'un 186. maddesinin 1. fıkrasına göre, eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Burada kastedilen ortak konut, aile konutudur. Önceki Medeni Kanun'un 152. maddesinin 2. fıkrasında eşlerin ve çocukların oturacağı konutu seçme hakkını kocaya vermişti. Ancak bu hüküm kadın erkek eşitliğine aykırı olduğundan yeni düzenlemede bu hak eşlere birlikte verilmiştir. Eşler aralarında anlaşarak bu yetkiyi içlerinden birine verebilecekleri gibi, birinin seçtiği evi diğerinin

¹¹³ Öztan, s. 158.

¹¹⁴ Şenyuva, s. 14; Öztan, s. 154; Akıntürk, s. 113.

¹¹⁵ Akıntürk, s. 113.

¹¹⁶ Akıntürk, s. 113.

¹¹⁷ Akıntürk, s. 113; Öztan, s. 154.

kabul etmesiyle de kullanabilirler.¹¹⁸ Ortak konutu seçme yükümlülüğü, eşler için aynı zamanda bir hak niteliği taşımaktadır. Ortak konutun seçiminde eşlerin karşılıklı anlayış içinde davranmaları, seçi haklarını dürüstlük kurallarının belirlediği çerçevede içerisinde kullanmaları gerekir.¹¹⁹

G. EŞLERİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ YÖNETME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TMK 186. maddesinin 2. fıkrasına göre, eşler evlilik birliğini birlikte yönetmekle yükümlüdürler. Önceki Medeni Kanun evlilik birliğinin yönetiminde erkeği ön plana çıkararak, birliğin başkanlığını erkeğe vermiş, kadına erkeğe yardımcılık ve danışmanlık etme görevini yüklemiştir. Yeni Medeni Kanun'da kabul edilen mutlak eşitlikçi anlayışın bir sonucu olarak, evlilik birliğini yönetme hakkı, her iki eşe de tanınmıştır. Bu demektir ki, eşlerden her biri, yönetime ilişkin bir girişimde bulunmadan diğer eşini bilgilendirmek ve bu girişime onun da katılımını sağlamak zorundadır. Birliğin yönetimiyle ilgili işin her zaman söz konusu olabilen normal ve olağan bir iş olması, bu zorunluluğu ortadan kaldırmaz.¹²⁰

Evlilik birliğinin yönetiminin sağlıklı biçimde yürüyebilmesi, eşlerin karşılıklı anlayış ve hoşgörüsüne bağlıdır. Eşlerden her biri bu konuda olabildiğince özverili davranmalı, diğer eşin yönetim konusundaki önerisine pek önemsiz sebeplerle karşı çıkmamalıdır. Örneğin, ortak konutun tefrişinde alınacak eşyaların seçiminde veya alınan eşyalarla odaların döşenmesinde erkek kadının önerilerine mümkün oldukça katılmalıdır. Zira unutulmamalıdır ki, yuvayı dışı kuş yapar.¹²¹ Eşler, eve kimin bakacağı ya da ev işlerinin nasıl paylaşılacağı, ortak konutta kullanılmak üzere alınacak eşyanın seçimi vb. tüm hususlarda ortaklaşa ve birlikte hareket etmelidirler.¹²²

¹¹⁸ Doğan, (Yenilikler) s. 104; Özok, Serpil: "Eşlerin Aile Konuru Üzerindeki Hakları" <http://bianet.org/bianet/bianet/32529-eslerin-aile-konutu-uzerindeki-haklari--2> 10.01.2010.

¹¹⁹ Akıntürk, s. 110.

¹²⁰ Akıntürk, s. 111; Doğan, (Yenilikler), s. 99.

¹²¹ Akıntürk, s. 111; Şahin, M.G., s. 72.

¹²² Demir, P.Ö., s. 19.

H. EŞLERİN EVLİLİK BİRLİĞİ GİDERLERİNE KATILMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

TMK 186. maddesinin 3. fıkrasına göre, eşler evlilik birliğinin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlığıyla katılırlar. Önceki Medeni Kanun evlilik birliğinin giderlerinin erkek tarafından karşılanması ilkesini kabul etmişti. Bu ilke ve dolayısıyla bundan doğan yükümlülük kadın-erkek eşitliğini erkekler aleyhine bozmakta olduğundan, yeni Medeni Kanun mutlak eşitlikçi anlayışının bir ürünü olarak kadının da emek ve gücü oranında evlilik birliğinin giderlerine katılması yükümlülüğünü getirmiştir.¹²³

Evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün yerine getirilmesi sadece parayla değil, aynı zamanda emekle de olabilir. Bu nedenle eşlerden birinin, çoğunlukla kadının, evde ev işlerini yapması durumunda da, bu eşin evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirdiği kabul edilecektir. Bu hükümle, dışarıda çalışmayarak ev işlerini yapan kadınların da evlilik birliğinin giderlerine katıldığı ve bu yükümlülüğü yerine getirdikleri kabul edilmektedir.¹²⁴ TMK 186. maddesindeki bu düzenlemeyle, emeğin de evin geçimine katkı sağladığı kanunen hüküm altına alınmıştır. Ülkemiz şartlarında özellikle kadınların önemli bir kısmının ekonomik bağımsızlıklarını henüz kazanamamış oldukları düşünülürse, kanun koyucunun son derece isabetli bir düzenlemeye imza attığını söylemek yanlış olmaz. Zira uzun yıllar boyu değerlendirme dışı bırakılan ve karşılıksız bırakılan kadının ev işlerinde çalışması, çocuklara bakması, kocanın iş ve işletmesinde yardımcı olması vb. emek faaliyetleri özellikle boşanmalarda hesaba katılmak suretiyle artık kanuni bir değere kavuşturulmuş ve belirli bir geliri olmayan evli kadınların mağduriyeti büyük ölçüde önlenmiştir.¹²⁵ Ancak Başpınar'a göre bu düzenleme emeğini ailesine hasreden eş için yeterli değildir. Emeğini ailesine hasreden eş, ayrıca sigorta ettirilmeli ve primleri de aile bütçesinden ödenmelidir. Bununla ilgili düzenleme de sosyal güvenlik kanunlarında yapılmalıdır.¹²⁶

¹²³ Akıntürk, s. 114.

¹²⁴ Ayan, s. 54; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 284; Şahin, M.G., s. 73; Akıntürk, s. 115.

¹²⁵ Akıntürk, s. 115; Kılıçoğlu, (Yenilikler), s. 26.

¹²⁶ Başpınar, Veysel: "Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", A.Ü.H.F.D., Cilt 52 Sayı 3, Ankara 2003, s. 98.

I. EŞLERİN BİRLİĞİ TEMSİL YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Evlilik birliğinin temsili, birliğin ihtiyaçlarını gidermek ve birliğin amaçlarını gerçekleştirmek üzere eşlerden birinin üçüncü kişilerle hukuki işlemlerde bulunmasını ifade eder. Eşlerin evlilik birliğinin ihtiyaçları dışında hukuki işlemler yapmaları, örneğin avukat olan erkeğin büro olarak bir yer kiralaması veya terzilik yapan kadının dikiş malzemeleri alması evlilik birliğinin temsili kavramına girmez.¹²⁷

TMK 188. maddesine göre, eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder. Ailenin diğer ihtiyaçları için eşlerden biri, birliği ancak; diğer eş veya haklı sebeplerle hâkim tarafından yetkili kılınmışsa veya birliğin yararı bakımından gecikmede sakınca bulunur ve diğer eşin hastalığı, başka bir yerde olması veya benzeri sebeplerle rızası alınmazsa temsil edebilir. Önceki Medeni Kanun, evlilik birliğini temsil yetkisini erkeğe vermişti. EMK 154. maddesine göre, evlilik birliğini erkek temsil eder, malların idaresi konusunda hangi sistem kabul edilmiş olursa olsun erkek, tasarruflardan şahsen sorumluydu. Yeni Medeni Kanun temsil konusunda erkeğe verilen ayrıcalığı kaldırarak, evlilik birliğini temsil yetkisini her iki eşe de vermiştir.

Eşlerden her birine tanınan temsil yetkisi, ailenin sürekli ihtiyaçları içindir.¹²⁸ Ailenin sürekli ihtiyaçları deyimiyle hangi ihtiyaçların kastedildiği, her şeyden önce ailenin sosyal düzeyine, içinde buldukları ekonomik duruma ve yerel adetlere göre belirlenir.¹²⁹

Ailenin diğer ihtiyaçları, yani sürekli ihtiyaçları kavramına girmeyen ihtiyaçlar için evlilik birliğini temsil yetkisi eşlerden her birine diğerinden bağımsız olarak tanınmamıştır. Bu tür ihtiyaçlar için eşler birlikte hareket etmek zorundadırlar.

Medeni Kanun'un 188. maddesi emredici nitelikte bir madde olup, taraflarca değiştirilmesi mümkün değildir.¹³⁰

¹²⁷ Akıntürk, s. 125; Velidedeoğlu, s. 110; Tekinay, s. 303; Tandoğan, s.117; Feyzioğlu, s. 189.

¹²⁸ Akıntürk, s. 125; Velidedeoğlu, s. 110; Tekinay, s. 303; Öztan, s. 184.

¹²⁹ Akıntürk, s. 126; Şahin, M.G., s. 75.

¹³⁰ Şahin, M.G., s. 75.

III. AİLE KONUTUNA İLİŞKİN İŞLEMLERDE DİĞER EŞİN RIZASININ ALINMASI GEREKLİLİĞİ

A. GENEL OLARAK

Medeni Kanunumuz eşlerin gerek birbirleriyle gerekse üçüncü kişilerle hukuki işlemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir. Bu ilkenin kabul edilmesinde gerek kadın-erkek arasında eşitliği sağlamak, gerekse de günümüzde artık kadınların da erkekler kadar kendi haklarını ve ekonomik geleceklerini düşünerek hareket edebildikleri gerçeği hâkim olmuştur.¹³¹ Gerçekten TMK 193. maddesine göre, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlem yapabilir. Yani eşlerden birinin yaptığı bir hukuki işlem, kural olarak diğeri eşin rızasına bağlı değildir.

Bazı hukuki işlemler evlilik birliğinin ekonomik geleceği ve ailenin mutluluğu ve huzuru açısından oldukça önem taşımaktadır. Bu tür hukuki işlemlerde karar verme yetkisini eşlerden sadece birine vermek evlilik birliğinin amacı ile bağdaşmayacağı gibi evlilik birliğini korumaya da gölge düşürebilir. Bu sebeple birliğin geleceği ve mutluluğunu etkileyen önemli hukuki işlemlerde eşlere tek başına karar alma yetkisi verilmemelidir.¹³² Bu düşünceden hareketle kanun koyucu eşlerin hukuki işlem serbestisi kuralına istisnalar getirmiştir. Bu istisnalardan biri de aile konutu ile ilgili işlemlerde karşımıza çıkmaktadır. Yeni TMK' nun getirdiği en büyük yenilik olarak, kadın-erkek eşitliğinde, evlilik birliğinin korunması amacıyla, eşlerin tasarruf ehliyetlerinin kullanılmasında sınırlamalar konularak, özellikle TMK 194. madde hükmüyle aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde sınırlamalar getirilerek, evlilik birliğinin ve evlilik binasının temelleri garantiye alınmıştır.¹³³

¹³¹ Yurdal, Münire: “Aile Konutu Medeni Kanun 194. Madde”, Mersin Barosu Dergisi, Sayı 11, Nisan 2004, s. 45; Kılıçoğlu, (Yenilikler), s. 31.

¹³² Kılıçoğlu, (Yenilikler), s. 32-33; Akıntürk, s. 120.

¹³³ Güner, Mustafa: “Yeni Medeni Kanunumuzun Aile Konutuna Dair Hükmüyle, Evli Evlere Getirdiği Yeni Kısıtlamalar”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi Sayı 124, s. 130.

B. AİLE KONUTU KAVRAMI, ÖNEMİ, BELİRLENMESİ, KORUMA SÜRESİ

1. AİLE KONUTU KAVRAMI

Aile konutu, 743 sayılı EMK’ nda düzenlenmemiş, 4721 sayılı TMK’ nun 194. maddesiyle, hukuk hayatımıza girmiştir. Medeni Kanun’un 194. maddesi ile getirilen düzenlemenin amacı, özellikle evlilik birliğinin sorunlarla karşılaştığı dönemlerde, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin, bu hakkına dayanarak yapacağı kötüniyetli işlemlere karşı, aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan eşi ve çocukları korumaktır.¹³⁴ Medeni Kanun, aile konutunu tanımlamamış, sadece gerekçesinde, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anlarla dolu bir alan olduğundan bahsetmiştir. Aile konutuna ilişkin çeşitli tanımlamalar yapılmıştır. *Akıntürk*, aile konutunu eşlerin beraberce seçmiş oldukları ve varsa çocukları ile birlikte eylemli olarak içinde yaşadıkları ortak konut olarak tanımlamaktadır.¹³⁵ *Kılıçoğlu*, aile konutunu resmen evli olan karı kocanın birlikte yaşadıkları konut olarak ifade etmiştir.¹³⁶ *Doğan*, aile konutunun, sürekli olarak barınma ihtiyacını karşılayan ve ailenin hayat merkezini oluşturan konut olduğunu belirtmiştir.¹³⁷ *Şıpka*, eşlerin müşterek yaşadıkları ve ailenin yaşam merkezi olan konut olduğu biçiminde tanımlamıştır.¹³⁸ Bu tanımlardan hareketle, aile konutunun tanımını şu şekilde yapabiliriz. Aile konutu, eşlerin birlikte seçtikleri ya da bir eşin seçip diğerinin rıza gösterdiği içinde yaşanabilir, tek bir konuttan oluşan, dışarıdan bakıldığında ailenin yaşadığı anlaşılan, eş ve çocukların ayrılıncaya kadar ortak yaşam merkezi haline gelmiş konuttur.

¹³⁴ Büyükay, Yusuf: “Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutu İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-8-html> 02.01.2010; Öztan, s. 199.

¹³⁵ Akıntürk, s. 121.

¹³⁶ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 41.

¹³⁷ Doğan, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu”, 15. Kuruluş Yılına Armağan Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı 1-4, 2002, s. 286.

¹³⁸ Şıpka, Şükran: “Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler”, Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği”, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 372.

2. AİLE KONUTUNUN ÖNEMİ VE BELİRLENMESİ

Aile konutu, Türk toplumu ve aile yapısında özel bir önem taşıyan ve eşlerin çocuklarıyla birlikte sığındığı, bütün yaşam faaliyetleri gerçekleştirdiği, acı ve tatlı günlerin içinde yaşandığı bir mekân olması itibariyle büyük önem taşımaktadır.¹³⁹ Eşler uzun yıllar birlikte oturdukları konutu yerleşim yeri ve adres olarak göstermişlerdir. Bunun dışında aile konutu, eşlerin yıllarca çok büyük güçlüklerle edindikleri, zevk ve gereksinimlerine göre dayayıp döşedikleri bir alan¹⁴⁰ olduğu için özel bir korunmaya gereksinim duyulmuştur.

Aile konutu belirlenirken, konutun nasıl elde edildiği, konut üzerinde sahip olunan hakkın türü ya da hangi mal rejimine tabi olduğu gibi hususlar önem taşımaz. Bu tanımlamada önemli olan husus, hak sahibi olan eşin o konutta eşini ve ailesini oturtma ve barındırmasının hukuka uygun bir nedene dayanmasıdır. Bu nedenle hukuka aykırı olarak kullanılan konut TMK 194. maddesi kapsamında korunmaz.¹⁴¹

Bir konutun aile konutu sayılabilmesi için hukuken evli olan kişilerce kullanılıyor olması gerekir. Bu sebeple hukukun geçerli kabul etmediği birliktelikler (dini nikâhla bir arada yaşama ya da nikâhsız bir arada yaşama) Medeni Kanun'un bu korumasından yararlanamaz.¹⁴² Ancak evlilik butlan yaptırımına tabi ise, TMK 156. maddesine göre evlilik hâkim kararıyla iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin bütün sonuçlarını doğuracağı için evlilik iptal edilene kadar TMK 194. maddenin korumasından yararlanır.¹⁴³

Konut olarak eşlerin düzenli olarak birlikte yaşam faaliyetlerinin gerçekleştirilebileceği yerler aile konutu olabilir. Eşlerin geçici olarak mesleki faaliyet, öğrencilik, sağlık sorunlarını çözümlenmek veya dağ evi, yayla gibi devamlılık göstermeyen konutları aile konutu olarak kabul edilmeyecektir.¹⁴⁴ Bu sebeple aile fertlerinin ortaklaşa ve sürekli olarak kullanmadığı yerler aile konutu sayılmaz. Bu

¹³⁹ Şıpka, s. 373; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 291; Akıntürk, s. 121; Öztan, s. 199.

¹⁴⁰ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 39

¹⁴¹ Şıpka, s. 373

¹⁴² Büyükay, (Aile Konutu Niteliği); Uçar, Ayhan: "4721 Sayılı Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessese: Aile Konutu Müessesesi", http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4721_SAYILI_MEDENI_KANUN_ILE_IHDAS_EDILEN_YENI_BIR_MUESSESE_AILE_KONUTU_MUESSESI&kimlik=1137595698&url=makaleler/aucar-1.htm 17.01.2010.

¹⁴³ Ayan, s. 64.

¹⁴⁴ Usta, Arif: "Aile Konutu Kavramı ve Uygulaması", http://www.turkhukusitesi.com/makale_954.htm 17.01.2010.

itibarla, örneğin erkeğin yazın belli günlerinde spor yapmak için kullandığı dağ evi veya kadının ailesinde yadigâr kalan ailesinin hatıralarını yaşatmak için belli zamanlarda gidip kullandığı köy evi yahut da üniversitede okuyan çocukları için kiraladıkları zaman zaman gidip kaldıkları ev aile konutu sayılamaz.

Aile konutu deyince akla taşınmaz mallar gelmektedir. Taşınır mallar, örneğin gece kondu, çadır¹⁴⁵, prefabrik konut, baraka gibi mekânlar da aile konutu özelliği taşıyabilir. Yeter ki oturlan yer ailenin ortak yaşam merkezi kabul olsun.¹⁴⁶ Nitekim İsviçre Medeni Kanunu karavan, yat gibi yerleri aile konutu saymaktadır. Türk Medeni Kanununda bu konuda açık bir hüküm olmamakla birlikte yukarıda saydığımız şartları taşırorsa aile konutu kavramına dâhil edilmelidir.

Aile konutu ailenin yaşam merkezi sayılan bir mekân olduğundan kural olarak tek bir konuttur.¹⁴⁷ Ancak öyle somut durumlar oluşabilir ki aile yaşamı iki ayrı konutta geçebilir. Örneğin, kışın havaların soğuk ve köydeki imkânların kısıtlı olması nedeniyle şehirdeki kaloriferli evde oturan bir aile için yazın tarımla uğraşmak için gittiği köyünde kullandığı evi de yaşamsal faaliyetlerin merkezi olduğundan, her iki evi de aile konutu olarak saymak gerekir.

TMK 186. maddesinin 1. fıkrasına göre eşler oturacakları konutu birlikte seçerler. Kanun metninden açıkça belirtilmemekle birlikte burada sözü edilen konut aile konutudur. Eski Medeni Kanun'un 152. maddesinin 2. fıkrasında eşlerin ve çocukların oturacağı konutu seçme hakkını kocaya vermişti. Ancak bu hüküm kadın erkek eşitliğine aykırı olduğundan yeni Medeni Kanun'daki düzenlemede eşlere bu hak birlikte verilmiştir. Eşler aralarında anlaşarak bu yetkiyi içlerinden birine verebilecekleri gibi, birinin seçtiği evi diğerinin kabul etmesiyle de kullanabilirler.¹⁴⁸

Eşler kendilerine tanınmış olan bu yetkiyi kullanırken ailenin ekonomik durumunu ve ödeme gücünü dikkate almak zorundadırlar. Bu konuda her iki eşin de makul hareket etmesi, sosyal durumlarını da dikkate almaları gerekir.¹⁴⁹ Evin seçimi

¹⁴⁵ Yurdal, s. 47.

¹⁴⁶ Öztan, s. 200.

¹⁴⁷ Reisoglu, Seza: Yeni Medeni Kanunumuzun Bankaları İlgilendiren Düzenlemeleri, <http://www.veribaz.com/viewdoc.html?yeni-medeni-kanun'un-bankalari-iligilendiren-baslica-farkli-duzenlemeleri-444744.html> 14.02.2010; Şıpka, s. 373; Yurdal, s. 46; Öztan, s. 199.

¹⁴⁸ Doğan, (Yenilikler) s. 104.

¹⁴⁹ Akıntürk, s. 110.

sadece ortak konutun seçimi olarak algılanmamalı, konutun olduğu yerin seçimini de kapsamalır.¹⁵⁰

Eşler aile konutunun seçiminde anlaşmazlığa düşerseler TMK 195. maddesine dayanarak hâkimin müdahalesine isterler. Hâkim tarafları uyarıp uzlaştırmaya çalışır, eğer eşler uzlaşmaz ise eşlerin ortak rızasıyla uzman kişilerin yardımını alarak sorunu çözmeye çalışır.

3. AİLE KONUTUNU KORUMA SÜRESİ

Aile konutunun korunma süresi hakkında Medeni Kanunumuzda açık bir hüküm bulunmamaktadır.¹⁵¹ Aile konutuna ilişkin TMK 194. maddesi incelendiğinde, eşlerden bahsettiği için evlilik kurumuna dikkat çekmiş ve böylece evlilik devam ettiği ve boşanma kararı verilmeye kadar aile konutunun korunacağı anlaşılmaktadır.¹⁵²

İsviçre hukukunda olduğu gibi bizim hukukumuzda da, korunacak menfaatin kalmadığı özel haller hariç, boşanma davası esnasında da TMK 194. maddesindeki hükmü uygulama alanı bulacaktır. Bu aynı zamanda barınmaya ilişkin koruyucu tedbirler alınmaya kadar bir ön tedbir niteliğinde olacak ve hâkimin kararına kadar aile konutunun hak sahibi eş tarafından elden çıkarılması önlenecektir.¹⁵³ Örneğin boşanma sürecinin başlamasıyla eşler arasında uyuşmazlıklar çıkabilir. Bu durumda aile konutu üzerinde hak sahibi olan kişi bu konutu kira ise sözleşmeyi feshederek, malik ise bir başkasına satarak diğer eş i zor durumda bırakabilir. Bu nedenle boşanma davası esnasında da bu madde hükmünün uygulanması yerinde bir uygulama olacaktır.

Eşlerden birinin evi terk etmesi halinde aile konutu üzerindeki barınma hakkının kaybedilip kaybedilmeyeceği ise somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmelidir.¹⁵⁴ Kadının erkek tarafından şiddete uğraması sonucu çocuklarıyla birlikte ortak konutu terk etmesi halinde, başka bir konutta barınma

¹⁵⁰ Ergün, s. 38.

¹⁵¹ Yurdal, s. 47.

¹⁵² Şıpka, s. 374; Yurdal, s. 47; Uçar, A., (Aile Konutu Müessesesi).

¹⁵³ Şıpka, s. 374.

¹⁵⁴ Şıpka, s. 376.

olanakları yoksa kadın sırf evi terk ettiği için barınma hakkından yoksun bırakılamaz. Ancak kadının evi terk ederek ailesinin yanına yerleşmesi ve artık o konuta geri dönmek istememesi durumunda artık bu korumanın kalktığı kabul edilmelidir.

Ayrılık kararında, hâkimin aile konutu ile ilgili bir karar verilinceye kadar TMK 194. madde hükmü yine uygulanmalıdır.¹⁵⁵ Aksi halde aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş tarafından kötünietli işlemler ile aile konutu elden çıkarılabilir, bu durumda artık hâkimin alacağı tedbir uygulanma kabiliyetinden yoksun bir hale düşebilir.¹⁵⁶

C. AİLE KONUTU İLE İLGİLİ DİĞER EŞİN RIZASINA BAĞLANAN HUKUKİ İŞLEMLER

Aile konutu eşler tarafından kiralanmış olabileceği gibi eşlerin birinin mülkiyetinde de olabilir. Aile konutu ile ilgili diğer eşin rızasına bağlanan hukuki işlemleri aile konutunun kira sözleşmesiyle sağlanmış olması ya da eşin mülkiyetinde olmasına göre ayrı ayrı inceleyeceğiz.

Aile konutu eşlerin birlikte yaşamsal faaliyetlerini sürdüikleri konutu ifade ettiğine göre, bir eşin bu nitelikte olmayan konutuyla ilgili hukuki işlemleri diğer eşin rızasına bağlı değildir. Örneğin, bir kimse ihtiyaçlarına elverişli olmadığı için konutunu bir başkasına kiraya verip kendisi ve eşi için bir başka konut kiralamışsa, kiraya vermiş olduğu konutla ilgili hukuki işlemler TMK 194. maddesi kapsamına girmediğinden diğer eşin rızasına bağlı değildir.¹⁵⁷

1. AİLE KONUTUNUN KİRA SÖZLEŞMESİYLE SAĞLANMIŞ OLMASI

Aile konutu olarak eşler tarafından birlikte seçilen taşınmazın kira sözleşmesi, eşlerden biri adına düzenlenmiş olabilir. Sözleşmenin nisbiliği ilkesi gereği, kira sözleşmesine taraf olmayan eş, kira sözleşmesinden kaynaklanan haklara

¹⁵⁵ Şıpka, s. 377.

¹⁵⁶ Şıpka, s. 377.

¹⁵⁷ Kılıçoğlu, (Yeni TMK) s. 53.

dayanamaz. Diğer eş isterse bu kira sözleşmesini tek başına feshedebilecektir. Kanun koyucu aile konutunu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alan kabul ettiğinden TMK 194. madde hükmünü getirmiştir. Buna göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez. O halde, kira sözleşmesini yapmış eş artık bu sözleşmeyi kendi başına feshedemez, ancak diğer eşin açık rızasıyla feshedebilir.¹⁵⁸ 4721 sayılı Medeni Kanun'un yürürlüğe girdiği, 1.1.2002 tarihinden önce yapılmış kira sözleşmeleri ile ilgili olarak da TMK md.194 uygulanabilecek, diğer eşin açık rızası veya onamı olmadıkça kiracı eş, kira sözleşmesini feshedemeyecek, yazılı tahliye taahhüdünde de bulunamayacaktır.¹⁵⁹

Kira sözleşmesinin diğer eşin rızasıyla feshi için aşağıdaki şartların varlığı gerekir.¹⁶⁰

a) Bir aile konutu bulunmalıdır.

b) Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin bulunması gerekir: Aile konutu kira sözleşmesiyle kiralanan bir konut olmalıdır. Kamu kurumlarınca sağlanan lojmanlar, kira sözleşmesine konu olamadıkları için buraya girmezler.

c) Aile konutu eşlerden biri tarafından kirallanmış olmalıdır. Eşlerden her ikisi de kira sözleşmesine taraf ise, bir eşin kira sözleşmesini feshetmesi diğer eş bağlamayacağı için TMK' nun 194. maddesinin uygulanması gerekmeyecektir.

d) Kiracı eşin kira sözleşmesinin feshetmek istemesi. Kira sözleşmesine taraf olan eşin kira sözleşmesini feshini istemesine karşı diğer eş TMK' nun 194. madde hükmüyle korunmuştur. Burada önemli olan husus kira sözleşmesini kiracı eşin feshetmek istemesidir. Yoksa kiralayan için kira sözleşmesini sona erdirmeye sebepleri mevcutsa kiralayanın bu hakkına bir sınırlama getirilmemiştir. Örneğin kiracı eş kira bedellerini ödemediği için kiralayan temerrüt nedeniyle sözleşmeyi feshedebilir. Bunun için diğer eşin rızası gerekli değildir.¹⁶¹

¹⁵⁸ Usta, (Aile Konutu); Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 292-293; Akıntürk, s. 122; Öztan, s. 202.

¹⁵⁹ Usta, (Aile Konutu).

¹⁶⁰ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 42 vd.

¹⁶¹ Kılıçoğlu, (Yeni TMK) s. 56.

TMK 194. madde hükmü her ne kadar feshi, diğer eşin rızasına bağlamış ise de, yazılı tahliye taahhüdü, kiracıyla ev sahibinin anlaşarak kira sözleşmesini birlikte sona erdirmeleri, kira sözleşmesi şerhinden feragat, açılan tahliye davasının kabulü gibi hukuki işlemler de, aile konutunun kaybedilmesi tehlikesini doğurabileceğinden rızaya bağlı sayılmalıdır.¹⁶²

e) Kiracı olmayan eşin açık rızası. Medeni Kanun kira sözleşmesinin feshi için diğer eşin açık rızasını aramıştır. Kiracı olmayan eş, kira sözleşmesinin feshine ilişkin açık rızasını önceden izin şeklinde verebileceği gibi sonradan, icazet biçiminde de verebilir.

Kiracı eşin kira sözleşmesini fesih yetkisinin diğer eşin açık rızasına bağlı tutmasının sebebi, evlilik birliğinin yani ailenin ve diğer eşin yararlarının korunması amacına yöneliktir.

Kiracı eş haklı bir sebebe dayanarak kira sözleşmesini feshetmek istemesine rağmen, taraf olmayan eş bu rızayı vermekten haksız olarak kaçınıyorsa, kiracı eş mahkemeye başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir. Gerçekten, TMK 194. maddesinin 2. fıkrasına göre, rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilemeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Hâkim, kiracı eşin isteğini haklı bulursa fesih için yetki verebilir.

Kiracı olmayan eş, kiralayana yönelik yapacağı tek taraflı bir beyanla sözleşmeye taraf olur.¹⁶³ Kira sözleşmesinin başlangıcında taraf olmayan eş, TMK 194. maddesinin 4. fıkrasıyla kiralayana yapacağı tek taraflı bildirimle kira sözleşmesinin tarafı haline gelecek ve diğer eşle birlikte kira sözleşmesinden müteselsilen sorumlu olacaktır.¹⁶⁴ Bu bildirim geçerliliği herhangi bir şekle tabi tutulmadığı için her türlü vasıtayla yapılabilir. İspat kolaylığı bakımından bildirim yazılı biçimde yapılmasında yarar vardır. Bildirim varması gereken bir irade açıklamasıdır ancak kiralayana herhangi bir yolla ulaştığı anda hüküm doğurur.¹⁶⁵ Bu

¹⁶² Şıpka, s. 380-381.

¹⁶³ Doğan, (Aile Konutu) s. 296; Akıntürk, s. 123.

¹⁶⁴ Büyükay, (Aile Konutu Niteliği); Öztan, s. 203.

¹⁶⁵ Akıntürk, s. 23; Demir, s. 69.

iradenin açıklanmasıyla birlikte kiracı olmayan eşle kiralayan arasında aynı sözleşme şartları dâhilinde bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olur.¹⁶⁶

2) AİLE KONUTUNUN EŞİN MÜLKİYETİNDE OLMASI

TMK 194. maddesinin 1. fıkrasına göre, eşlerden biri diğerinin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Özellikle dar gelirli ailelerde eşlerin en büyük hayalleri olan, gerek aile mutlulukları gerekse çocukların geleceği için adeta bir güvence olarak gördükleri, çoğu zaman büyük zorluklarla edindikleri bir konutu, bir eşin tek başına verebileceği bir kararla elden çıkarması diğer eş için yıkım olabilir. İnsanın başını sokacağı bir kurtuluş yeri olarak gördüğü aile konutunun edinilmesinde eşler kader birliği yapmışlardır. Bu nedenle bu hükmün özellikle ülkemiz açısından büyük önemi vardır.¹⁶⁷

Medeni Kanunun bu yeni maddesi mal rejimlerine göre uygulanabilen bir madde değildir. Evliliğin genel hükümleriyle ilgili olup, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulanabilen bir maddedir. Bu sebeple eşler arasında mal ayrılığı rejimi bile olsa aile konutu ile ilgili işlemler diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır. Bundan başka bu konut eşlere miras veya bağış yoluyla geçmiş olsa bile TMK 194. maddesi kapsamına girecektir.¹⁶⁸

a. Aile Konutu Üzerinde Diğer Eşin Rızasının Gerektiği Hukuki İşlemler

Maddeye baktığımızda, aile konutu ile ilgili diğer eşin rızasının gerektiği hukuki işlemler olarak, TMK 194. maddesinin 1. fıkrasında aile konutunun devri ve aile konutunun haklarla sınırlanmasını görmekteyiz.

aa. Aile Konutu Üzerinde Mülkiyet Hakkını Devreden İşlemler

Aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkını devretmeyi amaçlayan işlemler TMK 194. maddesi gereği diğer eşin açık rızasıyla mümkündür. Aile konutunun diğer eş ve evlilik birliği için korunma sebeplerinin başında, konutun mülkiyetinin

¹⁶⁶ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 48.

¹⁶⁷ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 49-50.

¹⁶⁸ Kılıçoğlu, (Yeni TMK) s. 60.

kaybedilmesine bağlı olarak, diğer eşin ve ailenin barınma hakkının ellerinden alınması gelir.¹⁶⁹

Tapuda devir borcu doğuracak işlemler de buraya girer.¹⁷⁰ Örneğin satış vaadi sözleşmesiyle konut hemen alıcıya geçmez. Ancak satış vaadi yapan eş yükümlülüğünü yerine getirmese alıcı onun aleyhine sözleşmenin ifası için yargı yoluna başvurup aldığı kararla satım sözleşmesinin kurulması ve böylece aile konutunun kendi adına devir olanağı elde eder. Özellikle böyle bir satış vaadi sözleşmesiyle tapuda yapılacak olan bir satış vaadi şerhi aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran bir işlem olması sebebiyle diğer eşin rızası olmadan geçerlilik kazanmayacaktır.¹⁷¹

bb. Aile Konutu Üzerindeki Hakları Sınırlandıran Diğer İşlemler

Aile konutu ile ilgili olarak, eş diğer eşin açık rızasına bağlı kılan ikinci sınırlama, eşlerden birinin diğer eşin açık rızası olmadan aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamamasıdır. Aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıran işlemler sınırlı bir ayni hak kuran işlemler olduğu gibi, aile konutu üzerinde tasarruf yetkisini sınırlandıran veya mevcut bir ayni ya da şahsi hakkı ortadan kaldıran işlemler de olabilir.

Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin bu hakkını, üçüncü kişi yararına bir intifa ya da oturma hakkı ile sınırlaması, TMK' nun 194 maddesi kapsamında, “aile konutu üzerindeki hakların sınırlanmasına ilişkin” hukuki işlemlerden sayılacağından, diğer eşin rızasına bağlı işlemlerdendir. Zira üçüncü kişi yararına kurulan intifa ya da oturma hakkı, eşya hukuku kuralları gereği, herkese karşı sürülebilen ayni haklardan olduğundan, diğer eşin ve ailenin, aile konutundan yararlanma hakkını bertaraf ederler.¹⁷²

Aile konutu üzerinde sınırlı bir ayni hakka dayanılarak hak sahibi ise, yine bu hakkından feragat etmesi veya bir başkasına devretmesi diğer eşin rızasına bağlıdır. Aile konutu üzerinde hak sahibi eş tarafından kendi veya bir başkasının borcu için

¹⁶⁹ Şıpka, s. 381; Akıntürk, s. 122; Öztan, s. 199.

¹⁷⁰ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 50.

¹⁷¹ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 51.

¹⁷² Şıpka, s. 384; Doğan, (Aile Konutu) s. 290; Uçar, A., (Aile Konutu Müessesesi).

ipotek ettirebilmesi için diğer eşin rızası aranacaktır. Çünkü burada konuttan gelecekte yararlanamama riski vardır. Özetle ya kurulduğu anda ya da sonradan ailenin konuttan yararlanabilmesini kısmen veya tamamen engelleyebilecek bütün işlemler diğer eşin rızasına bağlıdır.

b. Hak Sahibi Eşin İradesi Dışındaki Mülkiyeti Devir İşlemleri

TMK 194. maddesi hak sahibi eşin aile konutu üzerinde iradesiyle yaptığı işlemleri diğer eşin rızasına bağlamıştır. Bu nedenle cebri icra ve kamulaştırma hallerinde diğer eşin rızası aranmayacaktır. Örneğin eş giriştiği ticari işlemler sonucu zarar uğrayıp iflas ederse, alacaklılar iflas kararı ile birlikte ya da ödeyemediği bir çekten dolayı yapılan icra takibi sonunda aile konutu haczedilebilir. Medeni Kanun'a baktığımızda aile konutunu bu hacizden kurtaracak herhangi bir hüküm yoktur. Bu konudaki hukukumuzdaki tek hüküm, İcra İflas Kanunumuzun 82. maddesindedir. İİK 82. maddesinin 12. bendinde, borçlunun haline münasip evi haczedilemez demektedir. Ama yine aynı madde devamında, ancak evin kıymeti fazla ise, bedelinden haline münasip bir yer alınabilecek miktarı borçluya bırakılmak üzere haczedilebilir. Yine İİK 82. maddenin son fıkrasına göre ise, eğer borç bu evin satın alınması bedelinden doğmuşsa artık haline münasip bir yer alınabilecek miktar ayrılmaksızın ev haczedilebilecektir. Görüldüğü üzere bu hükümlerde cebri satışlarda aile konutunu korumaktan çok uzak bulunmaktadır. Kanaatimizce, bu konuda aile konutunun haczini önleyecek gerekli kanuni düzenlemelerin yapılması gerekir.

Kanun koyucu, aile konutunun üzerinde bulunduğu taşınmazın kamulaştırılması halinde, aile konutunu koruyucu herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu halde kamu yararı, aile konutundan üstün sayılıp, kamulaştırma yapılacaktır. Bu durumda yukarıdaki durumdan farklı olarak tamamen bir kayıp olmayabilir. Eğer kamulaştırılan konutun bedeli peşin ödenecek olursa eşler, kendilerine yeni bir konut edinebilirler sadece eski düzenleri konusunda manevi birtakım kayıpları olabilir. Ancak kamulaştırma bedeli peşin ödenmez de taksitler halinde ödenirse eşler aile konutu yönünden mağdur olabilirler. Kanımızca, bu konuda yapılabilecek en iyi şey, aile konutu olarak kullanılan taşınmazlar üzerinde yapılan kamulaştırmalarda bedelin peşin ödeneceğinin kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmasıdır. Hatta bu bedelin kullanılması diğer eşin rızasına bağlanmalıdır.

Zira bedeli alan eş kötüniyetli ise parayı başka şekillerde kullanabilir. Yıllarca edinmek için uğraştıkları aile konutundan diğer eş yoksun kalabilir.

c. Aile Konutu Şerhi

Medeni Kanunumuz aile konutuna ilişkin getirdiği hükümlerinin etkisini daha da güçlendirebilmek için 194. maddesinin 3. fıkrasında, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eşin tapu kütüğüne konutla ilgili şerhin verilmesini isteyebileceğini belirtmiştir. Medeni Kanun bu hükmüyle, rızası alınmayan eş için aile konutunun devri veya sınırlı aynı haklarla sınırlandırılmasına karşı bir güvence getirmiştir. Bu hüküm aynı zamanda mülkiyet hakkına sahip eş için de yararlıdır. Malik olan eşin bundan başka konutları da varsa, bunları bir başkasına devrederken ya da bunlar üzerinde aynı haklar tesis ederken, lehine hak tesis edilecek kişiler, diğer eşin rızası bulunmaması sebebiyle bu işlemi yapmaktan çekinebilecekleri gibi, tapu idareleri de işleme konu taşınmazın aile konutu olup olmadığında tereddüde düşerek işlem yapmaktan çekinebilir. Hangi konutun aile konutu olduğu hususu tapu kütüğüne şerh verildiği takdirde diğer konutlarla yapılabilecek işlemlerde tereddütler yaşanmayacaktır.¹⁷³

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğünün 11.06.2002 tarih ve 2002/7 sayılı genelgesinde¹⁷⁴ aile konutunun tapu siciline şerhi için iki başvuru yolu öngörülmüştür. İlki, malik olmayan eşin talebiyle¹⁷⁵ tapu siciline, konutun aile konutu olduğu şerhi verilebilir. İkinci yol ise eşlerin birlikte talebiyle¹⁷⁶ tapu siciline, konutun aile konutu olduğu şerhi verilebilir. İlk başvuru yolunda görüldüğü üzere malik olmayan eşin belli belgeler dâhilinde başvurması üzerine bu şerh verilir artık malik olan eşin rızası aranmaz. Aksi bir düşünce, TMK 194. maddesindeki korumaya ters düşer. Zira malik olan eşin rızası aranması gerekseydi malik olmayan eş bu rızadan kaçınabilirdi.

Aile konutu şerhinin terkini ise, şerh, malik olmayan eşin talebi ile işlenmiş ise, yine malik olmayan eşin talebi ile şerh, her iki eşin birlikte talebi ile işlenmiş ise,

¹⁷³ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 52.

¹⁷⁴ Bkz. Şahin, Emin; 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004 s. 1422-1423.

¹⁷⁵ Bu talepte genelge, evlilik birliğinin devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile bu konutta birlikte yaşadıklarını kanıtlayan muhtardan alınmış belgenin ibrazını aramıştır.

¹⁷⁶ Genelge bu talepte de evlilik cüzdanı veya nüfus kayıt örneğinin bulunmasını şart koşmuştur.

her ikisinin talebi ile; eşlerin birlikte malik olduğu hisseli taşınmaz mallarda şerh, eşlerden birinin talebi ile işlenmiş ise, şerhi işlettiren eşin talebi ile; şerh, malik olan eşin talebi ile işlenmiş ise, malik olmayan eşin de talebi yahut muvafakati ile terkin edilebilir.¹⁷⁷

Aile konutu olduğunu bilmeden iyiniyetli üçüncü kişilerin yapacakları iktisap tapu siciline güven ilkesi gereğince korunacaktır. TMK 194. maddesi karşısında özellikle TMK 1023. maddesi gereğince tapu kaydına güvenerek bir aynı hakkın kazanılmasında iyiniyetin korunacağı tartışmaya yer vermeyecek biçimde saklı tutulmuştur. Eğer TMK 194. maddesinin 1. fıkrasına dâhil işlemler tapuya güven ilkesine bir istisna getirmiş olsaydı, TMK 194. maddesinin 3. fıkrasına gerek görülmezdi. Zira bu fıkra hükmünde (iyiniyetli üçüncü kişilerin yapabilecekleri iktisap tehlikesini öngörüldüğü için) tapuya aile konutu ile ilgili şerhin verilmesi olanağı getirilmektedir. Diğer eş, üçüncü kişilerin bu iktisabından korunmak istiyorsa tapuya şerh vermelidir. Ancak üçüncü kişiler tapu kaydına değil de konutla ilgili işlemler için diğer eşin rızasına güvenmişlerse, bu güvenleri korunmayacaktır. Zira TMK 1023. maddesi tapuya güveni korumaktadır.¹⁷⁸

D. AİLE KONUTU İLE İLGİLİ İŞLEMLERDE DİĞER EŞİN RIZASININ ALINMAMASININ HUKUKİ SONUÇLARI

TMK 194. maddesi aile konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızasının alınmamasının hukuki sonucunu belirtmemiştir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olan eş diğer eşin rızasını almadan yapacağı hukuki işlemlere, bir hukuki işlemin geçerliliğinin bir başkasının rızasına bağlı tutulmasına rağmen bu rıza alınmadan yapılan hukuki işlemlerin geçerliliğine ilişkin genel hükümler uygulanır. Bunun sonucu olarak hak sahibi olmayan eşin rızası alınmadan yapılan hukuki işlem geçersiz olacak (örneğin kira sözleşmesinin feshi geçerli sayılmayacak), tapuda yapılmış bir işlem varsa bunun da iptali talep ve dava edilebilecektir. İşlemi geçersiz hale getirme, rızası alınmayan eşe tanınan bir hak olduğundan bu hakkı kullanıp kullanmamak konusunda serbesttir. Eğer rızası alınmayan eş bu işleme icazet verirse

¹⁷⁷ Büyükay, (Aile Konutu Niteliği).

¹⁷⁸ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 52-53; Ekşioğlu, s. 59; Reisoğlu, (Yeni Medeni Kanun).

işlem başlangıçtan itibaren geçerli bir hukuki işlemin bütün hüküm ve sonuçlarını doğurur. Aile konutu ile ilgili işlemlerde üçüncü kişi, rızası alınmayan eşe bu işleme icazet verip vermeyeceği konusunda mehil verebilir, bu süre içinde icazet verilmezse artık işlem üçüncü kişiyi de bağlayıcı olmaktan çıkar.¹⁷⁹

IV. DİĞER EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN HÂKİM KARARIYLA SINIRLANDIRILMASI

Medeni Kanun'un bütününde yaygın bir şekilde kabul edilmiş bulunan eşler arası eşitlik prensibi uyarınca, eşler evlilik birliğinin devam ettiği süre boyunca kural olarak gerek kendi aralarında gerek üçüncü kişilerle diledikleri hukuki işlemleri yapabilirler. Diğer bir deyişle, Medeni Kanunumuzda eşlerin hukuki işlem alanında serbestliği ilkesi benimsenmiştir. Bu ilke TMK' nun 193. maddesinde; "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir." denilmek suretiyle ifade olunmuştur.¹⁸⁰ Eşlerin hukuki işlemlerinde serbest olma ilkesi mutlak değildir. TMK' nun 193. maddesinde de ifade edildiği üzere belirli gerekçelerle bizzat kanun tarafından serbestlik ilkesine birtakım istisnalar getirilmiş bulunmaktadır.¹⁸¹ Bu istisnalardan biri, TMK' nun 199. maddesinde düzenlenen, diğer eşin tasarruf yetkisinin hâkim kararıyla sınırlandırılmasıdır.

Medeni Kanun'un 199. maddesine göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir. Bu madde, aile konutu ile ilgili TMK 194. maddesi hükmü gibi, evlilikte bir krizin doğması durumunda evlilik birliğini korumaya yöneliktir.¹⁸²

Bu maddenin uygulanabilmesi için, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmesi veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi ve diğer eşin hâkimden tedbir alınmasını istemiş olması gerekir. Hemen belirtelim ki,

¹⁷⁹ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 54-55; Doğan, (Aile Konutu) s. 292; Usta, (Aile Konutu).

¹⁸⁰ Şenyuva, s. 77.

¹⁸¹ Şenyuva, s.78; Akıntürk, s. 123; Öztan, s. 226.

¹⁸² Öztan, s. 226; Akıntürk, s. 123.

kanunda öngörülen şartlar alternatif şartlar olup herhangi birisinin gerçekleşmesi tedbir talebi ile hâkime başvurulması için yeterlidir.¹⁸³

Eşlerin yapacağı bazı hukuki işlemlerin, ailenin ekonomik geleceği açısından tehlikeler doğurabileceğini düşünen kanun koyucu, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmesini tasarruf yetkisinin sınırlanması sebebi olarak öngörmüştür.¹⁸⁴ Örneğin eşin malvarlığının önemli bir kısmını bankaya rehnedip aldığı parayla tek başına tatile gitmek istemesi gibi. Bu durumda diğer eş hâkime başvurarak, bu durumun ailenin ekonomik geleceği açısından tehlikeler doğurabileceğini belirterek eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını isteyebilir.

Bu madde hükmünün uygulanabilmesi için, ailenin ekonomik geleceğine ilişkin ciddi ve güncel bir tehlike bulunmalıdır. Bu tehlikenin eşlerin herhangi bir kusurundan kaynaklanması gerekmez. Çünkü evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin uygulanmasındaki asıl amaç, ortaya çıkan tehlikeyi yok edebilmektir.¹⁸⁵

Evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde de diğer eş hâkime başvurup bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisinin sınırlanmasını isteyebilir. Örneğin eşlerden biri ağır derecede hastayken diğer eşin elde bulunan parayla kumar oynayıp hasta eşin tedavi masraflarını karşılamaması durumunda, hasta eş hâkime başvurup yükümlülüğü yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisinin sınırlanmasını isteyebilir.

Ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşmesi veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi halinde diğer eşin tasarruf yetkisinin sınırlanabilmesi için, Medeni Kanun'un 199. maddesi gereğince hâkimden bu yönde bir istemde bulunulmuş olması gerekir.

Eşin yeterli teminatı vermesi halinde, TMK 199. maddesinde öngörülen tasarruf yetkisinin sınırlanması söz konusu olmaz. Zira madde, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşeceğinden veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmeyeceğinden korkulduğu için konulmuştur.¹⁸⁶

¹⁸³ Şenyuva, s. 79.

¹⁸⁴ Ayan, s. 258; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 297.

¹⁸⁵ Ayan, s. 259-260.

¹⁸⁶ Öztan, s. 226.

Hâkim, tarafından tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, yalnızca bir takım malvarlığı değerleri üzerinde öngörülebilir; yoksa eşin tüm malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisinin sınırlandırılması söz konusu olmaz.¹⁸⁷

Hâkim, tedbire konu edeceği malvarlığı değerlerini tespit ederken orantılılık ilkesine uygun davranmalıdır. Yani, hâkim, tedbirin amacına uygun olan asgari düzeydeki malvarlığı değerleri üzerindeki tasarruf yetkisini sınırlamaya özen göstermelidir. Dolayısıyla, tedbirin ailenin ekonomik varlığının korunması amacıyla alındığı durumlarda, üzerindeki tasarruf yetkisi sınırlanan malvarlığı değerleri buna uygun belirlenmelidir. Tedbire, evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla hükmedildiği hallerde de bu mali yükümlülüğü sağlamaya yetecek kadar malvarlığı değeri tedbire konu edilmelidir. Orantılılık ilkesine uyulmadığı durumlarda, tasarruf yetkisi sınırlanarak diğer eşin rızasına tabi kılınan eş bakımından, tedbirin amaç ve mahiyetinin aşılması, fiili bir vesayet sonucu doğması riski ile karşı karşıya kalınabilir.¹⁸⁸

Eşin tasarruf yetkisinin sınırlanması, belli mallar üzerinde cebri icra olmayacağı anlamına gelmez. Örneğin, kıymetli evrak üzerinde eşin tek başına tasarruf edemeyeceği öngörülse bile, eş bunu teminat göstererek bankadan kredi almış ve krediyi ödememiş ise, banka rehnin paraya çevrilmesi yoluna başvurabilir. Ancak eş, bu krediyi, tasarruf yetkisi sınırlanmadan önce almış olmalıdır.¹⁸⁹

Hâkim, bu tasarruf yetkisinin sınırlanması yanında TMK 199. maddesinin 2. fıkrasına göre konuyu gerektirdiği gerekli tedbirleri de alır. Bu bağlamda hâkim, menkul malların bir yedimeine teslim veya tevdiini emredebileceği gibi, bankada bulunan borçlu eşe ait paraların alacağı karşılayacak miktarının müşteriye ödenmemesi için bankaya talimat verebilir.¹⁹⁰

TMK 199. maddesinin 3. fıkrasına göre, Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir. Taşınmazlar üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanması söz konusu ise

¹⁸⁷ Öztan, s. 227; Kılıçoğlu, (Yeni TMK) s. 68.

¹⁸⁸ Özyuva, s. 85.

¹⁸⁹ Öztan, s. 227.

¹⁹⁰ Özüğür, Ali İhsan: Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemelerine Göre Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Nafaka Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 38.

hâkim, diğer eşin talebini aramaksızın kendiliğinden tapu kütüğüne gerekli şerh verilmesine karar verir.

Hâkim, eşin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına karar vermişse, bu karar tarihinden sonra yapılacak işlemler diğer eşin rızası olmadığı takdirde geçersiz olacaktır. Burada geçersiz olan eşin yapmış olduğu tasarruf işlemleridir yoksa borçlandırıcı işlemler geçersiz değildir.

V. MEDENİ KANUN'DA DÜZENLENEN MAL REJİMLERİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

A. GENEL OLARAK

Eşlerin evlenmeden önce ve evlenmeden sonra edindikleri malların mülkiyeti durumunun nasıl olacağı, bu malların nasıl yönetileceği, malların gelirinden kimin hangi oranda yararlanacağı, mallar dolayısıyla doğan borçlardan kimin ne ölçüde sorumlu olacağı, evlilik sona erdiğinde ve kanunda gösterilen diğer durumlarda, malların nasıl paylaşılacağı ve bunun gibi sorunlar, eşler arasındaki mal rejimine ilişkin kurullarla düzenlenir.¹⁹¹ Bir başka deyişle, mal rejimine ilişkin kurullar, eşlerin malvarlıklarıyla ilgili olarak, kendi aralarındaki ve üçüncü şahıslarla olan ilişkileri hükme bağlar.¹⁹²

Medeni Kanun'un 202 ile 282. maddeleri arasında “Eşler Arasındaki Mal Rejimi” adı altında düzenlenmiştir. Yeni TMK, mal rejimi türlerini çoğalttığı gibi, yasal mal rejimini de değiştirmiştir; eski Medeni Kanun'da yasal mal rejimi olarak düzenlenen “mal ayrılığı rejimi” yerine “edinilmiş mallara katılma rejimi”ni kabul etmiştir.¹⁹³ Yeni TMK, “edinilmiş mallara katılma rejimi”, “mal ayrılığı”, “mal ortaklığı” ve “paylaşmalı mal ayrılığı” olmak üzere dört çeşit mal rejimine yer vermiştir. Bunlardan az önce bahsettiğimiz gibi, edinilmiş mallara katılma rejimini yasal mal rejimi, diğerlerini eşlerin seçebileceği diğer mal rejimi olarak düzenlemiştir. Eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparak, yasal mal rejimi dışında

¹⁹¹ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 309.

¹⁹² Öztan, s. 231.

¹⁹³ Akıntürk, s. 144; Öztan, s. 232.

kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini seçebilirler.¹⁹⁴ Eşler arasında yapılabilecek bu mal rejimi sözleşmesi evlilikten önce veya sonra olabileceği, eşlerin evlenme başvurusu sırasında evlendirme memuruna yazılı olarak hangi mal rejimini seçtiklerini bildirmeleri şeklinde de olabilir.¹⁹⁵

Mal rejimi çeşitlerini kısaca anlattıktan sonra, TMK’ nda mal rejimine ilişkin düzenlemesinden evlilik birliğinin korunmasına yönelik hükümleri inceleyeceğiz.

B. MEDENİ KANUN’DA DÜZENLENEN MAL REJİMLERİ

1. EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ

Yeni TMK’ nun 202. maddesine göre, eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Yani edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak benimsenmiştir. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olurlar.¹⁹⁶ Edinilmiş mallara katılma rejimi, mal paylaşımına ilişkin bir temele dayanır.¹⁹⁷

Medeni Kanun’un 218. maddesine göre; edinilmiş mallara katılma rejimi, edinilmiş mallar ile eşlerin her birinin kişisel mallarını kapsar.¹⁹⁸ Edinilmiş mallar, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir (TMK 219). Bu sistemde, eşlerden her biri, evlilik devam ettiği sürece, evlenmeden önce sahip olduğu veya evlendikten sonra edindiği malların sahibi olmaya devam eder.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 309; Öztan, s. 232.

¹⁹⁵ Öztan, s. 233.

¹⁹⁶ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 309; Öztan, s. 249; Akıntürk, s. 144; Ekşioğlu, s. 73.

¹⁹⁷ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 310; Öztan, s. 249.

¹⁹⁸ “Eşlerin mallarının, kişisel mal ve edinilmiş olarak iki gruba ayrılması (esas itibarıyla) mal rejimi sona erdikten sonra önem taşır; mal rejimi devam ederken bu ayrımın (kural olarak) bir önemi yoktur.” Bkz. Acabey, Mehmet Beşir: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları-ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, 2007, s. 491; “Edinilmiş mallar ve kişisel mallar grubu ayrımının işlevi, mal rejiminin tasfiyesinde artık değer ve katılma alacağının hesaplanmasının temelinin teşkil etmesidir.” Bkz. Şenocak, Zariye “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, A.Ü.H.F.D., Cilt 58, Sayı 2, Ankara 2009, s. 382.

¹⁹⁹ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 311.

TMK' nun 219. maddesinin 2. fıkrasında, “Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır” diyerek edinilmiş mallara ilişkin örnekler vermiştir. Bunlara bakacak olursak; Bir eşin çalışmasının karşılığı olan edinimler, Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel mallarının gelirleri ve edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir. Bu sayma eşler açısından sınırlayıcı değil aksine yol göstericidir.²⁰⁰

TMK' nun 220. maddesinde ise, bazı malları kanun gereği kişisel mal saymıştır. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, manevi tazminat alacakları ve kişisel mallar yerine geçen değerler, kanun gereği eşlerin kişisel malları kategorisine girer. Bunların dışında eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dâhil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler (TMK 221/I).

Edinilmiş mal rejiminde eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kalmak şartıyla kendi kişisel mallarıyla edinilmiş mallarını yönetme, yararlanma ve tasarruf hakkına sahiptir (TMK 223/I).

Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlenme ile veya eşlerin mal rejimi sözleşmesi yaparak daha önce seçmiş oldukları mal rejiminden vazgeçmeleriyle başlar.²⁰¹ TMK 225. maddesine göre, mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle yahut mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hallerinde, dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer.

2. MAL AYRILIĞI REJİMİ

Mal ayrılığı rejimi, eski Medeni Kanun'da yasal mal rejimi olarak düzenlenmişti. Roma hukukunda da evlilik ilişkilerinde uygulanan mal rejimi, mal

²⁰⁰ Acabey, s. 501.

²⁰¹ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 314; Öztan, s. 249; Kılıçoğlu, (Yeni TMK) s. 111.

ayrılığı rejimiydi.²⁰² Yeni TMK’ nda ise seçimlik mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Mal ayrılığı, esas itibariyle bir mal rejimi değildir. Eşler malvarlıkları açısından evli olmayan kişiler gibidir.²⁰³ Mal ayrılığı rejimi adından da anlaşılabilceği üzere, her eşin malının kendisine ait olmasıdır.²⁰⁴ Yani, bir eşin evlenmeden önce sahip bulunduğu malların mülkiyeti evlenmeyle diğer eşe geçmez veya bunlar ortak mal durumuna gelmez; her eş bu malların yine sahibi olmaya devam eder.²⁰⁵ Yine bir eşin evliliğin devamı sürecinde edindiği mallar üzerinde mülkiyet hakkı da sadece o eşe ait olur.

Mal ayrılığı rejiminde, mülkiyeti her eşin kendisine ait olan malların yanı sıra, eşlerden her ikisine birlikte ait olan paylı mallar da vardır.²⁰⁶

TMK’ nun 242. maddesine göre eşlerden her biri, kendi malvarlığında bulunan malları bizzat yönetme, yararlanma ve tasarruf hakkına sahiptir. Bu konuda diğer eşin görüşünü veya rızasını almak zorunda değildir.²⁰⁷ Her eş bu mallardan dilediği gibi yararlanır, diğer eşin bu malların doğal veya hukuki getirileri üzerinde herhangi bir hakkı yoktur.²⁰⁸

Medeni Kanun, bu mal rejiminde eşlerin borçlardan sorumluluğu konusunda, paylaşmalı mal rejimine ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlemiştir Medeni Kanunun (md. 243) yollamada bulunduğu paylaşmalı mal rejiminde eşlerin sorumluluğunu düzenleyen 246. maddesi uyarınca, eşlerden her biri kendi borçlarından dolayı bütün malvarlığıyla yani sınırsız sorumludur.

Mal ayrılığı rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle yahut mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesiyle, sona erer.

²⁰² “Eşler, kendi malları üzerinde tek başlarına tasarruf edebilirlerdi. Kadın, alieni iuris ise, bir tarafta kocasının mal varlığı, diğer tarafta kadının aile babasının malvarlığı bulunurdu. Sui iuris kadın, malvarlığını bizzat yönetebileceği gibi, mandatam (vekalet sözleşmesi) veya locatio conductio operarum (hizmet sözleşmesi) ile söz konusu hakkını, herhangi bir üçüncü kişiye veya kocasına devredebilirdi.” Emiroğlu, Haluk: “Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde Mal Rejimi ”, A.Ü.H.F.D., Cilt 50, Sayı 3, Ankara 2001, s. 178.

²⁰³ Öztan, s. 312.

²⁰⁴ Akıntürk, s. 178; Başpınar, s. 90; Ekşioğlu, s. 91.

²⁰⁵ Akıntürk, s. 179.

²⁰⁶ Akıntürk, s. 179.

²⁰⁷ Akıntürk, s. 179.

²⁰⁸ Akıntürk, s. 180.

3. MAL ORTAKLIĞI REJİMİ

Mal ortaklığı rejimi de, mal ayrılığı rejimi gibi yeni Medeni Kanun tarafından seçimlik mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Medeni Kanun'un 256. maddesine göre; mal ortaklığı rejimi ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarını kapsar. Mal ortaklığı rejiminin, genel mal ortaklığı ve sınırlı mal ortaklığı olmak üzere iki ana türü vardır.²⁰⁹ Genel mal ortaklığı, eşlerin kanun gereğince kişisel mal sayılanlar dışındaki malları ile gelirleri ortaklık mallarını oluşturur. Sınırlı mal ortaklığı, kendi arasında edinilmiş mallarda ortaklık ve diğer mal ortaklığı olarak iki alt türe sahiptir.²¹⁰ Edinilmiş mallarda ortaklık rejimi, eşlerin yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kabul edecekleri ve sadece edinilmiş mallardan oluşan bir sınırlı ortaklık türüdür. Diğer mal ortaklığı, eşlerin yapacağı mal rejimi sözleşmesiyle belirli malvarlığı değerlerini veya türlerini, özellikle taşınmaz malları, bir eşin kazancını, bir meslek veya sanat icrası için kullandığı malları ortaklık dışında tutmak suretiyle oluşturdukları mal ortaklığıdır.

Mal ortaklığı rejiminde, ortaklık malları ve kişisel mallar olmak üzere iki mal çeşidi vardır. Ortaklık malları, genel mal ortaklığı rejiminde, eşlerin kanun gereğince kişisel mal sayılanlar dışındaki malları ile gelirlerinden oluşur. Kişisel mallar ise, mal rejimi sözleşmesi, üçüncü kişinin karşılıksız kazandırması veya kanunla belirlenir (TMK 260/I). Ayrıca, eşlerden her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel malıdır (TMK 260/II). Örneğin kocanın traş takımı veya kadının makyaj malzemesi gibi.²¹¹

Eşlerden her biri, olağan yönetimde, ortaklık mallarını evlilik birliğinin yararına uygun olarak yönetirler (TMK 262/I). Olağan yönetim dışında kalan konularda eşler, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya mallarda tasarrufta bulunabilir (TMK 263/I). Eşlerden her biri, yasal sınırlar içerisinde kendi kişisel mallarını yönetme ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir (TMK 267/I).

²⁰⁹ Akıntürk, s. 188; Öztan, s. 306; Ekşioğlu, s. 91.

²¹⁰ Akıntürk, s. 188; Özdamar, s. 316.

²¹¹ Akıntürk, s. 189.

Mal ortaklığı rejimi de diğer mal rejimleri gibi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle yahut mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesiyle, sona erer.²¹²

4. PAYLAŞMALI MAL AYRILIĞI REJİMİ

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi de, mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimi gibi yeni Medeni Kanun tarafından seçimlik mal rejimi olarak düzenlenmiştir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, Medeni Kanun Tasarısını hazırlamakla görevli komisyonun, bir alt komisyon kurarak geliştirdiği tamamen yeni bir rejimdir. Türk hukukçularının çalışma ve gayretlerinin ürünü olan orjinal bir rejim olarak nitelenebilir.²¹³ Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin temelinde, edinilmiş mallara katılma rejimindeki gibi mal ayrılığı esası yatmaktadır.²¹⁴

Bu mal rejiminde üç türlü mal vardır. Bunlardan ilki, mülkiyeti eşlerden hangisine ait olursa olsun, rejim sona erip tasfiye edilirken eşler arasında yarı yarıya paylaşım konusu olacak mallardır. İkinci tür mallar, tasfiye sırasında eşler arasında paylaşım konusu olmayacak mallardır. Medeni Kanun, bunlara paylaşım dışı kalan mallar demektedir. Üçüncü tür mallar ise, her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılan mallardır ki bunlara paylı mallar denilmektedir.²¹⁵

Bu rejimde her eş, yasal sınırlar içerisinde kalmak üzere, kendi mal varlığı üzerinde bulunan mallardan bizzat yönetme, dilediği gibi yararlanma ve serbestçe tasarrufta bulunma hakkı vardır.²¹⁶ Paylı malların yönetimi ise, TMK' nun 688 ve devamı maddelerinde düzenlenen paylı mülkiyet hükümlerine tabidir.²¹⁷

Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi de diğer mal rejimleri gibi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle yahut mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesiyle, sona erer.²¹⁸

²¹² Akıntürk, s. 192; Öztan, s. 310.

²¹³ Akıntürk, s. 181; Başpınar, s. 90; Kılıçoğlu (Yeni TMK), s. 89.

²¹⁴ Akıntürk, s. 182; Öztan, s. 314.

²¹⁵ Akıntürk, s. 182; Özdamar, s. 333.

²¹⁶ Akıntürk, s. 182-183; Ekşioğlu, s. 73; Öztan, s. 314.

²¹⁷ Akıntürk, s. 182; Özdamar, s. 333.

²¹⁸ Akıntürk, s. 183.

C. MEDENİ KANUN'UN MAL REJİMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMESİNİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUMAYA YÖNELİK HÜKÜMLERİ

1. EŞLERİN PAYLI MÜLKİYETİNDEKİ MALLARI ÜZERİNDE PAY DEVRİNİN DİĞER EŞİN RIZASINA TABİ OLMASI

Medeni Kanun'un 688. maddesine göre, paylı mülkiyette paydaşlar, kendi payları bakımından malikin hak ve yükümlülüklerine sahiptirler. Bu nedenle, paylı mülkiyette her bir paydaş, kendi payı üzerindeki hukuki işlemleri, diğer paydaşların rızası olmaksızın tek başına devredebilirler. Evlilik birliğindeki özel durum göz önünde tutularak, edinilmiş mallara katılma rejiminde, TMK' nun 223. maddesinin 2. fıkrasıyla, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mallar üzerindeki tasarruf işlemleri için özel bir hüküm kabul edilmiştir.²¹⁹ Medeni Kanun'un bu maddesine göre, aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz.

Eşlerin çoğunlukla ortak kazançlarıyla çoğu kez birlikte tartışarak, beğenerek, karar vererek satın aldıkları paylı mülkiyet konusu bir malda, bir eşin payını diğerinin rızası olmadan başkasına devretmesi, evlilik birliğinin mutluluğuna zarar verebilir ve diğer eş, belki de hiç istemediği üçüncü bir kişiyle paydaş haline getirebilir. Bu nedenle, kanun koyucu eşlerden birinin payı üzerindeki tasarruflarının, diğer eşin rızasına bağlanmasını gerekli görmüştür.²²⁰

TMK' nun 223. maddesinin 2. fıkrasındaki bu hükmün uygulanabilmesi için şu şartları taşımalıdır.

- Eşlerin paylı mülkiyet konusu mallarının bulunması: Medeni Kanun'un 223. maddesinin 2. fıkrasının söz konusu olabilmesi için malın her iki eşin de paylı mülkiyetinde olması gerekir. Her iki eş de mal üzerinde pay sahibi değilse, yapılan tasarruf işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlı değildir. Örneğin, erkeğin, kardeşi ile birlikte paylı mülkiyetinde olan bir taşınmazdaki payı üzerinde yapacağı

²¹⁹ Ayan, s. 117; Acabey, s. 531; Öztan, s. 185.

²²⁰ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 56; Acabey, s. 531.

tasarruflar, diğ er eş in rızasına bağı lı değı ldir.²²¹ Paylı mülkiyet konusu mal her türlü mal olabilir. Burada genelde taşınmazlar gündeme gelir, ancak taşınır mallar da paylı mülkiyette olabilir. Medeni Kanun'da mal sözcüğü kullanılmasına rağmen, buraya paylı mülkiyet konusu hakların da girdiğini kabul etmek gerekir. Örneğin, iki eş in bir fikir veya sanat eseri üzerinde paylı birlikte mülkiyet hakları olabilir.²²²

Ayrıca, maddenin uygulanabilmesi için, sadece eşlerin paylı malik olması zorunlu değildir. Mal üzerinde, eşler dışında üçüncü bir kişi de, pay sahibi ise, bu madde yine uygulanır.²²³ Örneğin, bir taşınmaz üzerinde, eşlerden birinin kardeşinin de, eşlerle birlikte pay sahibi olduğu bir durumda da söz konusu madde uygulanır. Maddenin konuluş amacı ve gerekçesinden hareket edilecek olursa, burada sadece eşlerin paydaş olduğu malların esas alındığı, üçüncü kişilerin de pay sahibi olduğu hallerde bir eş in payını devretmesinin diğ erinin rızasına bağı lı tutulmasının haklı olmadığı sonucuna varılabilir. Ancak maddenin sözünden böyle bir sonuç çıkmamaktadır. Maddede bir eş in paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarruf etmesinin diğ erinin rızasına bağı lı olduğu ifade edilmiştir. Buna göre malda üçüncü kişiler de paydaş olsa bile eşlerin paylarını devretmesi diğ er eş in rızasına bağı lı olacaktır. Burada sadece eşlerin paylarını devretmesinde bu rıza şartı aranacak, buna karşılık paydaş olan üçüncü kişilerin paylarını devretmesi eşlerin rızasına bağı lı tutulmayacaktır.²²⁴

- Bir eş in payını tasarrufı bir iş lemlle bir başkasına devretmesi gerekir.
- Diğ er eş in rızasının alınması gerekir.

Rıza alınmadan paylı mülkiyetteki payın üçüncü kişiye devrine ilişkin işlem rızası alınmayan eş açısından bağı lıdır. Payı devralan üçüncü kişi bu işlemle bağı lıdır. Rızası alınmayan eş buna icazet vermedikçe bu işlem geçerli olmayacaktır. Burada pay üzerinde aynı bir hak elde eden üçüncü kişi aynen BK 38. maddesinde olduğu gibi, rızası alınmayan eş e mehil vermek suretiyle işleme icazet verir

²²¹ Ayan, s. 119.

²²² Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 57.

²²³ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 57.

²²⁴ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 57; Ayan, s. 119.

vermeyeceğini açıklamasını talep edebilir. Verilen mehil içinde olumlu bir yanıt gelmediği takdirde üçüncü kişi de işlemle bağılı olmaktan kurtulur.²²⁵

TMK 223. maddesinin 2. fıkrası, TMK 194. maddesinden farklı olarak, tasarruf işleminde bulunacak eş, mahkemeye başvurmak suretiyle bu işleme izin verilmesini isteme hakkı vermemiştir. Bu nedenle paydaş olan eşinin rızasını sağlayamayan eş, onun bu rızasını vermemesinin haklı sebepleri olmadığını kanıtlayabile, payı üzerinde tasarrufta bulunamaması gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. Ancak bütün hakların kullanılmasında dürüst davranma ilkesini hukukun temel bir ilkesi olarak kabul eden TMK' nun 2. maddesi hükmünün şartlarının bulunduğu durumlarda payını devretmek isteyen eşin, haklı sebeplerini kanıtlamak ve paydaş eşin devre rıza göstermemesinin haklı sebepleri olmadığını ortaya koymak suretiyle, hâkimden izin alabileceğini kabul etmek yerinde bir uygulama olacaktır.²²⁶

- Eşin payını devredebileceğine ilişkin bir anlaşma bulunmamalıdır. Söz konusu madde emredici nitelikte bir madde olmadığı için eşler aksine bir anlaşma yapabilirler. Eşler, paylı malik oldukları mallar üzerinde tasarruflarının, diğerinin rızasına balı olmayacağına ilişkin bir sözleşme yapmışlarsa, o takdirde TMK' nun 223. maddesinin 2. fıkrası uygulanmaz.²²⁷ Kanunda anlaşmanın nasıl yapılacağına ilişkin her hangi bir şekil şart getirilmemiştir. Bu sözleşme kanıtlanabildiği ölçüde sözlü olarak da yapılabilir.²²⁸

2. MAL ORTAKLIĞI REJİMİNDE MİRASIN KABUL VEYA REDDİNİN DİĞER EŞİN RIZASINA TABİ OLMASI

Mal ortaklığı rejimi yukarıda açıkladığımız üzere²²⁹ eşlerin kişisel ve ortaklık mallarından oluşur. TMK' nun 257. maddesinin 2. ve 3. fıkralarına göre eşler, ortaklık mallarına bölünmemiş bir bütün olarak sahiptirler. Hiçbir eş ortaklık payı üzerinde tek başına tasarruf hakkına sahip değildir.

²²⁵ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 57-58.

²²⁶ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 58.

²²⁷ Ayan, s. 120.

²²⁸ Kılıçoğlu (Yenilikler), s. 58.

²²⁹ Ayrıntılı bilgi için, bkz. s. 59.

Medeni Kanun'un 265. maddesinde, mal ortaklığı rejiminde mirasın kabulü ve reddi konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. Madde hükmüne göre, eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddemeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası kabul de edemez. Maddede mal ortaklığı rejiminde, eşlerden her birinin diğer eşin rızası olmaksızın, eşlerin ortak mallarına girecek olan bir mirası reddetmesi yasaklanmıştır. Aynı şekilde böyle bir tereke borca batıksa, diğer eşin rızası olmaksızın kabul edilemeyeceği de kanun tarafından öngörülmüştür.

Bu maddeyle, evlilik birliğinin çıkarları korunmuştur. Kanun koyucu evlilik birliğinin menfaatlerini korunması açısından bu hükümle yetinmemiş, rızayı elde edemeyen eşe mahkemeye başvurma hakkı da tanımıştır.²³⁰ TMK' nun 265. maddesinin 2. fıkrasına göre, diğer eşin rızasının alınmasına olanak bulunamazsa veya bu konudaki istem onun tarafından haklı sebep olmaksızın reddedilirse, istem sahibi eş kendi yerleşim yeri mahkemesine başvurabilir.

Medeni Kanun'un 265. maddesi, evlilik birliğinin korunması açısından çift yönlü bir denetim olanağı getirmektedir. Bir yandan, niteliği maddede belirtilen türden bir mirasın kabul veya reddedilmesini diğer eşin rızasına bağlanmış, diğer yandan, diğer eşin rızasının alınması olanaksız ise, evlilik birliğini korumak amacıyla hâkimin müdahalesi sağlanmıştır.²³¹

3. MEDENİ KANUN'UN MAL REJİMLERİNE İLİŞKİN DÜZENLEMESİNİN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUMAYA YÖNELİK DİĞER HÜKÜMLERİ

- Medeni Kanun'un 217. maddesine göre, "mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Bununla beraber bir borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa, bu eş ödeme için süre isteyebilir". Maddeyle eşler arasındaki borç ilişkilerine açıklık getirilmiş ve kabul edilen mal rejiminin eşler arasındaki borçların muaccel olmasını engellemeyeceği belirtilmiştir. Ancak eşlerin herhangi iki insan

²³⁰ Ayan, s. 126.

²³¹ Ayan, s. 126.

değil, evlilik birliğini sürdürmekle görevli ve bu birliğe karşı yükümlülükleri olan kişiler olduğu ve evlilik birliğinin korunması gerektiği düşüncesiyle, ödemede güçlükle karşılaşılabilecek eşe süre tanınması kabul edilmiştir.

- Medeni Kanun'un edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin 223. maddesinde, her eşin, *yasal sınırlar* içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Kural olarak eş, kişisel ve edinilmiş malları üzerinde yönetme, yararlanma ve tasarruf açısından serbesttir. Ancak Medeni Kanun evlilik birliğinin korunması amacıyla bu serbestliğe bazı istisnalar getirmiştir. Aynı kanun maddesine göre eş bu yönetim, yararlanma ve tasarruf hakkını yasal sınırlar içerisinde kullanacaktır. Bu yasal istisnalar, çeşitli maddelerinde karşımıza çıkmaktadır. Edinilmiş mal rejimini seçen eşlerden birinin, mülkiyeti kendisine ait olan aile konutu üzerinde tasarrufta bulunması diğer eşin açık rızasıyla mümkündür (TMK 194/I).²³² Yine ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği mal varlığıyla ilgili tasarrufların diğer eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir (TMK 199).²³³ TMK' un 185/III maddesinde düzenlenen, eşlerin birbirlerine yardımcı olmak yükümlülüğü²³⁴ ve TMK' un 186/III maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü²³⁵ hususlarında da söz konusu tasarruf yetkisi evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkim kararıyla sınırlanabilir.

- Paylaşmalı mal ayrılığı rejimi hususunda, Medeni Kanun'un 244. maddesi, eşlerden her biri, *yasal sınırlar* içerisinde kendi malvarlığı üzerinde yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarını korur, diyerek aynı düzenlemeyi yinelemiştir. Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde de eş, malların yönetim, yararlanma ve tasarrufunda bulunurken, evlilik birliğinin korunması amacıyla yukarıda belirttiğimiz sınırlamalara tabi olacaktır.

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 39 vd.

²³³ Akıntürk, s. 180; Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 52 vd.

²³⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 34.

²³⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 36 vd.

- Mal ayrılığı rejiminde, paylı malın tasarrufu konusunda, TMK’u 243. maddesi uyarınca, paylaşmalı mal rejimine ilişkin hükümlerin uygulanacağını düzenlenmekle, evlilik birliğinin korunması için aynı sınırlamayı kabul etmiştir.

- Mal ortaklığı rejiminde ise, Medeni Kanun’un 262/I maddesine göre, eşlerden her biri, olağan yönetimde, ortaklık mallarını *evlilik birliğinin yararına* uygun olarak yönetmeleri gerektiğini belirtmiş. Olağan yönetim dışında kalan konularda eşler, ancak birlikte veya biri diğerinin rızasını almak suretiyle ortaklığı yükümlülük altına sokabilir veya mallarda tasarrufta bulunabilir (TMK 263/I). Yani mal ortaklığı rejiminde, yönetimde ölçü “evlilik birliğinin yararı”dır. Yine, eşlerden her biri, *yasal sınırlar* içerisinde kendi kişisel mallarını yönetme ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahip olduğunu düzenlemiştir (TMK 267/I).

VI. EVLİ KİŞİLERİN CİNSİYET DEĞİŞTİRMELERİNİN YASAK OLMASI

Evlilik, ayrı cinsten iki kişinin tam ve sürekli bir hayat ortaklığı kurmak konusunda anlaşmalarıdır. Bu nedenle evlenecek kişilerin iki ayrı cinsten olmaları gerekir. Aynı cinsten iki kişinin evlenmesi durumunda bu evlilik yok hükmündedir.²³⁶ Başlangıçta ayrı cinsten iki kişinin birbirleriyle yaptığı evlenme geçerli olmakla beraber, evlilik devam ederken eşlerden birinin geçirdiği ameliyat sonucunda, özellikle hermafroit veya transeksüel olan eşin geçireceği bir ameliyat sonrasında cinsiyet değiştirmesi mümkündür.²³⁷

TMK 40. maddesine göre cinsiyet değiştirmek isteyen kimse, başvuruda bulunarak mahkemece cinsiyet değişikliğine izin verilmesini isteyebilir. Ancak bu iznin verilebilmesi için kanun koyucu bazı şartlar öngörmüştür. Bu şartlardan biri de EMK 29. maddesinin 2. fıkrasında bulunmayan, yeni Medeni Kanun ile getirilen,

²³⁶ Akıntürk, s. 199; Öztan, s. 321; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 323; Tekinay, s. 108; Feyzioğlu, s. 96. Aynı cinsten iki kişinin evliliği, bunlardan birinin, aranan şartlar varsa, sonradan cinsiyetini değiştirmiş olması durumunda dahi geçerlilik kazanamaz. Bkz. Hatemi-Serozan, s. 97. Doktrinde bazı yazarlara göre, evli bir kişinin cinsiyet değişikliği durumunda evlilik birliği kendiliğinden sona erecektir. Bkz. Akıntürk, s. 199; Köprülü-Kaneti, s. 65. Diğer görüşe göre ise, evlilik ancak mahkeme kararı veya ölümle sona erebilir. Eşlerden birinin cinsiyet değiştirmesi evlilik birliğini kendiliğinden sona erdirmez. Bkz. Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 835; Güven, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuk Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, 1997 s. 68.

²³⁷ Akıntürk, s. 199.

cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin evli olmaması şartıdır. Bu sebeple mahkeme cinsiyet değiştirmek isteyen kişinin evli olması durumunda diğer řartlar²³⁸ gerçekleşmiş olsa bile cinsiyet değişikliği için gerekli izni vermeyecektir.

EMK' nun 29. maddesinin 2. fıkrasında evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerine imkân vermekteydi. Cinsiyet değişikliği ile nüfus sicilinde gerekli düzenlemeler yapılıncaya önceki evlilikte kendiliğinden sona eriyordu.²³⁹ Yeni TMK bu konudaki yanlışlığı düzeltip evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerini yasaklamıştır. Toplumun temeli olan aile kurumunun cinsiyeti belirsiz kişilerce sarsılmasını önlemek amacıyla kişinin evli olmaması şartı ailenin korunmasına ilişkin yerinde bir düzenlemedir. Kişinin bir yandan evliliğini sürdürülüp diğer yandan cinsiyet değişikliğine gitmesi ve bunu eş ve çocuklarının ortak yaşantısı içinde yapması psikolojik ve ahlaki tersliklere yol açmaktaydı. Bu sakıncaları bertaraf etmek için böyle bir düzenleme yapılmıştır.²⁴⁰

VII. EVLİLİK BİRLİğİNİN KORUNMASI AMACIYLA HÂKİMİN MÜDAHALESİ

A) GENEL OLARAK

Evlenme arzusunu açığa vurma tarafların özgürlüklerine bağlı olmasına karşılık, evlilik birliği meydana geldikten sonra birlik, hukuk düzenince koruma altına alınır. Eşlerin mutlu bir aile kurmak üzere hayatlarını birleştirmelerinden sonra evlilik birliğinin zaman zaman sarsıntılar geçirmesi, dağılma tehlikesiyle karşı karşıya kalması mümkündür. Ortaya çıkabilecek bu tür tehlikelere karşın evlilik

²³⁸ Cinsiyet değişikliği için aranan şartlar; istem sahibinin on sekiz yaşını doldurmuş bulunması ve evli olmaması; ayrıca transseksüel yapıda olup, cinsiyet değişikliğinin ruh sağlığı açısından zorunluluğunu ve üreme yeteneğinden sürekli biçimde yoksun bulunduğunu bir eğitim ve araştırma hastanesinden alınacak resm sağlık kurulu raporuyla belgelemesidir.

²³⁹ Eski Medeni Kanunumuzda bulunan bu düzenlemeyle, evlilik devam ederken eşlere ameliyat yoluyla cinsiyet değiştirme imkânının tanınmış olması, Anayasada yer alan ailenin korunması ilkesini hiçe sayan vahim bir durum olarak nitelendirilmektir. (Zevkliler, Aydın. (Naklen, Akıntürk, s. 200 dn. 7) Bir başka görüşe göre ise, evli kişilere, hatta çocuğu olan kişilere bile, cinsiyet değiştirme izni verilmesi daha gerçekçidir. Zira cinsel kimlik bozukluklarının hangi yaşta ortaya çıkacağı belli olmadığından, evlilikten sonra gelişmesi de pek muhtemel görülebilir. Bu nedenle evlenmiş ve ocuk sahibi olmuş olmasına rağmen, cinsiyet değiştirme şartları mevcut ise transsekselin cinsel kimlik değişikliğinin önüne geçilmemelidir. (Güven, s. 77).

²⁴⁰ TMK ve Gereççeleri, md. 40, s. 341-342.

birliğinin devam etmesinde sadece eşlerin değil toplumun yararı vardır. Çünkü toplum, aile dediğimiz küçük birliklerden meydana gelir. O halde eşler arasındaki ilişkiler ne kadar iyi ve dostane olursa evlilik birliği de o kadar dirlik ve düzen içinde bulunur, dolayısıyla toplumdaki barış ve huzur da o ölçüde artar. Toplum içinde ailenin zayıflaması, yozlaşması demek toplumun da bozulması demektir. Eşler arasında birliğin korunmasına ilişkin anlaşmazlıkların çözümü, tehlikeye düşen ailede tehlikenin uzaklaştırılması ve boşanmanın engellenmesini sağlar. İşte bu sebeplerledir ki kanun koyucular evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirler almışlardır. Kanunda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin öngörülen hükümler, esas itibariyle, eşler arasında anlaşmazlıkların doğumunu önleyerek, aralarında doğmuş ve doğabilecek güçlükleri kaldırarak, ortaya çıkan huzursuzluklar nedeniyle tamamen yabancılaşmalarına engel olmayı amaçlamaktadır. Medeni Kanun'un 195-201 arasındaki maddelerinde düzenlenen hükümlerde hakimin, evlilik birliğinin korunması amacıyla bu birliğe müdahalesi öngörülmüştür. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki bu müdahaleyi hâkim, eşlerden her birinin ayrı ayrı veya her iki eşin birlikte başvurması üzerine yapabilecektir. Yani hâkim, doğrudan doğruya evlilik birliğine müdahalede bulunamaz, mahkeme mümkün olduğunca evlilik birliğinin dışında kalır.²⁴¹

Evlilik birliğinin korunması amacıyla getirilen hâkimin müdahalesi, Anayasa'nın 41. maddesinde devletin aileyi koruma ödevinin bir uzantısıdır. Bu maddenin gerekçesinde de millet hayatı bakımından ailenin kutsal bir temel olduğu, bu nedenle de ailenin refahını, dirlik, düzen ve barışını korumanın devletin ödevi olduğu belirtilmiştir. Aileye müdahale edilerek korunması da devletin bu ödevinin bir parçasıdır.

²⁴¹ Öztan, s. 210; Akıntürk, s. 122; İnal, s. 1423.

B) HÂKİMİN MÜDAHALESİNİN ŞARTLARI

1. GENEL OLARAK

Hâkimin, evlilik birliğine müdahalesi için gerekli şartlar TMK 195. maddesinin 1. fıkrasında belirtilmiştir. Madde metnine 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. Bu hükümden hâkimin, evlilik birliğine müdahalesi için üç şart ortaya çıkmaktadır. Bunların biri şekli diğer ikisi maddi şartlardır.

-Şekli şart, eşlerin ayrı ayrı veya her iki eşin birlikte başvurmasıdır.

-Maddi şartlar ise, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmesi halidir.

Eski Medeni Kanun'da, hâkimin, evlilik birliğine müdahalesi için yine biri şekli ikisi maddi şart olmak üzere üç şart öngörülmüştü. EMK 161. maddesine göre, "Karı kocadan biri; aile vazifelerini ihmal eder yahut diğerini tehlikeye, hacalet veya zarara maruz bırakırsa müteessir olan taraf hâkimin müdahalesini talep edebilir." EMK düzenlemesinde, hâkimin, evlilik birliğine müdahalesi için eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya eşin tehlikeye, zarar ve utanca maruz bırakılması gerekirdi. Görüldüğü üzere, EMK' da başvuru hakkı, bu fiilden etkilenen eş verilmiş iken yeni TMK' da bu hak her iki eş de verilmiştir. EMK' da, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi şartı aynen korunmuş. Diğer şart olan, eşin tehlikeye, zarar ve utanca maruz bırakılması şartı ise eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hali olarak yeni TMK' da düzenlenmiştir.

Medeni Kanun'un 195. maddesinin 1. fıkrasıyla, hâkime başvuru olanağı kısıtlanmamış, aksine genişletilmiştir. Çünkü önceki Medeni Kanun'da hâkimin evlilik birliğine müdahalesi için öngörülen iki bağımsız şarttan ikincisini oluşturan, eşlerden birinin, tehlikeye, utanca veya zarara maruz bırakılması, yeni Medeni Kanun'un 195. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen ilk bağımsız şart olan, evlilik

birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi, kapsamına girmektedir. Çünkü eşlerin birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı olma ve menfaatlerini koruma yükümlülükleri, zaten evlilik birliğinden doğmaktadır. Bu nedenle, yeni Medeni Kanun'un söz konusu hükmünde bunun, evlilik birliğine müdahalesinin yeni ve bağımsız bir şartı olarak düzenlenmesine gerek görülmemiştir. Buna karşılık, yeni Medeni Kanun'da, evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi, eşlerden birinin istemi üzerine hâkimin evlilik birliğine müdahalesinin yeni ve bağımsız şartı olarak kabul edilmiştir.²⁴²

2. ŞEKLİ ŞART (EŞLERİN AYRI AYRI VEYA HER İKİ EŞİN BİRLİKTE BAŞVURMASI)

Hâkimin, evlilik birliğine müdahale edip korumaya yönelik hükümlerinin uygulanabilmesi için TMK 195. maddesinin 1. fıkrasına göre, eşlerin ayrı ayrı veya her iki eşin birlikte başvurması gerekir. Hâkim, doğrudan doğruya müdahalede bulunamaz, bir talep gelmişse evlilik birliğine müdahale edebilir.²⁴³ Ayırt etme gücüne sahip olmayan veya vesayet altındaki eş için bu talebi yasal temsilcisi yapar.²⁴⁴

Eşlerin birlikte başvurusuna ender rastlanır. Çünkü hâkimin müdahalesi, genellikle eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi nedenine dayanır. Bir eşin, hem evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemesi, hem de hâkimin müdahalesini istemesi, hayatın olağan akışına uygun değildir. Ancak eşler evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri halinde, aynı maddenin gerekçesinde de belirtildiği üzere, uzman kişilerin önerileri yönünde uygun bir karar verilmesi istemiyle, birlikte müdahaleyi talep edebilirler.²⁴⁵

²⁴² Ayan, s. 191.

²⁴³ Öztan, s. 210; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 762; Köprülü-Kaneti, s. 124; Tekinay, s. 337; Velidedeoğlu, s. 120; Feyzioğlu, s. 201.

²⁴⁴ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 799; Öztan, s. 211.

²⁴⁵ Ayan, s. 202.

3. MADDİ ŞARTLAR

a. Eşlerden Birinin Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülükleri Yerine Getirmemesi

Medeni Kanun'un 195. maddesine göre, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi halinde diğer eşe hâkimin evlilik birliğine müdahalesini isteme hakkı tanınmıştır. Kanunun bu maddesinde evlilik birliğinden doğan yükümlülükler denmekle beraber bu yükümlülüklerin ne olduğu madde metninde belirtilmemiştir. Eşlerin uymak zorunda olduğu yükümlülükler "Evliliğin Genel Hükümleri" başlığıyla TMK 185. ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Bu yükümlülükler sınırlayıcı olmamak üzere kanun koyucu tarafından belirtilmiştir. Bu yükümlülükleri yukarıda²⁴⁶, anlattığımız için burada sadece ismen sayacağız.

- Evlilik Birliğinin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü
- Eşlerin Birbirlerine Sadakat Yükümlülüğü
- Eşlerin Yardım ve Dayanışma Yükümlülüğü
- Eşlerin Çocukların Bakım, Eğitim ve Gözetimine Özen Gösterme Yükümlülüğü
- Eşlerin Birlikte Yaşama Yükümlülüğü
- Eşlerin Aile Konutu Seçme Yükümlülüğü
- Eşlerin Evlilik Birliğini Yönetme Yükümlülüğü
- Eşlerin Evlilik Birliği Giderlerine Katılma Yükümlülüğü
- Eşlerin Birliği Temsil Yükümlülüğü

. Eşlerden biri evlilik birliğinden doğan yukarıda sayılan yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınırsa ya da gereği gibi yerine getirmese misal kadının evden ayrılmasından sonra, erkeğin tarafların sosyal durumuna göre ev hazırlamasına rağmen kadının eve geri dönmemesi²⁴⁷, kadının eski nişanlısıyla görüşmeye devam

²⁴⁶ Bkz. 32 vd.

²⁴⁷ Uyar, Talih: Türk Medeni Kanunu (Gereğeli-İçtihatlı) Aile Hukuku Cilt III, Ankara 2002, s. 2642, Y 2. H.D. , 11.05.1973 T. 1973/3142 E.

etmesi, kadının çalışmasına rağmen evin giderlerine katılmaması²⁴⁸, erkeğin ağır hasta olan eşiyile ilgilenmemesi, erkeğin alkol alıp bazı geceler eve gelmemesi, erkeğin çocukların eğitim-öğretimiyle ilgilenmemesi gereken çabayı göstermemesi gibi hallerde diğer eş hâkime başvurarak birliğe müdahale etmesini ve gerekli tedbirlerin alınmasını talep edebilir.²⁴⁹

Eşler arasında evlilik birliğinden doğmayan yükümlülüklere aykırı davranılması halinde diğer eş, artık hâkimin müdahalesini isteyemeyecektir. Örneğin, eşlerden birinin, diğerine, hizmet veya şirket sözleşmesinden doğan borcunu yerine getirmemesinde durum böyledir. Ancak, eşler arasındaki borç, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünden doğmuşsa, alacaklı eş, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümler uyarınca hâkimin müdahalesini isteyebilecektir.²⁵⁰

Hâkimin müdahalesini isteyebilmek için mutlaka bir zararın doğmuş olması zorunlu değildir; bir zararın doğması ihtimali varsa yine hâkimin müdahalesi istenebilmelidir.²⁵¹ Diğer bir ifadeyle, hâkime başvuru için, yükümlülüğe aykırı davranılması sonucunda bir zarar doğması, ön şart sayılmamalıdır. Çünkü evlilik birliğinin korunmasına ilişkin hükümlerin amacı, evlilik birliğini korumak, eşlerin ve çocukların zarar görmelerini önlemek olup, kusurlu eşi cezalandırmak değildir. Bu nedenle, henüz bir zarar doğmamış olsa da, eşlerden birinin, çok yakın bir zamanda evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerine aykırı davranarak, diğer eşi zarara uğratma olasılığı yüksek ise, diğer eş, hâkimden tedbir alınmasını isteyebilmelidir. Bu istemde bulunabilmek için, zararın doğmasını beklemek, evlilik birliğinin ve zayıf durumda olan eşin korunması ilkesiyle bağdaşmaz. Örneğin eşlerden birinin, bütün malvarlığını paraya çevirip yurt dışına kaçma hazırlıkları yaptığı bir dönemde de, diğer eş, hâkimin müdahalesini isteyebilmelidir.²⁵²

Evlilik birliğinden doğan yükümlülüğün ihlali belli ölçüde süreklilik taşıması gerekir.²⁵³ Yükümlülüğe aykırı davranışın hâkimin müdahalesini isteme hakkı verebilmesi için eşin ilerde de böyle hareket edeceğinin kuvvetle muhtemel olması

²⁴⁸ Akıntürk, s. 131.

²⁴⁹ Öztan, s. 211; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 763; Köprülü-Kaneti, s. 125; Tekinay, s. 337; Velidedeoğlu, s. 121; Feyzioğlu, s. 202; Tandoğan, s. 131; Akıntürk, s. 131.

²⁵⁰ Ayan, s. 193.

²⁵¹ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765; Öztan, s.212; Feyzioğlu, s. 202.

²⁵² Ayan, s. 194.

²⁵³ Akıntürk, s. 131; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 764; Öztan, s. 212.

gerekir.²⁵⁴ Örneğin aslında fazla alkol kullanmayan erkeğin uzun zamandan beri görmediği lise arkadaşlarıyla birlikteyken içkiyi fazla kaçırıp eve sarhoş gelmesi halinde kadın hâkimin müdahalesini isteyemeyecektir. Çünkü bu durumda bir süreklilik yoktur. Ancak, erkeğin devamlı alkol alıp eve geç gelmesi halinde, hâkimin müdahalesini isteyebilir.

Evlilik birliğinden doğan bütün yükümlülüklerin ihlali, hâkime başvuru için yeterli sayılmamalıdır. Bu yükümlülüğün, evlilik birliğinin geleceği için belli önem ve ağırlıkta olması gerekir.²⁵⁵ Bu önem ve ağırlıksa somut olayın özelliklerine, tarafların sosyo-ekonomik durumlarına ve ihlal fiilinin evlilik birliğine etkisine göre belirlenmelidir. Örneğin çocukların bakım ve eğitimi evlilik birliğinden doğan bir yükümlülüktür. Çocukların okula gönderilmemesi hiç tartışmasız hâkimin müdahalesini gerektirebilecek derecede önem ve ağırlığa sahip iken, çocuklara derslerinden yardımcı olması için bilgisayar, ansiklopedi gibi yardımcı nitelikteki eğitim araçlarının alınması somut olaya ve tarafların sosyal durumlarına göre belirlenmeli varlıklı bir aile için bu durum, yükümlülüğün ihlali sayılmalı, asgari ücretle geçinen bir aile için ise sayılmamalı hâkime müdahale hakkı tanınmamalıdır.

Evlilik birliği yükümlülüklerini ihlal boşanma sebebi doğurabilecek nitelikte ağır da olsa boşanma davası yerine, hâkimin müdahalesi istenebilir.²⁵⁶ Örneğin, erkek devamlı olarak kadını toplum içinde rencide ediyorsa kadın onur kırıcı davranışa dayanarak boşanma davası açabileceği yerde, hâkimin bu konuda diğer eşi uyarmasını da isteyebilir. Evlilik birliğinin korunması ve kaderi yönünden tabii ki hâkimin müdahalesini istemesi daha yerinde olacaktır.

Evlilik birliğinin eşlere yükledikleri yükümlülüklerin ihlali halinde tedbir alınmasını talep etmek bakımından bu ihlal durumunun bir kusura dayanıp dayanmaması gerektiği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre²⁵⁷, eşlerin görevlerini yerine getirmemeleri halinde, kusurlu olup olmadıkları aranmamalıdır. Örneğin akıl hastası olan veya ayırt etme gücü bulunmayan bir eşin, evlilik birliğinin kendisine düşen görevleri yerine getirmemesi halinde hâkimin tedbir alması istenebilmelidir.²⁵⁸

²⁵⁴ Ayan, s. 194; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 764; Akıntürk, s. 132; Öztan, s. 212.

²⁵⁵ Ayan, s. 194; Öztan, s. 211; Akıntürk, s. 124; Tandoğan, s. 131.

²⁵⁶ Öztan, s. 212.

²⁵⁷ Öztan, s. 212; Tandoğan, s. 132; Güven, s. 19; Köprülü-Kaneti, s. 124; Ayan, s. 196.

²⁵⁸ Öztan, s. 212; Tandoğan, s. 132.

Diğer bir görüşe göre²⁵⁹, hâkimin müdahalesini istenebilmesi için yükümlülüğün yerine getirilmemesi kusura dayanmalıdır. Örneğin, haksız olarak işten çıkarılmış ve işsiz kalmış erkeğin evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü bir süre yerine getirmemesi halinde erkeğin yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu söylenemez.²⁶⁰ Kanımızca, hâkimin evlilik birliğine müdahale edebilmesi için eşlerin görevlerini yerine getirmemeleri halinde, kusurlu olup olmadıkları aranmamalıdır. Çünkü hâkimin evlilik birliğine müdahale etmesi, evlilik birliğinin korunması amacıyla getirilmiş bir düzenlemedir. Evlilik birliği görevini ihlal eden kusurlu eşin cezalandırılmasını amaçlamamıştır. Hâkim, eşlerden birinin veya her ikisinin, evlilik birliğinin yükümlülüklerinin ihlali nedeniyle kendisine başvurusunda, söz konusu ihlalin gerçekten evlilik birliğinin yükümlülüğünün ihlali olup olmadığına bakmalı, ihlali niteliğinde görürse gerekli tedbirleri almalıdır.

Evlilik birliğine dışarıdan müdahale, aslında, manevi bir nitelik taşıyan evlilik birliğinin yapısına aykırıdır. Ancak hâkimin müdahalesinin evliliği kurtaracağı ve eşlerin menfaatlerini koruyacağı beklenen hallerde hâkimin müdahalesi yerinde olur.²⁶¹

b. Eşlerin Evlilik Birliğine İlişkin Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşmesi

Medeni Kanun'un 195. maddesine göre, eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmesi halinde hâkimin müdahalesi istenebilir. Bu şart eski Medeni Kanun'da yer almıyordu. EMK' nun 161. maddesinde, eşlerden biri, diğerini tehlikeye, zarara veya utanca düşürürse bundan etkilenen eş, hâkimin müdahalesini talep edebilirdi. Eşlerden birinin, diğerini tehlikeye, zarara veya utanca düşürmesi, aslında yeni Medeni Kanun'un 195. maddesindeki ilk şart olan evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin kapsamına girmektedir. Çünkü eşlerin birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı olma ve menfaatlerini koruma yükümlülükleri, zaten evlilik birliğinden doğmaktadır. Bu nedenle, yeni Medeni Kanun'un söz konusu hükmünde, bunun, hâkimin evlilik birliğine müdahalesinin yeni ve bağımsız bir şartı olarak düzenlenmesine gerek görülmemiştir. Buna karşılık, yeni Medeni Kanun'da, evlilik

²⁵⁹ Akıntürk, s. 132; Tekinay, s. 337; İnal, s. 828.

²⁶⁰ Akıntürk, s. 132.

²⁶¹ Güven, s. 2.

birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hali yeni ve bağımsız bir şart olarak kabul edilmiştir.²⁶²

Eski Medeni Kanunun evlilik birliğine ilişkin konulardan bazılarında karar verme hakkını eşlerden erkeğe tanımış olduğu için, bu konularda eşler arasında hâkimin müdahalesini gerektirecek ölçüde uyuşmazlık olmuyordu. Kaldı ki anlaşmazlık baş gösterdiği takdirde, özellikle velayet hakkının kullanılmasıyla ilgili bir konuda, örneğin doğan çocuğun isminin konulması veya çocuğun eğitimi konusunda eşler arasında bir anlaşmazlık doğması halinde kanunu kocanın oyunun geçerli olacağını hükme bağlamıştı (EMK md. 263). Oysa yeni Medeni Kanun eşler arasında eşitlik ilkesini tam ve gerçek anlamda benimsemiş ve dolayısıyla da uyuşmazlık hallerinde karar vermede eşlerden birine öncelik ve üstünlük tanımamıştır.²⁶³ Bu durumu göz önüne alan kanun koyucu, eşler arasında önemli bir konuda uyuşmazlığın çıkması halinde hâkimin müdahalesini kabul etmiştir.

Kanun metnine baktığımızda, eşler arasında evlilik birliğine ilişkin “önemli bir konuda” uyuşmazlık çıkması halinde hâkimin müdahalesi istenebilecektir. Yani hem uyuşmazlık olacak, hem bu uyuşmazlık evlilik birliğine ilişkin bulunacak, hem de bu uyuşmazlık önemli bir konuda olacaktır. Örneğin aile konutunun seçimi, çocukların yatılı okumalarına izin, kadının çalışmak istemesi erkeğin bunu kabul etmemesi, eşlerin evin giderlerini karşılama konusunda anlaşamamaları gibi konular evlilik birliğine ilişkin önemli konulardır, uyuşmazlık söz konusu olursa hâkimin müdahalesi istenebilir. Eşler arasında herhangi bir uyuşmazlık olmadan konunun önemli görülmesi gibi bir nedenle, sırf bir de hâkimin, fikrini almak için başvuru yapılamayacaktır.

Eşler, evlilik birliği ile ilgili olmayan bir konuda hâkimin müdahalesini isteyemezler. Örneğin, eşlerden birinin ticari faaliyetleriyle ilgili bir konuda, eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların giderilmesi için, evlilik birliğinin korunması hükümleri çerçevesinde hâkime başvuru mümkün değildir. Çünkü Medeni Kanun’un 195. maddesinin 1. fıkrasında açıkça belirtildiği gibi; hâkime başvuru, ancak eşler arasında ortaya çıkan uyuşmazlığın evlilik birliğine ilişkin olması halinde mümkündür. Fakat eşlerden birinin, ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek

²⁶² Ayan, s. 191.

²⁶³ Akıntürk, s. 132-133.

şekilde bazı ticari işletmelerini devretmesi durumunda, TMK 199. maddesi gereğince hâkimin müdahalesi istenebilir.²⁶⁴

4. HÂKİM TARAFINDAN EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AMACIYLA ALINABİLECEK TEDBİRLER

a. Genel Olarak

TMK 195. maddesinin 1. fıkrasında hâkimin müdahalesini isteyebilmenin şartları düzenlenmişti. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise alabileceği tedbirlerden bahsedilmiştir. TMK md. 195. maddesinin 2. fıkrasına göre, hâkim eşleri yükümlülükleri konusunda eşleri uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızasıyla uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Bu fıkra hükmünde tedbir olarak uyarma, uzlaştırmaya çalışma ve uzman kişilerin yardımını alma düzenlenmiştir. TMK md. 195. maddesinin 3. fıkrasına göre, hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen tedbirleri alır. Burada sözü edilen kanun hiç şüphesiz Medeni Kanun'dur. Medeni Kanun'da öngörülen diğer tedbirler şunlardır.

-Eşlerin ailenin geçimi için yapacakları parasal katkının belirlenmesi (TMK md. 196),

-Eşlerden birinin, evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması (TMK md. 190),

-Eşlerin birlikte yaşamasına ara verilmesi (TMK md. 197),

-Eşlerden birinin borçlularına, borçlarını diğer eşe ifa etmelerinin emredilmesi (TMK md. 198),

-Eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması (TMK md. 199),

-Eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi (TMK md. 206),

-Borçlu eşe ödeme için süre öngörülmesi (TMK md. 217),

²⁶⁴ Ayan, s. 199.

-Aile konutu üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için eşe yetki verilmesi (TMK md. 194/II).

b. Evlilik Birliğini Korumak İçin Hâkimin Alacağı Genel Tedbirler

aa. Uyarma

TMK 195. maddesinin 2. fıkrasına göre, hâkim eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır. Hâkim, bu genel tedbire eşlerin birinin veya her ikisinin talebi üzerine başvurur. Hâkim, taraflar arasında uyuşmazlığı giderebilmek için kusurlu eşe evlilik birliğine ilişkin görevlerini hatırlatır.²⁶⁵ Uyarma, her şeyden önce unutulmuş görevlerin ihtar edilerek, ortak hayatın barış ve huzur içinde devamını sağlamak için yapılır.²⁶⁶ Örneğin devamlı alkol alan eşe, bu davranışını terk etmesi gerektiği, karısının toplum içinde rencide eden erkeğe karısının kişiliğini başkaların yanında küçük düşürmemesi gerektiği konusunda uyarır. Uyarma, kuru bir emir şeklinde olmamalıdır. Zira kanun koyucunun amacı zorlayıcı tedbirlere gitmeden barışçı bir çözüm tarzının bulunmasıdır. Dikkatli ve anlayışlı bir hâkimin kusurlu eşe yapacağı hatırlatmalar ve uyardılar, bazen sert yargısal tedbirlerden daha etkili olabilir.²⁶⁷

Hâkim, evlilik birliğine ilişkin yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşe karşı sunulan her türlü delili inceleyerek eşi kusurlu bulursa, eş duruşmada hazırsa yüzüne, hazır olmayıp vekili mevcutsa vekilinin yüzüne tutanağa geçilmek üzere açıkça uyarı da bulunur. Vekili bu ihtardan müvekkilini haberdar etmek zorundadır. Eğer dava, davalının yokluğuna rağmen devam ediyorsa, mahkeme yokluğa rağmen ihtarın davalıya yazılı olarak tebliğine karar verir.²⁶⁸

Uyarı, sadece davanın taraflarına yapılabilir. Uyuşmazlığın çıkmasına neden olan veya evlilik birliğinin yükümlülüklerinin ihlaline sebebiyet veren üçüncü bir kişi olduğunda, hâkimin bu üçüncü kişilere ihtarda bulunması mümkün değildir.²⁶⁹

Kusurlu eş, uyarıya uyacağını söylese, hâkim, ona uygun bir süre verir. Bu süre sonunda uyarı yapılan taraf uyarı gereklerini yerine getirmez veya uyarıya uymayacağını bildirirse, hâkim, kanunda gösterilen diğer tedbirleri alır.²⁷⁰

²⁶⁵ Öztan, s. 214; Akıntürk, s. 134; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 765; Köprülü-Kaneti, s. 126; Tekinay, s. 339; Velidedeoğlu, s. 123; Feyzioğlu, s. 203; Tandoğan, s. 132.

²⁶⁶ Öztan, s. 214.

²⁶⁷ Tekinay, s. 339-340.

²⁶⁸ İnal, s. 1426-1427.

²⁶⁹ Öztan, s. 215; Tekinay, s. 339.

Hâkimin yapacağı uyarı bazı hallerde beklenen etkiyi yapabilir. Ancak hâkim, önüne gelmiş olayın özelliklerine göre yapacağı uyarının pek de etkili olmayacağına kesin kanaat getirirse uyarı yapmaktan vazgeçip kanunda gösterilen diğer tedbirlere başvurabilir.²⁷¹

bb. Uzlaştırma

Hâkim, evlilik birliğinin devamı için tarafları çağırıp dinledikten sonra uyuşmazlık sebeplerini belirler, bu konularda eşlere tavsiyelerde bulunup tarafları uzlaştırmaya çalışır. Örneğin eşler eve yapılacak parasal katkı konusunda uyuşmazlığa düşmüşlerse hâkim, bazı masrafların (kira, faturalar) erkek tarafından bazı masrafların (evin yiyeceklerinin alınması) kadın tarafından yapılmasını tavsiye ederek eşleri uzlaştırmaya çalışır.

Hâkimin bu aşamadaki rolü tavsiye niteliğindedir, yol göstericidir. Tarafların uyuşmazlığa düştükleri konuda bizzat onların yerine geçip karar alamaz. Yukarıda verdiğimiz örnekte olduğu gibi bir uyuşmazlık halinde, hâkim, eşlerden birine kira, fatura, diğerine evin iâşesinin alınması gibi bir yükümlülük yükleyemez, bağlayıcı bir karar veremez.

Hâkim, eşleri uzlaştırmaya çalışırken, eşlerden hangisinin evlilik birliğinin beraberinde getirdiği görevi ihlal ettiğini tespit eder. Bu nedenle, uzlaştırma bir tespit kararına yaklaşmaktadır. Görev ihlalinin tespiti ileride boşanmada kusurun hangi eşte olduğuna karar verilirken göz önünde tutulur.²⁷²

cc. Uzman Kişilerin Yardımını İsteme

Anlaşmazlık çözümü olmayan bir tartışmaya dönmüşse²⁷³, hâkim, her iki eşinde onayını alarak doktor, psikolog, aile terapistleri gibi uzman kişilerin yardımını ister. Hâkimin uzman kişilerin yardımına başvurabilmesi için tarafların ortak rızası bir ön şarttır.²⁷⁴ Uzman kişilerin buradaki görevi hâkime yardımcı olmak, eşlerin karşı karşıya oldukları sorunu ve sebeplerini tespit etmektir.²⁷⁵ Söz konusu uzman kişilerin hazırladığı raporun hâkim, için herhangi bir bağlayıcılığı yoktur. Bununla

²⁷⁰ Özüğür, s. 31.

²⁷¹ Tekinay, s. 340; Akıntürk, s. 135; Velidedeoglu, s. 12; Tandoğan, s. 133.

²⁷² Öztan, s. 215.

²⁷³ Öztan, s. 215.

²⁷⁴ Öztan, s. 215; Akıntürk, s.135.

²⁷⁵ Ayan, s. 210.

birlikte söz konusu raporun, hâkimin kararını belirlemesinde ona yardımcı olacağı kuşkusuzdur.

c. Evlilik Birliğini Korumak İçin Hâkimin Alacağı Genel Tedbirler

Hâkimin kusurlu eşi uyarması, eşleri uzlaştırmaya çalışması ve uzman kişilerin yardımı sonuçsuz kalırsa kanunda düzenlenen diğer tedbirlere başvurabilir. Kanuni tedbirlerin amacı, evlilik birliğini sağlıklı bir şekilde ayakta tutmaktır. Bu kanuni tedbirler; hâkim tarafından, duruma göre, eşler bir arada yaşarken veya ayrı yaşamaya başladıktan sonra veya her iki halde de alınır.²⁷⁶

aa. Evlilik Birliği Devam Ederken Hâkim Tarafından Alınacak Tedbirler

Evlilik birliği devam ederken hâkim tarafından alınacak tedbirler; eşlerin ailenin geçimi için yapacakları parasal katkının belirlenmesi, eşlerden birinin, evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması ve aile konutu üzerinde tasarrufta bulunabilmesi için eşe yetki verilmesidir.

aaa. Eşlerin Ailenin Geçimi İçin Yapacakları Parasal Katkının Belirlenmesi

TMK 186. maddesinin 3. fıkrasına göre, eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlığıyla katılırlar. Eski Medeni Kanun'da (madde 152/II) kadın ve çocukların infak ve iâşesinin kocaya ait olduğuna ilişkin hüküm, yeni Medeni Kanun'da kadın-erkek arasında tam bir eşitlik ilkesinin benimsendiği için değiştirilmiş, kadın ve erkeğin evlilik birliği giderlerine katılma konusunda eşitlik ilkesi getirmiştir.²⁷⁷ Tabi ki buradaki eşitlik kanunun diğer maddelerinden farklı olarak mutlak bir şekilde uygulanmayacak, eşler "güçleri" oranında evlilik birliği giderlerine katılacaklardır. Yine, yeni Medeni Kanun'da yer alan yeni ve önemli bir kavramla karşılaşmaktayız; sadece ev işleriyle uğraşan eşlerin emekleri de mal varlığı değeri gibi dikkate alınmaktadır.²⁷⁸ Eşler, evlilik birliği giderlerine yapacakları parasal katkıyı aralarında anlaşarak belirlerler. Ancak eşlerin parasal

²⁷⁶ Öztan, s. 216.

²⁷⁷ TMK ve Gerekçe, madde 186, s. 379.

²⁷⁸ Grassinger, Gülçin Elçin: "Yeni Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Evlilik Öncesi ve Evlilik Süresince Kadının Hukuksal Durumu", 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 Sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 92.

katkının belirlenmesi konusunda anlaşamamaları halinde, TMK 196 maddesinin 1. fıkrası gereğince eşlerden birinin başvurusu üzerine hâkim, ailenin geçimi için her bir eşin yapacağı parasal katkıyı beliler.

Hâkimin, eşlerin parasal katkılarını belirlemesi, evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirlerdendir. Zira eşler birlikte yaşamaya devam ederlerken aralarında birliğin giderlerine katılma konusunda uyuşmazlık çıkabilir. Eşlerden her biri katkısının hangi miktar ve oranda olacağı konusunda farklı düşünebilir veya diğer eş yeterli katkıda bulunmamakla suçlayabilir. İşte böyle durumlarda eşler arasında belirmiş olan uyuşmazlığın hâkimin müdahalesiyle çözümlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmış olur. Bu durumda hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine duruma müdahale ederek, ailenin geçimi için her eşin yapacağı parasal katkıyı saptayacaktır.²⁷⁹

Hâkim, bu katkı payını belirlerken bazı ölçütlerden yararlanır. Bunlardan bir kaçını kanun maddesi göstermiştir. Gerçekten, TMK 196. maddesinin 2. fıkrasına göre, eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması katkı payının belirlenmesinde dikkate alınır. Hâkim, bundan başka, katkı payını belirlerken eşlerin bütün gelirlerini ve malvarlığı gelirlerini göz önünde tutar. Kazançların çok değişken olması halinde, eşlerin son senedeki ortalama kazançlarını esas alır.²⁸⁰

TMK 196. maddesinin 3. fıkrasına göre, eşlerin bu talebi geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir. Maddenin bu fıkrasında hükmedilecek katkı süresinin başlangıcı gösterilmiştir. Yani istenebilecek katkı payı geçmişe doğru bir yılı da kapsayabilecek, ancak daha uzun süreli istenmişse hâkim, bir yıldan fazla olan istemi reddedecektir. İleriye doğru ise gelecek yılları da kapsayabilecek şekilde istenebilecektir. Burada herhangi bir süre sınırlaması kanun koyucu tarafından öngörülmemiştir. Örneğin, dava 01.10.2003 tarihinde açılmış ise, parasal katkı geriye doğru ancak 01.10.2002 tarihine kadar istenebilecek, bu tarihten daha geriye doğru mesela 01.09.2000 tarihi için parasal katkı istenemeyecektir.²⁸¹

Taraflar umulmayan haller, beklenmeyen sosyal ve ekonomik değişiklikler nedeniyle katkı miktarının yeniden belirlenmesi için her zaman dava açabilecekleri

²⁷⁹ Akıntürk, s. 139.

²⁸⁰ Öztan, s. 217.

²⁸¹ Özüğür, s. 33.

de gözden uzak tutulmamalıdır. Hâkim, bu gibi hallerde, gerekirse görevlendireceği uzman kişilerden de yararlanarak eşlerin ekonomik ve sosyal durumlarında, çocukların durumunda, eşlerin çalışma şartlarında, gelir ve malvarlığı düzeylerinde değişim olup olmadığını, değişim varsa bunun önceki belirlenen katkı miktarını etkileyip etkilemeyeceğini her somut olaya göre ayrı ayrı belirleyecek, sonucuna göre olumlu veya olumsuz bir kara verecektir.²⁸²

bbb. Eşlerden Birinin, Evlilik Birliğini Temsil Yetkisinin Kaldırılması veya Sınırlandırılması

TMK 188. maddesinin 1. fıkrasına göre, eşlerden her biri, ortak yaşamın devamı süresince ailenin sürekli ihtiyaçları için evlilik birliğini temsil eder. Evlilik birliğini temsil yetkisi birliğin ihtiyaçlarını karşılamak için eşlerin hukuki işlemleri yapma yetkilerini ifade eder.²⁸³ Evlilik birliğini temsil, aile hukukuna özgü, sui generis bir müessesedir; eşlerden birinin, diğer eşi de etkileyecek, onu da sorumluluk altına sokacak şekilde hukuki işlem yapabilmesidir.²⁸⁴

i. Şartları

TMK 190. maddesine göre, eşlerden biri temsil yetkisini aşar veya bu yetkiyi kullanmakta yetersiz kalırsa hâkim, diğer eşin istemi üzerine temsil yetkisini kaldırabilir veya sınırlayabilir. Bu madde hükmünden anlaşılacağı üzere, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması bazı şartların varlığına bağlıdır. Bu şartlar;

- Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması istenen eş, temsil yetkisini sürekli olarak aşmış ve ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürecek davranışlarda bulunmalıdır. Temsil yetkisinin aşılması belli bir süreklilik taşımalıdır. Bir defalık yetki aşımı, temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması için yeterli değildir.²⁸⁵ Eşlerden birinin evlilik birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak için yaptığı işlemlerden üçüncü kişilere karşı her iki eş de müteselsilen sorumlu olur (TMK 189/I). Bu müteselsil sorumluluktan dolayı eşlerin birinin yaptığı hukuki

²⁸² Özüğür, s. 33.

²⁸³ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 285; Akıntürk, s. 125; Öztan, s.183; Tandoğan, s. 117; Hatemi-Serozan, s. 188; Köprülü-Kaneti, s. 120; Velidedeoğlu, s. 110; Tekinay, s. 117.

²⁸⁴ Öztan, s. 183.

²⁸⁵ Ayan, s. 219; Öztan, s. 192.

işlem diğerini kötü etkileyebilir. Eşlerden biri bu temsil yetkisini kötüye kullanabilir. Bu nedenle kanun koyucu bu gibi hallerde diğer eşi ve dolayısıyla evlilik birliğini korumak için temsil yetkisinin sınırlandırılması veya kaldırılması hükümlerine yer vermiştir. Kaldırılması talep edilecek temsil yetkisi, sürekli ihtiyaçların karşılanması için eşlerin sahip olduğu olağan temsil yetkisidir. Ailenin diğer ihtiyaçlarına ilişkin temsil yetkisi ise zaten her zaman geri alınabilir.²⁸⁶

Örneğin eşlerden biri sürekli olarak kiracı olarak oturdukları konutu, çeşitli nedenlerle (yaşanılan muhitin beğenilmemesi, ev sahibine gıcık olunması, evden sıkılması v.b.) değiştirirse, bu durumda diğer eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Çünkü her seferinde taşınma için belli masrafların (hamal, nakliye parası, emlakçı bedeli, depozito v.b.) yapılması gerekir. Böyle bir durumda evlilik birliğinin ekonomik geleceğini tehlikeye düşürür.

- Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması istenen eş, temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalmış olmalıdır. Temsil yetkisinin kullanılmasında yetersiz kalınması, genellikle, kasıtlı olmayan hareketlere yöneliktir. Örneğin, eşlerden birinin, akıl zayıflığı, yaşlılığı, sakatlığı, deneyimsizliği veya hastalığı gibi bir nedenle, birliği temsil yetkisini gereği gibi kullanamaması durumlarında, diğer eş, onun evlilik birliğini temsil yetkisinin kaldırılmasını veya sınırlandırılmasını isteyebilir.

- Diğer eş, hakimden eşinin temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması istemiş olmalıdır.

ii. Sonuçları

Hâkim, kendisine gelen talep üzerine, eşin temsil yetkisini kötüye kullanıp kullanmadığını veya temsil yetkisini kullanmada yetersiz kalıp kalmadığını araştırır. Hâkim, eşin yetkisini aştığına veya yetkiyi kullanmaktan yetersiz kaldığına kanaat getirirse bu eşin temsil yetkisini tamamen kaldırabilir veya sınırlayabilir. Bu karar, temsil yetkisinin kaldırılmasını isteyen eş üçüncü kişilere şahsen bildirecektir. Bu bildirim üzerine üçüncü şahıslar temsil yetkisinin kaldırıldığını veya sınırlandırıldığını öğrenince artık müteselsil sorumluluk söz konusu olmayacaktır. Ancak, temsil yetkisini kaldırtan eşin durumu üçüncü şahıslara bizzat bildirmesi,

²⁸⁶ Öztan, s. 193.

istenen etkiyi sağlayamayacaksa hâkimden kararın ilanını isteyebilecektir.²⁸⁷ Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlanması kararı ilan edilmişse artık üçüncü şahıslar iyiniyet iddiasında bulunamayacaklar ve temsil yetkisini kaldırtan eşin kararın ilanından sonra yapılan hukuki işlemlerden müteselsil sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.

TMK 191. maddesinin 1. fıkrasına göre, temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılması ilişkin karar, şartlar değiştiğinde eşlerden birinin istemi üzerine hâkim tarafından değiştirilebilir. Hâkimin eşlerden birinin istemi üzerine diğer eşin temsil yetkisinin kaldırılmasına veya sınırlandırılmasına ilişkin kararı kesin ve değişmez nitelikte bir karar değildir.²⁸⁸ Burada her iki eş de temsil yetkisinin geri verilmesi veya sınırlandırmanın kaldırılması için hâkime başvuruda bulunabilir. Bunu mutlaka temsil yetkisini kaldırmış eş olması zorunlu değildir.

ccc. Aile Konutu Üzerinde Tasarrufta Bulunabilmesi İçin Eşe Yetki Verilmesi

TMK 194. maddesine göre, eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.²⁸⁹ Kanun koyucu aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesine istisna getirmiş ve böylece aile konutu ile ilgili bazı hukuki işlemler diğer eşin rızasına bağlamıştır.

Aile konutu üzerindeki işlemlerin diğer eşin rızasına tabi tutulması halinde diğer eş bu hakkını kötüniyetli olarak da kullanabilir. Kanun koyucu bu durumu da düşünerek, TMK 194. maddesinin 2. fıkrasında göre, rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebileceği kabul edilmiştir. Örneğin aile konutu olarak kiralanan yer erkeğin işyerini değişikliği nedeniyle yeni işyerine çok uzak kalmıştır, yeni işyerinin bulunduğu yerden ev tutmaları daha mantıklı ve ekonomik olacaktır, ama kadın “bu eve alıştım ben bir daha ev değişmem” gibi nedenlerle kira sözleşmesinin feshine razı olmamaktadır. Erkek, burada TMK 195. maddesi, gereği hâkime başvurarak hâkimin müdahalesini isteyebilir. Hâkim bu durumda önce şartların var olup olmadığını araştırır. Araştırma

²⁸⁷ Öztan, s. 194, 217-218.

²⁸⁸ Akıntürk, s. 129; Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 288.

²⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı açıklamalarımız için bkz. s. 51 vd.

sonucunda işlemi yapmak isteyen eşi haklı bulursa işlemi yapması için yetkili kılar. Eş de, bu yetki dâhilinde aile konutuyla ilgili daha önceden diğer eşin rızasını alamadığı için yapamadığı hukuki işlemi yapar.

bb. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Hâkim Tarafından Alınacak Tedbirler

Eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerinden biri de, TMK 185. maddesi gereğince eşlerin birlikte yaşamaları yükümlülüğüdür. Ancak, TMK 197. maddesinin 1. fıkrasına göre, eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Eşlerin ayrı yaşamaları halinde hâkim, tarafından evlilik birliğinin korunması için bazı tedbirlerin alınması gerekir. Bu tedbirler aynı madde hükmünde belirtilmiştir. Bunlar; eşlerin yapacağı parasal katkının belirlenmesi, konut ve ev eşyasından yararlanma şeklinin düzenlenmesi, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbirler alınması ve çocuklara ilişkin düzenleme yapılmasıdır.

aaa. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Hâkim Tarafından Tedbir Alınabilmesi İçin Gerekli Şartlar

i. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi

Eşler, evlilik birliğinin kurulmasıyla birlikte yaşamak yükümlülüğü altına girerler.²⁹⁰ Ancak, kanun koyucu, TMK' nun 197. maddesinde belli şartların varlığı halinde eşlere ayrı yaşama hakkını da vermiştir. Buna göre, eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir.

Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri için hâkim kararının gerekli olup olmadığı hususunda doktrinde görüş birliği yoktur. Doktrinde hakim görüşe göre²⁹¹, eşlerin ortak yaşam sebebiyle, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi bir şekilde tehlikeye düştüğü takdirde ayrı yaşama hakları vardır. Ancak konutta kimin kalacağı, eşyaların durumunun ne olacağı, çocukları kimin alacağı, nafaka sorunlarından dolayı anlaşmazlıkları çözmek ve ileride ayrı yaşamın bir terk

²⁹⁰ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 296; Öztan, s. 218.

²⁹¹ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 296; Akıntürk, s. 136; Velidedeoğlu, s. 125; Tandoğan, s. 133; Hatemi-Serozan, s. 95; Tekinay, s. 341; Öztan, s. 220; Köprülü-Kaneti, s. 126; Hatemi-Serozan, s. 195; Feyzioğlu, s. 204.

sayılmaması için haklı sebeplere dayandığını tespit ettirmek bakımından hâkime müracaatta fayda vardır.²⁹² Diğer bir kısım yazara göre ise²⁹³, eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri için hâkim kararının gerekli olduğunu savunur. Bu görüşe göre, eşlerden biri ortak yaşam sebebiyle, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi bir şekilde tehlikeye düştüğü takdirde ancak hâkimden ayrı yaşamalarına ilişkin bir karar aldığı takdirde ayrı yaşamaya hakkı olacaktır. Hâkim şartları varsa, eşlerin belli bir süre yaşamalarını karara bağlar.²⁹⁴ Bizce, eşlerin ayrı yaşamaları için hâkim kararına gerek duyulmamalıdır. Eşlerin ayrı yaşama hakkını düzenleyen Medeni Kanun'un 197. maddesine baktığımızda, ayrı yaşama hakkı için herhangi bir hâkim kararı aranmamaktadır.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi, Medeni Kanun'un 170. ve devamı maddelerinde düzenlenen ayrılık kurumundan sebep ve sonuçları bakımından farklı, ancak amaçları yönünden benzerdir. Amaç bakımından her ikisi de evlilik birliğinin korunması, yeniden ortak yaşamın kurulabilmesi için eşlerin geçici olarak ayrı yaşamalarını amaçlar. Buna karşılık sebep ve sonuçları yönünden birlikte yaşamaya ara verilmesi ile ayrılık farklılık gösterir. Ayrılık sebepleri, boşanma sebepleriyle aynıdır; birlikte yaşamaya ara verilmesi için ise TMK 197. maddesinde belirtilen sebeplere dayanır. Birlikte yaşamaya ara verilebilmesi için haklı bir sebep yeterliyken ayrılık için hâkim kararı gerekir. Yine, ayrılık sonunda ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin isteği üzerine hâkim boşanma kararı verir, oysa birlikte yaşama ara verilmesinde böyle bir durum söz konusu değildir.²⁹⁵

ii. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesinin Haklı Bir Sebebe Dayanması

Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri haklı bir sebebe dayanmalıdır ki hâkim gerekli tedbirleri alabilsin. Gerçekten, TMK 197. maddesinin 2. fıkrasına göre, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim gerekli tedbirleri alır. Aynı maddenin 1. fıkrasında ise ortak yaşam sebebiyle eşin kişiliğinin ciddi bir tehlikeye girmesi, eşin ekonomik güvenliğinin ciddi bir tehlikeye girmesi ve ailenin huzurunun ciddi bir biçimde tehlikeye girmesi haklı sebepler olarak sayılmıştır. Evlilik birliğini korumak için birlikte yaşamaya ara verilmesi ilk bakışta

²⁹² Tandoğan, s. 133.

²⁹³ Güven, s. 5.

²⁹⁴ Güven, s. 5.

²⁹⁵ Ayan, s. 249.

garip bir çelişki gibi görülebilir. Fakat kanun koyucunun bu hükümle güttüğü amaç, tehlikeye düşen evlilik birliğinin yeniden sağlıklı bir şekilde kurulmasını sağlamaktır.²⁹⁶

Ortak yaşam sebebiyle eşlerden birinin kişiliğinin ciddi bir tehlikeye düşmesi, diğer eş tarafından kendisini toplum içinde küçük düşürücü veya zor durumda bırakıcı bir takım davranışlarda bulunulması yahut kendisiyle ilgili bir takım haksız ve yersiz itham ve iddiaların ortaya atılması suretiyle gerçekleşebilir.²⁹⁷ Örneğin erkeğin karısını toplum içinde devamlı olarak azarlaması, kadının erkeğin cinsel yaşamına ilişkin durumları her yerde anlatması gibi. Yine bu tehlike ciddi bir derecede olmalı, ciddi bir niteliği olmayan önemsiz durumlara dayanılarak eşler ayrı yaşama hakkına sahip olamayacakları gibi ortak yaşamı çekilmez hale getirecek sıklıkta olmayan haller için de ayrı yaşam hakları olmayacaktır. Örneğin eşin birinin arkadaşlarıyla birlikte yemek yerken yaptığı hataya diğer eşin kızgınlık sonucu bağırarak tepki vermesi ve sonra da özür dilemesi, her zaman yaşanan bir durum halini almamış bir defaya mahsus kalmışsa diğer eş artık ayrı yaşama hakkına sahip olmayacaktır.

Eşlerden birinin kişiliğinin tehlikeye düşmesi sebebiyle ayrı yaşama hakkına sahip olabilmesi için kişiliğinin tehlikeye düşmesine sebep olan olayda, diğer eşin kusuru aranmaz. Örneğin eşlerden birinin ağır ve bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumunda diğer eş, kişiliğinin tehlikeye düşmesi sebebiyle birlikte yaşamaya ara verebilir.²⁹⁸

Ortak yaşam sebebiyle eşlerden birinin ekonomik güvenliğinin ciddi bir tehlikeye düşmesi ise, eşlerin yürütmekte olduğu meslek veya işinin gelişmesinin diğer eşin bir takım davranışları yüzünden ciddi bir şekilde karşı karşıya bırakılması demektir. Örneğin alkolik bir erkeğin evde terzilik yapan karısının müşterilerine sarkıntılık yapması, onlara cinsel tacizde bulunması gibi durumlar kadının işinin ilerlemesini ve gelişmesini ciddi bir şekilde tehlikeye düşüren bir durumdur.²⁹⁹

²⁹⁶ Tekinay, s. 341; Ayan, s. 227; Tandoğan, s. 133; Velidedeoğlu, s. 124; Öztan, s. 218.

²⁹⁷ Akıntürk, s. 136.

²⁹⁸ Ayan, s. 232.

²⁹⁹ Akıntürk, s. 137.

Ortak yaşam sebebiyle ailenin huzurunun ciddi bir şekilde tehlikeye düşmesi halinde de eşler ayrı yaşama hakkına sahiptirler. Örneğin erkeğin devamlı eve sarhoş gelip çocukları dövmesi gibi.

Ayrıca Medeni Kanun'un 197. maddesinin 3. fıkrasına göre, eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamı terk etmişse veya ortak yaşam başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse eşlerden biri gerekli tedbirlerin alınabilmesi için hâkime başvurabilir.

iii. Eşlerden Birinin Hâkimden Tedbir Alınmasını Talep Etmiş Olması

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa veya eşlerden biri haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşamı terk etmişse yahut ortak yaşam başka bir sebeple olanaksız hale gelmişse hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine gerekli tedbirleri alır.³⁰⁰

Alınabilecek her bir tedbir için eşin istemi aranmalıdır. Ayrı yaşama hakkının doğması durumunda, ayrı yaşama hakkı olan eşin başvurusu üzerine hâkim, bu eşin istemi doğrultusunda, Medeni Kanun'da belirlenen tedbirleri alabilir.³⁰¹

bbb. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Hâkim Tarafından Alınabilecek Tedbirler

Kanun koyucunun ortak yaşama ara verilmesini kabul etme gerekçesi, eşlerin bu ayrı kalma süresi içerisinde daha sakin düşünebilecekleri, yaptıklarından pişmanlık duyabilecekleri ve evlilik birliğine bundan böyle daha fazla özen gösterebileceklerini düşünmesi diyebiliriz.³⁰² Birlikte yaşamaya ara verilmesi durumunda hâkim tarafından alınabilecek tedbirler, TMK 197. maddesinin 2. ve 4. fıkralarında düzenlenmiştir. Bunlar kısaca, eşlerin yapacağı parasal katkının belirlenmesi, konut ve ev eşyasından yararlanma şeklinin düzenlenmesi, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbirler alınması, çocuklara ilişkin düzenleme yapılmasıdır.

³⁰⁰ Ayan, s. 237.

³⁰¹ Ayan, s. 237.

³⁰² Öztan, s. 221.

i. Eşlerin Yapacağı Parasal Katkının Belirlenmesi

Medeni Kanun'un 197. maddesinin 2. fıkrasına göre, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkısı³⁰³ belirler. Hâkim, burada eşlerden birinin³⁰⁴ diğerine yapacağı parasal katkıyı belirlerken, her eşin evlilik birliğine kendi gücü oranında ne miktar katkıda bulunabileceğini yeniden gözden geçirir.³⁰⁵

Birlikte yaşama ara verilmesi halinde katkı payı ileriye yönelik olarak dava tarihinden istenebilecek, dava tarihinden geriye doğru istenemeyecektir.³⁰⁶ Aynı yaşama halinde, ayrı yaşamanın masrafları artıracığı muhakkaktır, bu nedenle eşler birlikte yaşadıkları zamanki hayat standartlarının kendilerine sağlanmalarını talep edemezler.³⁰⁷

Eşlerden birinin diğerine yapacağı parasal katkı eşlerin sosyal ve ekonomik durumları, ailenin ihtiyaçları, çocukların durumu, eşlerin çalışma gücü göz önünde tutularak belirlenir. Eşlerden birinin talebi üzerine hâkim, katkı payını belirleyebilmek için diğer eşin kusurlu olup olmadığını araştırmaz. Yani parasal katkının belirlenmesinde kusur önemli değildir.

ii. Konut ve Ev Eşyasından Yararlanma Şeklinin Düzenlenmesi

Medeni Kanun'un 197. maddesinin 2. fıkrasına göre, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine konut ve ev eşyasından yararlanmaya ilişkin düzenlemeleri yapar.

Tarafların konut ve ev eşyası konusunda anlaşamamaları halinde, hangi eşin ne ölçüde konut ve ev eşyasından yararlanacağını hâkim, somut olayı göz önüne alarak kararlaştırır. Hâkim, burada çocukların ve eşlerin(örneğin eşlerden biri sakat ise) menfaatlerini göz önünde tutar. Eşin konut üzerinde mülkiyet hakkına sahip

³⁰³ Eski Medeni Kanunun yürürlükte olduğu dönemde, evlilik birliğinin devam ettiği sırada, kadının, kendisi ve çocuklarının geçimi için, kocadan istediği paraya, "tedbir nafakası" deniliyordu. Ancak Yeni Medeni Kanun'da "parasal katkı" terimi tercih edilmiştir. Bkz. Ayan, s. 241-242.

³⁰⁴ Eski Medeni Kanun'un 152. maddesinde, evin geçimi ile kadın ve çocukların ihtiyaçlarını sağlama yükümlülüğü, kocaya verildiği için, kocanın, ayrı yaşama durumunda, eşine parasal katkıda bulunmakla yükümlü olduğu kabul ediliyordu. Ancak, yeni Medeni Kanun'da, eşlerin, evlilik birliği giderlerine güçleri oranında katılmaları gerektiği kabul edildiği için, ayrı yaşama durumunda her iki eş de, birbirine parasal katkıda bulunmakla yükümlü tutulabilir. Bkz. Ayan, s. 242.

³⁰⁵ Öztan, s. 222.

³⁰⁶ Özüğür, s. 36.

³⁰⁷ Öztan, s. 222.

olması ya da kira sözleşmesinin üzerine olması bir ölçü olarak dikkate alınmaz.³⁰⁸ Ortak konutun velayet hakkı kendisine bırakılan eşe özgülenmesi daha yararlı olacaktır.³⁰⁹

Hâkim, konuttan yararlanma konusunda düzenleme yaparken, eşlerden birinin ortak konuttan ayrılması şeklinde bir karar vermesi zorunlu değildir. Çok istisnai de olsa gerektiğinde eşler için rahat ve bağımsız bir yaşam sağlanabileceyse, ortak konutun içten bölünmesi şeklinde de ortak konuttan yararlanma hususu düzenlenebilir.³¹⁰

iii. Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Tedbirler

Medeni Kanun'un 197. maddesinin 2. fıkrasına göre, birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin talebi üzerine eşlerin mallarının yönetimine ilişkin gerekli tedbirleri alır. Bu tedbirler çeşitli olabilir. Örneğin eşler arasındaki mal rejiminin gerektiğinde mal ayrılığına dönüştürülmesine, bazı malların eşlerden birine verilmesine³¹¹ karar verebilir. Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermelerinin, ayrılık kararından farklı olduğunu yukarıda açıklamıştık.³¹² Burada ayrılık da olduğu gibi, kanundan dolayı mal ayrılığı rejimi kendiliğinden devreye girmez. Hâkim, durumun özelliklerine göre eşlerin seçtikleri mal rejiminin, tarafların menfaatlerini yeterince korumadığına kanaat getirirse, mal ayrılığına rejimine geçilmesine karar verir.³¹³

iv. Çocuklara İlişkin Düzenleme Yapılması

Medeni Kanun'un 197. maddesinin 4. fıkrasına göre, eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken tedbirleri alır. Eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri durumunda ergin olmayan veya ergin olup da kısıtlanmış ve velayet altına alınmış çocuklar varsa hâkim, bu çocuklarla ilgili bütün tedbirleri kendiliğinden alacaktır. Hâkim, burada gerekli araştırmaları yapıp uzman kişilerinden yardımını alıp,

³⁰⁸ Öztan, s. 223. Ancak, müşterek konut lojman olarak tahsis edilmişse, tahsis sahibi eşin konutta oturma hakkı korunmalıdır. Bkz. Güven, s. 10.

³⁰⁹ Öztan, s. 223; Tekinay, s. 344.

³¹⁰ Ayan, s. 248; Güven, s. 9.

³¹¹ Ayan, s. 250.

³¹² Ayrıntılı bilgi için bkz. s. 85.

³¹³ Öztan, s. 223.

çocuğun kimin yanında kalacağına, diğer eşle kişisel ilişki kurulup kurulmayacağına, çocuğa ne miktarda bir nafaka ödeneceğine kendisi karar verecektir, bunun için eşlerin talepte bulunması gerekmez.³¹⁴

cc. Eşlerin Hem Birlikte Hem Ayrı Yaşaması Hallerinde Alınabilecek Tedbirler

Eşlerin birlikte mi yoksa ayrı mı yaşadıkları dikkate alınmaksızın hâkimin alacağı tedbirler, Medeni Kanun'un 198. 199. 203. ve 217. maddelerinde düzenlenmiştir. Hâkim, burada, eşlerden birinin borçlularına, borçlarını diğer eşe ifa etmelerinin emredilmesi, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması³¹⁵, borçlu eşe ödeme için süre öngörülmesi ve mal ayrılığı rejimine geçişe karar verilmesi tedbirlerine başvurabilir.

aaa. Hâkimin Eşlerden Birinin Borçlularına, Borçlarını Diğer Eşe İfa Etmelerinin Emretmesi

TMK 198. maddesine göre, eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemezse, hâkim, onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir.³¹⁶

Hâkimin, bu tedbire başvurabilmesi için her şeyden önce, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi gerekir.³¹⁷ Ancak burada eşin evlilik birliği giderlerine katılma konusunda imkânı olmalıdır. Örneğin ev kadını olup her hangi bir çalışma imkânından yoksun olan bir eşin, evlilik birliği giderlerine katılması beklenemez, bu eş için hâkimden bu tedbire başvurması talep edilemez.³¹⁸ Yine hâkimin, bu tedbire başvurabilmesi için, evlilik birliğinden doğan giderlere katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin, üçüncü şahıslardan alacaklı olması gerekir. Alacağın niteliği ve doğum sebebi önemli

³¹⁴ Öztan, s. 223-224.

³¹⁵ Bu konuyu daha önce işlediğimiz için burada tekrar anlatmayacağız. Bkz. s. 52.

³¹⁶ Eski Medeni Kanun, birliğin giderlerini koca üzerine yüklemişti (madde 152/II), erkeğin aile vazifelerini ihmal etmesi halinde hâkim, erkeğin borçlularına borcun tamamını veya bir kısmını kadına ödemelerini emredebilirdi. Yeni Medeni Kanun eşitlik ilkesi gereği birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü her iki eşe de yüklemiştir. Bu nedenle önceki Medeni Kanundan farklı olarak her iki eş de birliğin giderlerine diğer eşin katılmaması halinde hâkime başvurup borçluların borçlarını kendilerine ödemelerini emretmesini isteyebilirler.

³¹⁷ Köprülü-Kaneti, s. 128; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 766; Feyzioğlu, s. 206; Tekinay, s. 346.

³¹⁸ Akıntürk, s. 140.

değildir. Bu alacak bir sözleşmeden doğabileceği gibi haksız bir fiilden de doğmuş olabilir.³¹⁹

Bir eşin borçlularına borçlarını diğer eşe ödemeleri için, eşin istemde bulunması üzerine hâkim, tarafından emir verilmesi gerekir. Böyle bir emir olmaksızın hâkimden tedbir alınmasını isteyebilecek olan eş, borçlulardan borçlarını kendisine ödemelerini isteyemez, borçlular da borçlarını bu eşe vermek zorunda değillerdir.³²⁰

Hâkim, evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin borçlularına bir ödeme emri gönderilmesine karar verir, bu emirde hangi borçlunun hangi borcunun ve ne miktarda, diğer eşe ödemede bulunması gerektiği gösterilir.³²¹ Borç ödeme emrinin tebliğinden itibaren kadına ödenmek suretiyle sona erer. Bu borçlunun hem hakkı, hem de yükümlülüğüdür. Asıl borçlu olduğu eşe her nasılsa ödemede bulunmuş ise, borcundan kurtulmuş sayılmaz, hâkimin emrettiği diğer eşe tekrar ödeme yapmak zorundadır.³²² Zira hâkimin emir vermesiyle birlikte artık alacaklı eşin bu alacakları üzerindeki tasarruf yetkisi de kalkmış olur. Borçlulara karşı dava açmak ve icra takibinde bulunmak yetkisi bundan böyle istemde bulunan eşe ait olur.³²³

bbb. Borçlu Eşe Ödeme İçin Süre Öngörülmesi

Medeni Kanun'un 217. maddesine³²⁴ göre, mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Bununla beraber bir borcun yerine getirilmesi, borçlu eşin evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle

³¹⁹ Öztan, s. 224; Akıntürk, s. 140; Bu hükmün uygulanabilmesi için eşin mutlaka ödünç gibi bir işlemten dolayı, başkalarından alacaklı olması gerekmez; bir hizmet sözleşmesinden doğan muntazam alacaklarda da durum böyledir. Örneğin bir fabrikanın muhasebecisi, sefih veya ayyaş olup aile vazifelerini ihmal ediyorsa, hâkim, kadının talebi üzerine, muhasebecinin ücretinden bir kısmının her ay kadına ödenmesini fabrika idaresine emredebilir. Esasen 198. maddenin en mükemmel ve etkili uygulanma sahası ancak bu gibi hallerdedir. Bkz. Velidedeoğlu, s. 126-127.

³²⁰ Akıntürk, s. 140.

³²¹ Üçüncü şahsa yapılan ödeme emri, İcra ve İflas Hukukundaki ödeme veya icra emrinden farklıdır, zira ödeme veya icra emrine itiraz mümkün iken, TMK 198. maddesi uyarınca hükmolunan ödeme emrine itiraz söz konusu olamaz. Bkz. Ayan, s. 255; Güven, s. 11.

³²² Güven, s. 11; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 766; Feyzioğlu, s. 207; Akıntürk, s. 140.

³²³ Velidedeoğlu, s. 128; Akıntürk, s. 140; Tandoğan, s. 134; Öztan, s. 225.

³²⁴ Eski Medeni Kanun'da düzenlenmiş olan evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin birbirlerine karşı cebri icraya başvurma yasağı yeni Medeni Kanuna alınmamış, bu eksiği gidermek içinde TMK 217. maddesi hükmü getirilmiştir. Bkz. Ayan, s. 272.

sokacaksa, bu eş ödeme için süre isteyebilir. Durum ve şartlar gerektiriyorsa, hâkim, istemde bulunan eş güvence göstermekle yükümlü tutar.

Genel olarak bir borcun ödenmesi, her zaman borçluyu zor duruma sokabilir. Ancak kanun koyucu, evlilik birliğinin zarar görmemesi için, sadece ağır derecedeki güçlüklerde borçlu eşe bu hakkı tanımıştır.³²⁵

Kanun koyucu borçlu eşe bu güvenceyi tanıırken alacaklı eş de unutmamış onun haklarını korumak içinde, hâkimin, borçlu eşten güvence isteyebileceğini kabul etmiştir (TMK md. 217/son cümle).³²⁶

ccc. Mal Ayrılığı Rejimine Geçiş Kararı Verilmesi

Medeni Kanun'un 206. maddesine göre, haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine³²⁷, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesine karar verebilir. Eşler arasındaki mal rejiminin ne olduğu önemli değildir. Önemli olan haklı bir sebebin varlığı ve diğer eşin, buna dayanarak mal ayrılığına geçiş için talepte bulunmasıdır. Haklı sebeplerin varlığı somut olaya göre hâkim tarafından belirlenecektir.³²⁸ Kanun koyucu da aynı maddenin ikinci fıkrasında aşağıdaki halleri³²⁹ haklı sebepler olarak saymıştır.

- Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması³³⁰,

-Diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması,

-Diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi,

-Diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması,

³²⁵ Ayan, s. 272-273.

³²⁶ Ayan, s. 273.

³²⁷ Medeni Kanun'un 206/III maddesine göre, eşlerden biri ayırt etme gücünden sürekli yoksun ise, onun yasal temsilcisi de bu sebebe dayanarak mal ayrılığı kararı verilmesini isteyebilir.

³²⁸ Akıntürk, s. 150.

³²⁹ Bu hallerin sayıca sınırlı olmadığı fıkra metninde kullanılan "özellikle" deyiminden kolaylıkla anlaşılabilir. Hâkim, örnek mahiyetinde sayılan bu hallerle bağlı olmayıp, bunlara benzer halleri de haklı sebep sayabilir. Bkz. Akıntürk, s. 150.

³³⁰ Burada alacaklıların bundan böyle diğer eşin edinilmiş mallarına başvurmasını engellemek istenmiştir. Bkz. Öztan, s. 245.

-Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması

5. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK TEDBİRLERİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen kararlar geçici bir tedbir niteliğinde olup maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmez.³³¹

Evlilik birliğinin korunması amacıyla verilen tedbirler, ihtiyati tedbirlere benzetilmekle beraber ondan önemli farkları vardır.³³² İhtiyati tedbirin en önemli özelliği, ardından bir davanın açılmasını zorunlu kılmasıdır. Aksi halde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar. Yani ihtiyati tedbir kararının asıl davayla bir ilişkisi vardır. Buna karşılık, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlerde, bu tedbir alındıktan sonra devamlılığı için ardından bir davaya muhtaç değildir.³³³ Örneğin eşlerden birinin TMK 199. maddesi uyarınca tasarruf yetkisinin sınırlanmasına hâkim, karar vermişse, bu kararın devamı için artık herhangi bir dava açılmasına gerek yoktur.

İhtiyati tedbir kararları geçici nitelikte olduğundan, tek başlarına temyize konu olamazlar. Ancak bu kararlara karşı aynı mahkemede itiraz edilebilir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin kararlar da, ihtiyati tedbir kararları gibi maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmedikleri için tek başlarına temyizi mümkün değildir. Ancak TMK' nun 200. maddesi uyarınca, şartların değişmesi halinde başvuru üzerine hâkim tarafından, gerekli değişiklikler yapılabileceği gibi, ortadan da kaldırılabilir. Bu yönden evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirler ihtiyati tedbir kararlarına benzer. Niteliğine uygun düştükçe ihtiyati tedbirlere ilişkin hükümler uygulanabilir.³³⁴

³³¹ Akıntürk, s. 141; Tekinay, s. 348; Özuğur, s. 40; Köprülü-Kaneti, s. 128; Feyzioğlu, s. 207.

³³² Ayan, s. 274.

³³³ Ayan, s. 275.

³³⁴ Ayan, s. 275-277.

6. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK TEDBİRLERİN ORTADAN KALDIRILMASI VEYA DEĞİŞTİRİLMESİ

Medeni Kanun'un 200. maddesine göre, şartlar değiştiğinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse tedbiri kaldırır.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirler, belli bir süre veya belli bir işlem için verilmiş olabilir.³³⁵ Örneğin eşin tasarruf yetkisi bir yıl süreyle sınırlanmış olabilir, bu süre bittiğinde tedbir kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Yine eşe, aile konutu sözleşmesini feshetme yetkisi verilmişse eş, bu aile konutu sözleşmesini feshetmekle bu tedbir ortadan kalkacak, bundan sonra yapılacak aile konutu sözleşmelerini feshetme yetkisi vermeyecektir.

Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirler, belli bir süreye bağlanmadan verilmiş ise, şartların değişmesi üzerine eşlerden birinin istemiyle alınan tedbirlerin kaldırılmasına karar verebilir. Örneğin, hâkim, tarafından, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlanmasına, her hangi bir süre sınırlaması olmadan karar verilebilir. Bu takdirde TMK' nun 200. maddesi uyarınca, eşlerden birinin istemi üzerine³³⁶, şartların değişmesi haliyle hâkim, kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse tedbiri kaldırır. Buradan da anlaşılacağı üzere şartların değişmesi halinde, hâkimin kararının kaldırılması değil de değiştirilmesi gerekiyorsa, tedbirde bu değişikliğe gidilir. Örneğin ortak yaşama ara verilmesi durumunda eşlerden birinin yapacağı parasal katkı miktarını belirleyen hâkim, sonradan bu katkı miktarını şartların değişmesiyle birlikte artırıp eksiltebilir.³³⁷

Hâkim, tedbirleri kaldırmaya, değiştirmeye, yenilerini koymaya yetki olduğundan, eşlerden biri, her zaman evlilik birliğinin korunması için daha önce yapıp da reddedilen bir talebi yenileyebilir, hâkimden yeni tedbirlerin alınmasını isteyebilir.³³⁸

³³⁵ Köprülü-Kaneti, s. 128; Tandoğan, s. 135; Öztan, s. 228; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 767.

³³⁶ Köprülü-Kaneti, s. 129; Öztan, s. 229; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 767; Feyzioğlu, s. 207.

³³⁷ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 299.

³³⁸ Öztan, s. 229.

Eşlerin sürekli olarak birlikte yaşamaya başlamaları üzerine, ayrı yaşama durumunda alınan tedbirler, mal ayrılığı rejimi istisnası³³⁹ dışında, kendiliğinden ortadan kalkacaktır.³⁴⁰ Örneğin eşlerin ayrı yaşamaya karar vermeleri üzerine hâkim tarafından, konut ve ev eşyasından yararlanma şeklinin düzenlenmesine ilişkin tedbir eşlerin birlikte yaşamaya karar vermeleri üzerine kendiliğinden ortadan kalkacaktır. Ancak geçici olarak birlikte yaşamaya başlama halinde bu tedbirler kendiliğinden ortadan kalkmaz.³⁴¹

7. HÂKİM TARAFINDAN ALINABİLECEK TEDBİRLERDE YETKİLİ VE GÖREVLİ MAHKEME

Medeni Kanun'un 201. maddesine göre, evlilik birliğinin korunmasına yönelik tedbirler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de tedbir alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir. Tedbirlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, tedbir kararını veren mahkemedir. Ancak, her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir.

Örneğin Ankara'da evli olup ikamet eden kadın, daha sonra ayrı yaşamaya karar vermiş İzmir'e ailesinin yanına yerleşmiştir. Hâkimden, ayrı yaşamaya ilişkin tedbirleri almasını istemişse bunu Ankara'daki Aile Mahkemesinde yapabileceği gibi İzmir'deki Aile Mahkemesinden de yapabilir. İzmir Aile Mahkemesi'nden bu tedbirleri talep etmişse, erkek bundan sonra yapacağı istemlerde (örneğin kadının eve dönmesi için hâkimden uyarma istemişse) İzmir Aile Mahkemesine başvurması gerekir.

Görevli Mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, aile mahkemeleridir. 4787

³³⁹ TMK' nun 208/II. fıkrasına göre, mal ayrılığına geçişi gerektiren sebebin ortadan kalkması halinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönülmesine karar verebilir. Yani, eşlerin birlikte yaşamaya başlaması halinde, bu tedbir kendiliğinden ortadan kalkmayacaktır.

³⁴⁰ Öztan, s. 228.

³⁴¹ Uyar, s. 2761, Y 2.H.D. , 09.12.1976 T. 1976/8768 E.

sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre aile hukukundan doğan dava ve işler, aile mahkemelerinin görev alanına girer.

§ 4. EVLİLİK BİRLİĞİNİN SARSILMASI ESNASINDA, EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Evlenme ile birlikte meydana gelen evlilik birliği, zaman içerisinde çeşitli nedenlerden dolayı sarsılıp, dağılma noktasına gelebilir. Kanun koyucu, evlilik birliğine verdiği önem dolayısıyla, bu birliğin sona ermesini zorlaştırmıştır. Gerçekten de, Medeni Kanuna baktığımızda, evlilik birliğini ortadan kaldıran sebeplerin sınırlı sayıda olduğunu görmekteyiz. Eşler tarafından, bu sebepler dışında, başka bir sebebe dayanarak, evlilik birliğini sona erdirilemeyecektir. Yine, eşler, bu sebeplere dayanarak boşanma davası açtıklarında, hâkim, onlara bir şans daha vermek anlamında, boşanma yerine ayrılığa karar verebilecektir. Yine, boşanma ancak hâkim, hükmüyle olabilmektedir. Bu da, eşlerin her canları sıkıldığında, bir anlık öfkeyle, evlilik birliğini sona erdirmesine engel olmaktadır. Ve boşanma davalarının ayrı bir yargılama usulüne tabi olması, eğer dava sonucunda boşanma kararı verilmeyecek ise, boşanma davası sırasındaki gergin durum nedeniyle eşlerin tekrar birlikte yaşamalarının olanaksız hale gelmesini önlemeyi amaçlar. Tüm bu hükümler, evlilik birliğinin sarsılması noktasında, bu birliği korumayı amaçlamaktadır.

II. BOŞANMA SEBEPLERİNİN KANUNDA SINIRLI SAYIDA BELİRTİLMESİ

A. GENEL OLARAK

Boşanma, eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörölmüş olan sebeplerden birisine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine hâkim kararı

ile son verilmesidir.³⁴² Boşanma için, her şeyden önce boşanmanın kanunun saydığı sebeplerden birine dayanması gerekir. İkinci olarak bir davayla talep edilmesi gerekir. Yine boşanmadan söz edebilmek için hâkimin bu sebebi kabul edip boşanmaya karar vermesi gerekir. Hâkim, sebebi yerinde görmezse boşanmaya karar vermeyebilir.

Boşanma konusunda hukuk sistemlerinde etkili olan üç görüş vardır.³⁴³ Bunlardan ilki boşanmaya yer vermeyen görüştür. Bu görüş, “Tanrının birleştirdiğini kul ayıramaz” diyen İncil’den esinlenmektedir. Eğer eşler arasında cinsel ilişki gerçekleşmişse, artık evlilik bağının bozulması mümkün değildir.³⁴⁴ Katolikliğin etkisinde kalan ülkelerde hâkim olan bu görüşe göre, evlilik kesinlikle ortadan kaldırılamaz, en çoğundan ayrılık kararı verilebilir. Diğer bir görüş, boşanmanın serbest olduğuna ilişkindir. Bu görüş taraftarlarına göre, evlenme nasıl eşlerin serbest iradeleriyle meydana geliyorsa, yine onların serbest iradeleriyle ortadan kaldırılabilir.³⁴⁵ Bu nedenle, eşler, karşılıklı anlaşma ile evlilik birliğine diledikleri zaman son verebilecekleri gibi, eşlerden birinin, genellikle erkeğin tek yanlı irade açıklaması da aynı sonucu doğurur.³⁴⁶

Evliliğin bir sebebe dayanmadan taraflarca serbestçe sona erdirilmesi görüşünü, gerek evlilik birliğinin korunması gerekse toplumsal hayatın belirlilik içinde sürdürülebilmesi (evli olan birinin boşandığının bilinmemesi gibi) ilkelerine dayanarak kabul etmek mümkün değildir.

Bu konudaki son görüş³⁴⁷, evlilik birliğinin ancak bir sebebe dayanarak ve hâkim hükmüyle sona erdirilebilmesidir. Bu sistem yukarıda açıklamaya çalıştığımız iki sistem arasında yer almakta, ne boşanmayı eşlerin serbest iradelerine bırakmakta ne de eşlerin boşanmak istediklerinde belli sebeplerin varlığı dâhilinde bu serbest iradelerini engellemektedir. 1926 tarihinde hukuk hayatımıza giren 743 sayılı Medeni Kanun ile bizim hukuk sistemimizde bu görüş benimsenmiştir. Bu görüşe göre boşanmanın olabilmesi için kanunun öngördüğü sebeplerden biri cereyan

³⁴² Akıntürk, s. 234.

³⁴³ Akıntürk, s. 237; Velidedeoğlu, s. 178; Feyzioğlu, s. 214; Tandoğan, s. 69.

³⁴⁴ Akıntürk, s. 238.

³⁴⁵ Öztan, s. 367; Tandoğan, s. 69; Akıntürk, s. 238.

³⁴⁶ Akıntürk, s. 238.

³⁴⁷ Bkz. Akıntürk, s. 237.

edecek, yalnız bu yetmeyecek bu sebebin varlığı hâkim, tarafından da kabul edilip boşanmaya karar verilmesi gerekecektir.

Boşanma sebeplerinin kanunda sınırlı sayıda olması, evlilik birliğini güvence altına alan bir hükümdür. Eşlere kendileri boşanma sebebi belirleyebilme hakkı verilseydi, çok farklı hukuksal, ahlaksal ve toplumsal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan sebeplere dayanılarak kutsal bir müessese olan aile kurumu sona erdirilebilecekti. Örneğin, evdeki yemeğin tuzunu beğenmeyen koca bu sebebe dayanarak veya artık sen yaşlandın seni çekici bulmuyorum daha genç birini istiyorum gibi ferdi ve bencil sebeplere dayanarak evlilik birliği sona erdirilebilecekti. Yani tabiri caizse “kaşın üstünde gözün var” sebepleri hukuk hayatlarında yer almış olacak toplumun temelini oluşturan ailenin kendisi bir temelden, korumadan yoksun bulunacaktı. Bu nedenlerle boşanma sebeplerinin sınırlı sayıda sayılması çok isabetli bir durum olup, evlilik birliğini koruma yönünden eşlere yön göstermektedir. Kanunda sayılı sebepleri bilen eşler buna göre hareket edip bu sebepleri yapmamaya özen göstererek evlilik birliklerini korumuş olacaklardır.

B. MEDENİ KANUN'DA DÜZENLENEN BOŞANMA SEBEPLERİ

Medeni Kanunumuzda düzenlenen boşanma sebeplerine bakacak olursak, bunların TMK 161-166. maddeleri arasında özel ve genel sebepler ayrımına tabi tutularak sınırlı sayıda düzenlendiklerini görmekteyiz.

1. ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ

Medeni Kanunumuzdaki özel boşanma sebepleri, TMK 161. maddesinde zina, TMK 162. maddesinde hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, TMK 163. maddesinde suç işleme ve haysiyetsizce hayat sürme, TMK 164. maddesinde terk ve son olarak TMK 165. maddesinde akıl hastalığı olarak düzenlenmiştir.

a. Zina

TMK' un 161. maddesinde düzenlenmiştir. Eşlerden birinin evlilik birliği içerisinde karşı cinsten biriyle (erkeğin bir başka kadınla, kadının eşi dışında bir

başka erkekle) isteyerek cinsel ilişkiye girmesi haline zina denir.³⁴⁸ Bu tanımdan hareketle zina sebebine dayanarak boşanma davası açılabilmesi için şu şartların bulunması gerekir.

- Evlilik birliği içerisinde bir ilişki olmalıdır. Zina sebebine dayanarak boşanma davası açılabilmesi için her şeyden önce, taraflar arasında geçerli bir evliliğin bulunması gerekir.³⁴⁹

- Eşlerden birinin eşi dışında karşı cinsten³⁵⁰ bir başkasıyla cinsel ilişkide bulunması gerekir.³⁵¹ Cinsel ilişkinin bir defa yapılması yeterli olup tekrarlanması şart değildir.³⁵²

- Zina eden eşin, bunu bilerek ve isteyerek yapmış olması gerekir.³⁵³ Kişiyeye yapılan tecavüz, iradesi dışında olduğu için zina olarak kabul edilemez. Cebirle yapılan zina, şahsın hayat ve fizik bütünlüğüne yönelik bir tehdit niteliğinde ise, boşanma sebebi olmaz; ancak kişinin malvarlığına yönelik bir tehdit niteliğinde ise bir boşanma sebebi olduğu kabul edilmelidir.³⁵⁴

³⁴⁸ Köprülü-Kaneti, s. 151; Feyzioğlu, s. 223; Tekinay, s. 198; Öztan, s. 274; Akıntürk, s. 244.

³⁴⁹ Bu sebeple kadın ve koca henüz evlenmeden ya da evlilik birliği sona erdikten sonra ayrı cinsten biriyle cinsel ilişkide bulunmuşlarsa bu fiilleri zina sayılmaz. Bkz. Akıntürk, s. 245. Yok hükmünde olan evliliklerde bu tür fiiller zina olarak kabul görmeyecektir. Butlan yaptırımına tabi evlilikler iptal edilinceye kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğuracağı için bu tür evliliklerde de zina söz konusu olabilir. Bkz. Öztan, s. 375. Evlilik birliği devam ettiği sürece ayrılık kararı verilmesi veya eşlerden biri hakkında gaiplik kararının alınması hallerinde, boşanma veya butlan kararının kesinleşmesine kadar geçecek süre içerisinde, eşlerin üçüncü kişilerle olan bu tür birleşmeleri zina sayılır. Bkz. Öztan, s. 376; Akıntürk, s. 245; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 926; Tekinay, s. 196; Tandoğan, s. 74; Velidedeoğlu, s. 194; Feyzioğlu, s. 260.

³⁵⁰ Homoseksüel ilişkiler, lezbiyen ilişkiler, bir hayvanla cinsel temas farklı cinsten biriyle şartını karşılamadığı için zina sayılmayacaktır. Bu durumlarda diğer eş, haysiyetsizce hayat sürme veya evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine dayanabilir. Bkz. Tandoğan, s. 75; Velidedeoğlu, s. 194; Öztan, s. 374. Yine erkeğin izni olmadan kadının yapay dölleme yaptırması da zina değildir. Bkz. Öztan, s. 376; Akıntürk, s. 245; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 926.

³⁵¹ Cinsel ilişki boyutuna ulaşmayan flört etme, öpme, sarılma, yakın bedeni temaslar zina sayılmaz. Bkz. Tandoğan, s. 73; Velidedeoğlu, s. 193; Köprülü-Kaneti, s. 151; Öztan, s. 374; Akıntürk, s. 245.

³⁵² Tandoğan, s. 73; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 927; Feyzioğlu, s. 261; Tekinay, s. 200; Akıntürk, s. 245.

³⁵³ Köprülü-Kaneti, s. 151; Öztan, s. 377; Akıntürk, s. 246; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 927; Feyzioğlu, s. 260; Tekinay, s. 199. Ayırt etme gücünden devamlı olarak yoksun olan veya kusuru olmaksızın ayırt etme gücünü geçici olarak kaybeden kimsenin zinası boşanma sebebi teşkil etmez. Zina fiilini işleyen kimsenin ayırt etme gücüne sahip bulunduğu yolunda karine mevcuttur. Bunun aksini iddia eden kimse, iddiasını ispatla yükümlüdür. Bkz. Öztan, s. 377.

³⁵⁴ Velidedeoğlu, s. 194; Tekinay, s. 200; Öztan, s. 377; Akıntürk, s. 246; Feyzioğlu, s. 260.

Zina sebebine dayanılarak açılan boşanma davasında, davalı eşin diğer eşin de zina etmiş olduğunu iddia ve ispat etmiş olsa bile bu durum açılmış olan davayı düşürmez, yani zinalar takas ve mahsup edilemez.³⁵⁵

b. Hayata Kast, Pek Kötü Veya Onur Kırıcı Davranış

TMK' un 162. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede iki ayrı boşanma sebebi düzenlenmiştir. Bunlardan ilki, hayata kast diğeri pek kötü veya onur kırıcı davranıştır.

Hayata kast, eşlerden birinin diğeri³⁵⁶ öldürmek, hayatına son vermek amacıyla³⁵⁷ yaptığı hareketleri kapsar. Örneğin, erkeğin mutfak tüpünü açık bırakıp gitmesi sonucu sızan gazdan zehirlenen kadının ev gelen çocuklarınca kurtarılması gibi.

Akıl hastası bir eş, diğer eşi öldürmeye teşebbüs ederse, burada boşanma davası hayata kasttan değil, akıl hastalığı nedeniyle açılabilir, çünkü akıl hastası olan bir kimsenin kusurlu davranışından söz edilemez.³⁵⁸

Pek kötü veya onur kırıcı davranış³⁵⁹ ise, eşe bedensel ve ruhsal acılar veren onun şeref ve haysiyetini zedeleyen davranışlar olarak karşımıza çıkmaktadır. Eşe devamlı olarak toplum içinde hakaretler etmek, eşe maddi cebir uygulamak gibi hareketler örnek olarak verilebilir. Burada kanun metninde ifade edildiği üzere onur kırıcı davranışın ağır derecede olması gerekir.

c. Suç İşleme Ve Haysiyetsizce Hayat Sürme

Medeni Kanun'un 163. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede de iki ayrı boşanma sebebi öngörülmüştür. İlki suç işleme, diğeri ise haysiyetsizce hayat sürmedir.

³⁵⁵ Velidedeoğlu, s. 195.

³⁵⁶ Eşlerden birine karşı olmayan, fakat eşin yakınlarına yöneltilen hayata kast fiili, TMK 163 ve 166. maddelerine göre boşanma sebebi olur. Bkz. Öztan, s. 383.

³⁵⁷ Burada önemli olan öldürmek niyet ve kastıdır. Yoksa örneğin, dikkatsiz kullandığı otomobil sonucu eşin ağır yaralanarak yoğun bakıma alınması gibi eşin yaşamını tehlikeye sokan davranışların istenmeden yapılması hallerinde bu madde hükmü uygulanamaz. Bkz. Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 337. Yine öldürme tehditleri hayata kast sayılmaz. Bkz. Akıntürk, s. 249.

³⁵⁸ Öztan, s. 383; Velidedeoğlu, s. 199; Tandoğan, s. 77; Feyzioğlu, s. 270; Köprülü-Kaneti, s. 125.

³⁵⁹ Eski Medeni Kanunumuzda onur kırıcı davranışın yapılması bir boşanma sebebi olarak düzenlenmemiştir. Yeni Medeni Kanun onur kırıcı davranışı da bir boşanma sebebi olarak düzenlemiştir. Bkz. Demir, s. 40; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 11; Özdamar, s. 359; Ekşioğlu, s. 31

TMK' u 163. maddesinde eşlerden biri küçük düşürücü bir suç³⁶⁰ işlerse ve bu sebepten dolayı diğer eşin birlikte yaşaması beklenemezse, diğer eşin boşanma davası açabileceği belirtilmiştir. Bir eylemin yüz kızartıcı olup olmadığı kanunun ona verdiği cezaya göre değil, toplumun ahlaki değerlerine göre belirlenmelidir. Bu belirleme işini geniş takdir yetkisine dayanarak hâkim yapar.³⁶¹

Haysiyetsizce hayat sürme, toplumdaki anlayışa göre, belli bir süreden beri, devamlı olarak, namus ve haysiyet kavramları ile bağdaşmayacak bir şekilde yaşamaktır.³⁶² Eşlerden birinin haysiyetsizce bir hayat sürmesi³⁶³ diğer eş için evliliği çekilmez hale getirecekse TMK 163. maddesine göre boşanma davası açılabilir. Kadının bir yıldan beri bir başkasıyla yaşaması³⁶⁴, erkeğin kumar oynaması, alkolik olması, kadın ticareti yapması gibi örnekler verilebilir.

d. Terk

Medeni Kanun'un 164. maddesinde düzenlenmiştir. Terk, eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek amacıyla, isteyerek ve sürekli olarak ortak yaşamı terk etmesi ve haklı bir sebep olmaksızın ortak yaşama dönmemesidir.³⁶⁵ Bu tanımdan hareketle terk nedeniyle boşanma davasının açılabilmesi için aşağıdaki şartların bulunması gerekir.

- Ortak yaşamın terk edilmesi, eşlerin birlikte oturdukları ortak konutun (aile konutunun) terk edilmesi³⁶⁶ veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konutuna dönülmemesidir.

³⁶⁰ Burada önemli olan suçun diğer eşi küçük düşürücü nitelikte olmasıdır. Dolayısıyla eşin trafik suçu, adam yaralama gibi suçları buraya girmeyecektir. Küçük düşürücü suçların ne olduğu konusunda Ceza Kanununda bir belirlenme yoktur. Eşlerden birinin işlediği “yüz kızartıcı”, “utanç verici” suçlar bu niteliktedir ve boşanma sebebi olabilir. Örneğin hırsızlık, dolandırıcılık, ırza geçme, sahtecilik, zimmet, dolanlı iflas suçları böyledir. Bkz. Akıntürk, s. 252.

³⁶¹ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 339-340.

³⁶² Öztan, s. 391.

³⁶³ Bu durumun sürekli olması gerekir. Evlilik devam ederken bir veya birkaç kez kumar oynayan veya esrar içen bir koca için haysiyetsiz hayat sürüyor denilerek boşanma davası açılmaz. Bkz. Akıntürk, s. 253.

³⁶⁴ Ergün, s. 590, Y 2.H.D., 30.03.2001 T. 2001/3330 E.

³⁶⁵ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 341; Köprülü-Kaneti, s. 157.

³⁶⁶ Eşler ortak konutta birlikte yaşamalarına rağmen, dargın olmaları, yatak odaları, yemek sofralarını ayırmış olmaları terk anlamına gelmeyecektir. Bkz. Akıntürk, s. 254. Ortak konuttan ayrılma isteyerek olmalıdır. Eşlerden biri diğerini ortak konuttan atmışsa, eşin ortak konuttan ayrılmasında hukuka aykırılık unsuru yoktur, burada terk eden eş eşi ortak konuttan atmış diğer eştir. Bkz. Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 341-342; Öztan, s. 393; Akıntürk, s. 247; Velidedeoğlu, s. 207; Köprülü-Kaneti, s. 158; Feyzioğlu, s. 237; Tandoğan, s. 78.

- Sadece ortak konutu terk etmiş olmak yeterli değildir. Bunun belli bir amaçla yapılmış olması gerekir. Bu amaçta, eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri yerine getirmemek amacıdır.³⁶⁷

- Ortak yaşamı bırakıp gitmenin terk sayılabilmesi için TMK 164. maddesi gereği en az altı ay sürmüş ve bu durumun devam etmekte olması gerekir. Bu altı aylık süre dolmadan terk eden eş tekrar ortak konuta dönecek olursa artık terke dayanarak boşanma davası açılmayacaktır.

- Yukarıdaki şartların gerçekleşmesi halinde terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için terk eden eşe, (ihtardan itibaren) iki ay içinde eve dönmesi için, terk edilen eşin istemi üzerine hakim, tarafından ihtarda³⁶⁸ bulunmuş olması gerekir.

e. Akıl Hastalığı

TMK 165. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek suretiyle boşanma davası açılabilir. Akıl hastalığına dayanılarak boşanma davası açılabilmesi için şu şartların bulunması gerekir.

-Eşlerden biri evlilik birliği içerisinde akıl hastalığına yakalanmış olmalıdır.³⁶⁹

- Söz konusu akıl hastalığı, iyileşmesi mümkün olmayacak bir derecede olmalıdır.³⁷⁰

³⁶⁷ Askerlik, memuriyet, mahkûmiyet gibi sebeplerle ortak konuttan başka bir yerde oturmak terk olarak değerlendirilmeyecektir. Bkz. Öztan, s. 394; Akıntürk, s. 255.

³⁶⁸ İhtar bir dava değildir. Bu nedenle yetki söz konusu olmayacağından, yetki kurallarıyla bağlı olmaksızın herhangi bir mahkemeden talep edilebilir. Görevli mahkeme, aile mahkemesidir. Hâkimin eve dönme ihtar, terk nedeniyle boşanma davası açılabilmesinin zorunlu bir şartıdır. Bkz. Öztan, s. 396. İhtarın hukuki sonuç doğurabilmesi için, ihtar isteğinden en az dört ay önce bağımsız ve ihtar gönderilen eşin kullanmasına hazır bir konutun bulunması gerekir. Yine ihtarın geçerli olabilmesi için, terk eden eşin gideceği yerin ayrıntılı olarak adresini, o yere ulaşabilmesi için gerekli olan gideri, ihtarın tebliği tarihinden itibaren iki ay içinde davet edilen ortak konuta gitmesi gereğini, davete uyulmaması durumunda kendisine karşı boşanma davası açılacağını içermesi gerekir. Bkz. Akıntürk, s. 257. Yargıtay kararlarına göre, davalıya gönderilen ihtar kararında, erkek askerde ise askerden dönüncüye kadar davalı eşin geçimini nasıl ve ne surette sağlayacağını bildirilmiş olması gerekir. Bkz. Kaçak, Nazif; Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004, s. 292,-293, Y 2.H.D., 28.02.2002 T. 2002/1575 E.

³⁶⁹ Evlenmeden önceki akıl hastalıkları evlenmeye engel bir durum olduğundan zaten evlilik yapılamayacaktı, buna rağmen evlilik yapılmışsa mutlak butlan sebebine dayanılarak iptali istenebilecektir.

-Bu akıl hastalığı diğer eş için ortak hayatı çekilmez bir hale getirmelidir.³⁷¹

-Son şartımız, bu akıl hastalığının iyileşmesinin mümkün olmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmiş olması gerekir. Eğer eşin iyileşmesi mümkün ise boşanma sebebi ortadan kalkar.

2. GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ

Eşler arasında geçimsizlik yaratan hadiseler çok çeşitli olduğundan, bunların tek tek sayılmasına imkân yoktur.³⁷² TMK 166. maddesinde üç tür genel boşanma sebebi öngörülmüştür. Bunlar, ilk fıkrada yer alan evlilik birliğinin temelden sarsılması, üçüncü fıkrasında yer alan eşlerin anlaşması ve son fıkrasında yer alan ortak yaşamın yeniden kurulamamasıdır.

a. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

TMK 166. maddesinin 1. fıkrasına göre, evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Bu maddeye dayanarak boşanma davası açılabilmesi için şu şartların varlığı gerekir.

-Evlilik birliğinin temelden sarsılmış olması gerekir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, eşler arasında çok ciddi ve şiddetli bir geçimsizlik veya anlaşmazlık bulunması demektir.³⁷³

³⁷⁰ Kanunumuz boşanma sebebi olarak her türlü akıl hastalığını değil geçmesine olanak bulunmayan akıl hastalığını düzenlemiştir. Boşanma sebebi olarak ileri sürülen bir akıl hastalığının iyileşmesinin mümkün olup olmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi gerekir.

³⁷¹ Kanun koyucu, akıl hastalığını nisbi bir boşanma sebebi olarak düzenlemiştir. Bu nedenle hâkim, boşanmaya karar vermeden önce, ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini araştıracaktır. Ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk, ara sıra gele buhranlar, diğer eşin hayat ve sağlığını tehlikeye koyabilecek veya onu sürekli bir korku altında bulunduracak saldırıların yapılması, yahutta akıl hastasının devamlı surette bir sağlık kurumunda tedavisinin gerekli olması gibi durumlarda, ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale geldiği kabul edilebilir. Bkz. Akıntürk, s. 260.

³⁷² Öztan, s. 403.

³⁷³ Eşler arasında baş göstermiş olan geçimsizlik ve anlaşmazlık her zaman evlilik düzenini temelinden sarsacak ciddiyet ve şiddette olmayabilir. Kanun koyucu her türlü geçimsizlik veya anlaşmazlık halini boşanma sebebi olarak kabul etmemiştir. Boşanma, ancak eşler arasındaki geçimsizlik ve anlaşmazlığın evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede ciddi ve şiddetli olması durumunda söz konusu olabilecektir. Geçimsizliğin bu derecede ciddi ve şiddetli olup olmadığını saptayacak ve takdir edecek olan, hâkimdir. Kocanın birlik görevlerini yerine getirmemesi (Y 2.H.D , 24.04.2003 T. 2003/4773 E..), kadının hastalığı sırasında eşle ilgilenmemesi (Y 2.H.D. , 13.03.2003 T. 2003/1293 E.), kadının önceki nişanlısıyla görüşmeye devam etmesi (Y 2.H.D. , 25.06.2003 T.

- Eşler arasında baş göstermiş olan geçimsizliğin aynı zamanda, eşlerin evlilik birliğini sürdürmeleri kendilerinden beklenemez hale getirmiş olması gerekir.³⁷⁴

Hemen her ailede zaman zaman rastlanabilen dargınlıklar, kırgınlıklar, tatsız sürtüşmeler, her zaman evlilik birliğini çekilmez hale getirmez. Eşler arasında doğmuş olan anlaşmazlık veya geçimsizliğin ortak hayatı çekilmez hale getirdiğinin kabul edilebilmesi için, bu durumun eşlerdeki evlilik ruhunu söndürmüş, onları evlilikten nefret eder duruma sokmuş olması gerekir.³⁷⁵

b. Eşlerin Anlaşması (Anlaşmalı Boşanma)

TMK 166. maddesinin 3. fıkrası³⁷⁶ eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğer eşin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliğinin temelden sarsıldığını kabul etmektedir.³⁷⁷

Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için şu şartların bulunması gerekir.

- Evlilik en az bir yıl sürmüş olmalıdır.³⁷⁸

- Eşlerin boşanmak üzere birlikte başvurmaları veya bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmiş olması gerekir.³⁷⁹

2003/8534 E.), tarafların sürekli olarak kavga etmesi (Y 2.H D. , 04.03.2003 T. 2003/8656 E.), cinsel ilişki kurulamaması (20.01.2003 T. 2002/14849 E.), gibi haller örnek gösterilebilir. Bkz. Ergün, s. 127 vd.

³⁷⁴ Çekilmezliğin mutlaka her iki eş için da söz konusu olması gerekmez; ortak hayatın sadece bir eş için çekilmez hale gelmiş olması yeterlidir. Bkz. Akıntürk, s. 265.

³⁷⁵ Akıntürk, s. 265.

³⁷⁶ Önceki Medeni Kanunumuz “irade ilkesine” dayanan eşlerin karşılıklı anlaşmak suretiyle boşanması görüşünü benimsemeyerek boşanma sebepleri arasında anlaşmalı boşanmaya yer vermemiştir. Ancak EMK 134. maddesi 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklik, boşanma sebepleri arasına eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları sebebini de eklemiştir. Yeni Medeni Kanunumuz bu değişikliği aynen benimseyerek bu sebebi 166. maddesine üçüncü fıkra olarak almış bulunmaktadır.

³⁷⁷ Kanun koyucu bu boşanma sebebini ayrı ve bağımsız bir madde biçiminde düzenlememiş, “evlilik birliğinin sarsılması” kenar başlığını taşıyan madde içerisinde düzenlemeyi daha uygun görmüştür. Bu isabetli bir düzenleme olmuştur. Çünkü kanun koyucu, en az bir yıl devam etmiş olan bir evlilikte eşlerden birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesini veya her iki eşin birlikte boşanma başvurusunda bulunmasını, evlilik birliğinin temelden sarsılmış olduğuna bir karine saymıştır. Böylece bu durumda da boşanma, evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine dayandırılmış olmaktadır. Bkz. Burcuoğlu, Haluk:“ 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, Antalya Barosu Dergisi, Sayı 5/51, Yıl 25, Şubat 2004, s. 55; Akıntürk, s. 269.

³⁷⁸ Bu bir yıllık sürenin amacı, tarafların birbirlerini iyice tanımaları, herhangi bir olay nedeniyle duygusallığa kapılıp acele etmemeleri, fevri davranmamaları, kararların gözden geçirebilmeleri, özetle daha sağlıklı düşüncelerini sağlayabilmektir. Bkz. Doğan, İzzet: “Anlaşmalı Boşanma”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 2007/5, s. 1935.

- Hakimin, tarafları bizzat dinleyerek iradelerini serbestçe açıkladıklarına kanaat getirmiş olması gerekir.³⁸⁰ Taraflar davayı bir vekil aracılığıyla yürütseler bile bu hususta tarafları davet ederek bizzat dinlemek zorundadır.

-Yine hakimin, boşanmanın mali sonuçlarına ve çocukların durumuna ilişkin eşlerin düzenlemelerini uygun bulması gerekir.³⁸¹

c. Ortak Yaşamın Yeniden Kurulamaması

TMK 166. maddesinin son fıkrasına göre, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleşmesinden başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak yaşam yeniden kurulamamışsa, evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir. Bu madde hükmüne göre boşanma kararı verilebilmesi için şu şartların varlığı gerekir.

- Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddedilmiş olması gerekir.³⁸²

- Ret kararın kesinleşmesinden başlayarak üç yıl geçmesi ve ortak yaşamın yeniden kurulamamış olması gerekir.³⁸³

³⁷⁹ Buradaki kabul maddenin diğer şartlarının oluşması halinde hâkimi bağlar. Bkz. Doğan, İ. (Boşanma), s. 1936

³⁸⁰ Taraflar hâkim huzurunda bizzat dinlenmiş olsalar bile, o duruşmada karar verilememiş ise ve mahkemede hâkim değişikliği olmuşsa kararı verecek hâkimin tarafları yeniden dinlemesi yasanın amacına daha uygun olur. Çünkü hâkimin, eşlerin açıkladıkları iradelerinin özgürce oluşup oluşmadığı tanısı çok önemlidir. Bkz, Doğan, İ. (Boşanma), s. 1938.

³⁸¹ Bu anlaşma bir protokol şeklinde olabileceği gibi hâkimin huzurunda tutanağa geçilip taraflara imzalatılmak şartıyla sözlü de olabilir. Bkz. Öztan, s. 417. Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin 3. fıkrası, anlaşmalı boşanma davasının açılması için, tarafların mali konular ve çocukların velayeti hususunda anlaşmalarını zorunlu kılmaktadır. Bu durumda, anlaşmada mali konulara ve çocukların velayetine ilişkin hususların belirlenmesi, davanın maddi şartını oluşturmaktadır. Eşlerin mali ve velayete ilişkin konular üzerinde anlaşmamaları halinde hâkimin anlaşmalı boşanmaya karar vermemesi gerekir. Bkz. Öztan, s. 419.

³⁸² Burada boşanma davasını kimin açtığı, hangi sebeple açıldığı ve neden reddedildiği önemli değildir. Ancak, boşanma davasının yetkisizlik sebebiyle reddi TMK 166. maddesinin 4. fıkrasındaki retle sonuçlanan dava anlamında değildir. Bkz. Öztan, s. 423. Yargıtay' a göre, davayı açan eş sonradan feragat etse bile, feragatten itibaren üç senenin geçmesi halinde, boşanma davası açılacaktır. Bkz. Tutumlu, s. 289, Y 2. H. D., 09.02.1994, T. 1994/846 E.

³⁸³ TMK' nun 166. maddesinin son fıkrasında öngörülen üç yıllık süre maddi hukuka ilişkin hak doğurucu bir süre olup, bir dava şartıdır. Dava hakkı bu sürenin tamamlanmasıyla doğar ve hâkim tarafından re'sen dikkate alınır. Öztan, s. 424

-Eşlerden birinin bu şartların gerçekleşmesi halinde istemde bulunması gerekir. Bu eş daha önceki boşanma davasını açan eş olmak zorunda değildir. Her iki eş de istemde bulunabilir.

C. MEDENİ KANUN'DA DÜZENLENEN BOŞANMA SEBEPLERİNİN EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Medeni Kanun, yalnızca boşanma sebeplerini sınırlı sayıda saymamış aynı zamanda her sebep için belli şartların gerçekleşmesini aramıştır. Bu şartlar gerçekleşmediğinde boşanma davası açılmayacaktır. Dolayısıyla evlilik birliği sona ermeyecektir.

- Zina, TMK' nun 161. maddesine göre boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Zina, evlilik birliği içerisinde olması, eşi dışında karşı cinsten biriyle yapılmış olması ve bilerek ve isteyerek yapılmış olması halinde bir boşanma sebebidir. Bu şartları taşımayan bir boşanma davası açılması halinde hâkim, eşlerin boşanmasına karar veremeyecektir. Örneğin, eşinin ilk gecede bakire çıkmaması üzerine, evlenmeden önce başkalarıyla birlikte olduğunu öğrenen erkeğin zina nedeniyle boşanma davası açamayacağı aşikârdır. Bu durumda eşler, ilk gecenin kızgınlığından kurtulup, evliliklerini devam ettirebilirler. Yine aynı maddenin 2. fıkrasına göre, dava hakkı, diğer eşin, zina fiilini öğrenmesinden itibaren altı ay ve her halde zina fiilinin yapıldığı tarihten itibaren beş yıl geçmekle düşer. Böylece söz konusu eylemin, evlilik birliğinin bütün evresinde, diğer eş tarafından zina yapan eşe karşı boşanma tehdidi olarak kullanılması önlenmiş olacaktır. Böylece evlilik birliği zaman içerisinde sağlıklı seyrine dönebilecektir. Yine aynı maddesinin 3. fıkrasına göre, affeden tarafın dava hakkı yoktur. O halde, dava hakkı olan eş zina yapmış olan eşini affederse, dava hakkı ortadan kalkmış olur.³⁸⁴ Eşlerden biri tarafından, bir anlık gaflete dayanılarak yapılan hatanın yaşam boyu sürmesi arzu edilen evlilik kurumunu zedelemesi engellenecek, eşler zamanla bu hataları unutup mutlu bir aile yaşamı sürebileceklerdir.

³⁸⁴ Akıntürk, s. 247.

- Hayata kast, TMK' nun 162. maddesine göre boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Burada bilerek ve isteyerek öldürmeye çalışmak boşanma sebebidir. Ceza hukuku anlamında taksirli eylemler, bir boşanma sebebi değildir. Örneğin erkeğin, içtiği sigarayı söndürmeyi ihmal etmesi sonucu çıkan yangında yaralanan kadının, olaya kızıp, “eşim beni öldürmeye kastetti” diyerek boşanma davası açması mümkün değildir. Yine burada da, dava hakkı konusunda, zina da olduğu gibi, af ve süre sınırı konulmuştur.

- Suç işleme, TMK' nun 163. maddesine göre boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir Kanun koyucu, suç işlemeyi nisbi boşanma sebepleri arasında saymıştır, bunun sebebi, eşin fiili hiç de yüz kızartıcı bulmayabileceği; yani bu nedenle evlilik birliğine son vermek istemeyebileceği ve evliliği devam ettirmesinin kendisinden beklenebilir olmasını düşünmesi nedenine dayanır.³⁸⁵

- Terk, TMK' nun 164. maddesine göre boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Önceki Medeni Kanun'da (md. 132) üç aylık olarak öngörülen bu süre, ortak konutu terk eden eşe daha fazla düşünme süresi sağlamak (pek de önemli olmayan sebeplerle ortak konutu terk eden eşler zaman geçtikçe yaptıkları davranışın doğru olmadığını, böyle bir sebeple evliliğini sona erdirmenin giderilmesi mümkün olmayan bir hata olacağını anlayabilirler) gerekçesiyle yeni düzenlemede altı ay olarak değiştirilmiştir.³⁸⁶ Kanun koyucunun bu düzenlemesi yerindedir. Türk toplumunda evin terk edilmesi halinde yakın akrabaların ve dostların devreye girmek suretiyle evlilik birliğinin sona ermesini önlemeye yönelik çaba gösterme geleneğine sahip olduğu ve bu tür çabaların çoğu kez başarılı sonuç verdiği, ancak üç aylık sürenin buna yetmeyeceği, dolayısıyla yapılan altı aylık düzenlemenin isabetli olduğu savunulmuştur.³⁸⁷ Bu son derece isabetli görüşe biz de katılmaktayız.

- Yine anlaşmalı boşanmada gördüğümüz en az bir yıllık süre konulmasının sebebi eşlerin hiç değilse bir yıl birlikte yaşayarak birbirlerini tanımaları şartıdır. Aksi halde bu yolla bir haftalık veya birkaç aylık evliliklere son verme imkânı tanınmış olur ki, bu da yaşam boyu devam etmesi arzulanan evlilik kurumunun

³⁸⁵ Öztan, s. 390.

³⁸⁶ TMK ve Gerekçe, madde 164, s. 373.

³⁸⁷ Burcuoğlu, (Boşanma) s. 54; Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 12.

kutsallığıyla bağdaşmayacağı açıktır.³⁸⁸ Bu süre, eşlerin birbirlerini tanımalarını sağlayacak ve böylece birbirleriyle anlaşmaya başlayıp mutlu bir evlilik birliği sürdürmeleri imkânını doğurabilecektir.

- Medeni Kanun'da sayılı sebepleri bilen bilinçli eşler buna göre hareket edip bu sebepleri yapmamaya özen göstererek evlilik birliklerini korumuş olacaklardır.

III. BOŞANMA DAVASI SIRASINDA HÂKİMİN, EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUMAK AMACIYLA ALACAĞI TEDBİRLER

Boşanma davasının açılmasıyla evlilik birliği zarar görür. Zira eşler arasında baş göstermiş olan anlaşmazlık ve çekişme, boşanma davasının açılmasıyla daha da şiddetlenir. Bu yüzden doğması olasılığı bulunan tehlikeli durumları karşılayacak tedbirlerin alınması zorunlu hale gelir. İşte bu düşünceyle Medeni Kanun, boşanma davası açıldıktan sonra hâkimi, gerekli geçici tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır.³⁸⁹ Bu tedbirlerin evlilik birliğini korumaya yönelik önemli etkileri vardır. Çünkü boşanma davasının açılması ile dava sonunda mutlaka evlilik birliğinin sona ereceği anlamına gelmez. Boşanma davasının açılmasıyla boşanmaya karar verilip verilmeyeceği, yapılacak olan yargılama sonunda ortaya çıkacaktır. İleri sürülen sebep, boşanma kararı verilebilmesi için yeterli bir sebep olmayabilir ya da ileri sürülen sebep ispatlanamamış olabilir. Bu durumda boşanma davası reddedilir, eşlerin tekrar birlikte yaşama yükümlülüğü doğar. Bu sebeptir ki, dava sırasında, eşler arasındaki ilişkilerin düzenlenmemesi, sorunların kısa vadede çözülebilecek geçici tedbirlerin alınmaması durumunda, dava sonunda verilebilecek red kararı üzerine belki de eşlerin yeniden bir araya gelmeleri olasılığı ortadan kalkar. Fakat dava sırasında hâkimin alacağı bazı tedbirler, eşlerin, davanın red ile sonuçlanması durumunda da, yeniden bir araya gelmelerine olanak sağlayabilir.³⁹⁰

Hâkime, boşanma davası boyunca geçici tedbir alma yetkisinin verildiği TMK 169. maddesinin temel amacı, boşanma davası sırasında zayıf durumda olan eşleri ve çocukları korumaktır. Böylece geçici de olsa, boşanma davası görülürken

³⁸⁸ Akıntürk, s. 269.

³⁸⁹ Akıntürk, s. 283.

³⁹⁰ Ayan, s. 290.

alınacak bu tedbirler sayesinde, evlilik birliğinin ve eş ile çocukların ihmal edilmesi, onların maddi ve manevi bakımdan zarar görmeleri önlenmiş olur.³⁹¹

Medeni Kanun'un 169. maddesine göre, hâkime, evlilik birliğinin daha fazla zarar görmemesi ve eşler ile çocukların çıkarlarının korunması için verilen geçici tedbir alma yetkisi geniş kapsamlıdır. Kanunda, hâkimin alabileceği tedbirler örnek olarak sayılmıştır. Buna göre hâkim, boşanma davasının devamı sırasında gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, malların yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici tedbirleri re'sen alır. Alınan bu tedbirler, davanın açıldığı tarihten itibaren geçerli olur. Boşanma davasından önce, evlilik birliğinin korunması amacıyla tedbir alınmış olması, TMK 169. maddesi gereğince boşanma davasına bakan hâkimin, boşanma davası boyunca gerekli tedbirleri almasına engel değildir.³⁹²

Hâkim, evlilik birliğinin korunması amacıyla gerekli tedbirleri, kendiliğinden almak zorundadır. Bu konuda taraflardan birinin istemde bulunmasını beklemek, TMK 169. maddesinin özüne aykırı olur. Bununla birlikte lehine tedbir alınması gereken eş, bu hakkından açıkça feragat etmişse, bu yönde bir tedbir alınmasına gerek kalmaz. Örneğin eşlerden biri, diğerinin parasal katkısını istemediği bir dava da hâkimin, parasal katkıya karar vermemesi gerekir.³⁹³

Boşanma davası açılınca hâkim, ilk iş olarak TMK' nun 169. maddesinde öngörülen geçici tedbirleri alır. TMK 169. maddesinde sayılan tedbirler örnek niteliğinde sayıldığından, evlilik birliğinin daha fazla zarar görmesi ihtimali varsa, bu tedbirlere, benzer tedbirlerde alınabilir.

Medeni Kanun'un 169. maddesinde öngörülen tedbirler şunlardır.

- Eşlerin barınması; boşanma davası açıldığında hakim, ortak konuttan yararlanma ve eşlerin barınması konusunda gerekli tedbirleri re'sen alır. Eşlerin ayrı konut edinmeleri boşanma sürtüşmelerini azaltmak açısından gereklidir.³⁹⁴

³⁹¹ Ayan, s. 290.

³⁹² Ayan, s. 291-292.

³⁹³ Ayan, s. 292.

³⁹⁴ Öztan, s. 448.

- Eşlerin geçiminin sağlanması; hakim, boşanma davası sırasında eşlerin geçimi ile ilgili gerekli tedbirleri re'sen alır. Örneğin hangi eşin diğerine ne kadar parasal katkıda bulunacağını kararlaştırabilir.³⁹⁵

- Eşlerin mallarının yönetimi; hakim, boşanma davası açıldığında, eşlerin mallarıyla ilgili gerekli tedbirleri de re'sen alır. Durum gerektiriyorsa eşler arasındaki mal rejiminin, mal ayrılığına çevirebilir.³⁹⁶

- Çocukların bakımı ve korunması; boşanma davası açılınca hakim, çocukların bakım ve korunmasına ilişkin gerekli bütün tedbirleri de alır.

IV. BOŞANMANIN ANCAK HÂKİM HÜKMÜYLE OLABİLMESİ

Roma hukukunda evlilik tarafların iradesine dayandığı için, hâkim kararına gerek olmaksızın, gerek kadın gerekse erkek tarafından tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilebiliyordu.³⁹⁷ İslam Hukukunda yine hâkim kararına gerek olmaksızın kocanın (istisnai hallerde kadının) tek taraflı bir irade beyanıyla boşanma mümkündür.³⁹⁸ Bugün modern hukuk sistemlerinin büyük bir kısmında kabul edilen görüş boşanmanın ancak bir hâkim hükmüyle olabileceğidir. Geçerli bir şekilde kurulmuş evlilik ya eşlerden birinin ölümü³⁹⁹ ya da hâkim kararıyla sona erebilecektir.⁴⁰⁰

³⁹⁵ Eşlerin geçimi konusunda boşanma davası sırasında hâkimin re'sen karar verebileceği parasal katkı, boşanma davasının kesinleşmesine kadar geçerli olup, nihai bir karar sayılmadığı için, bu karara uyulmaması, İcra İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun'dan önceki İİK' nun 344. maddesine göre nafaka ödememe suçunu oluşturmuyordu. Fakat, 4949 sayılı Kanun ile, İİK' nun 344. maddesine eklenen üçüncü fıkraya göre, mahkeme tarafından ara karar ile hükmedilen nafakayı ödemeyen borçlular hakkında da nafaka ödememe suçu oluşmaktadır. Bkz. Ayan, s. 296.

³⁹⁶ Öztan, s. 454.

³⁹⁷ Ayiter, s. 13.

³⁹⁸ Akıntürk, s. 235-236; Hatemi-Serozan, s. 236.

³⁹⁹ Ölümde olduğu gibi, eşlerden biri hakkında ölüm karinesinin uygulanması durumunda da, evlilik birliği kendiliğinden sona erer. Medeni Kanun'un 31. maddesine göre, ölümüne kesin gözle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kişi, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır. Bu durumda, Medeni Kanun'un 44. maddesinin 1. fıkrasına göre, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle, kütüğe bu kişi hakkında ölü kaydı düşülür. Bkz. Ayan, s. 141; Akıntürk, s. 195-196; Öztan, s. 372. Ölüm ve ölüm karinesi dışında, gaiplik kararı da evlilik birliğini etkiler. Medeni Kanun'un 32. maddesinin 1. fıkrasına göre, ölüm tehlikesi içinde kaybolan veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınmayan bir kimsenin ölümü hakkında güçlü bir olasılık varsa, hakları bu ölüme bağlı olanların başvurusu üzerine mahkeme, bu kişinin gaipliğine karar verebilir. Kanun koyucu gaipliğine karar verilmiş bir kişinin günün birinde çıkıp gelebileceğini ve eşin, hakkında gaiplik kararı verilen eşiyile kendi arasındaki bağı, manevi bakımdan da olsa devam ettirmek isteyebileceğini düşünerek,

Medeni Kanun' un 156. maddesine göre, batıl bir evlilik ancak "hâkimin" kararıyla sona erer, mutlak butlan halinde bile evlenme, "hâkimin" kararına kadar geçerli bir evliliğin sonuçlarını doğurur. Bu hükümden anlaşıldığı üzere evlilik hukuken geçersiz bile olsa hâkimin kararı olmadıkça ortadan kaldırılamamaktadır. Yine TMK 170. maddesinde, boşanma sebebi ispatlanmış olursa, "hâkim" boşanmaya karar verir. Bu hükümlerde de görüldüğü üzere geçerli bir evliliğin bitirilmesi ancak hâkim hükmüyle olmaktadır. Hâkim kararı olmaksızın, eşlerin tek taraflı irade beyanlarıyla evlilik ilişkisinin ortadan kaldırılabilmesi mümkün değildir. Kanunda sayılan butlan sebepleri ve boşanma sebepleri gerçekleşmiş olsa bile hâkim kararı olmaksızın bu sebepler bir anlam ifade etmeyecektir. Boşanmanın hâkim hükmüyle olması gerektiği evlilik birliğinin korunması için gerekli olmazsa olmaz şartlardan biridir.

V. BOŞANMA DAVALARININ AYRI BİR YARGILAMA USULÜNE TABİ OLMASI

Boşanma davalarında, diğer davalardan farklı bir yargılama usulü benimsenmiştir. Bunun nedenleri, dava süresince tarafların korunması, boşanma davası sonunda boşanma kararı verilmeyecek olursa, eşlerin birlikte yaşama yükümlülüklerinin bulunması sebebiyle, boşanma davası sırasındaki gergin durum nedeniyle birlikte yaşamalarının olanaksız hale gelmesini önlemek amacıdır. Bu hükümler evlilik birliği amacına ulaşmasını kolaylaştırmaktadır. Böylece evlilik birliğinin kolayca dağılmasının önüne geçilmiş olunacaktır.⁴⁰¹

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

evlilik birliğinin korunması ilkesine de uygun olarak, gaiplik kararının, evlilik birliğini kendiliğinden ortadan kaldırmayacağını kabul etmiştir. Medeni Kanun'un 131. maddesinin 1. fıkrasına göre, gaipliğine karar verilen kişinin eşi, mahkemeden, evliliğin feshi yönünde bir karar almadıkça yeniden evlenemez. Evlilik, ancak mahkemeden evliliğin feshi yönünde bir karar alınca ortadan kalkar. Bkz. Akıntürk, s. 197-198; Ayan, s. 141-142.

⁴⁰⁰ Ayan, s. 141; Akıntürk, s. 235; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 509.

⁴⁰¹ Ayan, s. 127.

ortaya çıkarılmasını sağlamayı amaçlamaktadır.⁴⁰² Aile hukuku davaları diğer özel hukuk davalarından farklı ilke ve hükümlere tabidir. Bu alanda özel bilgi ve uzmanlık istemektedir. Bu sebeple aile hukuku uyuşmazlıklarının uzman mahkemelerde çözümü için, 09.01.2003 tarih ve 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun ile Aile Mahkemeleri kurulmuştur.

TMK 184. maddesine göre, boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na tabidir.

TMK 184. maddesinin 1. bendine göre, hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği, bunları ispatlanmış sayamaz. Hâkim, boşanma ve ayrılığa karar verebilmesi için sebep olarak gösterilen olayların varlığına kendisi de inanmadıkça (vicdanen kani olmadıkça) bunları olmuş kabul edemez.⁴⁰³ Fakat bu durum hâkime, dilediği gibi hareket etme serbestisi vermez, sadece hâkimi, vicdanen ikna olmadığı kanıtlara bağlı kalmak zorunluluğundan kurtarır.⁴⁰⁴

TMK 184. maddesinin 2. bendine göre, hâkim, bu olgular hakkında gerek resen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. Boşanma davalarının özelliği nedeniyle yemin delili geçerli değildir.⁴⁰⁵

TMK 184. maddesinin 3. bendine göre, tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz. Kanunumuz bu hükmüyle tarafların önceden anlaşarak boşanmalarına engel olmak istemiştir.⁴⁰⁶ Davalı koca, davacı eşine pek kötü ya da onur kırıcı davranışta bulunduğunu, örneğin onu dövdüğünü, hakaret ettiğini mahkemede ikrar etse dahi, hâkim bu ikrarla bağlı değildir. Ancak bu bent hükmü, TMK 166. maddesinin 3. fıkrasındaki sebebe dayanılarak açılan boşanma davalarında yine aynı fıkra hükmü gereğince uygulanmaz.

⁴⁰² Ayan, s. 127.

⁴⁰³ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 350; Öztan, s. 442; Hatemi-Serozan, s. 240; Akıntürk, s. 280.

⁴⁰⁴ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 914; Akıntürk, s. 280; Velidedeoğlu, s. 243.

⁴⁰⁵ Yemin teklifi, hâkimin takdir hakkını kısıtlayacağından, kabul edilmemektedir. Bkz, Öztan, s. 442.

⁴⁰⁶ Medeni Kanun 166/III maddesiyle, eşlerin anlaşmasını da yeni bir boşanma sebebi olarak kabul ettiğinden, bu boşanma sebebine dayanılarak açılan boşanma davalarında tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağına ilişkin 184. maddesinin 3. bendi hükmünün uygulanmayacağı, 166/III maddesinin son cümlesinde açıkça belirtilmiştir. Bu istisna son derede isabetli ve mantıklıdır. Bkz. Akıntürk, s. 281.

TMK 184. maddesinin 4. bendine göre, hâkim, delilleri serbestçe takdir eder. Boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden hâkime geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme imkânı yoktur. Hâkim, evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür. Toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin korunması ön planda tutulur.⁴⁰⁷

TMK 184. maddesinin 5. bendine göre, boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. Hâkimin onayladığı sözleşmelerinin hukuki sonuç doğurabilmesi için, mutlak surette boşanma davasının yargılaması sırasında yapılmış olması gerektiği gibi, boşanma kararının hüküm fıkrasında gösterilmek suretiyle infaz olanağı sağlayan mahkeme hükmü haline dönüşmüş olması gerekir. Boşanma gerçekleştikten sonra, ne boşanma davasından el çekmiş olan mahkemeden ne de başka bir mahkemeden bu sözleşmenin onaylanması istenemez.⁴⁰⁸ Bu durumda böyle bir sözleşme geçersiz olacaktır. Taraflar boşanma ilamında gösterilen hususlarla bağlı olacaktır.

TMK 184. maddesinin 6. bendine göre, hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. Bu hüküm eski Medeni Kanun'da yer almayan, yeni Medeni Kanun ile getirilen bir düzenlemedir. Kanun koyucu boşanma davalarının birçoğunun eşlerin özel yaşamlarıyla ilgili olduğunu, özel yaşama ilişkin hakkın ise Anayasal temel bir hak olduğunu, gizli tutulması gerektiğini kabul ederek, bu konuda isabetli bir çözüm getirmiştir.⁴⁰⁹ Bu hükmün evlilik birliğini koruyucu bir yönü de bulunmaktadır. Buna göre, yargılama sonucunda boşanma kararı verilmezse ya da eşlerden birisi davasından feragat ederse, dava sırasında ileri sürülen iddialar açık duruşma nedeniyle herkesçe bilinecektir. Bu durum, evlilik birliğinin bu karara rağmen yeniden kurulamaması tehlikesini doğurabilir. Bu nedenle söz konusu hüküm hem evlilik birliğinin, hem de özel hayatın gizliliğini koruması açısından yerinde bir düzenlemedir.⁴¹⁰

⁴⁰⁷ Ancak, hâkimin, delilleri serbestçe takdir yetkisi, TMK' nu 166/III düzenlenen, anlaşmalı boşanma halinde uygulanmaz. Burada, hâkim sadece, tarafların iradelerini serbestçe açıkladığına kanaat getirir.

⁴⁰⁸ Akıntürk, s. 282, Y 2. H.D. , 14. 02. 1995 T. 1995/925 E.

⁴⁰⁹ Kılıçoğlu, (Yenilikler) s. 13.

⁴¹⁰ Ayan, s. 140.

VI. BOŞANMA İSTEĞİYLE AÇILAN DAVADA HÂKİMİN AYRILIK KARARI VEREBİLMESİ

A. GENEL OLARAK

743 sayılı EMK bilindiği üzere İsviçre Medeni Kanunu'nun iktibası sonucu hukuk hayatımıza girmişti. İsviçre Medeni Kanunu, bulunduğu toplumda egemen olan Katolik inancından etkilenmişti. Katolik inancı, boşanmayı kabul etmeyip ayrılık kurumunu benimsemişti. İsviçre kanun koyucusu da boşanma hükümlerinin yanı sıra ayrılık kurumuna da yer vermeye gerek duymuştur. Bu tarihsel gerçeklikle kaynak kanuna alınan ayrılık kurumu 4721 sayılı yeni TMK da da aynen korunmuştur.⁴¹¹

Ayrılık kurumunun kabulü sadece tarihsel olgulara dayandırmak yeterli bir gerekçe olmaz. Bundan daha da önemlisi, evliliğin mümkün olduğu sürece korunması şeklinde çağdaş anlayıştır. Ayrılıkta, eşler arasındaki evlilik bağı sürdürülmekte, fakat eşlere ayrı yaşama hakkı verilmektedir.⁴¹²

Ayrılık kurumu, evlilik birliğinin korunması için çok önemli bir kurumdur. Ayrılık, ortak yaşamın yeniden kurulması olasılığı bulunan, bulunabilecek durumlarda, yeniden bir araya gelmeleri imkânı olan eşlerin, evlilik birliğine devam etmek üzere, bir süre ayrı yaşamalarını düzenleyen bir kurumdur.⁴¹³

Boşanma ile ayrılık arasındaki ilişkiye bakacak olursak: Boşanma ile evlilik birliği tamamıyla ortadan kaldığı halde, ayrılık halinde evlilik birliği sona ermemekte, eşlerin evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülükleri devam etmekte duruma göre kısmen değişmekte, sadece artık belli bir süre için bir arada yaşamamaktadırlar.⁴¹⁴ Medeni Kanunumuzda boşanma sebepleri olarak düzenlenen hususlar aynı zamanda birer ayrılık sebepleridir, kanun koyucu ayrı bir ayrılık sebebi düzenlememiştir.⁴¹⁵ Boşanma davası açan eş, TMK 167. maddesi uyarınca dilerse ayrılığa karar verilmesini isteyebilir. TMK 170. maddesi uyarınca boşanma sebebi

⁴¹¹ Tutumlu, s. 401; Akıntürk, s. 275.

⁴¹² Tutumlu, s. 401-402; Ayan, s. 282.

⁴¹³ Hatemi-Serozan, s. 210; Velidedeoğlu, s. 229; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 910.

⁴¹⁴ Öztan, s. 429.

⁴¹⁵ Akıntürk, s. 275.

ispatlanmış olursa hâkim de boşanmaya değil ayrılığa karar verebilir. Ancak eş davasında boşanma değil de ayrılık istemişse artık hâkim, boşanmaya değil ayrılığa karar vermek zorundadır.

Ayrılık kurumu, eşlerin birbirlerinden gerçekten ayrılmak isteyip istemediklerini tespiti yarar, daha doğrusu eşlerin hırs ve heveslerinin geçmesine ve bu suretle evlilik birliğinin devam ettirmelerine yardımcı olur.⁴¹⁶

B. HÂKİMİN AYRILIĞA KARAR VEREBİLMESİNİN ŞARTLARI

Medeni Kanun'da hâkimin ayrılığa karar verebilmesi için aranacak şartların ne olduğu açıkça düzenlenmemiştir. TMK 170. maddesinde, boşanma sebebi ispat olmuşsa bile, hâkim, ayrılığa karar verebilir denmektedir. Böylece, ilk şart olarak karımıza, boşanma sebeplerinden birinin bulunması gerektiği çıkmaktadır. Burada kanun koyucu boşanma sebepleri arasında ayırım yapmamıştır. Ancak özelliği itibariyle akıl hastalığı, anlaşmalı boşanma, terk gibi sebeplerin varlığı halinde ayrılık kararı verilmesi güç görünmektedir.⁴¹⁷

Ayrılık kararı için hâkim tarafından aranacak diğer şart, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunmasıdır. TMK 170. maddesinin 3. fıkrasına göre, dava boşanmaya ilişkin olsa bile ortak yaşamın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde hâkim, ayrılığa karar verebilir. Burada hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hâkimin takdir yetkisini çok ciddi ve son derece isabetli kullanması gerekir. Eşlerin barışması ihtimali, gerçekleşmeye yakın bir ciddiyette görülmeli, varlığı makul surette kabul edilebilmeli, böyle bir kanaat sağlam bir ihtimale dayandırılmalı, hatta barışma ihtimalinin varlığı tarafın ikrarından ya da hareket tarzından anlaşılması olmalıdır. Özetle barışma ihtimali kuvvetli bulunmalı, zayıf bir ihtimal yeterli değildir.⁴¹⁸

Ayrılığa karar verilebilmesi hâkim tarafından aranacak son şart ise, davacının bunu istemiş olması ya da açılan boşanma davasında hâkimin bu yönde bir karar vermiş olmasıdır. Davacı eş dava dilekçesinde sadece ayrılık istemişse hâkim, artık

⁴¹⁶ Öztan, s. 429.

⁴¹⁷ Tutumlu, s. 407.

⁴¹⁸ Tutumlu, s. 409, Y 2.H.D. , 04.05.1999 T. 1999/2753 E.

boşanmaya karar veremez. Öte yandan davacı eş boşanma talep etse bile hâkim, ayrılığa karar verebilir. Her halükarda Medeni Kanun'un ayrılığa ilişkin hükümlerinin uygulanabilmesi için hâkim kararına ihtiyaç vardır.

C. AYRILIĞIN SÜRESİ

Medeni Kanun' un 171. maddesine göre, ayrılığa bir yıldan üç yıla kadar bir süre için verilebilir. Burada hâkime takdir yetkisi tanımıştır. Hâkim, bir yıldan az olmamak üç yıldan da fazla olmamak üzere ayrılık kararı verebilir. Medeni Kanun'da öngörülen bir yıllık süre ayrılık kararı için asgari bir süre olup bir yılın altında bir süreyle hâkim ayrılık kararı veremeyecektir. Yine Kanunda düzenlenen üç yıllık süreyle ayrılık kararı için azami süre olup hâkim, üç yılı aşan bir süre için ayrılığa karar veremeyecektir.

Hâkim, ayrılık süresini takdir ederken, somut olayın özellikleri dâhilinde evlilik bağının ne derece sarsılmış olduğunu, ispatlanmış boşanma sebebinin ağırlığını, niteliğini, davaya sebep olayların izlerinin silinmesi için ne kadar bir zamanın geçmesine ihtiyaç bulunduğunu dikkate alacaktır.⁴¹⁹

Eski Medeni Kanun'da ayrılık kararında sürenin ne zaman başlayacağı konusunda bir açıklık yoktu. Yeni TMK 171. maddesi bu konuya açıklık getirmiş ve ayrılık kararının kesinleşmeyle başlayacağını ifade etmiştir.

D. HÂKİMİN AYRILIK KARARINDA ALACAĞI TEDBİRLER

Medeni Kanun' un 169. maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınması, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici tedbirleri re'sen alır. Hâkimin alacağı tedbirler sadece bunlar mı olacak sorusunun karşılığı, madde metninde yer alan "özellikle" sözcüğünden anlaşılacağı üzere hayırdır. Diğer bir deyişle hâkim, bu sayılan tedbirler dışında gerek kendisi gerekli gördüğü konularda gerekse eşlerin talebinin bulunduğu konularda gerekli tedbirleri alabilir.

⁴¹⁹ Öztan, s. 430-431; Tutumlu, s. 414.

Hâkim, evlilik birliğinin korunması için gerekli olan her türlü tedbiri kendiliğinden almak zorundadır. Bu konuda, eşlerin talebini beklemek zorunda değildir.

Bu tedbirlerin, evlilik birliğini koruyucu bir etkisi vardır. Zira bu davaların açılması, dava sonunda evlilik birliğinin mutlaka sona ereceği anlamına gelmez. Boşanma veya ayrılığa karar verilip verilmeyeceği, yapılacak olan yargılama sonunda ortaya çıkacaktır. İleri sürülen sebep, boşanma kararı verilebilmesi için yeterli bir sebep olmayabilir ya da ileri sürülen sebep ispatlanamamış olabilir. Bu durumda dava reddedilir, eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğü doğar. Bu sebeptir ki, dava sırasında, eşler arasındaki ilişkilerin düzenlenmemesi, sorunların kısa vadede çözülebilecek geçici tedbirlerin alınmaması durumunda, dava sonunda verilebilecek red kararı üzerine belki de eşlerin yeniden bir araya gelmeleri olasılığı ortadan kalkar. Fakat dava sırasında hâkimin alacağı bazı tedbirler, eşlerin, davanın red ile sonuçlanması durumunda da, yeniden bir araya gelmelerine olanak sağlayabilir.⁴²⁰

Medeni Kanun'un 169. maddesinde düzenlenen geçici tedbirleri kısaca açıklamak gerekirse:

TMK' nun 169. maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan eşlerin barınmasına ilişkin tedbirleri kendiliğinden alır.⁴²¹

Yine aynı madde hükmüne göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan eşlerin⁴²² geçimine ilişkin tedbirleri

⁴²⁰ Ayan, s. 290.

⁴²¹ Boşanma veya ayrılık davası açıldıktan sonra, dava süresi içerisinde, eşlerin ortak yaşama son verebilecekleri hususu, Medeni Kanunda açıkça düzenlenmemiş olmakla beraber, ayrı yaşama işin mahiyeti icabıdır. Bkz. Öztan, s. 447. Aile konutundan hangi eşin yararlanacağı ne şekilde yaralanabileceği ya da aile konutunda artık oturmak istemeyen eş için yeni bir konutun sağlanması gibi tedbirleri alır. Hâkim, aile konutuna ilişkin tedbirleri alırken eşlerin menfaatlerini dikkate alır. Aile konutunun bir eşin mülkiyetinde bulunup bulunmaması ya da kira gibi bir sözleşmeyle sağlanıp sağlanmadığı önemli olmadığı gibi aile konutunu kullanmasına imkân verilen eşin bunda hak sahibi olması da önemli değildir.

⁴²² Boşanma veya ayrılık davası açıldığı andan itibaren eşlerin ayrı yaşama hakkı her iki eşe de tanınmıştır. Bkz. Özkan, Hasan: Hukuk Rehberi, Cilt I, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 669. Bu sebeptir ki hâkim, geçici bir tedbir olarak dava maddi anlamda kesin hükümle sabit oluncaya kadar, ihtiyacı olan eşe uygun bir miktarda tedbir nafakası (parasal katkı) ödenmesine karar verir. Bkz. Hamzaçebi, Mehmet: "Boşanma Öncesi ve Sonrasında Nafaka" Yargıtay Dergisi, Cilt 26, Sayı 3, Temmuz 2000, s. 363.

kendiliğinden alır. Burada eski Medeni Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde uygulanan tedbir nafakası söz konusudur.⁴²³

Yine aynı madde hükmüne göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan eşlerin malların yönetimine ilişkin tedbirleri kendiliğinden alır.

TMK' nun 169. maddesine göre, boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan çocukların bakımı ve korunmasına ilişkin tedbirleri kendiliğinden alır.⁴²⁴

TMK' nun 169. maddesinde, hâkimin, ayrılık halinde alacağı tedbirler sınırlı sayıda sayılmamıştır; "özellikle" demek suretiyle hâkimin başka tedbirlerde alabilmesine imkân tanınmıştır. Hâkim, geniş takdir yetkisi dâhilinde evlilik birliğinin korunması için gerekli gördüğü bütün tedbirleri ayrılık süresince alabilir. Örneğin eşlerden birinin borçlularına, borçlarını diğer eşe ödemeleri için emir verebilir.⁴²⁵ Giyim eşyalarının veya evdeki mobilyalardan bir kısmının evden ayrılan eşe verilmesi hususunda, bir kara verilebilir⁴²⁶

⁴²³ Boşanma veya ayrılık davası açılmasıyla eşler arasındaki ilişkiler fiilen kesilmiş, evlilik birliğinin taraflara yüklediği yükümlülükler çoğu zaman gönül rızasıyla yerine getirilemez olur. Ayrılık kararı ile birlikte eşlerin geçimi sorunu ortaya çıkar. Bu durumda istem olmasa bile davanın devamı süresince hâkim tarafından gerekli tedbirlerin alınması gerekir. Boşanma veya ayrılık davası açılmasıyla dava tarihi itibarıyla geçerli olmak üzere uygun miktarda tedbir nafakasına (parasal katkıya) karar verilmesi gerekir. Bkz. Ruhi, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 30. Tedbir nafakası (parasal katkı) belirlenirken, barınma, giyecek, yiyecek, eğitim-öğretim gibi giderler dikkate alınmalıdır. Hâkim, tedbir nafakasını (parasal katkıyı) tespit de, nafaka isteminde bulunan eşin ihtiyaçları ile diğer eşin mali durumunu göz önünde tutacak ve hakkaniyete göre karar verecektir. Bkz. Ruhi (Nafaka), s. 37.

⁴²⁴ Ana baba, çocukların bakımı ile ilgili meseleler üzerinde anlaşmışlarsa, hâkim çocuğun menfaatleri dâhilinde yapılan anlaşmayı inceleyip onay verebilir. Taraflar anlaşmamış iseler hâkim, çocuğun kimin yanında kalacağı, çocuğun bakım masrafları, çocuk kendisine bırakılmayan tarafın çocuğun masraflarına ne ölçüde katılacağı, çocuğu ziyaret hakkının ne şekilde düzenleneceği gibi hususlara ilişkin tedbirleri kararlaştırması gerekir. Bkz. Öztan, s. 454. Yine TMK 182. maddesine göre, mahkeme ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altındaysa, vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler. TMK 336. maddesinin 2. fıkrasına göre ise, ayrılık hali gerçekleşmişse hâkim, velayeti eşlerden birine verebilir. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları göz önünde tutulur. Velayet hakkı kendisine verilmeyen eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır. Hâkim, velayeti hem baba hem anne yönünden kaldırıp çocuğa vasi de atayabilir. Ancak bunun için TMK 348. maddesindeki şartların gerçekleşmesi gerekir.

⁴²⁵ Tandoğan, s. 132; Velidedeoğlu, s. 247.

⁴²⁶ Öztan, s. 457.

E. AYRILIK KARARININ HUKUKİ SONUÇLARI

Boşanma ile evlilik birliği kesin olarak sona erdiği halde, ayrılık kararıyla evlilik birliği sona ermemekte sadece evlilik birliğine fiili bir ara verilmektedir. Yani ayrılık kararının evlilik birliğini sona erdirici bir hukuki etkisi yoktur. Ayrılık kararının hukuki sonuçlarını şöyle sıralayabiliriz⁴²⁷:

- Eşler ayrılık halinde ayrı bir yerleşim yeri edinebilirler.
- Kadın erkeğin soyadını taşımaya devam eder.
- Eşler birbirlerinin mirasçısı olmaya devam ederler.
- Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülükler özellikle sadakat gösterme yükümlülükleri devam eder.
- Ayrılık süresi içinde doğan çocuklar, evlilik birliği içinde doğan çocuk statüsündedir.
- Mevcut çocukların durumu boşanmada olduğu gibi çözümlenir.

F. AYRILIĞIN SONA ERMESİ

Eşler ayrılık süresi sonunda ya birleşirler veya ayrılık boşanma ile sona erer. Ayrılık süresinin uzatılması mümkün değildir. Zira TMK 170. maddesi emredici hüküm niteliğindedir; ikinci bir ayrılık kararı da verilemez.⁴²⁸

Medeni Kanun'un 172. maddesinin 1. fıkrasına göre, süre bitince ayrılık durumu kendiliğinden ortadan kalkar. Hâkimin öngördüğü süre bitince artık bir kaldırma kararına ihtiyaç olmaksızın kendiliğinden ayrılık durumu son bulur. Yine eşlerin ayrılık süresinin bitimini beklemeden eşler barışarak bir arada yaşamaya devamlı olarak yaşamaya başlamaları halinde yine ayrılık kararı sona erecektir. Taraflar ayrılık süresi içinde bir araya gelmek istemeyip açacakları boşanma davası sonunda verilecek kararlar ayrılık yine sona erecektir.

⁴²⁷ Öztan, s. 429; Akıntürk, s. 275-276.

⁴²⁸ Öztan, s. 431.

G. AYRILIK KARARLARINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

Ayrılık kararlarında yetkili mahkeme, Medeni Kanun'un 168. maddesi uyarınca eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.⁴²⁹

Ayrılık kararlarında görevli mahkeme ise, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesi uyarınca, aile mahkemeleridir. 4787 sayılı Kanunun 4. maddesinin 1. fıkrasına göre aile hukukundan doğan dava ve işler, aile mahkemelerinin görev alanına girer. Ayrılık kararları da Medeni Kanun'un aile hukukundan doğan dava olduğundan aile mahkemesinin görevine girer.

⁴²⁹ Eski Medeni Kanun döneminde, davacının yerleşim yeri mahkemesi yetkiliyken, yeni düzenlemeyle eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesi yetkili kılınmıştır.

İKİNCİ BÖLÜM

ÖZEL KANUNLARDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

§ 1. 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. GENEL OLARAK

Toplumun temeli olarak Anayasada yerini bulan aile, bir özel hukuk ilişkisine dayanmasına rağmen taşıdığı bu toplumsal işlevi nedeniyle Devletin ilgisini her zaman çekmiştir. Anayasanın 41.maddesi ile düzenlendiği üzere Devlet, ailenin huzur ve refahını sağlamak için gerekli tedbirleri almak yükümünü bu nedenle üstlenmiştir. Devletin bir sosyal hak olarak aileye tanıdığı bu çerçevede imtiyaz, çeşitli düzenlemelerde kendisini gösterir. Kuşkusuz bu konudaki düzenlemelerin başında Medeni Kanunumuz gelir. Medeni Kanun'daki evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlere bu amaçla başvurulmuştur.⁴³⁰ Ancak, Medeni Kanun'da düzenlenen evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlerin alınması mahkemelerin iş yoğunluğu nedeniyle çoğu kere uzun bir yargılamayı gerektirir.⁴³¹ Zira yargının herhangi bir konuda karar verebilmesi, davacı ve davalının iddia ve savunmaları ile delillerin toplanmasından sonra mümkündür.⁴³² Bu nedenle, kanun koyucu, tedbir alınmasına ilişkin süreci hızlandırmak ve aile bireylerinin aile içi şiddete karşı korunmasını sağlamak amacıyla 14.01.1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'u⁴³³ kabul etmiştir.⁴³⁴

⁴³⁰ Güven, s. 1.

⁴³¹ Ayan, s. 298.

⁴³² Uçar, M. A. s. 133.

⁴³³ 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un genel gerekçesi: "Anayasanın 41. Maddesinde belirtildiği gibi toplumun temelini aile oluşturmaktadır. Bireysellikten toplumsallığa geçişin en küçük birimi olan ve karşılıklı rıza ile oluşan ailenin sağlıklı yapılanması ve yürütülmesi toplumun varoluşunu ve yarınlara güçlü bir biçimde uzanmasını doğrudan etkilemektedir. Ülkemizin büyükanne, büyükbaba, anne, baba ve torunların birlikte yaşadığı geleneksel geniş aile sisteminden hızlı sanayileşme ve buna paralel olarak şehirleşmeyle birlikte çekirdek aile tipi dediğimiz anne, baba ve çocuğun oluşturduğu dar aile tipine doğru yoğun bir gidiş yaşanmıştır. Bugün içinde bulunulan zor ekonomik şartlar, sosyal ve kavramsal kargaşalar, yorucu şehir hayatı

Evlilik birliğinde ortaya çıkan şiddet olayları, hem eşlere hem evlilik birliğine zarar vermektedir. Hem eşlerin hem de aile bireylerinin şiddete maruz kalmalarını önlemek, hem de dolaylı olarak evlilik birliğini korumak amacıyla yönelmiş olan bu kanun, aynı zamanda, evlilik birliğinin dağılma tehlikesiyle karşılaşmasını da önlemeye çalışmaktadır.⁴³⁵

II. AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN

Ailenin Korunmasına Dair Kanun, 14.1.1998 tarihinde kabul edilmiş, 17.1.1998 tarihinde 23233 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak, aynı tarihte yürürlüğe girmiştir. 4320 sayılı Kanun, hem medeni hukuk, hem de ceza hukukuna ilişkin hükümlere yer vermek suretiyle kanunlaştırma tekniği açısından alışılmamış bir sistematik sergilemiştir. Söz konusu Kanun’a göre Medeni Hukuka ilişkin hükümlenacak tedbirlere aykırılık durumunda Ceza Hukukuna ilişkin bir yaptırım öngörülmüştür.⁴³⁶

aile bireyleri üzerinde psikolojik ve sosyolojik rahatsızlıklara sebep olmaktadır. İlk insanla birlikte ortaya çıkan şiddet olgusu değişik türleri ve uygulamış biçimleriyle her zaman gündemde olmuştur. Şiddetin aile yaşamı içerisinde, aileyi oluşturan bireyler arasında gerçekleşen ve "aile içi şiddet" adı altında "aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranış" şeklinde tanımlanan görüntüsü toplum için tehlike olmakta, toplumun en küçük birimi olan aile içerisinde gerçekleşen şiddetin yol açtığı ve açacağı zararlar toplum bünyesinde derin ve kalıcı izler bırakmaktadır. Aile içi şiddetin zararları sadece toplum açısından değil, birey açısından da tehlikeli sonuçlar yaratmaktadır. Aile içi şiddet, sevgi, şefkat ve merhamet göstermesi gereken bir kişi tarafından uygulandığından, şiddete maruz kalan aile bireyinin ruhi yapısında hayatı boyunca silinmesi zor izler bırakmaktadır. Aile içi şiddet olaylarına daha çok anne ve çocukların maruz kaldığı yapılan araştırmalar sonucunda ortaya çıkmaktadır. 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 yer almaktadır. Bu itibarla Anayasanın 41. Maddesinde yer alan "Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar" hükmü de göz önüne alınarak aile içi şiddetten mağdur olan kadını koruyucu yasal tedbirlerin alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bu amaçla hazırlanan "Ailenin Korunmasına Dair Kanun Tasarısıyla", ABD, Avustralya, Yeni Zelanda, İngiltere, İrlanda ve Norveç gibi ülkelerde uygulanan, şiddete uğrama ihtimali bulunan kadınların mahkemelere başvurarak koruma emri alabilmelerini sağlayacak hükümler Türk Hukuk sistemine dahil edilmektedir.“ Bkz. 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, T.C. Devlet Bakanlığı.

⁴³⁴ Ayan, s. 300.

⁴³⁵ Ayan, s. 301.

⁴³⁶ Genel kural bir yasal düzenlemenin, ait olduğu hukuk dalına özgü esasları içermesi ve farklı hukuk dallarına ait olan esasların ise ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması yolundadır. Bu prensip, farklı disiplinlere dâhil hukuk dallarında ise öncelik ve özellikler uygulama alanı bulur. İstisnai olarak bazı özel hukuk düzenlemelerinde cezai hükümlere rastlanırsa da (Örneğin Ticaret Kanunu’nda haksız rekabete ilişkin cezai mesuliyeti düzenleyen TTK 64.md. gibi) alışılmış yöntem cezai müeyyidelerin ayrı bir kanun ile düzenlenmesi şeklindedir. Örneğin, kişilik hakkı ihlali sayılan pek çok fiilin Türk Ceza Kanunu ile suç sayılmış olması gibi. Oysa 4320 sayılı Kanuna bakıldığında bir istisnai yasalastırma tekniğinin benimsendiği görülür. Bu suretle Medeni Hukuka ilişkin bir müessese olarak

4320 sayılı Kanun, sadece aile içi şiddet söz konusu olduğunda, hâkime, evlilik birliğine müdahale olanağı vermektedir. Evlilik birliğinin aile içi şiddet dışında bir nedenle tehlikeye girmesi durumunda, ilk bölümde açıkladığımız üzere Medeni Kanun'un 195 ve devamı maddelerine göre, koruyucu tedbirler alınacaktır. Bu nedenle, 4320 sayılı Kanun, Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri yanında, aile içi şiddet durumunda uygulanabilen özel bir kanundur.⁴³⁷

Aile içi şiddet kavramı, yasal bağlamda ilk kez bu kanunda açıkça düzenlenmiştir. Bu kanunun özellikle kadın ve çocukların şiddete karşı korunması konusunda bir reform niteliği taşıdığı, getirmiş olduğu yeniliklerle aile içi şiddeti büyük ölçüde azaltacağı ümit edilmektedir.⁴³⁸

A. AİLE İÇİ ŞİDDET

1. KAVRAM

Aynı çatı altında yaşayan bireylerden birine karşı, diğer aile bireylerinden birinin şiddet uygulamasına aile içi şiddet denilmektedir.⁴³⁹ Daha geniş bir anlatımla kendini aile olarak tanımlamış bir grup içerisinde, zorlamak, aşağılamak, cezalandırmak, güç göstermek, öfke veya gerginlik boşaltmak amacıyla bir bireyden diğerine yöneltilen her türlü şiddet davranışı, aile içi şiddet olarak kabul edilir.⁴⁴⁰

hükmolunan tedbirlere aykırılık hallerine suç olma özelliği kazandıran ve ceza uygulayan kanun koyucu, hukuk mahkemesince verilecek bir karara dayanarak ceza verilmesi olanağı tanımıştır. Yani bu Kanun ile Medeni Hukuka ait bir müessesenin maddi şartları, Ceza Hukuku açısından oluşturulan bir suçun da maddi unsurlarını oluşturmuştur. Şu halde BK 53. md. uyarınca Ceza Mahkemesinin (kusur, temyiz kudretinin tayini, mahkûmiyet veya beraat kararı ile zarar miktarının tayini konularındaki) kararı ile Medeni ve Borçlar Kanunu hükümlerini uygulayan Hukuk Mahkemelerinin bağlı olmadığı kabul olunmasına rağmen, 4320 sayılı Kanunun 1.maddesi ile cezai mesuliyeti düzenleyen 2. madde arasında bir doğru bağlantı kurulmak suretiyle Ceza Hâkimi, Hukuk Hâkimi kararı ile bağlı kılınmıştır. Bkz. Güven, s. 17.

⁴³⁷ Ayan, s. 301.

⁴³⁸ Ceylan, İlhami: Ceza Hukukunda Aile ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s. 102.

⁴³⁹ "Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması", <http://bianet.org/cocuk/kadin/52371-aile-ici-siddet-ve-ailenin-korunmasi> 01.02.2010.

⁴⁴⁰ Çadircioğlu, Sıla: Hukuksal Açından Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun İzmir Mahkemelerindeki Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2002, s. 21.

Aile içi şiddeti, diğer şiddetlerden ayıran en önemli özellik aile içi şiddetin devamlılık eğiliminin son derece yüksek olmasıdır.⁴⁴¹

Aile içi şiddet, temelde bir erkek problemidir. Kadınlarda kocalarına karşı şiddet kullandıklarına ilişkin kanıtlar varsa da, kadına karşı şiddet çok daha sık karşılaşılan bir problemdir. Çünkü genel olarak kadının kocasına karşı kendini savunmak ve dayaktan kaçmak amacıyla şiddet kullanması söz konusu olur. Bu nedenle halkın ve sosyolojinin ilgisinin kadına karşı şiddete yoğunlaştığı görülür. Bunun da nedenleri vardır. Erkeklerin daha tehlikeli ve zarar verici tür şiddet uygulamaya eğilimli olmaları, şiddetin erkekler tarafından daha sık tekrarlanması bu nedenler arasındadır.⁴⁴² Ancak bu demek değildir ki aile içinde erkeğe karşı şiddet uygulanmıyor. Günümüzde erkek sığınma evleri de sayısını artırmaktadır.⁴⁴³

2. AİLE İÇİ ŞİDDETİN ÇEŞİTLERİ

Ailede eşler arasında görülen şiddet çeşitleri dört ayrı kategori de toplanabilir. -Duygusal Şiddet; kişiye bağırma, tehdit etme, hakaret etme, başkaları önünde küçük düşürme, yetersiz fiziksel ve duygusal ilgi, sevgi, sempati anlayış göstermeme, zaaflarıyla alay etme, sosyal hayatını katı kurallarla sınırlama, eşinin çevresiyle iletişimini koparma, duygusal şiddet kapsamında karşımıza çıkmaktadır.⁴⁴⁴

-Ekonomik Şiddet; kadını parasız bırakma, çalışmasına izin verilmemesi, çalışan eşin parasının elinden alınması, ailenin tasarrufları, gelir ve giderleri hakkında bilgi

⁴⁴¹ Vatandaş, Celalettin: Aile ve Şiddet Türkiye’de Eşler Arası Şiddet, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları, Afyon 2003, s. 19.

⁴⁴² İçli, Tülin Günşen: “Aile İçi Şiddet: Ankara-İstanbul ve İzmir Örneği”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, Aralık 1994, s. 7; Aktaş, Aliye Mavili: Aile İçi Şiddet ve Önleme Yolları, Somgür Eğitim Hizmetleri Yayıncılık Ticaret Limited Şirketi, Ankara 1997, s. 1.

⁴⁴³ Kadınlara fiziksel, erkekler ise psikolojik şiddete uğruyor. Erkekler arasında da fiziksel şiddete uğrayanlar var. Ancak kadınlara oranla bu sayı çok az. Erkek sığınma evine sığınan erkekler, eşleri tarafından horlandığı için bu duruma daha fazla dayanamayıp evlerinden uzaklaşıyor. ‘Yine mi iş bulamadın?’, ‘Sen ne biçim erkeksin!’, ‘Milletin kocaları eşlerine her şey alıyor’ gibi ekonomik doyumsuzluğa işaret eden ifadeler yuva yıkımına neden oluyor. Şiddetin erkek ve kadın diye bir ayırım yapmamaktadır. Bkz. “Kadınlar fiziksel, erkekler psikolojik baskı görüyor” <http://www.tumgazeteler.com/?a=4296912>, 02.02.2010. Ayrıca Bkz. <http://www.tumgazeteler.com/haberleri/erkek-siginma-evi/>, 02.02.2010.

⁴⁴⁴ Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları, s. 7; (Aile İçi Şiddet); Vatandaş, s. 23; Aktaş, s. 6; Uçar, M.A., s. 81.

vermeme, gelir sağlamak üzere çalıştırılmaya zorlanması gibi eylemler ekonomik şiddettir.⁴⁴⁵

-Fiziksel Şiddet, dövme, tokat atma, itme, ısırma, özel eşyalarına zarar verme, vücudunda sigara söndürme, sağlık hizmetlerinden yaralanmasına engel olma, hırpalama gibi durumlar da fiziksel şiddet olarak karşımıza çıkmaktadır.⁴⁴⁶

-Cinsel Şiddet, eşin istemediği cinsel ilişkiye zorlanması, çocuk doğurmaya yada doğurmamaya zorlama, fuhuşa zorlamak cinsel şiddettir.⁴⁴⁷

B. AİLE İÇİ ŞİDDET DURUMUNDA EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMA YOLLARI

1. 4320 SAYILI KANUNUN UYGULANMA ŞARTLARI

a. Fıli Şart

Kanun, 1/I maddesinde belirttiği üzere, 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 kaldığının bildirilmesi durumunda uygulanır.

4320 sayılı Kanun'un genel gerekçesine göre, aile şiddet, "aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı" şeklinde olabilir.⁴⁴⁸

⁴⁴⁵ (Şiddetle Mücadele, s. 8); (Aile İçi Şiddet); Vatandaş, s. 24; Uçar, M.A., s. 82.

⁴⁴⁶ (Şiddetle Mücadele, s. 7); Vatandaş, s. 28; Aktaş, s. 5; Uçar, M.A., s. 84.

⁴⁴⁷ (Şiddetle Mücadele, s. 7); (Aile İçi Şiddet); Vatandaş, s. 25,26; Aktaş, s. 5; Uçar, M.A., s. 83.

⁴⁴⁸ 4320 Sayılı Kanun ekonomik şiddetten söz etmemiş fakat bunun önlemine yer vermiştir. Şiddeti uygulayan eş aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise hâkim bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurularak daha önce Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması şartıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına hükmedebilir. Bu kural aile içi ekonomik şiddetin, aileye vereceği zararları en azından geçici bir süre için ve bir ölçüde giderici niteliktedir. Bkz, Doğan, İzzet: "Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa Ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme" İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 3, 2008, s. 1225.

gerçekleşmemekle birlikte, gerçekleşme olasılığı varsa, söz konusu Kanun hükümleri uygulanamaz.⁴⁵²

Şiddete yönelik davranışın ciddi bir nitelik taşıması da gereklidir. Örneğin tokat veya yumruk atma, bıçakla yaralama gibi davranışlar ciddi olarak nitelenebilir. Ancak, şiddetin ciddi olması aranırken, davranışın ağır sonuçlar doğuracak nitelikte olması aranmamalıdır. Çünkü 4320 sayılı Kanun'un uygulanabilmesi için şiddet olayının Ceza Hukuku bakımından ayrı bir suç teşkil etmesi zorunlu değildir.⁴⁵³

b. Aile İçi Şiddet Davranışının Faili

4320 sayılı Kanun, sadece *aile içi şiddet uygulayan eş veya diğer aile bireyi* hakkında uygulanabilir.⁴⁵⁴ Kanun ilk düzenlendiği haliyle, sadece aile içi şiddet uygulayan eş hakkında uygulanıyordu.⁴⁵⁵ 5636 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikle aile içi şiddet uygulayan eşin yanında şiddet uygulayan diğer aile bireyleri hakkında da uygulanacağı hükme bağlanmıştır.⁴⁵⁶

⁴⁵² Zira 4320 sayılı Kanun'da, açıkça aile içi şiddete maruz kalma şartı aranmaktadır. Fakat tehdit, hakaret ve korkutma gibi davranışlarda aile içi şiddet sayılabileceği için, bunlarda kanun kapsamında değerlendirilmelidir. Bu nedenle, tehdit, hakaret veya korkutma gibi bir davranışta bulunulması, fakat diğer eşe herhangi bir zarar verilmemiş olması, aynı kanunun uygulanmasını engellemez. Çünkü bu tür davranışlar da şiddet olarak nitelendirilmektedir. Ayan, s. 309; Balo, s. 31.

⁴⁵³ Ayan, s. 309.

⁴⁵⁴ 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinde, bu kanunda öngörülen önlemlerin sadece kusurlu eş veya diğer aile bireyleri hakkında uygulanacağı belirtilmiştir.

⁴⁵⁵ 4320 sayılı Kanun'un uygulanması bakımından aile içi şiddet failinin failinin eş dışında başka bir aile bireyinin de olabileceği 5636 sayılı kanun ile yapılan değişiklik ile kabul edilmiştir. Değişiklikten önceki metinde, kanunda öngörülen tedbirlerin ancak eşlerden biri aleyhine alınabileceği hükme bağlanmıştı. Dolayısıyla, herhangi bir aile bireyinin eşlerden biri dışında kalan bir aile bireyi tarafından (evin büyük oğlunun kardeşlerine veya ana-babasından birine, eşlerden birinin ana-babasının diğer eşe şiddet uygulamasında olduğu gibi) uygulanan şiddetin mağduru olması halinde 4320 sayılı Kanun'un uygulanması mümkün olmamakta idi. Bu durum, kanunun uygulanabilirliği ile aile içi şiddeti, "Aile içinde bir bireyin diğer bir bireye yönelik fiziki, sözel ve duygusal kötü davranışı" olarak tanımlayan genel gerekçe arasında bir çelişki doğmasına sebep olmaktaydı. Kanun koyucu, yaptığı en son değişiklik ile, eş dışında kalan aile bireylerinden biri tarafından aile içi şiddete başvurulması halinde de 4320 sayılı Kanun'un uygulanmasını olanaklı hale getirmiştir. Böylelikle, kanunda yapılan değişikliğin temel gayesi olan kanunun uygulama sahasının genişletilmesi yolunda önemli bir adım atılmış olmaktadır. Bkz. Ardahan, s. 106-107.

⁴⁵⁶ Bu değişiklik, 5636 sayılı Kanun'un gerekçesinde şöyle belirtilmiştir. " Ülkemizde aile içinde, eşler arasında veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri arasında da şiddetin varlığı bilinen bir gerçektir. Bu durumda şiddet olgusunu geniş yorumlayarak aile içi şiddeti sadece eşler arası şiddet olarak algılamamak gereği ortaya çıkmıştır. Ayrıca, 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. Kanununun 1 inci maddesinin birinci fıkrasından farklı olmak üzere ikinci fıkrasında "eş" ifadesinin kullanılmasının, geçen süre zarfında

Aile içi şiddet uygulayan eş kavramının ne olduğu konusunda, 4320 sayılı Kanun'da bir açıklık bulunmamaktadır. Bu durum da resmi olmayan birliktelikler, özellikle imam nikâhlı eşlerin bu Kanunun uygulanmasına tabi olup olmayacakları tartışmalıdır. Bir kısım görüşe göre⁴⁵⁷, 4320 sayılı Kanun'daki eş kavramı dar yorumlanmalı, resmi olmayan fiili birliktelikler de meydana gelen şiddet olaylarında bu Kanun hükümleri uygulanmamalıdır. Diğer görüşe göre ise⁴⁵⁸, eş kavramının yorumu geniş yapılmalı ve evlendirmeye yetkili memur önünde yapılmayan ve bu nedenle Medeni Kanun'a göre evlenme olarak nitelendirilmeyen birlikteliklerdeki şiddet olaylarında da uygulama alanı bulmalıdır. Kanımızca, eş kavramı geniş yorumlanmalıdır. Çünkü Kanun'un düzenleniş amacı aile içi şiddeti önlemektir. Bu itibarla resmi olmayan birlikteliklerde de (örneğin imam nikâhlı olarak yaşama, boşanan eşlerin fiilen bir arada yaşaması gibi durumlarda da) şiddet uygulanması halinde 4320 sayılı Kanun uygulanmalıdır.

c. Aile İçi Şiddet Davranışının Mağduru

4320 sayılı Kanun, *eşlerden birine veya çocuklarına veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birine veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birine* aile içi şiddete içeren davranışlarda bulunulması durumunda uygulanır. 4320 sayılı Kanun ilk düzenlendiği haliyle, sadece eşlerden birine veya çocuklarına veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine şiddet uygulanması durumunda uygulanıyordu. 5636 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikle, aile içi şiddet

uygulamada, olayın tarafları konusunda kavram karışıklığı yarattığı görülmüştür. Söz konusu karışıklığı ortadan kaldırmak amacıyla "kusurlu eş" ifadesi yerine "Kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin ifadesinin kullanılması uygun bulunmuştur".

⁴⁵⁷ 4320 sayılı Kanun'da bu kanunun fiili birlikteliklerde veya birlikte yaşayanlar hakkında uygulanabileceğine dair açık bir hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla Kanun'da kullanılan eş teriminin yorumlanması ve kapsamının tespitinde, Medeni Kanun ilkelerinden hareket etmek gereklidir. Bu şekilde yapılan dar yorum ile 4320 sayılı Kanun'un sadece resmi memur huzurunda vücut bulan geçerli evlenmeler sonucunda oluşan "aile" içinde meydana gelen olaylarda uygulanacağı sonucuna ulaşılmaktadır. İmam nikâhlı olmanın suç teşkil ettiği düşünülürse, 4320 sayılı Kanun'da öngörülen aile kavramının, hukuken geçerli evliliklerin dışında kalan fiili birliktelikleri dışarıda bırakacak şekilde dar yorumlanmasında kamu düzeni bakımından da fayda vardır. Zira aksi yönde bir uygulama gayri hukuki bir müesseseye meşruiyet kazandırmak anlamına gelebilir. Bkz. Ardahan, s. 108. Benzer görüş için bkz. Uluğ, s.455.

⁴⁵⁸ Ayan, s. 310. Benzer görüş için bkz. Öztürk, s. 266.

mağdurunun kapsamı, eşlerin yanında, çocukları ve birlikte yaşayan büyükanne, büyükbaba, kardeş veya diğer aile bireylerini de içerecek biçimde genişletilmiştir.⁴⁵⁹

Aile içi şiddet davranışının mağduru olan eş veya çocukların, şiddet uygulayan eş ile aynı çatı altında yaşaması zorunlu değildir. Ancak diğer aile bireyleri hakkında bu Kanun'un uygulanabilmesi için aynı çatı altında yaşama şartı⁴⁶⁰ gerekir. Örneğin eşlerden birinin, kayınvalide veya kayınbabasına karşı şiddet içeren davranışı ancak aynı çatı altında yaşadıkları takdirde, bu Kanun hükümlerine tabi olur.

Şiddete maruz kalan çocuklar kavramına, evlatlık edinilen çocuklar ve eşlerden birinin üvey çocuklar da girer. Yine Kanun'da kullanılan çocuk kavramını, 18 yaşını doldurmamış kişiler olarak algılamamak gerekir. 18 yaşını doldurmuş çocukların da aile içi şiddete maruz kalmaları durumunda bu Kanun hükümleri uygulanabilir.⁴⁶¹

d. Aile İçi Şiddet Davranışının Bildirilmesi

Aile Mahkemesi Hâkiminin, 4320 sayılı Kanun gereğince tedbir alabilmesi için, şiddete maruz kalan 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 bu şiddet olayını *kendilerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirmesi* gerekir.⁴⁶² Aile mahkemesi hâkiminin, aile içi şiddet

⁴⁵⁹ Karınca, Eray: "Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler", http://www.turkhukusitesi.com/makale_825.htm, 17.01.2010, Doğan, İ. (Ailenin Korunması) Bu değişiklik, 5636 sayılı Kanun'un gerekçesinde şöyle belirtilmiştir. "Ülkemizde aile içinde, eşler arasında veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri arasında da şiddetin varlığı bilinen bir gerçektir. Bu durumda şiddet olgusunu geniş yorumlayarak aile içi şiddeti sadece eşler arası şiddet olarak algılamamak gereği ortaya çıkmıştır. Ayrıca, 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 gerekmektedir."

⁴⁶⁰ Aynı çatı altında yaşama, kavramından birlikte yaşamamanın sürekli bir nitelik taşınması sonucuna varılmalıdır. Bkz. Ömer Lütfi: "Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Göre Verilen Kararların İcrası", Yargıtay Dergisi, Cilt:26 Sayı 4, Ekim 2000, s. 650.

⁴⁶¹ Ayan, s. 312-313.

⁴⁶² 4320 sayılı Kanun'da aranan şart, Medeni Kanun'daki evlilik birliğini koruyucu tedbirlerden farklı olarak "talep" değil "bildirim"dir. Bkz. Ardahan, s. 113.

olayını herhangi bir şekilde öğrenmesi durumunda, kendiliğinden önlem alma yetkisi yoktur.⁴⁶³

4320 sayılı Kanun, Medeni Kanun'un evlilik birliğine korunmasına ilişkin tedbirlerden farklı olarak, Cumhuriyet Başsavcılığına da bildirimde bulunma yetkisi tanımıştır. Cumhuriyet Başsavcılığının aile içi şiddetten haberdar olması iki şekilde mümkündür. İlki, aile içi şiddete maruz kalan kişi, Aile mahkemesi hâkimine başvurabileceği gibi, davranışın ceza hukuku yönünden soruşturulması için Cumhuriyet Başsavcılığına da başvurabilir.⁴⁶⁴ Bu durumda Cumhuriyet Başsavcılığı, Aile mahkemesi hâkiminden gerekli tedbirlerin alınmasını talep eder. Diğeri ise, Cumhuriyet Başsavcılığının, kolluk kuvvetleri aracılığıyla haberdar olması durumudur.⁴⁶⁵ Bu durumda da, Cumhuriyet Başsavcılığı⁴⁶⁶, ceza soruşturması işlemlerini yürütmekle birlikte, gerekli tedbirlerin alınmasını aile mahkemesi hâkiminden talep edecektir.⁴⁶⁷

2. 4320 SAYILI KANUNUN UYGULANMA USULÜ

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrasına göre, bu Kanun kapsamındaki başvurular ve verilen kararın infazı için yapılan icraî işlemler harca

⁴⁶³ Ayan, s. 313; Ardahan, s. 113; Balo, s. 23.

⁴⁶⁴ Balo, s. 26.

⁴⁶⁵ Kolluk kuvvetleri tarafından öğrenilen aile içi şiddet olayları, eylem ceza hukuku bakımından suç olmasa bile örneğin kadını parasız bırakma, Cumhuriyet Başsavcılığına, bu durum bildirilecektir.

⁴⁶⁶ Bu konuda, Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğünce, 01.01.2006 tarih ve 35 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Uygulanması hakkındaki genelgeyi çıkararak Cumhuriyet Başsavcılıklarına gönderilmiştir. Söz konusu genelgede; *"Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamında, Cumhuriyet savcıları tarafından aile içi şiddete maruz kalındığının öğrenilmesi hâlinde, bu konuda herhangi bir şikâyet de gerekmediğinden derhal soruşturmaya geçilmesi, ayrıca koruma kararı alınması için ivedilikle aile mahkemesi hâkimine bildirimde bulunulması, Mahkeme tarafından tedbirleri içeren koruma kararının verilmesi durumunda, kararın kanunun amacına uygun olarak infazının sağlanabilmesi için kolluk birimleriyle sıkı işbirliği kurulması, Mahkemece verilen koruma kararına uymayanlar hakkında kanunî işlemlerin yerine getirilmesi gerektiği,"* bildirilmiştir. <http://www.cigm.adalet.gov.tr/genelgelerimiz/genelgeler.html> 27.02.2010.

⁴⁶⁷ Balo, s. 26. Buna rağmen, uygulamada, kolluk kendisine yansıyan aile içi şiddet olaylarını yargıya intikal ettirme konusunda istekli davranmamaktadır. Ülkemizde, kolluk kuvvetlerinin konuya duyarlılığını artırmak amacıyla çeşitli düzenlemeler yapılmış bulunmaktadır. Bu konuda atılan en önemli adımlardan biri, Emniyet Genel Müdürlüğü'nün 25.7.2000 tarihli ve 169 sayılı genelgesidir. Genelgede, *"Bir kişinin bizzat kendisinin veya çocuklarının veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kaldığı için kolluk kuvvetlerine başvuruda bulunulması durumunda yasalar çerçevesinde gerekli tüm işlemler yapılacak, bu hususta mağdurların mağduriyetlerinin devamına veya artmasına sebebiyet verecek inisiyatif kullanılmayacaktır."* denilerek polisin yapılması gerekeni yapması ve yetkisini aşarak eşleri barıştırmaya veya uzlaştırmaya çalışmaması talimatı verilmiştir. Bkz. Ardahan, s. 115-116.

tâbi değildir. 4320 sayılı Kanun, ilk düzenlendiği haliyle, sadece başvuruları harca tabi kılmamıştı.⁴⁶⁸ 5636 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikle, artık sadece başvurular değil, verilen kararların infazı da harca tabi değildir.⁴⁶⁹

Aile içi şiddet olayının, aile mahkemesi hâkimliğine bildirilmesi üzerine, yargılama süreci başlar. Tedbir alınmasına ilişkin yargılama usulü, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde şu şekilde açıklanmıştır. “*Sulh (Aile) Mahkemesi, mağdurların tekrar şiddete uğrama ihtimalini göz önüne alarak başvurunun hemen ardından tanık ya da karşı tarafın dinlenmesine gerek olmadan bu kararı verebilecektir.*” Görüldüğü gibi aile mahkemesi hâkimi, mağdurların veya Cumhuriyet Başsavcılığının bildirimini üzerine, tanık veya karşı tarafın dinlenilmesine gerek olmadan derhal gerekli tüm tedbirleri hükmedecektir.⁴⁷⁰ Aile mahkemesi hâkimi, duruşma açmadan dosya üzerinden karar verecektir.⁴⁷¹

Aile mahkemesi hâkimi, öncelikle Kanun'un uygulanma şartlarının oluşup oluşmadığını incelemeli, bu şartların oluştuğuna kanaat getirirse, Kanun'da öngörülen tedbirleri almalıdır.⁴⁷²

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin gerekçesinde belirtildiği üzere, şiddete uğrayan mağdurların şiddete uğrama ihtimalini kanıtlama yükümlülüğü bulunmamaktadır.⁴⁷³

⁴⁶⁸ Aile Mahkemesince verilen kararların infazı için yapılacak işlemler genel hükümler gereği harca tabiydi. Örneğin, AKDK kapsamında alınan tedbirin yanında nafakaya da hükmedildiği hallerde, nafakanın tahsili için icra müdürlüklerine başvurulup gerekli harçların ödenmesi gerekli idi. Bkz. Ardahan, s. 117, dn. 459.

⁴⁶⁹ Bu değişiklik, 5636 sayılı Kanun'un gerekçesinde şöyle belirtilmiştir. “*4320 sayılı Kanunun 1 inci maddesinde yer alan, bu maddenin birinci fıkraya hükmüne göre yapılan başvuruların harca tabi olmayacağı hükmü, bu Kanun kapsamındaki başvurular ve verilen kararların infazı için yapılan icrai işlemlerin harca tabi olmayacağı şeklinde düzenlenmiştir. Kanun özellikle kadın ve çocukların koruma altına alma ve bu sebeple şiddete maruz kalmış kişilere yargı işlemlerinde mali külfet getirmeme amacını taşımaktadır. Söz konusu amaç doğrultusunda başvurunun harca tabi olmaması uygulamasına uyacak şekilde, hükmedilen tedbirlerin icraya konulması aşamasında da harç alınmaması hususunun Kanunda ayrıca belirtilmesine ihtiyaç duyulmuştur.*”

⁴⁷⁰ Ayan, s. 316.

⁴⁷¹ Balo, s. 24; Ruhi, Ahmet Cemal: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 1-2, Erzincan 2004, s. 599.

⁴⁷² Ayan, s. 316.

⁴⁷³ 4320 Sayılı Kanun'un amacı, aile içerisindeki bireylerin birbirlerine yönelik fiziki, sözel ve duygusal şiddeti derhal önlemek olduğundan, 4320 sayılı Kanun kapsamında açılacak davalardaki

3. 4320 SAYILI KANUN'DA ÖNGÖRÜLEN TEDBİRLER

a. Genel Olarak

4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1.fikrasına göre, Aile mahkemesi hâkimi, Türk Medenî Kanunu'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak, meselenin mahiyetini göz önünde bulundurarak re'sen aynı maddenin 2. fıkrasında sayılan tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başka tedbirlere başvurabilir.

4320 sayılı Kanun'da sayılan bu tedbirler sınırlı olarak sayılmamıştır. Kanun, alınacak tedbirler konusunda hâkime, geniş bir takdir hakkı vermiştir.⁴⁷⁴ Aile mahkemesi hâkimi, somut olayın özelliklerine göre, 4320 sayılı Kanun'da sayılan tedbirlerden sadece birine veya birkaçına yahut kendince uygun göreceği başka bir tedbire başvurabilir. Bu takdir yetkisine dayanarak hâkim, çocuklarının üzerinde şiddet uygulayan anne veya babanın psikolojik kontrolü veya alkol kullanan aile bireyinin alkol bağımlısı olup olmadığının tespiti, eğer alkol bağımlısı ise tedavisinin yapılması için hastaneye gönderilmesi, tacize uğrayan çocukların yurtlara veya uygun görülen yakınlarına verilmesi gibi tedbirlere de karar verebilir.⁴⁷⁵

Kanun koyucu alınacak tedbirleri sınırlamamak ile birlikte, bu tedbirlerin alınabileceği süreyi sınırlama yoluna gitmiştir. 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasıyla, söz konusu tedbirlerde öngörülen sürenin altı ayı geçemeyeceğini belirtmiştir.⁴⁷⁶

b. Tedbirler

aa. Şiddete veya Korkuya Yönelik Söz ve Davranışlarda Bulunmaması Konusunda Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Uyarılması

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre, aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik söz ve

ispat ölçüsünü, diğer davalarda olduğu gibi tam ispat seviyesine yükseltmek meselenin mahiyetine uygun düşmez. Bkz. Ardahan, s. 118, Uçar, M. A. s. 153.

⁴⁷⁴ Ayan, s. 322.

⁴⁷⁵ 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, T. C. Devlet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1999, s. 23; Peker, s. 650.

⁴⁷⁶ Bu altı aylık süre, kararın kusurlu eşe tebliğ veya tefhimiyle başlar. Kusurlu eş veya diğer aile bireyinin, koruma kararı tebliğ edilmeden bu karardan haberdar olması düşünülemeyeceği için kararın etkili olduğu süre tebliğ veya tefhimle birlikte başlamalıdır. Ayan, s. 322-323.

davranışlarda bulunmaması konusunda kusurlu eşi veya diğer aile bireyini uyarır. Örneğin eşini döven, fiziksel veya manevi işkenceye maruz bırakan, bir yere kapatan ya da tehdit edip korkutan eşi, hâkim, bu davranışlara son vermesi konusunda uyarır.⁴⁷⁷

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, eş zamanlı olarak uyarının yanı sıra başka bir tedbirin alınmasına da karar verebilir. Yani, uyarı diğer tedbirlerin alınması için bir önşart değildir.⁴⁷⁸

bb. Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin, Diğer Eş ve Diğer Aile Bireylerinin Ev veya İşyerlerinden Uzaklaştırılması

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, 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 yaklaşmamasına karar verebilir.⁴⁷⁹ Bu bentte sözü geçen "müşterek ev"den kasıt mutlaka aile konutu olarak birlikte oturulan, ortak yerleşim yeri olarak kullanılan ev değildir. Kusurlu eşin uzaklaştırılacağı müşterek konut, birlikte ortak yerleşim yeri olarak kullanılan konut olabileceği gibi, öyle olmayan ancak ailenin belli bir amaçla belirli bir süre ortaklaşa kullandığı başka bir konut da olabilir. Örneğin aile içi şiddet olayı, ailenin tatilini birlikte geçirdiği bir yazlık evde veya bağ ya da yayla evinde gerçekleşmişse ve ailenin diğer bireyleri bir süre daha orada kalmayı planlıyorsa, tedbir kararı aile konutu sayılmayan bu konut için de verilebilir.⁴⁸⁰

⁴⁷⁷ Zevkiler-Havutçu-Gürpınar, s. 301.

⁴⁷⁸ Ardahan, s. 126.

⁴⁷⁹ Bu tedbirin uygulanması, 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. (Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanmasına Dair Yönetmelik, madde 8/II)

⁴⁸⁰ Zevkiler-Havutçu-Gürpınar, s. 301-302. Uçar, M. A. s. 157.

Diğer yandan, tedbir kararına konu edilen konutun, kusurlu eşin tek başına veya birlikte mülkiyeti altında olması ya da bu konuta ilişkin kira sözleşmesinin kusurlu eş tarafından yapılmış olması, tedbir kararı alınmasına engel teşkil etmez.⁴⁸¹

Haklarında ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşayan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan eşlerden birinin, aile içi şiddete maruz kalması halinde, şiddet uygulayan eşin, bu tedbir kapsamında uzaklaştırılabileceği bir müşterek evden bahsetmek mümkün değildir. Bu durumda da, şiddet uygulayan eş, diğer eş veya aile bireyinin ayrı oturmakta olduğu eve veya işyerine, gerektiğinde çocukların okuluna yaklaşmaması konusunda uyarılacaktır.⁴⁸²

Kusurlu eş veya diğer aile bireyi, tedbir kararının öngörüldüğü süre içerisinde, anılan yerlere yaklaşması durumunda, 4320 sayılı Kanun'da düzenlenen cezai yaptırıma maruz kalır. Tedbir kararına aykırı davranıldığı ve kusurlu eş veya diğer aile bireyinin anılan yerlere yaklaştığının kabul edilebilmesi için, yaklaşma kavramının somutlaştırılması gerekir. Yaklaşma kavramının her somut olay içi ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Ancak, genel olarak, ortak konut, işyeri veya okulun yakınlarına giderek, diğer eş ve aile bireyleri üzerinde psikolojik baskı oluşturabilecek bir mesafeye kadar yaklaşılması, kararın ihlali niteliğinde sayılmalıdır.⁴⁸³

cc. Aile Bireylerine Ait Eşyalara Zarar Vermemesi Konusunda Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Uyarılması

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine göre, aile bireylerine ait eşyalara zarar vermemesi konusunda kusurlu eş veya diğer aile bireyini uyarır. Örneğin kusurlu eş, diğer aile bireylerinin ellerinden eşyaları zorla alıyorsa, ya da tahrip edip kırıyorsa, bu tür davranışları ileride tekrarlama ihtimali varsa hâkim tarafından bu tedbire başvurulabilir.⁴⁸⁴ Ailenin ortak kullanımına tahsis edilmiş bir eşya söz konusuysa, bu eşyanın mülkiyetinin kime ait olduğu önemli değildir.⁴⁸⁵ Eşyadan kast edilen taşınır ve taşınma mallardır.⁴⁸⁶

⁴⁸¹ Zevkiler-Havutçu-Gürpınar, s. 302; Uluğ, s. 445.

⁴⁸² Zevkiler-Havutçu-Gürpınar, s. 302.

⁴⁸³ Ayan, s. 327.

⁴⁸⁴ Zevkiler-Havutçu-Gürpınar, s. 303. Uçar, M. A. s. 157.

⁴⁸⁵ Ayan, s. 327; Güven, s. 22; Uçar, M. A. s. 157; Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 540.

⁴⁸⁶ Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 540; Balo, s. 28.

Eşyanın mutlaka maddi ve ekonomik değerinin olması gerekmez, manevi değerinin de olması yeterlidir.⁴⁸⁷

dd. Aile Bireylerini İletişim Araçlarıyla Rahatsız Etmemesi Konusunda Kusurlu Eş veya Aile Bireyinin Uyarılması

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının (ç) bendine göre, aile bireylerini iletişim araçlarıyla rahatsız etmemesi konusunda kusurlu eş veya diğer aile bireyini uyarır. Bu tedbire, çoğunlukla, kusurlu eş veya aile bireyinin, müşterek evden uzaklaştırılmasıyla karar verilir.⁴⁸⁸ Rahatsız edici hareketlerden maksat aile bireylerinin huzur ve sükûnunu bozucu kişide üzüntü, sıkıntı ve tedirginliğe sebebiyet verecek hareketlerdir. İletişim vasıtalarından maksat ise her türlü işitsel ve görsel iletişim araçlarıdır. Radyo, televizyon, video bantları, telefon, telgraf, faks, mektup, kart, elektronik mektup vb. iletişim araçlarıyla yapılacak bütün rahatsız edici davranışlar, bu uyarının ihlal edilmesi anlamına gelir.⁴⁸⁹ Söz konusu tedbir, iletişim araçları ile rahatsız etmemeye ilişkin olduğu için, aleyhine tedbire hükmedilen eşin rahatsız edici olmayan şekilde diğer aile bireyleri ile iletişim kurmasına olanak sağlanması tedbirin amacına daha uygun bir sonuç doğurur.⁴⁹⁰

ee. Kusurlu Eş veya Diğer Aile Bireyinden Silah ve Benzeri Araçlarını Genel Kolluk Kuvvetlerine Teslim Etmesinin İstenmesi

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendine göre, kusurlu eş veya diğer aile bireyinden, varsa silah veya benzeri araçlarını genel kolluk kuvvetlerine teslim etmesine karar verebilir. Silahlı olan eşin, eşi başta olmak üzere diğer aile bireylerine zarar vermesi ihtimali karşısında

⁴⁸⁷ Hacıoğlu, Burhan Caner: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'la İhdas Edilen Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a Muhalefet Suçu Üzerine Bir İnceleme", A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı 1, s. 43.

⁴⁸⁸ Ayan, s. 328; Uluğ, s. 447.

⁴⁸⁹ Hacıoğlu, s. 43; Ayan, s.328; Uçar, M. A. s. 158; Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 541. Örneğin, eşine her gün attığı kart ile hakaret eden, sürekli olarak telefonla rahatsız eden, yönettiği veya katıldığı televizyon veya radyo programında eşine sataşan, faksa mesaj gönderen kimse, hakkında tedbir kararı verilmelidir. Bkz. Güven, s. 23.

⁴⁹⁰ Ardahan, s. 130; Ayan, s. 328.

öngörülen bu tedbir, sadece gerçekleşen değil gerçekleşebilecek bir zararı önleme amacı taşıdığından, tedbir kavramıyla tam örtüşmektedir.⁴⁹¹

Bu tedbirin, diğer tedbirlere farklı bir yönü vardır. Çünkü silah teslimi bir kez yerine getirilmekle ortadan kalkan bir yükümlülüktür. Bu yükümlülüğün altı aylık sürenin herhangi bir anında yerine getirilmesi uyarıya uygun davranıldığı anlamına gelmez. Bu nedenle hâkim, altı aylık süre içinde etkili olacak bu uyarı ile birlikte, belirlediği uygun bir süre içinde örneğin bir hafta, silahını kolluk kuvvetlerine teslim etmesi ve altı ay boyunca almaması hususlarına da yer vermelidir.⁴⁹²

ff. Kusurlu Eş veya Diğer Aile Bireyinin, Alkollü veya Uyuşturucu Herhangi Bir Madde Kullanılmış Olarak Şiddet Mağdurunun Yaşamakta Olduğu Konuta veya İşyerine Gelmemesi veya Bu Yerlerde Bu Maddeleri Kullanmaması Konusunda Uyarılması

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının (e) bendine göre, kusurlu eş veya diğer aile bireyini, alkollü veya uyuşturucu madde kullanmış olarak, şiddet mağdurunun yaşamakta olduğu müşterek eve veya işyerine gelmemesi veya bu yerlerde kullanmaması konusunda uyarabilir. Bu Kanun'a göre tedbir alınabilmesi için, uyuşturucu madde veya alkol kullanan eşin, diğer eş veya aile bireylerine şiddet içeren davranışlarda bulunması gerekir. Bu nedenle, aile içi şiddet olayı olmaksızın, bir eşin sürekli alkol alması veya uyuşturucu madde kullanması, hâkimin, 4320 sayılı Kanun, gereğince müdahalesi için yeterli değildir.⁴⁹³ Burada düzenlenen, alkol veya uyuşturucu kullanımının, vesayeti gerektiren ayyaşlık, uyuşturucu bağımlılığı düzeyinde olmasına gerek yoktur.⁴⁹⁴ Bununla birlikte, alkol veya uyuşturucu kullanımının bir kez olması da yeteli değildir. Kusurlu eşin veya diğer aile bireyinin, alkol veya uyuşturucu kullanımını alışkanlık sayılabilecek bir hale getirmesi gereklidir.⁴⁹⁵

⁴⁹¹ Güven, s. 23. Burada belirtilen teslim bir müsadere değildir. Hâkim tarafından öngörülen süre içerisinde önlem niteliğinde bir muhafazadır. Bkz. Ruhi, s. 541.

⁴⁹² Ayan, s. 329-330.

⁴⁹³ Ayan, s. 330.

⁴⁹⁴ Uçar, M. A. s. 158-159; Uluğ, s. 448.

⁴⁹⁵ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 771; Uluğ, s. 448.

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

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasının (f) bendine göre, kusurlu eş veya diğer aile bireyin, bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurmasına karar verebilir.⁴⁹⁶ Şiddet uygulamanın çoğu zaman ruhsal bozukluklar ve alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı gibi sebeplerden kaynaklandığı düşünülünce, sorunu en etkili çözmeye yardım edecek tedbirlerden birisi budur.⁴⁹⁷ Teşhis ve tedavi sonrası bireyin sağlığına kavuşturulması, sadece aile içi şiddeti önlemekle kalmayıp tekrar arzulanan bir aile ortamının yaratılmasına hizmet etmesi yönünden son derece önemlidir. Böylelikle devlet, aile bireylerini aile içi şiddetten koruma ile birlikte Anayasa'nın 41. maddesi ile kendisine yüklenen evlilik birliğinin korunması görevini de yerine getirmiş olur.⁴⁹⁸

hh. Kanun'da Öngörülen Tedbirlere Benzer Tedbirlere Başvurulması

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, yukarıda anlattığımız tedbirlerden birine veya birkaçına başvurabileceği gibi, somut olayın özelliklerine göre, uygun göreceği bunlara benzer başka tedbirlere de karar verebilir. Örneğin, kusurlu eşin işyerindeki amirine veya işverenine durumu haber verme⁴⁹⁹, arabuluculuk ve danışmanlık tedbirine⁵⁰⁰, kusurlu eşin alkol

⁴⁹⁶ Kanun ilk düzenlendiği haliyle, bu husus öngörülen tedbirler arasında sayılmamıştı. 5636 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile yapılan değişiklikte düzenlenmiştir. Bu değişiklik, 5636 sayılı Kanun'un gerekçesinde şöyle belirtilmiştir. "*Aile Mahkemesi Hâkiminin uygun görmesi halinde şiddet uygulayan birey için "Bir sağlık kuruluşuna muayene veya tedavi için başvurması" tedbirine hükmedebileceği öngörülmüştür. Anayasanın "Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler" başlıklı Üçüncü Bölümünün "Ailenin korunması" başlıklı 41 inci maddesinde "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." hükmü bulunmakla; Devlet özellikle ananın ve çocukların korunmasını sağlamakla yükümlü tutulmaktadır. Bu nedenle şiddet uygulayan bireyin herhangi bir rahatsızlığının bulunup bulunmadığı hususunun tespiti ve tedavisi ile uyguladığı veya uygulayacağı şiddetin ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.*"

⁴⁹⁷ Zevkliler-Havutçu-Gürpınar, s. 304.

⁴⁹⁸ Ardahan, s. 133.

⁴⁹⁹ 4320 sayılı Kanun'un Genel Gerekçesinden, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, T.C. Devlet Bakanlığı.

⁵⁰⁰ Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları, s. 31.

kullanımının yaygın olduğu yerlere gitmekten men edilmesi⁵⁰¹, kusurlu eşin kumar veya şans oyunu oynamamasına karar verilebilir.

ii. Tedbir Nafakasına Karar Vermesi

Aile mahkemesi hâkimi, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 4. fıkrasına göre, eğer şiddeti uygulayan eş veya diğer aile bireyi aynı zamanda ailenin geçimini sağlayan yahut katkıda bulunan kişi ise, bu konuda mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak daha önce Türk Medenî Kanunu hükümlerine göre nafakaya hükmedilmemiş olması kaydıyla talep edilmese dahi tedbir nafakasına karar verebilir.

4320 sayılı Kanun, şiddet mağduru kişilerin tedbir kararı sonrasında ekonomik sıkıntı çekmelerini önlemek için, aile hâkiminin tedbir nafakasına karar verebileceğini düzenlemiştir. Özellikle aleyhine tedbire hükmedilen eş veya aile bireyinin, ailenin geçimini birinci derecede sağlayan kişi olması halinde diğer aile bireylerinin geçim sıkıntısı çekmemesi bakımından tedbir nafakasının önemi büyüktür.⁵⁰² Tedbir nafakasının, sadece müşterek evden uzaklaştırma ve evin eş ve varsa çocuklara tahsisi halinde uygulanması mümkün görülecektir. Diğer tedbirlerin hiçbirinde müşterek hayata ara verme olmadığı için tedbir nafakasına karar verilmemelidir.⁵⁰³ 4320 sayılı Kanun'da 5636 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikle, Türk Medeni Kanunu hükümlerine göre nafakaya karar verilmemiş olması halinde, aile hâkimi, nafakaya karar verebilecektir. Bu değişikliğin amacı, 5636 sayılı Kanun'un gerekçesinde belirtildiği üzere mükerrer nafakaya karar verilmesine engel olmaktır. Medeni Kanun'un evlilik birliğini korumaya yönelik tedbirlerinden farklı olarak, aile hâkiminin 4320 sayılı Kanun'a göre nafakaya karar verebilmesi için talep gerekli değildir. Herhangi bir talep olmasa da, somut olayın özelliğine göre hâkim, tedbir nafakasına karar verebilir. Yine hâkimin nafakaya karar verebileceği süre, 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasında belirtilen altı aylık süreye tabidir.

⁵⁰¹ Ardahan, s. 134.

⁵⁰² Ardahan, s. 135.

⁵⁰³ Güven, s. 24; Uçar, M. A. s. 159; Ayan, s. 331.

4. 4320 SAYILI KANUNUN UYGULANMA YÖNÜNDEN GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

4320 sayılı Kanunun uygulanması yönünden görevli mahkeme, 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasıyla değiştirilen 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, aile mahkemesidir.⁵⁰⁴

4320 sayılı Kanunda yetkili mahkeme konusunda her hangi bir düzenleme yoktur.⁵⁰⁵ Doktrindeki hâkim görüşe göre⁵⁰⁶, bu durumda usul hukukunda yer alan genel hükümler çerçevesinde yetkili mahkemenin belirlenmesi gerekir. Tedbir kararları, çabukluk gerektiren kararlar olması nedeniyle Türkiye'nin herhangi bir yerinde bulunan mahkemeden istenebilir. Ancak aile konutu ile ilgili tedbir kararlarının gerek yerine getirilmesi gerekse de takibi önemli olduğu için, aile konutunun bulunduğu yerden alınması daha uygun olacaktır.⁵⁰⁷ Doktrindeki diğer bir görüşe göre⁵⁰⁸, yetkili mahkeme, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndaki genel yetki kuralı uyarınca, kusurlu eşin ikametgâhı mahkemesidir ve 4320 sayılı Kanun hükümlerinin kamu düzenine ilişkin nitelik taşıması nedeniyle hakkında tedbire hükmedilecek kusurlu eşin ikametgâhı mahkemesinin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesindir. Doktrindeki başka bir görüşe göre⁵⁰⁹, 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 olunmalıdır. Bu tedbirlerin değiştirilmesi, ikmali veya kaldırılmasına ise o kararı veren mahkeme yetkilidir. Kanımızca, 4320 sayılı Kanun uyarınca verilen kararların tedbir kararı

⁵⁰⁴ Aile mahkemesi bulunmayan yerlerde, asliye hukuk mahkemesi, aile mahkemesi sıfatıyla yargısal faaliyet yapacaktır. Bkz. Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 534.

⁵⁰⁵ Kayar, Habibe: "Kadına Yönelik Şiddet, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları" http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_595.htm 17.01.2010.

⁵⁰⁶ Erdenk, Erdem: " 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un Kavram ve Uygulanma Bakımından Uygulanması", Manisa Barosu Dergisi, Yıl 19, Sayı 75, s. 38; Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 771; Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 532; Uluğ, s. 450.

⁵⁰⁷ Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 532; Erdenk, s. 38.

⁵⁰⁸ Peker, s. 651.

⁵⁰⁹ Güven, s. 18-19.

niteliğinde olması sebebiyle, tedbir kararlarına ilişkin yetki kuralı uyarınca ülkenin herhangi bir yerinde bulunan aile mahkemesi yetkili kabul edilmelidir.

5. 4320 SAYILI KANUN GEREĞİNCE VERİLEN KARARLARININ UYGULANMASI

4320 sayılı Kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasına göre; aile mahkemesi tarafından verilen koruma kararının bir örneği re'sen Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilir. Bu karar Cumhuriyet Başsavcılıklarında tutulacak olan Koruma Kararı Defterine kaydedilir (Ailenin Korunmasına Dair Kanunun Uygulanması Hakkında Yönetmelik md.15/1).

Cumhuriyet Başsavcılığı, bu tedbir kararının uygulanmasını genel kolluk kuvvetleri aracılığıyla kontrol eder. Görev alanlarına göre jandarma görevlileri veya polis memurları, tedbir kararında belirtilen hususlara uyulup uyulmadığını takip etmekle yükümlüdürler.⁵¹⁰

Tedbir kararına uyulmaması halinde kolluk kuvvetleri, mağdurların şikâyet dilekçesi vermesine gerek kalmadan re'sen soruşturma yaparak evrakı en kısa zamanda Cumhuriyet Başsavcılığına intikal ettirir. Cumhuriyet Başsavcılığı, tedbir kararına uymayan eş hakkında, sulh ceza mahkemesinde kamu davası açar (4320 sayılı Kanun md. 2/III).

4320 sayılı Kanun'a göre verilen tedbir kararının varsa nafaka ile ilgili kısmı icra dairesinde icraya konulabilir.⁵¹¹ Bunu için tedbir kararının kesinleşmesine gerek yoktur.⁵¹² Yine bu kararın icra dairesinde icraya konulabilmesi için herhangi bir harç söz konusu değildir (4320 sayılı Kanun md. 1/V).

⁵¹⁰ Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 548.

⁵¹¹ Peker, s. 655; Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 549.

⁵¹² Peker, s. 655.

6. 4320 SAYILI KANUN GEREĞİNCE VERİLEN KARARLARA KARŞI YARGI YOLLARI

4320 sayılı Kanun uyarınca, verilen kararlara karşı, doktrinde hakim olan görüşe göre⁵¹³, nihai bir karar olmadığından bahisle temyiz yolunun kapalı olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay'ın yerleşmiş içtihatlarına göre de⁵¹⁴ Ailenin Korunmasına Dair Kanun uyarınca verilen kararlar hâkimin tayin ettiği süreyle geçerli ve temyiz incelenmesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde kararlardır. Diğer bir görüşe göre⁵¹⁵, kural olarak mahkemeler tarafından verilen kararlar temyiz edilebileceğinden, 4320 sayılı Kanunda da aile mahkemesinin vermiş olduğu kararın kesin olduğuna yani temyiz edilemeyeceğine dair bir hüküm de bulunmadığından 4320 sayılı Kanun uyarınca verilen kararlar temyiz edilebilir. Kanımızca, aile mahkemesi hâkiminin vermiş olduğu kararların geçici nitelikte bir tedbir kararı olması nedeniyle 4320 sayılı Kanun uyarınca verilen kararlar temyiz edilememelidir.

4320 sayılı Kanun uyarınca gıyapta verilen kararlara karşı HUMK' nun 107. maddesi gereğince, itiraz edilebilir.⁵¹⁶ İtiraz, tedbir kararını veren aile mahkemesine yapılır.⁵¹⁷ İtiraz tedbirin uygulanmasını durdurmaz.⁵¹⁸ İtiraz herhangi bir süreye bağlı değildir. Tedbir kararı, taraflar davet edilerek verilmiş ise aleyhine karar verilenin bu karara karşı itiraz hakkı yoktur. Çünkü kendisi mahkemede dinlendiği sıra bütün itiraz sebeplerini bildirebilirdi.⁵¹⁹

⁵¹³ HUMK 427. maddesinde "Mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir" hükmü yer almakta olup Aile Mahkemesi hâkimi tarafından verilen tedbir kararının kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. Öztürk, s. 264; Balo, s. 26-27; Ruhi (Ailenin Korunması), s. 545.

⁵¹⁴ " Mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir " (HUMK. md. 427). Şu halde incelenen kararın niteliği ortaya konularak öncelikle kararın temyizinin kabil olup olmadığının çözümlenmesi gerekmektedir. 4320 sayılı kanun ile alınan karar kusurlu eşin saldırılarına son verilmesinin kendisine ihtarından ibaret kısa süreli bir tedbir niteliğindedir. Bu açıklamalar kararın nihai nitelikte olmadığını sürekli sonuç doğurmayacağını göstermektedir. Şu halde 4320 sayılı kanun uyarınca oluşturulan kararları, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 105, 106, 107, ve 108. maddelerinde belirlenen prosedür uyarınca itihaz olunan ve bu kanununun 109. maddesi uyarınca 10 gün içinde dava açılması şartıyla değil hakim tayin ettiği süre ile geçerli ve temyiz incelenmesine tabi bulunmayan geçici tedbir niteliğinde kabul etmek, kanununun tedvin amacına uygun düşecektir." Şahin, s. 1427,1428, Y 2.H.D., 18.09.2003 2003/9980 E.

⁵¹⁵ Peker, s. 653.

⁵¹⁶ Balo, s. 25; Ruhi (Ailenin Korunması), s. 547.

⁵¹⁷ Ruhi (Ailenin Korunması), s. 548.

⁵¹⁸ Uluğ, s. 454.

⁵¹⁹ Balo, s. 25; Ruhi (Ailenin Korunması), s. 547.

7. 4320 SAYILI KANUN İLE TÜRK MEDENİ KANUN'UN EVLİLİK BİRLİĞİNİ KORUYUCU HÜKÜMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

Evlilik birliğinde ortaya çıkan şiddet olayları, hem eşlere hem de evlilik birliğine zarar vermekte olup 4320 sayılı Kanun hem eşlerin ve aile bireylerinin şiddete maruz kalmalarını önlemek, hem de dolaylı olarak evlilik birliğini koruma amacına yönelmiştir. 4320 sayılı Kanun sadece aile içi şiddet durumunda evlilik birliğine müdahale olanağı vermektedir. Evlilik birliği aile içi şiddet dışında bir sebeple tehlikeye düşmüşse, bu durumda alınacak tedbirler, 4320 sayılı Kanun'a göre değil, Medeni Kanun'un 195 ve devamındaki hükümlerine dayanılacaktır. Bu nedenle, 4320 sayılı Kanun, Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri yanında, aile içi şiddet durumunda uygulanabilen özel bir kanundur.⁵²⁰

Medeni Kanun'un 195. maddesinin 1. fıkrasına göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler, birlikte veya ayrı ayrı hâkimin müdahalesini isteyebilirler. 4320 sayılı Kanun bakımından önemli olan, Medeni Kanun'un 195. maddesinde 1. fıkrasında da öngörülen ilk sebep, yani, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesidir. Evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerin belki de en önemlisi ve evlilik birliğinin, bir birlik oluşturmasının temel dayanağı, eşler arasındaki karşılıklı sevgi, birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı olma ve birbirini koruma yükümlülükleridir. Bu yükümlülükler gereğince eşler, birbirlerinin kişilik değerlerine saygılı davranmak ve birbirlerine karşı şiddete başvurmamakla yükümlüdürler. Eşler arasında şiddet uygulanması, örneğin eşlerden birini diğeri dövmesi durumunda; Medeni Kanun'un 195. maddesinin 1. fıkrasında, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi şeklinde ifade edilen ilk şart gerçekleşmiş olur. Bu durumda eşler, Medeni Kanun'da öngörülen hâkimin müdahalesine ilişkin önlemlere de başvurabilir. Bununla birlikte aile içi şiddet uygulanan eşin, bunu önlemek amacıyla 4320 sayılı Kanun'un öngördüğü tedbirlerden yararlanmasına öncelik verilmelidir.⁵²¹ Zira 4320 sayılı Kanun uyarınca alınacak tedbirlere, yargılama süreci

⁵²⁰ Ayan, s. 301.

⁵²¹ Ayan, s. 301-302.

düşünüldüğünde, daha kısa sürede, hâkim tarafından karar verilebileceği için şiddet nedeniyle sarsılan evlilik birliğinin tamiri daha kolay olacaktır.

4320 sayılı Kanun'da öngörülen özel tedbirlerin amacı ne Medeni Kanun'da öngörülen tedbirleri sınırlamak ne de bunlara örnek vermektir. 4320 sayılı Kanun, özellikle Medeni Kanun ile birlikte uygulanmak ve tamamlayıcı bir işlev görerek aile bireylerinin ve dolayısıyla evlilik birliğinin etkin bir biçimde korunmasını sağlamak üzere düzenlenmiş bir kanundur. Bu durum, 4320 sayılı Kanun'un 1.maddesinde, "Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak..." denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Bununla birlikte, 4320 Sayılı Kanun İle Türk Medeni Kanun'un evlilik birliğini koruyucu hükümleri arasında farklılıklar da mevcuttur. Söz konusu farklılıkları şöylece açıklayabiliriz.

- 4320 sayılı Kanun'un amacı, aile içi şiddeti önlemek ve bu şiddete maruz kalan eş veya diğer aile bireyini korumaktır. Medeni Kanun'un 195 ve devamı maddelerinde düzenlenen tedbirler ise genel anlamda evlilik birliğini korumayı amaçlar.⁵²²

- Medeni Kanun'un 195. maddesine göre, hakimin başvurusunun istenebilmesi için, eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi veya eşlerin evlilik birliğini ilgilendiren önemli bir konuda uyuşmazlığa düşmeleri gerekir. 4320 sayılı Kanun'a göre ise, hâkimin müdahalesinin şartı, aile içi şiddettir.⁵²³

- Medeni Kanun'un evlilik birliğinin korunmasına dair hükümleri, sadece geçerli bir evlenme sözleşmesine dayanan birliktelikler hakkında uygulanabilirken 4320 sayılı Kanun aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri hakkında uygulanabilmesi itibarıyla daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu itibarla resmi olmayan birlikteliklere de örneğin dini nikâhla birlikteliğe de uygulanabilecektir.⁵²⁴

⁵²² Biçkin, İnci: "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'da Düzenlenen Geçici Hukuksal Koruma Önlemleri", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 4, 2006, s. 1458; Güven, s. 19; Uçar, M.A. s. 154.

⁵²³ Ayan, s. 303.

⁵²⁴ Arın, M. Canan: "Türkiye'de Kadın Sivil Toplum Kuruluşlarının Kadınların Yasal Konumlarına Etkileri", <http://siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&id=316> 19.12.2009; Ayan, s. 302-303.

- Medeni Kanun'daki tedbirler, ancak eşlerden birinin istemde bulunması durumunda alınabilirken, 4320 sayılı Kanun'daki tedbirler, aile içi şiddete maruz kalan aile bireylerinin veya Cumhuriyet Başsavcılığı'nın bildirmesi üzerine alınabilir.⁵²⁵

- Medeni Kanun'un 195. maddesinin son fıkrasına göre, hakim, ancak eşlerden birinin isteği üzerine, Kanun'da öngörülen tedbirleri alabilir. Bir başka ifadeyle hâkim, Kanun'da sayılan tedbirler dışındaki tedbirlere başvuramaz. Oysa 4320 sayılı Kanun'daki tedbirler dışında benzeri tedbirlere başvurulabileceği ifade edilmiştir.⁵²⁶

- Medeni Kanun'a göre, hakimin, evlilik birliğinin korunması amacıyla alınacak önlemler, şartların değişmesi halinde, hakim tarafından kaldırılabilir. Görüldüğü gibi, Medeni Kanun'da hâkim tarafından alınan önlemler bir süreyle sınırlandırılmamıştır. Bu tedbirler, mevcut şartlar değişinceye kadar uygulanır. Buna karşılık, 4320 sayılı Kanun'a göre verilen tedbir kararlarının süresi azami altı aydır.⁵²⁷

- Medeni Kanun'un 195 ve devamı maddeleri uyarınca açılacak davalar ve hakimin talep üzerine vereceği kararların icrası harca tabi iken, 4320 sayılı Kanun'a dayanılarak alınacak tedbirler ve bu kararların icrası harçtan muaftır.

- Medeni Kanun'da düzenlenen tedbirler, eşlerin kusurlu olup olmadıkları araştırılmaksızın hakim tarafından verilebilirken, 4320 sayılı Kanun uyarınca verilebilecek tedbirler ancak kusurlu eş aleyhine hükmedilebilir.⁵²⁸

- Medeni Kanun'da öngörülen tedbirlerde yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.⁵²⁹ 4320 sayılı Kanun uyarınca alınabilecek tedbirler ise çabukluk gerektiren kararlar olması nedeniyle Türkiye'nin herhangi bir yerinde bulunan aile mahkemesinden istenebilir.⁵³⁰

⁵²⁵ Güven, s. 19; Uçar, M.A. s. 154.

⁵²⁶ Ayan, s. 303-304; Uçar, M.A. s. 155.

⁵²⁷ Ayan, s. 305; Uçar, M.A. s. 154; Güven, s. 19; Bıçkın, s. 1459.

⁵²⁸ Uçar, M.A. s. 155; Güven, s. 19-20.

⁵²⁹ Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de tedbir alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir.

⁵³⁰ Zevkliler-Acabey-Gökyayla, s. 771; Ruhi, (Ailenin Korunması) s. 532; Uluğ, s. 450; Bıçkın, s. 1459.

- Medeni Kanun'dan kaynaklanan tedbirlere ilişkin kararlara karşı temyiz yolu açık iken 4320 Sayılı Kanun'da düzenlenen tedbirlere karşı temyiz yolu kapalıdır. Ancak duruşmasız yapılması halinde, aleyhine tedbir kararı verilenin kararı veren mahkemeye itiraz hakkı bulunmaktadır.⁵³¹

- 4320 Sayılı Kanun'a göre alınan önlemler için kararın bir örneği Cumhuriyet Başsavcılığına verilmekte, bu şekilde başsavcılığın kolluk kuvvetlerine vereceği talimat ile kusurlu eş veya diğer aile bireyinin tedbir kararına uyup uymadığı izlenmektedir. Ancak Medeni Kanun'a göre alınan tedbirlerde böyle bir usul bulunmamaktadır.

- Medeni Kanun'a göre, evlilik birliğinin korunması amacıyla alınan tedbirlere uyulmamasının doğrudan bir yaptırımı yoktur. Fakat 4320 sayılı Kanun'a göre alınan tedbirler ise cezai bir yaptırıma bağlanmıştır.⁵³²

8. 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN'A MUHALEFET SUÇU

Aile mahkemesi tarafından 4320 sayılı Kanunun 1. maddesi uyarınca verilen tedbir kararına uyulmaması halini tespit eden Cumhuriyet Savcısı, aynı Kanunun 2. maddesi gereği karara uymayan eşin cezalandırılması istemiyle sulh ceza mahkemesinde kamu davası açar.⁵³³

a. Korunan Hukuki Menfaat

Korunan hukuki menfaat, eş veya çocuklar ya da aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerin yaşama, vücut bütünlüğü, haysiyet ve hürriyet gibi kişilik haklarını ve malvarlığına ilişkin haklarını herhangi bir zarar ve tehlikeden korumaktır.⁵³⁴

b. Suçun Faili

Suçun faili, diğer eş veya çocuklar ya da aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birine veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı

⁵³¹ Balo, s. 25; Ruhi (Ailenin Korunması), s. 547; Biçkin, s. 1459.

⁵³² Biçkin, s. 1459.

⁵³³ Balo, s. 23.

⁵³⁴ Hacıoğlu, s. 40; Balo, s. 26.

yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden birine veya hepsine karşı aile içi şiddete yönelik davranışlarda bulunan ve kusurlu olan eş veya diğer aile bireyidir.⁵³⁵

c. Suçun Mağduru

Suçun mağduru, aile içi şiddete maruz kalan diğer eş veya çocuklar yada aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri veya mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden bireyleridir.

d. Ön Şartlar

Bu suçun oluşabilmesi için bazı ön şartların oluşması gerekir.⁵³⁶ Bu ön şartlar şunlardır.

1. Suçun faili ve mağdurlarının kanunda öngörülen kişilerden olması,
2. Aile mahkemesinde, Ailenin Korunmasına Dair Kanunun 1. maddesinde sayılan tedbirlere hükmedilmiş olması,
3. Aile mahkemesinde tarafından verilen tedbir kararlarının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 101-103. maddelerinde düzenlenen usul hükümleri çerçevesinde verilmesi,
4. Bu kararın yetkili ve görevli yargı merciince verilmesi,
5. Kararın Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda belirtilen yöntemle hakkında tedbir kararı verilen eşe tebliğ edilmiş olması,
6. Kararda 4320 sayılı Kanun gereğince hakkında tedbir kararı verilen eşe, hükmolunan tedbirlere aykırı davranması halinde tutuklanacağı ve hürriyeti bağlayıcı cezaya hükmedileceği hususunun ihtar olunması,
7. Tedbir kararının infazına başlanmış olması gereklidir.

⁵³⁵ Failin sıfatı bakımından bu suç "mahsus suç" yani ancak belli sıfatları haiz kişilerce işlenebilecek bir suç niteliğindedir. Bkz, Hacıoğlu, s. 40.

⁵³⁶ Balo, s. 30; Hacıoğlu, s. 40-41.

e. Suçun Maddi Unsuru

Suçun maddi unsuru, aile mahkemesince hükmolunan tedbirlere aykırı hareket etmektir. Kanun koyucu, iç yollama metodunu benimseyerek, medeni hukuka ait bir müesseseyi korumak istemekle, bu müesseseye ait maddi şartları aynı zamanda suçun maddi unsuru olarak düzenlemiştir.⁵³⁷

f. Suçun Manevi Unsuru

Suçun manevi unsuru, failin hakkında hükmolunan tedbirlere aykırılık teşkil eden hareketleri bilmesi ve bu hareketleri yapmayı istemesidir. Genel kastın varlığı suçun manevi unsurunun oluşması bakımından yeterlidir.⁵³⁸

g. Suça İlişkin Diğer Hususlar

Bu suç açısından kanun koyucu herhangi bir hukuka uygunluk sebebi düzenlemediği gibi suçu ağırlaştırıcı ve hafifletici sebeplere de yer vermemiştir. Bu suçta, içtima hükümleri uygulanmaz.⁵³⁹

h. Öngörülen Yaptırım

Bu suç için öngörülen yaptırım, 4320 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 4. fıkrasına göre, üç aydan altı aya kadar hapis cezasıdır.

- Yine bu suçun takibi şikayete bağlı olmayıp re'sen kovuşturulan suçlardandır.

⁵³⁷ Başka bir deyişle Hukuk mahkemesi kararı suçun maddi unsurunu teşkil etmektedir. Ancak burada Ceza Hukuku bakımından bir sorunun varlığına işaret etmek gerekir: AKDK. md. 1'de tadat edilen tedbirlerden bir ya da birkaçına birlikte veya uygun göreceği benzeri başkaca tedbirlere de hükmolme yetkisi konusunda hakime geniş bir takdir yetkisi verilmiş olması kanaatimizce, Ceza Hukukunun en önemli ilkelerinden biri olan "suçta ve cezada kanunilik ilkesi"nin ve bu ilkenin sonucu olan "kıyas yasağı"nın ihlali niteliğinde bir düzenlemedir. Bkz. Hacıoğlu, s. 41.

⁵³⁸ Hacıoğlu, s. 45.

⁵³⁹ Bu hususu bir örnekle açıklamak gerekirse; 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesi gereğince kusurlu eş hakkında müşterek evden uzaklaştırma ve alkol kullanıp ortak konuta gelmeme tedbirleri hükmolunan kusurlu eş, alkol kullanıp uzaklaştırıldığı eve silah zoruyla girer, eşine, çocuklara ve aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine hakaret eder, eşinin yüzüne kezzap döker, evdeki televizyonu kırar ve ayrılır. Örnek olayda failin meydana getirdiği netice kadar suç vardır. Her neticenin bağımsız bir suç teşkil etmesi kuralı gereğince failin eylemleri silahla konut dokunulmazlığını ihlal, mağdur sayısınca hakaret, silahla yaralama, mala zarar verme suçları ve tedbir kararına muhalefet suçu mevcuttur. Burada her suç bağımsızlığını koruyacak cezaların içtimaı (gerçek içtima) uygulanacaktır. Bu durumda Kanunun düzenlemesi gereği suçların içtimaı bakımından bir istisna getirilerek Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Muhalefet Suçu'nun bu suretle müstakil suç olma vasfı korunmuştur. Ancak diğer suçların birbiri ile içtiması mümkündür. Örnek olayımızda bütün aile bireylerine karşı işlenen hakaret suçunda şartları varsa müteselsil suça ilişkin kuralların uygulanması mümkündür. Bkz. Hacıoğlu, s. 45.

9. 4320 SAYILI KANUNA İLİŞKİN ELEŞTİRİ VE ÖNERİLER

Ailenin Korunmasına Dair Kanun, konu üzerinde yeterli araştırma yapılmadan, topluma uyumu ve diğer kanunlarla bağlantıları düşünülmeksizin çıkarılmıştır.⁵⁴⁰ Kanun ile ilgili en çok eleştiri getirilen konulardan biri, Kanun'un adının "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" olmasından kaynaklanmaktadır. Burada, neden şiddetin var olduğu bir durumda bile, şiddet gören kişinin değil de ailenin korunduğu eleştirilmiştir.⁵⁴¹ Oysa burada önemli olan şiddet gören ya da şiddet tehdidi altında olan kişinin korunmasıdır. Bu nedenle de kanunun adının uygulandığı birçok ülkede olduğu gibi⁵⁴², "Şiddete Karşı Koruma Emri" şeklinde düzenlenmesi çok daha anlamlı olacaktır⁵⁴³ diye öneri getirilmiştir. Ancak biz, bu eleştiri ve öneriye katılmamaktayız. Zira Kanunun her ne kadar adı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" ise de Kanun sistematigi itibariyle bu korumayı, bireyleri koruyarak sağlamaktadır. Kaldı ki şiddet uygulanan kişileri başka kanunlar, özellikle Ceza Kanunları zaten korumaktadır. Nitekim 4320 sayılı Kanunun özel bir kanun olması, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Türk Ceza Kanunu'ndaki aile içinde özellikle kadını ve çocukları koruyan hükümler her zaman uygulanabilecektir.⁵⁴⁴

4320 sayılı Kanun'da şiddet türlerinin ne olduğu açıklanmamıştır. Uygulamada şiddet kavramı, kollukça ve bazen karar vermesi talep edilen hâkim tarafından sadece iz bırakan, fiziksel şiddet ve darp olarak anlaşılmaktadır. Şiddetin sadece fiziksel değil, ruhsal, sosyal, cinsel ekonomik vb. türlerinin olduğu açıklanmalı veya en azından "herhangi bir şiddet türü" biçiminde açıklama yapılarak uygulamada çıkan sorunların bir kısmı önlenebilmelidir.⁵⁴⁵

Aile mahkemesi hâkimi tarafından, öngörülen nafakanın, doğrudan ödenmesine karar verebilmesi olanağı, 4320 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. İcrai

⁵⁴⁰ Ruhi (Ailenin Korunması), s. 562.

⁵⁴¹ Kerestecioğlu, Filiz: "Aileyi Korumak Değil, Şiddete Karşı Korunma", <http://www.bianet.org/kadin/siyaset/15036-aileyi-korumak-degil-siddete-karsi-korunma--2>, 20.01.2010; Arın, Canan: "Karşılaştırmalı Hukukta Koruma Emri", 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 Sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 41.

⁵⁴² Bkz. Arın (Koruma Emri), s. 38-42.

⁵⁴³ Kerestecioğlu, (Aileyi Korumak).

⁵⁴⁴ Ceylan, s. 112.

⁵⁴⁵ Kayar, (Kadına Yönelik Şiddet).

işlemler zaman almaktadır ve mağdurlar aradan geçen sürede yeniden mağduriyet yaşamaktadır. Bu konuda 4320 sayılı Kanun'da düzenleme yapılarak, aile mahkemesi hâkiminin, nafakaya hükmettiğinde doğrudan ödeme emri verebilmesine imkân tanınmalıdır. Örneğin şiddet uygulayanın kira geliri varsa, kiracıya, ödemenin diğer aile bireyine yapılması gerektiği emredilebilir ya da işyeri muhasebesine yazılarak kesinti yapıp, bu kısmın nafaka alacaklısına ödenmesine karar verilebilmelidir.⁵⁴⁶ 4320 sayılı Kanun'un amaçlarından biri, tedbir alınmasına ilişkin süreci hızlandırmaktır. Ancak, aile mahkemesi hâkimi, Kanun'da düzenlenen tedbirlerden biri olan nafakaya karar verdiğinde, bu kararın infazı yine genel hükümlere göre (İcra İflas Kanunu) yerine getirilecektir. Böylelikle, kanun koyucu, tedbir alınması için gösterdiği aceleci yaklaşımı, tedbirin uygulanması yönünden göstermemiştir. Bu konuda, 4320 sayılı Kanun'da bir değişiklik yapılarak, nafakaya hükmedilmesi durumunda, tahsilinin kolaylaştırılması yolunu açmalıdır.

4320 sayılı Kanun gereği, kararlaştırılan tedbirlerin ihlali sonucu verilen cezaların ertelenmeyeceği veya paraya çevrilmeyeceği yönünde bir düzenleme değişikliğinde yer almamıştır. Bu yönde düzenlemenin olmayışı, cezai yaptırımların paraya çevrilmesi veya ertelenmesi, 4320 sayılı Kanun'un caydırıcılığını ortadan kaldırmaktadır.⁵⁴⁷

4320 sayılı Kanun'da yetki hususu açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda uygulamada karışıklığa neden olmaktadır.⁵⁴⁸ Yukarıda açıkladığımız üzere⁵⁴⁹ yetkili mahkeme, tedbir kararları, çabukluk gerektiren kararlar olması nedeniyle Türkiye'nin herhangi bir yerinde bulunan aile mahkemesidir. Ancak uygulamada farklı olarak yetkisizlik kararları verilebilmektedir.⁵⁵⁰

⁵⁴⁶ Kayar, (Kadına Yönelik Şiddet); Göktepe, İnci: "4320 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Örnekler", 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 Sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınlar, s. 33-34. Karınca'ya göre bu eksiklik şöyle giderilmelidir. Mahkeme tarafından takdir edilecek nafaka yükümlülüğünün, mağdur eş tarafından tahsil ve takibindeki güçlük gözetilerek, 2330 sayılı yasa mağdurlarına yapılabildiği üzere sağlanacak bir fondan nafakanın doğrudan mağdura ödenip ardından kusurlu kişiden alınması sağlanmalıdır. Anayasa'nın sosyal devlet ilkesi ve "Ailenin Korunması" başlıklı 41. maddesi kapsamında bu yükümlülük ilerde yapılacak değişikliklerde gözetilmelidir. Bkz. Karınca, (Değişiklik)

⁵⁴⁷ Kayar, (Kadına Yönelik Şiddet).

⁵⁴⁸ Doğan, İ. (Ailenin Korunması), s. 1232.

⁵⁴⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. 139-140.

⁵⁵⁰ Kayar, (Kadına Yönelik Şiddet).

4320 sayılı Kanun uyarınca verilen kararların kesin olup olmadığı ve kesin değilse karara karşı (tedbir kararı veya tedbir talebinin reddi kararı), yasa yolları açıkça belirtilmemiştir.⁵⁵¹ Yukarıda açıkladığımız üzere⁵⁵² doktrinde hakim olan görüşe göre, 4320 sayılı Kanun uyarınca verilen tedbir kararı, nihai bir karar olmadığından bahisle temyiz yolunun kapalıdır. Ancak bu konuda tartışmalara mahal vermeksizin, verilen tedbir kararlarının kesin olduğu, 4320 sayılı Kanun'da bir değişiklik yapılarak belirtilmelidir.

Ş 2. AİLE MAHKEMELERİ VE EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

I. AİLE MAHKEMELERİNE DUYULAN GEREKSİNİM

Belirli türdeki uyuşmazlıklara bakmak üzere özel mahkemeler kurulması, bazı sosyal, ekonomik ve hukuki ilişkilerin karmaşık bir yapıya sahip olması, bu ilişkilerden kaynaklanan çekişmelerin çözüme kavuşturulmasının uzmanlık gerektirmesi ve bu tür uyuşmazlıkların giderek artmasından doğan gereksinime cevap verme düşüncesine dayanır. Aile hukuku alanına giren uyuşmazlıklarda gitgide karmaşık bir görünüm göstermekte, çözüme kavuşturulmaları uzmanlık gerektirmekte ve bunların sayısı da günden güne artmaktadır. Örneğin, yapay dölleme, tüp bebek, evli kişinin cinsiyet değiştirmesi gibi konulardan kaynaklanan sorunların çözümü, uzmanlığı zorunlu kılar. Ayrıca, Anayasanın 41. maddesi uyarınca aile toplumun temelini oluşturduğundan, bu alana ilişkin uyuşmazlıklar, olağan uyuşmazlıklardan farklı olarak, hayati bir önem taşımakta, yalnız bireysel çıkarları değil, toplumsal çıkarları ve kamu düzenini de doğrudan doğruya ilgilendirmektedirler.⁵⁵³

Ülkemizde son yıllarda yasama faaliyetlerinin büyük ölçüde arttığı ve özellikle temel kanunlar alanında önemli yenilik hareketlerinin başlatıldığı

⁵⁵¹ Karınca, (Değişiklik); Kayar, (Kadına Yönelik Şiddet).

⁵⁵² Ayrıntılı bilgi için bkz. 141.

⁵⁵³ Sirmen, Lale-Koçhisarlıoğlu, Cengiz-Tanrıver, Süha-Süral, Nurhan-Tercan, Erdal: "Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye'de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model", KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt:5, Sayı 3, Nisan 2000, s. 1-2.

görülmektedir. Bu yenilik hareketlerinin başında Türk Medeni Kanunu gelmektedir. Yeni Türk Medeni Kanunu'nun en çarpıcı yeniliğinin ise, aile hukuku alanında gerçekleştiği yadsınamaz bir gerçektir. Aile eski kanun döneminden daha fazla ekonomikleşmiş, hatta şirketleşmiş, eşler arasındaki ilişkiler hâkimin daha fazla müdahalesini zorunlu kılmıştır.⁵⁵⁴

Yeni mal rejiminin düzenlenmesi, aile konutu ile ilgili TMK' nun 194. maddesi ve ailenin korunması amaçlı tasarruf yetkisinin sınırlanmasına ilişkin TMK' nun 199. maddesi bu doğrultuda önemli örnekler olarak gösterilebilir. Ancak bütün bunların başında “kadın-erkek” eşitliği gibi temel ve demokratik bir kavramın yeni Medeni Kanuna damgasını vuran temel bir olgu olarak hukuk sistemimize girmesidir. Bütün bu gerçekler hâkimin evlilik müessesesine daha fazla karışmasını, onu daha yakından izleyip denetlenmesini gerekli hale getirmiştir.⁵⁵⁵

Türk Medeni Kanunu'nun, aileyi, evlilik birliğini, çocukları koruyan düzenlemelerden beklenen amacın gerçekleşebilmesi; büyük ölçüde, bu konuda çıkan uyuşmazlıkların, gecikmeksizin, en sağlıklı ve toplumsal yararı da sağlayacak biçimde çözülmesine bağlıdır. Bunu sağlayacak olan uzman mahkemeler ise aile mahkemeleridir.⁵⁵⁶ Özellikle evlilik birliğinin korunması amacıyla, hâkimin, aile işlerine daha fazla müdahale eder hale gelmesi ve Medeni Kanun'un 195. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen, uzman kişilerin yardımının sağlanması açısından aile mahkemelerinin kurulması zorunlu hale gelmiştir.⁵⁵⁷

Ailenin ve aile içinde bireylerin korunması amacıyla sosyal hizmet uzmanı, psikolog, pedagog destekli aile mahkemelerinin kurulmasının günümüz Türkiye'sinde ihtiyaç haline gelmesiyle kurulan aile mahkemelerinde; ailenin korunmasına yönelik koruyucu, önleyici ve eğitici bir görev üstlenilmiştir.⁵⁵⁸

⁵⁵⁴ Burcuoğlu, Haluk: “ 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un Genel Bir Değerlendirilmesi”, Balıkesir Barosu Dergisi, Sayı 67, Eylül 2004, s. 11.

⁵⁵⁵ Özmen, İsmail: “Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 125, Şubat 2005, s. 6; Dayı, Munise: “Aile Mahkemeleri - Panel”, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara 2003, s. 20; Burcuoğlu, (Aile Mahkemesi) s. 11.

⁵⁵⁶ Büyüktanır, Tahir: “Aile Mahkemeleri”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2003/1, s. 29-30.

⁵⁵⁷ Ayan, s. 130.

⁵⁵⁸ Çay, Fulya: “Aile Mahkemeleri Uygulamaları Üzerine”, <http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ailemahkemesi2.htm> 04.03.2010.

Nihayet 09.01.2003 tarihinde kabul edilip 18.01.2003 tarihli 24997 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun, hukuk hayatımıza girmiştir.

Medeni Kanun, aile hukuk alanında, demokratik toplum düzeninin ve demokratik aile yaşamının gelişmesine temel olacak düzenlemeler yapmıştır. Aile mahkemesi Türk ailesinin tam bir yapı değiştirmesi sürecini destekleyecek mekanizma olarak sistemi tamamlayıcı bir öge olacaktır.⁵⁵⁹

Ancak bazı kesimler, 4787 sayılı Kanun’u çeşitli noktalardan eleştirmektedirler. Aile mahkemeleriyle ilgili çıkan Kanun’un, sorunları eşitlik, demokrasi ve şiddetsizlik temelinde çözme konusunda bir görev yüklenmediği, Kanun’da eşitlik sözünün geçmediği, Kanun ile ilgili görevlendirmenin yeterli olmadığı, usul kuralları açısından boşanma davalarını gereksiz uzatacağı ve Kanun’un aileyi oluşturan bireyleri değil aileyi temel aldığı gerekçelerini ileri sürmüşlerdir.⁵⁶⁰

Genel mahkemeler tarafından, iş yoğunluğundan yeterince üzerinde durulamayan, fakat 4721 sayılı Medeni Kanun ile önemi oldukça artan, evlilik birliğini koruyucu hükümler, aile mahkemeleri sayesinde önem kazanacaktır. Sadece aile hukuku uyuşmazlıklarıyla uğraşan aile mahkemeleri, evlilik birliğinin karşılaştığı sorunların daha açık bir şekilde ortaya konulmasını ve bunlara ilişkin uygun önlemlerin hızlı ve doğru bir şekilde alınmasını sağlayacaktır.⁵⁶¹

⁵⁵⁹ Cılgı, İbrahim: “Aile Mahkemeleri Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Aile ve Toplum Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Cilt 2, Sayı 5, Yıl 5, Nisan-Haziran 2002, s. 52.

⁵⁶⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. “Aile Mahkemeleri Yasası’nda Eşitlik Yok”, <http://www.bianet.org/bianet/kadin/16215-aile-mahkemeleri-yasasinda-esitlik-yok,04.03.2010>.

⁵⁶¹ Ayan, s. 135.

II. TÜRK AİLE MAHKEMELERİ

A. AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞ AMACI VE KAPSAMI

4787 sayılı Kanun'un gerekçesinde belirtildiği üzere⁵⁶², aile mahkemelerinin kuruluş amacı, genel olarak, Anayasa ile devlete yüklenen ailenin korunması görevini devletin olması gerektiği şekilde yerine getirmesini sağlamak içindir.⁵⁶³

Bir başka deyişle, toplumun temelini oluşturan ailenin korunması ve aile hukukunu ilgilendiren sorunların ve işlemlerin çok ve karmaşık olması, bu karmaşık durumundan uzmanlık gerektirmesi nedeniyle, uzman mahkeme niteliğinde aile mahkemelerinin kurulması amaçlanmıştır.

4787 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasında ise, aile hukukundan doğan dava ve işleri görmek üzere kurulan aile mahkemelerine dair hükümlerin bu Kanun'un kapsamını oluşturduğu belirtilmektedir.

⁵⁶² 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un genel gerekçesinde de, aile mahkemelerinin kuruluş amacı şu şekilde açıklanmıştır: "Anayasanın 'Ailenin Korunması' kenar başlıklı 41. maddesinde, ailenin Türk Toplumunun temeli olduğu ve devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı ve gereken teşkilatı kuracağı belirtilmektedir. Toplumun temelini oluşturan ailenin korunması için gerekli önlemlerin alınması ihtiyacı her geçen gün artmaktadır. Hiç şüphesiz, bir toplumda sosyal barış ve adaletin sağlanmasında, demokratik haklara saygılı, sağlıklı, topluma yararlı bireylerin yetiştirilmesinde ailenin önemi inkâr edilemez bir gerçektir. Ailenin korunması görevi ise devlete aittir. Günümüzde birçok sahada olduğu gibi, sosyal hayattaki baş döndürücü gelişmeler ve karmaşıklık, eşlerin ve çocukların da sorunlarının artmasına ve olumsuzluklar yaşanmasına neden olabilmektedir. Bu sorunların çözümünde yargı alanına giren konular bakımından da birtakım yenilikler getirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Bir çok ülkenin iç hukuklarında aile mahkemelerine ilişkin düzenlemelerin yer aldığı, örneğin Kanada ve Almanya'da aile mahkemeleri bulunduğu bilinmektedir. Ülkemizde ise yürürlükte olan mevzuat hükümlerine göre, aileye ilişkin dava ve işler halen genel mahkemelerde görülmektedir. Bu mahkemeler, aileye ilişkin davaların yanı sıra diğer hukuk davalarına da bakmak durumunda olup, ayrıca aile ile ilgili uyuşmazlıkların çözümünde ihtiyaç duyulan, psikolog, pedegog ve sosyal çalışmacı mahkeme bünyesinde bulunmamaktadır. Buysa, mevcut mahkemelerin aile hukukundan doğan dava ve işlerin çözülmesinde kendilerinden beklenen işlevi yeterince yerine getirmesine engel olmaktadır. Ayrıca, 8.12.2001 tarihli ve 24607 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak 1 Ocak 2002 tarihinden itibaren yürürlüğe girmiş olan 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun özellikle aile hukukuna ilişkin hükümlerinden beklenen amacın gerçekleşmesi bakımından da aile mahkemelerinin kurulması bir ihtiyaç haline gelmiştir. Tasarıyla kurulması öngörülen ve bünyesinde psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı bulunan aile mahkemeleri, aile hukukundan doğan dava ve işleri, taraflar arasındaki karşılıklı saygı, sevgi ve hoşgörünün korunması ilkesini gözeterek, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak, eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunların sulh yoluyla çözümünü sağlamaya çalışacaktır. Böylece, yargılama görevinin yanında toplumun temel taşı olan ailenin korunmasına yönelik koruyucu, eğitici ve sosyal önlemler alma gibi işlevleri de yerine getirecek olan aile mahkemelerinin kurulması amacıyla bu Tasarı hazırlanmıştır."

⁵⁶³ Temel, Muhammed Zeki: Aile Mahkemelerinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007, s. 8.

Bu Kanun ile kurulan aile mahkemelerinin önüne getirilen aile kavramının, kanunun odak noktasını oluşturduğu kolayca söylenebilir. 4787 sayılı Kanun'daki aile kavramı hem dar hem de geniş anlamda aileyi kapsamaktadır. Kanun'un dar anlamda aileyi kapsamı içine aldığı kolayca anlaşılabilir. 4787 sayılı Kanun'un getiriliş gerekçeleri arasında ve hatta en başta sayılan Anayasa'nın 41. maddesindeki aile, bu dar anlamda ailedir. Anayasa'nın bu maddesinin ilk fıkrasında eşlerden, ikinci fıkrasında ana ve çocuklardan söz edilmesi bunun açık göstergesidir.⁵⁶⁴

Bununla birlikte, 4787 sayılı Kanun'un aile kavramının, dar anlamda aile çerçevesini aştığı da kolayca söylenebilir. 4787 sayılı Kanun'un aile mahkemelerinin görev alanını belirleyen 4. maddesinde yollamada bulunan Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabı, yalnızca evlilik ile kurulan aileyi ele almamış, bunun kapsamını aşmıştır. Örnek olarak nişanlanmanın bozulmasıyla ilgili açılacak davaların, babalık davasının, evlat edinmeye izin verilmesine ilişkin isteklerin dar anlamda aile kavramını aştığı kolayca görülebilmektedir. Yine 4787 sayılı Kanun'un 9. maddesinde, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun kapsamındaki belli tedbirlerin alınması konusunda da bu Kanun ile görevlendirilmiş olan sulh hukuk mahkemesinin yerini aile mahkemesinin aldığı açıkça belirtilmiştir. 4320 sayılı Kanun, eşler ve çocuklar dışındaki aile bireylerinden birinin aile içi şiddete maruz kalması halinde de artık aile mahkemeleri tarafından tedbir kararlarının verilebileceğini düzenlemiştir.⁵⁶⁵

B. AİLE MAHKEMELERİNİN KURULUŞU, YAPISI VE YARGI ÇEVRESİ

4787 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, aile mahkemesi tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde bir mahkemedir.⁵⁶⁶ Her ne kadar, 4787 sayılı Kanunda "asliye mahkemeleri" deniliyorsa da, bunun "asliye hukuk mahkemeleri" olarak anlaşılması gerekir. O nedenle, aile mahkemeleri, asliye hukuk mahkemesi derecesinde, medeni yargıya dâhil özel mahkemelerdir. Bu tespiti bağli olarak, aile

⁵⁶⁴ Burcuoğlu, (Aile Mahkemesi), s. 12; Özmen, s. 8.

⁵⁶⁵ Burcuoğlu, (Aile Mahkemesi), s. 12; Özmen, s. 8-9.

⁵⁶⁶ Özmen, s. 9.

mahkemelerinin, bir üst derece, kontrol mahkemesi olmayıp; aile hukukundan doğan dava ve işler için, bir ilk derece, hüküm mahkemesi olduğu da belirtilmelidir.⁵⁶⁷

Yine 4787 sayılı Kanun'un 2. maddesine göre, nüfusu ne olursa olsun her ilde ve nüfusu yüz bini aşan her ilçede en az bir aile mahkemesi kurulacaktır.⁵⁶⁸ 4787 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 2. fıkrasına göre, aile mahkemesi kurulmuş olan bir yerde, ihtiyaca göre birden fazla aile mahkemesi de kurulabilir. Bu durumda (1) no'lu Aile Mahkemesi, (2) no'lu Aile Mahkemesi şeklinde bu mahkemeler numaralandırılacaktır.⁵⁶⁹

Aile mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülki sınırlarıyla belirlenir.⁵⁷⁰ Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde 4787 sayılı Kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenen asliye hukuk mahkemesince bakılır.⁵⁷¹ Aile mahkemeleri özel bir mahkeme olduğundan, aile mahkemeleriyle asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki bir görev ilişkisidir. Bir yerde, özel mahkeme olarak aile mahkemesi kurulmuşsa, aile hukukuna doğan dava ve işler, artık özel mahkeme olarak aile mahkemesince görülür; genel mahkeme olarak asliye hukuk mahkemesinde görülmez. Bu görev ilişkisine, gerek aile mahkemesi, gerekse de asliye mahkemesi, re'sen dikkat etmek

⁵⁶⁷ Tercan, Erdal: "Türk Aile Mahkemeleri", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 3, Ankara 2003, s. 24.

⁵⁶⁸ Buna karşılık, yargı teşkilatı açısından esas alınan her ilçe de, aile mahkemesi, kurulmamaktadır. İlçelerde aile mahkemesi kurulabilmesi için, o ilçenin merkez nüfusu esas alınmış ve merkez nüfusu yüz binin üzerinde olan ilçelere aile mahkemesi kurulması kabul edilmiştir; buna göre, nüfusu yüz binin altındaki ilçelerde ise, aile mahkemeleri kurulmayacaktır. Aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların önemi ve özelliği dikkate alındığında, tıpkı asliye hukuk mahkemeleri gibi, yurdun her yerinde aile mahkemelerinin kurulabilmesi isabetli ve aile mahkemelerinin kurulmasıyla takip edilen amaca uygun bir davranış olurdu. Ancak, ülkemizin içinde bulunduğu ekonomik kriz dikkate alındığında, bunun pek mümkün olamayacağı da açıktır. Bkz. Tercan, s. 22.

⁵⁶⁹ Karagülmez, Ali-Ural, Sami Sezai: Açıklamalı Aile Mahkemelerinin Kuruluş. Görev Ve Yargılama Usulleri Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, s. 21.

⁵⁷⁰ Adalet Bakanlığının teklifi üzerine HSYK, Aile Mahkemelerinin mahkemelerin yargı çevresini değiştirebilir. Bkz. Aras, Bahattin: Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Günümüz Aile Mahkemeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, (Günümüz Aile Mahkemeleri) s. 116.

⁵⁷¹ 4787 sayılı Kanun'un 2. maddesi doğrultusunda Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 13.03.2003 tarihli ve 97 sayılı "Aile Mahkemeleri Kuruluncaya Kadar Aile Mahkemesi Görev Alanına Giren Davalara Hangi Mahkemelerin Bakacağına İlişkin" bir karar çıkarmıştır. Bu karar çerçevesinde iş durumları dikkate alınarak 68 il ve ilçede toplam 114 aile mahkemesi kurulmasına karar verilmiştir. Aynı kararda, Kanun'a göre aile mahkemesi kurulması gerektiği halde iş durumları yeterli olmayan bazı il ve ilçelerde şimdilik aile mahkemesi kurulmasına gerek görülmediği ifade edilmiştir. Bkz. Burcuoğlu, (Aile Mahkemesi), s. 12.

zorundadır. Aile mahkemesinin görev alanına giren bir dava, asliye hukuk mahkemesinde açılırsa, asliye hukuk mahkemesi görevsizlik kararı vermelidir.⁵⁷²

C. AİLE MAHKEMELERİNİN GÖREVLİLERİ

1. AİLE MAHKEMESİ HÂKİMLERİ

Aile mahkemelerinin kuruluşuna ilişkin 4787 sayılı Kanun ve bu kanunda değişiklik yapan 5133 sayılı Kanun Hükümlerine göre aile mahkemelerine atanacak hâkimlerin özel bazı nitelikler taşıması gerekmektedir. 5133 sayılı Kanun ile değişiklik yapılan 4787 sayılı Kanun'un 3. maddesinde, bu nitelikler şöyle sayılmıştır. Atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış olmak, adli yargıda görevli bulunmak, tercihan evli ve çocuk sahibi olmak, otuz yaşını doldurmuş bulunmak ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olmaktır.⁵⁷³

Özel amaçlı bir mahkeme niteliğindeki aile mahkemelerinde görev yapacak hâkimlerde bu niteliklerin aranması çok yerinde bir düzenlemedir. Aile ile ilgili dava ve işlerde, aile hukuku ve aile sorunları konularında uzmanlaşmış nitelikli elemanlardan oluşan; karşılıklı saygı, sevgi ve hoşgörünün korunması ilkesini gözeten; eşlerin ve çocukların yaşadıkları sorunların barışçıl yollarla çözümü, koruyucu, eğitici ve sosyal tedbirler alan bir mahkemenin kurulması kanun koyucunun ana politikası olmuştur.⁵⁷⁴

2. AİLE MAHKEMESİ BÜNYESİNDEKİ UZMANLAR

4787 sayılı Kanun'un 5. maddesine göre, Adalet Bakanlığınca, tercihan; evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim

⁵⁷² Tercan, s. 25.

⁵⁷³ 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 3 üncü maddesinde yer alan "evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve tercihan" ibaresi, "tercihan evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve" şeklinde değiştirilmiştir. 4787 sayılı Kanun'un 3. maddesi değiştirilmezden önce, evli olma, çocuk sahibi olma ve otuz yaşını doldurmuş bulunma, Aile Mahkemelerine atanacak hâkimler için zorunlu bir nitelikti. Ancak 5133 sayılı Kanun ile yapılan söz konusu değişiklik, bu nitelikler, Aile Mahkemelerine atanacak hâkimler için artık bir tercih sebebi olmuştur.

⁵⁷⁴ Cılga, s. 55.

yapmış olanlar arasından, birer psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacı atanır. Bu hükümle, her aile mahkemesine, bir tane psikolog⁵⁷⁵, bir tane pedagog⁵⁷⁶ ve bir tane de sosyal çalışmacı⁵⁷⁷ olmak üzere, en az üç tane uzman atanması kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi, bu uzmanlar, birbirine alternatif değil, yani biri olmazsa, diğeri atanacak şekilde değil, bir aile mahkemesine üçünün birlikte atanması kabul edilmiştir. O nedenle, kural olarak, her aile mahkemesinde bu uzmanlardan birer tane bulunacaktır.⁵⁷⁸

Bu uzmanların görevi, yine 4787 sayılı Kanun'un 5. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre, söz konusu uzmanlar; davanın esasına girilmeden önce veya davanın görülmesi sırasında, mahkemece istenen konular hakkında taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerine ilişkin araştırma ve inceleme yapmak ve sonucunu bildirmek; mahkemenin gerekli gördüğü hallerde duruşmada hazır bulunmak, istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmak ve görüş bildirmek ve mahkemece verilecek diğer işleri yapmakla görevlidir.⁵⁷⁹

⁵⁷⁵ Aile mahkemesinde yapılan yargılamada, psikolog, aile hukukuna ilişkin görülecek dava ve işlerde, özellikle korunmaya muhtaç ve manen terkedilmiş çocukları ilgilendiren, boşanmaya, velayet haklarına veya çocukla kişisel ilişki kurulması gibi verilecek kararlara esas olmak üzere inceleme, araştırma, tespit ve gözlemler ile ruh sağlığı, eğitim zeka ve kavrayış düzeylerini, davranış biçimlerini, yaşam biçimlerini, bedensel ve sosyal gelişmeleri konusunda gerekli tedbirlerin alınmasını, tedavi, ıslah ve iyileştirmelerini sağlamak için çalışmalar yapacak ve bu bağlamda hâkimi, doğru ve tarafsız bir şekilde bilgilendirecektir. Bkz. Temel, s. 22.

⁵⁷⁶ Pedagog, çocuklarla ilgili çalışmalar yapar. Çocukların sosyal problemlerinin çözümüyle ilgilenir. Bkz, Karagülmez-Ural, s. 142.

⁵⁷⁷ Sosyal çalışmacıya, sosyal hizmet uzmanı da denir. Sosyal çalışmacı, insanların sosyal hayatıyla ilgili çalışmalar yapar. Rahatsızlığı meydana getiren faktörleri ortaya çıkarmak için, kişilerin sosyal durumlarını inceler; problemlerini çözmek için çaba sarf eder; gerekli sosyal servislerle ilişki kurar. Bkz, Karagülmez-Ural, s. 141. Aile mahkemesinde cereyan eden yargılama süreci bakımından ise, sosyal çalışmacının görevleri, tarafların sosyal durumları, hayat ve yaşam biçimleri sağlık sorunları, iyileştirilmesi, tespit ve tedavileri ile bu konuda ilgili kurum ve kuruluşlardan yardım almak, ailenin ekonomik ve sosyal durumlarını, çocukların sayı ve eğitim düzeylerini, ihtiyaçlarını, bir eşin diğer eşe katkı oranı ve tutarını tespit gibi konularda çalışma yapmak ve görüş bildirmek gibi işler olacaktır. Bkz. Temel, s. 24-25.

⁵⁷⁸ Tercan, s. 29. Ancak pek çok aile mahkemesinde 3 uzmanda aynı anda bulunmamaktadır. Bu durum davaların işleyişinde doğru karar vermeyi sekteye uğratıp, bir ekip halinde kanunca belirlenen görev ve sorumlulukları doğru bir şekilde yerine getirmeyi engellemektedir. Bkz. Çiftçi, Durdu Baran: "Aile Mahkemeleri Uzmanlarının Hukuki Niteliği Ve Mesleki Uygulama Sorunları", http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ailemahkemeleri_shu.htm, 01.03.2010, (Aile Mahkemesi Uzmanları)

⁵⁷⁹ Uzmanın görevi ve amacı görüşme ve rapor sürecinde eşlerin kusur oranını ve hatasını belirlemek değildir. Genel anlamda Uzman, eşlerin evlilik sürecinde; Yaşadıkları olay, sorun ve çatışmalar ile boşanmak isteme veya istememe sebeplerini ortaya koyar, bu konularda eşlere "farkındalık" kazandırma, tarafsız ve önyargılardan uzak bir ortamda ilişkilerini değerlendirme imkânı sunarak bunlara ilişkin değerlendirme yapar. Birbirini tamamlamalarında ve bütünleşmelerinde

Hâkim, uzmanların yardımıyla tespit ettiği uyuşmazlık nedenlerini değerlendirip, öncelikle tarafların uzlaşmalarını sağlamaya çalışacaktır; bu mümkün olmazsa, bu kez, uyuşmazlık nedenleri, dikkate alınarak, yargılama yapıp ona göre bir karar verilmesi sağlanacaktır.⁵⁸⁰

Söz konusu bu uzmanların hukuki niteliğinin ne olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre⁵⁸¹ bu uzmanlar bilirkişi sayılırlar. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir.⁵⁸² Diğer görüşe göre⁵⁸³, söz konusu uzmanlar bilirkişi sayılmazlar. Çünkü HUMK' nun 275. maddesi gereğince, bilirkişiye, uyuşmazlığın çözümü için önem taşıyan ve ispatı gerekli olan vakıalar hakkında özel ve teknik bilgi gerekiyorsa başvurulur; oysa

uyum/uyumsuzluk yaşayıp yaşamadıklarına, yani karı koca arasında iletişimi ve/veya iletişim bozukluğuna, birbirlerini anlamalarının, dinlemelerinin engellenip engellenmediğine, bu durumun aralarında gerekli olan eşduyumu, esnekliği, hoşgörüyü, özveriye ortadan kaldırıp kaldırmadığına, evliliğe uyumu sağlayan davranışların oluşmasını zorlaştırıp zorlaştırmadığına ve birbirleri tarafından beğenilme, desteklenme, ödüllendirilme, sevilme, önemsenme, güvenme, onurlandırma, evlilik birliğinden beklentisine yanıt alıp alamama durumuna, yani beklentilerinin örtüşüp örtüşmediğine bakar. Birbirlerine olan sevgisi mi bitti? Yoksa birbirlerine kızgınlar mı? Tüm olasılıklar tükenmiş midir? Denenmiş midir? Eşlerin ihtiyacına göre eşlere alternatifler gösterebilir fakat kararı eşlere bırakır. Bkz. Yüksel, Neşe Doğan: “Nereden Çıktı Bu Aile Mahkemelerindeki Uzmanlar”, <http://www.pdcrciyiz.biz/nereden-cikti-aile-mahkemelerindeki-bu-uzmanlar-t8215.html> 02/03/2010 (Nereden Çıktı Bu Uzmanlar)

⁵⁸⁰ Tercan, s. 31.

⁵⁸¹ Aile mahkemelerinin bünyesinde çalıştırılan uzmanlar, bilirkişi konumunda olup, Aile Mahkemesi hâkimi, bunların rapor ve görüşleri ile bağlı olmadığı gibi, gerektiğinde yeniden rapor hazırlatabilir veya ek rapor isteyebilir. Bkz. Aras, Bahattin: “Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, Ankara Barosu Dergisi Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007, (Aile Mahkemesi) s. 169. Benzer görüşler için bkz. Çiftçi, (Aile Mahkemesi Uzmanları); Burcuoğlu, (Aile Mahkemesi), s. 17.

⁵⁸² Yargıtay, aile mahkemesi bünyesinde yer alan uzmanları bilirkişi statüsünde; görüş ve raporlarını ise bilirkişi raporu olarak değerlendirmektedir. “*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı deliller ile kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle mahkemece tayin edilen psikolog bilirkişinin taraflarla yüz yüze yaptığı görüşme sonucu düzenlediği raporda davacının, evlik birliğinin yeniden kurulması için olumlu yaklaşım gösterdiğinin ve gerekirse ayrı bir ev tutacağına tespit edildiğinin belirtilmiş bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün onanmasına.*” Y. 2.HD., 20.12.2005, 15018/15740 E.K., Bkz. Temel, s. 32.

⁵⁸³ Yine, bilirkişi raporu, üzerinde uyuşmazlık bulunan vakıaların ispatı için başvuru bir ispat aracı, delil iken; uzmanlar, sadece uyuşmazlık nedenlerini araştırdıklarından ve bu konuda görüş bildirdiklerinden, onların bildirdiği görüş delil sayılamaz. Uzmanların buradaki faaliyetini, davanın aydınlatılması için hâkime yardımcı olma şeklinde nitелеmek mümkündür. Zira uzmanlar olmasa idi dahi, hâkim, vakıaları ve uyuşmazlık nedenlerini zaten açıklığa kavuşturmak zorunda idi. Bu durum, hâkimin, davayı aydınlatma yükümlülüğünün bir gereğidir. Bilirkişi raporuna taraflar itiraz edebilirken, uzmanların hâkime bildirdikleri görüşleri hakkında, tarafların itiraz edebileceğine ilişkin kanunda bir açıklık yoktur. Bununla birlikte, taraflar, hâkimden, uzmanların bildirdikleri görüşlerin eksik yahut hatalı olduğunu ileri sürerek, bunların düzeltilmesini, tamamlanmasını, doğrusunun araştırılmasını isteyebilmelidirler. Bkz. Tercan, s. 32. Her ne kadar bu uzmanlar, bazı hallerde, bilirkişi gibi, mahkemeye görüş ve kanaat bildirip, bir bakıma, bilirkişinin hakime yardımcı olma misyonunu yerine getirirler de, bunları bilirkişi olarak saymak mümkün değildir. Zira, kanun koyucu, aile mahkemelerinde yer alan uzmanları, mahkemenin yapısı içinde yer alan ve zorunlu olarak (yazı işleri müdürü, katip gibi) bulunması gereken, yargılama sürecinde, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerini araştırmaları veya duruşmalarda hazır bulunup istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmaları veyahut da mahkemelerinin verdiği, koruyucu, eğitici ve sosyal önlemlere ilişkin kararların yerine getirilmesinde hâkime yardımcı olan bir personel olarak ele almıştır. Bkz. Temel, s. 30-31.

uzmanlara, taraflar arasındaki uyuşmazlık nedenlerini araştırmaları için veya duruşmalarda hazır bulunup istenilen konularla ilgili çalışmalar yapmaları için başvurulur; yahut mahkemenin verdiği koruyucu, eğitici ve sosyal önlemlere ilişkin kararlarının yerine getirilmesinde yardım istenir. Görüldüğü gibi, bilirkişiye üzerinde uyuşmazlık bulunan vakıalar için başvurulurken, uzmanlara, uyuşmazlık nedenlerini araştırmaları için başvurulmaktadır. Bilirkişiye, re'sen veya talep üzerine başvurulabilirken, uzmanlara, hâkim, re'sen başvurabilmektedir. Kanımızca da söz konusu uzmanların, bilirkişi olarak kabulü mümkün değildir. Bu uzmanlar, hâkime, taraflar arasındaki uyuşmazlıkların belirlenmesi ve/veya çözümlenmesi için yardımcı olan bir personeldir.

D. AİLE MAHKEMELERİNİN GÖREVLERİ

Aile mahkemelerinin görevleri, 4787 sayılı Kanun'un 5133 sayılı Kanun ile değişik 4. maddesinde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun Üçüncü Kısım (Vesayet) hariç olmak üzere İkinci Kitabında yer alan hükümlere göre aile hukukundan doğan dava ve işler; 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler; 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi ile Kanunlarla verilen diğer görevlerdir.

Aile mahkemelerinin görev alanının belirlenmesinde, dava veya işin Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabı kapsamında yer alması tek başına yeterli değildir. Bu ana şartın yanı sıra dava ve işin aile hukukundan doğması gerekir.⁵⁸⁴

Aile mahkemelerinin görevlerini, 4787 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre şöyle sıralayabiliriz.

1- Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabının Üçüncü Kısım (Vesayet) hariç⁵⁸⁵ olmak üzere, aile mahkemelerinin görevli olduğu dava ve işler;

⁵⁸⁴ Burcuoğlu, (Aile Mahkemesi), s. 14; Özmen, s. 11; Karagülmez-Ural, s. 26.

⁵⁸⁵ 4787 Sayılı Kanun yürürlüğe girdiğinde, aile mahkemelerinin görevi bu açıdan tartışma konusu olmuş ancak daha sonra yapılan kanun değişikliği ile bu tartışma konusu sorun çözülmüştür. Şöyle ki: 4787 Sayılı Kanununun 4. maddesinde belirtilen "Türk Medeni Kanununun İkinci Kitabındaki aile

- Nişanlanma ile ilgili (TMK md. 118-123) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (Örneğin nişanın haksız yere bozulması durumunda maddi ve manevi tazminat istemi, nişanın bozulmasından sonra hediyelerin iadesi istemi).

- Evlenme ehliyeti ve evlenme engelleriyle ilgili (TMK md. 124-133) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (örneğin olağan üstü durumlarda evlenme için izin istemi, kadın için bekleme süresinin kaldırılması talebi).

- Evlenme başvurusu ve evlenme töreni ile ilgili (TMK md. 134-144) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (örneğin evlendirme memurunun evlenme başvurusunu reddine dair karara itiraz etme).

- Evlenmenin geçersizlik halleri ile ilgili (TMK md. 145-160) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (örneğin butlan sebepleriyle evliliğin iptali istemi).

- Boşanma ve ayrılık sonuçlarıyla ilgili (TMK md. 161-184) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (örneğin boşanma talebi, ayrılık istemi).

- Evliliğin genel hükümleri ile ilgili (TMK md. 185-201) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (örneğin evlilik birliğinin korunması çerçevesinde hakim müdahalesi talebi, aile konutuyla ilgili işlemlerde eşin rıza vermemesi halinde hakime başvurma).

- Mal rejimiyle ilgili (TMK md. 202-281) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesi talebi).

- Hısımlıkla ilgili (TMK md. 282-395) maddeler çerçevesinde doğan uyuşmazlıklar (Örneğin soy bağının reddi istemi, babalık talebi).

hukukundan doğan dava ve işler” ibaresinin, İkinci Kitapta yer alan tüm dava ve işleri mi, yoksa sadece aile hukukunu ilgilendiren dava ve işleri mi kapsadığı belirsizlik konusu olmuştur. Zira aile hukukunu direk ilgilendirmeyen “vesayet müessesesi” ile ilgili dava ve işler de Aile Mahkemesinin görev alanı içindeymiş gibi gözükmekteydi. Ancak 14 Nisan 2004 Tarih 5133 sayılı yasayla 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’da yapılan değişiklikle, “Aile Mahkemelerinin Görevleri” başlıklı 4.maddesine, “üçüncü kısım hariç olmak üzere” ibaresi eklenerek, üçüncü kısımda düzenlenen “vesayet konusu” aile mahkemelerinin görev alanından çıkartılmıştır. Ayrıca belirttiğimiz bu kanunla getirilen Geçici 2. madde ile de; “ Bu kanun yürürlüğe girdiği tarihte aile mahkemelerinde görülmekte olan ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun İkinci Kitabının üçüncü Kısımında yer alan konularla ilgili dava ve işler yetkili ve görevli mahkemesine devredilir.” hükmü getirilerek uygulamadaki usul tartışması giderilmiştir. Bkz. Temel, s. 60-61.

2- Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun kapsamına giren dava ve işler;

4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un üçüncü bölümü "Aile Hukuku" başlığını taşımakta ve 9-16. maddeleri içermektedir. Bu maddelerde aile hukuku çerçevesinde bir davanın açılması değil, 4721 sayılı TMK' nun yürürlüğe girmesinden önce açılmış ve sonuçlanmış davaların yeni Kanun açısından anlamları ve içerikleriyle eski Medeni Kanun döneminde açılmış ancak yeni TMK yürürlüğe girdikten sonra karara bağlanacak olan davalara uygulanacak hükümler belirlenmiştir.⁵⁸⁶

3- 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun'a göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi;

Aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi, aile mahkemesinin görevindedir. 2675 sayılı Kanun'un 34 ve devamı maddelerinde yabancı mahkeme kararlarının tenfizi ve tanınmasına ilişkin hükümler yer almaktadır. Söz konusu bu hükümler içerisinde, yabancı hakem kararlarının da tanınma ve tenfizine ilişkin de hükümler bulunmaktadır. Ancak, 4787 Sayılı Kanun'un 4. maddesinde açıkça "mahkeme kararları" denildiği için, 2675 sayılı Kanun'daki yabancı hakem kararlarının tanınma ve tenfizi aile mahkemelerinin görev alanının içinde değildir.⁵⁸⁷

4- Aile mahkemelerine kanunlarla verilen diğer görevler;

Bu kanunların en önemlisi 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'dur. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun 9. maddesinin 1. fıkrasıyla değiştirilen 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun 1. maddesinin 1. fıkrasına göre, söz konusu Kanun ile ilgili tedbirlerin alınmasında görevli mahkeme, aile mahkemesidir. 2828 sayılı Sosyal Hizmetler ve

⁵⁸⁶ Özmen, s. 16.

⁵⁸⁷ Esasen, 2675 sayılı Kanun'un 43 ve 45. maddeleri arasında düzenlenen yabancı hakem kararlarının tenfiz edilebilmesi için, hakem kararına konu uyuşmazlığın Türk kanunlarına göre tahkim yoluyla çözümünün mümkün bulunması gerekmektedir. HUMK'un 516. maddesi göre, tarafların arzularına tabi olmayan konularda tahkim yoluna gidilemeyecektir. Türk Hukukuna göre de, aile hukukuna ilişkin olarak boşanma, ayrılık velayet gibi konuların tarafların arzularına tabi olmadığından, bu konularda hakeme gidilemeyeceğinden, aile mahkemeleri tarafından bunların tanınması da söz konusu olamayacaktır. Bkz. Karagülmez-Ural, s. 119.

Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'dan kaynaklanan küçüklerin korunması ile ilgili davalar da (madde 22) Aile Mahkemelerinde görülür.

E. 4787 SAYILI KANUN'A GÖRE ALINABİLECEK TEDBİRLER

4787 sayılı Kanun'un 6. maddesine göre, aile mahkemesi hâkimleri, diğer kanunlardaki hükümler saklı kalmak üzere görev alanına giren konularda yetişkinler hakkında,

- Evlilik birliğinden doğan yükümlülükler konusunda eşleri uyararak gerektiğinde eşleri uzlaştırmaya,

- Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli tedbirleri almaya,

- Eşleri resmi veya özel sağlık veya sosyal hizmet kurumlarına, huzur evlerine veya benzeri yerlere yerleştirmeye,

- Bir meslek edinme kursuna veya uygun görülecek bir eğitim kurumuna vermeye, karar verebilir.

4787 sayılı Kanun'da yer tedbirlerinin alınmasını talep edebilecekler bakımından, Kanunda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Bununla birlikte 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesinde, alınacak tedbirlerin, aile mahkemesince alınması bağlamında her hangi bir talebe gerek olmadığı gibi bir ifade tarzı kullanılmıştır. Kanun'un bu ifade tarzından, söz konusu tedbirlerinin, Aile mahkemesince, res'en harekete geçilerek alınabileceği anlamı çıkmaktadır. Aile mahkemesi hâkiminin, kendi önüne gelen dava ve işlerin görülmesi sırasında, gerek gördüğü takdirde, aile mahkemesinde yer alan uzmanların da görüşüne başvurmak suretiyle, tarafların talebi olup olmadığına bakmaksızın, re'sen söz konusu tedbirlere karar verebilir.⁵⁸⁸

Aile mahkemesince karara bağlanan bu önlemlerin takip ve yerine getirilmesinde 4787 sayılı Kanun'a göre atanan psikolog, pedagog veya sosyal çalışmacılardan biri veya birkaçı görevlendirilebilir.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ Temel, s. 194-195.

⁵⁸⁹ Tercan, s. 36.

Aile mahkemesi uzmanları aracılığı ile eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşlerin uyarılması ve gerektiğinde uzlaştırılmaları evlilik birliğini koruma yönünden önemli bir düşüncedir. Koruyucu ve önleyici yaklaşım açısından doğru olan bu çabanın hâkim, uzmanlar ve eşler arasında nasıl işleyeceği net olarak açıklanmalı, hâkim bu işleme karar vererek aileyi uzmanlara yönlendirmelidir.⁵⁹⁰

Aile mahkemesince karar verilebilen bu tedbirleri, geçici hukuki koruma tedbirlerinden, ihtiyatı tedbir olarak kabul etmek mümkündür. Nitekim 4787 sayılı Kanun'un 6. maddesinin son fıkrasında da, ihtiyatı tedbir kararlarına aykırı davranılması halinde öngörülen yaptırımı düzenleyen HUMK' nu md. 113/A'ya atıf yapması da, bunu açıkça göstermektedir.⁵⁹¹

Aile mahkemesinin, verdiği tedbir kararları, nihai bir karar olmayıp, geçici hukuki koruma tedbirlerinin bir türü olarak, ihtiyatı tedbir niteliği taşıyan kararlar olduğu için, bu kararlara karşı kanun yolu olarak temyiz veya karar düzeltme yoluna gidilemez. Ancak, verilen karara karşı, yine kararı veren mahkemeye itirazda bulunmak mümkündür.⁵⁹²

Aile mahkemesince verilebilecek söz konusu tedbirlere uyulmaması halinde, bu karara uymayanlar, gereğini yerine getirmeyenler hakkında, HUMK' nun 113/A maddesi uygulanır (4787 sayılı Kanun 6/son) ve o kimsenin eylemi Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.⁵⁹³

F. 4787 SAYILI KANUN'A GÖRE ALINABİLECEK TEDBİRLER İLE 4320 SAYILI KANUNDAKİ TEDBİRLERİN KARŞILAŞTIRILMASI

- 4320 sayılı Kanun'a göre hükmedilen tedbir kararlarının bir örneğinin, Cumhuriyet Başsavcılığına gönderilmesi zorunluluğu olmasına rağmen, 4787 sayılı Kanun'a göre verilen tedbir kararlarında böyle bir durum söz konusu değildir.⁵⁹⁴

⁵⁹⁰ Yüksel, (Nereden Çıktı Bu Uzmanlar).

⁵⁹¹ Tercan, s. 36.

⁵⁹² Tercan, s. 50-51.

⁵⁹³ Tercan, s. 36.

⁵⁹⁴ Karagülmez-Ural, s. 129.

- 4787 sayılı Kanun'a göre verilen tedbir kararlarının yerine getirilmesinde mahkeme bünyesindeki uzmanlar görevlendirilebilmesine rağmen, 4320 sayılı Kanun'a göre hükmedilen tedbir kararlarının yerine getirilmesi kolluk aracılığıyla gerçekleştirilmektedir.⁵⁹⁵

- 4320 sayılı Kanuna göre hükmedilen tedbir kararlarına uyulmaması halinde öngörülen yaptırım, bu Kanunun 2. maddesinin 4. fıkrasında özel olarak "Fiili başka bir suç oluştursa bile, koruma kararına aykırı davranan eş veya diğer aile bireyleri hakkında ayrıca üç aydan altı aya kadar hapis cezasına hükmolunur." şeklinde belirtilmesine rağmen. 4787 sayılı Kanun'da tedbir kararlarına aykırı davranılması halinde, açıkça bir yaptırım gösterilmeden, HUMK' nun 113/A maddesine yollama yapılmaktadır. HUMK' nun 113/A maddesine göre ise, o kimsenin eylemi Türk Ceza Kanunu'na göre daha ağır cezayı gerektiren bir suç oluşturmadığı takdirde, altı aya kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. Sonuç olarak her iki Kanun uyarınca verilecek tedbir kararına muhalefet halinde cezai bir yaptırım öngörülmüştür.

- 4320 sayılı Kanuna göre hükmedilen tedbir kararlarına aykırılık halinde, Sulh Ceza Mahkemesine dava açılırken, 4787 sayılı Kanuna göre verilen tedbir kararlarına uyulmaması halinde ise, asliye ceza mahkemesine dava açılacaktır.⁵⁹⁶

G. 4787 SAYILI KANUN'A GÖRE TARAFLARIN SULH YOLUYLA ÇÖZÜME TEŞVİKİ

4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. 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 verilir.

⁵⁹⁵ Karagülmez-Ural, s. 129.

⁵⁹⁶ Karagülmez-Ural, s. 129.

Kanun koyucu, aile mahkemelerinin önlerine gelen uyuşmazlıkların, öncelikle sulh yoluyla çözümünü istemiştir. Taraflar sulh olamazsa, ancak o zaman, hâkim, uyuşmazlığın esasına girip, yargılama yaparak bir karar verecektir.⁵⁹⁷

Söz konusu maddede geçen sulha teşvik, teknik anlamda sulh değildir. Bu hüküm, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 213. maddesindeki, "Davanın her aşamasında tahkikat hakimi... sonuç vereceği umulan hallerde bunları sulhe de teşvik edilebilir", hükmünden farklı bir anlam taşır. Çünkü 213. maddede geçen "teşvik edebilir" hükmü bir kesinlik taşımamaktadır. Sadece hâkime bir yol gösterilmesi ve yetki verilmesi söz konusudur. 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki "... teşvik eder...sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir" hükmü ise emredici bir kural içermektedir.⁵⁹⁸ Buradaki durum, 1963 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkarılan sulh teşebbüsüne benzemektedir. Çünkü aile hukuku uyuşmazlıklarında tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığı için teknik anlamda sulh mümkün değildir. Burada kastedilen tarafların barıştırılmaya ve uzlaştırılmaya çalışılmasıdır.⁵⁹⁹

4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinde geçen sulhe teşvik, 1963 yılına kadar uygulanan sulh teşebbüsüne içerik itibariyle benzemekle birlikte, bazı farklılıklar göstermektedir. Çünkü sulh teşebbüsü, sadece boşanma davalarında kabul edildiği halde, 4787 sayılı Kanun'da yer alan sulhe teşvik, aile hukukundan doğan her türlü uyuşmazlık için mümkündür. Ayrıca sulh teşebbüsü uygulandığı dönemde, asıl davaya bakacak olan mahkeme (aile mahkemesi) dışında bir mahkeme (sulh hukuk

⁵⁹⁷ Hükümde, "...esasa girmeden önce, ... eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir" denildiğinden, uyuşmazlığın esası hakkında tarafların sulh olması ve uyuşmazlığın o şekilde çözümlenmesi esas olarak kabul edilmiştir. Bkz. Tercan, s. 46.

⁵⁹⁸ Ayan, s. 132-133.

⁵⁹⁹ Aras, (Aile Mahkemesi) s. 159; Ayan, s. 133. Ancak Temel'e göre buradaki sulhe teşvik, teknik anlamda sulh müessesesinin işlevini görmektedir. "Aile mahkemelerinde görülen ve tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri (tazminat davaları gibi) uyuşmazlıklarda, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinde yer alan sulh yoluna teşvik kuralına başvurulması, teknik manada sulh müessesesinin işlevini görebilecek, yani tarafların, ortaya koydukları iradeleriyle (sulh yoluyla) hüküm yerine geçen sonuçlar ortaya çıkabilecektir. Mesele bu açıdan ele alındığında, AMK'nın 7. maddesiyle teknik manada "sulh müessesesinin" kastedildiği sonucuna varmak gerekir. Aksi halde, bu gibi durumda AMK'nın 7. maddesindeki düzenlemeyi, yürürlükten kalmış bulunan ve esasa yönelik bir sonuç doğurmayan sadece boşanma davasının açılması için bir ön şart niteliğinde olan "sulh teşebbüsüne" benzetmek, aile mahkemesi hakiminin teşviki ile sulh olarak aralarındaki uyuşmazlığı esastan çözecek taraf iradelerine hiçbir sonuç bağlamamak olur ki, bu, AMK'nın 7. maddesinin ihdas amacına da ters düşer." Bkz. Temel, s. 86.

mahkemesi) tarafından görülmekteydi. Bu durum sulh teşebbüsünü gereksiz bir formalite haline getirmişti. Bu nedenle eleştirilen hükümler (HUMK md. 494-498) 1963 tarihinde HUMK' undan çıkartılmıştır. 4787 sayılı Kanunda düzenlenen sulhe teşvik ise asıl davayla birlikte aynı mahkemede görülecektir. Şüphesiz ki bu durum, hem Anayasanın 41. maddesindeki ailenin korunması ilkesine, hem de yargılamanın hızlı bir şekilde yürütülmesi gereğine uygun bir düzenleme oluşturmaktadır.⁶⁰⁰

4787 sayılı Kanun'un getirmiş olduğu bu yeni usul kuralı, aile mahkemelerinin kuruluş amacında uygun olarak evlilik birliğinin öncelikle devamını sağlamaya yönelik yöntemlerin gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılmak suretiyle kullanılması ve bunların başında sulh yolunun aranması zorunluluğu getirilmiştir.⁶⁰¹

Aile mahkemesi hâkimi, 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesine göre, davanın esasına girmeden, tarafların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü teşvik edecektir. Ancak mahkemenin esasa girmeden, yapacağı bu tespit her zaman yeterli ve doğru olmayabilir.⁶⁰² Hâkim, bu sulh teşvikinin başarısız olması halinde davayı esastan görmeye başlayacaktır. Davanın esasına girildiğinde uyuşmazlık nedenleri yeniden ve doğru bir şekilde tespit edildiğinde, tarafları tekrar sulhe teşvik etmelidir. Zira hâkim, davanın başlamasından nihai kararı vereceği ana kadar bu yola tekrar başvurabilir.⁶⁰³

4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen, sulhe teşvik yoluna, hâkim tarafından gidilmesinin zorunlu olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁶⁰⁴, Kanun maddesinde, hâkim, uyuşmazlığın sulh yoluyla çözümlenmesini, "gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder" denilmiştir. Bu şekilde emredici bir ifade kullanıldığından, hâkimin sulh girişimi, ihtiyarî olmayıp, zorunlu hale getirilmiştir. Bu hüküm, aile mahkemelerinde uygulanan yazılı yargılama usulü açısından bir yenilik getirmektedir. Zira HUMK'

⁶⁰⁰ Ayan, s. 133.

⁶⁰¹ Aras, (Aile Mahkemesi) s. 160.

⁶⁰² Aras, (Aile Mahkemesi) s. 160

⁶⁰³ Tercan, s. 48.

⁶⁰⁴ Tercan, s. 48-49; Temel, s. 87. Sulh yoluyla çözüme teşvikle ilgili usul kuralı aile mahkemelerinin görevine giren tüm dava ve işler de geçerli bulunmaktadır ve bu usul kuralına uyulmadan karar verilmiş olması durumunda yasaya aykırılık nedeniyle yasa yolu denetiminde bir bozma nedenidir. Bkz. Karagülmez-Ural, s. 177. 4787 sayılı Kanun'un 7. maddesindeki "... teşvik eder...sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir" hükmü ise emredici bir kural içermektedir. Bu maddeye göre aile mahkemesi, ilk olarak eşleri sulhe teşvik etmek zorundadır. Bkz. Ayan, s. 133.

nun yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlerinden, tahkikata yönelik md.213/I'in son kısmında hakim, "... sonuç vereceği umulan hallerde bunları (tarafları) sulha da teşvik edebilir" denilmiştir. Bu durumda, HUMK md. 213/I'e göre, hâkim tarafları sulhe teşvik edip etmeme konusunda bir takdir yetkisine sahipken; 4787 sayılı Kanun'un md. 7/I'de "teşvik eder" şeklinde kesin bir ifade kullanılarak, sulh girişimi zorunlu hale getirilmiş olmaktadır.

Diğer görüşe göre ise⁶⁰⁵, Kanun burada bir zorunluluk getirmemiş, sadece mahkemeye gelen davanın niteliğine göre hâkime bir takdir hakkı tanımıştır. Aile Mahkemesi hâkimi, bu kanundaki takdir yetkisini kullanırken önce araştırma ve incelemede bulunarak, tarafların sulh olma konusunda istekleri yoksa davayı sürüncemede bırakmamak için bu yola başvurmayabilecektir.

Kanımızca, söz konusu Kanun maddesinde "...sulh yoluyla çözümünü....teşvik eder" denilmek suretiyle, emredici bir usul kuralı konulmuştur. Aksi halde madde metni "...teşvik edebilir" şeklinde düzenlenerek takdir hakkı verilebilirdi.

Hâkim, aile mahkemesinin önüne gelen dava ve işler hakkında sulh sağlanmadığı durumlarda, davanın esasına girip yargılama bittikten sonra hükmünü kuracaktır.⁶⁰⁶

⁶⁰⁵ Özüğür, Ali İhsan, Boşanma, Evlenme İptali, Ayrılık Davası, Ailenin Korunması İle İlgili Tedbirler, Tanıma, Tenfiz, Aile Mahkemesi İlişkisi", İzmir Barosu Dergisi, Yıl 69, Ocak 2004, S. 1, s. 34, (Naklen, Aras, (Aile Mahkemeleri) s. 160).

⁶⁰⁶ Aras, (Aile Mahkemeleri) s. 161.

SONUÇ

Evlenmek isteyen kişiler, evlendirmeye yetkili memurun önünde evlenme hususundaki iradelerini açıkladıkları anda evlenme sözleşmesi, dolayısıyla evlilik birliği kurulmuş olur. Bu noktada, evlilik birliği kavramıyla Medeni Kanun'da kullanılan aile kavramları arasında ilişkiyi irdelediğimizde; Medeni Kanun uyarınca, eşlerden meydana gelen bir birlik olan “dar anlamda aile” ile “evlilik birliği” kavramının özdeş olduğu görülmüştür. Gerçekten de dar anlamda aile için gerek doktrindeki hemen hemen bütün yazarlar gerekse de kanun koyucu Medeni Kanun'un 166, 185-195, 201 ve diğer bazı maddelerinde “evlilik birliği” kavramını kullanmıştır.

Evlilik birliğinin korunması, eşlerin evlilik birliği içerisinde karşılaştığı sorunların çözülerek evliliğin sona ermesinin önlenmesi ve devamının sağlanması konusunda yapılan çalışmalardır. Bu çalışmalar, devletin aileye müdahalesi ilkesine dayanır ve temelini ve gerekçesini, Anayasanın 41. maddesinden alır. Bununla birlikte, burada korunan evlilik kanununun aradığı şekle uygun olarak yapılan evliliktir, yoksa resmi nikâha dayanmayan birliktelikler (örneğin dini nikâhla evlilik), bu korumadan yararlanamaz.

Evlilik birliğinin korunmasında, bazı ilkeler göz önünde tutulmak zorundadır. Bu ilkelerden ilki, hâkimin menfaatler dengesini göz önünde tutması ilkesidir. Diğer bir ilke, eşler arasında mutlak eşitliğin bozulmaması ilkesidir. Yeni Medeni Kanun'un, aile hukukunda kadın-erkek eşitliğini bozduğu iddia edilen hükümlerin hiç birine, evli kadınların kocaya karşı koruma amacına yönelik olup olmadığına bakılmaksızın, yer vermemiş böylece eşler arasında eşitliği tam anlamıyla sağlamıştır. Bir diğer ilke, ancak eşlerin istemi üzerine hâkimin müdahalede bulunabilmesi ilkesidir.

Türk Hukuk tarihinde, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin ilk düzenleme, 28 Ekim 1917'de çıkarılan 157 maddelik Hukuk-i Aile Kararnamesidir. Devlet memuru önünde yapılmayan evlenmelerin geçerli olmayacağı belirtilerek evlilik birliğini koruyucu hükümlere yer vermeye çalışılmıştır. Uluslararası hukukta ise evlilik birliğinin korunmasına büyük önem verilmiş, özellikle iki Dünya Savaşı

sonrasında parçalanmış aile sayısındaki artış ve ortada kalan kimsesiz çocukların yarattığı sorunlar nedeniyle aileyi koruyucu kurallar uluslar arası belge ve sözleşmelerde düzenlenmeye başlanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme bu düzenlemelerin en önemlileri olarak karşımıza çıkmaktadır.

17 Şubat 1926 tarihinde 743 sayı ile kabul edilip, 4 Ekim 1926 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanun’unda, evlilik birliğinin korunması alanında çok önemli düzenlemeler getirilmişti. Erkeğin on yedi, kadının on beş yaşını bitirmedikçe evlenemeyeceği, tek eşli evlilik, boşanma sebeplerinin sınırlı sayıda olması, boşanma için özel bir yargılama usulünün öngörülmesi ve hâkim kararına bağlanması, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin başlıca düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktaydı.

743 sayılı Medeni Kanun, 75 yıllık bir uygulamanın ardından 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı yeni Türk Medeni Kanun’u ile yürürlükten kaldırılmıştır. Yeni 4721 sayılı Medeni Kanun ile 743 sayılı EMK’ a göre, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin farklı ve yeni düzenlemeler getirmiştir. Bu Kanun ile Türk kadını evlilik birliği içinde erkekle tam eşit duruma gelmiştir. Yeni TMK, erkekler için on yedi, kadınlar için on beş yaşın tamamlanması şartlarını, kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla her ikisi içinde on yedi yaşın doldurulması olarak değiştirmiştir. Yine, yeni Medeni Kanun’un 40. maddesi, eski Medeni Kanun’un 29. maddesinin 2. fıkrasından farklı olarak evli kişilerin cinsiyet değiştirmelerini yasaklamıştır. Yeni Medeni Kanun’un 194. maddesiyle getirilen önemli bir yenilik, aile konutu ve konut eşyasının özel bir koruma altına alınmış olmasıdır.

Türk Medeni Kanunu, evlilik birliği kurulurken söz konusu birliği koruyan çeşitli düzenlemeler yapmıştır. Evlilik, sadece akdi yapanlar yönünden değil bütün toplumu ilgilendirdiğinden, bir başka deyişle sağlıklı bir evlilik sağlıklı bir toplum için gerekli olduğundan evlenme akdinin yapılabilmesi kanunun öngördüğü belli bazı şartlar ve sınırlar dâhilinde olmaktadır. Yani kanun koyucu evlilik birliği kurulurken, onun kurulmasını bazı şartlara bağlayarak onu korumayı amaçlamıştır. TMK 124. maddesinde evlenecek kişilerin belli bir olgunluğa sahip olmalarını öngördüğü yaş şartını (Medeni Kanun’un evlenmek için bir yaş sınırı koyması evlilik

kurumunu korumaya yönelik bir düzenlemedir. Küçük yaşta, eş olan kadın veya erkek altından kalkamayacağı kadar ağır bir sorumluluğun altına giriyordu. Küçük yaştaki annelik hem annenin hem de doğan bebeğin sağlığına zarar veriyor, annenin psikolojisini de bozarak sağlıklı bir evlilik kurulmasını engelliyordu. Bu nedenlerle evlenecek kişinin topluma ve ailesine karşı evlenme ile ortaya çıkan görevleri getirebilecek bir olgunluğa ulaşmasını, Kanunun bekleyip evlenmek için bir şart sayması evlilik birliğinin kaderi yönünden önemli bir düzenlemedir.), TMK 125. maddesinde evlenecek kişilerin ayırt etme gücüne sahip bulunması şartını (ayırt etme gücüne sahip olmayanların evlenmeleri yasağını, kanun koyucu tarafından kamu menfaati düşüncesiyle sağlıklı bir neslin yetişmesi ve dolayısıyla evlilik kurumunun korunması amacıyla getirilen bir düzenleme olarak kabul edebiliriz. Zira ayırt etme gücünden yoksun bulunanlar, evliliğin önem ve ciddiyetini, yüklediği sorumlulukları anlayabilecek yetenekte olmadıkları için aile kurumunu ciddi ölçüde zedeleyebilirler), TMK 126-128 maddelerinde sınırlı ehliyetsizlerin yani ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların evlenebilmeleri için küçük ve kısıtlının kanuni temsilcisinin iznini aramaktadır.

Evlilik birliği kurulduktan sonra da, kanun koyucu bir takım tedbirler ile evlilik birliğinin sağlıklı bir biçimde devam etmesini amaçlamış, Medeni Kanun'da bazen eşlere yükümlülükler yüklemiş bazen de hâkime yetkiler vermiştir.

Eşlerin evlilik birliği devam ederken uymak zorunda olduğu yükümlülükler "Evliliğin Genel Hükümleri" başlığıyla TMK 185 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama, eşlerin birbirlerine sadakat yükümlülüğü, eşlerin yardım ve dayanışma yükümlülüğü, eşlerin birlikte yaşama yükümlülüğü, eşlerin aile konutunu seçme yükümlülüğü, evlilik birliğini temsi yükümlülüğü, bu yükümlülüklerin başlıcaları ve en önemlileridir.

Medeni Kanun'un eşlerin gerek birbirleriyle gerekse üçüncü kişilerle hukuki işlemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiştir. Bazı hukuki işlemler evlilik birliğinin ekonomik geleceği ve ailenin mutluluğu ve huzuru açısından oldukça önem taşımaktadır. Bu tür hukuki işlemlerde karar verme yetkisini eşlerden sadece birine vermek evlilik birliğinin amacı ile bağdaşmayacağı gibi evlilik birliğini korumaya da gölge düşürebilir. Bu sebeple birliğin geleceği ve mutluluğunu etkileyen önemli

hukuki işlemlerde eşlere tek başına karar alma yetkisi verilmemelidir. Bu düşünceden hareketle kanun koyucu eşlerin hukuki işlem serbestîsi kuralına istisnalar getirmiştir. Bu istisnalardan biri, aile konutu ile ilgili işlemlerde karşımıza çıkmaktadır. TMK' nun 194. maddesinin 1. fıkrasına göre, eşlerden biri diğerinin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Aile konutu, üzerinde hak sahibi olan eş tarafından, hak sahibi olmayan eşin rızası alınmadan yapılan hukuki işlem geçersiz olacak (örneğin kira sözleşmesinin feshi geçerli sayılmayacak), tapuda yapılmış bir işlem varsa bunun da iptali talep ve dava edilebilecektir.

Kanun koyucu, aile konutunun üzerinde bulunduğu taşınmazın kamulaştırılması halinde, aile konutunu koruyucu herhangi bir düzenleme yapmamıştır. Bu halde kamu yararı, aile konutundan üstün sayılıp, kamulaştırma yapılacaktır. Eğer kamulaştırılan konutun bedeli peşin ödenecek olursa eşler, kendilerine yeni bir konut edinebilirler sadece eski düzenleri konusunda manevi birtakım kayıpları olabilir. Ancak kamulaştırma bedeli peşin ödenmez de taksitler halinde ödenirse eşler aile konutu yönünden mağdur olabilirler. Kanımca, bu konuda yapılabilecek en iyi şey, aile konutu olarak kullanılan taşınmazlar üzerinde yapılan kamulaştırmalarda bedelin peşin ödeneceğinin kanuni bir düzenlemeye kavuşturulmasıdır. Hatta bu bedelin kullanılması diğer eşin rızasına bağlanmalıdır. Zira bedeli alan eş kötüniyetli ise parayı başka şekillerde kullanabilir. Yıllarca edinmek için uğraştıkları aile konutundan diğer eş yoksun kalabilir.

Bu istisnalardan bir diğeri, TMK' nun 199. maddesinde düzenlenen, diğer eşin tasarruf yetkisinin hâkim kararıyla sınırlandırılmasıdır. TMK' nun 199. maddesine göre, ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.

Yeni Medeni Kanun, mal rejimlerine ilişkin hükümlerde de evlilik birliğini koruyucu bazı düzenlemelere yer vermiştir. Evlilik birliğindeki özel durum göz önünde tutularak, edinilmiş mallara katılma rejiminde, TMK' nun 223. maddesinin 2. fıkrasıyla, eşlerin paylı mülkiyetinde bulunan mallar üzerindeki tasarruf işlemleri

için özel bir hüküm kabul edilmiştir. Medeni Kanun'un 223/II maddesine göre, aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Yine Medeni Kanun'un 265. maddesinde, mal ortaklığı rejiminde mirasın kabulü ve reddi konusunda özel bir düzenleme getirilmiştir. Bu madde hükmüne göre, eşlerden biri, diğerinin rızası olmaksızın ortaklık mallarına girecek olan bir mirası reddedemeyeceği gibi, tereke borca batıksa mirası kabul de edemez. Bu maddeyle de evlilik birliğinin çıkarları korunmuştur. Ve yine Medeni Kanun'un 217. maddesine göre, "mal rejimi, eşler arasındaki borçların muaccel olmasını önlemez. Bununla beraber bir borcun yerine getirilmesi, borçlu eşi evlilik birliğini tehlikeye düşürecek derecede önemli güçlüklerle sokacaksa, bu eş ödeme için süre isteyebilir." Burada eşlerin herhangi iki insan değil, evlilik birliğini sürdürmekle görevli ve bu birliğe karşı yükümlülükleri olan kişiler olduğu ve evlilik birliğinin korunması gerektiği düşüncesiyle, ödemede güçlüklerle karşılaşacak eşe süre tanınması kabul edilmiştir. Bu da, eşler arasındaki mal rejimleri açısından, evlilik birliğini korumaya yönelik bir diğer düzenlemedir. Medeni Kanun'un 262/I maddesine göre, mal ortaklığı rejiminde, eşlerden her biri, olağan yönetimde, ortaklık mallarını *evlilik birliğinin yararına* uygun olarak yönetmeleri gerektiğini belirtmiştir.

Eşlerin mutlu bir aile kurmak üzere hayatlarını birleştirmelerinden sonra evlilik birliğinin zaman zaman sarsıntılar geçirmesi, dağılma tehlikesiyle karşı karşıya kalması mümkündür. Medeni Kanun'un 195-201 arasındaki maddelerinde düzenlenen hükümlerde hakimin evlilik birliğinin korunması amacıyla bu birliğe müdahalesi öngörülmüştür. Hâkim, evlilik birliğine müdahale ederek, bu birliği korumaya yönelik bazı tedbirlere başvurabilir. Kanuni tedbirlerin amacı, evlilik birliğini sağlıklı bir şekilde ayakta tutmaktır. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki bu müdahaleyi hâkim, eşlerden her birinin ayrı ayrı veya her iki eşin birlikte başvurması üzerine yapabilecektir.

Türk Medeni Kanunu'nun 195. ve devamındaki maddeler ile korunacak evlilik kanununun aradığı şekle uygun olarak yapılan evliliktir, yoksa resmi nikâha dayanmayan birliktelikler (örneğin dini nikâhla evlilik), bu korumadan yararlanamaz; yine yok hükmünde olan evlenmelerde hiçbir zaman geçerli bir evlenme meydana gelmeyeceği için bu korumadan yararlanamazlar. Ancak evlilikte mutlak butlanla

geçersiz ise, hâkim kararıyla iptal edilene kadar geçerli bir evliliğin bütün hukuki sonuçlarını doğuracağından, korumaya yönelik hükümler bu evliliklere de evlilik iptal edilinceye kadarki aşamalarına uygulanır. Buna karşılık, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri hakkında uygulanabilmesi itibariyle daha geniş bir kapsama sahiptir. Bu itibarla resmi olmayan birlikteliklere de örneğin dini nikâhla birlikteliğe de uygulanabilecektir.

Evlenme ile birlikte meydana gelen evlilik birliği, zaman içerisinde çeşitli nedenlerden dolayı sarsılıp, dağılma noktasına gelebilir. Kanun koyucu, evlilik birliğine verdiği önem dolayısıyla, bu birliğin sona ermesini zorlaştırmıştır. Gerçekten de, Medeni Kanuna baktığımızda, evlilik birliğini ortadan kaldıran sebeplerin sınırlı sayıda olduğunu görmekteyiz. Eşler tarafından, bu sebepler dışında, başka bir sebebe dayanarak, evlilik birliğini sona erdirilemeyecektir. Eşlere kendileri boşanma sebebi belirleyebilme hakkı verilseydi çok farklı hukuksal, ahlaksal ve toplumsal olarak kabul edilmesi mümkün olmayan sebeplere dayanılarak kutsal bir müessese olan aile kurumu sona erdirilebilecekti. Örneğin, evdeki yemeğin tuzunu beğenmeyen koca bu sebebe dayanarak veya artık sen yaşlandın seni çekici bulmuyorum daha genç birini istiyorum gibi ferdi ve bencil sebeplere dayanarak evlilik birliği sona erdirilebilecekti. Yani tabiri caizse “kaşın üstünde gözün var” sebepleri hukuk hayatlarında yer almış olacak toplumun temelini oluşturan ailenin kendisi bir temelden, korumadan yoksun bulunacaktı. Bu nedenlerle boşanma sebeplerinin sınırlı sayıda sayılması çok isabetli bir durum olup evlilik birliğini koruma yönünden eşlere yön göstermektedir. Kanunda sayılı sebepleri bilen eşler buna göre hareket edip bu sebepleri yapmamaya özen göstererek evlilik birliğini korumuş olacaklardır.

Yine, hukukumuzda, boşanma ancak hâkim hükmüyle olabilmektedir. Bu da, eşlerin her canları sıkıldığında, bir anlık öfkeyle, evlilik birliğini sona erdirmesine engel olmaktadır. Ve boşanma davalarının ayrı bir yargılama usulüne tabi olması, eğer dava sonucunda boşanma kararı verilmeyecek ise, boşanma davası sırasındaki gergin durum nedeniyle eşlerin tekrar birlikte yaşamalarının olanaksız hale gelmesini önlemeyi amaçlar. Tüm bu hükümler, evlilik birliğinin sarsılması noktasında, bu birliği korumayı amaçlamaktadır.

Medeni Kanun'da düzenlenen boşanma sebeplerine bakacak olursak, bunların TMK 161-166. maddeleri arasında özel ve genel sebepler ayırımına tabi tutularak sınırlı sayıda düzenlendiklerini görmekteyiz. Medeni Kanun, yalnızca boşanma sebeplerini sınırlı sayıda saymamış aynı zamanda her sebep için belli şartların gerçekleşmesini aramıştır. Bu şartlar gerçekleşmediğinde boşanma davası açılmayacaktır. Dolayısıyla evlilik birliği sona ermeyecektir. Örneğin zina nedeniyle boşanma davası açılabilmesi için, evlilik birliği içerisinde olması, eşi dışında karşı cinsten biriyle yapılmış olması ve bilerek ve isteyerek yapılmış olması halinde bir boşanma sebebidir. Bu nedenle, eşinin ilk gecede bakire çıkmaması üzerine, evlenmeden önce başkalarıyla birlikte olduğunu öğrenen erkeğin zina nedeniyle boşanma davası açamayacağı aşikârdır. Bu durumda eşler, ilk gecenin kızgınlığından kurtulup, evliliklerini devam ettirebilirler. Yine anlaşmalı boşanmada gördüğümüz en az bir yıllık süre konulmasının sebebi eşlerin hiç değilse bir yıl birlikte yaşayarak birbirlerini tanımaları şartıdır. Aksi halde, bu yolla bir haftalık veya birkaç aylık evliliklere son verme imkânı tanınmış olur ki, bu da yaşam boyu devam etmesi arzulanan evlilik kurumunun kutsallığıyla bağdaşmayacağı açıktır. Bu süre, eşlerin birbirlerini tanımalarını sağlayacak ve böylece birbirleriyle anlaşmaya başlayıp mutlu bir evlilik birliği sürdürmeleri imkânını doğurabilecektir.

Boşanma davasının açılmasıyla evlilik birliği zarar görür. Zira eşler arasında baş göstermiş olan anlaşmazlık ve çekişme, boşanma davasının açılmasıyla daha da şiddetlenir. Bu yüzden doğması olasılığı bulunan tehlikeli durumları karşılayacak tedbirlerin alınması zorunlu hale gelir. İşte bu düşünceyle Medeni Kanun, boşanma davası açıldıktan sonra hâkimi, gerekli geçici tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır. Bu tedbirlerin evlilik birliğini korumaya yönelik önemli etkileri vardır. Çünkü boşanma davasının açılması ile dava sonunda mutlaka evlilik birliğinin sona ereceği anlamına gelmez. Boşanma davasının açılmasıyla boşanmaya karar verilip verilmeyeceği, yapılacak olan yargılama sonunda ortaya çıkacaktır. İleri sürülen sebep, boşanma kararı verilebilmesi için yeterli bir sebep olmayabilir ya da ileri sürülen sebep ispatlanamamış olabilir. Bu durumda boşanma davası reddedilir, eşlerin tekrar birlikte yaşama yükümlülüğü doğar. Bu sebeptir ki, dava sırasında, eşler arasındaki ilişkilerin düzenlenmemesi, sorunların kısa vadede çözülebilecek geçici tedbirlerin alınmaması durumunda, dava sonunda verilebilecek red kararı

üzerine belki de eşlerin yeniden bir araya gelmeleri olasılığı ortadan kalkar. Fakat dava sırasında hâkimin alacağı bazı tedbirler, eşlerin, davanın red ile sonuçlanması durumunda da, yeniden bir araya gelmelerine olanak sağlayabilir.

Boşanma davalarında, diğer davalardan farklı bir yargılama usulü benimsenmiştir. Bunun nedenleri, dava süresince tarafların korunması, boşanma davası sonunda boşanma kararı verilmeyecek olursa, eşlerin birlikte yaşama yükümlülüklerinin bulunması sebebiyle, boşanma davası sırasındaki gergin durum nedeniyle birlikte yaşamalarının olanaksız hale gelmesini önlemek amacıdır. Bu hükümler evlilik birliği amacına ulaşmasını kolaylaştırmaktadır. Böylece evlilik birliğinin kolayca dağılmasının önüne geçilmiş olunacaktır.

Boşanma isteğiyle açılan davada, hâkim, ayrılık kararı verebilir. Ayrılık kurumu, evlilik birliğinin korunması için çok önemli bir kurumdur. Ayrılık, ortak yaşamın yeniden kurulması olasılığı bulunan, bulunabilecek durumlarda, yeniden bir araya gelmeleri imkânı olan eşlerin, evlilik birliğine devam etmek üzere, bir süre ayrı yaşamalarını düzenleyen bir kurumdur. Ayrılık kurumu, eşlerin birbirlerinden gerçekten ayrılmak isteyip istemediklerini tespiti yarar, daha doğrusu eşlerin hırs ve heveslerinin geçmesine ve bu suretle evlilik birliğinin devam ettirmelerine yardımcı olur.

Ailenin korunması ve aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin hükümler getiren ilk özel kanun olan 4320 sayılı Kanun, hukuk hayatımıza girmiştir. Bu kanunun özellikle kadın ve çocukların şiddete karşı korunması konusunda bir reform niteliği taşıdığı, getirmiş olduğu yeniliklerle aile içi şiddeti büyük ölçüde azaltacağı ümit edilmektedir. Evlilik birliğinde ortaya çıkan şiddet olayları, hem eşlere hem evlilik birliğine zarar vermektedir. Hem eşlerin hem de aile bireylerinin şiddete maruz kalmalarını önlemek, hem de dolaylı olarak evlilik birliğini korumak amacına yönelmiş olan bu kanun, aynı zamanda, evlilik birliğinin dağılma tehlikesiyle karşılaşmasını da önlemeye çalışmaktadır.

4320 sayılı Kanun'da öngörülen özel tedbirlerin amacı ne Medeni Kanun'da öngörülen tedbirleri sınırlamak ne de bunlara örnek vermektir. 4320 sayılı Kanun, özellikle Medeni Kanun ile birlikte uygulanmak ve tamamlayıcı bir işlev görerek aile bireylerinin ve dolayısıyla evlilik birliğinin etkin bir biçimde korunmasını sağlamak

üzere düzenlenmiş bir kanundur. Bu durum, söz konusu Kanun'un 1.maddesinde, "Türk Medeni Kanunu'nda öngörülen tedbirlerden ayrı olarak..." denilmek suretiyle açıkça belirtilmiştir.

Ailenin Korunmasına Dair Kanun üzerinde en çok eleştiri getirilen konulardan biri, Kanunun adının "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" olmasından kaynaklanmaktadır. Burada, neden şiddetin var olduğu bir durumda bile, şiddet gören kişinin değil de ailenin korunduğu eleştirilmiştir. Oysa burada önemli olan şiddet gören ya da şiddet tehdidi altında olan kişinin korunmasıdır. Bu nedenle de kanunun adının uygulandığı birçok ülkede olduğu gibi, "Şiddete Karşı Koruma Emri" şeklinde düzenlenmesi çok daha anlamlı olacaktır diye öneri getirilmiştir. Ancak biz, bu eleştiri ve öneriye katılmamaktayız. Zira Kanunun her ne kadar adı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" ise de Kanun sistematığı itibariyle bu korumayı, bireyleri koruyarak sağlamaktadır. Kaldı ki şiddet uygulanan kişileri başka kanunlar özellikle ceza kanunları zaten korumaktadır. Nitekim 4320 sayılı Kanunun özel bir kanun olması, Türk Ceza Kanunu'ndaki düzenlemelerin uygulanmasına engel teşkil etmemektedir. Türk Ceza Kanunu'ndaki aile içinde özellikle kadını ve çocukları koruyan hükümler her zaman uygulanabilecektir

4320 sayılı Kanun'da şiddet türlerinin ne olduğu açıklanmamıştır. Uygulamada şiddet kavramı, kollukça ve bazen karar vermesi talep edilen hâkim tarafından sadece iz bırakan, fiziksel şiddet ve darp olarak anlaşılmaktadır. Şiddetin sadece fiziksel değil, ruhsal, sosyal, cinsel ekonomik vb. türlerinin olduğu açıklanmalı veya en azından "herhangi bir şiddet türü" biçiminde açıklama yapılarak uygulamada çıkan sorunların bir kısmı önlenebilmelidir.

Aile mahkemesi hâkimi tarafından, öngörülen nafakanın, doğrudan ödenmesine karar verebilmesi olanağı, 4320 sayılı Kanun'da düzenlenmemiştir. İcrai işlemler zaman almaktadır ve mağdurlar aradan geçen sürede yeniden mağduriyet yaşamaktadır. Bu konuda Kanun'da düzenleme yapılarak, aile mahkemesi hâkiminin, nafakaya hükmettiğinde doğrudan ödeme emri verebilmesine imkân tanınmalıdır.

4320 sayılı Kanun'da yetki hususu açıkça düzenlenmemiştir. Bu durumda uygulamada karışıklığa neden olmakta ve yetkisizlik kararları verilebilmektedir. Bu

durumun Kanun'da değişiklik yapılarak açıkça belirtilmesi yerinde bir düzenleme olacaktır.

4320 sayılı Kanun uyarınca verilen kararların kesin olup olmadığı ve kesin değilse karara karşı (tedbir kararı veya tedbir talebinin reddi kararı), yasa yolları açıkça belirtilmemiştir. Doktrinde hakim olan görüŖe göre, 4320 sayılı Kanun uyarınca verilen tedbir kararı, nihai bir karar olmadığından bahisle temyiz yolunun kapalıdır. Ancak bu konuda tartışmalara mahal vermeksizin, verilen tedbir kararlarının kesin olduğu, 4320 sayılı Kanun'da bir değişiklik yapılarak belirtilmelidir.

Aile hukuku alanına giren uyuşmazlıkların, çözüme kavuşturulmaları özel bir uzmanlık gerektirmektedir. Türk Medeni Kanunu'nun, aileyi, evlilik birliğini, çocukları koruyan düzenlemelerden beklenen amacın gerçekleştirilmesi; büyük ölçüde, bu konuda çıkan uyuşmazlıkların, gecikmeksizin, en sağlıklı ve toplumsal yararı da sağlayacak biçimde çözülmesine bağlıdır. Bunu sağlayacak olan uzman mahkemeler ise aile mahkemeleridir. Özellikle evlilik birliğinin korunması amacıyla, hâkimin aile işlerine daha fazla müdahale eder hale gelmesi ve Medeni Kanun'un 195. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen, uzman kişilerin yardımının sağlanması açısından aile mahkemelerinin kurulması zorunlu hale gelmiştir

Genel mahkemeler tarafından, iş yoğunluğundan yeterince üzerinde durulamayan, fakat 4721 sayılı Medeni Kanun ile önemi oldukça artan, evlilik birliğini koruyucu hükümler, aile mahkemeleri sayesinde önem kazanacaktır. Sadece aile hukuku uyuşmazlıklarıyla uğraşan aile mahkemeleri, evlilik birliğinin karşılaştığı sorunların daha açık bir şekilde ortaya konulmasını ve bunlara ilişkin uygun önlemlerin hızlı ve doğru bir şekilde alınmasını sağlayacaktır.

Aile mahkemesi uzmanları aracılığı ile eşlerin evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri konusunda eşlerin uyarılması ve gerektiğinde uzlaştırılmaları evlilik birliğini koruma yönünden önemli bir düşüncedir.

4787 sayılı Kanun'un 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü,

gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

KAYNAKÇA

ACABEY, Mehmet Beşir: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları-İspat Kuralları-ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler”, Dokuz Eylül Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt. 9 Özel Sayı, 2007, s. 491-534.

AKINCI, Şahin: “Medeni Kanun’da Kadın ve Aile”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 1-2, Yıl 2004, s. 15-31.

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul 2008.

AKTAŞ, Aliye Mavili: Aile İçi Şiddet ve Önleme Yolları, Somgür Eğitim Hizmetleri Yayıncılık Ticaret Limited Şirketi, Ankara 1997.

ARAS, Bahattin: Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Günümüz Aile Mahkemeleri, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, (Günümüz Aile Mahkemeleri).

ARAS, Bahattin: “Aile Mahkemelerinde Yargılama Usulü”, Ankara Barosu Dergisi Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007. s. 158-178, (Aile Mahkemesi).

ARIDEMİR, Arzu Genç: “Aile Hukuku Bakımından Önem Taşıyan Kadın Haklarına İlişkin Uluslararası Belgeler ve Bunların Türk Hukukuna Etkisi”, Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 153-185.

ARIN, Canan: “Türkiye’de Kadın Sivil Toplum Kuruluşlarının Kadınların Yasal Konumlarına Etkileri”, <http://siviltoplum.com.tr/?ynt=icerikdetay&id=316> 19.12.2009.

ARIN, Canan: “Karşılaştırmalı Hukukta Koruma Emri”, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 Sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003. s. 35-42, (Koruma Emri).

ARIN, Canan: “Yeni Medeni Kanunun Yaşamımıza Getireceği Değişiklikler” http://www.huksam.hacettepe.edu.tr/Turkce/SayfaDosya/yeni_medeni_kanun.pdf 09.10.2009.

AYAN, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara 2004.

AYHAN, Rıza: “Aileye Yönelik Hukuki Düzenlemeler”, Türkiye Aile Yıllığı, Ankara 1991.

AYİTER, Kudret: Roma Hukuku Dersleri Aile Hukuku, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara 1963.

AYTAÇ, Mehlika: “Aile Ombudsmanlığı Hakkında Avrupa Konseyi No. R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı Üzerinde Bir İnceleme”, T.C. Adalet Bakanlığı Adalet Dergisi, Sayı 6, Yıl 92, Ocak 2001, s. 20-30.

BALO, Yusuf Solmaz: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması”, Aile ve Toplum Dergisi, Yıl: 5, Cilt 2, Sayı 6, 2003, s. 23-32.

BANGUOĞLU, Tahsin: “Türklerde Aile”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T.C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 359-363.

BAŞPINAR, Veyssel: “Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukuku Alanında Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz” A.Ü.H.F.D. Cilt 52, Sayı 3, Ankara 2003, s. 80-101.

BİÇKİN, İnci: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da Düzenlenen Geçici Hukuksal Koruma Önlemleri”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 4, Yıl 2006, s. 1449-1460.

BURCUOĞLU, Haluk: “ 4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Boşanma Düzenlemesinin Eleştirisi ve Uygulamada Karşılaşılabilecek Sorunlar”, Antalya Barosu Dergisi, Sayı 5/51, Yıl 25, Şubat 2004, s.40-69.

BURCUOĞLU, Haluk: “ 4787 Sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun’un Genel Bir Değerlendirilmesi”, Balıkesir Barosu Dergisi, Sayı 67, Eylül 2004, s. 11-18. (Aile Mahkemesi)

BÜYÜKAY, Yusuf: “Yeni Türk Medeni Kanunu’nun 194. Maddesinde Yer Alan Aile Konutu İlişkin Sınırlamanın Hukuki Niteliği”, <http://www.e-akademi.org/makaleler/ybuyukay-8-html>, 02.01.2010, (Aile Konutu Niteliği).

BÜYÜKTANIR, Tahir: “Aile Mahkemeleri”, Ankara Barosu Dergisi, Sayı 2003/1, s. 29-39.

CANSEL, Erol: “Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi”, Prof. Dr. Jale Akipek’e Armağan, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Konya 1991, s. 405-415.

CEYLAN, İlhami: Ceza Hukukunda Aile ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.

CILGA, İbrahim: “Aile Mahkemeleri Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Aile ve Toplum Eğitim-Kültür ve Araştırma Dergisi, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Cilt:2 Sayı 5 Yıl 5, Nisan-Haziran 2002, s. 51-59.

ÇADIRCIOĞLU, Sıla: Hukuksal Açıdan Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet; 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun İzmir Mahkemelerindeki Uygulanması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir 2002.

ÇAY, Fulya: “Aile Mahkemeleri Uygulamaları Üzerine”,
<http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ailemahkemesi2.htm> 04.03.2010.

ÇİFTÇİ, Durdu Baran: “Aile Mahkemeleri Uzmanlarının Hukuki Niteliği Ve Mesleki Uygulama Sorunları”,
http://www.sosyalhizmetuzmani.org/ailemahkemeleri_shu.htm 01.03.2010, (Aile Mahkemesi Uzmanları).

DAYI, Munise: “Aile Mahkemeleri - Panel”, Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara 2003.

DEMİR, Sevgi: Türk Medeni Kanunu, Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununu Getirdiği Yenilikler, Kartal Yayınevi, Ankara 2004.

DEMİR, Pınar Özlem: Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, İstanbul 2004

DOĞAN, Murat: “Medeni Kanunun Getirdiği Yeni Bir Müessese: Aile Konutu”, 15. Kuruluş Yılına Armağan Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VI, Sayı 1-4, Erzincan 2002, s. 284-300, (Aile Konutu).

DOĞAN, Murat: “Türk Medeni Kanunu’nun Evliliğin Genel Hükümleri Bakımından Getirdiği Yenilikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52, Sayı 4, Yıl 2003, s. 93-129, (Yenilikler).

DOĞAN, İzzet: “Anlaşmalı Boşanma”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 81, Sayı 2007/5, s. 1933-1943, (Boşanma).

DOĞAN, İzzet: “Kadına Yönelik Şiddet, Uluslararası Belgeler, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına İlişkin Yasa Ve Bu Yasada Yapılan Değişiklikler Üzerine Bir İnceleme” İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 82, Sayı 3, 2008, s. 1225, (Ailenin Korunması).

DONUK, Abdülkadir: “Çeşitli Topluluklarda ve Eski Türklerde Aile” Türk Aileleri Hangi Yönden Birbirlerine Farklılık Gösterirler”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T.C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 287-301.

EKSİOĞLU, Seyhan: Türk Medeni Kanunu Ailede Yeni Düzen, Kader Yayınları, İstanbul 2002.

EMİROĞLU, Haluk: “Roma Klasik Hukuk Dönemi’nde Mal Rejimi”, A.Ü.H.F.D. Cilt 50, Sayı 3, Ankara 2001, s. 175-183.

ERDENK, Erdem: “ 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Kavram ve Uygulanma Bakımından Uygulanması”, Manisa Barosu Dergisi, Yıl 19, Sayı 75, s. 35-42.

ERKAL, Mustafa E. : “Türk Ailesi ve Batı Avrupa’daki Bazı Değişmeler”, Aile Yazıları II-Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 407-414.

ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları Nişanlanma-Evlenme-Butlan-Vesayet-Kişisel İlişki-Nafaka-Maddi ve Manevi Tazminat-Mal Rejimi, Adil Yayınevi, Ankara 2004.

ERÖZ, Mehmet - GÜLER, Ali: Türk Ailesi, Atatürk Yüksek Kurumu A.K.M. Başkanlığı Yayınları, Ankara 1998.

FEYZİOĞLU, Necmeddin Feyzi: Aile Hukuku, İstanbul 1986.

FINDIKOĞLU, Ziyaeddin Fahri: “Türklerde Aile İçtimaiyatı”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T.C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 1-26.

GRASSINGER, Gülçin Elçin: “Yeni Türk Medeni Kanunu Çerçevesinde Evlilik Öncesi ve Evlilik Süresince Kadının Hukuksal Durumu”, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 Sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003, s. 89-98.

GÖKÇE, Birsen: “Aile ve Aile Tipleri Üzerine Bir İnceleme”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 205-223.

GÖKTEPE, İnci: “4320 Sayılı Kanunun Uygulanmasına Dair Örnekler”, 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve 4721 Sayılı Medeni Kanuna İlişkin Uygulama Sorunları Sempozyumu, İstanbul Barosu Yayınlar, s. 33-34.

GÜNER, Mustafa: “Yeni Medeni Kanunumuzun Aile Konutuna Dair Hükümüyle, Evli Evlere Getirdiği Yeni Kısıtlamalar”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 124, s. 129-132.

GÜVEN, Kudret: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki Tedbirler”, Prof. Dr. İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt II Sayı 1-2, Ankara 1999. s. 1-25.

GÜVEN, Kudret: “Cinsiyet Değişikliği ve Hukuk Sonuçları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1 Sayı 1, 1997, s.77

HACIOĞLU, Burhan Caner: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’la İhdas Edilen Ailenin Korunmasına Dair Kanun’a Muhalefet Suçu Üzerine Bir İnceleme”, A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt III, Sayı 1, s. 39-47.

HAMZAÇEBİ, Mehmet: “Boşanma Öncesi ve Sonrasında Nafaka” Yargıtay Dergisi, Cilt 26, Sayı 3, Temmuz 2000, s. 359-371.

HATEMİ, Hüseyin - SEROZAN, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.

İÇLİ, Tülin Günşen: “Aile İçi Şiddet: Ankara-İstanbul ve İzmir Örneği”, Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Dergisi, Cilt 11, Sayı 1-2, Aralık 1994, s. 7- 20.

İNAL, Nihat: Uygulamada Örnek Kararlarla Açıklamalı Türk Medeni Kanunu, Adalet Yayınevi, Ankara 1997.

KAYAR, Habibe: “Kadına Yönelik Şiddet,4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun Yönetmelik Yargıtay Kararları Ve Uygulama Sorunları” http://www.turkhukusitesi.com/makale_595.htm, 17.01.2010, (Kadına Yönelik Şiddet).

KAÇAK, Nazif: Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medeni Kanunu”, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004,

KARAGÜLMEZ, Ali - URAL, Sami Sezai: Açıklamalı Aile Mahkemelerinin Kuruluş. Görev ve Yargılama Usulleri Kanunu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003.

KARINCA, Eray: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, http://www.turkhukusitesi.com/makale_825.htm 17.01.2010 (Değişiklikler).

KERESTECİOĞLU, Filiz: “Aileyi Korumak Değil, Şiddete Karşı Korunma”, <http://www.bianet.org/kadin/siyaset/15036-aileyi-korumak-degil-siddete-karsi-korunma--2> 20.01.2010, (Aileyi Korumak).

KILIÇOĞLU, Ahmet: Kadın ve Çocuk Hakları Açısından Yeni Türk Medeni Kanunu, T. C. Başbakanlık Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü, Ankara 2003, (Yeni TMK).

KILIÇOĞLU, Ahmet: Medeni Kanun’umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, Ankara 2003, (Yenilikler).

KOCAKAPLAN, İsa: “Dede Korkut’ta İnsan Hükümdar ve Aile”, Aile Yazıları II-Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 249-257.

KONGAR, Emre: “Türkiye’de Aile Yapısı, Evrimi ve Bürokratik Örgütlerle İlişkileri”, Aile Yazıları II-Kültürel Değerler ve Sosyal Değişme, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 63-91.

KÖPRÜLÜ, Bülent-KANETİ, Selim: Aile Hukuku, İstanbul 1989.

KURAN, Ercüment: “Türk Ailesinin Mahiyeti ve Tarihi Gelişmesi”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 365-370.

ORTAYLI, İlber: “Anadolu’da XVI. Yüzyılda Evlilik İlişkileri Üzerinde Bazı Gözlemler”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 279-285.

ÖZBEK, Mustafa: “Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı” http://www.turkhukuksitesi.com/makale_798.htm, 14.02.2010.

ÖZDAMAR, Demet: Türk Hukukunda, Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayınları, Ankara 2002.

ÖZKAN, Hasan: Hukuk Rehberi, Cilt I, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.

ÖZKAN, Zülfikar: “Türkiye’de Boşanmaların Sebep ve Sonuçları”, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1989.

ÖZMEN, İsmail: “Aile Mahkemelerinin Kuruluş ve Görevleri”, Türkiye Noterler Birliği Hukuk Dergisi, Sayı 125, Şubat 2005, s. 6-18.

ÖZOK, Serpil: “Eşlerin Aile Konutu Üzerindeki Hakları” <http://bianet.org/bianet/bianet/32529-eslerin-aile-konutu-uzerindeki-haklari--2> 10.01.2010.

ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

ÖZTÜRK, Fatma Akyüz: “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun”, Yargıtay Dergisi, Cilt:29, Sayı 3, Temmuz 2003, s. 263-268.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Türk Medeni Kanununun Yeni Düzenlemelerine Göre Gerekçeli-Açıklamalı-İçtihatlı Nafaka Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2004.

PEKER, Ömer Lütfi: “Ailenin Korunmasına Dair Kanuna Göre Verilen Kararların İcrası”, Yargıtay Dergisi, Cilt:26, Sayı 4, Ekim 2000, s. 645-660.

REİSOĞLU, Seza: Yeni Medeni Kanunumuzun Bankaları İlgilendiren Düzenlemeleri, <http://www.veribaz.com/viewdoc.html?yeni-medeni-kanun'un-bankalari-igilendiren-baslica-farkli-duzenlemeleri-444744.html>; 14.02.2010, (Yeni Medeni Kanun).

RUHİ, Ahmet Cemal: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Eş ve Çocukların Aile İçi Şiddete Karşı Korunması”, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VIII, Sayı 1-2, Erzincan 2004, s. 529-562, (Ailenin Korunması).

RUHİ, Ahmet Cemal: Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarının Yabancı Ülkelerde Tahsili, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2003, (Nafaka).

SANA, Murat: “Aile Arabuluculuğu”, <http://www.arabulucu.com/bosanma-aile-arabuluculugu/aile-arabuluculugu> 12.02.2010.

SİRMEN, Lale - KOÇHİSARLIOĞLU, Cengiz - TANRIVER, Süha - SÜRAL, Nurhan - TERCAN, Erdal: “Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye’de Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model”, KAMU-İŞ İş Hukuku ve İktisat Dergisi, Cilt 5 Sayı 3, Nisan 2000, s. 1-32.

ŞAHİN, Emin: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Açıklamalı-Uygulamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004.

ŞAHİN, Mualla Gücin: “Evlilik Düzeni Açısından Evliliğin Genel Hükümleri”, Manisa Barosu Dergisi, Sayı 93, Yıl 24, Nisan 2005, s. 69-86.

ŞAHİNKAYA, Rezan: “Türk Aileleri Hangi Yönden Birbirlerine Farklılık Gösterirler”, Aile Yazıları I-Temel Kavramlar, Yapı ve Tarihi Süreç, T. C. Başkanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı Yayınları, Ankara 1990, s. 37-42.

ŞENOCAK, Zariye: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi”, A.Ü.H.F.D. Cilt 58, Sayı.2, Ankara 2009, s. 378-411.

ŞENYUVA, Ardahan Şükrü: Evlilik Birliğinin Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007

ŞIPKA, Şükran: “Aile Konutu ve Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler”, Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği”, Beta Yayınları, İstanbul 2004, s. 369-393.

TANDOĞAN, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ankara 1965.

TERCAN, Erdal: “Türk Aile Mahkemeleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 52 Sayı 3, Ankara 2003. s. 19-53.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 1990.

TEMEL, Muhammed Zeki: Aile Mahkemelerinin Kuruluşu ve Yargılama Usulü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2007.

TUTUMLU, Mehmet Akif: Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2002.

UÇAR, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aileyi Koruma Yasası, Yetkin Yayınları, Ankara 2003.

UÇAR, Ayhan: “4721 Sayılı Kanun İle Evliliğin Genel Hükümleri Alanında Yapılan Bir Kısım Değişiklikler Üzerine Düşünceler”, A.Ü.E.H.F.D. Cilt VI, Sayı 1-4, Erzincan 2002, s. 317-332.

UÇAR, Ayhan: “4721 Sayılı Kanun İle İhdas Edilen Yeni Bir Müessesese: Aile Konutu Müessesesi”, <http://www.e-akademi.org/incele.asp?konu=4721> SAYILI MEDENİ KANUN İLE İHDAS EDİLEN YENİ BİR MÜESSESE: AİLE KONUTU MÜESSESİ&kimlik=1137595698&url=makaleler/auca-1.htm 1701.2010, (Aile Konutu Müessesesi).

ULUĞ, İlknur: “Ailenin Korunmasına Dair Kanun Çerçevesinde Aile İçi Şiddetin Önlenmesi”, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Sayı 6, Eylül 2005, s. 438-457.

UNAT, Nermin Abadan: “İnsan Hakları Çerçevesinde Türkiye’de Kadın Hakları”, Prof. Dr. Necla Arat’a Armağan, İstanbul Kadın Kuruluşları Birliği, Beta Yayınları, İstanbul 2004. s. 40.

USTA, Arif: “Aile Konutu Kavramı ve Uygulaması”, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_954.htm 17.01.2010, (Aile Konutu).

UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli-İçtihatlı) Aile Hukuku Cilt III, Ankara 2002.

ÜNAL, Mehmet: “Medeni Kanunun Kabulünden Önce Türk Aile Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle 1917 Tarihli Hukuk-i Aile Kararnamesi”, A.Ü.H.F.D., Cilt 34, Sayı 1 - 4, Ankara 1978, s. 195-231.

ÜNSAL, Hamdi Can: “Aile Arabuluculuğu”, <http://www.arabulucu.com/bosanma-aile-arabuluculugu/aile-arabuluculugu-2> 12.02.2010.

VATANDAŞ, Celalettin: Aile ve Şiddet Türkiye’de Eşler Arası Şiddet, Afyon Kocatepe Üniversitesi Yayınları, Afyon 2003.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 1965.

YURDAL, Münire: “Aile Konutu Medeni Kanun 194. Madde”, Mersin Barosu Dergisi, Sayı 11, Nisan 2004, s. 45- 50.

YÜKSEL, Neşe Doğan: “Nereden Çıktı Bu Aile Mahkemelerindeki Uzmanlar”, <http://www.pdrciyiz.biz/nereden-cikti-aile-mahkemelerindeki-bu-uzmanlar-t8215.html>, 02/03/2010, (Nereden Çıktı Bu Uzmanlar).

ZEVKLİLER, Aydın - ACABEY, M. Beşir - GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, Ankara 2000.

ZEVKLİLER, Aydın-HAVUTÇU, Ayşe- GÜRPINAR, Damla: Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2008.

YARARLANILAN DİĞER KAYNAKLAR

- Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması, <http://bianet.org/cocuk/kadin/52371-aile-ici-siddet-ve-ailenin-korunmasi> 01.02.2010, (Aile İçi Şiddet).
- Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, T.C.Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları, (Şiddetle Mücadele).
- Aile Mahkemeleri Yasası'nda Eşitlik Yok, <http://www.bianet.org/bianet/kadin/16215-aile-mahkemeleri-yasasinda-esitlik-yok> 04.03.2010.
- Amaç ve Görevler, <http://www.aile.gov.tr/tr/?Sayfa=AmacGorev> 22.11.2009.
- Kadınlar fiziksel, erkekler psikolojik baskı görüyor, <http://www.tumgazeteler.com/?a=4296912> 02.02.2010.
- Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuksal Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Yayınları.
- Tarihçe, <http://www.aile.gov.tr/tr/?Sayfa=Tarihce> 22.11.2009.
- T. C. Adalet Bakanlığı: Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulanma Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002.
- T. C. Anayasası, Komisyon Raporları ve Madde Gerekçeleri, Ankara 1983.
- 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması, T.C. Devlet Bakanlığı Yayınları, Ankara 1999.

SAMAT, Murat, Evlilik Birliğinin Korunması, Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Çiğdem Kırcı, 178 s.

ÖZET

Tezin konusu; “Evlilik Birliğinin Korunması” dır. Tez, giriş ve sonuç bölümleri dışında iki bölümden oluşmaktadır.

Tez çalışmamızın giriş bölümünde, evlilik birliği, aile kavramları ve bu kavramlar arasındaki ilişki, evlilik birliğinin korunması kavramı ve tarihsel süreç ve yasal düzenlemeler incelenmiştir.

Tez çalışmasının birinci bölümünde, Türk Medeni Kanunu’nda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeler, evlilik birliğinin kurulması esnasında, evlilik birliğinin devamı esnasında ve evlilik birliğinin sarsılması esnasında, alt başlıkları halinde incelenmiştir.

Tez çalışmasının ikinci bölümünde, Özel Kanunlarda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin düzenlemeler, 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun hükümlerine göre evlilik birliğinin korunması ve Aile Mahkemeleri ve evlilik birliğinin korunması, alt başlıkları halinde incelenmiştir.

Tez çalışmamızın genelinde, evlilik birliğinin korunmasına yönelik genel hükümler irdelenmiştir.

SAMAT, Murat, Protection of The Legitimate Fellowship, Master's Thesis, Advisor: Prof. Dr. Çiğdem Kirca, 178 p.

SUMMARY:

The topic of master work: "Protection of the legitimate fellowship" The master work contains to parts: introduction and conclusion.

It becomes in the introduction. In our masterwork in the introduction, matrimonial community, family concept, between this concept the summary, the concept of protection of the legitimate fellowship, historic history and legal regulations are examined.

At the first part of our masterwork, the topics maintaining the disrupt of the Matrimonial community the licit closed-loop control with the Turkish civil code, during the marriage and run of the matrimonial community are summarized.

In the second part of the masterwork, the regulations of the protection of the matrimonial community become in the private law summarized protect of matrimonial community according to the law with the number 4320 are examined. These law deals protection of the matrimonial community and family courts.

In general, it is summarized by matrimonial community the general closed-loop control of the protection in the master work.