

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

**EVLİLİK BİRLİĞİNİN HAKİM MÜDAHALESİ YOLUYLA
KORUNMASI**

HAZIRLAYAN
SERENA ÇANGIR BOZKAYA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

TEZ DANIŞMANI
DOÇ. DR. ZEYNEP İPEK YÜCER

ANKARA-2021

BAŞKENT ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
YÜKSEK LİSANS / DOKTORA TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU

Tarih: 06 / 07 / 2021

Öğrencinin Adı, Soyadı:Serena ÇANGIR BOZKAYA.

Öğrencinin Numarası:21810419

Anabilim Dalı:Özel Hukuk.

Programı:Özel Hukuk Yüksek Lisans.

Danışmanın Unvanı/Adı, Soyadı:Doç. Dr. İpek YÜCER AKTÜRK...

Tez Başlığı:Evlilik Birliğinin Hakim Müdahalesi Yoluyla Korunması

Yukarıda başlığı belirtilen Yüksek Lisans/Doktora tez çalışmamın; Giriş, Ana Bölümler ve Sonuç Bölümünden oluşan, toplam .91. sayfalık kısmına ilişkin, 10/05/2021 tarihinde şahsım/ tez danışmanım tarafından turnitin adlı intihal tespit programından aşağıda belirtilen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan orijinallik raporuna göre, tezimin benzerlik oranı % 19.'dır. Uygulanan filtrelemeler:

1. Kaynakça hariç
2. Alıntılar hariç
3. Beş (5) kelimedenden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç

“Başkent Üniversitesi Enstitüleri Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Usul ve Esaslarını” inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına tez çalışmamın herhangi bir intihal içermediğini; aksinin tespit edileceği muhtemel durumda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Öğrenci İmzası:.....

ONAY

Tarih: 06 / 07 / 2021.

Öğrenci Danışmanı Unvan, Ad, Soyad, İmza:

.....
.....

ÖZET

Toplumun en küçük birimini oluşturan aile kavramı evlenme ile meydana gelmektedir. Bu kapsamda kanunların muhatabını oluşturan toplum yapısında önemli bir rol oynayan aile kavramı hukuk düzenlerinin yakından ilgilendiği bir alan olmuştur. Kanunumuzda da önemli bir yer taşıyan aile ve evlilik kurumu özel düzenlemeler ile koruma altına alınmakta, evlilik birliğini sona erdiren sebeplerden biri olan boşanma belirli sebeplere bağlanarak hakim müdahalesi ile de evlilik birliğinin korunması, olmadığı takdirde boşanmanın hasarlarının önüne geçilmek istenmektedir.

Tez çalışmamızın konusunu da evlilik birliğini korumaya yönelik önlemler oluşturmaktadır. Çalışmamız beş bölümden oluşmakta olup ilk bölümde evliliğin hükümleri incelenerek, devamında geçerli evliliği sona erdiren sebepler, üçüncü bölümde boşanma ve boşanma davalarında yargılama süreci incelenmiştir. Çalışmamızın esas konusunu oluşturan hakim müdahalesi dördüncü bölümde derinlemesine irdelenerek söz konusu müdahalenin kapsam ve sınırları üzerinde durulmuş, son olarak beşinci bölümde ise 6284 sayılı kanun kapsamında alınabilecek diğer önlemler incelenerek çalışmamıza son verilmiştir.

ANAHTAR KELİMELELER

Medeni Hukuk- Aile Hukuku- Evlilik Birliğinde Koruyucu Önlemler

ABSTRACT

The concept of family, which constitutes the smallest unit of society, occurs with marriage. In this context, the concept of family, which plays a significant role in the social structure that constitutes the addressee of the laws, has been an area of close interest to the legal systems. The family and the conjugal community, which also has an important place in our law, is protected by special regulations. Divorce, which is one of the reasons for ending the union of marriage, is connected to certain reasons and it is demanded to protect the union of marriage with the intervention of the judge, and to prevent the damages of the divorce if it is not.

The subject of our thesis is the measures to protect the union of marriage. Our study consists of five chapters, and in the first chapter, the provisions of marriage are examined, in the continuation the reasons for ending the valid marriage, and in the third chapter, divorce and the lawsuit process in divorce are examined. The intervention of the judge, which is the main subject of our study, is deeply examined in the fourth chapter and the scope and limits of the relevant intervention are emphasized. Finally, in the fifth chapter, other measures that can be taken within the scope of Law No. 6284 are examined and our study is concluded.

KEYWORDS

Civil Law- Family Law- Protective Measures in Union of Marriage

İÇİNDEKİLER

ÖZET	i
ABSTRACT	ii
İÇİNDEKİLER	iii
KISALTMALAR CETVELİ	vi
GİRİŞ	1
BİRİNCİ BÖLÜM	2
EVLİLİĞİN HÜKÜMLERİ	2
I. EVLENMENİN HUKUKİ MAHİYETİ	2
II. GENEL OLARAK EŞLERİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ	3
A. Evlilik Birliğinin Kurulması	4
B. Birliğin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü	4
C. Çocukların Eğitim, Bakım Ve Gözetimine Özen Gösterme	5
D. Birlikte Yaşama Yükümlülüğü	6
E. Sadakat Yükümlülüğü	7
F. Karşılıklı Yardım Ve Dayanışma Yükümlülüğü	8
G. Ortak Konutun Seçimi	8
H. Evlilik Birliğinin Ortak Giderlerine Katılma Yükümlülüğü	10
İ. Evlilik Birliğinin Birlikte Yönetilmesi Yükümlülüğü	11
J. Meslek Ve İş Seçiminde Özen Gösterme Yükümlülüğü	12
III. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ	13
İKİNCİ BÖLÜM	14
GEÇERLİ EVLİLİĞİ SONA ERDİREN SEBEPLER	14
I. ÖLÜM	14
II. GAİPLİK	15
III. BOŞANMA	15
IV. TMK'DA BOŞANMA SEBEPLERİ	17
A. Özel -Genel Boşanma Sebepleri	17
B. Mutlak – Nisbî Boşanma Sebepleri	17
BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA SÜRECİ	18
I. BOŞANMA HUKUKUNA HAKİM OLAN GÖRÜŞLER	18
II. BOŞANMA HUKUKUNDA HAKİM OLAN İLKELER	18
A. Kusur İlkesi	19
B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesi	20
C. İrade İlkesi	20
D. Elverişsizlik İlkesi	20
E. Fiili Ayrılık İlkesi	21
F. Türk Medeni Kanun'unda Yer Alan İlkeler	21
III. 4721 SAYILI TMK'NUN 184. MADDESİNDE DÜZENLENEN ÖZEL YARGILAMA USULLERİ	21
A. Hakimin Vicdani Kanaat Getirmiş Olması	22
B. Tarafra Yemin Önerilememesi	22
C. Tarafların İkrarlarının Hakimi Bağlamaması	23
D. Hakimin Delilleri Serbestçe Takdir Etmesi	23
E. Boşanmanın Ferî Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Onaylanması	24
F. Duruşmanın Gizli Yapılması	24
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM	25
BOŞANMA SEBEPLERİ	25
I. ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ (TMK m.161-165)	25
A. Zina (TMK m.161)	25

B.	Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış (TMK m.162).....	28
C.	Küçük Düşürücü Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme (TMK m.163)	30
D.	Terk (TMK m.164)	31
E.	Akıl Hastalığı (TMK m.165)	33
II.	GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ (TMK m.166).....	34
A.	Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması	34
B.	Anlaşmalı Boşanma	36
C.	Ortak Hayatın Kurulamaması Veya Fiilî Ayrılık	37
	DÖRDÜNCÜ BÖLÜM.....	39
	HAKİMİN MÜDAHALESİ.....	39
I.	BOŞANMA SEBEPLERİNDE HAKİMİN TAKDİR HAKKI	39
A.	Zina Sebebine Dayalı Boşanmada Takdir Hakkı.....	39
B.	Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebine Dayalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı.....	40
C.	TMK 163. Maddesine Dayalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı	41
D.	Akıl Hastalığı Sebebine Dayalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı	41
E.	Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasında Hakimin Takdir Hakkı	41
F.	Anlaşmalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı.....	43
G.	Ortak Hayatın Kurulamaması veya Fiili Ayrılıkta Hakimin Etkisi	45
II.	TMK 195. MADDESİNE DAYALI OLARAK GENEL KORUMA	46
A.	Şartları.....	46
1.	Eşlerin Birlikte veya Tek Başlarına Talebi	46
2.	Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerin Yerine Getirilmemesi.....	47
3.	Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşülmesi	49
B.	Koruyucu Tedbirleri Almaya Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	49
III.	HAKİMİN ALACAĞI ÖNLEMLER.....	50
A.	Ortak Konut Seçiminde Hakimin Müdahalesi.....	51
B.	Uyarıda Bulunma, Uzlaştırmaya Çalışma.....	51
C.	Uzman Yardımına Yönlendirme.....	53
D.	Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi.....	54
E.	Evlilik Birliği Giderlerine İlişkin Parasal Katkının Belirlenmesi.....	55
F.	Çocuklara İlişkin Geçici Önlemler	57
G.	Borçlulara Yönelik Alınacak Önlemler	59
1.	Şartları	59
2.	Borçlulara Verilecek Talimatın Konusu ve Kapsamı	60
3.	Tedbirin Sonuçları.....	60
H.	Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması	61
1.	Eşlerin Temsil Yetkisi	61
2.	Sorumluluk	62
3.	Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılma Şartları.....	64
4.	Sınırlama Konularının Belirlenmesi.....	65
5.	Sınırlamanın Hukuksal Açıdan Sonuçları	66
6.	Ek Koruma Önlemleri ve Şerh İmkânı.....	67
İ.	Eşlerin Temsil Yetkisinin Tamamen veya Kısmen Kaldırılması	68
1.	Şartları	69
2.	Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının Sonuçları.....	70
3.	Temsil Yetkisinin Geri Verilmesi	70
IV.	ÖNLEMLERİN MAHİYETİ	71
V.	ÖNLEMLERİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI İLKESİ	72
VI.	HAKİM TARAFINDAN ALINAN ÖNLEMLERİN KALDIRILMASI.....	72

VII. GEÇİCİ ÖNLEMLERİN ALINMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME	73
BEŞİNCİ BÖLÜM	75
I. 6284 SAYILI KANUNUN AMAÇ VE KAPSAMI	75
II. 6284 SAYILI KANUN'DA YER ALAN TEDBİRLER	76
A. Koruyucu Tedbir Kararları	77
B. Önleyici Tedbir Kararları.....	78
III. 6284 SAYILI KANUNDA YER ALAN TEDBİR KARARLARININ ÖZELLİKLERİ	90
IV. AİLENİN KORUNMASINA DAİR HUKUKUMUZDA YER ALAN DİĞER DÜZENLEMELER	91
SONUÇ	93
KAYNAKÇA	95

KISALTMALAR CETVELİ

AKDK	: Ailenin Korunmasına Dair Kanun
Bkz	: Bakınız
BM	: Birleşmiş Milletler
C.	:Cilt
CEDAW	:Convention on The Elimination of All Forms Of Discrimination Against Women (Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi)
E.	: Esas
HD.	:Yargıtay Hukuk Dairesi
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İİK	: İcra İflas Kanunu
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
K.	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
sf.	: Sayfa
TBBD	:Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu

GİRİŞ

Toplumun temel yapı taşı olan aile kavramı, sahip olduğu önem ve toplum yapısının büyük bir çoğunluğuna sahip olması ile geçmişten günümüze kadar bütün hukuk sistemleri tarafından ele alınan bir alan olmuştur. Hukuk, sürekli bir değişim ve gelişen koşullara uyum sağlaması ile dinamik bir yapıya sahiptir. Bu kapsamıyla insanı konu alan bütün dallar gibi, hukuk da insan ilişkilerinin büyük çoğunluğunu oluşturan aile kavramı ile yakından ilgilenmiş, ailenin kurulması olan evlenmeden başlamak üzere evliliğin devamı süreci ve boşanmaya kadar ailenin geçirdiği veya geçirebileceği bütün süreçleri ayrıntılı olarak incelemiştir.

Türk Hukuk sistemi içerisinde nişanlanma, evlenme, boşanma Türk Medeni Kanunu ile ele alınarak ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Aile kavramının öznel ve dinamik yapısı sebebi ile kanun koyucu, hukuk sistemi içerisinde düzenlenen diğer alanlardan (örneğin TCK'a yer alan cezai düzenlemeler, TTK'da yer alan hükümler) farklı olarak aile hukukunda kesin ve sert sınırlar yerine, geniş ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde olabildiğince ayrıntılı düzenlemelere, kimi zaman taraf iradelerini, kimi zaman da toplum düzenini üstün tutarak "aile" kavramının sürekliliğini esas alarak kanun maddelerini düzenleme yoluna gitmiştir.

Hakim, kanun koyucu tarafından çizilen sınırlar içerisinde hukuk düzeni tarafından hüküm altına alınan maddelerin uygulayıcısı olmanın yanında durum ve şartlara göre kanun koyucu tarafından bırakılan boşlukları doldurarak takdir hakkı ile adaletin tecellisini sağlamakla yükümlüdür. Aile hukukunda hakime tanınan takdir hakkı bu anlamda, diğer alanların spesifikliği karşısında oldukça geniş bir yer tutmaktadır.

Aile hukukunda hakim müdahalesi devam eden evlilikte ortaya çıkan sorunların boşanma aşamasına gelmeden çözümlenmesinde kendini göstererek evliliğin devamını sağlayabileceği gibi, boşanma aşaması veya sonrasında boşanma ile ortaya çıkan hasarın en aza indirilmesine de yardımcı olması açısından oldukça büyük bir öneme sahiptir. Hakim müdahalesi kendisini eşlerin temsil yetkisi, çocuklara dair önlemler veya eşlerin barınmasına dair hususlarda gösterebilmektedir. Bunun yanında 6284 sayılı AKDK ile de hakim müdahalesi ile sağlanmak istenilen koruma genişletilerek koruyucu veya önleyici önlemler ile ailenin korunması sağlanmıştır. Tez çalışmamızda da hakim tarafından alınabilecek bu tedbirler kanun maddeleri ile ele alınarak incelenmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİĞİN HÜKÜMLERİ

I. EVLENMENİN HUKUKİ MAHİYETİ

Türk Medeni Kanunu'nda, evlenmenin şartları, hükümleri, sona erme sebepleri düzenlenmişse de evlenmeye dair kanunda net bir tanım bulunmamakla beraber maddeler yorumlanarak evlenme, cinsiyetleri ayrı iki kişinin sürekli bir hayat ortaklığı kurmak üzere birbirlerine uygun irade beyanları ile hukuki olarak birleşmesi olarak tanımlanabilir. Söz konusu ortaklığın hayatın getirdiği iyi ve kötü koşullarda birbirlerine maddi veya manevi olarak destek olmak, bu desteğin herhangi bir menfaat veya karşılık beklenmeksizin yapılması kısaca sürekli ve karşılıksız “hayat arkadaşlığı” olarak algılanması gerekir.

Evliliğin sürekliliği başka bir anlatımla belirli bir süre için veya boşanma amaçlı-şartlı değil de uzun zaman sürmesi taraflarca amaçlanan temel hedef olmalı, karşılıksız eşlerin birbirine destek olması da bu geçerli evliliğin bir nevi ön şartını oluşturmaktadır. Bu kapsamda bir devletin vatandaşlığının kazanılması veya oturma izni alınması için yapılan evlilikler kanunda muvazaalı evlilik olarak görülmekte ve geçerli bir evliliğin doğurduğu sonuçları vermemektedir¹.

Evlenmenin hukuki mahiyetine ilişkin çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşler kısaca sözleşme görüşü, kurum görüşü ve şart-tasarruf görüşüdür. Sözleşme görüşünde evlenme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun rıza beyanları ile oluşan bir medeni hukuk sözleşmesi olarak temel alınmaktadır². Bu görüşe göre evlenmenin olabilmesi için nişanlıların kanunen öngörülen şekli şartlara uygun olarak iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları gerekir. Bu sözleşmenin sonucunda da eşlerin karşılıklı hak ve yükümlülükleri doğar ve diğer sözleşmelerde farklı olarak kendine özgü şartlar taşıması (belirli bir vadeye veya şarta bağlanamaması gibi) ile de *sui generis*³ bir medeni hukuk sözleşmesi olarak görülür.

Evlenmenin hukuki mahiyetine getirilen bir başka görüş de “kurum görüşü” olarak karşımıza çıkmakta, evlenmenin üzerinde diğer sözleşmeler gibi tarafların tasarruf ehliyeti

¹ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya- Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Ocak 2019, sf.59

² DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper- Türk Özel Hukuku Cilt 3, 14. Bssı, Şubat 2019, sf.47

³ Latince bir deyiştir. Türkçede tam olarak, *kendine özgü, nevi şahsına münhasır* gibi sıfatlarla karşılanabilir. Kendine özgü özellikleri olan ve başka bir örneği olmayan nesne ya da olayları anlatmak için kullanılır. (https://tr.wikipedia.org/wiki/Sui_generis)

olmadığından ve evlenme sonucunda “aile” nin meydana gelmesi sonucu oluştuğundan evlenmenin bir sözleşme değil bir kurum olduğu savunulmaktadır⁴.

Son olarak evlenmenin şart-tasarruf olduğuna dair görüşte nişanlıların birbirine uygun beyanları ile kanunen objektif olarak evlenme statüsüne, evlenme beyanı ile girmiş olurlar. Tarafların bu statüde değişiklik yapması mümkün olmayıp kanunî şartların gerçekleşmesi ve beyanların kanuna uygunluğu ile evlenmenin gerçekleşeceği bu görüşte esas alınmaktadır⁵.

Türk Medeni Kanunu 142. Maddesinde açıkça evlenmenin, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşacağı belirtilmiş, bu kapsamda da kanunda irade beyanı esas almış, Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu tarafından verilen kararlarla da irade beyanlarının yöneldiği evlendirme memurunun beyanının kurucu değil açıklayıcı olduğu ve evlenmenin oluşması için kamu erkinin etkisi olmaksızın oluştuğu, bu yönüyle de aile hukuku sözleşmesi olduğu görüşü benimsenmiştir⁶.

II. GENEL OLARAK EŞLERİN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Türk Medeni Kanunu üçüncü bölümde yer alan 185. Maddesi ile :

“Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur.

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

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

Türk Medeni Kanunu’nda her ne kadar sırası ile evlenme, boşanma ve sonrasında evliliğin genel hükümleri düzenlenerek sıralamada konu içerikleri açısından bir çelişki yaratılmışsa da⁷ yukarıda ifade edilen 185. madde hükmü evlilik birliğinin temel esaslarını belirtmesi açısından “evlilik birliğinin anayasası” olarak da kabul edilebilir⁸.

Mülga 743 sayılı Türk Medeni Kanunu ile yürürlükte bulunan 4721 sayılı TMK karşılaştırıldığında kadın erkek eşitliğine dair belki de en önemli farkı bahsi geçen 185. Madde hükmünde görmek mümkündür. Bir önceki TMK’da eşlerin hak ve yükümlülüklerinde bazı haklar (ortak konutun seçimi gibi) yalnızca erkeğe, bazı hak ve yükümlülükler ise yalnızca kadına yüklenmişken yürürlükte bulunan TMK ile evlilikten doğan hak ve yükümlülüklerde kadın ve erkeğe tam bir eşitlik sağlanmıştır⁹.

⁴ AKINTÜRK/ATEŞ-sf 60

⁵ AKINTÜRK/ATEŞ- sf61

⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.48

⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet M.-Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ocak 2019,sf.159

⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf. 161

⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.109

Kanun metni yorumlandığında açıkça görülmektedir ki kanun koyucu eşlerin, evlilik birliğinin devam ve mutluluğu için karşılıklı olarak çaba sarf etmeleri için eşlere belirli hak ve yükümlülükler yüklemiştir¹⁰. Madde metninde bu hak ve yükümlülükler çocukların bakım, eğitim ve gözetimi, eşlerin birbirine sadık kalması ve birlikte yaşamaları olarak ifade edilmişse de bu hususların tahdidi olmadığı, kanun koyucunun esas amacının örnekleme yolu ile aslında eşlerin birliğin devamını mümkün ve mutlu kılacak hak ve yükümlülüklerle sahip olduğunu ifade etmek olduğu kuşkusuzdur.

A. Evlilik Birliğinin Kurulması

TMK 185/1 fıkrası ile “evlenme” ile evlilik birliğinin kurulmuş olacağı hüküm altına alınmıştır., Kanun metninde yer alan “evlenme” eşlerin evlendirme memuru önünde karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının açıklanması olarak tanımlanmaktadır¹¹. Bu kapsamda aslında eşlerin irade beyanlarını açıkladıktan sonra nikah defterini imzalamış olmaları veya bir arada yaşamayı ileri bir tarihe ertelemiş olmaları evlenmenin gerçekleştiği hususunu değiştirmemektedir. Bu hususta örnek verilecek olursa eşler evlenmeye dair birbirine uygun irade beyanlarını açıklayıp nikah defterine imza atamadan tören mücbir bir sebeple yarıda kesilse dahi resmi olarak evlenmiş olmaktadırlar.

Evlilik birliği kavramı Türk Medeni Kanunu’nda yer alan “dernek” kavramı ile karşılaştırılırsa aslında bu birliğin tüzel kişilikten yoksun “hukuksal-ekonomik” bir varlık olduğu¹², üyelerinin de eşler ve olursa çocuklardan oluştuğu söylenebilir.

B. Birliğin Mutluluğunu Sağlama Yükümlülüğü

TMK 185. maddesinin 2. Fıkrasında eşlerin evlilik birliğinin mutluluğunu elbirliği ile sağlama yükümlülüğüne değinerek eşlerin kurmuş oldukları birliğin içeriğini doldurmuştur. Söz konusu hüküm ile eşlerin yalnızca mutlu zamanları paylaşması değil, aksine mutlu veya sıkıntılı anlarda birbirlerine destek olmaları, sonuç mutluluğa birlikte ulaşmalarını amaçlamıştır. Aksi takdirde yalnızca mutlu anların paylaşılması diğer sıkıntılı veya zor anlarda bir eşin diğerini yalnız bırakması eşin kendi kusuru ile ortak hayatın çekilmez hale gelmesine sebep olacak ve TMK 166. Maddesinde yer alan boşanma sebeplerinden biri haline gelebilecektir¹³.

¹⁰ ERDEM, Mehmet- Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ocak 2019, sf.213

¹¹ KILIÇOĞLU, -sf.159

¹² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf. 161

¹³ KILIÇOĞLU-sf.160

Birliğin mutluluğuna dair pek tabii olarak net bir tanım olmamakla bu hususun içi, eşlerin yaşamları, hayata bakış açıları ve evlilikten neler beklediği ile her bir ilişki için tek ve özel olmak üzere doldurulabilir. Bu anlamda kanunda evlilik tanımı yapılırken de amaçlandığı üzere eşlerin ortak hayat kurmaları, yaşamlarını birleştirmeleri yolunda evlilik birliği içerisinde birbirlerini mutlu etmek, hayatı birlikte yaşamak, mutluluğu birbirleri ile paylaştıkları gibi sıkıntı ve zorluklarla da birlikte başa çıkmaları gözetilmiştir.

C. Çocukların Eğitim, Bakım Ve Gözetimine Özen Gösterme

Kanun koyucu, evlilik birliğinin devamı ve temeline dair eşlere çocukların bakım eğitim ve gözetimi konusunda özenli davranma yükümlülüğü yüklemiştir¹⁴. Çocuk kavramı yalnızca aynı anne babadan olan çocukları kapsamayıp TMK 338. Maddesinde¹⁵ yer alan üvey çocukları da kapsamaktadır. TMK 338. Maddesi ile de bu yükümlülük açıkça ifade edilmiş, eşlerin diğer eşin çocuklarına da aynı özeni göstermesi, evlilik birliğinin bir sonucu olarak görülmüştür¹⁶.

Maddede yer alan “çocukların bakımı” ifadesinden azami olarak çıkarılacak kapsam temel ihtiyaçlar olan beslenme, barınma, sağlık ve çocuklara özel olarak oyun ve seyahat gibi ihtiyaçlar olarak belirlenebilir. Bu hususlarda çocukların bakım ve ihtiyaçlarının karşılanmaması veya bu hususlardaki ilgisizlik çocuk yetişiminde olumsuz etkiler doğurur ve diğer koşulların da bulunması halinde TMK md.348/2 uyarınca velayetin kaldırılması sebebini oluşturur¹⁷.

Yine maddede ifade bulan “çocukların eğitimi” ibaresinden yalnızca okul eğitiminin anlaşılması gerekmektedir. Yani anne baba, çocuğu okula göndermekle bu yükümlülüğü yerine getirmiş olmamaktadır¹⁸.

Anayasamızın 42. Maddesi¹⁹ ve 222 sayılı İlköğretim Kanunu ile bağlantılı olarak yorumlandığında anne ve baba çocukların eğitiminde ilköğretim eğitimi konusunda yasal

¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.164

¹⁵ Türk Medeni Kanunu Madde 338- Eşler, ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler. Kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe diğer eş uygun bir şekilde yardımcı olur; durum ve koşullar zorunlu kıldığı ölçüde çocuğun ihtiyaçları için onu temsil eder.

¹⁶ KILIÇOĞLU- sf. 161

¹⁷ AKINTÜRK/ATES-sf.144, KILIÇOĞLU-sf.161

¹⁸ KILIÇOĞLU-sf.161

¹⁹ Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 42. Madde

II. Eğitim ve Öğrenim Hakkı ve Ödevi

Kimse, eğitim ve öğrenim hakkından yoksun bırakılamaz.

Öğrenim hakkının kapsamı kanunla tespit edilir ve düzenlenir.

Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılapları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılmaz.

Eğitim ve öğretim hürriyeti, Anayasaya sadakat borcunu ortadan kaldırmaz.

İlköğretim, kız ve erkek bütün vatandaşlar için zorunludur ve devlet okullarında parasızdır.

bir yükümlülük altında olup aksi, özel yaptırımlara yol açabileceği gibi TMK md.185/2 ve 348. Maddesi uyarınca da velayetin kaldırılması sebebi olacaktır²⁰.

Türkiye Cumhuriyeti laik bir devlet olup, kişiler din ve inançlarını seçmekte özgürdürler. Bu kapsamda TMK 185.md 2. Fıkrasında belirtilen çocukların eğitim, bakım ve gözetimi yükümlülüğüne dini eğitim verilmesi dahil olmayıp yine TMK 341. Maddesinde düzenlenen çocuğun dini eğitimini belirleme hakkının anne ve babaya ait olduğu, anne ve babanın bu konudaki haklarını sınırlayacak her türlü sözleşmenin geçersiz olacağı ve ergin çocuğun dinini seçmekte özgür olduğuna dair hükmü TMK 185/2 ile eşlere getirilen yükümlülük kapsamında olmayıp dini eğitim yalnızca ana babaya tanınan, çocuğun 18 yaşını doldurması ile de ergin çocuğa geçen bir haktır²¹.

Özetlemek gerekirse kanun koyucu çocuğun iyi bir insan olması hususunda anne ve babaya özen gösterme yükümlülüğü yüklemiştir²². Bu kapsamda TMK'da çocuğun bakımı, eğitimi ve gözetimi ile azami yükümlülüklerin sınırı çizilmiş olup bu sınırın genişletilmesi ailelerin gelir düzeyi, eğitimi ve her türlü imkanları ile mümkün olup kanaatimizce ülkemizin çağdaş medeniyetler seviyesine gelmesi açısından da oldukça önemli bir etkiye sahip olacaktır.

D. Birlikte Yaşama Yükümlülüğü

Eşler, ortak bir yaşam sürme amacıyla evlenirler ve bu ortak yaşam aynı konutta yaşama hak ve yükümlülüğünü de birlikte getirmektedir. Aynı konutun paylaşılmaması farklı yaşam alanlarında evliliğin sürdürülmesi kanunda belirtilen ve taraflarca amaçlanan evlilik birliğine de uymayacaktır.

Özel ilk ve orta dereceli okulların bağlı olduğu esaslar, devlet okulları ile erişilmek istenen seviyeye uygun olarak, kanunla düzenlenir.

Devlet, maddi imkanlardan yoksun başarılı öğrencilerin, öğrenimlerini sürdürebilmeleri amacı ile burslar ve başka yollarla gerekli yardımları yapar. Devlet, durumları sebebiyle özel eğitime ihtiyacı olanları topluma yararlı kılacak tedbirleri alacaktır.

Eğitim ve öğretim kurumlarında sadece eğitim, öğretim, araştırma ve inceleme ile ilgili faaliyetler yürütülür. Bu faaliyetler her ne suretle olursa olsun engellenemez.

Türkçeden başka hiçbir dil, eğitim ve öğretim kurumlarında Türk vatandaşlarına ana dilleri olarak okutulamaz ve öğretilmez. Eğitim ve öğretim kurumlarında okutulacak yabancı diller ile yabancı dille eğitim ve öğretim yapan okulların tabi olacağı esaslar kanunla düzenlenir ve milletlerarası anlaşma hükümleri saklıdır.

(https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tc_anayasasi.maddeler?p3=42#:~:text=42.,Madde&text=Kimse%2C%20e%C4%9Fitim%20ve%20%C3%B6%C4%9Frenim%20hakk%C4%B1ndan%20yoksun%20b%C4%B1rak%C4%B1lamaz.&text=E%C4%9Fitim%20ve%20%C3%B6%C4%9Frenim%20Atat%C3%BCrk%20ilkeleri.g%C3%B6zetim%20ve%20denetimi%20alt%C4%B1nda%20yap%C4%B1%C4%B1r. 15/11/2020, 12:37)

²⁰ KILIÇOĞLU-sf.161

²¹ KILIÇOĞLU-sf.162

²² AKINTÜRK/ATEŞ-sf.114

Kanunda açıkça tanımı yer almayan Yargıtay içtihatlarında da açıkça ifade edilen “aile konutu”, eşlerin evlilik birliklerini sürdürme amacıyla edindikleri evlilik birliği alanıdır²³.

Kanun koyucu eşlerin birlikte yaşamasını eşlere hem bir hak hem de bir yükümlülük olarak yüklemiş olup, eşlerin birlikte yaşayacakları konutu seçmesine dair düzenleme ile bunun bir hak olduğunu, eşlerden birinin ortak yaşanılan konutu evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla terk etmesi veya haklı sebep olmaksızın ortak konuta dönmemesi durumunu bir boşanma sebebi²⁴ olarak düzenleyerek eşlere bir yükümlülük olarak da yüklemiştir²⁵.

E. Sadakat Yükümlülüğü

Eşlerin birbirine karşı içten bağlılığını ifade eden “sadakat yükümlülüğü” ilk olarak cinsel anlamda sadakati ifade etmekte olup aynı veya farklı cinsten kişilerle kurulan bu kapsamdaki ilişkiler bu yükümlülüğün ihlali sonucunu doğurur. Cinsel ilişki düzeyine ulaşmamış birliktelikler de bu yükümlülüğe uyulmaması kapsamına girebilir²⁶. Karşı tarafla flört niteliği olan görüşmeler, başkası ile uzun süren rutin akşam yemekleri, bu nitelikteki mesajlaşma ve iletişim de sadakat yükümlülüğünün ihlalidir²⁷.

Sadakât yükümlülüğü yalnızca cinsel sadakati değil, her türlü güven sarsıcı hareketten uzak durmayı, duygusal ve düşünsel sadakati de içermektedir²⁸. Eşlerin birbirlerine ait sırları veya menfaatleri bir başka kişi uğruna feda etmeleri, evlilik birliği ekonomisine verilen zararlar (örneğin evin bütün gelirinin kumarda harcanması, ekonomik açıdan sıkıntıya düşülmesine sebep olacak aşırı alışveriş) de eşlerin birbirlerine ve evlilik birliğine karşı sadakatsizliği olarak görülmektedir²⁹.

Sadakât yükümlülüğünün ihlali aynı zamanda kişilik haklarına saldırı niteliği de taşınmaktadır. Bu kapsamda bir eşin sırlarının ifşası veya eşin başka biriyle flörtü yahut

²³ ERDEM-sf.221

²⁴ Türk Medeni Kanunu Madde 164 ile eşlerden birinin, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk etmesi veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmemesi halinde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabileceği hüküm altına alınmıştır. Madde uyarınca Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmemesini engelleyen eş de terk etmiş sayılacaktır. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>) 22/11/2020,11:17

²⁵ AKINTÜRK/ATEŞ- sf.111,sf.113, KILIÇOĞLU-sf.162

²⁶ İPEK, Ali İhsan-Son Tarihli İçtihatlarla Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayıncılık, 2008 Ankara ,sf.55

²⁷ KILIÇOĞLU-sf.163

²⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf164.

²⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.113

cinsel ilişkisi diğer eşin özel yaşam alanının haksız olarak ihlali anlamına gelmekle kişilik hakkına da saldırıdır.

F. Karşılıklı Yardım Ve Dayanışma Yükümlülüğü

TMK 185. Maddesinin son fıkrası ile eşlerin karşılıklı yardımlaşma ve dayanışma içerisinde olması gerektiği hüküm altına alınmıştır. Bu yardımların kapsamı yine evlilik birliği ile ve eşler arasında cereyan edecek durum ve koşullara göre değişmektedir³⁰.

Bir önceki başlıkta ifade etmiş olduğumuz “sadakat yükümlülüğü” eşlerin daha çok 3. Şahıslara yönelik davranışlarını konu alırken karşılıklı yardım ve dayanışma yükümlülüğü ise eşlerin birbirlerine karşı olan ilişki ve davranışlarını konu almaktadır³¹.

Karşılıklı yardım ve dayanışma yalnızca maddi yardımları kapsamamakta, manevi yardım olarak destek olmaya daha yakın ifade edilebilir. Çünkü maddi yardıma dair kanunumuzda 186. Madde f.3 ile eşlerin birlik giderlerine maddi olarak katılma yükümlülüğü düzenlenmiş olup 185. Maddede ifade edilen yardımın bu kapsamda daha çok manevi yardıma yönelik olduğu bu şekilde anlaşılmıştır³².

Pek tabi ki eşlerin birbirleri ile dayanışma içerisinde olması, evlilik birliğinin iki taraflı olmasının bir sonucu olarak iyi günde birlikte olmak kadar kötü gün ve şartlarda da birlikte olmaları sonucunu doğuracak, söz konusu sonuç her iki eş ve hatta çocuklar için de geçerli olacaktır.

G. Ortak Konutun Seçimi

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz “birlikte yaşama” yükümlülüğünün bir sonucu da TMK 186 ve 194 vd. maddelerinde ifade edilen ortak konut, yani aile konutunu ortaklaşa seçme olarak karşımıza çıkmaktadır. TMK 186. Maddesi;

“Eşler oturacakları konutu birlikte seçerler.

Birliği eşler beraberce yönetirler.

Eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar” hükmünü içermektedir. Önceki Medeni Kanun ortak konutun seçimini 152. Madde ile yalnızca kocaya tanımışken, kullanmakta olduğumuz 4721 sayılı TMK ortak konut seçiminin her iki eş tarafından ortaklaşa yapılacağını hüküm altına almıştır.

³⁰ SAMAT, Murat-ANKARA ÜNİVERSİTESİ SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK) ANABİLİM DALI, Evlilik Birliğinin Korunması Yüksek Lisans Tezi,2010 Ankara, sf.34

³¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ- sf.164

³² AKINTÜRK/ATEŞ-sf.114, KILIÇOĞLU-sf.164

Ortak konutun seçiminde ailenin ekonomik, malî ve sosyal durumları göz önüne alınmalıdır. Kişilerin meslekleri, aldıkları eğitim ve çevreleri birbirlerine göre farklılık gösterir ve bu durum pek tabîî olarak yaşanan konutun seçiminde de farklılık yaratır. Konut seçiminde bu kapsamda çocukların okullarına uzaklık, eşlerin sağlık durumları gibi etkenler de etkili olabilir. Örnek verilecek olursak bir eşin kronik nefes alma problemi varken diğer eşin hava kirliliği çok olan bir bölgede yaşamayı tercih etmesi hem etik olarak hem de kanunda belirtilen ortak konutun seçimi açısından uygun olmayacaktır³³.

Daha önce “birlikte yaşama yükümlülüğü” başlığı altında bahsetmiş olduğumuz “aile konutu” kavramına da kısaca değinmekte yarar görüyoruz. Aile konutu, eşlerin evlilik birliğini sürdürmek amacıyla edindikleri evliliğin mekânsal konumu olup yalnızca bir tane olabilir. Bu kapsamda eşlerin birden fazla konutu olsa dahi sürekli oturma amacı ile sahip oldukları konut aile konutu olarak esas alınabilecektir. Aile konutunun varlığı için eşlerden biri veya ikisinin mülkiyetinde bulunması gerekmekte, kira sözleşmesi ile oturlan ev de aile konutu olarak kabul edilmektedir. Kanun koyucu TMK 194. Maddesi³⁴ ile aile konutunun kullanım ve tasarrufunda belirli kısıtlamalar getirmiş, bu kapsamda eşlere sınırsız bir yetki vermeyerek bir nevi aile birliğini korumayı amaçlamıştır³⁵.

TMK aile konutuna dair 194. Maddesi ile getirilen düzenleme ile hukukumuzda yer alan ve korunmasına özen gösterilen “mülkiyet” kavramına büyük bir kısıtlama getirilmiştir. Söz konusu düzenleme ile aile konutu olan taşınmaz belli bir eşin mülkiyetinde de olsa diğer eşin açık rızası olmadan malik eş konut üzerinde belirli tasarruflarda bulunamayacaktır. Hukukumuzda özenle korunan “mülkiyet” kavramının kanun koyucu tarafından belirtilen şekilde kısıtlanmasından kanunen aile birliği ve aile kavramının korunduğu ve ne derece önemli olduğu sonucu çıkabilmektedir. Söz konusu düzenleme olmasa idi eşlerden biri mülkiyetindeki konutu diğerinin rızası hilafına satabilecek, bir şekilde ailesinin mahvına sebep olabilecek ve kanunen evlilik birliğinin kendine yüklemiş olduğu birçok yükümlülüğü de ihlal etmiş olacaktır.

³³ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.110

³⁴ Türk Medeni Kanunu Madde 194 “Aile Konutu”- Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir. Aile konutu olarak özümlenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir.(1) Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>) 22/11/2020,17:56

³⁵ ERDEM-sf221-225

Malik olmayan e e tanınan bu korumaya dair bir hak da TMK 194/3 ile düzenlenmiş ve eş, tapu müdürlüğüne başvurarak ‐aile konutu‐ Şerhinin iŐlenmesini isteyebilmedir³⁶.

H. Evlilik Birliğinin Ortak Giderlerine Katılma Yükümlülüğü

Türk Medeni Kanunu m. 186 f.3 ile eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılacakları düzenlenmiş olup, söz konusu hüküm ile eşlerin evlilik birliğinin ortak giderlerine katılmaları hususu düzenlenmiştir. Söz konusu düzenleme ile malvarlığı ve emek söz konusu giderlerin karŐılanmasında temel olarak ele alınmıŐtır³⁷.

Evlilik birliği giderleri genel olarak gıda, giyim, konut, sağlık gibi temel ihtiyaçlar için yapılan harcamalar olup, bu temel ihtiyaçlar dışında yapılan giderler her aile ve hatta birey için farklılık gösterip örneğin kültürel harcamalar veya spor harcamaları gibi değişik kapsamlarda da birlik gideri olarak karşımıza çıkabilmektedir. Evlilik birliğinin giderleri ile kanun koyucunun esas bahsettiği aslında evlilik birliğinin devamı ve aile geçimi için yapılması gereken harcamalardır³⁸.

 nceki Medeni Kanunumuz 152. Maddesi ile koca evin reisi kabul edilerek söz konusu giderlerin karŐılanması yükümlülüğü yalnızca kocaya yüklenmiş, 2. Fıkra ile de ‐Evin intihabı, karı ve çocukların münasip veçhile, iaŐesi ona aittir.‐ denilmekle evin yönetim ve ailenin ge indirilmesi yalnızca aile reisi olarak nitelendirilen kocaya yüklenmiŐti.

Gelişen yaşam Şartları, kadının ekonomideki yerinin gitgide artması, kadının evdeki emeğinin çoğu zaman ekonomik katkıdan daha nitelikli olması ile oluşan kadın erkek eşitliğine dayalı yeni Medeni Kanunumuz ise ‐ailenin reisi‐ kavramını kaldırmıŐ, eşlerin evlilik birliğinden doğan ortak giderlere katılmasında birliktelik öngörmüŐ, aynı zamanda kadının ‐emeğini‐ de karşılıksız bırakmayarak bu hususu da ev geçimine katkı olarak nitelendirmiŐtir³⁹. Söz konusu düzenlemede emeğin de değerlendirilmesi hususu İMK (İsviçre Medeni Kanunu)'nun 163. Maddesi⁴⁰ göz önüne alınarak kanunumuza eklenmiŐtir⁴¹.

³⁶ ERDEM-sf.230

³⁷ KILIÇOĞLU-sf. 165, DURAL/ OĞ Z/GÜMÜŞ-sf. 167, ERDEM-sf.215, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.114

³⁸ ERDEM-sf. 214, DURAL/ OĞ Z/GÜMÜŞ-sf. 168

³⁹ KILIÇOĞLU-sf.166, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.114

⁴⁰ İsviçre Medeni Kanunu Madde 163;

‐EŞlerden her biri ailenin geçimine güçleri oranında katlanırlar.

Konu ile TMK'da bulunan bir diğerk hüküm de 196. Maddesinde görölmektedir. TMK 196. Maddesi ile eşlerden birinin istemi üzerine hâkime, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirleme yetkisi verilmiştir. Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğerk eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde hakim tarafından dikkate alınacaktır. Bu katkıların, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebileceği⁴² hüküm altına alınmıştır.

İ. Evlilik Birliğinin Birlikte Yönetilmesi Yükümlülüğü

Evlilik ile eşler arasında geçici olmayan sürekli bir bağ kurulur. Bu bağ aynı zamanda eşler arasındaki karşılıklı yardım, birbirlerine destek olma ve çocukların bakımı gibi hususlarda birliğin getirdiği çeşitli alanlarda ortak karar almayı beraberinde getirmektedir⁴³. Kanun koyucu da bu kapsamda madde 186/2 ile açık olarak birliğin eşler tarafından beraber yönetileceği hükmü ile eşlerin evlilik birliği yönetiminde eşit hak ve yükümlülüğe sahip olacaklarını hüküm altına almıştır.

Madde metninden açıkça anlaşılmalıdır ki, birliğe dair ister basit olağan bir iş olsun, ister olağandışı büyük bir girişim olsun eşler evlilik birliğinin yönetimine dair hareket etmeden önce diğerk eşi bilgilendirmek zorunda olup, diğerk eşin bu hususta söz hakkına sahip olduğunu unutmamalıdır⁴⁴.

Evlilik birliğinin yönetilmesi ile kastedilen nedir peki? Bu hususta net bir tanımlama yapmak pek tabii kim mümkün olmamakla örnek verilecek olursa çocukların eğitiminde nasıl bir yol izleneceği, sağlık veya seyahat konularında nasıl bir bütçe ayrılacağı, giderlerin ne şekilde ve ne zaman ödeneceği gibi büyük başlıkların yanında evin nasıl döşeneceği veya ortak konutun hangi semtten alınacağı gibi spesifik konular birlik yönetimine dahil olmaktadır⁴⁵.

Hukukumuzda büyük bir yere sahip olan “hakkaniyet ilkesi” bu başlıkta da önem taşımakta olup eşler birlik yönetiminin kendilerine verdikleri söz hakkını kullanırken hoşgörü ve maddi imkanları göz önüne alarak, istek ve yönetim haklarını buna göre kullanmalıdırlar.

Eşler evin geçimine katkıda özellikle hangisinin parasal ödemede bulunacağı, ev işlerini göreceği, çocuklara bakacağı, diğerkinin meslek veya işletmesinde yardımcı olacağı konularında anlaşabilirler. Bu konuda evlilik birliğinin ihtiyaçları ve eşlerin kişisel durumları göz önünde tutulur.”

⁴¹ KILIÇOĞLU-sf.167

⁴² <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (19/12/2020, 19:50)

⁴³ ÜNLÜTEPE, Mustafa- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II), Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Mart 2019, Ankara, sf.28

⁴⁴ AKINTÜRK/ATEŞ- sf. 111

⁴⁵ KILIÇOĞLU-sf. 165

J. Meslek Ve İş Seçiminde Özen Gösterme Yükümlülüğü

Medeni Kanunumuz “Eşlerin Meslek ve İş” başlıklı 192. Maddesi ile eşlerden her birinin, meslek veya iş seçiminde diğerinin rıza veya iznine tabi olmadığı, fakat bu seçim ve devamında seçilen iş ve mesleğin yürütülmesinde evliliğin ve birlik yararının göz önünde tutulması gerektiği hüküm altına alınmıştır⁴⁶. Hüküm önceki medeni kanundan farklı ve kanaatimizce de yerinde bir uygulama ile kadın erkek eşitliğini göz önünde bulundurarak tarafların çalışma özgürlüklerini diledikleri gibi kullanmasının önünü açarak bu özgürlüğün kullanılmasında eşlerin iznine tabi tutmayarak, yalnızca birliğin huzurunun göz önünde tutulması şartını aramıştır⁴⁷.

Madde metninden, eşlerin meslek seçiminde yalnızca mesleğin getirdiği menfaat ve imkanlar değil, evli olmanın bir sonucu olarak evliliğin huzur ve düzeni de göz önüne alınacak, evlilikten doğan yükümlülüklerin yalnızca maddi değil, manevi desteği de içerdiği unutulmayacaktır⁴⁸. Bu kapsamda örnek verilecek olursa aynı getiriye sağlayan iki işten birisi daha çok seyahat içeriyor, diğeri ise sabit bir yerde ikamet imkanı sağlıyorsa, evlilik birliğinin düzen ve devamı açısından ikinci örnekteki işin seçilmesi daha yerinde görülecektir. Aksi yöndeki karar ve seçimlerde diğer eşe TMK 196 maddesi gereğince hakim müdahalesi talep etme hakkını tanıyacaktır⁴⁹. Hakim müdahalesi ile de meslek ve iş seçimindeki özgürlük eşin elinden alınmamakta, yalnızca eşe uyarı yapılması ile yetinilmektedir. Bu yoldan da sonuç alınamaması halinde ise TMK 166 hükmü uyarınca evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma hususu gündeme gelecektir⁵⁰.

⁴⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> 29/12/2020, 16:32

⁴⁷ KILIÇOĞLU-sf.180, AKINTÜRK/ATEŞ-sf. 116

⁴⁸ KILIÇOĞLU-sf.181

⁴⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.170

⁵⁰ **Yargıtay 2. HD 28/03/2013 tarih, 2013/4708 Esas, 2013/8647 Karar sayılı karar**,Mahkemece taraflar eşit kusurlu kabul edilerek boşanmaya karar verilmiş olup yapılan soruşturma ve toplanan delillerden, davacı-karşı davalı kocanın bağımsız konut temin etmeyerek eşine birden fazla şiddet uyguladığı, tehdit ettiği, eşlerden birinin "işinin türü" kural olarak tek başına boşanma sebebi oluşturması mümkün değil ise de; davalı-davacı kadının evlilik yaşamı ile bağdaşmayan şekilde eşinin karşı çıkmasına rağmen gazinolarda konsomatris olarak çalıştığı ve bu sebeple evlilik birliğinin huzur ve yararının bozulduğunun davacı koca tarafından kanıtlandığı kanaatine varılmıştır. (TMK.md.192)KARŞI OY :Türk Medeni Kanununun 192. maddesi uyarınca eşlerden her birinin, meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda olmadığı hüküm altına alınmıştır. Fakat meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulmalıdır. Davalı kadının kocasının olumsuz görüş bildirmesine rağmen, toplumda değer yargısı olarak, evli bir kadına yakışmadığı genel olarak kabul edilen bir işte çalışmaya başladığı görülmektedir. Değerli çoğunluk, eşin meslek ve işini kategorize ederek “evlilikle bağdaşmayan bir işte çalışmayı” boşanma sebebi olarak kabul etmektedir. Düşünceme göre; işin kendisinin evlilikle bağdaşıp bağdaşmadığı değerlendirilmesine gidilemez. Esas önemli olan, eşin meslek ve işine diğer eşin yaklaşımı ve bu işin evlilik birliğinin huzur ve yararını bozup bozmadığı noktasıdır. Koca, eşinin yaptığı işin evliliğin huzur ve yararını bozduğunu kanıtlamış; davalı ise bu olguyu gösterdiği delillerle çürütememiştir. Söz konusu nedenlerle değerli çoğunluğun bozma/onamaya ilişkin kararına katılmakla birlikte “gerekçedeki kusura ilişkin “evlilik birliği ile bağdaşmayan yerlerde” ifadesine katılmıyorum. Bk. ERDEM- s.216

III.EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMSİLİ

Türk Medeni Kanunu 188. Maddesi ile ; ortak hayatın devamı sürecinde ailenin sürekli ihtiyaçlarında eşlerden her biri evlilik birliğini temsil açısından yetkili sayılmıştır. Sürekli ihtiyaçlar dışında kalan “diğer ihtiyaçlar” hususunda ise belirli haller sayılarak ancak bu hallerde eşlerin temsil yetkisinin bulunduğu belirlenmiş olup bu sebepler

-Eşin hakim tarafından yetkili kılınması,

- Birliğin yararı açısından gecikmesinde sakınca bulunur ve diğer eşin rahatsızlığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerle rızasının alınamaması⁵¹ olarak belirlenmiştir.

Madde metni incelendiğinde temsil yetkisinin olağan (ailenin sürekli-temel ihtiyaçları) ve olağanüstü (diğer ihtiyaçlar) gereksinimlere göre farklı şartlara tabi olabileceği sonucu çıkmaktadır⁵².

Sürekli ihtiyaçlar için kanun koyucu eşlere bireysel hareket edebilme imkanı tanımışken, diğer işler için eşlerin müşterek hareket etmeleri veya hakim tarafından yetkili kılınması şart koşulmuştur⁵³.

⁵¹ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> (30/12/2020, 16:04)

⁵² ERDEM-sf. 218, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.182

⁵³ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.129

İKİNCİ BÖLÜM

GEÇERLİ EVLİLİĞİ SONA ERDİREN SEBEPLER

Ayrı cinsten iki kişinin evlendirme memuru önünde birbirine uygun evlenmeye dair irade beyanında bulunması halinde geçerli bir evlilik kurulmuş olacaktır⁵⁴. Bu unsurlardan birinin dahi olmadığı durumlarda evliliğin yokluğu söz konusu olacaktır. Bunun yanında evliliğin butlan sebebiyle geçersizliği halleri de vardır. Bu haller TMK 145 vd. maddelerinde⁵⁵ ifade edilen mutlak butlan halleri ve TMK 148 vd. maddelerinde⁵⁶ belirtilen nisbî butlan halleri olarak karşımıza çıkmaktadır⁵⁷ ki bu hususları ayrı başlıklar altında incelemeden evliliğin kendiliğinden veya mahkeme kararı ile sona erme halleri üzerinde duracağız.

Butlan veya yokluk hükümlerine tabi olmayan geçerli bir evlilik “ölüm” halinde kendiliğinden sona erebilir veya “gaiplik” yahut “boşanma” kararları ile mahkeme hükmü ile sona erebilir⁵⁸.

I. ÖLÜM

Ölüm ile kişilik sona ermekte, evlilik kendiliğinden son bulmaktadır. Evliliğin bu halde sona erdiğinin tespiti için herhangi bir mahkeme kararına gerek bulunmamaktadır. Ölüm karinesi de ölüm gibi sonuç doğurmakta, evliliği kendiliğinden sona erdirmektedir.

⁵⁴ ÜNLÜTEPE,-sf.25

⁵⁵Madde 145- Aşağıdaki hâllerde evlenme mutlak butlanla batıl olacaktır: 1. Eşlerden birinin evlenme sırasında evli olması, 2. Eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun bulunması, 3. Eşlerden birinin evlenmeye engel olacak derecede akıl hastalığı bulunması, 4. Eşler arasında evlenmeye engel olacak derecede hısımlık bulunması. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>) 08.01.2021, 16:35

⁵⁶ 1) **Ayırt etme gücünden geçici yoksunluk** Madde 148- Evlenme esnasında geçici bir sebeple ayırt etme gücünden yoksun olan eş, evlenmenin iptalini dava edebilir. 2) **Yanılma** Madde 149- Aşağıdaki durumlarda eşlerden biri evlenmenin iptalini dava etme hakkına sahiptir: 1. Evlenmeyi hiç istemediği veya evlendiği kişiyle evlenmeyi düşünmediği hâlde yanılarak bu evlenmeye razı olmuşsa, 2. Eşinde bulunmaması onunla birlikte yaşamayı kendisi için çekilmez hale sokacak derecede önemli bir nitelikte yanılarak evlenmiş ise 3) **Aldatma** Madde 150- Aşağıdaki durumlarda eşlerden biri evlenmenin iptalini dava edebilir: 1. Eşinin namus ve onuru hakkında doğrudan doğruya onun tarafından veya onun bilgisi dahilinde bir başkası tarafından aldatılarak evlenmeye razı olmuşsa, 2. Davacının veya altsoyunun sağlığı için ağır tehlike oluşturan bir hastalık kendisinden saklanmışsa. 4) **Korkutma** Madde 151- Kendisi ya da yakınlarından birinin hayatı, sağlığı veya namus ve onuruna yönelik pek yakın ve ağır bir tehlike ile korkutularak evlenmeye razı edilmiş eş, evlenmenin iptalini dava edebilecektir. 5) **Yasal temsilcinin izninin olmaması** Madde 153- Küçük veya kısıtlı, yasal temsilcisinin izni olmaksızın evlenirse, izni alınmayan yasal temsilci evlenmenin iptalini dava edebilir. Bu suretle evlenen kimse sonradan on sekiz yaşını doldurmak suretiyle ergin olur, kısıtlı olmaktan çıkar veya karı gebe kalırsa evlenmenin iptaline karar verilemez (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>) 08.01.2021, 16:39

⁵⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.72-93, ERDEM-sf.69-93, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.203-223

⁵⁸ KILIÇOĞLU-sf.85

Ölümüne kesin gözle bakılacak bir olayda kaybolan eş hakkında ölüm karinesi uygulandığında olay tarihinden itibaren evliliğin de son bulduğu kabul edilir⁵⁹.

Ölümün gerçekleşmesi ile evliliğin sona ermesi doğal bir sonuç olduğundan kanunda ayrıca düzenlenmemiştir. Fakat ölüm halinde sağ kalan eşin mirasçılığına ve mal rejimine ilişkin düzenlemeler kanunumuzda mevcuttur. Evliliğin sona ermesine dair devam eden dava sürecinde eşlerden birinin ölümü de evliliğin kendiliğinden sona ermesi sonucunu değiştirmeyecek, yani davanın sonuçlanması beklenmeyecektir. Davanın devamı yalnızca sağ kalan eşin mirasçılığına etki edebilecek, evliliğin sonlandığı sonucunu değiştirmeyecektir⁶⁰.

II. GAİPLİK

TMK 32. Maddesi ile düzenlenen gaiplik, bir kimsenin ölüm tehlikesi içinde kaybolması veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınamaması hallerinde ölümü hakkında kuvvetli olasılık bulunması durumunda hakkı olan kişilerin başvurusu üzerine verilen karardır⁶¹.

Eşlerden biri hakkında gaiplik kararı verilmesi evliliği kendiliğinden sona erdirmemekte, diğer eşe evlenmenin feshini isteme hakkı doğurmaktadır. TMK 131 hükmü uyarınca gaiplik başvurusu ile birlikte evliliğin feshinin istenebileceği gibi gaiplik kararı sonrasında mahkemeden evliliğin feshi diğer eş tarafından istenebilecektir. Görüldüğü üzere gaiplik ölüm gibi kendiliğinden evliliği sona erdirmemekte, eşin talebi ve mahkeme kararını gerektirmektedir. Gaiplik kararı üzerine hakkında gaiplik kararı verilen kişinin evliliğin feshini talep etmesi zorunlu olmayıp eş, dilerse evliliği feshetmeden de mevcut konumunu koruyabilir⁶². Fakat eşin tekrar evlenebilmesi, TMK 130. Madde hükmü uyarınca önceki evliliğin sona ermiş olmasına bağlı olduğundan bu halde gaipliğine karar verilen kişinin eşi yeniden evlenmek için önceki evliliğinin feshini talep etmek zorunda olacaktır.

III. BOŞANMA

Kanunda tanımı verilmemiş olsa dahi boşanma, *eşler hayatta iken bir eşin kanunda öngörülen sebeplerden birine dayanarak açtığı dava sonucunda evlilik birliğinin hakim*

⁵⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.104,AKINTÜRK/ATEŞ- sf.195,196

⁶⁰ KILIÇOĞLU-sf.85,86, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.196

⁶¹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.196

⁶² KILIÇOĞLU-sf.86,DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.104,AKINTÜRK/ATEŞ-sf.197,198

kararı ile sonlandırılması olarak tanımlanabilir⁶³. Bu tanımdan boşanma için aranan koşulların;

-TMK uyarınca geçerli bir evliliğin varlığı,

-Eşler hayatta iken eşlerden birinin boşanma hususunda dava açması,

-Hakimin boşanmaya dair hüküm kurması,

-Açılan davanın TMK'da yazılı olan boşanma sebeplerinden birine dayanması olduğu sonucuna varılabilir.

Boşanma davası devam ederken evlilik devam eder ve hatta evliliğin sona ermesi için boşanma kararının verilmesi yeterli olmayıp, kesinleşmesi gerekmektedir. Kararın kesinleşmesi ile eşlerin evlilik birliğinden kaynaklanan hak ve yükümlülükleri de sona erer⁶⁴. Boşanma, dava yoluyla kullanılması gereken bozucu yenilik doğurucu kişiye bağlı bir haktır⁶⁵.

Boşanma davasının açılabilmesi, eşlere tanınmış bir hak olmakla bu davanın bir diğer ön koşulu da geçerli bir evliliğin mevcut olmasıdır. Yok hükmünde olan bir evlenmeye dair boşanma davası açılmasa da butlana tabi olan evlenmeler evliliğin batıl olduğuna dair hüküm kuruluncaya kadar geçerli bir evliliğin sonucunu doğuracağından batıl evlilik için de boşanma davası açılabilir⁶⁶.

Hakim eşlerin boşanma davasında sunmuş oldukları boşanma sebepleri ile bağlı olup, ileri sürülen sebepten başka bir boşanma sebebinin dosyada var olduğunu görse dahi ileri sürülenden başka bir sebeple boşanma kararı veremez. Örneğin eş terk sebebi ile boşanma davası açmış ise ve dosyada zinaya dair kanıt var ise terk sebepleri oluşmasa da boşanmaya hükmedilemeyecek, hakim zinaya dayalı boşanma kararı veremeyecektir. Bu davalarda davanın taraflardan birince kabulü hakimi bağlamamaktadır. Taraflarca hazırlanma ilkesinin hakim olduğu boşanma davalarında hakim boşanma sebepleri konusunda taraf iddiası ile bağlı olup, tarafın ileri sürdüğü olay veya vakayı aydınlatma açısından sınırlı da olsa kendiliğinden araştırma ilkesine uymakla yükümlüdür. Hakim tarafından iddia edilen olayın varlığına kanaat getirilmedikçe bu vakalar ispatlanmış sayılmayacaktır⁶⁷.

⁶³ İPEK, Ali İhsan-Son Tarihli Yayınlanmamış İçtihatlarla Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayınevi, 2008 Ankara, sf.16, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.235, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.104

⁶⁴ ÜNLÜTEPE- sf.30

⁶⁵ İPEK -sf.17

⁶⁶ ÜNLÜTEPE-sf.32

⁶⁷ ARAS -sf.20-26

IV. TMK'DA BOŞANMA SEBEPLERİ

TMK 161 vd. maddelerinde boşanma sebepleri tek tek hüküm altına alınmış olup bu sebepler;

- Zina (md.161)
- Hayata kast, pek kötü veya onu kırıcı davranış (md.162)
- Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (md.163)
- Terk (md.164)
- Akıl hastalığı (md.165)
- Evlilik birliğinin temelinden sarsılması (md.166)

Kanunda sayılan bu 6 boşanma sebebini çeşitli yönlerden farklı kategorilere ayırmak mümkündür. Bu kategoriler boşanma davasına davanın seyri, hakim tarafından bakılacak kriterleri (örneğin boşanma sebebini eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediği gibi) belirleme açısından yardımcı olmaktadır.

A. Özel -Genel Boşanma Sebepleri

TMK'da bazı boşanma sebepleri spesifik olarak belirtilmiş olup bazı sebepler ise tek tek belirtilmemiştir. Bu düzenleme kapsamında sınıflandırma yapıldığında da özel olarak düzenlenen sebepler olarak zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı özel boşanma sebepleridir. Özel boşanma sebeplerinin ileri sürüldüğü davalarda bu olayların ispatlanamaması veya mevcut olmaması halinde boşanmaya dair karar da verilemeyecektir⁶⁸.

Bunun yanında daha genel olan, spesifik bir olaya özgülenebilen sebepler olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması, boşanma hususunda eşlerin anlaşması (anlaşmalı boşanma) ve ortak hayatın yeniden kurulamaması halleri ise genel boşanma sebepleridir⁶⁹. Genel boşanma sebeplerinin varlığına kanaat getirildiğinde evliliğin sarsıldığı kabul edilerek boşanma kararı verilebilecektir⁷⁰.

B. Mutlak – Nisbî Boşanma Sebepleri

TMK'da yer alan boşanma sebeplerinin mutlak-nisbi boşanma sebepleri olarak ayırımında en önemli husus hakimin, dayanılan boşanma sebebini diğer eş için ortak yaşamı çekilmez hale getirip getirmediği hususunu araştırması halinin ayrı ayrı değerlendirmesidir. Mutlak boşanma sebeplerinde ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale

⁶⁸ KILIÇOĞLU-sf.91

⁶⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.243

⁷⁰ KILIÇOĞLU-sf.91

gelip gelmediğine bakılmaksızın boşanma kararı verilebilirken nisbi boşanma sebeplerinde ise bu kriter araştırılarak karar verilir⁷¹.

Örnek verilecek olursa, zina sebebiyle açılan bir boşanma davasında kocanın eve bir kadın daha getirerek “kuma” adı altında eşinin bu kadınla yaşamasını istediği durumda hakim, eş için ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmayacak, zina olgusunun varlığı ile boşanmaya karar verebilecektir. Aynı şekilde eşinin hayatına kast eden eşe karşı açılan boşanma davasında da mutlak boşanma sebebi kabul edilerek boşanma kararı verilebilecektir.

BOŞANMA DAVALARINDA YARGILAMA SÜRECİ

I. BOŞANMA HUKUKUNA HAKİM OLAN GÖRÜŞLER

Tarihte boşanmaya dair pek çok görüş mevcut olup bunlar serbesti sistemi (eşlerin iradesi ile kurulan evliliğin yine eşlerin iradesi ile sona erdirilmesi), yasaklama sistemi (evliliğin hiçbir surette sonlandırılmaması) ve hukukumuzda da benimsenen hakim kararı ile boşanma olarak karşımıza çıkmaktadır⁷². Hukukumuzda benimsenen hakim kararı ile boşanma sistemi uyarınca boşanma sebepleri kanunda tahdidi olarak sayılmış olup bu sebeplerin yorum yolu ile genişletilmesi mümkün değildir. Aynı şekilde hakim kararı haricinde bir şekilde de evliliğin taraf iradeleri veya başka bir makam kararı ile sona erdirilmesi de bu sistemde kabul edilmemiştir⁷³.

II. BOŞANMA HUKUKUNDA HAKİM OLAN İLKELER

Boşanmanın dayandığı 5 temel ilke vardır. Bunlar;

- 1.Kusur İlkesi
- 2.Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması İlkesi
- 3.İrade İlkesi
- 4.Elverişsizlik İlkesi
- 5.Fiili Ayrılık İlkesi

Bu ilkelerin her birinin bir arada bulunması gerekmemekte bazen bir boşanma sebebinde birden fazla ilke bulunurken bazen tek bir ilkenin bulunması dahi boşanma sebebinin oluşturabilmektedir. Kanunumuzda bu ilkelerin karşılığı olarak örnek vermek gerekirse kusur ilkesi zina, hayata kast ve pek kötü veya onur kırıcı davranışta, evlilik

⁷¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.105, ARAS -sf.165, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.243,KILIÇOĞLU-sf.91

⁷² İPEK -sf.18, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.237-240

⁷³ ARAS,Bahattin - Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 2. Baskı,Adalet Yayınevi, 2011 Ankara, sf.12

birliğinin temelinden sarsılması ilkesi TMK 166. Maddesinde, elverişsizlik ilkesi akıl hastalığında, irade ilkesi ortak hayatın yeniden kurulamamasında, fiili ayrılık ilkesi de terkte karşımıza çıkabilmektedir. Görüldüğü zere TMK’da tek bir ilke ile bağlı kalınmayarak her ilkenin yer aldığı karma bir model benimsenmiřtir⁷⁴.

A. Kusur İlkesi

Kusur ilkesinde boşanmanın gerçekleşebilmesi için eşlerden birinin kusurlu olması aranmaktadır. Buna göre boşanma davası açma hakkı kusurlu olmayan eşe ait olacaktır. Kusur ilkesinin temel esası kusursuz olan eşin korunması olup, kusurlu eşin aynı zamanda boşanma davası da açarak kusurundan faydalanmasının önüne geilmesi⁷⁵.

TMK’da kusur ilkesinin mutlak uygulanmadığını belirtmiştik. Bunun içindedir ki boşanma kararı verilirken davayı aan eşin tamamen kusursuz olması aranmamakta, diğer tarafın kusurunun daha ağır olması gözetilmektedir.

Kusur prensibinin kr krne kabulü halinde ortada herhangi bir kusur bulunmasa da evlilik birliğinin devam edemeyeceği durumlarda iki eşin de kusuru bulunmadığı için boşanma davası aılamayacağından evliliğin “sözde” devamına sebep olacaktır. Bu sebeple hukukumuzda kusur durumu daha çok boşanma sonuçlarını etkilemektedir.

Kusur ilkesi uygulanırken hakim tarafından kusur kabul edilen vakıalar açıklanmalı, usulüne uygun olarak dayanılmayan delil (tanık, dosya vb) ve vakıalar kusur belirlemede esas alınmamalı, usulüne uygun olarak dayanılan deliller toplanmadan kusur belirlemesi yapılmamalı ve iradi olmayan davranışlar, elde olmayan sebeplerle gerçekleşen vakıalar kusur olarak kabul edilmemelidir. Belirttiğimiz esaslar Yargıtay’ın içtihatları ile de kabul edilmiřtir⁷⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda davalı kocanın akıl hastası olduğu, bu nedenle de davranışlarının iradi olmadığı gerekçesi ile reddedilen ilk derece mahkemesi kararında, aslında kocanın akıl hastalığı sebebiyle değil de fiziksel özürü gereği kısıtlandığı, bu haliyle de hareketlerinin iradi olduğu ve kusur yüklenebileceği, mahkemece usulüne uygun dayanılan deliller toplanmaksızın karar verilmesi aykırı görülerek ilk derece mahkemesi kararı bozulmuřtur⁷⁷.

⁷⁴ İPEK -sf.18,19

⁷⁵ ARAS-sf. 12-13

⁷⁶ GENÇCAN, Ömer Uğur-Boşanma Hukuku 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Hazırlanmış Bilimsel Açıklama ve Son İçtihatlar, Yetkin Yayınları, 8. Baskı,Ankara 2019, sf.112-122

⁷⁷ Yargıtay HGK, 13.02.2018 tarih, 2016/21670 E. 2018/1918 K.

B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması İlkesi

Evlilik birliğinin sarsılması ilkesinde tarafların boşanma davası açması için diğer eşin daha kusurlu olması gibi bir şart aranmamakta, her iki taraf da kusursuz olsa dahi evlilik birliğinin devamını haklı kılacak bir sebep bulunmazsa boşanma kararı verilebilecektir⁷⁸. Bu ilke, tarafların evlilik ile sağlanmasını umdukları birlik gereklerinin oluşmaması sebebiyle evliliğin devam etmesini istememeleri halidir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını takdir yetkisi hakime ait olup, ilkenin adından da anlaşılacağı gibi sübjektif temellere dayanmaktadır⁷⁹. Her vakıya, her dosyaya ve ilişkiye göre farklılık gösterebilecek bu ilkenin uygulama alanı da boşanma davalarında daha geniş yer bulmaktadır.

C. İrade İlkesi

Eşlerin ortak iradeleri ile kurulan evlilik birliği pek tabi ki yine eşlerin iradeleri ile sona erdirilebilecektir⁸⁰. Bu ilkenin hukukumuzda uygulama alanı, nasıl ki evliliğin devamı için eşlerin herhangi bir zorunluluğu bulunmuyorsa, var olan evliliğin sona ermesi için de yalnızca iradeleri yeterli olmayacak, bu irade kendisini boşanma davası açma şeklinde kendini gösterecektir. Türk hukukunda boşanmada taraf iradeleri ağırlıklı olarak baz alınsa da boşanmada salt taraf iradesine dayanılmamıştır⁸¹ Kanaatimizce irade ilkesinin boşanma hukukundaki en belirgin yansıması kendisini anlaşmalı boşanmada göstermektedir.

D. Elverişsizlik İlkesi

Doktrinde kabul edilen tanıma göre elverişsizlik ilkesi eşlerden birinin bedeni veya ruhsal sıkıntılar nedeni ile evlilik mükellefiyetlerini yerine getirememesi halidir⁸². Elverişsizlik ilkesinin TMK’da sayılan boşanma sebeplerindeki en belirgin yansıması “akıl hastalığı”dır. Bunun dışında iktidarsızlık, cinsel sapıklık, kısırlık, alkolizm, gelecek soylar için tehlikeli hastalıklar da elverişsizlik ilkesine verilebilecek diğer örneklerdir⁸³.

Elverişsizlik ilkesi yalnızca eşlerden birinin bir hastalık kapması olarak algılanmamalı, herhangi başka bir sebeple evlilik mükellefiyetinin yerine getirilmesine engel olan olay da bu ilkenin uygulanmasına sebep olabilir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda eşinin kendisini aşağıladığı ve ayrıca kasten adam öldürme sebebiyle uzun süreli

⁷⁸ GENÇCAN-sf.128

⁷⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.241

⁸⁰ GENÇCAN-sf.112, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.240

⁸¹ ARAS-sf.18

⁸² ARAS-sf.18,İPEK-sf.18AKINTÜRK-ATEŞ-sf.242

⁸³ GENÇCAN-sf.128

hapis cezasına mahkum edilen eşe karşı açmış olduğu boşanma davasında, uzun süreli özgürlüğü bağlayıcı cezaya mahkum edilen eşin evlilikten doğan yükümlülüklerini yerine getiremeyeceğine dair hüküm kurarak elverişsizlik ilkesinin uygulanmasına dair örnek oluşturmuştur⁸⁴.

E. Fiili Ayrılık İlkesi

Fiili-eylemlerle ayrılık ilkesi, evliliğin temelini oluşturan ortak hayatın artık eşler tarafından ortak olarak yürütülmemesi, sürekli ve fiili olarak ayrı yaşamalarına dayanmaktadır. Her ayrı yaşama eylemi bu ilkenin uygulanmasını gerektirmeyip, ayrı yaşanan süre ve bu ayrı yaşamanın kökleşmiş olması şartı aranır⁸⁵. Ayrı yaşama süresi ne kadar uzarsa tekrar birlikte yaşamın kurulması ihtimali de o kadar azalmış kabul edilir⁸⁶. TMK’da bu ilkenin yansıması ise boşanma sebeplerinden “eylemlerle ayrılık” ile kendini göstermektedir.

F. Türk Medeni Kanun’unda Yer Alan İlkeler

Yukarıda ilkeleri tek tek incelerken de değindiğimiz üzere TMK’nda tek bir ilke ile bağlı kalınmamış, her ilkeye değinen belirli boşanma sebepleri öngörülerek bir nevi karma bir sistem benimsenmiştir⁸⁷. Daha çok evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi uygulama alanı bulsa da diğer ilkeler de boşanma sebeplerinde göz önüne alınmıştır.

Kusur ilkesinin zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış ve terk sebebiyle boşanmada; elverişsizlik ve evlilik birliğinin sarsılması ilkelerinin akıl hastalığı sebebiyle boşanmada; irade ilkesinin anlaşmalı boşanmada; eylemlerle ayrılık ilkesinin de eylemlerle ayrılık sebebiyle boşanmada uygulama alanı bulduğu örnek olarak verilebilir⁸⁸.

III.4721 SAYILI TMK’NUN 184. MADDESİNDE DÜZENLENEN ÖZEL YARGILAMA USULLERİ

Boşanma davalarının konusu ve içerdiği önem göz önüne alınarak kanun koyucu HMK’da yer alan genel ve kapsamlı düzenlemelere istisnai bir uygulama getirerek TMK 184. Maddesi ile boşanma davasında kendine özgü usul hükümlerinin uygulanmasını öngörmüştür⁸⁹.

⁸⁴ Yargıtay 2. HD 16.03.2017 tarih, 2015/21999 E. 2017/2786 K.

⁸⁵ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.242, İPEK-sf.18

⁸⁶ GENÇCAN-sf.129

⁸⁷ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.243, ARAS-sf.19

⁸⁸ GENÇCAN-sf.129,130

⁸⁹ Türk Medeni Kanunu Madde 184-Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir: 1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların

A. Hakimin Vicdani Kanaat Getirmiş Olması

Hukuk davaları ve HMK’da kanuni delil ile ispat edilen olguların bulunması hakimi bağlamakta, şekli gerçeklik bulunmasa dahi dava kabul edilmektedir. Boşanma davalarında ise TMK 184/1 maddesi ile getirilen düzenleme ile “vicdani delil” ilkesi benimsenmiştir⁹⁰. İşte bu sebeptendir ki taraflar, boşanma davasına konu edilen olguları kabul etseler dahi, hakim bu olguların varlığına kanaat getirmemişse boşanma kararı verilemeyecektir⁹¹.

Söz konusu madde kesinlikle hakime tam bir serbesti sağlamamakta, yalnızca vicdanen olay ve davanın aydınlatılmasında sınırlı da olsa kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulanmasına izin vermektedir⁹². Aksi takdirde eşler, göstermelik olgulara dayanarak ve bu olguların varlığını kabul ederek boşanma davası açabilecek, TMK’da boşanma için kabul edilen boşanma sebeplerinin tahdidi olması ilkesine aykırı olarak hakim vicdanen kanaat getirmese veya ikrar ile bağlı olsa idi boşanmaya karar verilebilecekti.

B. Taraflara Yemin Önerilememesi

HMK 225. Maddesinde düzenlenen yemin, kesin delil olup çekişmeli davaların aydınlatılmasında önemli bir yere sahipken; boşanma davalarında hakim, re’sen veya taraflardan birinin talebi üzerine taraflara yemin teklifinde bulunamaz⁹³. Örneğin Yargıtay tarafından verilen kararlarda zinaya dayalı boşanma davasında her türlü delille zinanın ispatı mümkün kılınmış⁹⁴ olup buna dair ispat araçları gebelik, zührevi hastalığa yakalanma, fotoğraf, iletişim yahut otel kayıtları kanıt oluşturabilecek vakıa ve deliller olarak belirtilmişken yemin deliline yer verilmemiştir⁹⁵. Zira kimse kendi aleyhine beyan veya delil sunmaya zorlanamaz. Kanun koyucu boşanma davalarında tarafların duygularının diğer davalara kıyasla daha yoğun olabileceğini göz önüne alarak bu davalarda yeminin delil olarak kabulü halinde tarafların yalan yere tanıklığa yönelebileceğini göz önüne almış olup kanaatimizce de oldukça yerinde bir düzenleme getirmiştir⁹⁶

varlığına vicdanen kanaat getirmediği, bunları ispatlanmış sayamaz. 2. Hâkim, bu olgular hakkında gerek re’sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez. 3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz. 4. Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder. 5. Boşanma veya ayrılığın fer’î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz. 6. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>) 22.01.2021, 21:19

⁹⁰ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.281, ARAS-sf.20, ERDEM-sf.149, KILIÇOĞLU-sf.156

⁹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.133

⁹² ARAS-sf.25,26

⁹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.132, ERDEM-sf.150

⁹⁴ Yargıtay 2. HD 09.11.2009, 13904-19205 (GENÇCAN-sf.159)

⁹⁵ Yargıtay 2 HD 26.06.1951,4514-4818 (GENÇCAN-sf.159)

⁹⁶ ARAS-sf.109

C. Tarafların İkrarlarının Hakimi Bağlamaması

Yemin delili gibi HMK 188. Hükümü ile kesin kanıt olan ikrar boşanma davasında bu özelliğini yitirmektedir. Taraflarca boşanma davasına konu olan olay ve olguların ikrarı hakimi bağlamamaktadır⁹⁷. Davalı koca zina olgusunu kabul etse dahi hakim, zinanın gerçekleştiğine kanaat getirmediği söz konusu kabul beyanı hakimin boşanma kararı vermesi açısından bağlayıcı olmayacaktır⁹⁸.

TMK 166/3 hükmünden önce daha fazla hüküm ifade eden söz konusu usul ilkesinin, yeni düzenleme ile uygulama alanı kısıtlanmıştır. Evlilik birliğinin sarsılmasına ilişkin yer alan madde bendinde de belirtildiği üzere en az 1 yıl süren evliliklerde eşlerin beyan ve iradelerinin boşanmaya dair birleşmesi durumunda hakim taraf beyanları ile bağlı olup evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayıldığını kabul ederek boşanmaya hükmedebilecektir. Maddede açıkça bu halde TMK 184 maddesinde belirtilen ikrarın hakimin bağlamayacağı ilkesinin uygulanmayacağı ifade edilmiştir⁹⁹.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda ilk derece mahkemesi tarafından duruşmaya katılmadığı takdirde başka bir erkekle ilişkisi olduğunu kabul etmiş sayılacağına dair davalı kadına çıkarmış olduğu davetiye sonucunda kadının duruşmaya katılmaması sebebi ile bu olayı ikrar etmiş sayılması nedeni ile verilmiş olan karar, taraf ikrarının hakimi bağlamaması sebebi ile bozulmuştur¹⁰⁰.

D. Hakimin Delilleri Serbestçe Takdir Etmesi

Hakim, boşanma davasında ileri sürülen delilleri serbestçe takdir eder¹⁰¹. Bu ilke, boşanma davalarında hakimin sınırlı re'sen araştırma hakkına sahip olmasının da bir sonucu olarak görülebilir. Boşanma davalarında delile ilişkin hakimin serbest takdir hakkı kendisini en çok “velayet” hususunda göstermektedir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda velayete dair karar verilirken baba cezaevinde ise *açık görüş imkanıyla ilgili babanın tutuklu bulunduğu cezaevinden bilgi alınmak suretiyle çocukla baba arasında görüş ve ziyaret imkanının araştırılması gerektiği , kişisel ilişkinin buna göre belirlenmesi ve sonucuna göre çocukla ceza evinde tutuklu olan babası arasında gerekirse uzman eşliğinde olmak üzere uygun şekilde kişisel ilişkinin kurulması gerektiği*¹⁰² Hükümü ile

⁹⁷ KILIÇOĞLU-sf.156

⁹⁸ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.281

⁹⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.281

¹⁰⁰ Yargıtay 2. HD. 12.05.2015 tarih, 2014/21165 E. 2015/9882 K. Sayılı karar, ERDEM-sf.149

¹⁰¹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.282, KILIÇOĞLU-sf.156

¹⁰² Yargıtay 2. HD. 08.10.2015 tarih, 2015/17062 E. 2015/17948 K. Sayılı karar

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 23.01.2021,13:28

hakimin dava konusunun aydınlatılmasında taraflarca sunulan deliller ile resen araştırma ilkesinin de uygulanması gereği belirtilmiştir.

E. Boşanmanın Ferî Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Onaylanması

Eşler tarafından boşanmanın fer'i sonuçlarına dair taraflarca yapılmış anlaşmalar hakim tarafından onaylanmadıkça geçerli değildir¹⁰³. Bu kapsamda kanun koyucu aile kavramına verdiği önemi boşanma açısından da korumuş olup taraflara tam bir serbesti tanımamış, bir nevi şekli şart olarak hakim onayını gerekli görmüştür.

Boşanmanın fer'i sonuçları çocukla kişisel ilişki ve nafakayı kapsar. Hakim bu konulara ilişkin düzenlemelerde takdir hakkına sahip olup dilerse bu anlaşma hükümlerini düzenlendiği şekilde kabul edebileceği gibi, değiştirerek de onaylayabilir veya tamamen reddederek kendisi yeni bir düzenleme yapabilir¹⁰⁴. Bu da söz konusu konuların aile ve taraflara dair önemli hususlar içermesinden kaynaklanmaktadır.

F. Duruşmanın Gizli Yapılması

Önceki TMK'da yer almayan bu hükme göre hakim, taraflardan birinin talebi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir. Söz konusu hükmün getiriliş amacı, Anayasa ile güvence altına alınmış olan özel hayatın gizliliğinin bir yansımasıdır.

Boşanma davalarının konusunun eşler arasındaki özel hayata dair olduğu, kimi durumlarda hassas davranılması gereken konuları da içeren bu davalarda pek tabii ki tarafların duruşmanın da gizli yapılmasını isteme hakkı mevcut olmalıdır. Bu hüküm bütün boşanma davalarında resen uygulanmayacak, yalnızca taraflarca talep edilmesi üzerine uygulama alanı bulacaktır¹⁰⁵. Duruşmanın aleni yapılması taraflar ve özellikle de çocukların menfaatini tehlikeye düşürecekse hakim tarafından duruşmanın gizli yapılmasına karar verilebilecektir¹⁰⁶.

¹⁰³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.133

¹⁰⁴ KILIÇOĞLU-sf.157, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.282

¹⁰⁵ KILIÇOĞLU-sf.156,157

¹⁰⁶ ARAS-sf.121

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA SEBEPLERİ

Boşanma sebeplerine yukarıda özel-genel ve nisbi-mutlak boşanma sebepleri olmak üzere değinmiştik. Bu madde başlığı altında boşanma sebeplerini kendi içerisinde inceleyerek konu ve yarattıkları etkilere göre sınıflayacağız.

İsviçre Medeni Kanunu'nda boşanma sistemi anlaşmalı boşanma ve dava yolu boşanma üzerine ayrılmış olmakla Türk Medeni Kanunu'nda ise bu sebepler konularına ve etkilerine göre bir sınıflandırmaya tabi tutulmuştur. Konularına göre boşanma sebepleri kendi içerisinde özel- genel boşanma sebepleri olarak; etkilerine göre boşanma sebepleri ise mutlak (zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, anlaşmalı boşanma, eylemli ayrılık) ve nisbi boşanma sebepleri (suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı, evlilik birliğinin sarsılması) olarak ayrılmaktadır¹⁰⁷.

I. ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ (TMK m.161-165)

A. Zina (TMK m.161)

TMK 161. Maddesi ile düzenlenen zina sebebiyle boşanmaya dair madde hükmü uyarınca eşlerden birinin zinası halinde diğer eş boşanma davası açabilecek olup davaya ilişkin boşanma sebebinin öğrenilmesinden itibaren altı ay ve her halde zina eyleminden itibaren beş yıl geçtikten sonra dava hakkının düşeceği hüküm altına alınmıştır.

Kanunda en ağır boşanma nedeni olan zina, eşlerin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranması nedeni ile diğer eşe mutlak boşanma davası açma hakkı vermektedir. Zina mutlak boşanma sebebi olup hakim zinaya dayalı boşanma davasında ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini araştırmadan zinanın oluştuğuna kanaat getirirse boşanmaya hükmedecektir. Evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin, başka bir karşı cinsle birlikteliği zina olarak tanımlanabilir. Bu kapsamda eşlerin aynı cinsten başka bir kişi ile cinsel ilişkisi zina olarak değil, haysiyetsiz hayat sürme veya evlilik birliğinin temelden sarsılması olarak nitelendirilebilir¹⁰⁸. Bunun karşısında zinaya ilişkin şartlar mevcutsa zina sebebiyle açılan boşanma davasında hakim kendiliğinden zina yerine evliliğin temelden sarsılması nedeniyle boşanmaya karar veremeyecektir¹⁰⁹.

¹⁰⁷ GENÇCAN-sf.132-135

¹⁰⁸ ERDEM-sf.102, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.106

¹⁰⁹ ARAS-sf. 165-166, ERDEM-sf.102

Sadakat yükümlülüğü yalnızca eşlere yüklenmiş evlilik birliğinden kaynaklanan bir yükümlülük olup, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilecek mutlak bir hak değildir. Bu kapsamda Yargıtay tarafından verilen bir kararda da Yargıtay İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu'nun 06/07/2018 tarihli ve 2017/5 E-2018/7 K. sayılı kararına değinilerek; TMK 185/3. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlüğünün, evlilik sözleşmesinden kaynaklandığı, ihlal edilmesi durumunda yalnızca sözleşmenin taraflarının yani eşlerin birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri nispi hak niteliğinde olduğuna dikkat çekilmiştir. Yani mutlak bir hak mahiyetinde olmadığı için, herkese karşı ileri sürülemeyeceği, bir kişinin eşi tarafından aldatılmamayı isteme hakkı şeklinde herkese karşı ileri sürebileceği mutlak bir kişilik hakkı yasalarda yer almadığına göre, aldatma eylemine katılan üçüncü kişinin aldatılan eşin bir mutlak hakkını ihlal ettiğinden de söz edilemeyecektir. Evlilik birliğinin tarafı olmayan ve dolayısıyla sadakat yükümlülüğü bulunmayan üçüncü kişinin eşler arasındaki evlilik sözleşmesinden kaynaklanan yükümlülüklerle uyma zorunluluğu da bulunmamaktadır. Bu kapsamda eş olmayan davalının eyleminin haksız fiil sorumluluğu kapsamında kalmayacağı, zira haksız fiil sorumluluğundan söz edebilmek için eylemin emredici bir hukuk normuna aykırı olması gerekmesine karşın üçüncü kişi yönünden bu unsur gerçekleşmediğinden Borçlar Kanunu'nun 49/1. maddesi kapsamında da davacının üçüncü kişi konumunda olan diğer davalıdan talep ve dava hakkı bulunmayacağı kabul edilerek hükmü kurulmuştur¹¹⁰.

Peki zina şartları nelerdir?

Zinanın oluşabilmesi için evlilik birliğinin devam ediyor olması, başka birisi ile cinsel ilişki ve kusurun varlığı gerekmektedir.

-Yok hükmünde olan bir evlilikte zina söz konusu olamazken, butlana tabi evliliklerde butlan kararı verilinceye kadar evlilik **geçerli bir evlilik** sonucunu doğuracağından zina söz konusu olabilecektir. Aynı şekilde ayrılık kararı sonucu ayrı yaşayan eşler için dahi evlilik hükümleri devam ettiğinden eşlerin birbirine karşı sadakat yükümlülüğü devam edecektir¹¹¹. Bu konuya dair Yargıtay tarafından verilen bir kararda *TMK 185/3.maddesinde yer alan eşlerin birlikte yaşamak ve birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmaları gerektiği hükmüne atıf yapılarak ,kanunda belirtilen bu sadakat yükümlülüğünün, evliliğin yasal olarak son bulmasına kadar devam edeceği, başka bir*

¹¹⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 14/09/2020 Tarih, 2019/8433 E. 2020/3637 K. Sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 22/11/2020, 12:12

¹¹¹ GENÇCAN-sf.141-144,DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.107, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.245

deyişle, mahkemelerce boşanma kararı verilmiş olmasına rağmen bu karar kesinleşinceye kadar evlilik birliğinin devam ettiği, bu aşamada eşlerin sadakat yükümlülüğüne aykırı davranışlarının dikkate alınmasının gerektiği kabul edilmiştir¹¹². Bunun yanında 3. Kişi konumunda olarak cinsel ilişki yaşanan kişinin evli olması zina için şart değildir¹¹³.

-Zina sebebi ile boşanma kararı verilebilmesi için gereken bir diğer şart da **cinsel ilişkinin** gerçekleşmiş olmasıdır. cinsel ilişkinin bir defa gerçekleşmesi zina için yeterli olmaktadır¹¹⁴. Flört aşamasında kalan ilişki zina için yeterli olmayacaktır. Bu halde de sadakat yükümlülüğü ihlal edilmiş olmakta, fakat zina değil evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine konu olabilecektir. Aynı şekilde cinsel ilişkinin iradi olarak gerçekleşmesi de gerekmektedir. Cinsel ilişkinin ispatı¹¹⁵ konusunda belirli karinelere dayanılmakta, aynı otel odasında kalma veya eşin başkası ile müşterek çocuğunun bulunması bu karinelere örnek olarak gösterilebilir¹¹⁶. Zinanın ispatı için bunun yanında hukuka aykırı olarak eve kamera sistemi kurularak veya rıza dışı ses kayıtları ile kanıt toplanması halinde bunlar hukuka aykırı delil¹¹⁷ olacak ve zina ispatında dikkate alınmayacaktır¹¹⁸.

-Zinanın sübjektif unsuru **kusurun** varlığıdır. Burada kusurdan kasıt, cinsel ilişkinin bilerek ve isteyerek gerçekleşmesidir. Ayırt etme gücü bulunmayan veya arzusu dışında cinsel ilişkiye zorlanan eş için zinadan bahsedilemeyecektir¹¹⁹.

¹¹² Yargıtay HGK 22.01.2014 tarih, 2013/2-604 E. 2014/38 K. (Kazancı)

¹¹³ KILIÇOĞLU-sf.92

¹¹⁴ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.245

¹¹⁵ Davacı erkek tarafından zina (TMK m. 161) ve evlilik birliğinin sarsılması (TMK166/1) hukuki sebeplerine dayanılarak boşanma isteminde bulunulmuş, mahkemece tarafların zina (TMK m.161) nedeniyle boşanmalarına karar verilmiştir. Zina olayının mevcut sayılabilmesi için en önemli koşul, "cinsel ilişkinin" varlığının kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış olmasıdır. Davalı kadının bir başka erkekle cinsel ilişkiye girdiği kesin veya güçlü karineyle kanıtlanmış değildir. Davalı kadının bir başka erkekle telefonda konuştuğu anlaşılma ile beraber, evlilik sırasında, bir başka erkekle cinsel birleşmenin gerçekleştiği dosya kapsamı ve tanık beyanlarından anlaşılmamaktadır. Bu nedenle davalı kadının bu davranışları zina değil, "güven sarsıcı davranış" niteliğinde olup; Türk Medeni Kanununun 166/1-2. maddesi gereğince boşanmayı gerektiren kusurlu davranıştır. Bu durumda, zina hukuki sebebine dayanılarak açılmış boşanma davasının reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru bulunmamıştır. Yargıtay 2. HD. 20.06.2017 tarih, 2016/1282 E. 2017/7819 K. Sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 23.01.2021,23:41

¹¹⁶ ERDEM-sf.103

¹¹⁷ "Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle davacı-karşı davalı erkeğin eşinin telefonuna casus program yükleyerek ele geçirdiği ses kayıtları hukuka aykırı delil niteliğinde olup kusur belirlemede dikkate alınmaz ise de; tanık beyanları, telefon kayıtları ve fotoğraflar ile toplanan tüm deliller birlikte değerlendirildiğinde zina eyleminin ispatlanmış olduğunun anlaşılmasına göre, yerinde bulunmayan temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün ONANMASINA," Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 01.06.2017 tarih, 2015/26918 E. 2017/6688 K. Sayılı kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 23.01.2021,23:38

¹¹⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.107

¹¹⁹ ARAS-sf.168, ERDEM-102-103,DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.106, GENÇCAN-sf.152-153

Zina sebebine dayalı olarak boşanma davası açılması için kanun koyucu TMK m.161 f.2 ile iki türlü hak düşürücü süre öngörmüştür. Kanun maddesine göre; davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden itibaren 6 ay ve her halde zina eyleminin üzerinden 5 yıl geçmekle dava hakkı düşmektedir. Kanunda belirtilen bu süreler “hak düşürücü” süreler olup, hakim tarafından re’sen dikkate alınacaktır¹²⁰. Bu süreler başlangıç zamanları itibari ile farklılık göstermektedir. 6 aylık sürenin başlangıç tarihi öğrenme iken, 5 yıllık sürenin başlangıcı ise zinanın gerçekleştiği andır¹²¹. Buna göre, zina eyleminden itibaren 5 yıl geçtikten sonra zina öğrenilirse, yeni bir zina yok ise , eşin tekrar 6 aylık süresi olmaz. 5 yılın bitimine 1 ay kala zina eylemi öğrenilirse eş zaten 6 ay var düşüncesi ile hareket edemez, 1 aylık süre içerisinde dava açmak zorunda olacaktır¹²². Yahut eş öğrenmesinden itibaren 7. ayda dava açmak isterse bu durumda da hakim davayı hak düşürücü sürenin geçmiş olması nedeniyle reddedecektir. Çünkü burada da öğrenmeden itibaren 6 aylık süre geçmiş olacak, 5 yıllık süre uygulanmayacaktır. Zinanın süreklilik arz etmesi halinde ise kesintiye uğrama anı hak düşürücü sürenin başlangıcı olarak sayılacaktır¹²³.

Ülkemizde artık yoğunluk olarak azalsa dahi daha çok kırsal kesimlerde devam eden “birden çok eşlilik” yani halk arasında “kuma” olarak tabir edilen durum karşısında TMK’nın yukarıda bahsetmiş olduğumuz zina kavramı birlikte ele alındığında, eşin eve getirilen diğer kadına katlanma gibi bir zorunluluğu olmadığı gibi, diğer kadının eve geldiği gün evin terk edilmemesi, birlikte yaşamaya devam edilmesi de kanaatimizce “af” olarak nitelendirilemez. Kadınlık onuru ve sosyal şartlar dikkate alınarak her gün yenilenen bu zina eylemi karşısında kadının her gün yeniden zinaya dair boşanma davası açma hakkının yenileneceği kanaatindeyiz.

B. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış (TMK m.162)

TMK 162. Maddesinde;

“Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir.

Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde bu sebebin doğumunun üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer.

¹²⁰ KILIÇOĞLU-sf.94

¹²¹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.248

¹²² KILIÇOĞLU-sf.94

¹²³ GENÇCAN-sf.166

Affeden tarafın dava hakkı yoktur.”¹²⁴.

Hayata kast ifadesinden, bir eşin diğer eşe karşı bilerek ve isteyerek öldürmeye teşebbüs eylemini gerçekleştirmesi anlaşılmaktadır. Burada aynı zamanda TCK 35 ve 81. Maddelerinde belirlenen öldürmeye teşebbüs suçu da oluşmakta, fakat görülmekte olan bir ceza davası var ise boşanma davasına bakan hakim söz konusu ceza davasında verilen beraat veya mahkumiyet kararı ile (kusur ve tazminat yönünden) bağlı olmayacaktır¹²⁵. Hayata kast kavramına dahil olabilecek davranışlara örnek vermek gerekirse intihara teşvik, ölüm tehlikesine karşı bile isteye seyirci kalma bu kapsama girebilir¹²⁶. Burada öldürmeye teşebbüse dair eylemi aktif bir fiil olarak olabileceği gibi kasıtlı olarak oluşan ihmali eylemlerle de ortaya çıkabilecektir¹²⁷. Bunun yanında dikkatsizlik sebebi ile yapılan trafik kazasında eşinin hayati tehlike oluşacak şekilde yaralanmasına sebep olan eş için hayata kast nedeniyle boşanma davası açılmayacaktır, zira burada kast değil dikkatsizlik vardır. Fakat eşinin alması gerekli hayati ilaçları vermemek sureti ile kasıtlı olarak ihmali davranışlarla eşinin hayati tehlike geçirmesine sebep olan eş için bu maddeye göre boşanma davası açılabilir¹²⁸. Bu madde için öldürmeye teşebbüs söz konusu olmakla ölüm meydana gelmemelidir. Zira ölüm halinde evlilik kendiliğinden sona erecektir¹²⁹.

Madde metninde yer alan **“pek kötü veya onur kırıcı davranış”** ise, fiili ve manevi davranışları konu edinmektedir. Pek kötü davranış fiilî, onur kırıcı davranış ise fiilin manevi yönünü konu almaktadır¹³⁰. Pek kötü davranış kapsamına sokulabilecek hareketler Eşin vücut bütünlüğüne saldırı(zulüm, işkence, acımasızca dövme),eşin sağlığına saldırı (aç bırakma, hapsedme, hastalık aşılama) olabilmektedir¹³¹. Bu davranışlar belirlenirken hakim tarafından tarafların karakterleri, kültür düzeyleri, eğitim durumları ve yaşadıkları sosyal çevre de her dosyaya göre subjektif olarak ele alınmalıdır¹³². Onur kırıcı davranış, eşin manevi varlığına, onur ve haysiyetine saldırı niteliği taşır¹³³. Bu eylemin boşanma sebebi olarak kabulü için eylemin şiddet ve ağırlığının bulunması gerektiği kabul edilmektedir¹³⁴. Yargıtay tarafından verilen kararda da namus ve şerefe yönelik özel bir

¹²⁴(<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>) 24.01.2021,15:24

¹²⁵ KILIÇOĞLU-sf.95

¹²⁶ GENÇCAN-sf.191,192

¹²⁷ KILIÇOĞLU-sf.110

¹²⁸ ERDEM-sf.107

¹²⁹ KILIÇOĞLU-sf.95

¹³⁰ ARAS-sf.172, ERDEM-sf.108

¹³¹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.249

¹³² GENÇCAN-sf.207-210

¹³³ ARAS-sf.173

¹³⁴ GENÇCAN-sf.227

ağırlık ve niteliği olan hareketlerin bu sebeple boşanmaya konu olabileceği, her hareketin onur kırıcı davranış olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmiştir¹³⁵.

C. Küçük Düşürücü Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme (TMK m.163)

TMK 163. Maddesinde yer alan hüküm gereğince “Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir”.

Görüldüğü üzere bu madde uyarınca açılan davalarda TMK 161 ve 162. Maddesinde olduğu gibi herhangi bir hak düşürücü süre aranmamıştır. Ayrıca söz konusu boşanma sebebi nisbi boşanma sebeplerinden olup bu davalarda hakim boşanmaya dair hüküm kurmak için ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğini araştıracaktır¹³⁶.

Madde kapsamına TCK’da yer alan her suç girmemekte, başkalarının namus ve ırzına yönelik yahut malvarlığına yönelik olmak üzere küçük düşürücü suçlar girmektedir. Küçük düşürücü suçlara ilişkin net bir tanım bulunmamakla teşhircilik, dolandırıcılık, cinsel taciz, ırza geçme gibi suçlar bu kapsama sokulabilir¹³⁷. Bunun yanında suçun küçük düşürücülüğünü belirleyen temel kıstas toplum değerleridir. Örneğin Yargıtay vermiş olduğu bir kararda Atatürk büstünü kıran kocaya karşı kadının açmış olduğu davada, kocanın küçük düşürücü suç işlediğini kabul ederek boşanmaya dair karar verilmesi yönünde hüküm kurmuştur¹³⁸.

Haysiyetsiz hayat sürme ifadesi toplumun ahlak ve değer yargıları uyarınca evlilik birliği ile bağdaşması beklenmeyen bir yaşam tarzına sahip olunması olarak da ifade edilebilir. Bu kapsamda bir yaşayışın devamlı olması madde metninden anlaşılmaktadır. Örnek verilecek olursa genelev işletmek, içki düşkünlüğü, esrar bağımlılığı, insan ticareti yapmak bu kapsama sokulabilecek eylem ve olgulardır¹³⁹. Burada haysiyetsiz hayat sürme devamlı olmalı, haysiyetsiz hayat süren eş kusurlu olmalı, haysiyetsiz hayat sürme evlilik sonrasında gerçekleşmeli ve bu durum diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale

¹³⁵ Yargıtay 2. HD. 26.05.1986 Tarih, 2010/15381 E. 2011/15954 K. Sayılı karar

¹³⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.111, KILIÇOĞLU-sf.97

¹³⁷ KILIÇOĞLU-sf.98

¹³⁸ Yargıtay2. HD. 17.01.1966 tarih, 7065-280 (GENÇCAN-sf.253)

¹³⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.253, KILIÇOĞLU-sf.98

getirmelidir¹⁴⁰. Evlenmeden önce haysiyetsiz hayat sürülmesi diğer eşe TMK 163. Maddesine dayalı boşanma davası açma hakkı vermeyecek, eğer koşulları varsa hata veya hileye dayalı olarak evliliğin iptali hakkını verecektir¹⁴¹.

D. Terk (TMK m.164)

TMK 164. Maddesi hükmüne göre **mutlak boşanma sebebi olan terk;**

Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek amacıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta geri dönmediği takdirde söz konusu ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim veya noter tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilecektir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen taraf da terk etmiş sayılacaktır.

Davaya hakkı olan (terk edilen) eşin istemi üzerine hâkim veya noter, esası incelemeden yapacağı ihtar ile terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi hâlinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar , gerekirse ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için kanunda belirlenen sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz.¹⁴²”

Madde metninden terk koşullarının;

-Terk eylemi,

-Eylemin isteğe dayalı olması,

-Terkin, evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri ihlal amacı ile gerçekleşmesi,

-Terkin haklı bir nedene dayanmaması,

-Terk eyleminin en az 6 ay sürmüş olması,

-Usulüne uygun olarak ortak konuta dön ihtar yapılması ve ihtarın sonuçsuz kalması olduğu anlaşılmaktadır¹⁴³.

Terk eylemi evlilik birliğinden doğan birlikte yaşama yükümlülüğünün ihlali olup kusura dayalı mutlak bir boşanma sebebidir. Birlikte yaşanan ortak konutun eşlerden

¹⁴⁰ GENÇCAN-sf.265

¹⁴¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-SF.112, GENÇCAN-SF.272

¹⁴² <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> - 24.01.2021, 18:22

¹⁴³ KILIÇOĞLU-sf.100-103, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.113

birinin kendi isteği ile terk edilmesi halinde ortaya çıkan bu boşanma sebebinde terk haklı bir nedene de dayanmamalıdır¹⁴⁴. Eşlerden birinin ortak konuttan kovulması, terke zorlanması veya ortak konuta girişinin engellenmesi halinde terk söz konusu olamayacaktır¹⁴⁵. Haklı bir sebep nedeniyle ve evlilik birliğinden doğan yükümlülükleri ihlal amacı taşımayan evden ayrılma halleri de terk oluşturmayacaktır. Askerlik hizmeti için uzun süreli il dışında bulunma, görev gereği geçici tayin durumları terk oluşturmayacak hallere örnek olarak gösterilebilecektir¹⁴⁶.

Kanun koyucu terk eyleminin oluşabilmesi için ortak konutun terk edilmesinden itibaren “en az 6 ay” geçmesi şartını koymuştur. Terk üzerinden 4 ay geçtikten sonra eşlerden biri hakime başvurarak terk eden eşe ihtarında bulunulmasını isteyebilecektir. Bunun üzerine hakim, terk eden eşe 2 ay içerisinde eve dönmesi ihtarını içerir tebligat çıkarılmasına karar verir. Bu iki ay tamamlanmadan dava açılmaz¹⁴⁷. Yani görmekteyiz ki her halükarda terk üzerinden 6 ay geçmesi dava açmak için sağlanmakta, 4. Ayda hakime başvurulsa dahi, 2 aylık ihtar süresi de beklenmektedir. Böyle bir süre belirlenmese idi, çok kısa süreli evden ayrılma durumlarında dahi eşlerden biri diğerine karşı terk sebebine dayalı boşanma davası açabilecek, bu da kanunda sınırlı sayıda sayılan boşanma sebeplerinin tahdidiliğini zedeleyecek, evden dışarı çıkan her eşe karşı boşanma davası açılabilirdi.

Yargıtay, iki aylık sürenin başlangıcının ihtarın tebliği ile başlayacağını öngörmekle, mahkemece ayrıca eve dönme parasının da gönderilmesi yönünde karar kurulmuşsa sürenin paranın gönderilmesi ile başlayacağı yönündedir¹⁴⁸.

Terk eden eşin adresi bilinmiyorsa ihtar, ilan yolu ile yapılır. İhtar bir dava olmadığından yetki kuralları uygulanmaksızın herhangi bir aile mahkemesinden istenebilecektir¹⁴⁹.

İhtarın hukuki sonuç doğurabilmesi için gereken şartlar;

- İhtardan en az 4 ay önce, geri dönülmesi istenilen ortak konut hazır edilmeli,
- İhtar talebinde bulunan eşin, eve dönülmesi konusundaki isteği samimi olmalı,
- Terk eden eşin ortak konuta rahatça girebilmesi için gerekli şartlar sağlanmalı,
- Dönülmesi istenilen ortak konutun ayrıntılı adresi ve ulaşım için gerekli gider

iharda yer almalı,

¹⁴⁴ ARAS-sf.176, KILIÇOĞLU-sf.100,101

¹⁴⁵ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.255

¹⁴⁶ARAS-sf.177, ERDEM-sf.113,114, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.255

¹⁴⁷ ARAS-sf.178, ERDEM-sf.115, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.256

¹⁴⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.116

¹⁴⁹ ARAS-sf.178,179,AKINTÜRK/ATEŞ-sf.257

-Dönmemenin sonuçları yani 2 ay içerisinde ortak konuta dönülmezse terk edilen eşin dava hakkının doğacağı hususu belirtilmeli¹⁵⁰.

Söz konusu şartlar terk nedeniyle yapılacak ihtarın sözde olmaması gereğinden gelmektedir. Bir eş hem terk eden eşe eve dön ihtarını çekip, hem de dönülmesi istenilen konutun kilidini değiştirirse bu ihtarın samimi olduğundan bahsedilemeyeceği gibi, eşin eve dönmesinin de önü kapatılmaktadır. Bunun yanında ortak konuta dönülmesini engelleyen veya ortak konutu terke zorlayan eş de terk etmiş sayılacaktır¹⁵¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu tarafından verilen bir kararda davet edilen evin oturmaya elverişli ve bağımsız olduğunun raporlar ve tanık beyanları ile tespit edildiği, aynı binanın başka bir dairesinde davacının kardeşinin oturmasının evin manevi bağımsızlığını ortadan kaldırmayacağı görüşü ile ilk derece mahkemesince verilen boşanma davasının reddine dair karar bozulmuştur¹⁵².

E. Akıl Hastalığı (TMK m.165)

Akıl hastalığı sebebiyle boşanmaya dair kanunumuzun 165. Maddesi ile eşlerden birinin akıl hastası olup da bu sebeple ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelmesi halinde, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek şartıyla diğer eş boşanma davası açma hakkı tanınmıştır.

Akıl hastalığına dair ayırt edilmesi gereken iki husus vardır. Bunlardan birincisi akıl hastalığı sebebiyle boşanma ikincisi akıl hastalığı sebebi ile evliliğin mutlak butlanıdır. TMK 145/2 hükmü uyarınca eşlerden birinin evlenme sırasında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun bulunması halinde evlilik mutlak butlan ile batıl olacaktır. Bunun için evlenmeye engel teşkil ettiği zaten hekim raporu ile sabit olacak, buradaki fark evlenmeye engel teşkil edip etmeyen akıl hastalığı olarak karşımıza çıkacaktır¹⁵³. TMK 165. Maddesinde düzenlenen boşanma sebebinde ise *akıl hastalığı, iyileşemezlik ve çekilmezlik* koşulunun bulunması gerekmekte olup özel nisbi boşanma sebebi olarak düzenlenmiş olmasıdır¹⁵⁴.

Normalde alkolizm ve uyuşturucu madde bağımlılığı TMK 165. Madde kapsamında akıl hastalığı sebebi ile boşanma sayılmazken alkol ve madde bağımlılığı ağır seviyede olup kişilik bozukluğuna da sebep olmuşsa TMK 165. Maddesi kapsamında ele

¹⁵⁰ KILIÇOĞLU-sf.103,104,AKINTÜRK/ATEŞ-sf.257

¹⁵¹ GENÇCAN-sf.287

¹⁵² Yargıtay HGK 13.04.2005 tarih, 2005/2-212 E.,2005/263 K. Sayılı karar, ARAS-sf.180

¹⁵³ ERDEM-sf.121

¹⁵⁴ GENÇCAN-sf.413-415

alınabilecektir¹⁵⁵. Akıl hastalığı TMK 405. Maddesi uyarınca ayrıca vesayet altına alınma sebebidir. Yargıtay tarafından verilen bir kararda vesayet altına alınmasına ilişkin rapor ile TMK 165. Maddesine dayanılarak açılan boşanma davasında alınması gereken raporların içeriklerinden beklenenin farklı olması sebebi ile esas alınamayacağı, boşanmaya dair söz konusu hastalığın diğer eş için çekilmez hale gelip gelmediğinin de raporda tespit edilmesi gereği belirtilmiştir¹⁵⁶. Ayrıca TMK 405. Maddesi uyarınca vesayet altına alınan eşin vasisi tarafından bu sebebe dayalı boşanma davası açılmayıp, akıl hastası olmayan eş tarafından bu dava açılabilir¹⁵⁷.

II. GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ (TMK m.166)

TMK 166. Maddesi ile düzenlenmiş, adından da anlaşılacağı üzere özel bir olay veya olguya dayanmayan, önceden belirlenemeyen olayların temel çerçeve olarak belirlendiği genel boşanma sebeplerini bu başlık altına inceleyeceğiz. Doktrin ve uygulamada “şiddetli geçimsizlik” olarak tabir edilen evlilik birliğinin temelinden sarsılması, aslında özel boşanma sebeplerinin de sonucu olarak kabul edilen bir olgudur¹⁵⁸.

Özel boşanma sebeplerinden olan zina, terk, hayata kastta gerçekten de belirli bir olgunun gerçekleşmesi sonucu boşanma gerçekleşebilirken; genel boşanma sebeplerinde bu kadar belirgin bir olgu bulunmamaktadır. Genel boşanma sebepleri;

- Evlilik birliğinin temelden sarsılması (Nisbi boşanma sebebi)
- Anlaşmalı boşanma (Mutlak boşanma sebebi)
- Eylemli ayrılık sebebi ile boşanma (Mutlak boşanma sebebi)’dan oluşmaktadır¹⁵⁹.

Bu sebeplerde yalnızca evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi ile boşanmada hakimnin bunu takdir ve vicdanen kanaat getirmesi gerekmekte olup, anlaşmalı boşanma ve eylemli ayrılık sebebi ile boşanmada olgular kanıtlanmışsa hakimnin takdir hakkı olmadan boşanma kararı verme zorunluluğu bulunmaktadır¹⁶⁰.

A. Evlilik Birliğinin Temelden Sarsılması

TMK 166. Maddesinin ilk iki bendinde ;

¹⁵⁵ ARAS-sf.191

¹⁵⁶ Yargıtay 2. HD. 10.03.2003 tarih, 2003/2052 E. 2003/3199 K. Sayılı karar (Kazancı)

¹⁵⁷ GENÇCAN-sf.425

¹⁵⁸ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.261, GENÇCAN-sf.439, ERDEM-sf.122, ÜNLÜTEPE-sf.57,İPEK-sf.27

¹⁵⁹ GENÇCAN-sf.439

¹⁶⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.118

Evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olması halinde, eşlerden her birine boşanma davası açma imkanı tanımaktadır.

Yukarıdaki fıkra da belirtilen durumlarda, davacı eşin kusuru daha ağır ise, davalı tarafın açılan davaya itiraz hakkı bulunmaktadır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebileceği hüküm altına alınmıştır.

Evlilik birliğini temelden sarsacak olay ve olguların önceden tespiti veya sınırlı sayıda bulunması mümkün değildir. Her evlilik kendine has özellikler taşımakta olup bu nedenle evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olacak olaylar evlilikten evliliğe değişiklik göstermektedir. Bu nedenle de kanun koyucu bu boşanma sebebini genel-nisbi boşanma sebebi olarak hüküm altına almıştır¹⁶¹. Aslında özel boşanma sebeplerinde de kendine yer bulan “evlilik birliğinin temelinden sarsılması” ülkemizde gerçekleşen boşanmaların yüzde olarak büyük çoğunluğunu da oluşturmaktadır. Özel boşanma sebebi olan zina aşamasına varmayan ilişkilerin evlilik birliğini sarstığı pek tabii bir gerçektir. İşte bu gibi durumlarda söz konusu boşanma sebebi gündeme gelecektir¹⁶².

Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kabulü için gereken şartlar;

- Evlilik birliği temelden sarsılmış olmalı,
- Eşlerden biri için ortak hayat çekilmez hale gelmiş olmalı,
- Davalı tarafından davacının daha kusurlu olduğu itirazını ileri sürülmemiş, veya ileri sürülen itiraz reddedilmiş olmalıdır¹⁶³.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması, eşler arasında ciddi anlaşmazlık veya şiddetli geçimsizlik olarak tanımlanabilir. Eşler arasındaki her türlü anlaşmazlık hali değil, birliğin temelinden sarsılmasına sebep olacak derecede ciddi uyuşmazlıklar bu sebeple boşanmaya konu olacaktır¹⁶⁴. Burada söz konusu olguların eşlerin birlikte yaşamı devam ettirmeleri kendilerinden beklenmeyecek düzeyde olması, eşler arasında fikri veya duygusal uzaklık yaratması, birbirine yabancılaşmalarına sebep olması aranır¹⁶⁵. Kural olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olayın evlilik gerçekleşikten

¹⁶¹ ÜNLÜTEPE-sf.63-66, İPEK-sf.27

¹⁶² İPEK-sf.27

¹⁶³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.119-121

¹⁶⁴ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.262

¹⁶⁵ ARAS-sf.198, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.119

sonra ortaya çıkmış olması gerekmekte olup, evlilik öncesi olaylar birliği sarssa bile bu, hükme esas alınmaz¹⁶⁶

Doktrin ve Yargıtay içtihatları ile evliliğin temelinden sarsılmasına sebep olabilecek olaylara; eşin kocasının kısıtlanmasını talep etmiş olması¹⁶⁷, eşlerden birinin şahsi kusuruna dayanmayan akıl hastalığından başka bir hastalığa yakalanması¹⁶⁸ ayrıca şiddet, kötü muamele, sadakatsizlik, güven sarsıcı davranış, şeref ve saygınlığa ilişkin davranış gibi olgular örnek olarak kabul edilmiştir¹⁶⁹.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılan boşanma davalarında eşlerin ikisi de kusursuz veya her ikisi de kusurlu olabilir. Her iki eşin de kusurlu olması durumunda kusur ağırlıkları dikkate alındığında davacı davalıdan daha kusurlu ise davalının TMK m.166 f.2 uyarınca itiraz hakkı bulunmaktadır¹⁷⁰. Aynı maddenin devamında ise bu hakkın kötüye kullanımı halinde itiraz halinde dahi evlilik birliğinin devamı ve çocuklar ile davalı bakımından korunmaya değer bir yarar görülmezse boşanma kararı verilebileceği düzenlenmiştir¹⁷¹. Yargıtay konu ile ilgili vermiş olduğu kararda ;*toplanan delillerden davacı eşin tanıkları tarafından verilen beyanlarda geçen olaylardan sonra evlilik birliğinin devam ettiği, güven sarsıcı davranışlar içerisine giren, birlik görevlerini yerine getirmeyen, ailesinin eşine baskı yapmasına sessiz kalan ve boşanma davası açıldıktan sonra başka kadınla yaşamaya başlayan ondan çocuğu olan davacı kocanın boşanmaya neden olan olaylarda tam kusurlu olduğu ve evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kabul edilmiştir. Belirtilen delillerin değerlendirilmesinde ise davalıya herhangi bir kusur atfedilemeyeceği belirtilerek davacı eş tam kusurlu bulunarak hüküm kurularak tam kusurlu davacı tarafından açılan davanın reddedilmesi gerektiğine karar vermiştir¹⁷².*

B. Anlaşmalı Boşanma

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması başlığını taşıyan TMK 166. Maddesinin 3. Fıkrasında;

“Evlilik en az bir yıl sürmüş olması şartı ile, eşlerin birlikte başvurması veya bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu

¹⁶⁶ İPEK-sf.39

¹⁶⁷ Yargıtay HGK 05.11.1958 tarih, 2/59-59 (AKINTÜKR/ATEŞ-sf.264)

¹⁶⁸ Yargıtay 2. HD. 25.05.1964 tarih, 2921/2744 (AKINTÜRK/ATEŞ-sf.264)

¹⁶⁹ Yargıtay 2. HD 08.12.2004 tarih, 2004/13709 E. 2004/14684 K. Sayılı karar (kazancı),ERDEM-sf.124, İPEK-sf.57-60

¹⁷⁰ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.266

¹⁷¹ ERDEM-sf.131, KILIÇOĞLU-sf.110

¹⁷² Yargıtay 2. HD 23.06.2008 tarih, 2008/6824 E. 2008/9059 K. Sayılı karar

hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü hâlinde boşanmaya hükmolunur. Bu hâlde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.” hükmü yer almaktadır.

Madde metninde anlaşmalı boşanmaya dair şartlar yer almakta olup, anlaşmalı boşanmanın genel ve mutlak bir boşanma sebebi olduğu anlaşılmaktadır. Bu maddeden anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için eşlerin evliliğinin en az 1 yıl sürmesi, boşanmak için eşlerin birlikte mahkemeye başvurmaları veya bir eş tarafından açılan boşanma davasının diğer eş tarafından da kabul edilmesi, tarafların hakim tarafından dinlenilmesi, taraflarca yapılan anlaşmanın hakim tarafından uygun bulunması şartlarının bulunması gerektiği anlaşılmaktadır¹⁷³.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz üzere mutlak boşanma sebeplerinde hakimin etki alanı daha sınırlı olup diğer eş için ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediği araştırılmamasına rağmen anlaşmalı boşanmada hakime belirli konularda takdir ve müdahalede bulunma hakkı tanınmıştır.

C. Ortak Hayatın Kurulamaması Veya Fıilî Ayrılık

Türk Medeni Kanunu 166. Madde son fıkrasında yer alan hükümde;

“Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi hâlinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir.”

Maddenin getiriliş amacı, hukuken sona ermesi için yeterli görülmeyen sebeplerle açılan boşanma davasına dair verilen ret kararının kesinleşmesinden sonra 3 yıl geçmesine rağmen yeniden kurulamayan evlilik birliğinin devamının taraflar ve toplum için yarardan çok eşler için zorlama olarak içi boş bir evliliğin yürütülmesine sebep olacağını fikridir¹⁷⁴.

¹⁷³ TEKİN, Helin Neval- Anlaşmalı Boşanma, Seçkin yayınevi, Birinci Baskı, Ocak 2019 Ankara, sf.74, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.122-125, ARAS-sf.227,228, KILIÇOĞLU-sf.111-113

¹⁷⁴ ARAS-sf.242

Yargıtay tarafından feragat sebebiyle ilk davanın reddine dair verilen karar ret için kabul edilmezken¹⁷⁵ bir başka kararda ilk açılan davanın feragat nedeniyle reddi halinde dahi kararın kesinleşmesinden itibaren 3 yıl içerisinde ortak hayat kurulamamış ise TMK 166 son fıkrasının uygulama alanı bulacağı kabul edilmiş¹⁷⁶.

¹⁷⁵“Taraflar arasında, ilki davalı tarafından 21.06.2004 tarihinde açılan 16.09.2004 tarihinde feragat sebebiyle reddedilen, ikincisi, davacı tarafından 07.06.2011 tarihinde açılan ve 22.09.2011 tarihinde feragat sebebiyle retle sonuçlanan iki ayrı boşanma davasının mevcut olduğu görülmektedir. Davacı, dava dilekçesinde davalı ile on yılı aşkın bir süredir ayrı yaşadıklarını ileri sürdüğüne göre, boşanma talebi Türk Medeni Kanununun 166/4. maddesinde yer alan fiili ayrılığa da dayanmakla birlikte, lehine bu sebep oluşuktan sonra davacı 07.06.2011 tarihinde açtığı davadan feragat ettiğine göre, bu tarihten itibaren üç yıl geçmedikçe aynı sebepten (TMK.md.166/4) yararlanması olanağı yoktur. Bu bakımdan davanın Türk Medeni Kanununun 166/4. maddesi bakımından da davanın reddi açıklanan sebeple sonucu bakımından doğru bulunmuştur.” Yargıtay 2 HD. 27.04.2015 tarih, 2014/17832 E. 2015/8437 K.

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 31.01.2021,21:19

¹⁷⁶“Davalı koca 02.12.1998 tarihinde boşanma davası açmış, 07.09.1999 tarihinde feragat etmiş, dava feragat sebebiyle reddedilmiştir. Feragat kendiliğinden bu iradenin mahkemeye ulaştığı ve açıklandığı tarihte kesin bir hükmün hukuki sonuçlarını doğurur (HUMK m. 95). Feragat üzerine verilen kararın şeklen kesinleşmesinin beklenmesine gerek yoktur. Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddeye dayalı bu dava ise, 17.03.2006 tarihinde açılmıştır.Önceki davadaki feragat tarihinden itibaren 3 yıllık süre geçmiştir. Toplanan delillerden, feragatten sonra tarafların biraraya gelmedikleri, ortak hayatın yeniden kurulmadığı anlaşılmaktadır. Türk Medeni Kanunu'nun 166/son maddesi koşulları oluşmuştur. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya karar verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru görülmemiştir.” Yargıtay 2 HD. 13.03.2008 tarih, 2008/2383 E. 2008/3409 K. Sayılı kararı (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 31.01.2021, 20:55

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

HAKİMİN MÜDAHALESİ

Kanun koyucunun toplumun temel taşı olarak aile kavramına verdiği önemi, kanun metninde yer alan ayrıntılı ve genelden ayrılan yönleri ile ele almasından anlayabiliriz. Aile kavramı kendi içerisindeki bireyler kadar toplum açısından da önemli olup, en eski dönemlerden beri hukukun kendini belki de en çok gösterdiği alandır. Bu sebeptendir ki kanunda nasıl ki evlilik ve geçerliliği belirli şartlara bağlanmış ise, boşanma sebepleri de sınırlı sebeplere bağlı tutularak kamu düzeni ve eşlerin menfaati gereği keyfiyetin önüne geçilmiştir.

Türk Medeni Kanunu'nda boşanmaya ilişkin yer alan düzenlemelerde amaçsal yorum yapıldığında aslında boşanmanın son çare olması, olabildiğince evlilik birliğinin korunmasının amaçlandığı sonucuna varılmaktadır. Bu nedenle kanun, boşanma davalarında hakime geçici önlemler alma ve belirli hususlarda vicdani kanaat getirme hususunda yetki tanımıştır.

Hakim müdahalesinin kanundaki tezahürü kendisini 195. Maddede göstermektedir. Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde kanun, eşlere ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini talep edebilme imkanı tanımıştır. Burada maddi şart eşlerin birlikte veya ayrı ayrı talebi iken maddi şart, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığın bulunmasıdır¹⁷⁷.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla hakim tarafından alınan önlemler boşanma veya ayrılık davası açılması halinde kendiliğinden sona ermez, yerlerine TMK 169. Maddesinde yer alan tedbirler geçer¹⁷⁸.

I. BOŞANMA SEBEPLERİNDE HAKİMİN TAKDİR HAKKI

A. Zina Sebebine Dayalı Boşanmada Takdir Hakkı

Boşanma davalarında hakimin delilleri serbestçe takdir etme ve vicdani kanaat getirmesinin gerekli olduğuna değinmiştik. Zina, mutlak boşanma nedenlerinden olduğundan hakim, zinanın oluştuğuna kanaat getirirse, boşanma davasını reddetme gibi

¹⁷⁷ ŞENYUVA, Ardahan Hüsnü- Evlilik Birliğinin Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması Yüksek Lisans Tezi, 2007 Ankara, sf.36

¹⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.186

bir takdir hakkı yoktur. Fakat zina yapan eşin diğer eş tarafından affedilmesi halinde durum değişecektir¹⁷⁹. TMK m.161 f.3 ile “affeden tarafın dava hakkı yoktur” hükmü ile af halinde dava açılmayacağı, açılmış olan dava sürecinde affin meydana gelmesi halinde ise davadan vazgeçilmiş sayılacağı, davanın düşeceği anlaşılmaktadır¹⁸⁰. Af açık veya örtülü irade açıklaması şeklinde gerçekleşebilir. Affin geçerliliği için herhangi bir şekil şartı mevcut olmayıp, açıkça söylenmesi gerekmediği gibi belirli davranışlar da affin gerçekleştiğine kanaat getirilmesine sebep olabilir¹⁸¹. Buna karşılık eşin evi terk etmemesi zinaya dair affettiğine dair bir delil olarak kabul edilmemektedir. Ayrıca eşlerin birbirlerine zinaya dair önceden verdikleri muvafakat de af olarak kabul edilmemektedir. Yargıtay da önceden verilen böyle bir muvafakati ahlaka aykırı bularak kabul etmemektedir¹⁸². Af olgusunun kabulüne dair Yargıtay tarafından verilen bir kararda “*Affin kabul edilebilmesi için kayıtsız şartsız bir irade beyanının mevcut olması ya da en azından affi gösterir fiili bir tutum ve davranışın gerçekleşmiş olması gerekmektedir. Bunun için ayrıca af olgusunu iddia edenin bunu somut delillerle kanıtlaması şarttır. Yapılan yargılama ve toplanan delillere göre tarafların dava açıldıktan sonra bir araya geldikleri, ortak konutta birlikte yaşadıkları dosya içerisinde bulunan fotoğraflardan anlaşılmalı davacı erkek tarafından davalı kadının kusurları affedilmiştir. Evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için (TMK m.166/1-2) davalının az da olsa kusurlu bulunması gerekir. Davalı için kusur sayılabilecek tüm davranışlar affedildiğine göre davalı kusursuzdur.*”¹⁸³” Hükmü kurulmuştur.

B. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebine Dayalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı

Madde başlığında incelediğimiz hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış mutlak boşanma sebeplerinden olup, diğer eş için ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğine dair bir araştırma yapmaya gerek kalmaksızın boşanma için yeterlidir¹⁸⁴. Bu maddede de hak düşürücü süreler ve af söz konusu olup bu durumlar dava hakkının düşmesine sebep olup , konuya dair “zina” başlığı altında yapmış olduğumuz açıklamalar burada da geçerlidir

¹⁷⁹ ERDEM-sf.106

¹⁸⁰ ARAS-sf.170

¹⁸¹ KILIÇOĞLU-sf.94,95

¹⁸² AKINTÜRK/ATEŞ-sf.248, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.109

¹⁸³ Yargıtay 2 HD. 12.02.2018 tarih, 2016/11205 E. 2018/1791 K. Sayılı karar

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 24.01.2021, 14:00, GENÇCAN-sf.169

¹⁸⁴ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.251, ERDEM-sf.108

C. TMK 163. Maddesine Dayalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı

Hakim, işlenen suçun veya sürdürülen hayat tarzının niteliğine, eşlerin ekonomik ve sosyal durumuna, çocuk sayısına, davalı eşin pişmanlık durumuna göre eşlerin boşanıp boşanmamasına karar verecektir¹⁸⁵. Söz konusu maddenin nisbi boşanma sebebi olması ve diğer eş için ortak hayatın çekilmez hale gelmesi şartının aranması hakimin daha çok araştırma ve takdir hakkına da sahip olması sonucunu doğuracaktır. Konuya dair Yargıtay tarafından eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesi halinde de diğer eşin birlikte yaşamı devam ettirip ettirmeme hususunda davacıya delillerini ibraz etmesi için kesin süre verilmediği, davacı tarafından süresi içinde delil sunulursa bunun mahkemece irdelenerek ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğine dair detaylı araştırma yapması gerektiği ifade edilmiştir¹⁸⁶.

D. Akıl Hastalığı Sebebine Dayalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı

Kanun koyucu, salt akıl hastalığının her zaman eş için ortak hayatı çekilmez hale getireceğini kabul etmemiş, bu sebeple de bu durumu nisbi boşanma sebebi olarak öngörerek akıl hastalığı durumunda dahi ortak hayatın sürdürülebileceğini öngörmüştür¹⁸⁷. Konuya dair Yargıtay tarafından verilen bir kararda “*dava akıl hastalığına dayalı boşanma davasına ilişkin olup, toplanan delillerden davalının akıl hastalığının davacı eş için müşterek hayatı çekilmez hale getirdiği kanıtlanamamıştır.*¹⁸⁸” Hükmü ile ilk derece mahkemesi tarafından verilen boşanma kararını bozmuştur.

E. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasında Hakimin Takdir Hakkı

Nisbi boşanma sebeplerinin ortak özelliği, boşanma kararı verilebilmesi için hakimin ortak hayatın sürdürülmesinin eşlerden beklenemeyeceği kanaatine varması, tarafların bu hususu ispatlamasının aranmasıdır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması da nisbi boşanma sebeplerinden olduğundan burada da ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenememeli, çekilmezlik ilkesi ispatlanmış olmalıdır. Burada davacı evlilik birliğinin sarsılması yanında evliliği sürdürmenin onun için anlamsız olacağını da ispatlamak zorundadır. Yani kanun koyucu evlilik birliğinin sarsılması halinde, ortak hayatın hala

¹⁸⁵ KILIÇOĞLU-sf.99

¹⁸⁶ Yargıtay 2. HD 2403.2004 tarih, 2004/2655 E. 2004/3715 K. Sayılı karar (ARAS-sf.176)

¹⁸⁷ KILIÇOĞLU-sf.106

¹⁸⁸ Yargıtay 2. HD. 17.03.2005 Tarih, 2242-4252 (GENÇCAN-sf.423)

eşler için sürdürülebilir düzeyde olabileceğini kabul etmiş, tek başına sarsılma olgusunun çekilmezliğe de sebep olacağını kabul etmeyerek ispatlanmasını ön görmüştür¹⁸⁹.

Hakim, ilk olarak objektif olarak ortak hayatı devam ettirmesinin davacıdan beklenemeyecek derecede sarsıldığına dair araştırma yapacak ve sunulan iddiaları irdelleyecektir. Objektif incelemeyi yaptıktan sonra sübjektif olarak, yani eşlerin sosyal ekonomik şartlarını, yetişme koşullarını, öğrenim ve kültür durumları ile kişiliklerini göz önüne alacak¹⁹⁰, dava ve davacı için özel niteliklere bakarak bu hususu takdir edecektir. Ortak hayatı devam ettirmenin davacıdan beklenemeyeceği kanaatine varırsa davayı kabul edecek, aksi halde reddedecektir¹⁹¹.

Yargıtay tarafından verilen kararda *dava açıldıktan sonra da, tarafların aynı evde yaşamaya devam ettiklerinin anlaşılması halinde, boşanma davasına rağmen tarafların aynı evde birlikte yaşamaya devam etmelerinin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını, ortak hayatın çekilebilir olduğunu gösterdiği kabul edilmiştir. Bu husus gözetilmeden isteğin reddi yerine boşanmaya karar verilmesi doğru görülmemiştir*¹⁹².

Bütün bu açıklamalardan evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı açılan boşanma davalarında belirli olguların ispatının tek başına yeterli olmadığını, hakimin olgular ispatlanırken takdir ve araştırma yükümünün bulunduğunu anlamaktayız. Hakim tarafından bu takdir hakkı kullanılırken aynı olguların bulunduğu davalarda eşlere göre birinde kabul kararı verilirken bir diğer dosyada ret kararı verilebilecektir. Bu da takdir yetkisinin kullanılmasının önemini kanıtlamaktadır.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda evlilik birliğinin sarsılmasında hakimin takdir hakkını kullanırken ailenin korunmasını ön planda tutması, taraf iradelerini incelemesi, bilgi toplaması ve evlilik birliğinin gerçekten temelinden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat edinmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁹³. Bu kapsamda tarafların ikrar ve kabulü hakimi bağlamayacak, hakim taraflara yemin teklif edemeyecek, delil bildirim taraflara, delilleri takdir hakkı hakime ait olacaktır¹⁹⁴.

Boşanmaya dair evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayalı olarak açılan davada hakim, eşlerin ortak hayatı yeniden kurabileceklerine kanaat getirirse boşanma değil, ayrılık kararı verebilecektir. Bunun için hakimin eşlerin barışma ihtimallerini kuvvetle muhtemel bulması gerekmektedir. 1-3 yıl arasında verilen ayrılık

¹⁸⁹ GENÇCAN-sf.448,449, KILIÇOĞLU-sf.111

¹⁹⁰ AKINTÜRK-ATEŞ-sf.265

¹⁹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.119,120, İPEK-sf.29,30

¹⁹² Yargıtay 2. HD 16.07.2008 tarih, 2007/11485 E. 2008/10601 K. Sayılı karar (ARAS-sf.206)

¹⁹³ Yargıtay 2. HD 04.10.2005 tarih, 7993-13482 (GENÇCAN-sf.473,474)

¹⁹⁴ GENÇCAN-sf.474-479

kararı süresince ortak hayat yeniden kurulamazsa eşlerden her biri boşanma davasını açabilecektir¹⁹⁵.

F. Anlaşmalı Boşanmada Hakimin Takdir Hakkı

TMK m.166 f.3'te yer alan düzenleme incelendiğinde tarafların anlaşmalı boşanmaya dair yaptıkları düzenlemelerin bulunması salt olarak boşanmaya karar verilebilmesi için yeterli değildir. Kanun koyucu evlilik ile doğan aile kavramına verdiği önem sebebi ile evliliği yalnızca bir sözleşme gibi tarafların anlaşmaları ile sonlandırılacak bir kurum olarak görmemiş, belirli alanlarda taraflar anlaşsa dahi hakimin bazı önemli hususlara müdahalesine izin vererek onayını şart olarak koymuştur.

Boşanmaya karar verilebilmesi için;

-Hakim, eşleri bizzat dinlemelidir,

-Eşlerin iradelerinin serbestçe açıklandığına hakim tarafından kanaat getirilmelidir,

-Taraflarca yapılan anlaşma, hakim tarafından uygun ve uygulanabilir bulunmalıdır.

Medeni kanunumuzda evliliğin son bulmasına ilişkin taraflara tam bir serbesti tanınmadığı ve boşanma sebeplerinin kanunda sayılı sebeplerle sınırlandırıldığından yukarıda bahsetmiştik. Bu kapsamda kanun maddesi ve Yargıtay kararlarından, anlaşmalı boşanmada tarafların bizzat dinlenmesinin kamu düzenine ilişkin olduğunu, bu sebeple avukata bu hususta özel yetki bile verilmiş olsa, taraflar dinlenilmeden anlaşmalı boşanmaya karar verilemeyeceğini söyleyebiliriz¹⁹⁶. Tarafların bizzat dinlenilmesi bu dava için aynı zamanda dava şartıdır¹⁹⁷.

Kanunun 166. Maddesi 3. Fıkrası ile eşlerin bizzat hakim tarafından dinlenilmesinin şart koşulmasının sebebi, eşlerin her türlü baskı ve tehditten uzak olarak anlaşmalı boşanmaya kendi hür iradeleri ile karar verildiğine dair herhangi bir kuşkuya yer vermeyecek şekilde tespitinin amaçlanmasıdır¹⁹⁸.

Eşler, anlaşmalı boşanma protokolünde boşanma ve boşanmanın ferilerine ilişkin her türlü hususu belirtebilirler. Fakat bu hususların geçerliliği, hakimin onayına bağlıdır. Bu kapsamda eşler birbirlerinden herhangi bir tazminat talepleri olmadığını, ortak konutta boşanma sonrası hangi eşin oturacağını, müşterek çocuğun kimde kalacağını ve diğer eş ile olan kişisel bağına dair hükümlere söz konusu protokolde yer verebilirler. Söz konusu protokol yazılı olarak yapılabileceği gibi duruşmada sözlü olarak yapıp, mahkemece

¹⁹⁵ ÜNLÜTEPE-sf.67-69

¹⁹⁶ Yargıtay 2 HD. 19.02.1990 Tarih, 10658-2000 (GENÇCAN-sf.843), DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.124

¹⁹⁷ İPEK-sf.106

¹⁹⁸ KILIÇOĞLU-sf.113, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.270

tutanağa geçirilmek şeklinde de yapılabilir. Mahkemece düzenlenen tutanağın pek tabii ki eşler tarafından imzalanması da gerekir¹⁹⁹. Kanun, protokolde yer alan düzenlemelerden **boşanmanın mali sonuçları** ve **çocukların durumuna** ilişkin tarafların anlaşmasını şart olarak koymuştur²⁰⁰. Bunun dışında yer alan kocanın soyadının evlilik sonrasında da kullanılabilmesi, kredi borcunun ödenmesine dair anlaşmada yer alan hükümler, kira ve adata ilişkin anlaşma hükümleri taraflar için bağlayıcı olup, hakim müdahalesi bu konularda ön görülmemiştir²⁰¹.

Boşanmanın mali sonuçları; maddi tazminat, manevi tazminat, yoksulluk nafakasıdır²⁰². Çocukların durumuna ilişkin konular ise; İştirak nafakası (TMK m.182 f.2), kişisel ilişki (TMK m.182 f.1-2), velayettir (TMK m.336 f.3)²⁰³.

Taraflar, boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin olarak yapmış oldukları anlaşmada, hükmün infazında tereddüt yaratmayacak açıklıkta protokolde belirtmelidirler²⁰⁴

Boşanmanın mali sonuçları ve çocuklara ilişkin konuların geçerliliği için, anlaşmalı boşanma protokolünde yer alan ve tarafların anlaştıkları söz konusu düzenlemeleri hakim uygun görmesi gerekmektedir. Hakim, bu konulara ilişkin yapılan anlaşmayı taraflar ve müşterek çocukların menfaatini göz önüne alarak uygun görüp onayabilir, belirli kısımlarda değişiklik yapabilir veya tamamen kaldırarak yeniden düzenleyebilir. Hakim tarafından yapılan bu düzenlemelerin taraflarca da kabulü halinde anlaşmalı boşanma gerçekleşir, taraflar kabul etmedikçe anlaşmalı boşanma kararı verilemez²⁰⁵. Bu durumda usul ekonomisi ilkesi de dikkate alınarak dava reddedilmeyip, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma olarak devam edilmesi gerekecektir²⁰⁶.

Yargıtay tarafından taraflar arasında görülen anlaşmalı boşanma davasında, velayeti anlaşma uyarınca anneye bırakılan ortak çocuk ile baba arasında taraflarca düzenlenen kişisel ilişki mahkemece değiştirildiği bir davada; *Hakimin, taraflar ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak anlaşmada gerekli gördüğü değişikliği yapabilir ise de, bu durumda yapılacak işin, kişisel ilişki konusunda taraflara bir öneride bulunmak ve öneri kabul edildiği takdirde buna göre karar vermek, kabul edilmediği ve taraflarca anlaşmaya varılarak mahkemenin de uygun bulacağı yeni bir düzenleme de yapılmadığı takdirde, davanın Türk Medeni Kanununun 166/1. maddesi uyarınca çekişmeli boşanma*

¹⁹⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.271

²⁰⁰ ERDEM-sf.136

²⁰¹ GENÇCAN-sf.863-865

²⁰² GENÇCAN-sf.854, TEKİN-sf.103

²⁰³ GENÇCAN-sf.857

²⁰⁴ TEKİN-sf.106

²⁰⁵ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.271

²⁰⁶ İPEK-sf.110, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.124

olarak sürdürülüp sonucu uyarınca karar vermekten ibaret olduğu, bu kapsamda yasal koşullar oluşmadan, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuş olup²⁰⁷ hakim tarafından re'sen taraflara sormadan yapılan düzenlemenin aynen hükme geçirilmesi sebebi ile ilk derece mahkemesi kararının bozulmasına karar verilmiştir.

Hakim onayına ek olarak taraflarca yapılan protokolde kanuna aykırı düzenlemelerin bulunması da kabul edilemezdir. Konuya dair, boşanma kararı ile velayetleri anneye verilen çocukların, boşanma kararının kesinleşmesinden sonra annelerinin kızlık soyadını kullanmalarına dair ilk derece mahkemesi tarafından verilen bir karar Yargıtay tarafından kanuna aykırılık sebebiyle bozma konusu yapılmıştır²⁰⁸.

Hakim tarafından velayete ilişkin araştırma yapılırken çocuğun psikolojisi, menfaati, anne ve baba ile ilişkisi ve ailenin sosyal, ekonomik şartları göz önüne alınarak uzman görüşünden de faydalanılır²⁰⁹. Konuya dair Yargıtay tarafından verilen bir kararda hakim tarafından velayete ilişkin düzenleme yapılırken uzman raporu alınmaması, temyiz sebebi yapılmış, Yargıtay çocuk ile görüşülmesi ve rapor ile delillerin birlikte değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir²¹⁰.

Sonuç olarak anlaşmalı boşanmada hakim tarafından yapılacak değişiklikte tarafların ve müşterek çocuklarının menfaati bulunmalı, hakim tarafından değişiklik nedeni taraflara açıklanmalı ve eşlerin görüşü alınmalıdır²¹¹. Bunun yanında taraflar arasındaki boşanma protokolü ister yazılı olarak yapılmış olsun, ister mahkeme huzurunda sözlü olarak yapılsın, protokol hükümleri ile taraf beyanları hakim tarafından zapta geçirilmeli ve eşlerin imzası altına alınmalıdır²¹².

G. Ortak Hayatın Kurulamaması veya Fiili Ayrılıkta Hakimin Etkisi

TMK 166 son maddesine dayanarak açılan bu davalar mutlak genel boşanma sebeplerinden olup, şartlar oluşmuş ise hakim tarafından diğer eş için ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğine bakılmaksızın boşanma kararı verilir²¹³. Önceki davada kusurlu bulunan eş de bu davayı açabilir, yani davayı açan eşin kusursuz veya diğer eş

²⁰⁷ Yargıtay 2. HD 21.09.2017 tarih, 2016/4642 E. 2017/9915 K. Sayılı karar

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>),30.01.2021,19:41

²⁰⁸ Yargıtay 2. HD. 02.04.2014 tarih, 2013/23824 E. 2014/7729 K. Sayılı karar (GENÇCAN-sf.861)

²⁰⁹ TEKİN-sf.113

²¹⁰ Yargıtay 2 HD 09.05.2016 tarih, 2015/17609 E. 2016/9479 K. Sayılı karar (TEKİN-sf.112-113)

²¹¹ GENÇCAN-sf.872-875

²¹² AKINTÜRK/ATEŞ-sf.271

²¹³ GENÇCAN-sf.906

göre daha az kusurlu olması şartı burada söz konusu değildir²¹⁴. Bunun yanında fiili ayrılık için şart olarak görülen 3 yılın kesintisiz olması da gerekmektedir. Eğer 3 yıllık süre içinde eşler herhangi bir suretle bir araya gelirlerse eşlerin evliliğinin devam etmesi ihtimali de devam ediyor sayılacak ve bu sebeple dava reddedilecektir²¹⁵.

II. TMK 195. MADDESİNE DAYALI OLARAK GENEL KORUMA

Evlilik birliğinin korunmasına dair kanunda yer alan tek genel düzenleme 195. Madde olup, madde metni uyarınca ;

Eşlerden birinin evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmemesi yahut birliğe ilişkin önemli bir hususta uyuşmazlığa düşülmesi halinde eşlerin ayrı ayrı veya birlikte hakim müdahalesini talep edebileceği hüküm altına alınmıştır. Eşlerin bu talebi üzerine hakim, öncelikler eşleri yükümlülükleri konusunda uyararak onları uzlaşmaya çalışacak ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımına yönlendirebilecektir. Maddenin son fıkrası ise hakim gerekli görülmesi durumunda eşlerden birinin talebi üzerine kanunda ön görülen önlemleri alacaktır²¹⁶ hükmünü içermektedir.

TMK 195. Madde hükmü yanında ulusal düzenlemelere Anayasamızın 41. Maddesi, 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun hükümleri yer almaktadır. Anayasamızın 41. Maddesi ile ailenin huzur ve refahı ile anne ve çocuklar başta olmak üzere koruma sağlanması için aile planlaması yapılması ve gerekli önlemlerin alınması devletin görevlerinden sayılmıştır. 6284 sayılı kanun ile de mülki idare amiri ile hakime önleyici tedbir alma yetkisi tanınmıştır²¹⁷.

A. Şartları

1. Eşlerin Birlikte veya Tek Başlarına Talebi

Toplumun en küçük birimi olan ailenin korunmasında kamu yararı öncelikli görülse de²¹⁸, evlilik birliğinin korunması için gerekli önlem ve kararları hakim re'sen uygulayamaz. Bu sebeple kanun koyucu koruyucu ve birliğin korunmasına yönelik

²¹⁴ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.274

²¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.126

²¹⁶ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> -01.02.2021,22:23

²¹⁷ KILIÇOĞLU-sf.207

²¹⁸ GENÇCAN-sf.474

önlemler alınması için eşlerden birinin veya her ikisinin de talebinin bulunması gereğini hüküm altına almıştır²¹⁹.

Evlilik birliği eşler arasında kurulur ve bu sebeptendir ki Anayasa'nın 20. Maddesinde "*Herkes... aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz...*" hükmü ile aile hayatına dışarıdan müdahalenin önüne geçilmiştir. Hakimin koruyucu önlemler almasında bu sebeple eşlerden biri veya her ikisinin talebi aranarak, devletin özel aile hayatına müdahalesi sınırlandırılmıştır²²⁰.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından verilen bir kararda 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 166. maddesi hükmünün tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerektiğine değinmiştir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylem ve kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşecektir. Aksi halde yine böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkaracaktır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsarak sonrasında zaten birliğin sarsılmış olduğuna dayanarak boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilecektir. Öyle ise Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmaz olmalıdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamayacak, az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır (TMK m. 166/2) Hükmü ile de tam kusurlu eşin boşanma davası açmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır²²¹.

2. Evlilik Birliğinden Doğan Yükümlülüklerin Yerine Getirilmemesi

Evlilik ile eşler birbirlerine karşı, evlenmenin doğası ve kanundan kaynaklı olarak belirli yükümlülüklerle sahip olurlar. Yukarıda eşlerin yükümlülüklerine değinmiştik. TMK

²¹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.187

²²⁰ ŞENYUVA-sf.33

²²¹ Yargıtay 2. HD 19.04.2016 tarih, 2015/16407 E. 2016/7878 K.

185. Maddesinde ifadesini bulan bu yükümlülükler evlilik birliği devam ettiği müddetçe sürecektir²²².

Hatırlamak gerekirse birliğin mutluluğunu sağlamak, çocukların bakım, eğitim ve gözetimine ilgi göstermek, birlikte yaşamak, sadakat ve maddi-manevi destek olmak gibi yükümlülüklerin ihlali halinde hakim müdahalesi talep etme hakkı doğacaktır²²³. Eşlerden biri işte bu yükümlülüklerden birini veya birkaçını hiç veya gereği gibi yerine getirmese diğer eşin hakimden müdahale talep etme hakkı olacaktır²²⁴.

Belirtmek gerekir ki her yükümlülüğün ihlali hakim müdahalesi için yeterli olmayıp, birliğin korunmasını talep için yükümlülüğün ağır ve önemli ihlali, ayrıca söz konusu ihlalin tekrarlanması veya tekrar ihtimali mevcut olmalıdır. Bunun yanında ihlalin kusur sonucunda gerçekleşip gerçekleşmediği, birliğin korunmasını talep etmek için önemli değildir²²⁵.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda kocasının ağır kusurlu davranışlarına rağmen evi terk etmeyen kadının itirazı sonucunda tarafların ergin olmayan çocuklarının bulunması dikkate alınarak evliliğin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer yarar bulunduğu kanaati ile ilk derece mahkemesi tarafından verilen boşanma kararı bozulmuştur²²⁶. Kanaatimizce söz konusu ağır kusurlu davranış sebebiyle boşanma davası açılmayıp hakim müdahalesi de talep edilebilecek olup, bu yönde bir talep evliliğin korunması ve boşanmanın olabildiğince son çare olarak kabul edilmesi ruhuna da uygun olacaktır.

Yine Yargıtay tarafından, aile konutuna girmesi engellenen davacının hakim müdahalesini talep etmesi sonucu hakim tarafından verilen karar ile davacının eve girişinin

²²² ERDEM-sf.213, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.112-115

²²³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.187

²²⁴ ŞENYUVA-sf.37

²²⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.187, ŞENYUVA-sf.37,38

²²⁶Yargıtay 2. HD 27.03.2014 tarih, 2013/23060 E, 2014/7277 K. Sayılı karar- “Mahkemenin sabit kabul ettiği olaylara göre, davacının ağır kusurlu olduğu doğrudur. Davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir (TMK.md.166/2). Davalı, davaya itiraz etmiştir. Evden kovulmasına karşın, terk etmek istememiş, kayınvalidesinin evine sığınmıştır. Kocasının ağır kusurlu tutum ve davranışlarına rağmen çocukların geleceğini düşünerek evlilik birliğinin devamı için bu kusurlu tutum ve davranışlara katlanma yönünde bir tavır göstermiştir. Davaya itirazının, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olduğunu kabule yeterli bir delil ve olgu dosyada bulunmamaktadır. Aksine itirazı, hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyecek deliller mevcuttur. Tarafların ergin olmayan ilk ve orta öğretim çağında çocuklarının bulunduğu da dikkate alındığında evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer yarar bulunmaktadır. Öyleyse davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile tarafların boşanmalarına karar verilmesi isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir.”
(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 02.02.2021,20.12

sağlanması, davalının engelleyici davranışlarının önüne geçilmesi TMK 195. Maddesi uyarınca hakim müdahalesi olarak yorumlanarak hukuka uygun bulunmuştur²²⁷

3. Önemli Bir Konuda Uyuşmazlığa Düşülmesi

Kanun, 195. Maddesinde eşlerin evlilik birliğinden doğan her uyuşmazlıkta değil fakat “önemli hususlarda” uyuşmazlığa düşülmesi halinde hakime başvuru ile birliğin korunmasına dair koruma talebinde bulunma hakkı tanımıştır²²⁸.

Önemli hususların ne olacağı hususunda kriter evliliğin devamı için önem taşıyan, birlikte yaşamının zorunlu kıldığı zaruri ve ciddi hususlardır. Örneğin TMK m.186/1 uyarınca eşlerin birlikte yaşayacakları konutu müştereken seçmeleri hüküm altına alınmış olup eşler arasında bu hususta bir anlaşmazlık çıkması halinde hakim müdahalesi talep edilebilecektir. Bu kapsamda hakim yalnızca seçim hakkının nasıl kullanılabilmesine dair açıklamada bulunarak eşlere yol gösterebilecek, ortak konutu kendisi tayin edemeyecektir²²⁹.

Bu kapsamda aile konutunun seçimi, müşterek çocuğun eğitimi gibi hususlar önemli olarak nitelendirilebilirken, eve alınacak bulaşık makinesinin markasının seçilmesi veya hangi dergiye abone olunacağı hususu hakim müdahalesini gerektirecek önemli uyuşmazlık olarak görülemez²³⁰.

B. Koruyucu Tedbirleri Almaya Görevli ve Yetkili Mahkeme

Koruyucu tedbirlerin alınmasında görevli mahkemeye dair 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nda bir düzenleme yer almamakla birlikte bu hususta 4787 sayılı “Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun²³¹”a bakmak gerekmektedir. Bu kapsamda evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirleri almakta görevli mahkeme söz konusu kanunun 4. Maddesi ile de belirtildiği üzere “aile mahkemeleri”dir²³².

Koruyucu tedbirlerin alınmasına dair yetkili mahkeme hususunda ise göreve dair düzenlemenin aksine TMK 201. Maddesinde ayrıntılı düzenleme mevcuttur;

“Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

²²⁷ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 06.04.2016 tarih, 2015/26089 E., 2016/6952 K. Sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 25.03.2021, 20.44

²²⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.187

²²⁹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.110

²³⁰ ŞENYUVA-sf.41, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.187

²³¹ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4787.pdf> , 03.02.2021,21.26

²³² ŞENYUVA-sf.92

Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir.

Önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, önlem kararını veren mahkemedir. Ancak her iki eşin de yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesidir.²³³”

Kanun koyucu eşlerin daha kolay işlem yapabilmesi ve hakim tarafından evlilik birliğinin korunması için verilen tedbirin yeni durum ve koşulların ortaya çıkması halinde mevcut duruma rahatlıkla uyarlanabilmesi için yetkili mahkemeye dair söz konusu düzenlemede ayrıntıya ve geniş yetki kurallarına yer verilmiştir²³⁴.

III.HAKİMİN ALACAĞI ÖNLEMLER

Boşanma davası devam ederken hakim eşler, çocuklar ve evlilik birliğinin menfaatini göz önünde bulundurarak dava devamında geçici önlemlere başvurabileceği gibi, boşanma davası olması şart olmadan evlilik birliği devam ederken de TMK m.195 uyarınca belirlenen tedbirlere dair eşlerin birlikte veya tek başlarına başvurusu üzerine maddede sayılı önlemleri de alabilecektir²³⁵.

Boşanma davası devam ederken hakim tarafından alınabilecek geçici önlemler eşlerin barınmasına, malvarlıklarına, geçimlerine, barınmalarına veya mal varlıklarının yönetimine ilişkin önlemler olup çocuklara ilişkin de geçici önlemlerin alınabilmesi mümkündür. Çocuklara ilişkin geçici önlemler geçici kişisel ilişki, boşanma sürecinde eşlerden birinin himayesine bırakılması ve çocuğun mallarına ilişkin önlemler olarak karşımıza çıkmaktadır²³⁶. TMK 169. Maddesi uyarınca boşanma veya ayrılık davası sürecinde hakim tarafından alınacak önlemler sınırlı sayıda olmayıp, hakim gerekli gördüğü takdirde re'sen (herhangi bir talebe gereksinim olmaksızın) ailenin menfaatine göre uygun gördüğü tedbire hükmedebilecektir²³⁷. TMK 169 ve 195. Maddelerinde hakim tarafından alınacak tedbirlere ilişkin düzenlemeler yer almakla, 169. Maddede yer alan

²³³ Bkz. <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> - 03.02.2021,21.32

²³⁴ ŞENYUVA-sf.92,93

²³⁵ KILIÇOĞLU-sf.208, KURT, Ekrem- Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Haziran 2013, Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (mk M. 169) (<https://jurix.com.tr/article/4285>) 13.02.2021, 16.19

²³⁶ ERDEM-sf.153,154, GENÇCAN-sf.1073,1074

²³⁷ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.283

düzenlemenin en çok göze çarpan kısmını hakimın re'sen hareket etmesi²³⁸ , 195. Madde uygulamasında ise eşlerin birlikte veya ayrı ayrı talepleri gerekmesidir.

A. Ortak Konut Seçiminde Hakimın Müdahalesi

Ortak konutun seçiminde eşler karşılıklı özen ve mantık sınırları dahilinde hareket etmek zorundadırlar. Ortak konut seçiminde anlaşılammaması halinde **“hakimin müdahalesi”** ihtiyacı ortaya çıkacaktır. Bu müdahale yalnızca eşlere ortak konutun nasıl seçilmesi gerektiği konusunda yardım ve öneride bulunma ile sınırlı olup, konut seçimi bizzat hakim tarafından yapılamamaktadır²³⁹. Eşlerin birlikte yaşayacakları konut, her aile için spesifik tercih nedenlerine bağlı olup bu seçimin bir eşin tekeline veya hakim tayinine bağlı bulunması hukuken ve pratikte mümkün değildir. Bu hususta hakim yalnızca yol gösterici olabilir.

Yukarıda malik eşin diğer eşin rızası olmadan aile konutu üzerinde belirli tasarruflarda bulunamayacağından bahsetmiştik. Söz konusu tasarruflar kanunda sayılmış olup kira sözleşmesinin feshi, aile konutunun devri ve aile konutu üzerindeki hakların sınırlanması diğer eşin açık rızasına bağlanmıştır. Bu maddede de iyi niyet ve hakkaniyete aykırı olarak rıza verilmemesi durumunda **“hakimin müdahalesi”** söz konusu olabilmektedir. 194. Maddenin 2. Fıkrası ile açıkça *“Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza gösterilmeyen eş, hakimın müdahalesini isteyebilir.”* Denmiştir. Kanaatimizce bu durumda hakim, ailenin ekonomik ve sosyal durumunu araştırarak, aile konutuna dair yapılmak istenen tasarrufun doğurabileceği sonuçlar açısından değerlendirme yaparak orantılı bir tasarruf- sonuç ilişkisi kuracaktır. Eşler arasında rızanın verilip verilmemesini objektif olarak değerlendirmesi gereken hakim, aynı zamanda evlilik birliğinin korunması amacıyla iki taraf arasında menfaat çatışmasına sebep olmadan hüküm kurmak ve birlik menfaatini tarafların bireysel menfaatinden üstün tutmak zorundadır.

B. Uyarıda Bulunma, Uzlaştırmaya Çalışma

TMK 195. Maddesi 2. Fıkrası ile hakime, eşlerin yükümlülükleri konusunda uyarıda bulunma ve uzlaştırmaya çağırma yetkisi verilmiştir. Bu hususta hakim uzlaşma

²³⁸ Yargıtay 2. HD 08.12.2003 tarih, 2003/15200 E. 2003/16489 K. Sayılı karar, Yargıtay 2 HD.25.03.2013 tarih, 2012/4827 E. 2013/8195 K. Sayılı karar (ERDEM-sf.154)

²³⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.166, AKINTÜRK/ATEŞ-sf. 110

konusunda eşleri zorlayamayacağı gibi, uzlaştırma işlemleri esnasında her iki eşin de katılımı gerekmektedir²⁴⁰.

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 3. Maddesi ile aile mahkemesi hakimlerinin nitelikleri belirtilmiştir. Söz konusu madde kapsamında aile mahkemelerine, atanacakları bölgeye veya bir alt bölgeye hak kazanmış, adli yargıda görevli, tercihen evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile hukuku alanında lisansüstü eğitim yapmış olan hâkimler arasından HSK tarafından atanacağı hükme bağlanmıştır²⁴¹. Kanaatimizce aile mahkemeleri hakimleri için söz konusu özel düzenlemenin getiriliş amacı, incelemekte olduğumuz “boşanmada hakim müdahalesi” kapsamında hakime verilen takdir hakkı ve yetkilerin kullanılması esnasında, eşlere yol gösterici bir uzman gibi yaklaşması , aile hukuku alanında bilgi sahibi olarak empati yeteneğini kullanması gereğidir.

Uyarıda bulunmadan kasıt, evlilik birliğinden doğan yükümlülüğü yerine getirmeyen eşe, bu yükümlülüklerin nasıl ihlal edildiğini anlatarak bir nevi yükümlülükler uyulması gerektiği hususunun açıklanmasıdır. Söz konusu uyarının herhangi bir müeyyidesi bulunmayıp, tavsiye niteliğine haizdir. Uyarı kanunda yer alan evlilik birliğinden kaynaklanan yükümlülüğün hatırlatılması şeklinde ortaya çıkabileceği gibi, eşlerin özel durumları gereğince davaya ve bölge özelliklerine münhasır olarak hakimce uygun görülen bir tavsiye verilmesi şeklinde de olabilecektir²⁴². Kanaatimizce uyarı herhangi bir müeyyide doğurmamakla uyarının etkili sonuç doğurması ve hukuken de uygun olması açısından uyarıya uymama sonuçlarında da uyarıda bulunulan eş aydınlatılmalı, örneğin uyarıda bulunulmasına sebep olan evlilik birliği yükümlülüğünün ihlali aynı zamanda TCK uyarınca suç da teşkil ediyorsa, diğer eşin şikayet hakkı ve suç konusu eylem hakkında da eşler uyarılmalıdır.

Uzlaştırma hususunda kanun koyucu, hakime “arabuluculuk” vasfı yüklemiştir. Burada hakim tarafların anlaşamadıkları konuyu irdeleyerek alternatif çözüm yolları üreterek tarafların ortak bir noktada buluşmasını sağlayacaktır²⁴³.

Yargıtay tarafından hakimin uzlaştırma yükümlülüğüne dair vermiş olduğu bir kararda “Çocuğun adını ana ve babası koyar (TMK m. 339/5). Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda

²⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.188, KILIÇOĞLU-sf.206

²⁴¹ KARAGÜLMEZ, Ali/URAL, Sami Sezai-Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2003 Ankara, sf.26

²⁴² ŞENYUVA-sf.44-45

²⁴³ ŞENYUVA-sf.47

uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilecekler. Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir. Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır (TMK m. 195)... ana ve babanın, velayet hakkının kapsamı içerisinde yer alan çocuğun adı konusunda anlaşmazlığa düşmeleri halinde, ana ve baba ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. O halde; mahkemece tarafların gösterdikleri deliller usulüne uygun şekilde toplanıp taleple ilgili olarak, Türk Medeni Kanunu'nun 195. maddesinde gösterilen usul çerçevesinde bir karar vermek gerekir”²⁴⁴ hükmü ile çocuğun adının konulmasında dahi eşlerin anlaşmazlığa düşmesi halinde hakim müdahalesinin talep edilebileceği görüşünü benimsemiştir.

C. Uzman Yardımına Yönlendirme

Hakim, uyarma veya uzlaştırma hususunda istenilen sonucun alınmadığı veya alınamayacağı kanaatine varırsa eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerden yardım alınmasını sağlayabilir²⁴⁵. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş; Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 5. Maddesi uyarınca , Adalet Bakanlığınca her aile mahkemesine tercihen evli ve çocuk sahibi, otuz yaşını doldurmuş ve aile sorunları alanında lisansüstü eğitim yapmış birer psikolog²⁴⁶, pedagoğ²⁴⁷ ve sosyal çalışmacı²⁴⁸ atanması öngörülmüştür²⁴⁹. Söz konusu uzmanlar dava öncesinde veya dava sırasında eşler arasındaki uyuşmazlıkların giderilmesinde, uzmanlık alanlarına uygun olarak gerekli araştırma ve çözüm önerileri ile tarafların uzlaşmasında etkin olması açısından kanunen aile mahkemelerinde önemli rol oynamaktadırlar. Söz konusu uzmanları atamak ve hangi konularda etkin olacakları hususunda hakimin takdir ve yönlendirme hakkı bulunmakla, uzmanlarca düzenlenen bu

²⁴⁴ Yargıtay 2. HD. 04.12.2017 tarih,2016/26017 E.2017/14036 K. Sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 06.02.2021,23.08

²⁴⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.188

²⁴⁶ Psikolog görevleri; psikolojik sorunu bulunan kişiyi tek başına veya çevresi ile psikolojik yöntemlerle inceleyerek sorunları ve kaynaklarını belirlemeye çalışır, bu kişinin psikolojik sorunlarını iyileştirici, koruyucu çalışmalar yaparak sorun çözümünde yardımcı olur (KARAGÜLMEZ/URAL-sf.173)

²⁴⁷ Pedagoğ özellikle çocuklar ile ilgili çalışmalar yaparak çocuk sorunları ile ilgili olarak neden ve çözümleri araştırır, araştırmasının öznesini oluşturan çocuğun yaş grubunu göz önüne alarak sorunların çözümünde etkin rol oynar (KARAGÜLMEZ/URAL-sf.171)

²⁴⁸ Psikolojik danışman veya rehberlik uzmanı olarak da görülebilecek sosyal çalışmacı; muhtaç, kimsesiz çocukların takibi ile bu çocukların yetiştirme yurdu veya aile yanına yerleştirilmesi, yoksul kişilerin temel ihtiyaçları için kaynak bulmak, ekonomik açıdan kalkınmada geri kalmış kesimlerin ihtiyaçlarını giderme hususunda kaynak bulmak görevleri arasındadır (KARAGÜLMEZ/URAL-sf.170)

²⁴⁹ ŞENYUVA-sf.48

raporlar hüküm yerine geçmemekte, yalnızca hakim tarafından kurulacak hükümde hakime yardımcı olarak kanaatinin oluşmasında rol oynamaktadır²⁵⁰.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda hakimin, uyuşmazlık konusunun evlilik birliğinden doğan yükümlülüğün ihlalden kaynaklandığı konularda eşleri bu yükümlülüklerle dair uyarma ve gerektiğinde eşlerin ortak rızası ile uzman yardımına yönlendirmekle yükümlü olduğunu ifade etmiştir²⁵¹

D. Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi

TMK 197. Maddesi ile eşlerden herhangi birinin ortak hayatın devamı sebebiyle kişiliğinin, ekonomik güvenliğinin yahut ailenin huzurunun ciddi olarak tehlikeye düşmesi halinde bu süreçte söz konusu değerleri tehlikeye düşen eşin ayrı yaşama hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır.

Ortak yaşamın devam etmesi sebebi ile eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği ya da aile huzurunun ciddi bir biçimde tehlikeye düşmesi halinde bahse konu eş ayrı yaşama hakkına sahip olacaktır. Bu kapsamda ortak yaşama ara verilmesi için eşlerden birinin kusurlu olması şart olmayıp haklı sebebin varlığı yeterlidir²⁵². Bu kapsamda eşlerden birinin ayrı yaşama hakkının varlığı için kanun 3 farklı alternatif görmüş olup bu sebepler kişilik, ekonomik güvenlik ve aile huzuru olarak ifade edilmektedir.

Bahsi geçen 197. Madde evlilik birliği devam ederken hakim tarafından alınabilecek bir önlem olup, bunun yanında boşanma davası devam ederken eşlerin barınmasına ilişkin de hakim tarafından geçici önlemler alınabilecektir²⁵³. Boşanma davası devam ederken alınacak önlemlerde hakim taraf talebine gerek olmaksızın resen hareket edebilecektir. TMK 169. Maddesi ile *boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkimin, davanın devamı süresince gerekli gördüğü, özellikle eşlerin barınması, geçimi, eşlerin mallarının yönetimi ve çocukların bakım ve korunmasına dair geçici önlemleri re'sen alacağı* hüküm altına alınmıştır.

TMK 169. Maddesinde yer alan tedbirlerin temel özellikleri; her zaman istenebilir olması, hakim tarafından resen dikkate alınması²⁵⁴, uyuşmazlık konusu üzerinde alınabilmesi²⁵⁵, boşanma veya ayrılık hakkındaki davanın kesinleşmesi ile kendiliğinden

²⁵⁰ ŞENYUVA-sf.49,50

²⁵¹ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 30.05.2016 tarih, 2015/17189 E.,2016/10626 K. Sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 25.03.2021, 20.20

²⁵² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.189, KILIÇOĞLU-sf.210

²⁵³ GENÇCAN-sf.1073-1076

²⁵⁴ Yargıtay 2. HD 11.11.2014 tarih, 2014/10964 E. 2014/22348 K. Sayılı karar

²⁵⁵ Yargıtay 2. HD 28.11.2013 tarih, 2013/23396 E. 2013/27976 K. Sayılı karar

ortadan kalkması ve ancak esas hükümle birlikte kanun yoluna tabi olmasıdır²⁵⁶. Hakim tarafından eşlere dair boşanma veya ayrılık davası devam ederken TMK 169. Maddesine dayalı olarak alınan barınmaya ilişkin tedbir konusunda eş ve çocukların oturduğu yerden, mülkiyetin kime ait olduğuna kadar dikkatli şekilde araştırma yapmakla yükümlüdür. Verilen önlem kararı dava süresi ile sınırlandırılabilir gibi, değişen koşullara göre hakim tarafından gerekli görüldüğünde kaldırılabilir²⁵⁷.

E. Evlilik Birliği Giderlerine İlişkin Parasal Katkının Belirlenmesi

TMK 197. Maddesi 2 ve 3. Fıkrası²⁵⁸ ile ayrı yaşam sonucunda ortaya çıkabilecek problemler kanun koyucu tarafından göz önüne alınarak söz konusu ayrı yaşamın haklı bir sebebe dayanması veya haklı sebep bulunmaksızın ortak hayatın devam etmemesi hali ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Bu kapsamda hakim tarafından ortak yaşama verilen ara sonucunda doğabilecek durumlara karşı hakimin önlem alması hususu eşlerden birinin istemine bağlı tutulmuştur. Bu kapsamda hakim evlilik birliğine dair konut ve ev eşyasından ne şekilde eşlerin yararlanabileceği ile bir eşin diğerine yapacağı parasal katkıya veya eşlerin malvarlıklarının yönetilmesine dair önlem ve karar alma yetkisine sahip olacaktır²⁵⁹.

Birlik giderlerine katılma payı belirlenirken çerçeve, her aile ve evlilik birliğine göre öznel olarak somutlaştırılarak belirlenmeli, eşlerin ekonomik ve sosyal durumları göz önünde bulundurulmalıdır²⁶⁰. Söz konusu başlıkta ise kanaatimizce esas ele alınması gereken nokta kadının emeği yönünde yer alan düzenleme ve yapılacak katkının emek ve malvarlığı hususlarında toplanmasıdır.

Hakim müdahalesine de yer veren 196. Madde ile 186. Maddede belirtilen “emek” kavramı örneklendirilmiş ve çerçevesi belirlenmiştir. Bu kapsamda eşin ev işlerini yapması, çocuklara bakmasının yanında diğer eşin işlerine de yardım etmesi ve karşılıksız çalışmasının katkı miktarı belirlemede göz önüne alınması gerektiği ifade edilmiştir. Örnek verilecek olursa eşi tarımla uğraşan kadının tarlayı sürmede eşine yardımcı olması, çıkan mahsülleri pazarda satması ve elde ettiği parayı eşine vermesi ya da eşine ait işyerini

²⁵⁶ GENÇCAN-sf.1076-1079

²⁵⁷ GENÇCAN-sf.1083-1085

²⁵⁸ TMK m.197 f.2-3:*Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır.*

Eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hâle gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>), 08.02.2021,22.58

²⁵⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-SF.191

²⁶⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf. 168

temizlemesi gibi durumlarda eşin emeğinden bahsedilecek, hatta bu çeşit yardımlarda karşılıksız çalışan eş bu çalışması için diğer eşten bedel dahi isteyebilecektir²⁶¹. Bu düzenlemeler ile bir eşin çalışarak maddi katkıda bulunmasına karşın ev kadınının eve harcamış olduğu emek de maddi destek sağlamayan kadının katkısı olacaktır ve çalışan eşin maddi desteğine denk olacaktır²⁶². Madde ifadesinden de anlaşılacağı üzere eşlerin üzerine düşen evlilik birliği giderlerine katılma yükümlülüğünü ihlali, evlilik birliğinin korunması amacıyla alabileceği özel bir tedbir olarak karşımıza çıkmaktadır²⁶³.

TMK 196 vd. maddeleri ile hakime, aile geçimine dair yapılacak parasal katkıyı belirleme imkanı verilmiş olup, bu katkının belirlenmesi için eşlerden birinin talebi şartı eklenmiştir. Söz konusu katkının belirlenmesinde ise geçmişe yönelik süre sınırı getirilerek yalnızca geçmiş bir yıl koşulu öngörülmüş olup, gelecek yıllar için de istenebileceği hüküm altına alınmıştır. Takip eden TMK 197 ve 198. Maddelerde ise birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde hakim tarafından alınacak geçici önlemler kapsamında yine parasal katkının belirlenmesi hususu değerlendirilmiş, hatta evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerden olan birlik giderlerine katılma yükümlülüğünün ihlali halinde hakim bu yükümlülüğü ihlal eden eşin borçlularına ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmaları yönünde hüküm dahi verebilecektir²⁶⁴. Hakim tarafından eşler tarafından yapılacak katkı belirlenirken eşlerin maddi ve sosyal durumlarının yanında TMK 197 ve 198. Maddelerde yer alan hükümler için ayrı yaşam başlayıncaya kadar tarafların evlilik birliğine yapmış oldukları katkılar ile birlikte yaşamaya ara verilmesine hangi eşin sebep olduğu da göz önünde bulunduracaktır²⁶⁵.

Eşler arasındaki ilişkiden kaynaklı olarak genelde parasal katkıya dair hakim müdahalesi olmadıkça parasal katkı sınırı eşler tarafından net bir biçimde çizilmemiş olacağından, belirlenmeyen sınırın da ihlali tespit edilemeyecektir. Bu nedenle TMK 198. Maddenin uygulanabilmesi için TMK 196 uyarınca bir hakim müdahalesi gerçekleşmiş,

²⁶¹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.115, KILIÇOĞLU-sf.168

²⁶² KILIÇOĞLU-sf.169

²⁶³ ŞENYUVA-sf.52

²⁶⁴4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

Madde 197 - Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemleri alır. Eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hâle gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir. Eşlerin ergin olmayan çocukları varsa hâkim, ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alır

Madde 198 - Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hâkim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> 21/12/2020,23:05)

²⁶⁵ KILIÇOĞLU-sf. 170

yani hakim tarafından parasal katkı belirlenmiş ve yapılan belirlemeyi ihlal eden bir eş bulunmalıdır. Bunun yanında ihlal eden eşin borçlularının bulunması şart olmakla, borcun muaccel olmasına dair bir koşul bulunmamaktadır. Hakim tarafından TMK 198. Md uyarınca verilecek hüküm ile muaccel olmayan borç, muaccel olduğunda hüküm uyarınca yükümlülüğü ihlal eden alacaklı eşe değil, diğer eşe ödenecektir²⁶⁶.

Hakim tarafından alınacak parasal katkıya dair geçici önlemin ortaya çıkmasında bir diğer hal ise boşanma ve ayrılık davası devam ederken evin geçimine ve çocukların bakımına dair yapılacak harcamalara ilişkindir. Evlilik birliğinden kaynaklanan ortak giderlere katlanma yükümlülüğü, boşanma davası sonuçlanıncaya kadar da birlik giderlerinin devam ettiği sonucunu değiştirmeyecek, bu hususta eşlerin ayrılık kararının çalışmayan eş ve çocuklar açısından daha büyük zararlar doğurmaması için hakim tarafından taraf taleplerine bağlı olmaksızın re'sen geçici önlem mahiyetindeki kararlar alınabilecektir²⁶⁷.

Hakim boşanma veya ayrılık davası devam ederken eşlerin barınmasına dair geçici önlemler alırken aynı zamanda geçimlerine ilişkin de tedbir alacak, bu katkı ise “tedbir nafakası” altında kendini gösterecektir²⁶⁸. Yargıtay 2. HD tarafından verilen kararda tarafların talebi bulunmasa dahi hakim tarafından durum ve şartların gereğine göre dava sürecinde maddi sıkıntı yaşayan veya yaşaması muhtemel görülen eş için tedbir nafakasına hükmedilmesi gereği hüküm altına alınmıştır²⁶⁹

F. Çocuklara İlişkin Geçici Önlemler

TMK 197. Maddesi ile *ergin olmayan çocukların bulunması halinde hakimin anne baba ile çocuklar arasındaki ilişkileri düzenleyen hükümlere göre gereken önlemleri alacağı* hükmü düzenlenmiştir.

Evlilik birliğine dair korunmaya en muhtaç olan kesim çocuklardır. Evlilik birliğinin boşanma veya ayrılık davası sebebi ile mahkeme salonuna taşınması halinde eşlerin kendilerine dair kararları rahatlıkla alırken çocukların yeni bir çatışma konusu olması da kaçınılmazdır. Bu kapsamda kanun koyucu çocuklara dair akılcı ve çocukların menfaatini ön planda tutan düzenlemelerin yapılması için hakime yetki veya duruma göre müdahale imkanı vermiştir.

²⁶⁶ ERDEM-sf. 215,216

²⁶⁷ KILIÇOĞLU-sf.170

²⁶⁸ ERDEM-sf.154

²⁶⁹ Yargıtay 2. HD 08.12.2003 tarih, 2003/15200 E. 2003/16489 K. Sayılı karar

Çocuklara dair alınabilecek geçici önlemler; çocuğun bir tarafın himayesine bırakılması (velayet veya geçici velayet), çocukla geçici kişisel ilişki kurulması, çocuk mallarına dair geçici önlemler ve çocuğun kaçırılmasına dair alınacak önlemler olarak ele alınabilir²⁷⁰.

Hakim, boşanma veya ayrılık davası devam ederken çocuğu bir ebeveynin himayesinde bırakırken, diğer ebeveyn ile de kişisel ilişkisini düzenleyerek koruyucu tedbirleri alır. Hakim kişisel ilişkinin korunmasında çocuğun yararını, analık ve babalık duygularının önünde tutmalıdır²⁷¹. Çocuğun bu süreçte kiminle kalacağı, hakim tarafından alınacak parasal katkı ve ortak konutun özgülmesi gibi geçici tedbirlerin de belirlenmesinde etkin rol oynar²⁷². Bunun nedeni çocuğun himayesinde bırakıldığı eşin yaşam koşullarının, çocuğun da yaşam koşullarını yakından etkilemesidir. Bunun gibi hakim, çocuk için tedbir nafakasına da hükmedebilir ve bu nafaka, boşanma veya ayrılığa dair kararın kesinleşmesine kadar²⁷³ da devam eder²⁷⁴. Tedbir nafakasının belirlenmesinde hakim, aleyhine nafakaya hükmedilecek eşin zaruri geçim giderlerini dikkate alacağı gibi bu nafakada tarafların kusur oranı, nafaka belirlemesinde etkili değildir, zira söz konusu nafaka eş için değil çocuk için alınan bir tedbirdir²⁷⁵.

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz anlaşmalı boşanma halinde eşlerin özellikle mali konular ve çocuklara dair hususlarda anlaşması gerektiğini belirtmiştik. TMK 166/3 ile . hâkimin, taraf ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabileceği hüküm altına alınmıştır. Bu konuda hakim tarafların onayına

²⁷⁰ GENÇCAN-sf.1098-1099

²⁷¹ Yargıtay 2 HD. 19.10.2009 tarih, 1472-17783 – GENÇCAN-sf.1105

²⁷² ŞENYUVA-sf.72

²⁷³ “4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun “Geçici Önlemler” başlıklı 169. maddesi;

“Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri resen alır.” hükmünü içermektedir. Bu hükme göre hâkimin, bu konuda bir talebin varlığını aramaksızın, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri resen alması gerekir.

Bu geçici önlemlerden birisi de tedbir nafakasıdır. Tedbir nafakası talebe bağlı olmaksızın (resen) takdir edilir ve geçici bir önlem olarak davanın başından itibaren, karar kesinleşene kadar hüküm altına alınır.

Boşanma ve ayrılık davalarında eşlerin kusur durumu geçici tedbir nafakası takdir edilirken dikkate alınmaz. Kusurlu eş yararına dahi, bu tedbirlerin alınması mümkündür. Yine, her iki tarafın da gelirinin bulunması tedbir nafakası verilmesini engelleyici bir hâl değildir. Ancak eşlerin ekonomik güçlerinin birbirine yakın olması durumu söz konusu ise bu durumda geçici tedbir nafakası verme zorunluluğunun ortadan kalkacağı söylenebilir.

Bu nedenledir ki, TMK'nın 169. maddesinde öngörülen tedbir nafakasının geçici önlem niteliği dikkate alındığında Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen davalı kadın için tedbir nafakası verilmesi gerektiği yönündeki Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken...” -Yargıtay HGK 04.04.2018 tarih, 2017/2-1579 E. 2018/673 K. Sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 11.02.2021,23.12

²⁷⁴ Yargıtay 2 HD. 22.02.2018 tarih, 2016/11013 E. 2018/2343 K. Sayılı karar, GENÇCAN-sf.1099

²⁷⁵ ERDEM-sf.155

sunmadan değişiklik yapamayacak, boşanma protokolünü uygun görmediği için doğrudan davayı reddedemeyecektir de. Bu kapsamda hakim hangi hususların uygun olmadığı ve ne şekilde değişiklik yapılabileceği konusunda tarafları aydınlatmalıdır²⁷⁶.

G. Borçlulara Yönelik Alınacak Önlemler

TMK 198. Maddesinde eşlerden birinin, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde, hâkim tarafından onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarına dair hüküm kurulabileceği düzenlenmiştir²⁷⁷. Bu tedbir, aleyhine tedbir kararı verilecek eşin aile birliği dışındaki itibarını da önemli düzeyde etkileyeceğinden, tedbir alınacağı zaman dikkatli inceleme yapılmasını ve titizlikle düzenlenmesi gereğini de beraberinde getirir²⁷⁸.

1. Şartları

Borçlulara hakim tarafından verilecek talimat için gereken maddi şart birlik giderlerine katılım yükümlülüğünün eşlerden biri tarafından ihlal edilmesi olup, bunun için kusur ön şart olmayıp ihlalin ciddi olması yeterlidir. Birlik giderlerine katılma yükümlülüğünün ne şekilde ve ne miktarda ihlal edildiği belirlenirken varsa eşlerin aralarında buna ilişkin yapmış oldukları anlaşma veya TMK 196. Maddesi uyarınca hakim tarafından yapılan müdahale²⁷⁹ sonucu belirlenen katkı tutarına dair düzenleme yahut bunlar yoksa genel şartlar uyarınca yapılacak değerlendirme esas alınır. Bunun yanında katılım yükümlülüğünü ihlal eden eşin 3. Bir şahıstan alacağı da bulunmalıdır²⁸⁰.

Madde metninde söz konusu tedbir talebinin uygulanabilmesi için hakimin re'sen mi hareket edebileceği yoksa eşlerden birinin talebinin mi gerekeceği hususunda bir açıklık bulunmasa da kanaatimizce burada da eşlerden birinin talebi gerekmektedir. Aksi takdirde hakim açılan boşanma davalarında birlik giderlerine ne derecede katılım olup olmadığı hususunu mali bilirkişi gibi inceleyecek, taraf talepleri olmaksızın yapılan bu inceleme sonucunda da belki eşler arasında uyuşmazlık konusu olmayan yahut olmayacak mali konularda da yeni bir anlaşmazlık doğmasına sebep olacaktı²⁸¹.

²⁷⁶ TEKİN-sf.125, Yargıtay 2 HD. 08.12.2004 tarih, 2004/13510 E. 2004/14673 K. Sayılı karar (Kazancı), Yargıtay 2. HD. 16.12.2015 tarih, 2015/23289 E. 2015/24243 K. Sayılı karar (Kazancı)

²⁷⁷ KARAGÜLMEZ/URAL-sf.191

²⁷⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.193, KILIÇOĞLU-sf.211

²⁷⁹ TMK 196. Maddesi uyarınca hakim eşlerden birinin talebi üzerine diğer eşin yapacağı parasal katkıyı belirler. Bu katkının belirlenmesinde eşin karşılıksız çalışması veya ev işlerindeki emeği, çocukların bakımında sarf edilen çaba ve emek de göz önünde bulundurulur. Bu katkı geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilecektir (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf>), 13.02.202.,16.10

²⁸⁰ ŞENYUVA-sf.74

²⁸¹ GENÇCAN-sf. 1089, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.193

2. Borçlulara Verilecek Talimatın Konusu ve Kapsamı

TBK 183 vd. maddelerinde “alacağın devri”, 185. Maddesinde de alacağın kanun veya mahkeme emri ile devri hususu düzenlenmiştir. İşte TMK 198. Maddesinde yer alan hakim tarafından borçlulara verilecek talimat ile borcun diğer eşe ödenmesine dair geçici tedbir de TBK 185. Maddesinde düzenlenen alacağın mahkeme kararı ile devrinin bir başka halini teşkil etmektedir²⁸².

Hakim tarafından ortak giderlere katılma yükümlülüğünün ihlali sonucunda borçlulara verilecek talimatın konusu özel hukuk ilişkilerinden doğan borç-alacak ilişkisidir. Bu kapsamda hakim tarafından borçluya gelecekte doğacak bir borç için talimat verilirse, talimatın uygulanması ön görülen anda birlik giderlerine katılmaya dair de 3. Kişi borçluya karşı alacaklı konumunda bulunan eşin aile ortak giderlerine karşı bir ihlalin bulunması, yani aile birliğinin söz konusu eşten bir alacağının bulunması gerekmektedir. Bunun yanında hakim genel olarak bütün borçlular kapsamında belirsiz bir talimat veremeyecek, talimatın muhatabı borçlular, hangi eşe ne miktarda borcun ödeneceği de hükümde belirtilecektir²⁸³.

3. Tedbirin Sonuçları

Eşlerden biri, düzenli geliri bulunmasına ve evlilik birliği giderlerine katılabilme imkanı bulunmasına rağmen bu yükümlülüğü ihlal ettiğinde hakim tarafından 198. Madde uyarınca söz konusu eşin borçlularına yönelik verilen tedbir kapsamında, borçlular borçlarını diğer eşe ödeyerek yükümlülük ihlalini, ihlal eden eş ve aynı zamanda alacaklı konumunda bulunan eş adına da yerine getirmiş olurlar²⁸⁴.

Hakim tarafından borçlulara yönelik alınacak tedbir eşler için kararın kesinleşmesi ile hüküm ve sonuç doğurur. Buna karşılık borçlular için hüküm ifade etmesi için ise, borçluya söz konusu kararın bildirim şarttır²⁸⁵. Borçluya yapılacak bildirim, ödeme emri ile gerçekleşir. Ödeme emri ile borçlu söz konusu tedbir kararından haberdar olacak, hangi eşe ne miktarda ödeme yapması gerektiği konusunda aydınlatılmış olacaktır. Bu karar ile alacaklı sıfatı değişmez, yalnızca borcun ifa edileceği kişi değişir²⁸⁶.

Bu kapsamda, hakim tarafından alınan tedbir borçluya bildirilmemişse ve borçlu, alacaklı eşe bu bildirilmeme sürecinde ödeme yaparsa kanaatimizce bu ödemenin

²⁸² KILIÇOĞLU-sf.212

²⁸³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.194, ŞENYUVA-sf.75

²⁸⁴ ŞENYUVA-sf.73

²⁸⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.194

²⁸⁶ ŞENYUVA-sf.76

borçlunun borcundan kurtulmasına sebep olacağı kabul edilmelidir. Zira kendisinin taraf olmadığı bir davada kendisi adında kurulan hükümden haberdar olmayan borçlunun yaptığı ödemenin kabul edilmeyerek, diğer eşe ödeme yapılmasının da istenmesi, hakkaniyete uymayacak hatta koşullarına göre sebepsiz zenginleşmeye dahi neden olabilecektir. Buna karşılık tedbir kararının tebliği sonrasında alacaklı eşe yapılan ödeme, borçluyu borcundan kurtarmayacak, tedbir kararı aldırın eş borcun tekrar ifası borçludan talep edilecektir²⁸⁷.

H. Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması

Evlilik birliği giderlerine para veya emek ile katkı bakımından eşler arasında eşitlik ilkesi geçerlidir. Türk Medeni Kanunu ve İsviçre Medeni Kanunundaki hükümler incelendiğinde, eşlerin birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlığı ile katılacakları hususunda kuşku bırakmayacak hükümler yer almaktadır. O halde, durum ve koşullara göre, giderlerin karşılanmasına eşlerden birinin sadece parasal katkıda bulunması, diğerinin ise sadece emeği ile katkıda bulunması mümkündür²⁸⁸.

TMK 199. Madde ile;

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

Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alacaktır.

Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırırca, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.” Hüküm altına alınmıştır²⁸⁹.

1. Eşlerin Temsil Yetkisi

Yukarıda ifade etmiş olduğumuz olağan ve olağanüstü gereksinimler kavramlarını açıklamak gerekirse ; TMK 188. Maddesinde ilk fıkrada “sürekli ihtiyaçlar” ile kasıt her aile yaşamında karşılaşılabilecek gündelik veya temel ihtiyaçlar olarak görülebilir. Bu durumlara örnek olarak eve erzak alınması, kira ödemesi, çocukların servis ve okul masrafları gibi gereksinimler gösterilebilir. Bu gibi durum ve koşulların varlığı halinde bir

²⁸⁷ ŞENYUVA-sf.76

²⁸⁸ GÜRPINAR, Damla- Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu (The Dept of the Married Couples for Paying the Expenses of the Family)- sf.1131 (<https://journal.yasar.edu.tr/wp-content/uploads/2014/01/8-Damla-G%C3%9CRPINAR.pdf> 19/12/2020, 19:50)

²⁸⁹ KARAGÜLMEZ/URAL-sf.191

eş, diğerinin rıza veya katılımına ihtiyaç duymaksızın temsil yetkisine haiz olur ve yaptığı bu gibi işlemler neticesinde diğer eş de işlemi yapan eş gibi sorumlu olur²⁹⁰.

Ailenin olağan temel ihtiyaçları dışında kalan ve bizim yukarıda “olağanüstü gereksinim” olarak belirttiğimiz koşullarda ise 1. Fıkradaki gibi bir durum olmayıp, eşlerin söz konusu gereksinim sebebiyle doğacak işleme birlikte katılmaları veya diğerinin rızasının alınması ya da bir eşin diğerini yetkili kılmış olması, bu da olmazsa hakim tarafından yetkili kılınması gerekmektedir. “Olağanüstü gereksinim” kavramımız ise konuyu sadece ilk fıkradan ayırmak için kullanılmış olup, söz konusu 2. Fıkra içeriği için çok büyük değişiklik yaratabilecek işlem olması gerekmemekte, yalnızca olağan-gündelik, temel ihtiyaçlar haricinde bir işlem bulunması bu fıkranın uygulanması için yeterlidir. Çocukların eğitim için sürekli olarak yurtdışında bir okula yazdırılması, yeni bir ev alınması hatta ev içerisine müzik sistemi kurulması dahi bu işler kapsamında görülebilir. Bu ve saydığımız benzer sebeplerle yapılacak işlemlerde işlemi yapmayan eşin de işlem yapan eş gibi sorumlu olması yukarıda da ifade etmiş olduğumuz gibi belirli koşulların varlığı halinde mümkün olabilmektedir.188. maddenin 2. Fıkrası ile getirilen düzenlemede eşin, diğer eş tarafından yetkili kılınması halinde bu yetki için herhangi bir şekil şartı öngörülmemiştir²⁹¹. Aynı şekilde acele hallerde de eşin rızası aranmayıp acele hallerde ilişkin yalnızca maddede örnekleme yapılmış olup bu haller sınırlı sayıda olmayıp genişletilebilir vaziyettedir²⁹².

Araştırma konumuzun esasını oluşturan hakim müdahalesi ise bu maddede de kendini göstermektedir. Kanun koyucu bu hususta hakim müdahalesini sınırsız kılmamış, “haklı bir sebebin varlığı” şartını ön koşul olarak koymuştur. Bu haklı sebebi kanıtlamak zorunda olan kişi ise pek tabî ki kendisine temsil yetkisi verilmesini isteyen eştir. Bu haklı sebebe örnek verilmesi gerekirse, maddi açıdan zor bir konumda iken daha uygun kira sözleşmesi yapılmasına bir eş sebepsiz yere karşı çıkıyor ve bu sebeple imkanlar daha da zorlanıyor ise mahkeme tarafından eşe kira sözleşmesi yapılması hususunda yetki verilebilir²⁹³.

2. Sorumluluk

TMK 189. Madde hükmüne göre;

²⁹⁰ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.128, KILIÇOĞLU-sf.173

²⁹¹ ERDEM-sf.219

²⁹² KILIÇOĞLU-sf.175

²⁹³ ERDEM-sf.219

Evlilik birliğinin temsiline dair yetkinin kullanıldığı hâllerde, eşler üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olacaktırlar.

Eşlerden her biri, birliği temsil yetkisi bulunmaksızın yaptığı işlemlerden kişisel olarak sorumludur. Fakat, temsil yetkisinin üçüncü kişilerce anlaşılamayacak şekilde aşılması hâlinde eşler müteselsilen (birlikte) sorumludurlar.”²⁹⁴

Kanaatimizce kanun koyucunun sorumluluğa dair söz konusu düzenlemesinin amacı aslen 3. Kişi konumunda bulunan temsil yetkisinin kullanıldığı kişinin durumunun açıklığa kavuşturulması, hangi hallerde yetki aşımının olduğu, bu aşımın 3. Kişi tarafından anlaşılabilip anlaşılabilenliğine göre bu kişinin hakkının korunmasının sağlanmasıdır.

a) Müteselsil Sorumluluk

TMK 189. Maddesi ile temsil yetkisinin kullanıldığı hallerde eşlerin müteselsil (birlikte) sorumlu olacağı hükmü kurulmuştur²⁹⁵. Müteselsil borçluluk, alacaklının istediği borçluya borcun tamamının ifasını talep edebildiği, her bir borçlunun da alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olduğu borç ilişkisi olarak tanımlanabilir²⁹⁶. TBK 162 vd. maddeleri incelendiğinde birden fazla borçlunun bulunduğu hallerde her borçlunun borcun belli bir kısmından sorumlu olması asıl iken müteselsil sorumluluk ise istisnaî bir durumdur. TMK 189. Maddesi de bu istisnaî durumlardan birini oluşturmaktadır²⁹⁷.

Eşler evlilik birliği temsili amacıyla yapmış oldukları işlemlerden doğan sorumluluklarının müteselsil sorumluluk doğurmasının sonucu olarak, bu işlemler sonucunda alacaklı konumunda olan kişinin işlemleri yapmayan eşe başvurması için işlem yapan eşin borç ödemediğinden aciz konuma düşmesi zorunluluğu bulunmamasıdır. Temsil yetkisi kullanılırken üçüncü kişiler tarafından anlaşılmayacak şekilde bir aşım varsa eşler yine müteselsil sorumlu olacaktır²⁹⁸.

b) Kişisel Sorumluluk

Eşlerin müteselsil sorumluluğu sınırsız olmayıp pek tabii ki eşlerin kişisel olarak sorumlu oldukları işlemler de ortaya çıkabilir. Kanun koyucu bu hususta temsil yetkisi bulunmayan eşin yaptığı işlemde doğan sorumluluğun kişisel olduğunu hüküm altına almıştır. Fakat yukarıda da ifade etmiş olduğumuz üzere temsil yetkisinin olmadığını

²⁹⁴ <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4721.pdf> -05.01.2021 15:31

²⁹⁵ AKINTÜRK/ATEŞ-sf. 129

²⁹⁶ ARAT, Ayşe- Müteselsil Borçlarda Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm Ve Sonuçları, 2018, sf.326 , (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/535912> 05.01.2021,15:26)

²⁹⁷ KILIÇOĞLU-sf.175

²⁹⁸ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.130, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.184

bilmeyen veya bilebilecek durumda olmayan üçüncü kişi bu hususu ispatladığı takdirde iyi niyetinden faydalanacak ve hakkı korunacaktır (TMK 189/2)²⁹⁹. Örnek verilecek olursa eşin kendi ofisi için yapmış olduğu kişisel işlemler, diğer eşin de sorumluluğuna sebep olmayacak, işlem yapan eşin kişisel sorumluluğunda kalacaktır. Aksi halde evlilik ile eşlerin attıkları her adım, yaptıkları her iş birbirlerini bağlayacak, kısacası hayatları bu müteselsil bağ ile bir nevi kısıtlanmış olacaktır. Fakat eş ev için aldığı erzak alışverişini daha fazla almak sureti ile aynı zamanda işyeri için de almış ise bu durumda üçüncü kişinin bunu fark etmesi veya temsil yetkisinin aşıldığını anlama ihtimali olmayacaktır. Bu durumda eşler müteselsil sorumlu olmaya devam edeceklerdir.

3. Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılma Şartları

Madde metninden, eşlerden birinin ailenin ekonomik varlığını tehlikeye düşürecek şekilde yahut diğer eş veya çocuklara karşı mali olarak yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadı ile tasarrufta bulunması halinde hakim tarafından tasarruf yetkisinin diğer eş onayına bağlanmasına karar verilebileceği anlaşılmaktadır. Söz konusu maddenin getiriliş amacı, ailenin ekonomik geleceğinin güvence altına alınmasıdır.

Madde, uygulama alanını boşanma veya ayrılık davası devam ederken veya karar sonrasında da gösterebilmektedir. Zira bu tedbirin alınmasına sebep olan eş, evlilik veya dava devam ederken mali yükümlülüklerini hesapsız harcamalar veya boş yatırımlarla ihlal edebileceği gibi, dava sonrasında nafaka veya tazminat ödememek için yapacağı yersiz tasarruflarla da ihlal edebilecektir³⁰⁰. İşte bu sebeptir ki kanun koyucu hakime eşlerin mallarının yönetimine dair tedbirler alma yetkisi vermiştir³⁰¹.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda “*Davalı eşin bir banka şubesinde 93.540.763.280 TL değerinde hazine bonoları bulunmaktadır. Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde eşlerden birinin istemi üzerine hakim belirleyici malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir (TMK 199/1)*³⁰²” hükmü kurulmuştur.

TMK 193. Maddesi ile eşlerin hukuki işlemlerinde serbest olması esas kabul edilmiş, devam eden maddelerde de bu serbestinin istisnalarına değinilmiştir. Bunun yanında medeni kanunumuzda evlilikte edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi

²⁹⁹ KILIÇOĞLU-sf.176

³⁰⁰ KILIÇOĞLU-sf.213,214

³⁰¹ GENÇCAN-sf.1089

³⁰² Yargıtay 2 HD. 16.12.2005, 13458-17539 (GENÇCAN-sf.1089)

olarak kabul edilerek eşlerin tasarruf ve işlemlerinde birlikte hareket etmelerine de bir nevi imkan tanınmıştır. İşte eşlerin serbesti ve birbirine bağlı tasarrufta bulunma imkanları, TMK 199. Madde ile de hem desteklenmiş, hem de sınırlanmıştır. Yine bu madde ile boşanma veya ayrılık davasının kabulü halinde tarafların birbirlerini zarara uğratma amacı ile hareket etmelerinin de önüne geçilmesi amaçlanmıştır³⁰³.

Tasarruf yetkisinin hakim tarafından sınırlandırılmasının şartları;

-Eşin mal veya hak sahibi olduğu bir varlık bulunmalıdır,

-Mal veya hak sahibi olan eşin tasarrufta bulunma tehlikesi bulunmalıdır,

-Eşin kendisinden beklenen ailesine karşı mali yükümlülüğünü yerine getirmeme veya ailenin ekonomik malvarlığını tehlikeye sokma ihtimali bulunmalıdır³⁰⁴.

İfade etmiş olduğumuz şartlarda, eşler kendilerine yüklenen mali yükümlülüklerini ihlal ederken kendilerine düşen katkı payını ödememe veya ortak giderlere katılmama şeklinde de tasarruf yetkisinin sınırlanmasına sebebiyet verebilirler. Bu kapsamda da evlilik birliği devam ediyorken hakim tarafından alınacak önlemlerde TMK 196. Maddesi, birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde ise 197/2-3 maddelerine göre parasal katkı belirlenecek ve bu kapsamda da tasarruf yetkisi sınırlandırılacaktır³⁰⁵.

Kanaatimizce tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, eşin maddi haklarını kullanması açısından aile dışındaki ilişkilerini de etkileyebilecek bir tedbir olduğundan her halde uygulanması halinde aile fertleri korunmaya çalışılırken, hakkında tedbir kararı verilecek eş için de bir yaptırım mahiyetinde olabilecektir. Bu sebeptir ki bu tedbir uygulanırken hakim tarafından bir bilirkişi gibi uzmanlıkla hareket edilerek, aile ve hakkında tedbir alınacak eş açısından ön görülen sonuçlar ile korunmak istenen amaç arasında orantılı davranılması gerekecektir.

4. Sınırlama Konularının Belirlenmesi

Hukukumuzda elverişlilik, orantılılık ve gereklilik ilkelerini içerisinde barındıran “ölçülülük” ilkesi geçerli olup Anayasamızın 2. Maddesi ile de koruma altına alınmış olan bu ilke, kanun koyucular tarafından dikkate alınması gereken temel ilkelere³⁰⁶. Boşanma veya ayrılık davalarında hakim tarafından verilecek her tedbir, her karar, toplumun temelini oluşturan aileyi değişik alanlarda etkilemekte olup en hızlı etkiyi de malvarlığına ilişkin alınan tedbirlerde göstermektedir.

³⁰³ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.286, ŞENYUVA-sf.78

³⁰⁴ KILIÇOĞLU-sf.215

³⁰⁵ ŞENYUVA-sf.82

³⁰⁶ Anayasa Mahkemesi 22.04.2015 tarih,2014/171 E. 2015/41 K. Sayılı karar

Eşlerden birinin tasarruf yetkisi kısıtlanırken, alınan tedbir ile ulaşılmak istenen sonuç arasında orantılılık ilkesi göz önüne alınarak yapılmalıdır. Sınırlama yapılırken, ailenin ekonomik birliği korunmaya çalışılırken aleyhine tedbir kararı verilen (tasarruf yetkisi sınırlanan) eşin mülkiyet hakkını veya bu gibi ekonomik haklarını kullanmasını engelleyecek şekilde bir hüküm kurulmamasına özen gösterilmeli, asgari düzeyde ve ulaşılmak istenen sonuca uygun olarak hüküm kurulmalıdır. Bu kapsamda hakim, belirli bir eşyaya yönelik veya soyut kısıtlamalardan kaçınacak, belirli malvarlığına yönelik tedbir alacaktır³⁰⁷. Bu kapsamda tedbir konusu para, eşya, alacak hakkı veya gayri maddi mallar üzerindeki haklar olabilecektir³⁰⁸.

5. Sınırlamanın Hukuksal Açıdan Sonuçları

Hakim tarafından eşlerden birinin talebi üzerine diğer eşin tasarruf yetkisi üzerinde verilen kısıtlama sonucunda, üzerinde sınırlama kararı verilen malvarlığı değerleri üzerinde işlem yapabilme veya tasarrufta bulunulması artık diğer eşin onayı veya rızası ile mümkün olacaktır. Bu rıza olmaksızın yapılan işlem askıda olacak, eşin icazeti ile geçerli hale gelecek, icazetin verilmemesi halinde ise kesin olarak hükümsüz hale geçecektir³⁰⁹.

Yargıtay tarafından tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına dair verilen kararda *“Davacı kadının, davalı eşinin emekli maaşı ile aile konutu üzerindeki tasarruf yetkisinin Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesi uyarınca sınırlandırılması talebi üzerine mahkemece 07/02/2011 tarihinde davanın kabulü ile davalının emekli maaşı ile davalı üzerine kayıtlı aile konutu üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına dair karar verilmiş, verilen bu karar temyiz edilmeksizin 28.06.2011 tarihinde kesinleşmiştir. Davacı kadın kesinleşmeden sonra 30.07.2019 tarihli dilekçesi ile davalı eşi hakkında verilen tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına dair kararın kaldırılmasını talep etmiş, talep üzerine mahkemece dosya üzerinden ek karar ile talebin kabulüne ve Türk Medeni Kanunu'nun 200. maddesi gereğince davalı erkeğin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması kararının kaldırılmasına karar verilmiştir.”*³¹⁰ “hükmü ile tasarruf yetkisini sınırlayan hakim olsa da, esas olanın aile birliğinin menfaati olduğu ve bu nedenle de eşlerin talepleri

³⁰⁷ Yargıtay 2. HD. 06.05.2014 tarih, 2014/2235 E. 2014/10433 K. Sayılı karar (Kazancı)

³⁰⁸ ŞENYUVA-sf.84, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.195,196

³⁰⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.196

³¹⁰ Yargıtay 2. HD 2019/7866 E., 2019/12492 K. Sayılı karar

(<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 15.02.2021,20.55

üzerine verilen kararın yine eşlerin talebi üzerine kaldırılabilceği hususu hüküm altına alınmıştır.

Tasarruf işlemlerine örnek olarak taşınmaz mal devri, takas, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının irtifak hakkı veya ipotekle sınırlandırılması, taşınır mülkiyetinden feragat gösterilebilir. Tasarruf işlemleri eşin rızasına bağlanarak sınırlandırılabilceği gibi, belirli işlemlerin yapılmaması şeklinde yahut belirli bir malvarlığı değeri üzerinde de hükme bağlanabilir³¹¹.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması TMK 199 maddesi kapsamında evlilik birliği devam ederken alınabilecek geçici önlemler kapsamında olup evlilik birliğinin sona ermesi halinde sona ererek yerini başka tedbirlere bırakacaktır. Konuya ilişkin Yargıtay, vermiş olduğu bir kararda *Türk Medeni Kanunu'nun 199. maddesinde düzenlenen, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması, "evlilik birliğinin korunması" önlemlerinden olduğu kabul edilerek, sınırlandırma şartlarının varlığı halinde evlilik birliği devam ediyorsa başvurulabilecek bir tedbir olduğu, evlilik birliğinin sona ermesi durumunda bu hükmün artık uygulanamayacağı*³¹² Hükmü kurulmuştur.

6. Ek Koruma Önlemleri ve Şerh İmkânı

Tasarruf yetkisinin sınırlanması halinde bu durumdan en çok etkilenecek olan, tasarruf işleminin yapılacağı 3. Kişi olacaktır. Hakim tarafından eşlerden birinin tasarruf işleminin kısıtlanması halinde bu hususun etkinliği, 3. Kişilere bildirilmesine bağlı olacaktır³¹³. Hukukumuzda büyük bir uygulama alanı olan "iyi niyet" kuralı uyarınca, kısıtlamadan haberdar olmayan veya haberdar olması kendinden beklenmeyen kişi iyi niyetli kabul edilerek, tasarruf hakkı kısıtlanan eş ile yapmış olacağı işlemde korunacak ve işlem geçerli olacaktır.

TMK 1020. Maddesi ile *tapu sicilinin herkese açık olduğu, ilgisini inanılır kılan herkesin, tapu kütüğündeki ilgili sayfanın ve belgelerin tapu memuru önünde kendisine gösterilmesini veya bunların örneklerinin verilmesini isteyebileceği, kimsenin tapu sicilindeki bir kaydı bilmediğini ileri süremeyeceği* hüküm altına alınmıştır. Bu madde ile kanun, tapu kütüğüne işlenen şerhler ile hak sahiplerinin, iyi niyetli kazanım ile haklarının ihlalinin önüne geçerek hukuk ve sicile güven ilkesinin uygulamadaki yansımaları sağlamıştır.

³¹¹ ŞENYUVA-sf.85, KILIÇOĞLU-sf.217

³¹² Yargıtay 2. HD 17.04.2019 tarihü 2019/1279 E, 2019/4862 K.sayıli karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 15.02.2021,21.12

³¹³ ERDEM-sf.250

İşlem yapılan 3. Kişinin iyi niyetinin korunması ve hakim tarafından hüküm altına alınan geçici tedbirin sonuç doğurarak bu gibi karışıklıklara sebep olunmaması açısından kanun koyucu, TMK 199/3 uyarınca hakime, tedbirin taşınmaza dair verilmesi halinde verilen sınırlama kararının tapu kütüğüne kendiliğinden şerh ettirme görevini vermiştir. Bu durumda 3. Kişinin iyi niyetinden bahsedilemeyecek ve işlemin icazete bağlı geçerliliği veya geçersizliği gibi bir çelişkiye de düşülmeyecektir³¹⁴. Kılıçoğlu'na göre taşınmaza dair tapu kütüğüne verilen şerh, eşin rızasına bağlı olan hukuksal işlemlerde (rızaî işlemlerde) kendisini gösterecek, buna karşılık kanundan kaynaklanan işlemlerin (taşınmazın cebri icra ile satışı, kanuni rehin vb.) geçerliliğini ise etkilemeyecektir³¹⁵.

İ. Eşlerin Temsil Yetkisinin Tamamen veya Kısmen Kaldırılması

Eşlerin evlilik birliği ile TMK 188. Maddesi uyarınca evlilik birliğini temsil hakkının bulunduğu yukarıda bahsetmiştik. Temsil yetkisinin kullanım ve etki alanı kanun koyucu tarafından olağan ve olağan dışı işlemler için ayrıma tabi tutulmuş, bu ayrım sonucunda temsil için farklı şartlar öngörülmüştür.

Araştırmamızın konusunu teşkil eden “hakim müdahalesi” nin TMK’da yer alan bir diğer hali de temsil yetkisinin aşılması durumunda ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de TMK 190 hükmüne göre;

Eşlerden her biri birliği temsil yetkisini aşarsa ya da bu yetkiyi kullanmada yetersiz kalırsa hakim tarafından diğer eşin talebi üzerine temsil yetkisini kaldırılabilir veya sınırlandırılabilir. İstemde bulunan eş, temsil yetkisinin kaldırıldığı ya da sınırlandırıldığı hususunu, üçüncü kişilere sadece kişisel duyuru yoluyla bildirebilir.

Temsil yetkisinin kaldırılmasının ya da sınırlanmasının iyiniyetli üçüncü kişilere karşı sonuç doğurabilmesi, söz konusu kararın hakim kararı ile ilan edilmesine bağlı tutulmuştur.

Önceki açıklamalarımızda eşlerin evlilik birliğinden doğan hak ve yükümlülüklerinden bahsederken temsil yetkisinden doğan sorumluluk üzerinde durmuştuk. Aşağıda ise TMK 190. Maddesinde yer alan hüküm irdelenerek temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılması için gerekli şartlar ve sonuçları üzerinde durulacaktır.

Temsil yetkisi, eşin kişisel banka hesaplarına bloke konulması, borçlulara mahkemece diğer eş adına açılacak hesaba yatırılmasına dair talimat verilmesi, tasarruf

³¹⁴ KILIÇOĞLU-sf.218,219, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf. 197

³¹⁵ KILIÇOĞLU-sf.219

yetkisi sınırlanacak eşe ait araç üzerinde şerh konulmak üzere trafik tescil müdürlüğüne müzekkere yazılarak aracın eş tarafından satışının önüne geçilmesi şeklinde kısıtlanabilecektir. Söz konusu örneklerden de anlaşılacağı üzere hakim tarafından eşlerden birinin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına dair verilecek karar, yenilik doğuran bir karardır³¹⁶

1. Şartları

Temsil yetkisine ilişkin hakim tarafından alınacak koruyucu tedbirler için temsil yetkisinin “açık” aşımı veya temsil yetkisinin kullanılmasında eşin yetersiz kalması şart olarak öngörülmüştür. Eşlerden birinin, ailenin mali durumunu aşacak şekilde diğerinin rızası olmaksızın yüksek meblağlı kredi çekmesi veya kredi borcu bulunmasına ve ödemede güçlük çekilmesine rağmen lüks araç alımı, temsil yetkisinin açık olarak aşılmasına örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanında eş, bile isteye değil de kendi karakteristik özellikleri veya düşünsel açıdan temsil yetkisini kullanabilecek yeterliliğe sahip değilse de temsil yetkisinin kaldırılması veya belirli işlemlerle sınırlandırılması gündeme gelebilecektir³¹⁷.

Temsil yetkisinin aşılabildiğinin tespiti her dosya için farklılık gösterecek, bu durumun ispat ve tespitinde hakim eşleri ve işlem tarafı üçüncü kişiyi dinlemenin yanında gerekirse durumun tespiti için tanık dinleyecektir. Bu hususta pek tabii ki hakim takdir hakkını kullanırken sebep sonuç arasında orantısız bir durum ortaya çıkmaması için aile yararı ve ailenin sosyal ekonomik durumunu da göz önünde bulunduracaktır.

Temsil yetkisinin aşılması ailenin hem olağan-sürekli ihtiyaçlarında hem de olağandışı-diğer ihtiyaçlarında gündeme gelebilmekle birlikte, çoğunlukla diğer ihtiyaçlar konusunda yetki aşımı karşımıza çıkmaktadır. Yetki aşımının temel kriteri ailenin maddi-ekonomik durumudur. Bu kapsamda aile kullanımında bulunan arabanın sık sık değiştirilmesi, yerine ailenin ekonomik olarak zor duruma düşmesine sebep olabilecek lüks arabaların alınması ailenin diğer ihtiyaçlarında yetki aşımına örnek olarak gösterilebilir. Bu durumda eşlerden birinin talebi üzerine hakim, temsil yetkisini sınırlayabilecek veya durum ve koşullar uyarınca kaldırabilecektir. Bu hususun 3. Kişilere bildirilmesi ise ilan değil, istemde bulunan eş tarafından yapılacaktır. Yukarıda verdiğimiz araba örneğinde eş hep aynı galeri ile iletişimde olup o galeriden araba alım satım işlemlerini gerçekleştiriyorsa diğer eş, temsil yetkisinin hakim tarafından kaldırıldığını veya

³¹⁶ ŞENYUVA-sf.88

³¹⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.198,199

sınırlandırıldığını galeri sahibine bildirmek durumundadır. Şayet bildirmezse veya yetkisi sınırlandırılan eş başka bir galeriden araba alırsa galeri sahipleri iyiniyetli olacak ve bu iyi niyetleri korunacak, yani satım veya alım sözleşmesi geçerli olacak ve diğer eş de müteselsil sorumlu tutulabilecektir³¹⁸. TMK 190. Madde 2. Fıkrasında yer alan hakim kararı ile ilan edilen durumlarda ise 3. Kişilerin iyi niyetinden bahsedilemeyecektir.

Eşin temsil yetkisinin hakim tarafından sınırlandırılması veya kaldırılması yukarıda bahsetmiş olduğumuz mali durumu veya ihtiyacı aşan harcamalar sebebiyle olabileceği gibi eşin bilgisizliği veya deneyimsizliği sebebiyle temsil yetkisini kullanmasında sakınca görülmesi ve yetersiz kalması durumunda da ortaya çıkabilecektir³¹⁹.

2. Temsil Yetkisinin Kaldırılmasının Sonuçları

Eşler kural olarak aile birliğine dair yapılan işlemlerden müteselsilen sorumludur. Buna karşın TMK 189. Maddesi ile temsil yetkisi bulunmaksızın eşler tarafından yapılan işlemlerde işlemi yapan eşin kişisel olarak sorumlu olacağını hüküm altına almıştır³²⁰. Bu kapsamda eşin, maddi imkanlarını aşan tasarruflarda bulunması sebebi ile temsil yetkisi sınırlandırılmış olmasına ve bu husus 3. Kişilere de bildirilmiş olmasına rağmen temsil yetkisi sınırlandırılan eş ile işlem yapan 3. Kişi, alacağını tahsil amacıyla diğer eşe başvuramayacaktır. Zira bu durumda temsil yetkisi sınırlandırılmış olan eş, yaptığı işlemler sebebi ile kişisel olarak sorumlu olacak, temsil yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin kararın ilan edilmesi sebebi ile de 3. Kişinin iyi niyetinden bahsedilemeyecektir.

3. Temsil Yetkisinin Geri Verilmesi

Kanun koyucu temsil yetkisinin hakim tarafından sınırlandırılmasını veya kaldırılmasını bir müeyyide olarak düzenlememiş olduğundan durum ve koşulların değişmesi halinde yine eşlerden birinin talebi üzerine hakim tarafından temsil yetkisinin geri verilebileceğini hüküm altına almıştır³²¹. TMK 191 maddesinin 190. Madde ile birlikte değerlendirilmesinden söz konusu maddenin evlilik birliğinin ihtiyaç ve temeli bakımından değişen koşullara rağmen temsil yetkisinin geri verilmemesi halinde zarar göreceği kuşkusunu ile getirildiği kanaatine varmak pek güç olmayacaktır. Aksi takdirde temsil yetkisi kaldırılan veya sınırlanan eş, bu karar ile cezalandırılmış olacak ve evliliğin devamı süresince bir daha temsil yetkisini kullanamayacaktır. Bu durum da temsil yetkisi verilen

³¹⁸ AKINTÜRK, ATEŞ-sf.131, KILIÇOĞLU-sf.178

³¹⁹ ERDEM-sf.220,221, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.199

³²⁰ KILIÇOĞLU-sf.175,176

³²¹ AKINTÜRK, ATEŞ-sf.131

diğer eşe ekstra yük yüklemenin yanında aile birlik ve huzuru açısından da problemlere yol açacaktır.

Temsil yetkisinin kaldırılması veya sınırlandırılmasına ilişkin karar eğer ilan edilmiş ise, yetkinin geri verilmesine ilişkin karar da pek tabî ki ilan edilecektir. Bunun sebebi ise yine işlem yapılan 3. Kişilerin hukuki işlem yaparken tereddüt yaşamaması ve iyi niyetlerinin korunmasıdır³²².

IV. ÖNLEMLERİN MAHİYETİ

Yukarıda hakim tarafından evlilik birliği devam ederken veya boşanma yada ayrılık davası sürecinde alınabilecek önlemlerden bahsettik. Hakim tarafından alınabilecek bu tedbirler geçici mahiyettedir³²³. Tedbirlerin geçici olmasının yanında, ayrılık veya boşanma davası açılmaksızın aile birliğinin korunması, dava açılmış ise de yeniden aile birliğinin sağlanması, bu da olmaz ise en az zarar ile birliğin sona erdirilmesi amaçlanmaktadır.

Hakim tarafından alınabilecek geçici tedbirlerin bir kısmında hakim re'sen harekete geçmekte, bir kısmında ise eşlerden birinin talebi ön görülmüştür³²⁴. Bunun yanında kanaatimizce hakim tarafından bu tedbirlerin uygulanması ve uyarlanması hususunda kanun koyucu hakime takdir hakkı tanımış olup, hakim söz konusu takdir hakkını kullanırken hukukun temel ilkelerinin yanı sıra aile hukukuna özgü öncelik ve nitelermelere de uymakla yükümlüdür.

Hukuk sistemimiz içerisinde yer alan sözleşmelerde taraf iradelerine üstünlük tanınırken, evliliğe dair hususlarda taraf iradeleri yanında aile ve evlilik kavramlarının doğası gereği hakim müdahalesine de yer verilmiştir. Bu müdahale kanun metni ve amacıyla oldukça dikkatli kullanılacak bir husus olup, bu yetki diğer 3. Kişilerin de kullanabileceği bir müdahale veya eşlerin özel ilişkilerinin alenileştirilmesi olarak yorumlanmamalıdır. Bu kapsamda Yargıtay tarafından verilen bir kararda taraflardan davacının annesinin taraflar arasındaki evlilik birliğine müdahalede bulunduğu, bu müdahaleye davacının sessiz kalması kusur değerlendirmesinde göz önüne alınmıştır³²⁵.

³²² KILIÇOĞLU-sf.179,180, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.199

³²³ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.142

³²⁴ GENÇCAN-sf.1075,1076

³²⁵ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 20.03.2017 tarih, 2015/24047 E. , 2017/2974 K. Sayılı karar (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>) 25.03.2021, 20.34

V. ÖNLEMLERİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI İLKESİ

TMK 200. Maddesi ile ; *tedbir alınmasını gerektirir durum ve şartların değişmesi halinde hâkime, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişiklikler yapma veya tedbir sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırma yetkisi verilmiştir.*

Bunun için gerekli maddi şart, tedbirin verildiği zamandan itibaren tedbire ilişkin şartlarda önemli değişikliklerin meydana gelmesi olup, şekli şart ise eşlerden birinin talebidir. Hakim tarafından alınacak tedbirler eşler arasındaki kişisel ilişkilere, çocuklar ile olan ilişkilere, malvarlığına veya tasarruf yetkilerine ilişkin olabilmektedir. İşte tedbirin alınmasına sebep olan bu etkenlerde meydana gelen geçici olmayan ve önem arz eden değişikliklerde hakim tarafından alınan tedbir , bu değişime uyarlanacaktır³²⁶.

Tedbirin değiştirilmesine dair gerekli olan bir diğer şart da eşlerden birinin talebi olup, şekli şart olarak karşımıza çıkmaktadır. Eşlere ilişkin alınan tedbirler için gerekli olan bu şart, çocuklara dair alınan tedbirler için aranmamaktadır. Bu durumda (çocuklara dair alınan tedbirlere ilişkin hususlarda değişiklik olması halinde) hakim talep olmaksızın tedbirin değişen koşullara uyarlanması ile yeniden hüküm kurabilecektir³²⁷. Değişen koşullar karşısında alınan tedbirler değiştirilebileceği gibi, tedbir alınmasına sebep olan vakıaların son bulması halinde bu tedbirler tamamen de kaldırılabilir olup, tedbirin kendiliğinden ortadan kalkamayacağı, bunun için hakim kararı gerekmektedir³²⁸.

Yargıtay tarafından verilen bir kararda mahkeme tarafından 2 yıl önce verilen tedbir nafakasına ilişkin kararın, eşin ihtiyaçları ve ülke ekonomisi şartları, paranın satın alım gücü dikkate alınarak hakkaniyet ilkesi uyarınca arttırılması gereğine hükmetmiştir³²⁹.

VI. HAKİM TARAFINDAN ALINAN ÖNLEMLERİN KALDIRILMASI

Tedbirlerin değişen şartlara uyarlanarak değiştirilmesinde nasıl ki hakim kararına gerek varsa, alınan tedbirin kaldırılmasında da hakim kararı gerekmektedir. Tedbir dair hüküm kurulurken hakim, belirli bir süre için tedbire hükmedebileceği gibi süre sınırlaması koyması zorunlu değildir. Tedbirin geçerli olacağı belirli bir süre hükümde yer alıyorsa, bu sürenin sonunda tedbir de kendiliğinden sona erecek, bunun dışında ise eşlerden birinin talebi üzerine hakim tarafından alınan tedbir yine hakim tarafından kaldırılacaktır³³⁰.

³²⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.200, ŞENYUVA,sf.89, AKINTÜRK/ATEŞ-sf.142

³²⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.200

³²⁸ KILIÇOĞLU-sf.220,ŞENYUVA, sf.90

³²⁹ Yargıtay 3. HD 19.01.2004 tarih, 2004/194 E. 2004/99 K. Sayılı karar (ERDEM-sf.248)

³³⁰ ŞENYUVA,sf.91, KILIÇOĞLU-sf.220

Örnek verilecek olursa eşin temsil yetkisinin yersiz harcamaları sebebi ile kısıtlandığı bir dosyada, diğer eşin talebi üzerine durumun değiştiği ve temsil yetkisi kısıtlanan eşin harcamalarının tutarlı olduğuna dair hakim yeterli kanaate ulaşırsa, temsil yetkisinin sınırlandırılmasına dair tedbir kararını tamamen kaldırabilecektir.

Alınan geçici tedbirlerin değişimi, yeni koşullara uyarlanması veya kaldırılması hususunda yetkili mahkeme önlem kararını veren mahkeme olacak, tarafların yerleşim yerinin değişmesi halinde ise eşlerden birinin yerleşim yeri mahkemesi yetkili olacaktır (TMK m.200)³³¹.

Bunun yanında evlilik birliğinin devamı sırasında birliğin korunmasına dair alınan geçici tedbirler devam ederken eşlerden birinin boşanma davası açması halinde söz konusu tedbir kendiliğinden ortadan kalkmayacak veya aynı neviden başka bir tedbir olarak devam etmeyecektir. Bunun için davaya bakan hakim tarafından TMK 169 uyarınca özellikle eşlerin barınması, geçimi veya çocuklara ilişkin önlemler başta olmak üzere geçici önlemler alınarak önceki tedbir ile sağlanmak istenen amaç devam ettirilmiş olur³³².

VII. GEÇİCİ ÖNLEMLERİN ALINMASINDA GÖREVLİ VE YETKİLİ MAHKEME

TMK 201. Maddesi ile *Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi olarak belirlenmiştir.*

Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş olması halinde ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesidir.

Önlemlerin değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması konusunda yetkili mahkeme, önlem kararını veren mahkeme olup, her iki eşin de yerleşim yerinin değişmiş olması halinde ise yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesi olarak hüküm altına alınmıştır.

TMK 201. Maddesi yalnızca tedbirlerin alınması için ön görülmemiş olup, aynı zamanda tedbirde yapılacak değişiklik, tedbirin yeni koşullara uyarlanması, tamamen veya kısmen kaldırılması için de geçerli olacaktır³³³.

Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev Ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. Maddesi³³⁴ ile aile mahkemelerinin görev alanına giren işler belirlenmiş ve TMK ile

³³¹ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.142, KARAGÜLMEZ/URAL-sf.192

³³² ŞENYUVA-sf.91

³³³ KARAGÜLMEZ/URAL-sf.192

³³⁴ Aile mahkemelerinin görevleri

Madde 4- Aile mahkemeleri, aşağıdaki dava ve işleri görürler:

HMK’da yer almayan veya düzenlenmeyen hususlarda aile hukukuna ilişkin konulardaki karışıklıklara son verilmiştir. Söz konusu kanun maddesi de dikkate alındığında hakim tarafından alınacak tedbirlerde “aile mahkemesi” görevlidir³³⁵.

Yetkili mahkeme konusunda ise TMK 201. Maddesi ile ayrıntılı düzenlemeye yer verilerek oluşabilecek her olasılık değerlendirilmiş ve herhangi bir duraksamaya sebep olunmayacak şekilde hüküm altına alınmıştır. Kanaatimizce burada kanun koyucu eşlere katı yetki kuralları koymayarak evlilik birliği ve toplum düzenine öncelik tanımış ve her iki eşin de yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılarak etkin ve hızlı olarak hakim müdahalesini mümkün kılmayı amaçlamıştır.

Tedbirin alınması hususunda eşlerden herhangi birinin yerleşim yerindeki mahkeme yetkili mahkeme olarak ifade edilmiştir³³⁶.Eşlerin yerleşim yerlerinin farklı olması ve her iki eşin de talepte bulunması halinde ise ilk talepte bulunan eşe öncelik tanınarak, o eşin yerleşim yerindeki aile mahkemesi yetkili kılınmıştır.

Maddenin son fıkrası ile alınan tedbir kararının tamamlanması, değiştirilmesi ve tamamlanması hususunda kanun koyucu öncelikli olarak tedbir kararını veren mahkemenin yetkili olduğunu ifade etmiştir³³⁷. Burada tedbir kararı veren hakimin aynı tedbire dair verilecek diğer kararda, kararı ilk kez inceleyecek hakime göre daha etkin ve konu hakkında bilgi sahibi olabileceği değerlendirilerek öncelik verilmiş olup, kanaatimizce bu sebeple oldukça yerinde bir düzenleme olmuştur. Kanun koyucu bu hususta da katı yetki kuralı ön görmeyerek eşlerin yerleşim yerlerinin değişmesi ihtimaline binaen yerleşim yeri mahkemesini de yetkili kılmıştır³³⁸.

1. 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun Üçüncü Kısım hariç olmak üzere İkinci Kitabı ile

3.12.2001 tarihli ve 4722 sayılı Türk Medenî Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanuna göre aile hukukundan doğan dava ve işler,

2. 20.5.1982 tarihli ve 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanuna göre aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararlarının tanıma ve tenfizi,

3. Kanunlarla verilen diğer görevler. (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4787.pdf>)

21.02.2021,22.09

³³⁵ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.135

³³⁶ ŞENYUVA-sf.92, DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.186

³³⁷ ŞENYUVA-sf.92

³³⁸ KILIÇOĞLU-sf.220,221

BEŞİNCİ BÖLÜM

6284 SAYILI AİLENİN KORUNMASI VE KADINA KARŞI ŞİDDETİN ÖNLENMESİNE DAİR KANUN’UN ÖNGÖRDÜĞÜ ÖNLEMLER

20.03.2012 tarihli resmi gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, aile hukukuna dair TMK’da yer almayan düzenlemeler ile ayrıntılı olarak aile hukukuna dair hükümler içermektedir.

Kanunda açıkça şiddet, geçici koruma ve tek taraflı ısrarlı takip gibi aile hukukunda önemli olan ve 6284 sayılı kanun dayanağı olan belirli kavramları da açıkça ifade etmiştir. Bu kapsamda “şiddet” kavramı *kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik yönden zarar görmesi ile ya da acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel görülebilecek hareketleri içermenin yanında, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfi olarak engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü ya da ekonomik her türlü tutum ve davranışı*³³⁹ olarak tanımlanmıştır.

I. 6284 SAYILI KANUNUN AMAÇ VE KAPSAMI

6284 sayılı kanunun amacı, şiddet mağduru olan veya olma ihtimali bulunan başka eş ve çocuklar olmak üzere aile fertlerinin korunmasıdır. Kanun bu kapsamda çeşitli önlemler getirmiş, önlemlerin uygulanması için şiddetin gerçekleşmiş olması şartını aramayarak şiddet ihtimaline karşı da önleyici hükümler geliştirmiştir³⁴⁰.

AKDK ile aile içerisinde meydana gelen veya gelmesi muhtemel şiddet olaylarının önüne geçilmesi, tekrarlanmasının önlenmesi ile özellikle çocukların maddi ve manevi bütünlükleri korunmak istenmiş, toplum için önemli bir yapı taşı olan “aile” kavramının sağlam temellerde durması amaçlanmıştır. Bu kapsamda kanun eşlerin yanı sıra Cumhuriyet Savcısı’nın talebi ile de söz konusu önlemlerin alınması için başvuruda bulunulabileceğinin yanı sıra mülki idare amiri tarafından alınabilecek tedbirlere de kanunda yer vermiştir³⁴¹.

Türkiye, kadın haklarının korunmasına dair pek çok uluslararası anlaşmaya imza atmış olmasının yanında, ülkede uygulanan kanunlar ve mevzuat ile de bu hususu

³³⁹ 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun madde 3/m (<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=17030&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeLigi&mevzuatTertip=5>) 22.02.2021,21.37

³⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.201

³⁴¹ ŞENYUVA-sf.95

uygulamaya geçirerek güçlendirmek istemiştir. Bu kanun ile aile içi şiddet kavramı hukuken ele alınmış ve Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (Convention on The Elimination of All Forms of Discrimination Against Women-CEDAW), Kadına Yönelik Şiddet ve Ev İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye İlişkin Avrupa Sözleşmesi diğer adıyla İstanbul Sözleşmesi da dahil olmak üzere kadına karşı şiddete karşı başlatılan mücadelede etkinlik sağlanmıştır³⁴².

AKDK, aile içerisinde şiddet uygulayan kişinin bu davranışının engellenmesi veya önlenmesine yönelik kişiye belirli yükümlülükler veya yasakların koyulması, bu yasaklara uyulmaması halinde ise bu kişiye yine kanunda ön görülen müeyyidelerin uygulanmasına dair düzenlemeler içermektedir. Kanunda yer alan konu ve tedbirler Medeni Hukuk ile ilgili olup, aynı zamanda bu tedbirlerin ihlali halinde cezai düzenlemelere de yer verilmek sureti ile 6284 sayılı kanun, tedbirlere uyulmasına dair etkinlik ve gücünü de arttırmış olmanın yanında, farklı hukuk dallarına dair düzenlemesi ile de yeni bir sistematik getirmiştir³⁴³.

II. 6284 SAYILI KANUN'DA YER ALAN TEDBİRLER

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, Anayasa'nın 41. Maddesi³⁴⁴ ile de koruma altına alınan aile kavramını daha geniş kapsamda düzenleyerek belirli tedbirler ile alınan tedbirlere uyulmaması halinde müeyyidelere yer veren düzenlemeler içermektedir.

Bir eylem gerçekleşmeden müdahalenin önüne geçilmesi durumu farklı, eylem gerçekleştikten sonra zararın doğmaması veya var olan zararın artmasının engellenmesi farklı durumlardır. İşte bu sebeptir ki 6284 Sayılı Kanun, alınacak tedbirleri “koruyucu” ve “önleyici” tedbirler olarak ayrı ayrı ele almıştır.

Koruyucu tedbir kararları için hakim kararı yanında, bazı durumlarda mülki idare amiri tarafından da koruyucu nitelikte belirli önlemlerin alınabilmesine imkan tanınmış olup, gecikmesinde sakınca bulunan-şiddet mağdurunun hayati tehlikesi bulunan hallerde kolluk amirine de tedbir alma yetkisi kanununun 10. Maddesi ile verilmiştir³⁴⁵.

³⁴² PARLAK BÖRÜ,Şafak-Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler Ve Türkiye'nin Konumu, sf.45-48 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2017-2017-1715>), 22.02.2021,22.01

³⁴³ ŞENYUVA-sf.97

³⁴⁴ Anayasa'nın 41. Maddesi ile “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.” Hükmüne istinaden devlete ailenin korunmasına dair gerekli önlemleri alma ödevini yüklemiştir.

³⁴⁵ ERCOŞKUN ŞENOL,Kübra- Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme (An Examination On The Law On The Protection Of The Family And The Prevention

A. Koruyucu Tedbir Kararları

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 4. Maddesinde, bu kanunun uygulanmasına dair yönetmeliğin 12. maddesinde hakim tarafından alınabilecek koruyucu tedbir kararları düzenlenmiş olup, madde metni uyarınca;

Kanun kapsamında yer alan korunan kişiler ile ilgili olarak hâkim tarafından, ilgilinin talebi, Bakanlık veya kolluk görevlilerinin veya Cumhuriyet savcısının başvurusunda bulunması üzerine veya resen, şiddetin uygulandığına dair delil veya belge aranmaksızın aşağıdaki koruyucu tedbirlerden herhangi birine, birkaçına ya da olayın özelliğine göre mülki amir tarafından alınabilecek tedbirler de dâhil olmak üzere, uygun görülecek benzer tedbirlere karar verilebilir:

a) Korunan kişinin iş yerinin değiştirilmesi.

b) Korunan kişinin evli olması hâlinde müşterek yerleşim yerinden ayrı yerleşim yeri belirlenmesi.

c) 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunundaki şartların varlığı hâlinde ve korunan kişinin talebi üzerine tapu kütüğüne aile konutu şerhi konulması.

ç) Korunan kişi bakımından hayatî tehlikenin varlığı ve bu tehlikenin önlenmesi için diğer tedbirlerin yeterli olmayacağına anlaşılması hâlinde ve ilgilinin aydınlatılmış rızasına dayalı olarak 27/12/2007 tarihli ve 5726 sayılı Tanık Koruma Kanununa göre kimlik ve ilgili diğer bilgi ve belgelerinin değiştirilmesi.³⁴⁶ olarak hüküm altına alınmıştır³⁴⁷.

Koruyucu tedbir kararlarının alınması bakımından hakim dışında bazı özel hallerde mülki amir ve ilgili kolluk amirine de belirli tedbirleri alma yetkisi tanınmıştır. Gerçekten de AKDK 3. Maddesinde kendisi veya beraberindeki çocuklara bulunduğu yer veya başka bir yerde uygun barınma yeri temini, geçici maddi yardım (diğer kanun hükümleri saklı kalmak üzere), psikolojik, sosyal, mesleki veya hukuki destek sağlanması, hayati tehlikesinin bulunması halinde talep üzerine veya resen koruma altına alma ve kanunda belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde kreş imkanı sağlanması olarak belirlenmiştir. Bu belirtilen tedbirlerden yalnızca kişi ve beraberindeki çocuklar için barınma imkanı ve

Of Violence Against Women), sf. 435, (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/742616>)

23.02.2021,21.46

³⁴⁶ 6284 Sayılı Kanun madde 4, Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği madde 12-

(<https://www.mevzuat.gov.tr/File/GeneratePdf?mevzuatNo=17030&mevzuatTur=KurumVeKurulusYonetmeLigi&mevzuatTertip=5>) 23.02.2021, 20.53

³⁴⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.202

hayati tehlike halindeki koruma altına alma tedbirinde kolluk amirine yetki tanınmış olup bunun dışında sayılan tedbirler için yalnızca mülki amir yetkilidir. Kolluk birimince alınan tedbir kararlarının geçerliliği de en geç karar tarihini takip eden ilk iş günü mülki amir onayına sunulması ve mülki amirce onaylanmasına bağlı tutulmuştur³⁴⁸.

AKDK'da yer alan tedbirlerin uygulanabilmesi için Aile Mahkemesi'ne bildirimde bulunulması gerekmektedir. Söz konusu bildirim aile üyelerinden biri yapabileceği gibi Cumhuriyet Başsavcılığı da yapabilecektir. Burada aile mahkemesine yapılacak bildirim mahiyeti "talep" şeklinde değildir. Bu bildirim olmaksızın aile mahkemesi hakimi, aile içi şiddete dair haricen bir bilgiye ulaşmış olsa dahi bildirim olmaksızın re'sen harekete geçerek tedbir kararı alması mümkün olmayacaktır. Bildirim hakkının kullanılmasında geniş bir yorum ilkesinin benimsenmesi sonucunda aile fertleri yanında aile içi şiddete şahit olan kişiler de Cumhuriyet Savcılığı'na bildirimde bulunabilecek, savcılık tarafından gerekli incelemeler ile soruşturma yürütülerek aile mahkemesi hakimine bildirimde bulunulabilecektir³⁴⁹. Böylelikle şiddet veya tehdit, her koldan önlenecek, AKDK'da sayılan tedbirler uygulamaya geçirilerek kanunda ön görülen amaç (ailenin korunması ve kadına karşı şiddetin önlenmesi) gerçekleştirilebilecektir.

Görüldüğü üzere koruyucu tedbirler kişinin herhangi bir tehlike altında bulunması ve tedbirin mahiyetinden de anlaşılacağı üzere kişiyi koruyucu nitelikte bulunduğu kanun koyucu bu hususta acil olarak en etkili şekilde koruma sağlamayı amaçlamış, bu nedenle de hakime, mülki amire ve kolluk amirine yetkiler vermiştir. Kolluk biriminin söz konusu yetkiler kapsamında önüne gelen olaylarda "aile içi mesele" olarak niteleme yapmayarak, olayı derinlemesine incelemesi ve gerekli duyarlılık ile alınabilecek tedbirleri alması gerekmektedir³⁵⁰. Kanaatimizce de yerinde olan bu hüküm ile resmi prosedürlerin dışında kişinin üstün menfaati ile içinde bulunduğu durumdan bir an önce kurtarılması amaçlanmıştır.

B. Önleyici Tedbir Kararları

6284 Sayılı AKDK ile koruyucu tedbirlerin yanı sıra önleyici tedbir kararları düzenlenmiştir. Önleyici tedbir kararları, mevcut olan bir olayın etkilerinden mağduru korumaktan çok, söz konusu olay meydana gelmeden veya olay meydana gelse dahi

³⁴⁸ 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun madde-3

³⁴⁹ ŞENYUVA-sf.113,114, UĞUR, Hüsamettin- Kadın Ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri Changes Brought By The Law (Law No: 6284) In Relation To Fight Violence Against Women And Family Members (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1208>) sf.349,350

³⁵⁰ ŞENYUVA-sf.115

sonuçlarını doğurmadan doğacak sonuçlara yönelik mağdur ve yakınlarının korumaya alınması, söz konusu sonuç veya eylemlerin önlenmesini amaçlamaktadır³⁵¹. Bu sebeptendir ki AKDK'da yer alan tedbirlere dair karar verilirken vakıanın varlığının ispatı aranmamaktadır.

Hukuk ve ceza davalarında genel olarak iddia edilen olgu veya vakıaların ispatlanması esas alınır. İspat yükü, görülen bir davada hakimin karar vermesi açısından iddia edilen hak ile ilgili kanaatin oluşmasında önemli bir role sahiptir³⁵². Yargıtay bir kararında "Türk Medeni Kanunu'nun 6.maddesi hükmü uyarınca kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça taraflardan her biri hakkını dayandırdığı olguların varlığını kanıtlamakla yükümlüdür."³⁵³ Hükmünü kurmuştur. AKDK kapsamında alınacak tedbirlerde ise talepte bulunan kişi veya Cumhuriyet Savcısı tarafından yapılan bildirimde böyle bir ispat aranmamakta, şiddet tehlikesinin varlığına, şiddet olgusunun ihtimaline kanaat getirilmesi yeterli olmaktadır. Bu sebeple de Aile Mahkemesi hakimi, tarafları dinlemesine dahi gerek kalmaksızın AKDK'da yer alan tedbirlere dair hüküm kurabilecek, söz konusu hüküm kurarken de bildirimde bulunulan tedbir maddeleri ile bağlı kalmaksızın karar verebilecektir³⁵⁴. Örneğin Cumhuriyet Başsavcılığı tarafından AKDK m. 5/1-a maddesinde yer alan aile içi şiddet failinin şiddet mağduruna yönelik olarak şiddet tehdidi, hakaret, aşağılama veya küçük düşürmeyi içeren söz ve davranışlarda bulunmaması hususunda uyarılması tedbirine dair bildirimde bulunulmuş olsa dahi hakim, olay özelliklerine göre gerekli görürse şiddet failinin müşterek konuttan uzaklaştırılmasına dair aynı maddenin b fıkrasında yer alan tedbire de ek olarak hükmedebilecektir.

³⁵¹ UĞUR-sf.351

³⁵² YAVAŞ, Murat- Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı (The Purpose of Civil Procedure and Concept of Burden of Proof) sf.754 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/273396>) 27.02.2021,18.00

³⁵³ HGK 22.5.2013 T, 2012/6-1575 E, 2013/732 K sayılı karar , YAVAŞ, Murat- MEDENİ YARGILAMANIN AMACI BAĞLAMINDA İSPAT YÜKÜ KAVRAMI (The Purpose of Civil Procedure and Concept of Burden of Proof) sf.755 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/273396>) 27.02.2021,18.00

³⁵⁴ ŞENYUVA-sf.118

a) Aile İçi Şiddet Failinin Şiddet Mağduruna Yönelik Olarak Şiddet Tehdidi, Hakaret, Aşağılama Veya Küçük Düşürmeyi İçeren Söz Ve Davranışlarda Bulunmaması Hususunda Uyarılması

AKDK m. 5/1-a uyarınca alınacak ilk tedbir şiddet mağduruna yönelik tehdit, hakaret, aşağılama yahut küçük düşürme içerikli söz ve davranışlarda bulunulmaması hususunda şiddet failinin uyarılmasıdır³⁵⁵.

Söz konusu madde için fiziksel şiddet şart koşulmamıştır. Şiddet fiziksel veya manevi şiddet olarak ortaya çıkabilir. Eşin cinsel olarak birlikteliğe zorlanması, dövme fiziksel şiddettir. Bunun yanında eşin sürekli aşağılanması, söz hakkının elinden alınarak evin içerisinde hep hakarete maruz kalması da psikolojik şiddettir. İşte bütün bu şiddet hallerinde AKDK m. 5/1-a hükmü ile şiddet failine yönelik uyarıda bulunulabilecektir³⁵⁶.

Tedbir konu olabilecek söz ve davranışlar, kişinin maddi veya manevi varlığına yönelik olabilir. Bu kapsamda sınırlı bir örnekleme yapmak mümkün olmayıp, maddede ifadesini bulan aşağılayıcı, küçük düşürücü veya tehdit içeren mağdura yönelik her söz, her hareket tedbir alınmasına sebep olabilmektedir. Hamile kalamayan eşine bu hususta iğnelemelerde bulunan, direk olmasa dahi bu hususu gündeme getiren kocaya dair bu tedbire hükmedilebileceği kanaatindeyiz.

Hakim, yalnızca uyarıyı içeren söz konusu tedbirin yetersiz kalacağı kanaatine varırsa, talep olmasa dahi diğer tedbirlere de bu tedbire ek olarak eş zamanlı olarak hükmedebilecektir³⁵⁷.

b) Aile İçi Şiddet Failinin Müşterek Konuttan Veya Bulunduğu Yerden Derhâl Uzaklaştırılması Ve Müşterek Konutun Korunan Kişiye Tahsis Edilmesi

AKDK m.5/1-b ile şiddet failine yönelik “Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi.” Tedbiri hüküm altına alınmıştır. Bu tedbir ile şiddet faili eşlerin birlikte oturdukları aile konutundan uzaklaştırılacak, failin eş ve çocuklara tahsis edilen ev veya işyerine yaklaşmaması sağlanacaktır³⁵⁸. Kanaatimizce de şiddet failinin müşterek konuttan uzaklaştırılması yerinde olup aksi takdirde aynı konutta failin mağdura yönelik şiddet

³⁵⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.202, KARAGÜLMEZ/URAL-sf.143

³⁵⁶ ŞENYUVA-sf.125

³⁵⁷ ŞENYUVA-sf.126

³⁵⁸ KARAGÜLMEZ/URAL-sf.143

eylemlerinin devam edeceği muhtemel görülecek olup bu tedbir ile bu ihtimalin önüne geçilmiş olacaktır.

Yargıtay HGK 2011/2-447 E., 2011/556 K. Sayılı ve 28/09/2011 tarihli kararı³⁵⁹ ile de “Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre

³⁵⁹ **Yargıtay HGK 28/09/2011 T, 2011/2-447 E., 2011/556 K. (Kazancı)**Toplanan delillerden, tarafların yurtdışında yaşadıkları, senede bir ay izne geldiklerinde 10-15 gün dava konusu taşınmazda kaldıkları, bunun haricinde taşınmazda davalının ailesinin oturduğu belirlenmiştir.

Dava konusu taşınmazın açıklanan ilkeler çerçevesinde aile konutu olmadığı anlaşılmaktadır. Davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır...>)

gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI:

Davacı vekili, tarafların ortak çalışmaları sonucu alınan ancak davalı üzerine kayıtlı bulunan taşınmazın davalı tarafından satılma veya başkasına devredilme ihtimaline binaen tapu kaydı üzerine aile konutu şerhi konulmasını talep ve dava etmiştir.

Davalı vekili, dava konusu taşınmazın aile konutu olmadığını, tarafların yıllardır yurt dışında yaşadıklarını, sadece izine geldiklerinde on günlüğüne davaya konu evde oturduklarını hatta davacının vatandaşlıktan çıktığını, davacının amacının dava konusu evde yaşayan davalının anne babasını tahliye etmek ve davalıyı ailesinin gözünde küçük düşürmek olduğunu belirterek davanın reddini savunmuştur.

Yerel mahkemece, dava konusu taşınmazın aile konutu olduğu kanaatine varılarak davanın kabulüne ilişkin olarak verilen karar,Özel Dairece yukarıda yazılı gerekçe ile bozulmuş; yerel mahkemece, önceki kararda direnilmiştir.

Direnme kararını davalı vekili temyiz etmiştir.

Direnme yoluyla Hukuk Genel Kurulu önüne gelen uyuşmazlık; tapu siciline şerhi konulması istenen taşınmazın, niteliğinde olup olmadığı noktasındadır.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle, kavramı üzerinde durmakta yarar vardır.

bir hukuki kurum ve kavram olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (TMK) ile hukuk hayatımıza girmiştir. 4721 sayılı TMK'nun 194. maddesi, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin son fıkrası gereğince, bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olan evlilikler hakkında da geçerlidir. Bu sebeple 194. madde Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle derhal uygulanma niteliğini kazanmıştır.

4721 sayılı TMK'nun başlıklı 194.maddesinde:

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim mütahalesini isteyebilir.

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

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.> denilmekte; aile konutunun tanımı ise madde metninde yer almamaktadır.

Bu tanıma anılan maddenin gerekçesinde yer verilmiş;aile konutu olarak tanımlanmıştır.

Şu hale göre, aile konutu kavramı; aile ve konut olmak üzere iki unsurdan oluşmaktadır.

Aile kavramı, mahiyeti ve yapısı zamanla değişen, çevresi genişleyip daralan bir hukuki kurumdur. Çeşitli zamanlarda ve değişik toplumlarda terimi ile ifade edilmek istenilen şey; daima birbirinden farklı olmuştur. Çünkü ailenin çeşitli tipleri ve her çağın, her milletin kendine özgü bir aile kavramı vardır.

Ailenin temelini evlenme teşkil eder. TMK'nun 186. maddesinin 1. fıkrasına göre Türk Medeni Kanunu evliliği resmi şekil şartına (nikah) bağlamıştır (TMK 141,142.maddeleri).

Konut, sözlük anlamı olarak veya olarak tanımlanmıştır.

Konut, insanların kötü hava şartlarından, düşmanlarından, tehlikelerden korunduğu, dinlendiği, özel hayatını sürdürdüğü az veya çok kapalı ve güvenli barınaklardır.

Kişinin barınmasına elverişli olan sürekli olmasa da, yerleşme amacıyla kullanılan taşınır veya taşınmaz bölümler de konut olarak nitelendirilebilir.

Örneğin bir evin odası, otel odası, karavan, kulübe, gemi kamarası ve bunun gibi yerler de konut kavramı içinde değerlendirilebilir.

Öğretide aile konutu, , , , şeklinde tanımlanmaktadır.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü tarafından 1.6.2002 tarihinde çıkartılan 2002/7 No'lu Genelgede aile konutu, olarak tanımlanmıştır.

Bir yerin aile konutu sayılabilmesi için eşlerin aile konutunu beraberce seçmeleri ve burada ortak bir yaşam merkezi oluşturmaları; aile konutunun aile hayatı için merkezileştirilmesi; aile konutunun kullanımının hukuka uygun olması ve nihayet eşlerin bir yeri aile konutu haline getirmeye yönelik iradelerinin üçüncü kişiler tarafından da anlaşılabilir olmasıdır; yani, konutun üçüncü kişilerce de ailenin yaşadığı konut sayılmasıdır. Aile konutu tek bir konuttur. Eşlerden birinin mesleki faaliyeti veya çocukların sağlık veya eğitim durumu sebebiyle ailenin yaşam faaliyeti yılın belirli dönemlerinde farklı konutlarda odaklanıyorsa ailenin yaşam faaliyetinin yoğunlaştığı konut aile konutu sayılmalıdır.

Aile konutu, ailenin barınma ihtiyacını karşılayan ve eşlerin yaşam merkezi olan konuttur. Aile konutu ailenin barınma ihtiyacını karşılamasının yanı sıra, aile hayatının önemli bir bölümünün geçirildiği alan olarak aile fertleri bakımından manevi bir değere de sahiptir. Aile, acı ve tatlı günlerini bu konutta yaşar, komşularla, çevreyle ilişkiler kurar, eşler uzun yıllar birlikte yaşadıkları bu konutu yerleşim yeri ve haberleşme adresi olarak gösterirler.

Aile konutu anılarla dolu fiziki bir mekan olmanın ötesinde aile için önemli bir mal varlığı değeridir. Ailelerin sosyal ve ekonomik hayatı için son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutlulukları ve çocukların geleceği için adeta bir güvence olarak görülmektedir Türk aile yapısının sosyal ekonomik ve eğitim durumu incelendiğinde, aile içinde kadınların ekonomik açıdan kocalarına bağımlı oldukları, hiçbir maddi güvencelerinin bulunmadığı, bu sebeple evlilik birliği herhangi bir şekilde sona erdiğinde ekonomik değerlerini kaybetme tehlikesi içinde buldukları, kocanın, kendi üstüne kayıtlı olan konutu başkalarına devrederek veya kira sözleşmesi ile edindiği konutta kiralayana sözleşmeyi feshettiğini bildirerek eşinin ve çocuklarının barınma hakkını ortadan kaldırdığı sıklıkla karşılaşıldığından 4721 sayılı TMK'da aile konutuna özel bir koruma getirilmiştir.

Aile hayatı için bu denli öneme sahip olan aile konutunu, mülkiyet hakkına sahip olan eşin diğer eşin rızası olmadan devretmesi veya bir hakla sınırlandırması; kira sözleşmesi ile sağlanmış bir aile konutu söz konusuysa, sözleşmenin tarafı olan eşin diğer eşin rızası olmadan bu sözleşmeyi feshetmesi, ailenin mutluluğu ve geleceğine önemli ölçüde zarar verir. Bu sebeple aile konutu ile ilgili olarak özel koruma hükümleri getirilmiş, aile konutu üzerinde hak sahibi olan eşin tasarrufları diğer eşin rızasına bağlanmış veya evliliğin ölüm sebebiyle son bulması halinde diğer eşe kanuni alım (iştirah) hakkı veya intifa hakkı tanınmıştır. Türkiye'nin de taraf olduğu Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'nde kadınların ikametgah seçme konusunda erkekler ile eşit haklara sahip oldukları hükme bağlanmıştır (Convention on Elimination of all Forms of Discrimination against Women- C.E.D.A.W. 15/4.maddesi). Bu anlayışa uygun olarak 4721 sayılı TMK'nun 186. maddesinde düzenlemesi yapılmış; ailenin fiilen yaşayacağı maddi alanı oluşturan konutun seçimi eşlerin ortak iradesine bırakılmıştır

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

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

TMK'nun 193.maddesi ile, kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her birinin diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabileceği hükme bağlanmıştır. TMK'nun 194.maddesi, bu hükmün en önemli istisnalarındandır

TMK'nun 194.maddesine göre,

Bu emredici bir hüküm olup eşler, aralarında yapacakları sözleşmelerle bu hükmü değiştiremez veya ortadan kaldıramazlar.

TMK'nun 1009. maddesinde kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmiştir. Aile konutu üzerinde hak sahibi olmayan esin talebi üzerine tapu kaydına aile konutu şerhinin verilmesi de TMK'nun 1009.maddesi kapsamında değerlendirilmelidir.

Aile konutuyla ilgili şerh verilmesini talep etme hakkı aile konutu olarak öngülenen taşınmazın maliki olmayan eşe tanınmıştır. Ancak, konut üzerinde hak sahibi olan eşle, hak sahibi olmayan eşin şerh verilmesini birlikte talep etmelerine de kanuni bir engel yoktur.

yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır... Aile konutu anılarla dolu fiziki bir mekan olmanın ötesinde aile için önemli bir mal varlığı değeridir. Ailelerin sosyal ve ekonomik hayatı için son derece önemli bir yere sahip olan aile konutu, eşlerin mutlulukları ve çocukların geleceği için adeta bir güvence olarak görülmektedir” Olarak tanımlanmış ve ifade edilmiştir.

Şiddet failinin uzaklaştırılacak olduğu yerin aile konutu olması şart olmayıp, tedbirin alınmasına konu fiil nerede gerçekleştiyse oraya yönelik olabilecektir. Bu yer aile konutu, tatil için gidilen bir otel veya misafirlik için gidilen aile yakını evi de olabilecektir. AKDK m.5/1-b ‘nin uygulama alanı çoğunlukla yukarıda ifade etmiş olduğumuz aile konutuna dair uygulama alanı bulmaktadır. Zira adından da anlaşılacağı üzere ailenin daha çok vakit geçirdiği ve tedbirin uygulanmasına konu olabilecek olayların gerçekleşme ihtimali de bu sebeple aile konutunda daha yüksek olmaktadır.

AKDK’nın amacı aile içi şiddetin önlenmesi, şiddet mağduru ve çocukların korunmasıdır. 5. Maddenin b bendinde yer alan söz konusu tedbir de bu amacı gerçekleştirmede önemli bir role sahiptir. Zira madde metninde şiddet failinin “derhal” uzaklaştırılması ön görülmüş olup, tedbirin koruyuculuğu daha da etkin kılınmıştır. Bu

Tapu kaydına aile konutu şerhinin verilmesi Tapu Sicil Müdürlüğü'nden istenir. Taşınmazın maliki olmayan eşin şerhin verilmesini talep edebilmesi için bir mahkeme kararına veya hak sahibi eşin söz konusu işleme izin vermesine gerek yoktur. Zira TMK'nun 194/3. maddesinin açık hükmü ile taşınmazın maliki olmayan eşe bu hak tanınmıştır.

Tapu Kadastro Genel Müdürlüğü'nün Tapu Sicil Müdürlüklerine gönderdiği 1.6.2002 tarih ve 2002/7 nolu Genelgesine göre, malik olmayan eşin talebi ile aile konutu şerhi işlenebilmesi için evlilik birliğinin resmen devam ettiğini kanıtlayan nüfus kayıt örneği ile eşlerin bu konuda birlikte yaşantılarını sürdürdüklerini kanıtlayan muhtarlıktan alınmış belgenin ibraz edilmesi zorunludur. Taşınmaz malın maliki olmayan eşin veya eşlerden her ikisinin talebi ile aile konutu şerhinin işlenebilmesi için evlilik cüzdanının ve nüfus kayıt örneğinin ibrazı yeterlidir. Bu Genelgeye göre aile konutu şerhi eşlerden birinin tek taraflı talebi ile işlenmişse, TMK'nun 1019.maddesi gereğince diğer eşe işlemin sonucunun bildirilmesi gerekmektedir.

Konutun aile konutu olup olmadığı hususunda taraflar arasında çekişmeli ise, şerhin verilmesi hakimden istenebilir.

Eldeki davada da davacı eş, dava konusu taşınmazın aile konutu olarak tapuya şerhini istemiştir.

Kural olarak; bir konutun aile konutu olarak kabulü için devamlı kullanılması koşulu bulunmamaktadır. Yukarıda açıklanan ilkeler çerçevesinde konutun tarafların bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı anılarla dolu bir alan olması yeterlidir. Bu bağlamda yurt dışında yaşayan bir ailenin Türkiye'ye geldiğinde kullandığı tek bir ev var ve bu yukarıda açıklanan niteliklere sahipse aile konutu olarak kabulü olanaklıdır.

Ne var ki, somut olayın özelliği itibarıyla dava konusu taşınmaz bu özelliği taşımamaktadır.

Dosya kapsamından tarafların evlendikleri günden bu yana ve halen yurt dışında yaşadıkları, yapıldığı ilk günden itibaren bu konutta davalının anne ve babasının oturduğu, faturaların davalının babası tarafından ödendiği, davanın taraflarının bu konutta sadece izne geldikleri dönemde ve burada oturmakta olan ailelerini ziyaret amacıyla 10-15 gün kaldıkları, anlaşılacakla; başkasının kullanımına özgülenmiş bir konutun, aile konutu olarak,kabulüne olanak bulunmamaktadır.

Bu nedenle aynı yöne işaret eden ve Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire Bozma kararına uyulmak gerekirken, yanılığılı gerekçe ile önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırı olup; kararın bozulması gerekir.

KARAR : Davalı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile, direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA, yapılan ikinci görüşmede, oyçokluğu ile karar verildi.

tedbirin etkin ve amaca uygunluğu için uzaklaştırılan şiddet failinin, uzaklaştırılan yere yaklaşmaması da hakim tarafından dikkate alınarak hüküm altına alınmalıdır³⁶⁰.

c) Aile İçi Şiddet Failinin Korunan Kişilere, Bu Kişilerin Buldukları Konuta, Okula Ve İşyerine Yaklaşmaması

Kanun'un 5. Maddesinin 1. Fıkrası c bendinde yer alan bir diğer tedbir de aynı maddenin b bendinde yer alan tedbire benzer nitelik taşıyan “ failin, korunan kişilerin buldukları konuta, okul veya işyerine yaklaşmaması”dır. Bir önceki başlıkta açıklamış olduğumuz tedbir, daha ani bir koruma ön görürken bu madde ile tedbir alanı genişletilerek şiddet mağdurlarının daha kapsamlı bir alanda korunması amaçlanmıştır. Şiddetin ciddiyetine ve olayın mahiyetine göre hakim bu tedbirlerden birine veya birkaçına hükmedebilecektir.

Hakim, şiddet failinin müşterek konuttan uzaklaştırılmasına ve müşterek konutun diğer eşe tahsisine dair karar vermişse, failin korunan kişinin işyerine gitmesi tedbir kararının ihlaline sebebiyet vermeyecektir. Zira vermiş olduğumuz bu örnekte alınan tedbir yalnızca AKDK 5/1-b fıkrasına dair olup c bendini içermediğinden bir ihlalden bahsetmek mümkün olmayacak, fakat hakim tarafından talep halinde sonradan alınan tedbir değiştirilebileceği gibi yeni tedbirlerin eklenmesine de bir engel bulunmamaktadır³⁶¹.

d) Aile İçi Şiddet Failinin Müşterek Çocuklarla Kişisel İlişkinin Refakatçi Eşliğinde Yapılması, Kişisel İlişkinin Sınırlanması Ya Da Tümüyle Kaldırılması

Boşanma kararı ile eşlerin çocuklarına dair velayet, çocukların bakımı ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair de hüküm kurulur. Evlilik devam ederken anne baba tarafından birlikte kullanılan “velayet” hakkı boşanma ile tek bir tarafın kullanımına bırakılmaktadır³⁶².

Bunun yanında gelişen şartlarda hukukumuzda yeni yeni uygulama alanı bulan “ortak velayet (join custody)” kavramına da değinmeyi uygun buluyoruz. TMK 336. Maddesi ile *evliliğin devam ettiği süre boyunca ana ve babanın velâyeti birlikte kullanacakları, ortak hayata son verilmiş veya ayrılık hâli gerçekleşmiş ise hâkim tarafından, velâyetin eşlerden birine verebileceği düzenlenmiştir. Bunun yanında ana ve*

³⁶⁰ ŞENYUVA-sf.127

³⁶¹ UĞUR-sf.357 (<http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2012-101-1208>) 28.02.2021,23.26

³⁶² AKINTÜRK/ATEŞ-sf.310

babadan birinin ölümü hâlinde velayetin sağ kalan eşe, boşanma durumunda ise çocuğun kendisine bırakıldığı tarafa ait olacağı hüküm altına alınmıştır.

Ortak velayet, çocuklara dair önemli hususlarda (çocuğun eğitimi, yaşayacağı yer vb.) anne ve babanın ortaklaşa hareket etmesine dayalıdır. Ülkemizde kabul edilen ve yürürlükte olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) 7 no'lu protokolün 5. Maddesi ile *eşlerin evlilik birliğinin devamında ve sona ermesinde hak ve yükümlülükler açısından eşit oldukları, devletin, çocukların yararı söz konusu olduğunda gerekli tedbirleri alma hakkı bulunduğu* hüküm altına alınmıştır. İç hukuk ile milletlerarası anlaşma hükümleri arasında farklılık olması halinde milletlerarası anlaşma hükümlerine üstünlük tanınacağı da göz önüne alındığında, hukukumuzda henüz düzenlemesi bulunmayan “ortak velayet” kavramının önünün açılması da bu yolla sağlanmış bulunmaktadır³⁶³. Henüz yeni ve gelişmekte olan bu kavrama dair TMK 336/3 maddesinin bu uygulamaya izin verdiği veya bu uygulamayı engelleyici olduğuna dair çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Madde metninde boşanma halinde velayet hakkının, çocuğun kendisine bırakılan tarafça kullanılacağı hüküm altına alınmış olup, bizim de katıldığımız görüş uyarınca burada örtülü boşluk bulunmakta olup, kanun koyucunun esas amacının çocuğun üstün menfaatinin gözetilmesi olduğu da göz önüne alındığında TMK 366/3 maddesinin ortak velayete izin verebileceği düşüncesidir³⁶⁴. Ortak velayet ile çocuğun anne baba arasındaki boşanma savaşında yeni bir cephe olmasının önüne geçilerek velayet hakkı kendisine verilen tarafın çocuğu, diğer eşten öç almak için kullanması da engellenecek, çocuk eşler ayrılrsa dahi velayeti birlikte kullanarak boşanmanın çocuk üzerindeki etkisini azaltmış olacaktır.

Hakim velayetin yanında, çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair de düzenlemeler yapmakla yükümlüdür. Velayet, çocuğun kimin himayesinde bırakılacağı hususunda olup kişisel ilişki kurulması, velayet hakkı kendisine verilmeyen eş ile çocuk arasındaki ilişkiye dairedir. Çocukla kişisel ilişki kurulması boşanmanın eşlere dair olan ilişkinin kopmasının aynı zamanda çocuk ile de ilişkisinin kopması anlamına gelmemesine yönelik kanun koyucu tarafından alınan örtülü bir tedbirdir³⁶⁵. Bu kapsamda kanun koyucu TMK 182. Madde hükmü ile bu ilişkinin tesisinde çocuğun yararının üstün tutulması, özellikle sağlık, eğitim ve ahlaki açıdan yararının esas alınmasını amaçlamıştır. Kanun ile çocuğun

³⁶³ ÇATALBAŞ, İlay-Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Ve Ortak Velayet Kavramı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, (file:///C:/Users/Can%20Berk/Downloads/634272.pdf) 22.03.2021,22.31, sf.97

³⁶⁴KURT,Leyla Müjde-Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet Joint Custody In The Case Of Divorce, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/543483>) 02.03.2021,22.15 sf.167,168

³⁶⁵ KILIÇOĞLU-sf.151

menfaati gerektiriyor ise taraflardan birinin çocuk ile kişisel ilişkisi kısıtlanabilecek hatta tamamen kaldırılabilir³⁶⁶. Nitekim TMK 324. Maddesi ile anne veya babanın, birinin diğerinin çocuk ile kişisel ilişkisini zedelememesi, çocuğun eğitim ve yetiştirilmesini engellemekten kaçınması ile yükümlü olduğu hüküm altına alınmıştır. Belirtilen yükümlülüğün ihlali halinde müeyyide olarak kişisel ilişki kurma talebinin reddedileceği veya bu ilişki kurulmuş ise kaldırılacağı belirtilmiştir. Çocuğun menfaati gerektiriyor ise hakim, anne veya baba dışındaki kişiler, özellikle de akrabalara dair de kişisel ilişki kurulmasına dair hüküm kurabilecektir (TMK m.325)³⁶⁷. Kanaatimizce de bu uygulama, Türk gelenek ve göreneklere ile oldukça bağdaşmakta, çocuğun anne ve baba haricindeki arasında bağ kurduğu diğer kişilerle ilişkisinin boşanma sebebi ile zedelenmesinin önüne geçmektedir. Geleneklerimizde oldukça sık karşımıza çıktığı üzere anne babası çalışan çocuklara çoğu zaman anneanne veya babaanneleri bakmakta, bu sebeple de çocuk üzerinde emek ile bağ kuran bu kişilerin boşanma ile çocuk ile olan bağları çoğu zaman kopmaktadır. İşte bu uygulama ile bu hususun önüne geçilmiş olmaktadır.

e) Gerekli Görülmesi Hâlinde Korunan Kişinin, Şiddete Uğramamış Olsa Bile Yakınlarına, Tanıklarına Ve Kişisel İlişki Kurulmasına İlişkin Hâller Saklı Kalmak Üzere Çocuklarına Yaklaşmamasının Sağlanması

6284 sayılı kanunun hakim tarafından verilecek önleyici tedbirler başlıklı 5. Maddesinde yer alan tedbirlerden birisi de budur. Söz konusu tedbirin uygulanmasında hakime daha çok takdir ve olay özelliğine göre nitelendirme hakkı tanınarak madde metninde açıkça bu tedbire “gerekli görülmesi halinde” hükmedileceği düzenlenmiştir. Bunun için hakim önüne gelen olayda, şiddet failinin şiddet mağduru dışında kalan kişilere de zarar verme tehlikesinin var olma ihtimaline veya varlığına kanaat getirirse bu yakınlarla ve hatta müşterek çocuğa dahi şiddet failinin yaklaşmaması yönünde tedbir kararı verebilecektir. Bu kapsamda çocukla kurulan kişisel ilişki ayrık tutulmuş olsa dahi, bu tedbirin uygulanmasına sebep olan olay sebebi ile kişisel ilişkinin de tekrar düzenlenmesine dair önlem kararı veren mahkemece yapılacak ihbar üzerine, çocukla kişisel ilişkinin de tekrar tesisi ve gözden geçirilebileceği kanaatindeyiz.

³⁶⁶ ARAS-sf.306,307,KILIÇOĞLU-sf.152

³⁶⁷ AKINTÜRK/ATEŞ-sf.314,315

f) Korunan Kişinin Şahsi Eşyalarına Ve Ev Eşyalarına Zarar Vermemesi Hususunda Aile İçi Şiddet Failinin Uyarılması

Taşınır veya taşınmaz mallara dair şiddet failinin zarar verme durumu veya ihtimali varsa hakim, bu hususta vereceği tedbir ile buna dair davranışın men edilmesini sağlayabilecektir. 6284 Sayılı Kanun'un 2. Maddesinde de açıkça ifade edildiği üzere bu kanunda şiddet, kişinin psikolojik, fiziki veya cinsel olduğu kadar maddi varlığına yönelik eylemleri de kapsamakta ve kanun ile şiddete karşı korunan değerler arasında kişinin mal varlığı da yer almaktadır.

Şiddetin dışı vuruş şekilleri bağırarak, vurmak, hakaret etmek şeklinde olabileceği gibi eşyaları kırmak, parçalamak veya tahrip etmek şeklinde de olabilir. İşte kanun koyucu bu kapsamda zarar verilen eşyanın şahsi veya tarafların ortak kullanımında olan eşya yahut ev eşyası olması arasında bir fark ön görmeyerek şiddet mağdurunun şahsi veya ev eşyasına zarar verilmesi halinde şiddet failinin uyarılmasına dair söz konusu önlemi hüküm altına almıştır³⁶⁸.

g) Aile İçi Şiddet Failinin Korunan Kişiyi İletişim Araçlarıyla Veya Sair Surette Rahatsız Etmemesi Hususunda Uyarılması

Günümüzde iletişim görsel, işitsel yollarla mümkün olmakta, bu kapsamda telefon, mail, faks, mektup, mesaj, video yolu yahut televizyon ve radyo gibi kitlesel araçlar ile iletişim sağlanabilmektedir. İşte şiddet faili bu gibi iletişim araçları aracılığı ile şiddet mağduruna tehdit, hakaret, rahatsız edici fotoğraflar göndermek sureti ile de bu tedbirlerin alınmasına sebep olabilecektir³⁶⁹.

Örneğin oldukça yaygın olarak kullanılan sosyal medya üzerinden kişinin fotoğraflarının altına hakaret içerikli mesajlar atılması, paylaşılan konum üzerinden takip edildiğini bildirir içerikte tehdit mesajı gönderilmesi suretiyle şiddet mağduruna yönelik bu gibi eylemlerin önlenmesi amaçlanmıştır.

³⁶⁸ ŞENYUVA-sf.128,129

³⁶⁹ ŞENYUVA-sf.130

h) Aile İçi Şiddet Failinin Bulundurulması Veya Taşınmasına Kanunen İzin Verilen Silahları Kolluğa Teslim Etmesi

AKDK kapsamında verilebilecek bir diğer tedbir de bulundurulması veya taşınması kanunen izin verilen silahların şiddet faili tarafından kolluk birimine teslimine yöneliktir³⁷⁰. Kanunun 6. Maddesi ile silah bulundurması kanunen izin verilmediği halde silah bulunduran failin bu eyleminin suç oluşturması haline dair alınabilecek tedbirler söz konusu 5/1-g maddesinde belirtilen tedbirden ayrı tutulmuştur³⁷¹

Tedbirin uygulama alanı daha çok, taşınmasına izin verilen silahın aile içi şiddette kişilerin tehdit edilmesi gibi etkin rol oynadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Bunun dışında söz konusu silahın aile içi şiddette kullanılmamış olsa dahi kullanılma ihtimali bulunduğu kanaat getirilirse de bu tedbire hükmedilebilecektir³⁷².

i) Aile İçi Şiddet Faili Silah Taşınması Zorunlu Olan Bir Kamu Görevi İfa Etse Bile Bu Görevi Nedeniyle Zimmetinde Bulunan Silahı Kurumuna Teslim Etmesi

6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun'un 7. Maddesinde silah taşınması kanunen uygun görülen kişi veya meslek grupları sayılmıştır. Bu kapsamda Cumhurbaşkanı, Başbakan, vali, emniyet hizmetleri sınıfında görevli personel ile hakim ve cumhuriyet savcılarını ateşli silah taşıma yetkisine sahip kişiler arasında sayılmıştır³⁷³.

6284 sayılı kanunda bu tedbirin nasıl uygulanması gerektiğine dair bir hüküm bulunmamakla birlikte, durum ve şartlar uyarınca başka şekilde kanunda belirlenen şiddetin önlenmesi ve şiddet mağdurunun korunması başka bir şekilde sağlanamıyor ise bu tedbire hükmedilebilecektir³⁷⁴. Zira kanunen silah taşınması zorunlu kabul edilen meslek grupları veya kişilerin buldukları görev gereği tehlikede olmaları sebebi ile silah taşımalarında kanunen bir sakınca görülmediği hususu da unutulmayarak bu kapsamda

³⁷⁰ 6284 sayılı AKDK m5/1-g , DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ-sf.202

³⁷¹ CEYLAN, Ebru- 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a Göre Kanun Kapsamına Girenlerin Korunmasıyla İlgili Değerlendirmeler, İstanbul Barosu Dergisi, OCAK-ŞUBAT 2017, Cilt:91, Sayı:2017/1, sf.27 (<https://www.istanbulbarosu.org.tr/files/yayinlar/dergi/doc/ibd20171.pdf>), 11.03.2021, 22.56

³⁷² ŞENYUVA-sf.131

³⁷³ 6136 sayılı Ateşli Silahlar Ve Bıçaklar İle Diğer Aletler Hakkında Kanun, madde 7 (<https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.3.6136.pdf>), 11.03.2021,22.43

³⁷⁴ ŞENYUVA-sf.131

alınacak tedbir ile tedbirin amacının aşılması ve daha vahim sonuçlar doğmaması açısından gerekli incelemeler yapılmalıdır.

j) Aile İçi Şiddet Failinin Korunan Kişilerin Buldukları Yerlerde Alkol Ya Da Uyuşturucu Veya Uyarıcı Madde Kullanmaması Ya Da Bu Maddelerin Etkisinde İken Korunan Kişilere Ve Bunların Buldukları Yerlere Yaklaşmaması, Bağımlılığının Olması Hâlinde, Hastaneye Yatmak Dâhil, Muayene Ve Tedavisinin Sağlanması

Kişilerin belirli haklara sahip olma ve bu hakları kullanmasına dair TMK ile hak ehliyeti ve fiil ehliyeti düzenlenmiştir. Bu kapsamda kişinin haklara ve borçlara sahip olabilmesi hak ehliyeti, bu hak ve borçlardan istifade edebilmesi (kullanabilmesi) ise fiil ehliyetidir. TMK 9 vd. Maddeleri ile hak ve borçlardan istifade edilmesini sağlayan fiil ehliyetinin kullanılabilmesi için belirli şartlar ön görülmüş olup bu şartlar ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama olarak belirtilmiştir. Sarhoşluk da bu kapsamda ayırt etme gücünü ortadan kaldıran sebeplerden biri olarak TMK 13. Maddesi ile hüküm altına alınmıştır³⁷⁵. AKDK ile de işte bu sebeple kişinin aldığı alkolün kişinin iradesi üzerinde yarattığı etkinin kişinin fiil ehliyetine dahi etki ettiğini göz önüne alarak söz konusu tedbiri düzenlemiştir.

Alkol veya uyuşturucu madde kullanımı failin iradesini etkileyerek fiziksel veya psikolojik şiddet uygulamasına sebep oluyorsa failin bu eylemleri sebebi ile doğacak şiddet eylemlerine bağlı zararların önüne geçilmesi bu tedbirle sağlanabilir. Şiddet faili uyuşturucu veya alkol alıyor fakat bunun sonucunda herhangi bir şiddet uygulamıyor ise bu tedbir hükmedilemeyecektir. Aksi halde alkol kullanımı sonucunda şiddet veya zarar doğmasa bile bu tedbir uygulanırsa, AKDK'nın uygulama alanı alışkanlık veya eylemlerine yönelik genel bir kısıtlama yapılmasına sebep olacak, aile içi şiddete sebep olmayan davranışlar dahi kısıtlanabilmektedir kişilik haklarında amacı aşan bir kısıtlamaya sebep olacaktır. Ancak bu tedbir alınmış ise bu tedbire aykırı olarak korunan kişilerin buldukları yerde alkol veya uyuşturucu madde alınır veya bu maddelerin etkileri devam ederken korunan kişilerin buldukları yere yaklaşılması halinde herhangi bir zarar veya

³⁷⁵ G.AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KAHRAMAN, Derya- Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınevi, 2011 Eylül, İstanbul, sf.270-292

şiddet eylemi fail tarafından gerçekleştirilmemiş olsa dahi tedbirin ihlali söz konusu olacak ve AKDK'da belirtilen tedbirin ihlaline dair yaptırımlar uygulanabilecektir³⁷⁶.

Şiddet failinin alkol veya uyuşturucu madde kullanımı sonucunda göstermiş olduğu şiddet ve hareketlerin belirli bir hastalık sonucu olabileceğini göz önüne alan kanun koyucu, bu hastalığın tedavisi için şiddet failinin tedavisinin sağlanmasına dair de tedbir alınabileceğini bu madde ile hüküm altına almıştır. Bu kapsamda kişi, hastaneye yatış da dahil olmak üzere muayene için hastaneye başvurmak üzere hakim tarafından yönlendirilerek muayene sonucunda gerekli ayakta tedavi veya hastaneye yatırılmak sureti ile şiddet eyleminin doğmasına sebep olan ruhsal veya fiziksel hastalık tedavi edilerek şiddete daha uzun süreli ve esaslı bir son verme sağlanacaktır³⁷⁷.

III.6284 SAYILI KANUNDA YER ALAN TEDBİR KARARLARININ ÖZELLİKLERİ

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz AKDK'da yer alan tedbirler, hakim kararı ile ilgili veya belirli kişilerin başvurusu üzerine, ispatı zorunlu olmadan belirli vakıaların varlığı veya var olma ihtimaline kanaat getirilmesi halinde hakim tarafından alınan tedbirlerdir.

HMK 389 vd. maddeleri ile geçici hukuki korumalar düzenlenmiştir. Bir hakkın elde edilmesi dava açılmadan veya dava sürecinde, karşı tarafın hukuka aykırı olarak dava konusu üzerinde tasarrufta bulunulmak sureti ile engellenebilmekte yahut durum ve koşullar buna sebep olabilmektedir³⁷⁸. Bu kapsamda hukukumuzca mevcut durumda meydana gelebilecek değişim sebebiyle hak kaybına uğranılmasının önüne geçmek için hakkın elde edilmesinin güvence altına alınmasını sağlayan ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz veya delil tespiti gibi koruma araçları ön görülmüştür³⁷⁹.

Hukukumuzda yukarıda bahsetmiş olduğumuz geçici hukuki korumalara dair hüküm verilirken bu hususta durum ve koşullara göre teminat gösterilmesi halinde geçici koruma kararı verilebileceği gibi, hakkın elde edilmesi bakımından koruma tedbirinin verilmesi hususunda da yaklaşık olarak bir ispat aranmakta iken AKDK kapsamında verilecek tedbirlerde herhangi bir teminat yahut belge aranmaksızın karar verilebilmesi için

³⁷⁶ ŞENYUVA-sf.132

³⁷⁷ ŞENYUVA-sf.132,133

³⁷⁸ KONURALP, Cengiz Serhat- 6100 SAYILI HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NA GÖRE İHTİYATİ TEDBİRLER (ÜHFM 2013), sf.228 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/97835>), 13.03.2021, 22.52

³⁷⁹ KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder- Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları, 25. Baskı, 2014 Ankara, sf.558

mağdurun beyan ve ifadesi yeterli görülmektedir³⁸⁰. Bu farklılık yanında hakim olan genel görüş uyarınca AKDK ile ön görülen tedbirlerin nihai karar olmayıp, hukukumuzda yer alan geçici koruma tedbirlerinden “ihtiyati tedbir” niteliğinde olduğu yönündedir³⁸¹.

IV. AİLENİN KORUNMASINA DAİR HUKUKUMUZDA YER ALAN DİĞER DÜZENLEMELER

Aile hukuku, özel hukuk alanında yer alan bir düzenleme olup Medeni Kanun'da kişiler hukukunun hemen ardından ikinci kitap ile TMK madde 118 itibari ile düzenleme alanına kavuşmuştur³⁸². Hukukumuzda kişilere belirli haklar yüklenirken aynı zamanda yükümlülükler de yüklenmekte ve toplum hayatındaki düzen ve hukuk kuralları çerçevesinde belirli müeyyideler ön görülmektedir. Hukuk alanında yer alan hak ve yükümlülükler aykırı yaptırımlar kimi zaman kendisini maddi bir tazminat şeklinde gösterirken kimi zaman da TCK kapsamında bir suç olarak göstermektedir. İşte kanun koyucu da aile kavramına, toplum içerisindeki yeri dolayısıyla önem vererek bu hususta TCK kapsamında da bir düzenleme getirmiştir.

TCK 233. Maddesi ile aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlali düzenlenmiştir³⁸³. Madde kapsamında aile hukukundan kaynaklanan TMK 185.vd maddeleri ile hüküm altına alınan bakım, eğitim ve destek olma yükümlülüğünün ihlali halinde kişinin 1 yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacağı hüküm altına alınmıştır. suç TCK'da şikayete bağlı tutulmuş olup, ihmali (olumsuz negatif) hareket ile işlenebilen bir suçtur. Aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüğün ihlalinin TCK'da düzenlenmesi, aile kavramının sosyal niteliğinden kaynaklanmaktadır³⁸⁴.

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un yanında Türk Ceza Kanunu ile düzenleme yapılmasında amaç aile içerisinde yer

³⁸⁰ ÖZTÜRK, Necla- Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Öneriler (Some Innovations In The Act Of Family Protection And Prevention Of Violence Against Women), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:8 Sayı:1 Yıl 2017, sf.13 (<https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/283776>), 13.03.2021, 22.57

³⁸¹ ŞENYUVA- sf.98

³⁸² AKINTÜRK/ATEŞ-sf.7,8

³⁸³ TCK m.233-Aile hukukundan doğan bakım, eğitim veya destek olma yükümlülüğünü yerine getirmeyen kişi, şikâyet üzerine, bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.(2) Hamile olduğunu bildiği eşini veya sürekli birlikte yaşadığı ve kendisinden gebe kalmış bulunduğunu bildiği evli olmayan bir kadını çaresiz durumda terk eden kimseye, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası verilir.(3) Velâyet hakları kaldırılmış olsa da, itiyadî sarhoşluk, uyuşturucu veya uyarıcı maddelerin kullanılması ya da onur kırıcı tavır ve hareketlerin sonucu maddî ve manevî özen noksanlığı nedeniyle çocuklarının ahlâk, güvenlik ve sağlığını ağır şekilde tehlikeye sokan ana veya baba, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

³⁸⁴ BAŞARAN, Şeyma-Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali (Tck Md. 233) ,Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019, 15.03.2021 , 20.40, (<https://tez.yok.gov.tr/UlusalTezMerkezi/tezSorguSonucYeni.jsp>), sf.27,28

alan zayıf konumdaki tarafların korunması, sarsılmış olan evliliğe dair zararın en aza indirilmesi, toplum içerisinde ailenin konumu gereği bu kişilerin korumasına dair düzenlemelerin daha sağlam ve caydırıcı temellere oturtulması olup, söz konusu düzenlemeleri yerinde görmekle birlikte yalnızca suç ve ceza ile caydırıcılığın sağlanamayacağı, bu düzenlemelerin eğitimle desteklenmedikçe beklenen faydayı sağlanmayacağı kanaatindeyiz.

SONUÇ

Aile kavramı hukuk sistemimizde belki de en ayrıntılı düzenlemeye sahip alan olmakla , toplum için ne kadar önemli ise kanun koyucu için de bir o kadar önemli olduğunu ortaya koymuştur. Ailenin oluşumu olan evlilik gibi boşanma da kanun ile düzenleme altına alınarak özel hukuk alanında temel olan “irade serbestisi” ilkesine getirilen en büyük istisnalardan olmuştur.

Evlenme, beraberinde eşlerin birbirlerine karşı belirli hak ve yükümlülüklerle sahip olmasını da beraberinde getirir. Bu kapsamda eşler birliğin mutluluğunu sağlama, birlik giderlerine katkıda bulunma ve birbirlerine sadık olma gibi ortak hayatın olağan olarak getirdiği bir takım hak ve yükümlülüklerdir. Bu ve diğer yükümlülüklerin ihlali yada sahip olunan hakların kötüye kullanılması halinde diğer eşe hakim müdahalesi talep etme imkanı tanınarak büyük önem verilen “aile” ve “evlilik kavramının korunması amaçlanmıştır. Eşlerin sahip olduğu hakkın kötüye kullanılması yada kullanılmasında eksik kalınmasına örnek olarak ortak konutun seçiminde ailenin ekonomik mahvına sebep olabilecek tercihlerde bulunulması gösterilebilir. Bu durumda diğer eş sırf evlendiği için bu zararlı kararlara katlanmak zorunda kalmayacak, hakim müdahalesi ile ortak konut belirlenmesini, bu hususta yol gösterilmesini, hatta diğer eşin temsil yetkisinin sınırlandırılmasını dahi talep edebilecektir. Böylelikle eşler arasındaki sorun, boşanmaya konu olmadan giderilecek, evlilik birliğinin çözülebilecek bir sorun sebebi ile sona ermesinin önüne geçilecektir.

Hakim müdahalesi yalnızca evliliğin devamını sağlamaya yaramamaktadır. Kanun koyucunun hakim müdahalesindeki amacı da içi boş evliliklerin devamı için geçici çözümler ile sorunların kısmen çözülmesi değil, boşanmanın son çare olması ve sürdürülebilecek evliliğin her sorunda boşanma ile sarsılmasının önüne geçilmesidir.

Bunun yanında hakim müdahalesi boşanma sürecinde veya boşanma sonrasında da söz konusu olabilmektedir. Bu kapsamda kanaatimizce hakim müdahalesinin kendisini en çok göstermesi gereken husus boşanmada velayet ile çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair olmalıdır. Zira eşler evlenirken yalnızca kendilerini düşünerek hareket etmekte, kimi zaman çekişmeli boşanmalarda da bu düşünce devam edebilmekte ve boşanmada çocukların durumu unutulabilmektedir. Bu kapsamda çocukların boşanmada bir başka cephe olmasının önüne geçilmesi için hakim müdahalesi ile boşanmada çocuklar üzerindeki etkinin en aza indirilmesi amaçlanmıştır. Eşler boşandığında çocuklarla da kopmamaları için çocukla kişisel ilişki kurulması hakim müdahalesi ile sağlanabilecek,

eşler tarafından velayete dair yapılan anlaşmalar hakim tarafından uygun bulunmadıkça uygulanamayacaktır.

Günümüzde okur yazar oranı artmakta fakat şiddete eğilim de aynı oranda hatta daha yüksek bir ivmeyle artmaya devam etmektedir. Bu kapsamda başta kadına şiddet olmak üzere toplumda artan şiddet , kendisini aile hukuku alanında da göstermiş, bu sebeple de “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” ile çeşitli koruyucu ve önleyici hükümlere başvurulmuştur. Söz konusu düzenlemeler ile hiçbir duraksamaya yer verilmeden ve ivedi olarak şiddet gören kadın ve çocukların can ve mal güvenlikleri sağlanmakta, durum ve şartlara göre başvuru üzerine şiddet uygulayan eşe , başvuru tedbire uymaması halinde hapis cezası uygulanabilecektir. Şiddetin ağır müeyyidelere bağlanması ile bu ve benzeri eylemlerin azalması amaçlanarak bir adım atılmış olsa da bu hususun en başta kişilerin eğitilmesi ile çözüme kavuşacağı hususu unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya-** Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku İkinci Cilt, Yenilenmiş 21. Bası, Ocak 2019
- ARAS, Bahattin** - Boşanma Davalarında Yargılama Usulü ve Aile Mahkemeleri, Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Adalet Yayınevi, 2011 Ankara
- ARAT, Ayşe-** Müteselsil Borçlarda Alacaklı İle Borçlular Arasındaki İlişkinin Hüküm Ve Sonuçları, 2018
- BAŞARAN, Şeyma-**Aile Hukukundan Kaynaklanan Yükümlülüğün İhlali (Tek Md. 233) ,Yalova Üniversitesi Sosyal Bilimler Üniversitesi, Yüksek Lisans Tezi, Temmuz 2019
- CEYLAN, Ebru-** 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'a Göre Kanun Kapsamına Girenlerin Korunmasıyla İlgili Değerlendirmeler, İstanbul Barosu Dergisi, OCAK-ŞUBAT 2017, Cilt:91, Sayı:2017/1
- ÇATALBAŞ, İlay-**Türk Medeni Kanunu'nda Velayet Ve Ortak Velayet Kavramı, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020
- DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper-** Türk Özel Hukuku Cilt 3, 14. Bası, Şubat 2019,
- ERCOŞKUN ŞENOL, Kübra-** Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Üzerine Bir İnceleme (An Examination On The Law On The Protection Of The Family And The Prevention Of Violence Against Women)
- ERDEM, Mehmet-** Aile Hukuku, Güncellenmiş 2. Baskı, Ocak 2019
- G.AKİPEK, Jale/ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ KAHRAMAN, Derya-** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Yenilenmiş 8. Baskı, Beta Yayınevi, 2011 Eylül, İstanbul
- GENÇCAN, Ömer Uğur-**Boşanma Hukuku 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Hazırlanmış Bilimsel Açıklama ve Son İctihatlar, Yetkin Yayınları, 8. Baskı, Ankara 2019
- GÜRPINAR, Damla-** Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu (The Dept of the Married Couples for Paying the Expenses of the Family)
- İPEK, Ali İhsan-**Son Tarihli İctihatlarla Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Seçkin Yayıncılık, 2008 Ankara
- KARAGÜLMEZ, Ali/URAL, Sami Sezai-**Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, 2. Baskı, Seçkin Yayınevi, 2003 Ankara

- KILIÇOĞLU, Ahmet M.**-Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş-Güncelleştirilmiş 4. Bası, Ocak 2019
- KONURALP, Cengiz Serhat**- 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler ,İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2013
- KURT, Ekrem**- Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Haziran 2013, Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler (mk M. 169)
- KURT, Leyla Müjde**-Boşanma Durumunda Birlikte (Ortak) Velâyet Joint Custody In The Case Of Divorce, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi - Cilt:9 Sayı:2 Yıl 2018
- KURU, Baki/ ARSLAN, Ramazan/ YILMAZ, Ejder**- Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınları,25. Baskı, 2014 Ankara
- ÖZTÜRK, Necla**- Ailenin Korunması Ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanunun Getirdiği Bazı Yenilikler Ve Öneriler (Some Innovations In The Act Of Family Protection And Prevention Of Violence Against Women), İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt:8 Sayı:1 Yıl 2017
- PARLAK BÖRÜ, Şafak**-Kadının Korunmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmeler Ve Türkiye'nin Konumu
- SAMAT, Murat**-Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Evlilik Birliğinin Korunması Yüksek Lisans Tezi,2010 Ankara
- ŞENYUVA, Ardahan Hüsnü**- Evlilik Birliğinin Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması Yüksek Lisans Tezi, 2007 Ankara
- TEKİN, Helin Neval**- Anlaşmalı Boşanma, Seçkin yayınevi,Birinci Baskı, Ocak 2019 Ankara
- UĞUR, Hüsamettin**- Kadın Ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri Changes Brouht By The Law (Law No: 6284) In Relation To Fight Violence Against Women And Family Members
- ÜNLÜTEPE, Mustafa**- Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Sebebine Dayalı Boşanma (TMK m. 166/I-II), Seçkin Yayınevi, Birinci Baskı, Mart 2019, Ankara
- YAVAŞ, Murat**- Medeni Yargılamanın Amacı Bağlamında İspat Yükü Kavramı (The Purpose of Civil Procedure and Concept of Burden of Proof)