

EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASI

PROTECTION OF MARRIAGE UNION

Kumru KILIÇOĞLU YILMAZ*

Özet: Evlilik birliği, ulusal ve uluslararası alanda korunmakta olup; bu koruma evlilik devam ederken söz konusu olabileceği gibi, evlilik sona erdikten sonra da gündeme gelebilir.

Evlilik birliği içerisinde, birlikten doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen eşin varlığı halinde; bu yükümlülüklerin yerine getirilmesi amacıyla, diğer eş, hakimden, duruma müdahale etmesini talep edebilecektir. Bu müdahale, maddi yararlara yönelik bir müdahale de olabilir. Burada, evlilik devam etmekte olup; sadece yükümlülük ihlali söz konusudur. Eşin, evliliği sona erdirmeye gibi bir amacı ve isteği yoktur.

Bunun dışında; evlilik sona erse bile, mağduriyet yaşayabilecek eşin korunması gerekliliği kabul edilmiştir. Bu amaçla, Türk Medeni Kanunu'nda, evliliğin sona ermesine rağmen, eşi ve çocukları koruyan düzenlemeler mevcuttur.

Anahtar kelimeler: Evlilik, Müdahale, Yükümlülük, Koruma, Sınırlama.

Abstract: Marriage union is protected in the national and international level; such protection may be provided during the marriage; but also when the marriage ends.

In the marriage union, if there is a spouse who does not fulfill the commitments required by the marriage itself, other spouse can ask the judge to intervene that situation to urge the default spouse to fulfill the commitments. That intervention can also be in corporal meaning. Here, marriage is still going on; but there is violation of obligations. In this case, the spouse does not have an aim to give an end to the marriage.

Furthermore, even if the marriage ends, the spouse who may have an unjust treatment, must be protected. That is why, the Turkish Civil Code has some regulations, which protects the spouse and the children, even if the marriage ends.

Keywords: Marriage, Intervention, Obligation, Protection, Delimitation.

* Yrd. Doç. Dr., Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı

I. Kavram

Evlilik birliği, resmi nikâh ile başlayıp, ölüm veya yargı kararıyla evliliğin sona erdiği tarihe kadar geçen dönemi kapsayan, eşler ve varsa çocuklardan oluşan bir birlikteliği ifade eder. Ölüm, evliliği kendiliğinden sona erdirir. Bunun dışında evliliğin sona erdirilmesi, ancak yargı kararıyla mümkündür. Yargı kararı ile evliliğin sona erdirilmesi, gaiplik nedeniyle evliliğin feshi (TMK.md.131), evliliğin butlanı (TMK. md.145 vd.) veya boşanma sebepleri (TMK.md.161 vd.) ile mümkün olabilir.

Aile, Türk toplumunun temeli olduğuna göre toplumun temeli, ailenin sağlıklı olmasına bağlıdır. Ailenin sağlıklı olması ise korunması ile mümkündür. Bu koruma sadece iç hukuk kuralları ile sağlanamaz. Ailenin evrensel anlamda korunması gerekir. Gittikçe küçülen dünyamızda toplumların ve bireylerin yakın ilişkiler içine girmesi, farklı uyruktaki kişilerin evlilikleri sonucu oluşan ailelerin uluslararası alanda da korunmasını gerektirmektedir. Bunun yanında, ailenin korunması, yakın ilişki içinde olan ülkelerin bir iç sorunu olmaktan çıkmış olup, evrensel birer insan hakkı sorunu haline gelmiştir. Böylece, ailenin korunması uluslararası hukuk alanına taşınmıştır.

Bu kısa açıklamamızla, ailenin etkin bir şekilde korunmasının sadece ulusal düzeydeki düzenlemelerle mümkün olmadığını ifade etmekteyiz.

Evlilik birliğinin korunması yanında, bu birlik sona ermesine rağmen, eşlerin korunmasını gerektiren durumlarla da karşılaşılacaktır. Evlilik, ölüm veya yargı kararıyla sona erdiğinde eşlerin özellikle bu birliğin devam ettiği dönem içinde edindikleri aile konutu ve konut eşyasında, malik olmayan eşin korunması büyük bir ihtiyaç olarak ortaya çıkmaktadır. Yeni TMK'muz bu nedenle "aile konutu ve konut eşyası" ile ilgili önemli düzenlemeler getirmiştir. Bu gibi hallerde, evlilik birliğinin değil, eşlerin korunması söz konusu olmaktadır. TMK. md. 240, 254, 279 ve 652 hükümleri bu amaca hizmet etmektedirler. Buna karşılık yine aile konutu ile ilgili olmasına rağmen TMK. md.194'deki koruma, evlilik birliği devam ederken getirilmiş bir koruma olduğundan, evlilik birliğinin korunmasıyla ilgilidir.

II. Uluslararası Hukuk Alanında Korunma

Ailenin ve özellikle zayıf durumda olan kadın ile çocuğun korunması amacıyla, uluslararası alanda Türkiye'nin de taraf olduğu sözleşmeler mevcuttur.

Bu sözleşmelerin başında "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi" (CEDAV) gelmekte olup bu sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 1979'da kabul edilmiş; Türkiye bu sözleşmeye 1985 yılında dahil olmuştur.

Sözleşme; Birleşmiş Milletler Yasası, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi ve İnsan Hakları Sözleşmesi göz önünde tutulmak suretiyle, kadınların da erkekler ile eşit hak ve yetkilere sahip onlarla eşit bireyler olduğunu, ailede, ekonomi, siyaset ve çalışma gibi alanlarda kadınlara karşı ayrımcılık yapılamayacağını öngörmektedir.¹

Bu sözleşmenin 1. maddesinde :

"İşbu Sözleşme'ye göre Kadınlara karşı ayırım deyimi kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın ve kadın ile erkek eşitliğine dayalı olarak politik, ekonomik, sosyal, kültürel, medeni ve diğer alanlardaki insan hakları ve temel özgürlüklerinin tanınmasını, kullanılmasını ve bunlardan yararlanılmasını engelleyen veya ortadan kaldıran veya bunu amaçlayan ve cinsiyete bağlı olarak yapılan herhangi bir ayırım, mahrumiyet veya kısıtlama anlamına gelecektir."

Bu hükümle söz konusu sözleşmenin amacı ortaya konulmuş, kadınların toplumsal her alanda erkeklerle eşit bireyler olarak kabul edilmesi, kendilerine insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınması, kullanılması ve yararlanılmasının sağlanması, bunlara ilişkin engellerin ortadan kaldırılması ile her türlü cinsiyet ayrımcılığına son verilmesi öngörülmüştür.

Evlilik birliğinin, yani ailenin korunması amacıyla kadınlar lehine olan bu sözleşme dışında, çocukların korunması ile ilgili olarak da Birleşmiş Milletler tarafından 20.11.1989'da "Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi" kabul edilmiştir. Sözleşmeye taraf olan ülkeler, çocuklara karşı her türlü kötü muamele yapılmasının, çocukların er-

¹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 262 vd.

ken yaşıta evlendirilmeleri ve ağır işlerde çalıştırılmalarının önlenmesi, eğitim ve sağlıklarına özen gösterilmesi gibi konularda gerekli önlemleri almayı taahhüt etmişler, iç hukuklarında buna aykırı düzenlemeleri kaldırmayı kabul etmişlerdir. Türkiye, bu sözleşmeyi 09.12.1994 tarihinde kabul etmiş olup, sözleşme 27.01.1995 tarihli 22184 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu sözleşme dışında, bir de Avrupa Konseyi’nin No. R(98) 1 sayılı Ailede Arabuluculuęa ilişkin Tavsiye Kararı vardır ki bu karar aile arabuluculuğunun gelişmesi veya oluşturulmasını teşvik etmek amacıyla düzenlenmiş olup ailevi uyuşmazlıkların arabuluculuk yöntemiyle çözüm kurallarını içermektedir.²

III. Ulusal Hukuk Alanında Korunma

A) Anayasa’da Ailenin Korunması

Anayasamızın 41. maddesi ailenin korunması, eşlerin eşitliği, ailenin ve çocukların korunması ile ilgili önemli temel hükümler getirmiştir. Bu hükümlere göre:

“Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır.

Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretilmesi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar.

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

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

Anayasa bu hükümleriyle aileye ne kadar büyük önem verdiğini ortaya koymuştur.

Anayasa’nın 10. maddesi “Kanun önünde eşitlik” ile ilgili temel bir düzenleme getirmiştir. Maddenin 1. fıkrasına göre :

² Murat Samat, “Evlilik Birliğinin Korunması”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010, s.12.

“Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.”

Bu hükümde açıkça “cinsiyet” farkı yaratılması, yani kadın erkek arasında cinsiyet yönünden eşitsizliğe neden olunması yasaklanmıştır.

Bu hüküm varken, yasa koyucu Anayasamızın yukarıda sözünü ettiğimiz 41. maddesinin 1. fıkrasında değişiklik yapmıştır. Bu maddenin 1. fıkrasında, sadece “Aile, Türk toplumunun temelidir” hükmü varken, 03.10.2001 tarihli 4709 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile buna “ve eşler arasında eşitliğe dayanır.” cümlesi eklenmiştir. Böylece Anayasa’nın 10. maddesindeki “cinsiyet” yani kadın ve erkek açısından herkesin eşit olduğu hükmü, eşler arasında eşitliğin sağlanması için yeterli görülmemiştir.

Bu iki hüküm dışında bir başka gelişme daha yaşanmıştır. Anayasamızın “kanun önünde eşitlik” ilkesine ilişkin maddesine 07.05.2004 tarihinde 5170 sayılı Kanun’un 1. maddesi ile kadın ve erkeklerin eşitliğine ilişkin II. fıkra hükmü eklenmiştir. Bu II. fıkra hükmüne göre:

“Kadınlar ve erkekler eşit haklara sahiptir. Devlet, bu eşitliğin yaşama geçmesini sağlamakla yükümlüdür. Bu maksatla alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı olarak yorumlanamaz.”

Bu yeni II. fıkra hükmüyle Anayasamız, “kadın ve erkeklere” özgü eşitlik ilkesini özel olarak vurgulamış bulunmaktadır.

Böylece bu düzenlemeler ve değişikliklerle Anayasamızın 10. maddesi genel olarak “kanun önünde” eşitliği ve bu eşitliğin evli olsun ya da olmasın kadınlarla erkekler arasında eşitlik olduğunu hükme bağlamış iken 41. madde ise eşler arasındaki eşitliği hükme bağlamış bulunmaktadır.

B) Özel Yasalarla Ailenin Korunması

1) Özel Yasa İhtiyacı

Evlilik birliğinin ve özellikle kadının daha etkin bir şekilde korunması ihtiyacının ortaya çıkması, bu alanda özel yasaların çıkartılmasını zorunlu kılmıştır. Türk Medeni Kanunumuz, ailenin korunması konusunda genel düzenlemeler getirmiştir. Bu yasa, aile içi şiddet ve bunun önlenmesine ilişkin özel hükümler içermemektedir. Kadına

karşı şiddetin giderek artması, bunun kitle iletişim araçlarıyla kamuoyunun gözleri önüne getirilmesi, toplumda bu tür eylemlere karşı tepkilere ve kadınların özel yasalarla bu tür eylemlere karşı etkin bir şekilde korunması ihtiyacını ortaya çıkarmıştır.

Bu anlamda olmak üzere, 14.01.1998 tarihinde 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” yürürlüğe konulmuştur. Bu kanun ile düzenlenen tedbirler, 1. maddede düzenlendiği üzere, Medeni Kanun ile öngörülen tedbirlerden ayrı olarak veya onların yanı sıra alınmak üzere kaleme alınmış bulunmaktadır. Yani bu kanun Medeni Kanun’un ailenin korunmasını amaçlayan 161-163.madde hükümlerini yürürlükten kaldırmayı veya bunları sınırlandırmayı veya bunları somut olarak örneklendirmeyi değil, özel bir düzenleme ile alınabilecek bazı tedbirlerle bu konuda etkin bir rol almayı amaçlamıştır.³ Zaman içerisinde ortaya çıkan ihtiyaçlar karşısında eksikliklerin giderilmesi amacıyla, bu yasanın yerine 08.03.2012 tarihli 6284 sayılı “Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun” 20.03.2012 tarihli 28239 sayılı Resmi Gazete’de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Bu yasanın uygulanmasına ilişkin olarak da 18.01.2013 tarihinde “6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanuna İlişkin Uygulama Yönetmeliği” yürürlüğe konulmuştur .⁴

2) Koruyucu Özel Hükümler

Bu yasa, özellikle aile içi şiddetin önlenmesi amacıyla etkili hükümler getirmiş, bu alanda bazı tedbirlerin alınmasında “mülki idare amirlerine” yetki tanımış (md.3), hakim tarafından ise daha etkili bazı önleyici tedbirlerin karar altına alınmasını öngörmüştür. Bu anlamda olmak üzere, bu yasanın 5. maddesi şiddete maruz kalan tehdit, aşağılama veya küçük düşürmeye ilişkin söz ve davranışlara son verilmesi, şiddet uygulayanın müşterek konuttan veya bulunduğu yerden uzaklaştırılması, müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi, bu kişilerin korunan kişilerin bulundukları mekanlara (okula, konuta, işyerine) yaklaşmaması, korunan kişinin şahsına ve eşyalarına zarar

³ Kudret Güven, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki Tedbirler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Ankara 1999, s.19

⁴ 18 Ocak 2013 tarihli 28532 sayılı Resmi Gazete

vermemesi, şiddet uygulayanların silahlarını kolluk güçlerine teslim etmesi, korunması gereken kişiye mahkemece tayin edilmiş bir nafaka henüz mevcut değilse, tedbir nafakasına karar verilmesi gibi koruyucu önlemlere yer verilmiştir.

Yasa bu tedbirlerin ilk defasında en çok altı ay için verilebileceğini, ancak tehlikenin devam etmesi halinde bu tedbirlerin değiştirilmesi veya aynen devam etmesine de karar verilebileceğini kabul etmiştir (md.8/II). Keza yasada verilen bu tedbir kararlarının uygulanmasının hâkim kararı ile “teknik araç ve yöntemlerin” de kullanılarak uygulanması öngörülmüştür (md.12).

Tedbir kararının verilmesinde yetki kuralına yer verilmemiş olup 8. maddenin 1. bendinde “en çabuk ve kolay ulaşılabilecek yer hâkiminden, mülki amirden ya da kolluk biriminden” tedbir talep edilebileceği hükmüne yer verilmiştir.

6284 sayılı Yasa’da öngörülen tedbir kararlarını verme görevi, aile mahkemelerine aittir. Ancak aile mahkemelerinin vermiş olduğu tedbir kararlarının uygulanması, kolluk kuvvetlerine bırakılmıştır. Bu nedenle aile mahkemeleri tedbir kararlarını Cumhuriyet savcılığında bu işlerle görevli Cumhuriyet Savcısı kanalıyla kolluk kuvvetleri yerine getirmektedirler.

Yasada tedbir kararlarına aykırı davrananlar hakkında cezai yaptırımlara da ayrıca yer verilmiştir (md.13).

C) Türk Medeni Kanunu ile Koruma

1) Genel Olarak

TMK.’muz evlilik birliğinin korunması konusunda önce genel bir hükme yer vermiş, bunu takiben de eşlerin birlikte ya da ayrı yaşamalarına bağlı olarak korunmalarını hükme bağlamıştır.

TMK. md.195 hükmüne göre:

“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır."

Madde, evlilik birliğinin korunması konusunda genel bir düzenleme getirmiştir.⁵ Bu husus maddenin "Genel Olarak" şeklindeki kenar başlığından da anlaşılmaktadır. Bunu takip eden maddeler ise ailenin korunması ile ilgili özel düzenlemelerdir.

Maddeye göre eşlerin yükümlülüklerini yerine getirmemesi, önemli konularda uyuşmazlığa düşmeleri halinde eşlerin birlikte ya da ayrı ayrı mahkemeye başvurmaları mümkün olacaktır. Eşlerin "yükümlülüklerini yerine getirmemeleri" kavramına TMK. md.185-194'te yer alan yükümlülükler girer. Bu anlamda olmak üzere, eşlerin birliğin mutluluğunu sağlama, çocukların bakımına, eğitime ve gözetimine özen göstermeme, birlikte yaşamaktan kaçınma, sadakat ve yardım yükümlülüğüne aykırı davranma (TMK. md.185), oturacakları konutu seçme, birliği birlikte yönetme, birliğin giderlerine katılma (TMK. md.186), kadının kocasının soyadını taşımaktan kaçınması (TMK. md.187), birliği temsil görevinden kaçınması ya da engellenmesi (TMK. md.188 vd) hallerinde 195. maddenin uygulanması gündeme gelebilecektir. Bu anlamda olmak üzere, bir eşin diğeriyle ve çocuklarıyla ilgisizliği, sağlık, eğitim sorunlarına duyarsızlığı, ayrı yaşamaya başlaması, ortak konuta gelmemesi veya düzensiz gelmesi, ortak konutu seçmeye yanaşmaması, harcamalara katılmaması gibi hallerde, bu maddede öngörülen önlemlerin alınması talep edilebilir. Her yükümlülük ihlali değil, ancak koruma önlemi alınmasını gerektiren ciddi ihlaller buraya girebilir.⁶ Eşler arasındaki düşünce farklılıkları eşlerin eşitliği ilkelerine uygun olarak çözüme kavuşturulmalıdır.

Evlilik birliğinin korunması amacıyla hâkimin müdahalesi, talep koşuluna bağlanmıştır. Maddede açık bir biçimde "eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler" hükmüne yer verilmiştir. Bunun sonucu olarak evlilik birliğinin korunması hâkimin kendiliğinden görevi gereği (von Amtes wegen) ya da üçüncü kişilerin ihbarı

⁵ Bilge Öztan, Aile Hukuku, B.5, Ankara 2004, s. 216.

⁶ Heinrich Honsell- Nedim Peter Vogt- Thomas Geiser, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht- Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 3.Auflage, Basel, Genf, München 2006, Art.172, Nr.5

üzerine harekete geçmesi söz konusu olmayacaktır ⁷. Hâkimin müdahalede bulunması eşlerden birinin ayrı ayrı veya birlikte başvuruda bulunması koşuluna bağlanmıştır.

Eşlerden birinin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesi; ortak konuta gelmemesi, aile halinde yaşamayı ret etmesi, gelişigüzel zamanlarda ortak konuta gelmesi, eşile ve çocuklarıyla, özellikle bunların sağlığı ve çocukların eğitimleriyle ilgilenmemesi, bakım yükümlülüğünü yerine getirmemesi gibi haller olabilir.

Eşlerin evlilik birliğine ilişkin önemli konuda uyuşmazlığa düşmeleri; ortak konutun seçimi, çocukların nasıl, nerede ve nasıl eğitim almaları gerektiği, eşlerin meslek seçimi ve yürütmesi, konutun değiştirilmesi, yeni yerleşim ya da oturma yeri edinilmesi gibi konuları kapsayabilir. Bu durumda eşler ayrı ayrı ya da birlikte hâkimin müdahalesini talep edebilirler. Hâkim bu durumda eşlere yükümlülüklerinin ne olduğunu hatırlatabilir, belli konularda uyarılarda bulunur ⁸ ve eşleri uzlaştırmaya çalışır ⁹. TMK.md.195 f. II bu önlemler dışında hakime eşlerin rızası koşuluna bağlı olarak uzman kişilerin yardımından yararlanmaya karar verebileceğini de hükme bağlamıştır

Maddenin II. fıkrası, evlilik birliğinin korunmasının talep edildiği hallerde, hâkimin ne gibi önlemler alacağını hükme bağlamaktadır. Buna göre hakim, eşleri uyarma, bir konuda uyuşmazlık varsa onları uzlaştırma ve eşlerin birlikte rızası ile uzman bir kişiden destek alma gibi kararlar alabilecektir. Eşler sadece uyarma veya uzlaştırma talep etmişlerse hâkim, diğer koruma önlemlerine karar veremeyecektir.¹⁰ Eşler için uyarma ve uzlaştırma önlemlerinin alınması eşlerin rızası koşuluna bağlanmadığı halde, uzman kişilerden yardım istenmesi eşlerin rızası koşuluna bağlanmıştır. Yardımına başvurulacak uzman kişi doktor, psikolog, sosyal hizmet uzmanı, uyuşturucu alanında uzman veya eğitmen olabilir.¹¹

⁷ Honsell-Vogt-Geiser, Art. 172, Nr.4; Ömer Uğur Gençcan, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, 2. Cilt, Ankara 2015, s. 1155.

⁸ Yargıtay 2 HD. 01.12.2003, 15232/16106, Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s. 1149.

⁹ Yargıtay 2 HD 10.07.2013, E.2013/13421,K.2013/19657; Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1149.

¹⁰ Honsell-Vogt-Geiser, Art.172 , Nr.4.

¹¹ Honsell-Vogt-Geiser, Art. 172, Nr.10-11.

Maddenin III. fıkrası uyarınca bu genel önlemler dışında, eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen diğer önlemler de alınabilecektir. Ancak maddenin II. fıkrası dışında kalan önlemlere karar verilmesi, eşin talep etmesi koşuluna bağlanmıştır. Buraya kuşkusuz bu maddeyi takip eden 196-199'da öngörülmüş olan özel önlemler girebilir. Bir eşin evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemesinin yaptırımını, diğerinin boşanma davası açma hakkına sahip olmasını ifade etmez.

Evlilik birliği devam ederken de yasada öngörülen önlemlerin alınması talep edilebilir. Bu nitelikteki özel önlem, TMK. md.196'da hükme bağlanmıştır. Bunun dışında, hâkimin sözü edilen III. fıkra gereğince TMK. md.169'da öngörülmüş olan özel önlemleri de alması mümkündür.

Maddenin IV. fıkrası, hâkime gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri de alma yetkisini vermiştir. Kanunda öngörülen önlemler, bunu takip eden maddelerde yer alan önlemler olabileceği gibi diğer önlemler de olabilir.

Bu açıklamalarımıza göre, TMK. md.195 hükmü, evlilik birliğinin korunmasında eşler arasında boşanma veya ayrılık davası açılması koşulunu aramamıştır. Eşler arasında boşanma veya ayrılık davası açılmışsa alınabilecek koruma önlemleri, TMK. md.169'da hükme bağlanmıştır. Buna göre; TMK. md.195, kenar başlığından da anlaşıldığı üzere, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin genel düzenleme getirmiştir. TMK. md.195'i takip eden TMK. md.196 ve 197'de ise yine boşanma veya ayrılık davası açılması koşuluna yer vermeden birliğin korunmasında iki ihtimali göz önünde tutarak, bu ihtimallere göre özel koruma önlemlerine yer verilmiştir. Bunlar eşlerin birlikte yaşamaya devam etmesi ya da eşlerin ayrı yaşamaya başlamış olmasıdır.¹²

2) Eşler Birlikte Yaşarken Evlilik Birliğinin Korunması

TMK. md.196 hükmüne göre:

“Eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı belirler.

¹² Kılıçoğlu, Aile, s. 265.

Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate alınır.

Bu katkılar, geçmiş bir yıl ve gelecek yıllar için istenebilir.”

Maddenin kenar başlığından da anlaşılacağı üzere, buradaki korumaya önlemi “eşlerin birlikte yaşamaları” halinde gündeme gelecektir. Bunun sonucu olarak, eşler birlikte yaşamaya son vermişlerse, bu madde değil, bir sonraki 197. madde ve boşanma ile ilgili olarak da md.169 hükümleri uygulama bulacaktır.

Burada, eşlerin birlikte yaşarken ailenin geçimine katkı yükümlülüğünü ihlal etmesinden kaynaklanan bir önlem söz konusudur. Bir başka ifadeyle burada eşlerin birlikte yaşarken evlilik birliğinin gerektirdiği parasal yükümlülük (Geldleistungspflicht) konusunda eşler arasında ortaya çıkan anlaşmazlığın giderilmesine ilişkin olarak ailenin korunması söz konusudur.¹³ Bir eşin evin geçimi için gerekli giderlere katılmaması halinde başvuru üzerine mahkemenin “ailenin geçimi için her birinin yapacağı parasal katkıyı” belirlemesi kabul edilmiştir. Burada, eşler ailenin geçimine katkıları konusunda uyuşmazlığa düşmektedirler. Bu uyuşmazlık üzerine hâkime başvurulmaktadır. Hâkimin belirleyeceği parasal katkı, nafaka olup bu nafakanın türü ise bakım nafakasıdır.

Ailenin geçimine katkı, kural olarak para ile olacaktır. Bu nedenle, maddenin I. fıkrası katkı konusunda önceliği parasal katkıya vermiştir.

Maddenin II. fıkrası, parasal katkının belirlenmesinde göz önünde tutulması gereken önemli ölçüler getirmiştir. Buna göre, ailenin geçimine katkı para dışında katkıları da kapsar. Bu nedenle maddede bu katkının belirlenmesinde emeğini ortaya koyan eşin bu emeğinin de göz önünde tutulması kabul edilmiştir. Buna göre, “Eşin ev işlerini görmesi, çocuklara bakması, diğer eşin işinde karşılıksız çalışması, katkı miktarının belirlenmesinde dikkate” alınacaktır.

Yasa, bu düzenlemesi ile katkıyı ikiye ayırmıştır. Bunlar “parasal katkı” ve “emek ile katkı” şeklindedir. Bu düzenleme, özellikle kadınların aileye harcadığı emeklerinin değerlendirilmesi amaçlanmıştır. Emek ile katkı genellikle geliri ve parası olmayan eş için söz konusu

¹³ Honsell-Vogt-Geiser, Art. 173, Nr.1.

olur. Ancak bu zorunlu değildir. Geliri ve parası olduğu halde, ailenin geçimine emeğini katan eşin bu katkısı da, diğerinin parasal katkısı yanında değerlendirilecektir.

Bilindiği üzere, eski Medeni Kanunumuzun 152. maddesinde evi geçindirme yükümlülüğü kocaya ait idi. Yeni 4721 sayılı TMK'muz kadın erkek eşitliği, yani eşlerin eşitliği temeline oturduğundan, bu hükmü yürürlükten kaldırmıştır. Yeni 186. maddenin II. fıkrasına göre *"Eşler, birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar."* Evlilik birliğinin giderlerine, eşlerin güçleri oranında katılmaları, hem eşitlik ilkesine, hem de evlilik birliğinin hayat ortaklığı oluşturmaya uygun bir yaklaşımdır. Eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine eşit ölçüde katılması, evlilik birliğinin mantığına aykırı olabilirdi. Bu nedenle, eşlerin, evlilik birliğinin giderlerine eşit değil; güçleri oranında katılmaları gerekliliği düzenlenmiştir.¹⁴

TMK. md.196 f. II hükmü, sözünü ettiğimiz 186. maddenin II. fıkrasını tamamlamakta ve her iki maddede de, birliğin giderleri konusunda eşlerin sadece parasal yani maddi katkıda bulunmaları değil, bunların birliğe harcadıkları emeğin de hesaba katılması kabul edilmiştir.

Bunun sonucu olarak, bir eş diğerine karşı nafaka davası açtığında, davalı eşin eve harcadığı emek nazara alınacaktır.¹⁵ Örneğin; koca evi geçindirmediği için dava edildiğinde, kadının da gelir sahibi olduğunu iddia edebilir. Bu durumda kadın eve ve çocuklara baktığını ileri sürerek, eve katkısının emek olduğunu, bu nedenle parasal katkı yükümlülüğünün davalı kocaya ait olduğunu savunabilecektir.

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TMK. md.196 "ailenin geçimi için parasal katkıyı" eşlerin birlikte yaşaması koşuluna bağlamıştır. Bunun sonucu olarak, bu madde gereğince, parasal katkı talebi ancak eşlerin birlikte yaşaması halinde mümkündür.¹⁶ Birlikte yaşamaya ara veril-

¹⁴ Serhan Ayan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Mart 2004, s.54

¹⁵ Yargıtay 2 HD.13.07.2010,19174/14156 Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1156

¹⁶ Mustafa Dural- Tufan Ögüz- Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku C. (Aile Hukuku), Bası 10, Şubat 2015 sh. 178.; Yargıtay 2 HDH. 06.06.2005,E.2005/6059 ,K.2005/8690 (Davalı alkol almakta, birlik görevlerini yerine getirmemektedir. Davacının talep ettiği tedbir nafakası açıklattırılıp uygun nafakaya karar verilmiştir); 2 HD. 17.09.2009, E.2009/10019,K.2009/14058 (Eşler birlikte yaşarken de

mesi halinde, parasal katkı bir sonraki 197. madde hükmüne dayana-
caktır.

TMK. md.196'nın son fıkrası, önemli bir ekonomik gerçeğin ürünü-
dür. Ailenin geçimine katkı talep eden eş, genellikle ekonomik açıdan
güçsüz olan eştir. Bu konumdaki bir eşin açtığı nafaka davası, yargı-
lama sistemimizdeki sorunlar nedeniyle çoğu kez çok uzun sürmekte,
bir dava bitmeden, hükmedilen nafakanın enflasyon nedeniyle ihti-
yaçları karşılayamayacak düzeye düşmesi nedeniyle bir sonraki dava
açılmak zorunda kalınmakta idi. Bu ise zaten paraya muhtaç, yoksul
ve gelir sahibi olmayan eşin davalar nedeniyle masraf ve zaman kay-
bına yol açmakta, mağduriyetine sebep olmakta idi.

Yasanın bu düzenlemesi ile nafaka alacaklısının talebi üzerine,
müteakip dönemler için davaların açılması yerine, kararda müteakip
yıllardaki nafaka miktarının artışının da hükme bağlanması kabul
edilmiştir. Bunun sonucu olarak, hâkim nafakaya geçmiş bir ve gele-
cek yıllar için hükmedecektir. Gelecek yıllar için hükmedilecek nafa-
ka, nafaka miktarına değil, gelecek yıllarda nafaka miktarının artırım
(zam) oranına ilişkin olacaktır.

3) Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi Halinde Evlilik Birliğinin Korunması

TMK. md.197, bir önceki maddeden farklı olarak, evlilik birliğinin
korunmasını, eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri hali için düzen-
lemiştir.

Bu maddeye göre:

“Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği
veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşa-
ma hakkına sahiptir.

Birlikte yaşamaya ara verilmesi haklı bir sebebe dayanıyorsa
hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine birinin diğerine yapacağı para-
sal katkıya, konut ve ev eşyasından yararlanmaya ve eşlerin malları-
nın yönetimine ilişkin önlemleri alır.

ailenin geçimi için birinin yapacağı katkının belirlenmesini isteyebilirler).

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".¹⁷

Bu madde hükmünü, TMK. md.169 hükmü ile karıştırmamak gerekir.

TMK. md.169 hükmü, aşağıda ele alacağımız gibi, boşanma veya ayrılık davası açılması halinde ailenin korunmasına ilişkin önlemleri hükme bağlamış bulunmaktadır. TMK. md.197 ise 169'dan farklı olarak koruma önlemlerinin alınmasında boşanma veya ayrılık davasının açılması koşuluna yer vermemiştir. Ortada bir boşanma veya ayrılık davası olmadığı halde, eşlerin kişiliği, ekonomik güvenliği, ailenin huzuru tehlikeye düştüğünde, ortada bir dava olmadan eşlerin ayrı yaşamaya başlamaları nedeniyle ailenin korunması, TMK. md.197 hükmüne dayanacaktır.

a) Maddenin 1. fıkrası, bir boşanma veya ayrılık davası olmadığı halde, eşlerin ayrı yaşama hakkını düzenlemektedir. Bu hükme göre; eşlerden biri, ortak yaşam sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece, ayrı yaşama hakkına sahiptir.

Madde, bu düzenlemesiyle eşlerin, mahkemece verilmiş bir ayrı-

¹⁷ Bu madde İMK.nda farklı düzenlenmiştir. İMK.173 (TMK.md.196) 2.Birlikte yaşarken a."Parasal yükümlülük"; 174 b."Temsil Yetkisinin Alınması" (TMK.nda böyle bir düzenleme yoktur); 175 3.Ortak Yaşama Son Verilmesi a.Sebepler (TMK. md.197 f.I) ;176 b.Ayrı yaşamamanın düzenlenmesi (TMK.md.197 f.II,III,IV) şeklindedir. Buna göre bizim TMK.md.197 hükmü İMK.nda 175. Maddede ortak yaşama son verilmesinin sebepleri; İMK.md.176'da ise ortak yaşama son verilmesi halinde eşlerin ayrı yaşamalarının düzenlenmesi kenar başlığı altında hükme bağlanmıştır. İMK.md.176'da eşlerin ayrı yaşamalarının düzenlenmesi ile ilgili olarak 1. fıkrasında eşlerden birinin talebi üzerine 1. bentte bir eşin diğerine ödeyeceği nafakayı; 2. bendinde aile konutu ve konut eşyasının kullanılmasını; 3. bendinde ise koşullar gerektirdiğinde mal ayrılığına geçiş kararı verilmesini öngörmüştür. Maddenin 2. fıkrasında bir eşin birlikte yaşamamanın özellikle diğerinin sebepsiz yere ret etmesi nedeniyle imkânsız olduğu durumlarda böyle bir talepte bulunabileceği hükme bağlanmıştır. Maddenin 3. fıkrasında ise eşlerin ergin olmayan çocuklarının mevcudiyeti halinde, mahkemenin çocuklarla ilişkilerin sonuçlarına ilişkin hükümlere göre zorunlu önlemleri alması gerektiği düzenlenmiştir.

lık kararı olmaksızın kendiliğinden ayrı yaşama hakkını düzenlemektedir. Ayrı yaşama hakkı üç halde öngörülmüştür.

Bunlardan birincisi “eşin ortak yaşam sebebiyle kişiliği” nin tehlikeye düşmesidir. Burada sözü edilen “kişilik” ten maksat, eşin kişilik hakkıdır. Bir başka ifadeyle eşin TMK.md.24-25 (İMK.28) anlamında kişilik hakkını oluşturan kişisel değerler buraya girer.¹⁸ Buna göre ortak yaşam nedeniyle eşin vücut bütünlüğü, sağlığı, şeref ve haysiyeti, özel yaşamı, özgürlükleri gibi değerleri tehlikeye düştüğü takdirde, ayrı yaşama hakkı söz konusu olacaktır. Bu anlamda olmak üzere kocanın kadını dövmesi,¹⁹ kocanın bir başka kadınla yaşaması,²⁰ bir eşin diğerine hakaret etmesi²¹ bunlara örnek gösterilebilir.

Ayrı yaşama hakkının tanındığı ikinci hal, “eşin ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşmesi”dir. Bu anlamda olmak üzere, eşin malvarlığına zarar verilmesi veya zarar tehlikesinin söz konusu olması, malvarlıklarını değerlendirmesinin önlenmesi gibi haller, ayrı yaşama hakkına yol açar.

Ayrı yaşama hakkının tanındığı üçüncü hal ise, “ailenin huzurunun ciddi biçimde tehlikeye düşmesi”dir. Bu anlamda olmak üzere, birlikte yaşarken eşin ve varsa çocukların huzurunu, mutluluğunu, ruh sağlığını, manevi değerlerini tehlikeye düşürecek olayların cereyanı, ayrı yaşama hakkına yol açar. Özellikle çocukların anne ve babaları ile birlikte yaşamaları çocukların huzur ve geleceklerini olumsuz etkilemekte ise bu hükmün uygulanması gündeme gelecektir.²²

b) Maddenin II ve III. fıkraları, birlikte yaşamaya ara verilmesi, yani ayrı yaşama hakkının söz konusu olduğu hallerde, bunun haklı veya haklı olmayan sebebe dayanması bakımından bir ayırım yapmış; fakat bu ayırımın sonuçları bakımından bir ayırıma yer vermemiştir.

¹⁸ Honsell-Vogt-Geiser, Art.175. Nr.5

¹⁹ Yargıtay 2 HD. 14.11.2006, 8430/15591 Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, sh. 1160; Yargıtay 2.HD. 15.05.2013,E.2013/1159,K.2013/13867; Yargıtay 3 HD. 27.05.2014 E.2014/1018,K.2014/8302; Ali İhsan Özüğür, Gerekeçli Açıklamalı İçtihatlı Nafaka Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2015, s. 80-82.

²⁰ Yargıtay 2.HD. 09.06.2008,9876/8236 Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1160 ;Yargıtay 3.HD. 12.01.2015, E.2014/13471,K. 2015/283 Özüğür, s.66-67.; Yargıtay 3 HD.25.02.2014, E.2013/18323, K.2014/2819; Özüğür, s. 89-90.

²¹ Yargıtay 3. HD. 20.06.2013,E. 2013/8579,K.2013/10707 Özüğür, s. 125-126.

²² Honsell-Vogt-Geiser, Art. 175, Nr.7

Ayrı yaşama hakkı haklı sebebe dayandığında, maddenin II. fıkrası eşlerden birinin istemi üzerine, birinin diğerine yapacağı parasal katkıya, konut ve konut eşyasından yararlanmaya ve eşlerin mallarının yönetimine ilişkin hakimin gerekli önlemleri almasını öngörmektedir. Eşlerden birinin ayrı yaşama hakkının haklı sebebe dayandığı hallerde evlilik birliğinin korunmasında önemli sorunlar maddede hükme bağlanmıştır. Bu sorunlar bir eşin diğerine yapacağı parasal katkı, konut ve konut eşyasından kimin yararlanacağı, eşlerin mallarının yönetimi ve TMK.md.197 f.IV de eşlerin ergin olmayan müşterek çocuklarıyla ilişkilerine ilişkin olacaktır. Ayrı yaşama hakkının doğduğu hallerde en başta gündeme gelecek olan husus bu dört sorunun çözümüdür.

Maddede sözü edilen parasal katkı ayrı diğerine yapacağı parasal katkı yani nafaka istemidir. Kimin diğerine parasal katkıda bulunacağı yani nafaka ödeyeceği, ayrı yaşama hakkına sahip olan veya olmayan eş açısından bir düzenlemeye tabi tutulmamıştır. Bazen ayrı yaşama hakkına sahip olan eş de diğerine nafaka ödemek zorunda kalabilir. Haklı sebeple ortak konutu terk eden eş bu madde gereğince mahkemeden kendisine nafaka ödenmesini talep edebilir ²³

Maddenin III. fıkrası ise bir eşin haklı sebep olmaksızın birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hale gelmesi halinde II. fıkradaki önlemlerin alınmasını düzenlemektedir. Burada bir eşin haklı bir sebep olmaksızın birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmemesi söz konusudur. Bu durumda bu yükümlülüğü yerine getirmeyen eş aleyhine de terk edilen eşin maddenin II. fıkrasındaki koruma önlemlerini talep edebileceği kabul edilmiştir. O halde birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmeyen eş değil, bu yükümlülüğü yerine getiren ve getirmeye hazır olan yani terk edilen eş söz konusu koruma önlemlerini talep edebilecektir. Birlikte yaşama yükümlülüğünü yerine getirmekten kaçınan yani haklı sebep olmaksızın ortak konutu terk eden eş, haksız olduğundan, nafaka talebinde yani terk edilen eş tarafından parasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi isteminde bulunamaz. ²⁴

²³ Yargıtay 2.HD 15.02.2002, 1305/2020; Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s. 1148; Yargıtay 3 HD. 22.06.2004, 6986/6951; Yargıtay 2. HD.22.11.2005, 13308-16082; Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1163

²⁴ Yargıtay 3. HD. 20.11.2014, E.2014/9337,K. 2014/15385; Özügür, s. 70-71.

Maddenin IV. fıkrası, ister haklı ister haksız sebebe dayansın, er-
gin olmayan çocuklarla ilgili olarak alınacak önlemleri hükme bağ-
lamıştır. Buna göre, hâkim bu gibi hallerde ergin olmayan çocuklar
varsa, bunlar hakkında ana ve baba ile çocuklar arasındaki ilişkile-
re ilişkin hükümlere göre, gereken önlemleri alacaktır. Bu önlemleri
öngören hükümler arasında boşanma veya ayrılık halinde çocuklarla
ilgili verilecek kararlara ilişkin TMK. md.182 hükmü ve velayetin eş-
lerden hangisine verileceğine ilişkin TMK.md.336/II hükmü yer alır.
Buna göre, eşler birlikte yaşamaya ara verdiklerinde hakim TMK.
md.336/II gereğince çocuğun velayetinin ana veya babadan hangisine
verileceği, velayet kendisine verilmeyen tarafın çocuk için ödeyeceği
iştirak nafakası ve çocuklarla kişisel ilişkileri karara bağlayacaktır.²⁵

4) Boşanma veya Ayrılık Davası Açıldığı Hallerde Ailenin Korunması

TMK.muz “Birliğin Korunması” kenar başlığı altında, yukarıda
ifade ettiğimiz gibi, 195. maddesinde bu konuda genel bir hüküm, 196.
maddesinde eşlerin birlikte yaşantısının devam ettiği durumlarda
özel hüküm, 197. maddesinde eşlerin birlikte yaşamaya ara vermeleri
halinde özel hüküm getirmiştir.

Bu hükümlerde, eşler arasında boşanma veya ayrılık davasının
açılması aşamasında evlilik birliğinin korunmasına yer verilmemiştir.
Bu koruma boşanma ile ilgili hükümler arasında 169. maddede “Geçici
önlemler” kenar başlığı altında yer almıştır.

TMK. md.169 hükmü de, evlilik birliğinin korunmasıyla ilgilidir.
Burada 196-197. maddelerden farklı olarak, evlilik birliği devam eder-
ken değil, eşlerden birinin boşanma veya ayrılık davası açarak evlilik
birliğine son vermek istemesi halinde, yargılama süresince evlilik bir-
liğinin korunması söz konusudur. Öte yandan TMK. md.169 ile 195-
198’de düzenlenmiş olan ailenin korunmasına ilişkin hükümler ara-
sındaki diğer önemli bir fark da, maddelerde öngörülen önlemlerin
talep üzerine mi, yoksa re’sen mi karara bağlanacağı konusudur.

²⁵ Kılıçoğlu, Aile, s. 267.; Yargıtay 2.HD. 10.06.2010,7099/11554 Gençcan, 4721 S.
TMK Yorumu, s.1165.; Yargıtay 2 HD. 18.02.2014, E.2013/16822, K. 2014/162; Yar-
gıtay 3 HD. 20.03.2014,E.2013/19768,K. 2014/4372; Özüğür, s. 84-85; Yargıtay 3
HD. 13.01.2014, E.2013/15651,K.2014/124; Özüğür, s.103-104.

TMK. md.169'deki geçici önlemler talep koşuluna bağlanmamıştır. Maddede hakim bu önlemleri "re'sen alacağı" hükme bağlanmış iken TMK.md.195-198'de önlemler eşlerin talep etmesi koşuluna bağlanmıştır.

Bir boşanma veya ayrılık davası açıldığında, eşlerin ve çocukların barınmasına ilişkin olarak, ailenin korunması daha büyük önem taşımaktadır. Zira boşanma veya ayrılık davası ile birlikte, eşler yersiz bir husumet içine girmekte, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeme konusunda duygusal davranışlar sergileyebilmektedir. Boşanma veya ayrılık davası nedeniyle evlilik birliğine son verilip verilmeyeceği belli değildir. Bu belirsizlik döneminde TMK. md.169, hakime geçici önlemler alması yetkisi vermiştir. Buna göre "Birliğin korunması" başlığı altında yer alan TMK. md.195-201 hükümleri kalıcı koruma hükümlerini oluşturduğu halde, 169. maddede öngörülen koruma hükümleri, kenar başlıktan da anlaşıldığı üzere "geçici önlemler", yani boşanma veya ayrılık davası bitinceye kadar alınan koruma önlemleridir. Nitekim maddede de, bu nedenle "davanın devamı süresince gerekli olan önlemler"den söz edilmiştir.

TMK. md.169 hükmü, ailenin dava süresince korunması konusunda alınacak önlemleri sınırlandırmamıştır. Zira maddede "özellikle" sözcüğü kullanılmak suretiyle, bunların örnek niteliğinde olduğu vurgulanmak istenmiştir.

Maddede örnek niteliğinde sayılan alınması gereken önlemler "eşlerin barınması, geçimi, mallarının yönetimi ve çocukların bakım ve korunması" şeklinde ifade edilmiştir.

a) Eşlerin barınması konut ihtiyacını ifade eder. Buraya eşlerden hangisinin ve varsa çocukların nerede barınacağına ilişkin önlem söz konusudur. Barınma, eşlerin yaşantılarında en önemli ihtiyaçların başında gelir. Buna göre, bir boşanma veya ayrılık davası açıldığında mahkeme, talep olmasa bile re'sen önce ortak konutta hangi eşin oturacağına karar verecektir. Konutta oturmasına karar verilen eş çocukların velayeti de önlem olarak verilecek olursa, çocuklar da bu konutta barınacaktır.

Ailenin korunmasına ilişkin özel bir kanun olan 6284 sayılı

Kanun'un 5. maddesinin b bendinde, ortak konutun eşlerden birine özgülenmesine ilişkin hüküm vardır. Bu maddeye göre, hâkim tedbir niteliğinde olmak üzere, "Müşterek konuttan veya bulunduğu yerden derhâl uzaklaştırılması ve müşterek konutun korunan kişiye tahsis edilmesi"ne karar verebilecektir. Ancak, bu madde, aile içi şiddetin söz konusu hallerde uygulama bulacaktır. Halbuki TMK. md.169 hükmü, aile içi şiddet koşuluna bağlı tutulmamıştır. Öte yandan 6284 Sayılı Yasa'nın bu hükmünün uygulanabilmesi için, eşler arasında bir boşanma veya ayrılık davasının açılmış olması koşuluna yer verilmemiştir. Halbuki TMK. md.169 hükmü, eşler arasında boşanma veya ayrılık davasının açılmış olduğu hallerde uygulama bulabilir.

b) Eşlerin geçimine ilişkin önlem, nafakayı ifade eder. Burada söz konusu olan nafaka, tedbir nafakasıdır. Boşanma veya ayrılık davası kesinleşinceye kadar uygulanır.

c) Eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlem, eşlerin müşterek mülkiyetinde olan malların söz konusu olduğu hallerde, bunun kim tarafından yönetileceğini ifade eder. Yönetimin eşlerden birine verilmesinin mümkün olmadığı hallerde, bir yönetim kayyımı (TMK. md.460) atanabilecektir.

Madde dikkatle incelendiğinde görüleceği üzere, "eşlerin mallarının yönetimine" ilişkin önlemden söz edildiği görülecektir. Buna göre, burada eşler arasındaki mal rejiminin tasfiyesi ya da yasal mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi gibi bir karar verilmeyecektir. Bunlar, mal rejimine ilişkin hükümlere tabidir (TMK. md.206; 218 vd.).

d) Çocukların bakım ve korunması önlemi, tedbir niteliğinde olmak üzere, velayetin kime verileceğini ifade eder. Hâkim, çocukların yararlarını ön planda tutarak, velayeti eşlerden birine verir. Diğer eşin talebi olursa, onun çocuklarla kişisel ilişkisi de bir önlem olarak düzenlenir.

İşte bunu düşünen yasa koyucu, boşanma veya ayrılık davası açıldığında TMK. md.169'da ailenin korunmasına ilişkin hükümlere yer vermiştir. Bu koruma önlemleri, eşlerin ve çocukların geçinmesi, barınması, velayetin hangi eşe ait olacağı, eşlerin mal rejimlerine ilişkin olacaktır.

5) Borçlulara Ait Önlemler

TMK. md.198 hükmüne göre:

“Eşlerden biri, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmezse, hakim onun borçlularına, ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarını emredebilir.”

Madde, evlilik birliğinin korunması amacıyla, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü ile ilgili olarak bir koruma getirmiştir. Buna göre, birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirmeyen eşin borçlusu olan üçüncü kişiye, bu borcu diğer eşe ödemesi emredilecektir.²⁶

Örneğin; A isimli kocanın kirada olan dairesinde kiracı B, aylık 1.000 TL kira ödemektedir. A, eşi E ve çocuklarına bakım yükümlülüğünü yerine getirmediği takdirde, E bu maddeye dayanarak hâkimden, “B’nin kira bedellerinin tamamen veya kısmen kendisine ödenmesine karar verilmesini” isteyebilir. A’nın tek gelir kaynağı bu kira ise bu durumda hâkim, bunun bir kısmının E’ye ödenmesine karar verecektir.²⁷

Yargıtay kararlarında davalı eşin nafaka borcunu karşılayacak malvarlığının bulunması halinde, TMK. md.198’de yer alan evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemin alınmasına gerek olmadığı kabul edilmektedir.²⁸

TMK. md.198 hükmü, alacağın mahkeme kararıyla bir başkasına devrini öngörmüştür. Alacağın devrini düzenleyen TBK 185. maddesi “Alacağın devri kanun veya mahkeme kararı gereğince gerçekleşmişse...” ifadesi ile, alacağın mahkeme kararıyla da devredilebileceğini düzenlemiş olup, TMK. md.198 alacağın mahkeme kararıyla devrinin bir örneğidir.²⁹

²⁶ Öztan, s. 224.

²⁷ Kılıçoğlu, Aile, s.268.

²⁸ Yargıtay 3 HD.18.10.2007, 2007/14193 E., 2007/14996 K. (Yayımlanmamıştır)

²⁹ Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.18, Ankara 2014, s. 797; Dural- Ögüz-Gümüş’e göre, “borçluya verilen talimat ne alacak ne alacak hakkının yargısal temlik ne de bir yenileme anlamına gelir. Sadece var olan alacak üzerinde alacaklının tasarruf yetkisi ortadan kalkar.” (s. 274)

6) Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması (Mahkeme Kararıyla Diğer Eşin Rızasına Bağlanan Hukuksal İşlemlerde) (TMK. md.199; İMK. md.178)

TMK. md.199 hükmüne göre:

“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 alır.

Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re’sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.”

a) Eşlerin Hukuksal İşlem Özgürlüğünün Yargı Kararıyla Sınırlandırılması

TMK. md.199, eski Türk Kanun-u Medenisi’nde olmayan yeni bir düzenleme getirmiştir.

Yeni TMK.’muz kadın erkek eşitliği ilkesinin bir sonucu olarak, eşlerin hukuksal işlemleriyle ilgili olarak 193. maddesinde temel bir kural koymuştur.

Madde *“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.”* hükmünü getirmiştir.

Madde incelendiğinde, bu konuda getirdiği kuralın mutlak bir kural olmadığı görülmektedir. Zira madde *“kanunda aksine hüküm bulunmadıkça”* istisnasına yer vermiştir. Eşler birbirleriyle ve üçüncü kişilerle, kural olarak, diğer eşin veya başka bir kimsenin onayına gerek kalmaksızın her türlü hukuki işlemi yapabilirler. Bu kuralın tek istisnası *“kanunda aksine hüküm bulunması”* halidir.³⁰ Buna göre, kanunla eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünü sınırlandırılmış olması mümkündür.

TMK. md.199, kanunla eşlerin hukuksal işlem özgürlüğüne getiril-

³⁰ Alparlan Akartepe, “Evlilik Birliğinde Eşlerden Birinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009, s.169.

miş bir istisnadır. Ancak bu madde, özgürlüğün kısıtlanmasını yargı kararına bırakmıştır.

Bu hüküm dışında, kanunla eşlerin hukuksal işlem özgürlüğüne getirilmiş olan sınırlamalar mevcuttur.

Bu açıklamalarımızdan hareketle, eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünü iki grupta toplamamız mümkündür.

Bunlardan birinci kanundan doğan sınırlamalar; ikincisi ise yargı kararından doğan sınırlamalardır.

Birinci gruba giren sınırlamaları, çalışmamızın en sonunda, aşağıda inceleyeceğiz.

Burada önce “Birliğin Korunması” başlığı altında düzenlenmiş olan açıklamalarımız kapsamında yer alan TMK. md.199 hükmünü ele alacağız.

b) Hükümün Amacı : Yargı Kararıyla Tasarruf Yetkisinin Diğer Eşin Rızasına Bağlanması

Aile yaşamında eşlerin malvarlıkları üzerinde gelişigüzel tasarruflar, ailenin ekonomik geleceğini etkileyecektir. Bu durum, eşlerin ve varsa çocukların barınma, geçinme, eğitim, sağlık hizmetlerinden yararlanmalarını olumsuz yönde etkileyecek davranışlara karşı önlem alınmasını gerektirir. TMK. md.199 hükmü bu amaçla getirilmiştir.

Öte yandan, eşlerin malvarlıkları üzerinde gelişigüzel tasarrufları bazen diğerine ve çocuklara karşı olan evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerden kaçınma amacına yönelik olabilir. Bu durum, diğer eş ve çocuklar için çok daha büyük önem taşımaktadır. Zira bu tür tasarruflara karşı çıkılmaz ve hukuken korunmaları sağlanmazsa, tasarrufta bulunan eşten mali yükümlülüğünü yerine getirmesini istemek mümkün olmayacaktır.

İşte bu nedenlerle TMK. md.199 hükmü, “ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesinin” güvencesini teşkil etmektedir. Malik olan bir eş, malvarlıklarını “ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokacak şekilde ya da diğer eşe veya çocuklara karşı mali yükümlülüğünü ye-

rine getirmemek için" tasarruflarda bulunursa, başvuru üzerine onun tasarruf yetkisi, diğer eşin rızasına bağlanabilecektir. Örneğin; mal-varlıklarını gelişigüzel şekilde elden çıkaran ya da boşanmayı planladığı için diğer eşe karşı nafaka, tazminat, mal rejimlerinden doğan borçlardan kurtulmak isteyen eşin bunlar üzerindeki tasarruf yetkisi, diğer eşin rızasına bağlanabilir.³¹

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TMK. md.193'da getirilen temel hüküm karşısında, evlenme kuralı olarak eşlerin hukuksal işlemler yapabilme özgürlüğünün kısıtlanması sonucunu doğurmaz. Ancak, ister karı ister koca için yasa ailenin huzuru ve mutluluğu için bu özgürlüğe sınırlandırmalar getirmiştir. Bir başka ifadeyle, eşlerin bazı koşullar altında hukuksal işlem ehliyeti sınırlandırılmıştır. Yalnız bu sınırlandırma eşlerden birisi için değil, her ikisi için öngörülmüştür. Buna ilişkin hükümlerin hiçbiri "karı veya koca" ifadelerini kullanmamış, tam aksine eşitliğe sadık kalarak "eş veya eşlerden biri" ifadelerine yer vermiştir.

TMK. md.199 (İMK. md.178) hükmü de, eşlerin hukuksal işlem özgürlük ve ehliyeti ile ilgili genel kuralı koyan 193. maddedeki "Kanunda aksinin" öngörüldüğü hallerden bir başkasını oluşturmaktadır.

Maddenin birinci fıkrası, hükmün konuluş amacını açıklamaktadır. Buna göre, eşlerden birinin tasarruf işleminin diğer eşin rızasına bağlanmasının amacı "ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi"nin sağlanmasıdır.

Ailenin ekonomik varlığı, eşlerden birinin hesapsız harcamaları, gelişigüzel tasarrufları nedeniyle tehlikeye girebilir. Mal ve gelirlerini yersiz yatırım araçlarına özgüleyen, kazanç elde edilmesi mümkün olmayan yatırımlara giren bir eşin tutum ve davranışı aileyi gelecekte yok ve yoksul hale getirebilir. Mülkiyet ve hak sahibi olan eşin, bu tür yersiz girişimleri diğer eşin ve çocukların ekonomik ve mali geleceğini tehlikeye atabilir. Yasa, ailenin ekonomik geleceğini güvenceye almak ve kurtarmak amacıyla hak sahibi olan eşin tasarruf işlemlerinin geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlanabilmesine olanak tanımıştır.³²

³¹ Kılıçoğlu, Aile, s. 269.

³² Öztan, s. 226.

Maddenin konuluş amaçlarından ikincisini “evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi” oluşturmaktadır.

Bir eş, evlilik birliğinden doğan bir mali yükümlülüğünü ihlâl etmek amacıyla gelişigüzel tasarruflarda, harcamalarda, devir ve temliklerde bulunabilir. Bu tasarrufların önüne geçilmediği takdirde, onun yükümlülüğünü yerine getirmesi olanaksız ya da güç hale gelebilir. Eşine ya da çocuklarına karşı nafaka yükümlülüğünden, eşine karşı tazminat yükümlülüğünden, katılma rejiminde, eşine karşı katılma alacağından doğan borcundan kurtulmak amacıyla hak sahibi olan eş mal ve haklarını hesapsız bir şekilde elden çıkarmaya, muvazaalı işlemler yapmaya başlayabilir. TMK. md. 199, bunların önlenmesi amacıyla bu tür tasarrufların geçerliliklerini diğer eşin rızasına bağlayabilme olanağını getirmiştir. Bu hüküm, eşlerin nafaka ve tazminat yükümlülükleri ile özellikle katılma rejiminde, hak sahibi eşin katılma alacağını güvence altına alabilme açısından oldukça önem taşımaktadır. Katılma rejiminde borçlu eşin karşılıksız temlikler ve muvazaalı devirlerle mallarını elden çıkarmasına karşı 229. maddede, yürürlükten kalkan TKM. md.507’ye paralel bir hüküm getirilmiştir. Ancak, bu hüküm elden çıkartılan mal ve hakların değerlerinin tasfiye sırasında hesaba katılabilesine olanak tanımaktadır. TMK. md.199 ise, malların elden çıkartılması sonucu, tasfiyede hak sahibi olan eşin borçlu eş aleyhine takip yaparak hakkını tahsil edememesinin güvencesini oluşturmaktadır.

TMK.md.199 hükmü eşlerin evlilik birliği devam ederken gerek kişisel gerekse edinilmiş malları üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri kuralının (TMK.md.223) yani eşlerin tasarruf özgürlüğünün bir istisnasıdır. Bu istisnanın uygulanabilmesi için ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmesinin gerekmesi şarttır. Eşin aileyi ekonomik çöküntüye sokacak davranışlarının ispat edilememesi halinde bu maddeye dayanan koruma talebinin reddi gerekir.³³

c) Hükümün Uygulama Alanı

TMK md. 199, evliliğin genel hükümleri arasında yer almaktadır. Bu nedenle, eşler arasındaki mal rejiminin türüyle ilgili bir ayırım yap-

³³ Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu, s.1175.

mamıştır. Bu düzenleme, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun uygulanabilen hükümler içermektedir. Bunun sonucu olarak, TMK. md.199 hükmü, eşler arasında ister yasal ister seçimlik rejimler olsun, uygulanabilecektir. Zira bu madde evlilik birliğinin korunmasıyla ilgili olup, eşler arasında mal rejimi ne olursa olsun evlilik birliğinin korunması gündeme gelecektir.

Türk Kanun-u Medenisi'nin 137. maddesinde (İMK. md.145) boşanma veya ayrılık davası açıldığında, yargıca, dava süresince gerekli tüm tedbirleri alma olanağı verilmişti. Ancak TMK md. 199 boşanma veya ayrılık davası koşulunu öngörmediği gibi, genel bir geçici tedbir hükmü olmayıp, eşin tasarruf yetkisini sınırlandırmaya özgü, özel bir hüküm niteliğindedir. Bunun dışında, bu madde ile eşin tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasında bir boşanma davası açılmış olma koşuluna da yer verilmemiştir.

Burada, eski 169. maddeden tamamen farklı bir düzenlemenin bulunduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Eski 169. madde, eşlerin bazı hukuksal işlemlerinin geçerliliğini sulh hukuk hâkiminin iznine tabi tutmuş idi. Yeni 199. madde ise, eşin tasarruf işlemlerinin geçerliliğini hâkimin iznine tabi tutmamakta, bunun geçerliliğini diğer eşin rızasına bağlamaktadır. Bu düzenleme ile yasa koyucu, ailenin ekonomik geleceğinde eşlerin birlikte karar vermeleri gerektiğini ve söz sahibi olduklarını kabul etmiş; ailenin ekonomik geleceğinin tehlikeye gireceği hallerde, eşlerin bu tür tasarruflara birlikte karar verebilmeleri olanağını getirmiştir. Hâkimin diğer eşin rızasına bağlı tuttuğu işleme rıza gösterip göstermeme konusunda en iyi kararın, eşlerin birlikte düşünüp tartışarak verebilecekleri öngörülmüştür.

TMK. md.199 hükmü, evlilik birliğinin korunmasıyla ilgili genel bir hüküm niteliğindedir. Yasada eşlerin ekonomik geleceği ve mali yükümlülükleriyle ilgili özel hükmün bulunduğu hallerde 199. madde hükmüne gerek kalmayacaktır. Örneğin; aile konutuyla ilgili olarak 194. maddede özel bir hüküm getirilmiştir. Bu hükme göre, eşler, aile konutuyla ilgili devir ve hakla sınırlandırma işlemlerini diğerinin rızası olmaksızın yapamaz. Bu hüküm eşler için yeterli bir güvence sağladığından, 199. maddeye dayanılarak, aile konutuyla ilgili işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı tutulması yönünde mahkemenin bir karar vermesi talep edilemeyecektir. Aynı şekilde, katılma rejiminde eşlerin

paylı mülkiyet konusu malda payları üzerindeki tasarruf işlemleri diğerinin rızası olmadan geçerli sayılmamıştır. (TMK. md. 223/f.II) Bu özel hüküm varken, katılma rejiminde eşlerin, TMK. md. 199 hükmüne başvurarak, paylı mülkiyet konusu malda, eşlerin payları üzerindeki tasarruf işlemlerinin diğerinin rızasına bağlanmasını talep etmeleri mümkün değildir. Ancak, TMK. md. 223/f.II’de paylı mülkiyette bir eşin payını bir başkasına devretmesi diğerinin rızasına bağlı tutulduğu halde, bunun güvencesi olmak üzere, bu hususun tapu kütüğüne şerh edilmesine yönelik bir hüküm getirilmemiştir. Bu nedenle, TMK. md. 223/f.II’nin uygulanmasının gündeme geldiği hallerde, TMK. md.199 f.II ve III hükümleri, sadece hâkimin bu konuda önlemler alması açısından gündeme gelebilir.

TMK. md.199 hükmü, gerek eşlerin birlikte yaşantısının devam ettiği süre içinde, gerekse eşlerin ayrı yaşadıkları dönemde uygulanabilen bir hükümdür. Bunun dışında, bu madde ile getirilen tedbir hükümleri, özellikle ayrılık ve boşanma davalarında uygulanabilirler.³⁴

Burada son olarak TMK.md.199 da öngörülmüş olan koruma önleminin hangi malvarlıklarını kapsadığı konusuna da değinmeliyiz.

Bu koruma kapsamında davalı eşin hangi malvarlıklarında tasarruf işlemleri diğer eşin rızasına tabi olacaktır? Acaba diğer eşin rızası davalı eşin tüm malvarlığına mı yoksa belirli malvarlığına mı ilişkin tasarrufları kapsamaktadır.

TMK.md.199 “...hakim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir” demektedir. Madde bu hükmüyle koruma önleminin yani tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasını “hakimin belirleyeceği malvarlığı” ile sınırlı tutmuştur. Bunun sonucu olarak mahkeme, davalının tüm malvarlığına ilişkin böyle bir önleme karar veremeyecektir. Nitekim Yargıtay 2.HD. de maddeyi bu şekilde yorumlamakta ve bu maddeye dayanan önlemin “hakimin belirleyeceği belirli malvarlığı değerleriyle sınırlı olacağını” kabul etmektedir.³⁵

³⁴ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 7 (Kılıçoğlu, Aile, s. 272’den naklen)
³⁵ Yargıtay 2 HD. 27.04.2005, E. 5719,K.6864 (Gençcan, 4721 S. TMK Yorumu s. 1797’den naklen); 2 HD. 14.11.2005, E.2005/13075, K.2005/10733; 2. HD. 04.07.2006, E.2006/1999, K.2006/10733; 2 HD. 30.05.2005, E.2005/5879, K.2005/8355 (Türk Hukuk Sitesi’nden alıntı- TMK.md.199).

d) Malvarlığında Tasarruf Yetkisinin Diğer Eşin Rızasına Bağlanması Koşulları

aa) Malvarlığı Bulunması

TMK. md.199, malvarlıkları üzerinde tasarrufta bulunabilme özgürlüğüne getirilen bir sınırlandırmayı hükme bağlamaktadır. Maddede “malvarlığı değerleriyle ilgili tasarruflar” ifadesi bunu ortaya koymaktadır.

Malvarlığı değeri, mal veya hakkı ifade eder. Bu anlamda olmak üzere, bir eşin taşınır ya da taşınmaz varlıkları kadar, başkalarından olan alacak hakkı da buraya girer. Örneğin; A, Ü isimli kişiden 100 TL alacaktır. Bu alacağını Y isimli bir kişiye temlik etmesi, malvarlığı üzerinde bir tasarruf işlemidir. (TBK. md.183) Diğer koşullar mevcut ise, bu tasarruf işleminin geçerliliği, diğer eşin rızasına bağlanabilir.

TMK. md.199 kapsamında tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlı tutulmasına karar verilecek olan malvarlığı değerleri, her türlü malvarlığı değeri olabilir. Bunlar; ev eşyası, otomobil, banka hesabı³⁶, aile konutu dışındaki taşınmazlar, hisse senetleri, yatırım fonları, ziynet, üçüncü kişilerdeki alacaklar vs. olabilir.

bb) Eşin Tasarruflarda Bulunma Tehlikesinin Bulunması

Maddede bu koşuldan söz edilmemesine rağmen, amacından bunu çıkarmak mümkündür.

Malvarlığına sahip olan eş tasarrufta bulunmuşsa, bu madde uygulanamaz. Zira, TMK. md. 199, tasarruf tehlikesine karşı güvence oluşturmaktadır. Buna göre; mal veya hak sahibi olan eş, bunu diğer eşin rızasına bağlı tutan bir yargı kararı mevcut değilken, bunlar üzerinde, genel bir hüküm olan TMK md.193 ile katılma rejiminde TMK. md. 223 f.I gereğince, dilediği gibi tasarrufta bulunabilir. Yapılmış olan tasarruf işlemleri, TMK. md.199 hükmünden etkilenmez. Ancak yapılmış olan tasarruf işlemi, muvazaanın koşullarını içermekte ise muvazaaya ilişkin içtihatlar ve TBK. md. 18 hükmünden hareketle ya da koşulları mevcut ise İİK. md.277 vd. hükümlerine göre iptal edilebilir. Bunlar dışında yapılan tasarruf bağış ise ve TMK. md.229 b.1 gere-

³⁶ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 9 (Kılıçoğlu, Aile, s.273'ten naklen)

ğince, diğer eşin edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan katılma alacağını kaçırma kastına dayalı ise TMK. md.229 b.2 hükmü gereğince iptal değil, bu tasarrufların mal rejiminin tasfiyesinde yapılmamış gibi hesaba katılarak diğer eşe katılma alacağı verilmesi sonucunu doğurur.

O halde, TMK. md.199 tasarruf tehlikesine karşı uygulanabilen bir hüküm olup, tasarruf yapılmış ise, yukarıdaki hukuksal çözümler düşünülebilir. Örneğin; boşanma sebeplerinden birine dayanarak boşanmayı planlayan bir eş, tek tek üzerindeki taşınmazları, motorlu araçları, hisse senetlerini elden çıkarmış ya da kalanlarını çıkarma hazırlığına girişmiştir. Elden çıkartılanlar için TMK. md.199 hükmü uygulanamaz. Buna karşılık elden çıkarmayı planladığı diğer malvarlıkları için, TMK. md.199 hükmü uygulanabilecektir.

cc) Ailenin Ekonomik Varlığının veya Eşin Mali Yükümlülüğünün Yerine Getirmesinin Tehlikede Olması

Yukarıda ifade ettiğimiz gibi, TMK. md.199 hükmü, ailenin korunmasını amaçlayan hükümlerden birisidir. Burada, ailenin ekonomik ve mali geleceğinin ve eşlerin diğerinden olan mali haklarının korunması söz konusudur.

Ortada hiçbir sebep, tehlike ve ekonomik gelecek endişesi yok iken, bu madde hükmünün uygulanması mümkün değildir. Bu hüküm, maddede öngörülen iki halden birinin varlığı halinde uygulanabilir. Burada tekrar ifade etmek gerekir ki, tüm mal rejimlerinde asıl olan eşlerden her birinin malvarlıkları üzerinde tasarruf, idare ve yönetim yetkisine sahip olmasıdır. Nitekim, bu nedenle edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili TMK. md.223 "Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir." düzenlemesi mevcuttur.

Bunun sonucu olarak, TMK. md.199 hükmü, ortada malvarlığı üzerinde hak sahibi olan eşin, diğerinin ve çocuklarının ekonomik geleceklerini tehlikeye sokan bir eylem ve davranışı yok iken uygulanacak olursa, TMK. md.223 hükmü ihlal edilmiş olacaktır. TMK. md.199, eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünün kanunda öngörülen istisnalarından birisidir. Unutmamak gerekir ki "istisnalar gelişigüzel uygulanırsa kural haline, kural ise istisna haline gelecektir."

Bu açıklamalarımız karşısında, mahkemeden “mal veya hak sahibi eşin tasarruf özgürlüğünü” sınırlandırıp, bu işlemlerin kendisinin rızasının alınması koşuluna bağlanmasını isteyen eş, bunun koşullarını, yani mal veya hak sahibi eşin ailenin ekonomik varlığını veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerini yerine getirmeme tehlikesini kanıtlamalıdır. Ancak, başvuruda bulunan eşten yakın ve ciddi bir tehlikeyi kanıtlaması beklenmemelidir. Bu konuda inandırıcı kanıtların getirilmesi yeterli sayılmalıdır.³⁷ Eşler arasında güven unsurunun zedelendiği hallerde, malvarlığı değerlerinde tasarruf işlemleri, genellikle gizlice yapılır. Bu durumda, başvuruda bulunan eş, güven unsurunun zedelendiğini, diğer eşin kendisinden gizlice ve habersizce işlemler yapmaya başladığını kanıtlaması ile yetinilebilir. Hak sahibi eşin bir malını diğerinden alması; gazetelere satış ilanı vermesi; alacaklıya bir malvarlığını borcun teminatı olarak vermeyi teklif etmesi; bir üçüncü kişiye işyerini ucuz satmayı teklif etmesi; yurtdışına kaçma hazırlıklarında bulunması gibi hallerde, böyle bir tehlikenin varlığı söz konusu olabilir.

Ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokan olaylar, aynı zamanda eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesini de tehlikeye sokar. Bu nedenle, ailenin ekonomik varlığının tehlikeye sokulduğunun kanıtlandığı haller, aynı zamanda eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesi tehlikesini de içerir. Ancak, ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokmayan bir olayın eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesini tehlikeye sokması olanaklıdır. Bir eşin diğerine karşı mali yükümlülüğünü yerine getirmesini tehlikeye sokan tasarrufları, evlilik birliğinin devamı süresince mevcut mali yükümlülüklerle ilgili olabileceği gibi, evlilik birliğinin sona ermesi halinde mal rejimleri nedeniyle doğacak mali yükümlülükleriyle de ilgili olabilir. Bu durum, özellikle edinilmiş mallara katılma rejiminde önem taşır. Diğer eşin katılma alacağını ihlâl etmek üzere, gelişigüzel tasarruflarda bulunan eşin tasarruf yetkisi, bu nedenle, diğer eşin rızasına bağlanabilir.

e) Rızanın Alınmasının Güvencesi (TMK. md.199 f.II-III)

Tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin yargılama uzun sürebilir. Bu arada mal veya hak sahibi olan eş, tasarruflarda bulunarak

³⁷ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 11 (Kılıçoğlu, Aile, s.273'ten naklen).

bu hükmün konuluş amacını ortadan kaldırabilir. TMK. md.199 f.II ve III hükmüyle, yargıca gerekli önlemleri alma yetkisi verilmiştir.³⁸ Burada, HMK. md. 389 vd. hükümlerinde yer alan ihtiyati tedbirin özel bir uygulaması söz konusudur. Buna göre, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin talebin mahkemeye intikal etmesi üzerine, mahkeme, davacının talebi yönünde ikinci ve üçüncü fıkradaki önlemlere (tedbirlere) karar verebilecektir.

aa) Gerekli Önlemlerin Alınması

TMK. md.199 f.II hükmü "*Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.*" ifadesiyle, yargıca tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin olarak her türlü önlemi alabilme olanağını getirmiştir. Bu önlemler, üçüncü kişilerin hak sahibi eşe ödemedede bulunmasına yasak getirilmesi; eşin borç altına girmesinin yasaklanması³⁹, üçüncü kişilerin mal veya hak sahibi olan eşle hukuksal işlem yapmasının diğer eşin rızası ile geçerli olacağının bildirilmesi, banka, trafik gibi kayıtlara bu kaydın konulması gibi önlemler olabilir. İsviçre Borçlar Kanunu'nda yapılan değişiklikle, bir eşin üçüncü kişiye kefil olması diğerinin rızasına bağlandığından (İBK. md.494), bizim TMK. md.199'un kaynağı olan İMK. md.178 gereğince, hâkimin eşin üçüncü kişilerin borcu için kefil olmasını yasaklamasına gereksinim yoktur. Bizde böyle bir değişiklik yapılmadığından, TMK. md.199 hükmü uygulama bulabilecek ve bir eşin üçüncü kişilerin borçları için kefil olması, hakim tarafından, diğer eşin rızasına bağlı tutulabilecektir.

bb) Tapu Kütüğüne Şerh Verilmesi

Eşin rızasına bağlı tutulan hukuksal işlem, bir taşınmazla ilgili olabilir. TMK. md.199 f.III, bu durumda taşınmazın tapu kütüğüne şerh verilmesi önlemini getirmiştir. Bu hükme göre; "*Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerh edilmesine karar verir.*" O halde, bu fıkra hükmü, sadece taşınmazlarla ilgili hukuksal işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı tutulmasıyla ilgilidir. Taşınmaz dışındaki hukuksal işlemler için yasa koyucu bir önceki fıkarda "gerekli önlemleri alır" ifadesiyle yargıca

³⁸ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 5. (Kılıçoğlu, Aile, s.274'ten naklen)

³⁹ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 6. (Kılıçoğlu, Aile, s.274'ten naklen)

çok genel bir yetki tanıdığı halde, hukuksal işlemin konusu taşınmaz olduğunda, üçüncü fıkra da özel bir önlem getirmiştir.

f) Hüküm ve Sonuçları

Tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasının koşulları mevcut ise, mahkeme bu rıza koşulunun hangi malvarlığı değerleriyle ilgili olduğunu kararında belirtecektir. Yasa, mahkemenin “belirleyeceği malvarlığı değerleriyle” sınırlı olarak karar verebilmesine olanak tanımıştır. Nitekim Yargıtay da bazı kararlarında, TMK. md.199 hükmüne dayanan tedbir kararlarının ve bu kararlar yönünde malik olan eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının “hakimin belirleyeceği belirli malvarlığı değerleriyle” sınırlı olduğunu kabul etmektedir.⁴⁰

TMK. md.199 f.I hükmü, mahkeme kararıyla diğer eşin rızasına bağlanan hukuksal işlemlerde aranan rıza için, TMK. md.194 f.I’den farklı olarak “açık” olma koşuluna yer vermemiştir. TMK. md.194 diğer eşin rızasının “açık” olması koşulunu aradığı halde, md. 199 f.I hükmü bu koşula yer vermemek suretiyle, diğer eşin vereceği rızanın açık veya örtülü olabilmesine olanak tanımıştır.⁴¹

Mahkemenin kararı, eşin malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunamayacağına değil, bu konudaki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olarak yapılabileceğine ilişkin olacaktır. Örneğin; A’nın X bankasındaki hesabıyla ilgili yapacağı işlemlerin yasaklanmasına değil, bu işlemlerin ancak diğer eşin rızasıyla mümkün olacağına karar verilebilecektir.

Tasarruf yetkisine getirilen sınırlandırmanın süresiyle ilgili olarak, yasada bir hüküm mevcut değildir. Ancak, yasada böyle bir hüküm bulunmamasına rağmen, hükmün konuluş amacından hareketle sınırlandırmanın belirli süreyle sınırlı olması gerektiği savunulmaktadır.⁴² Bu madde, bir tedbir hükmünün amacını aşacak biçimde anlaşılmalı ve uygulanmamalıdır. Bunun sonucu olarak, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin kararın, hangi malvarlığı değerleriyle

⁴⁰ Yargıtay 2 HD. 27.04.2005,E. 5719, K. 6864 (Ömer Uğur Gençcan, 4721 sayılı Medeni Kanunu Bilimsel Açıklama İçtihat İlgili Mevzuat, Ankara 2007, s.1797.)

⁴¹ Hasenböhler, Erste Lieferung, Art. 168, Nr. 10. (Kılıçoğlu, Aile, s.275’ten naklen)

⁴² Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 8. (Kılıçoğlu, Aile, s.276’dan naklen)

ve hangi süreye ilişkin olduğu belirtilmelidir. Öte yandan, bu madde eşler arasındaki her aile uyumsuzluğunda değil, ancak bir eşin malvarlıksal yararlarının ağır ve ciddi biçimde tehdit altında bulunduğu hallerde uygulanabilen bir maddedir.

Mahkemece diğer eşin rızasına bağlı tutulan işlemlerde, bu rızanın verilme şekli konusunda yasada bir şekil öngörülmemiştir. Kanunlarda eşin rızası için şekil şartı öngörülmemiş olmakla birlikte; TBK'nun 348. maddesi ışığında, eşin rızasının da yazılı olarak verilmesi gerektiği düşünülebilir.⁴³ Bunun dışında; ancak, üçüncü kişiler tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlı tutulduğundan haberdar olmuşlarsa, ispat açısından bu rızanın yazılı olarak verilmesini talep edebilirler.⁴⁴ Tapuda yapılacak tasarruf işlemlerinde, tapu memuru bu rızayı yazılı olarak almak zorundadır.

Mahkeme kararıyla bir eşin hukuksal işleminin diğerinin rızasına bağlı tutulması, eşin hukuksal işlem ehliyetine getirilmiş olan bir sınırlandırma değildir. Bu kararla eşin hukuksal ehliyeti sınırlandırılmış olmaz; sadece, karara konu olan işlemin yapılabilmesi diğerinin rızası koşuluna bağlanmış olur.

Mahkeme kararıyla, diğer eşin rızasına bağlanan hukuksal işlem, bu rıza alınmadan yapılmış ise geçersizdir. Ancak, yapılmış böyle bir işleme sonradan rıza vermek mümkündür. Ancak, hukuksal güvenlik nedenleriyle sonradan verilecek rıza için aranan süre, uzun değil, kısa olmalıdır. Rızaya muhtaç eşin yaptığı hukuksal işlemin diğer tarafı, ona bir süre tanıyarak, eşinin rızasını temin etmesini talep edebilir.

Bir hukuksal işlemin diğer eşin rızasına bağlandığından haberdar olmayan üçüncü kişiler, iyiniyetin korunmasına ilişkin hükümlerden yararlanmaya devam ederler. Bu anlamda olmak üzere, tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin tapuda tedbir niteliğinde olmak üzere ya da esas kararla birlikte gerekli şerh işlemi yapılmamış ya da mahkeme tarafından TMK. md.199 f.II'deki gerekli diğer önlemler alınmamış ya da üçüncü kişi bu önlemlerden iyiniyetle haberdar olmamışsa, işlemi yapan üçüncü kişi korunacak, yapılan hukuksal işlem geçerli olacaktır. Burada önemli olan, kendisiyle işlem yapılan üçüncü kişinin

⁴³ Emel Badur, *Eşin Rızası*, *TBB Dergisi*, Kasım 2013, s. 274.

⁴⁴ Hasenböhler, *Dritte Lieferung*, Art. 178, Nr. 17. (Kılıçoğlu, Aile, s.276'dan naklen)

iyi niyetli olup olmamasıdır. Yoksa işlemi yapan rızaya muhtaç eşin iyiniyetli olup olmaması önem taşımaz.⁴⁵

Rızasına başvurulmuş eş, haklı bir neden olmaksızın bu rızayı vermediği takdirde, aile konutunda rızaya ilişkin 194. maddenin ikinci fıkrasında (İMK md.169 f.II) olduğu gibi, yargıca başvurmak olanaklıdır. Mahkeme, bu rızanın verilmemesinin haklı bir nedeni olmadığına karar verirse, hak sahibi eşe bu işlemi yapma yetkisi verebilecek, tapuda yapılması gereken bir işlem söz konusu olduğunda, tapuya verilen şerh varsa tapu idaresine de gereken yazı yazılabilecektir.

Maddenin üçüncü fıkrası, taşınmazlarla ilgili olarak özel bir önlem (tedbir) hükmü getirmiştir. Buna göre, hak sahibi olan eşin taşınmaz üzerinde tasarruflarda bulunma yetkisi, diğer eşin rızasına bağlandığında, bu husus tapu kütüğüne şerh ettirilebilecektir. Burada, TMK. md.1009 hükmünde yer alan “kanunlarda açıkça öngörülen diğer hakların şerhi” söz konusudur. Maddenin üçüncü fıkrasında getirilen hüküm, sadece taşınmazlarla ilgilidir. Davacı eş, davalının yapacağı işlemlerin kendi rızasına bağlı tutulmasını bir taşınmazla ilgili olarak talep etmişse, bu hüküm gereğince mahkeme taşınmazın tapu kaydında tasarruf yetkisini sınırlandıran bir şerh verebilecektir. Şerh, tasarruf yetkisi sınırlanan eşin, diğer eşin rızasını almadan o taşınmaz üzerinde üçüncü kişilerle geçerli bir tasarruf işlemi yapmasına engel olma amacını gütmektedir.⁴⁶ Ancak, maddede taşınmazın tapu kütüğüne bu şerhin verilmesi “tasarruf yetkisini kaldırma” yönünde karar verilmesi koşuluna bağlanmıştır. O halde, maddenin üçüncü fıkrası bir tedbir hükmü değildir. Davanın açılması üzerine taşınmazın tapu kaydına bir tedbir konulacaksa, bu konuda HMK. md.389 vd.’daki genel tedbir hükümleri uygulanabileceği gibi, boşanma veya ayrılık davasının söz konusu olduğu hallerde TMK. md.169’daki özel tedbir hükümleri de uygulanabilir. Taşınmaz, eşlerin paylı mülkiyetinde ise, katılma rejiminde mahkemenin böyle bir tedbire ya da TMK md.199 f.III hükmü gereğince tapu kaydına şerh verilmesine karar vermesi gerekmez. Zira, eşlerin paylı mülkiyetindeki taşınmazda bir eşin diğerinin rızası olmadan payı üzerinde tasarrufta bulunması, zaten TMK. md.223 f.II gereğince geçersiz olacaktır. Ancak eşler arasında katılma

⁴⁵ Hasenböhler, Erste Lieferung, Art. 168, Nr. 9. (Kılıçoğlu, Aile, s.277’den naklen)

⁴⁶ Akartepe, s.181

rejiminin değil, seçimlik rejimin bulunduğu, ya da katılma rejiminin bulunmasına rağmen, eşlerin TMK. md.223 f.II'deki hükmün aksine anlaşma yapmış bulundukları hallerde, TMK. md.199 f.III hükmü uygulama bulabilecektir.

Taşınmazla ilgili tasarruf yetkisinin diğer eşin rızasına bağlanmasına ilişkin şerh, sadece hak sahibi eşin rızasına bağlı hukuksal işlemler için uygulama bulabilecektir. Buna göre, böyle bir şerhe rağmen, taşınmaz üzerinde kanundan doğan bir rehin hakkının tesis edilmesi mümkündür. Aynı şekilde, böyle bir karar, aynı taşınmazın cebri artırma ile satışına da engel teşkil etmez.⁴⁷

TMK. md.199 f.III hükmü, tapu kaydına tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin şerh verilmesini talep koşuluna bağlamamış; bunun hakim tarafından "re'sen" yapılacağını öngörmüştür. Mahkemece bu konuda tapuya şerhin verilmesi için yazı yazılması gerekir. Ancak, İsviçre'de Aile Koruma Kurumları'nın (*eheschutzrichterliche Instanz*), gecikmesinde sakınca bulunan hallerde bunu tapu idarelerine çağdaş iletişim araçlarıyla da (telefon, telefaks gibi) bildirebileceği kabul edilmektedir.⁴⁸

Tasarruf yetkisinin malvarlığı değerlerinin tamamı ya da büyük bir kısmı için sınırlandırıldığı hallerde, diğer eşin haklı bir sebep göstermeden gereken rızayı vermemesi gündeme gelebilir. Bu durumda tasarrufta bulunmak isteyen hak sahibi olan eşin, bu rızanın haklı bir sebep gösterilmeden reddedilmesi halinde ne yapacağı konusunda, TMK. md.194 f.II'den farklı olarak, TMK. md.199'da bir hüküm yer almamıştır. Ancak yasada bu konuda bir hükmün bulunmamasına rağmen, aynen TMK. md.194 f.II'de olduğu gibi, haklı sebep olmadan rıza vermeyen eşin bu tutumuna karşı hak sahibi olan eşin yargıcın müdahalesini isteme hakkı kabul edilmelidir.

7) Durumun Değişmesi

TMK. md.200 "Durumun değişmesi" kenar başlığında şu hükmü getirmiştir:

"Koşullar değiştiğinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine kararında gerekli değişikliği yapar veya sebebi sona ermişse alınan önlemi kaldırır".

⁴⁷ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 35. (Kılıçoğlu, Aile, s.278'den naklen)

⁴⁸ Hasenböhler, Dritte Lieferung, Art. 178, Nr. 28 (Kılıçoğlu, Aile, s.278'den naklen).

Madde, “Birliğin Korunması” kenar başlığı altında yer alan 195-199. maddelerine dayanan koruma kararlarıyla ilgili düzenlemeler arasında yer almaktadır. Ancak bu hükmün diğer kanunlara dayalı olarak alınan önlemler için de uygulanabileceği kabul edilmektedir.⁴⁹

Ailenin korunması amacıyla alınan koruma kararlarına ilişkin, koşulların sonradan değişmesi mümkündür. Amaç, aileyi korumak olduğuna göre, bu koşulların değişmesi halinde alınan kararların da değiştirilmesi gerekecektir. Koruma kararlarının alınmasını gerektiren koşulların değişmesine rağmen, bu önlemlerin devam etmesi aileyi korumaz; tam aksine aileye zarar verir. Bu nedenle koşulların değişmesi halinde, bunların da ailenin korunması amacıyla değiştirilmesi gerekir.

TMK. md.195-199’daki önlemler, TMK. md.169’dakilerden farklı olarak, eşler arasında evlilik birliği devam ederken alınan önlemlerdir. Eşler arasında evlilik birliği devam etmektedir. Bu birlik devam ettiğine göre, alınan önlemler bunu gerektiren sebeplerin değişmesi halinde değiştirilebilir veya kaldırılabilir. TMK. md.200 hükmünün konuluş amacı budur.

Maddede alınan koruma kararlarının alınan önlemlerin kendiliğinden kalkmasına yer verilmemiştir. Koşullar değiştiği takdirde, önlemlerin değiştirilmesine veya kaldırılmasına hâkim karar verecektir.

Maddede koşulların değişmesi halinde ortaya çıkan yeni değişikliklere göre, hakimın önlemleri değiştirilmesine ya da tamamen kaldırılmasına karar vermesi öngörülmüştür. Bu anlamda olmak üzere, çocuklarla ana ve baba arasındaki kişisel ilişkiler anlamında velayet hakkı kendisine verilen eşten alınıp diğer eşe verilebileceği gibi, ailenin geçimi amacıyla eş ya da çocuklar lehine hükmedilen nafaka miktarı ya da çocuklarla görüşme gün ve saatleri, konuttan ve ev eşyasından yararlanacak olan tarafı değiştirebilir.⁵⁰

8) Yetki

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

⁴⁹ Öztan, s. 229.

⁵⁰ Kılıçoğlu, Aile, s.279.

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”.

Koruma önlemlerini almaya yetkili mahkeme konusunda her iki eşin de yerleşim yeri esası kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak, talepte bulunacak olan eş, kendi yerleşim yerinde ya da diğer eşin yerleşim yerindeki mahkemeye başvurabilir.

Eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem talep etmişse, yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesidir.

Alınan önlemlerde değişiklik yapma yetkisi, önlem kararını veren mahkemeye aittir. Ancak bu arada, yani koruma kararının alınmasından sonra, her iki eşin yerleşim yeri değişmişse, yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yeni yerleşim yeri mahkemesi olarak öngörülmüştür.

Görevli mahkeme ise, Aile Mahkemelerinin Kurulmasına İlişkin 4787 sayılı Kanun gereğince Aile Mahkemeleri'dir.⁵¹

9) Ailenin Eşlerin Hukuksal İşlemlerine Karşı Korunması

a) Eşlerin Hukuksal İşlem Özgürlüğü

Eski Türk Kanun-u Medenisi eşlerin hukuksal işlemlerde bulunabilme özgürlüğünü kısıtlayan bazı düzenlemeler içermekteydi. Bu anlamda olmak üzere, eski 159. maddede kadının bir meslek veya sanatla uğraşması kocasının iznine tabi idi. Bu hüküm, 2.7.1992 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından çalışma özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Anayasa'ya aykırı bulunup iptal edilmişti.

⁵¹ Kılıçoğlu, Aile, s.280.

Bunun dışında eski 169. Maddenin II fıkrasında :

“Karı koca arasında her nevi hukuki tasarruf caizdir. Karının şahsi mallarına veya mal ortaklığı usulüne tabi mallara dair karı koca arasındaki hukuki tasarruflar, sulh hakimi tarafından tasdik olunmadıkça muteber olmaz.

Koca menfaatine olarak karı tarafından üçüncü şahsa karşı iltizam olunan borçlar için dahi hüküm böyledir.” hükmü mevcut idi.

Bu ve benzeri bazı hükümler nedeniyle, eski MK.’muz döneminde ehliyet grupları içinde “evli kadının” sınırlı ehliyetliler grubuna girdiği kabul edilmekteydi.

Yeni TMK.’muz, eski MK.’muzun yürürlüğe girdiği tarih itibarıyla, haklı mantığı bulunan bu hükümlerin dönemini doldurduğunu kabul etmiş ve bu tür eşitliği zedeleyeci hükümlere yer vermemiştir.

Bu anlamda olmak üzere, TMK. md.193;

“Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işleme yapabilirler” temel kuralını getirmiştir.

Ancak maddede “Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça” kaydına yer verilmiştir.

Buna göre, kanunlarda eşlerin birbirleri ile veya üçüncü kişilerle hukuksal işlem yapabilme özgürlüğüne istisna getirilmiş olabilir. Yalnız, bu hüküm “karı veya koca” için kanunlarda aksine bir hüküm olabileceğinden değil, “eşler” için böyle bir hüküm olabileceğinden söz ettiğinden, burada eşlerin hukuksal işlem eşitliğini zedeleyen bir düzenleme söz konusu değildir.

Eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünü teyit eden hükümlerden bir başkası, mal rejimlerinde eşlerin malvarlıklarını yönetme, tasarruf ve yararlanma hakkına sahip olmasına ilişkin kurallardır. Edinilmiş mallara katılma rejiminde bu husus, TMK. md.223 f.İ’de; mal ayrılığında TMK. md.242; paylaşımlı mal ayrılığı rejiminde TMK. md.244’de açıkça hükme bağlanmıştır.

b) Eşlerin Hukuksal İşlem Özgürlüğünün İstisnaları

Bu istisnaları iki grupta toplamak mümkündür. Bunlar kanundan ve yargı kararından doğan istisnalar olarak adlandırılabilir.

Eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünün yargı kararından doğan sınırlamasını, yukarıda TMK. md.199 hükmünü ele alarak incelemiş bulunuyoruz.

Burada şimdi, eşlerin hukuksal işlem özgürlüğünün kanundan doğan sınırlamalarını ele alacağız.

Birinci istisna aile konutuyla ilgili TMK. md.194 hükmü ile getirilmiştir.

Bilindiği üzere, yeni TMK.'muzun ailenin korunması konusunda aile konutu ve konut eşyası kavramını getirmiş, bunlar için etkili korumu hükümlerine yer vermiştir. İsviçre yasa koyucusu, uzun yılların deneyimi sonucu İMK.'nun 1912 yılında yürürlüğe girmesinden 1998 yılına kadarki uygulamada, eşlerin aile yaşantısında aile konutu ve konut eşyasının önemli varlıklar olduğunun ortaya çıktığını, özellikle aile yaşantısının krize girdiği, boşanma veya ayrılık hallerinde barınma ihtiyacının ön plana çıktığını görmüştür. Bunun sonucu olarak, bu varlıklarla ilgili olarak etkili hükümler getirmiştir.

Türk Yasa koyucusu da, aynı düşüncelerle yeni 4721 sayılı TMK.'muzda aynı hükümleri aynen İsviçre'den çeviri yoluyla alarak yürürlüğe koymuştur.

Aile konutu ve konut eşyası ile ilgili korumayı iki grupta toplamak mümkündür.

Birinci gruba, aile konutu ve konut eşyasının maliki olmayan eşe yasal alım hakkı girmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejimiyle ilgili olarak TMK. md.240; paylaşımlı mal ayrılığı ile ilgili olarak TMK. md.254 ve mal ortaklığı rejimiyle ilgili olarak TMK. md.279 hükümleri yanında, eşler arasında mal rejimi ne olursa olsun, ölüm halinde sağ kalan eşe yasal alım hakkı tanıyan TMK. md.652 hükümleri buraya girer. Burada hukuksal işlem özgürlüğünün kısıtlanması değil, mülkiyet hakkına yasadan kaynaklanan alım hakkı tanımak suretiyle mülkiyet

hakkının kısıtlanması söz konusudur.⁵² Bu hükümleri evlilik birliğini koruyan hükümler olarak değil, tam aksine eşlerin korunması olarak değerlendirmek gerekir. Zira, TMK. md.240, 279 ve 652 hükümlerinin uygulandığı hallerde evlilik birliği ölüm, TMK. md.254'ün uygulandığı hallerde evlilik birliği ölüm veya boşanma ile son bulmuştur. Artık evlilik birliği ve bunun korunması söz konusu olmadığından, burada eşlerin korunması söz konusudur.

İkinci gruba ise aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini fesih ve tasarruf yetkisinin sınırlandırılması girer.

Burada bu ikinci gruba giren hukuksal işlem, TMK. md.194'te yer almaktadır. Bu madde, eşler arasında evlilik birliği devam ederken uygulandığından, burada yukarıdaki diğer maddelerden farklı olarak evlilik birliğinin korunması amaçlanmıştır. Evlilik boşanma veya benzeri bir sebeple son bulmuşsa aile konutu ile ilgili TMK.md.194 hükmünün uygulanması artık söz konusu olamaz.⁵³

TMK. md.194, aile konutu ile ilgili olarak malik eşin sözleşme ve tasarruf yetkilerini sınırlandırmaktadır. Bu hükme göre; aile konutu kiralık ise, kiracı olan eş, kiracı olmayan eşin açık rızası olmaksızın kira sözleşmesini feshetme yetkisine sahip olamayacaktır. Burada, kiracı eşin kira sözleşmesini sonlandırma özgürlüğü kısıtlanmıştır. Bu hükümle uyumlu olarak, 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren yeni TBK. md.349'da benzer hüküm, konut kiralari için tekrar edilmiştir. Keza, aile konutu eşlerden birinin mülkiyetinde ise, bu eş diğerinin açık rızası olmaksızın konut üzerinde tasarruf işlemlerini yapamayacaktır. Burada malik olan eşin konutu, aile konutu ise, tasarruf işlemlere yapabilme özgürlüğü sınırlandırılmıştır.⁵⁴

İkinci istisna; edinilmiş mallara katılma rejiminde diğer eşin katılma alacağına ilişkin korumaya ilişkindir.

TMK. md.229 b.1 hükmüne göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde bir eşin diğerinin rızasını almadan mal rejiminin sona erme-

⁵² Ahmet M. Kılıçoğlu, Diğer Eşin Rızasına Bağlı İşlemler, Ankara 2002, s.5.

⁵³ Yargıtay 2. HD. 13.01.2010 , E.2009-/19922, K.2010/387 - YKD C.36, S. 4, Nisan 2010, s. 602.

⁵⁴ Kılıçoğlu, Borçlar Genel, s.80.

sinden önceki bir yıl içinde olağan hediyeler dışında yaptığı bağışlar ile, aynı maddenin b.2 hükmüne göre malik olan eşin malvarlıklarını diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı tasarruflara rağmen, bunlar mal rejiminin tasfiyesinde hesaba katılacaktır. Bu hükmle, malik olan eşin yaptığı bağış veya kötünietli temlikleri geçersiz sayılmamakta, fakat diğerinin rızasını almadığı için bu tasarruflar nedeniyle tasfiyede eşine katılma alacağı ödemek zorunda bırakılmaktadır.

Bu hüküm, edinilmiş mallara katılma rejiminde bağış konusu malvarlığının malik olmayan eşin bundaki katılma alacağını korumaktadır. Bu koruma, dolayısıyla, aileyi koruyan bir hüküm niteliğindedir. Yasa edinilmiş mallara katılma rejiminden doğan eşin katılma alacağının boşa çıkartılmasına ilişkin, bağış ya da kötünietli temliklere karşı koruma getirmiştir.

Üçüncü istisnayı eşlerin paylı mülkiyet konusu bir mala sahip olduklarında, bir paydaşın payı üzerinde diğerinin rızası olmadan tasarrufta bulunamaması oluşturmaktadır.

TMK. md.223 f.II gereğince; edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler paylı mülkiyet sahibi oldukları bir malda diğerinin rızası olmadan tasarrufta bulunamaz.⁵⁵ Madde bu hükmüyle, eşlerin mutlu ve ömür boyu sürecek bir gelecek düşüncesiyle, paylı mülkiyet konusu bir mal edindiklerinde, bir paydaşın payını bir üçüncü kişiye devir etmek suretiyle hiç beklenmedik yabancı bir kişinin paydaş olmasını önlemek istemiştir. Bu hükmle getirilen düzenleme ile rıza alınmadan yapılan tasarruf geçersiz sayılmaktadır. Buna göre, burada paylı mülkiyet konusu malda paydaş olan eşin tasarruf yetkisi sınırlandırılmıştır.

Dördüncü istisna, kefaletin diğer eşin rızasına bağlı olmasıyla ilgilidir.

TBK'nda kanundan doğan hukuksal işlem özgürlüğünün bir istisnası olarak 584. maddesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir eşin üçüncü kişinin borcu nedeniyle alacaklı ile akdettiği kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, diğer eşin rızasını alması gerekecektir.

⁵⁵ Detaylı bilgi için bknz.: Kumru Kılıçoğlu Yılmaz, Eşlerin Paylı Mülkiyetleri, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S.114, Ankara 2014.

Bilindiği üzere kefalet sözleşmesi, bir teminat sözleşmesidir. Kefil, başkasına borçlu olan üçüncü kişinin bu borcunun ödenmemesi riskini üstlenmekte ve alacaklıya güvence vermektedir. Borçlu borcunu ifa etmediği takdirde, kefil borcu ifa ile yükümlü olabilmektedir. Bu durum, ailenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokabilir. İşte bu nedenle, yasa koyucu TBK. md.584 hükmü ile İsviçre’de olduğu gibi, bir eşin kefaletinin diğerinin açık rızasına bağlamıştır.

Kaynakça

- Akartepe Alparşan, “Evlilik Birliğinde Eşlerden Birisinin Bazı Malvarlığı Değerleri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması”, *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2009
- Akipek Jale- Akintürk Turgut- Karaman- Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci cilt. 10. Bası, İstanbul 2013.
- Akintürk Turgut -Ateş Derya, Türk Medeni Hukuku Aile Hukuku, 2. Cilt, Yenilenmiş 16.Bası, Ankara 2014.
- Ayan Serkan, Evlilik Birliğinin Korunması, TBB Yayınları, Ankara 2004.
- Badur Emel, Eşin Rızası, *TBB Dergisi*, S.109, Kasım 2013.
- Dural Mustafa - Öz Turgut, Türk Özel Hukuku, C. IV, B. 2, İstanbul 2003.
- Dural Mustafa- Ögüz Tufan- Gümüş Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku C. (Aile Hukuku), Bası 10, Şubat 2015.
- Hasenböhler Franz, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband, II 1 c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Dritte Lieferung, Art.169-180, Zürich 1997 [Kısaltılmışı: Dritte Lieferung].
- Hasenböhler Franz, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Teilband II, 1 c, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Erste Lieferung, Art.159, 163-168, Dritte völlig neu bearbeitete Auflage vom lic iur Verena Braem, Dr Franz Hasenböhler, Zürich 1993, [Kısaltılmışı: Erster Lieferung].
- Honsell Heinrich- Vogt Nedim Peter- Geiser Thomas, Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3.Auflage, Basel-Genf-München 2006.
- Gençcan Ömer Uğur, Mal Rejimleri, Ankara 2010.
- Gençcan Ömer Uğur, Öğreti ve Uygulamada Boşanma, Tazminat-Nafaka, Ankara 2000.
- Gençcan Ömer Uğur, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu Yorumu, Bilimsel Açıklama-Son İçtihatlar, 2. Cilt, Ankara 2015
- Güven Kudret, “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’un Getirdiği Hukuki Tedbirler”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, İhsan Tarakçıoğlu’na Armağan, Ankara 1999.

- Kılıçoğlu Ahmet M., Medeni Kanunumuzun Aile Miras ve Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 3. Bası, Ankara 2014
- Kılıçoğlu Ahmet M., Aile Hukuku, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18.Bası , Ankara 2014.
- Kılıçoğlu Ahmet M., Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.
- Kılıçoğlu Yılmaz Kumru, Eşlerin Paylı Mülkiyeti, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, s.114, Eylül Ekim 2014.
- Öztan Bilge, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.
- Özuđur Ali İhsan, Gerekçeli Açıklamalı İctihatlı, Nafaka Hukuku, 6. Bası Ankara 2015.
- Samat Murat, "Evlilik Birliğinin Korunması", Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2010.