



TMK M. 169 Uyarınca Boşanma Davası Süresince Eşlere İlişkin Alınan Geçici Önlemler

Efe Can Yıldırım*

Öz

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler, boşanma davası açılmasından verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen yargılama sürecinde hukuki koruma sağlamayı ve taraflar arasındaki çatışmayı durdurmayı amaçlamaktadır. Nitekim boşanma davası açılmış olsa da yargılama sürecinde mevcudiyetini koruyan evlilik birliğinden hak ve borçlar doğmaya devam etmektedir. Bu çalışma, eşler arasında geçici bir düzen sağlayan ve aynı zamanda yargılamanın boşanmayla sona ermemesi durumunda eşlerin ortak hayatı tekrardan kurmaları bakımından da yardımcı olma işlevini haiz aile hukukuna özgü bu geçici hukuki korumalardan eşlere özgü olanların incelenmesi konu edinmektedir. Bu bağlamda uygulamada ve öğretide öne çıkan eşlerin ayrı yaşama hakkı, aile konutunun kullanımının özgülenmesi, tedbir nafakası ve eşlerin malvarlığı ilişkilerine ilişkin önlemlerden özellikle olağanüstü mal rejimine geçiş, tasarruf yetki kısıtlamaları ve borçlulara eşlerden birine ödemede bulunma emri verme hem Türk hem de İsviçre öğretisi ve uygulaması ışığında irdelenmiştir. Anılan önlemler öncelikle maddi hukuk bakımından incelenmiştir. Nitekim bu geçici önlemler evlilik hukukundan doğan bir maddi hukuk talebine dayanmaktadır. İçerik incelemesinden sonra ise uygulamanın gereği gibi yansıtılması amacıyla usul hukuku bakımından da bu geçici hukuki korumalara ilişkin özellikle yüksek yargı kararları ışığında tespitlerde bulunulmuştur. Bu bağlamda özellikle görevli ve yetkili mahkemenin tespiti, önlem kararının hangi andan itibaren hüküm ifade edeceği, bu korumanın ne zaman sona ereceği ve kararın değiştirilebilmesi için gerçekleşmesi gereken koşulların neler olduğu meseleleri irdelenmiştir. Usul hukukuna ilişkin bölümde özellikle benzer menfaatlere dayansa da esasen ayrı bir amaca hizmet eden evlilik birliğinin korunması önlemleri ile de yer yer karşılaştırmalar yapılmış ve aralarındaki ilişki açıklığa kavuşturulmaya çalışılmıştır. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'daki düzenlenen önlemler kapsam dışında bırakılmıştır.

Anahtar Kelimeler

Tedbir Nafakası, Boşanma, Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi, Mal Rejimi, Tasarruf Yetki Kısıtlamaları

Temporary Measures Regarding Spouses During Divorce Proceedings Pursuant to Turkish Civil Code Article 169

Abstract

Pursuant to Article 169 of the TCC, temporary measures offer legal protection and prevent the conflict between parties during proceedings from the filing of a divorce case until finalization of the decision. Despite the divorce case being filed, rights and obligations continue to arise from the marital union, which continues to exist during the judgment process. This study examines these temporary legal protections specific to family law, which provides a temporary order between spouses and simultaneously functions to help spouses reestablish a common life in case the proceedings do not end with divorce. Thus, the right of the spouses to live separately; allocation of the use of the family dwelling; injunctive alimony and measures related to the property relations of the spouses, especially transition to the extraordinary property regime; restrictions on power of disposal; and ordering debtors to pay one of the spouses are analyzed according to Turkish and Swiss doctrine and practice. Notably, the measures are primarily analyzed in terms of substantive law. To reflect the practice appropriately after the examination of the content, determinations have been made in terms of procedural

* **Sorumlu Yazar:** Efe Can Yıldırım (Arş. Gör. Dr.), İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, Türkiye. E-posta: efecan@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8287-542X

Atf: Yıldırım EC, "TMK m. 169 Uyarınca Boşanma Davası Süresince Eşlere İlişkin Alınan Geçici Önlemler" (2023) 81(4) İstanbul Hukuk Mecmuası 817. <https://doi.org/10.26650/mecmua.2023.81.4.0001>



law, especially in light of decisions of the Court of Cassation and by comparison at times with measures of protection of marital union. Measures regulated under Law No. 6284 on the Protection of the Family and Prevention of Violence against Women are excluded from the scope.

Keywords

Precautionary Maintenance, Divorce, Suspension of Joint Household, Separation of Property, Restrictions on Powers of Disposal

Extended Summary

Pursuant to Article 169 of the TCC, temporary measures offer legal protection and prevent conflict between parties during proceedings from the filing of a divorce case until the legal effect of the decision.

With the filing of a divorce case, spouses have the right to suspend the joint household. This measure is not based on the decision of the judge, and whether the divorce case is disputed or uncontested is not a decisive factor. Furthermore, the right to live separately exists independently of whether the related case is justified or not. As a rule, the right of spouses to live separately will end with the legal effect of the decision to dismiss the divorce case or the withdrawal of the case.

While evaluating the allocation of the use of the family home, the criterion of fitness for purpose should be considered, regardless of the fault status regarding the ground for divorce. Who owns the property right or limited right in rem on the common residence or who is a party to the debt relationship (e.g., lease agreement) on which the possession is based is insignificant. As the marital union continues to exist throughout the divorce proceedings, all protective provisions regarding the family home shall continue to be effective as long as the relevant immovable maintains that characteristic. If this protection is deemed insufficient in the concrete case, the judge can take any necessary temporary legal protection regarding the immovable property without any obstacles.

The notable criteria for determination of precautionary maintenance are the needs of the spouses and their ability to pay. In the calculation of the amount of the minimum needs (subsistence) of the spouses, both the expenses owing to the suspension of the joint household and continuation of the marital union will be taken into consideration. Pursuant to Article 169 of the TCC, the other of the two main elements for the calculation of cautionary maintenance is the income of the spouses. The concept of income includes both earnings and asset returns (e.g., rents or interest). Pursuant to Article 169 of the TCC, the precautionary maintenance shall be calculated based on the difference between the minimum needs of the spouses—determined within the framework of the principles—and the income of the spouses. Moreover, pursuant to Article 169 of the TCC, when deciding on the precautionary maintenance, who is at fault is not considered in the facts alleged as the ground for divorce.

In Article 169 of the TCC, the legislator mentions the measures regarding management of the property of the spouses among those that the judge can consider *ex officio* during continuation of the divorce or separation proceedings. Thus, if a spouse, who has the authority to freely use, benefit, and dispose of the assets that he or she owns in accordance with the marital property regime of participation in acquired property, violates the interests of the other spouse while exercising those powers or the obligation to provide information, the transition to separation of property can be decided. However, it is possible only if it complies with the principles of necessity, appropriateness, and proportionality, such as other measures in Article 169 of the TCC. Moreover, the judge can *ex officio* order restrictions on the power of disposal and payment of debtors of one spouse to the other spouse, which are essentially regulated in the law as measures to protect the marital union. While making such decisions, the characteristics of the fact that a divorce case has been filed should be considered.

The judge can rule *ex officio*, i.e., without the need for any request, on the temporary legal measures that are necessary during divorce proceedings, i.e., those related to the spouses. During divorce proceedings, the judge can rule on any proportionate temporary measures, if needed. The provisional measures to be taken regarding the spouses during divorce proceedings are subject to a simplified procedure. Pursuant to Article 169 of the TCC, the decision on provisional measures can be rendered at the earliest when the divorce case is filed and can be effective at that time. The temporary measures taken pursuant to Article 169 of the TCC shall be effective until the legal effect of the divorce decision. Moreover, provisional measures pursuant to Article 169 of the TCC, which do not constitute a final judgment, can be amended during the proceedings.

I. TMK M. 169 Uyarınca Öngörülen Geçici Önlemlerin Amacı

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler, boşanma davasının açılmasından verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen yargılama sürecinde hukuki koruma sağlamayı¹ ve taraflar arasındaki çatışmayı durdurmaya² amaçlamaktadır³. Nitekim sona erdirilmesine yönelik dava açılmış olsa da yargılama sürecinde mevcudiyetini koruyan evlilik birliğinden hak ve borçlar doğmaya devam etmektedir⁴. Bu bağlamda henüz sona ermemiş olmakla birlikte eşler arasındaki ilişkilerin bozulduğu evlilik birliği, yargılama boyunca tabi olacağı hususlar hâkim tarafından yeniden düzenlenmek suretiyle, mümkün mertebe sürdürülmeye çalışılmakta⁵ ve böylelikle hem eşlerin hem de çocukların çatışma ortamından dolayı zarar görmelerinin önüne geçilmektedir⁶. Bu yönüyle yargılama süresince eşler arasında geçici bir düzen sağlayan⁷ aile hukukuna özgü bu geçici hukuki korumalar aynı zamanda yargılamanın boşanmayla sona ermemesi durumunda eşlerin ortak hayatı tekrardan kurmaları bakımından yardımcı olma işlevini de haizdir⁸.

II. TMK M. 169 Uyarınca Hükmedilecek Eşlere İlişkin Geçici Önlemlerin Maddi Hukuk Açısından İncelenmesi

A. Eşlerin Ayrı Yaşama Hakkı

Boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerden her birinin yargılama süresince birlikte yaşamaya ara verme -diğer bir ifadeyle ayrı yaşama veya ortak hayatı sona erdirmeye- hakkının mevcut olup olmadığı hususunda 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâlbuki hem 743 sayılı

¹ Marcel Leuenberger ve Jeanette Suter, *FamKomm, Scheidung, Band: I ZGB und Band II: Anhänge*, Herausgeber: Roland Frankhauser (4. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2022) Art 276 N 1.

² Bu önlemlerle oluşan hukuki durumu “geçici bir barış düzeni” olarak adlandıran Thomas Sutter-Somm und Benedikt Seiler, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO* (Schultess Juristische Medien AG 2021) Art 276 N 1; Christian Stalder und Beatrice van de Graaf, *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Paul Oberhammer und Tanja Domej und Ulrich Haas (3. Auflage Helbing & Lichtenhahn Verlag 2021) Art 276 N 1; benzer Aziz Erman Bayram, ‘Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi’ (2019) TBB Dergisi (144) 213, 221.

³ Bu bağlamda TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere ilişkin kararların, boşanmanın yan sonuçlarına dair nihai bir düzenlemeye önceden hükmedilmesi gibi bir sonucu doğuracak içerikte olmaması gerekir. Bu yönde Daniel Bähler, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)* Herausgeber: Karl Spühler und Luca Tecno und Dominik Infanger (3. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2017) Art 276 N 2.

⁴ Süleyman Topak, *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü* (On İki Levha 2021) 420; Aliye Gamze Ceylan, *Boşanma Davalarında Yargılama ve Geçici Önlemler* (Yetkin 2023) 110.

⁵ Benzer Evrim Erişir, *Geçici Hukuki Korumaların Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha 2013) 269-270.

⁶ Benzer Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, *Aile Hukuku* (3. Baskı Filiz 1986) 354; Selahattin Sulhi Tekinay, *Türk Aile Hukuku* (Yedinci Baskı Filiz 1990) 250; Ebru Ceylan, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (Beta 2006) 33.

⁷ Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (6. Baskı Turhan 2015) 740-741.

⁸ Benzer Ceylan (n 6) 33; Esra Günay İnan, *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Adalet 2018) 121.

Türk Kanunu Medenîsi'nin 162. maddesinin ikinci fıkrasında⁹ hem de Türk Medenî Kanunu'na boşanma hukuku bakımından kaynaklık eden İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 137. maddesinin ilk fıkrasında boşanma davası açılmasının yargılama boyunca eşlere ortak hayatı sona erdirmeye hakkı vereceği açıkça düzenlenmekte idi¹⁰. Keza yürürlükteki İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinin ilk fıkrasında¹¹ da anılan düzenlemelerin muadiline rastlanmaktadır. Kanaatimizce konusu evlilik birliğinin ortadan kaldırılmasına yönelik bu davanın açılması ile eşlerin birlikte yaşama ara verme haklarının doğduğu, açık bir düzenlemeye ihtiyaç olmaksızın, kabul edilmelidir¹². Bununla birlikte hukuk güvenliğinin gereği gibi sağlanması için birlikte ayrı yaşama hakkının kanun koyucu tarafından açıkça düzenlenmesi daha isabetli olurdu.

⁹ TKM m. 162/f. 2 şu şekilde idi: “Boşanma veya ayrılık davası ikame edildikten sonra karı kocadan her biri, davâ devam ettikçe, diğerinden ayrı yaşamak hakkını haizdir.” Bu düzenleme 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 170. maddesinin ikinci fıkrasına karşılıkta idi.

¹⁰ İsviçre Medenî Kanunu'nun “Boşanma yargılaması süresince geçici önlemler” kenar başlıklı mülga 137. maddesinin ilk fıkrasının Almanca metni şu şekilde kaleme alınmıştı: “Her eş, derdestliğin başlamasıyla birlikte yargılama süresi boyunca ortak yaşamı ortadan kaldıracaktır.” Anılan düzenlemenin Fransızca metni ise şu şekilde idi: “Eşlerden her biri, derdestliğin başlangıcından itibaren yargılama süresi boyunca ortak hayata son verme hakkına sahiptir.” Bu düzenleme İsviçre Medenî Kanunu'nun 01 Ocak 2000'de yürürlükten kalkan 145. maddesinin yerini almıştır.

¹¹ İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 275. maddesinin Almanca metni şu şekilde kaleme alınmıştır: “Her eş, derdestliğin başlamasıyla birlikte boşanma yargılaması süresi boyunca birlikte yaşamı ortadan kaldıracaktır.” Anılan maddenin Fransızca metni ise şöyledir: “Eşlerden her biri, derdestliğin başlangıcından itibaren yargılama süresi boyunca ortak hayata son verme hakkına sahiptir.” Bu bağlamda ilgili hükmün düzenlenmesine ilişkin süreci, bu hakkın niteliğine dair -kuramsal düzeyde kalsa da- öğretideki tartışmaları gereği gibi yansıtmak için, özetlemekte fayda vardır. Eşlerin boşanma yargılaması süresince ayrı yaşama hakkı öncelikle İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu Ön Tasarısı'nın 242. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenmiş fakat İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın ön tasarının 242. maddesini karşılayan 271. maddesi bu fıkraya ek olarak düzenlenmiştir. Son keredede ise bu tercihin vazgeçilmiş ve kanun koyucu anılan meseleye Tasarı'nın 271. maddesini karşılayan İHKM m. 275'te yer vermeyi uygun görmüş ve İHKM m. 137 ilga edilmiştir. Bu durumu boşanma açılması hâlinde eşlerin ayrı yaşama hakkının maddî hukuka ilişkin olduğunu vurgulayarak isabetli bir şekilde eleştiren Matthias Stein, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, Band II: Anhänge / Art. 275 ZPO*, Herausgeber: Roland Fankhauser (4. Auflage Stämpfli 2022) ZPO Art 275 N 2; bu düzenlemenin günümüz uygulamasında az öneminin de bulunduğunu belirterek Annette Dolge, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, Herausgeber: Alexander Brunner und Dominik Gasser und Ivo Schwander (2. Auflage, Dike 2016) Art 275 N 1. Bu haliyle İHKM m. 275'i maddî hukuka ve usul hukukuna ilişkin çeşitli yönleri bulunan bir hüküm olarak nitelendirse de kanun koyucunun bu tercihinin en iyisi olmadığını belirten Denis Tappy, *Commentaire romand Code de procédure civile*, Editeurs: François Bohnet et Jacques Haldy et Nicolas Jeandin et Philippe Schweizer et Denis Tappy (2^{ème} édition Helbing Lichtenhahn 2019) Art 275 N 3-4; bu düzenlemenin İsviçre Medenî Kanunu'ndan İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na geçirilmesi ile ayrı yaşama hakkının derdestlikle birlikte başladığının kanun gereği açıklığı kavuşturulduğunu belirterek herhangi bir eleştirede bulunmayan Ivo Schwander, *Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Myriam A. Gehri und Ingrid Jent Sørensen und Martin Sarbach (2. überarbeitete Auflage Orell Füssli 2015) Art 275 N 2.

¹² Bu yönde Öztan (n 7) 744; benzer Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku* (22. Baskı Beta 2020) 283; Mustafa Dural ve Tufan Ögüz ve Mustafa Alper Gümüş, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku* (18. Baskı Filiz 2023) N 708; Ceylan (n 6) 35; Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022) 154-155; Topak (n 4) 424; Ceylan (n 4) 112. Doktrinde Günay İnan ise boşanma davası açıldıktan sonra eşlerin ayrı yaşamasını TMK m. 197'ye dayandırmaktadır. Bunun için bkz. Günay İnan (n 8) 124. Kanaatimizce evlilik birliğinin korunması önlemi niteliğindeki birlikte yaşama ara verilmesi ile boşanma davasının açılmasıyla doğan ayrı yaşama hakkı arasında bağlantı kurmaya- hizmet ettikleri amaçların farklılığı dikkate alındığında- gerek bulunmamaktadır.

Eşlerden her birine yargılama süresince ortak konutu terk etme veya diğerinden bunu talep etme yetkisi veren¹³ bu hakkın¹⁴ mevcudiyeti için boşanma davasının açılması dışında başka bir maddi olguya gerek olmadığı gibi¹⁵ bir mahkeme kararına da ihtiyaç yoktur¹⁶.

Eşlerin ayrı yaşama hakkı hâkimin kararına dayanmasa da¹⁷ TMK m. 169² da düzenlenen diğer geçici önlemler gibi geçici huzuru sağlamayı amaçlamaktadır¹⁸. Mamafih eşlerin ayrı yaşam düzenine dair anlaşamaması hâkimin müdahalesini gerektirir¹⁹.

Açılan boşanma davasının çekişmeli veya anlaşmalı olması bu hakkın doğumu açısından belirleyici olmayıp²⁰ ayrı yaşama yetkisi ilgili davanın haklı olup olmamasından da bağımsız şekilde mevcuttur²¹. Buna ilaveten dava görevsiz ve / veya yetkisiz mahkemede açılmış olsa dahi yargılama boyunca eşler ortak yaşamı ortadan kaldırma hakkını kura olarak haizdirler²².

¹³ Boşanma davasının açılmasının eşleri ayrı yaşama yükümlülüğü altına sokmayacağıni belirterek ortak hayatı sona erdirmenin bir hak olduğuna vurguda bulunan Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 275 N 3; eşlerin birlikte yaşamı sürdürmek isteyebilecekleri ve bu durumda da hâkimin onların ayrı yaşamalarına yönelik onları zarara sokan önlem almayacağını belirterek benzer Topak (n 4) 424. Dava açılmasına rağmen birlikte yaşamın sona erdirilmemesi hâkimi TMK m. 169 uyarınca yargılama süresince şartları oluştuğu takdirde re'sen önlem alma yetkisinden mahrum bırakmayacağı gibi eşlerin de geçici önlem talep hakkını ortadan kaldırmayacaktır. Ayrıca bu durumda evliliğin genel hükümlerine ilişkin kamu hukukuna ve özel hukuka yönelik düzenlemeler uygulanmaya kural olarak devam edecektir. Mamafih anılan olasılıkta özellikle evlilik birliğinin genel hükümlerinden bazılarının uygulama alanı sınırlandırılabilir. Bu bağlamda örneğin her ne kadar birlikte yaşamayı sürdürseler de boşanma davasının açılmış olması evlilik birliğini temsil yetkisinin geçici olarak geri alınmasını meşrulaştırabilecektir. Benzer bkz. Tappy (n 11) Art 275 N 7.

¹⁴ Walter Bühler und Karl Spühler, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage des von Prof. Dr. Max Gmür begründeten Kommentars zum Eherecht, Stämpfli 1980) Art 145 N 78.

¹⁵ Bu vurgu için bkz. Adolf Lüchinger und Thomas Geiser, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, (Helbing & Lichtenhahn 1996) Art 145 N 4.

¹⁶ Benzer Urs Gloor, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Helbing & Lichtenhahn 2006) Art 137 N 3; Thomas Sutter und Dieter Freiburghaus, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht* (Schultess 1999) Art 137 N 9; Isabelle Chassé, *Stämpflis Handkommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Baker & McKenzie (Stämpfli 2010) Art 275 N 3; Stein (n 11) Art 275 N 4; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 275 N 3; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2; Tappy (n 11) Art 275 N 5. Boşanma davasının açılmasına rağmen eşlerin birlikte yaşamı anlaşarak sürdürülmesi de bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaz. Aksi yönde anlaşılabilir Topak (n 4) 424.

¹⁷ Eşlerin ayrı yaşama hakkının geçici önlem niteliğini vurgulayarak Michel Czitron, *Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis in Kanton Zürich* (Dike Verlag 1995) 51. Yazar, İsviçre'de boşanma yargılaması süresince eşlerin ayrı yaşama hakkına dair açık hüküm bulunduğundan, bu geçici önlemi haklı olarak kanuna dayandırmaktadır.

¹⁸ Benzer Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2.

¹⁹ Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 78; Czitron (n 17) 51.

²⁰ Stein (n 11) Art 275 N 3; Schwander (n 11) Art 275 N 2.

²¹ Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 4; Tappy (n 11) Art 275 N 6.

²² Bununla birlikte boşanma davasının taraflardan birinin görevsizlik veya yetkisizliğe ilişkin hükümün kesinleşmesinden itibaren iki hafta içinde karar veren mahkemeye başvurmaması durumunda HMK m. 20/f. 1, c. 2 uyarınca bu mahkemenin davanın açılmaması sayıldığına hükmettiği an eşlerin ayrı yaşama hakkı sona erecektir. Şayet bir tarafın, görevsizliğe veya yetkisizliğe ilişkin karar kesinleştikten itibaren iki hafta içinde buna hükmeden mahkemeye başvurusu halinde ise dava dosyası kendisine gönderilen mahkeme görevsizlik kararına uyduğu veya uymak zorunda kaldığı takdirde eşler davanın açıldığı gündün itibaren sahip oldukları ayrı yaşama hakkını muhafaza edecektir. Görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine yapılacak işlemlere dair genel bilgi için bkz. Bakı Kuru, *İstinaf Sistemine Göre Yazılı Medeni Usul Hukuku* (Legal 2016) 98-102, 126-129. Boşanma davasına dair İsviçre usul hukuku özelinde bkz. Schwander (n 11) Art 275 N 2; Chassé (n 16) Art 275 N 3. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce İsviçre Federal Mahkemesi, boşanma davasının açıldığı ve kendisinden tedbir talebinde bulunulan mahkemenin görevsizliğinin ve yetkisizliğinin açık olmadığı durumlarda, somut uyumsuzlukta şartların geçici hukuki korumayı acilen gerektirmesi halinde, hâkim kararına dayanan önlemlerin de alınabileceği görüşünde idi. Bunun için BGE 83 II 495.

Eşlerin ayrı yaşama hakkı boşanma davasının açıldığı anda doğar²³ ve boşanma yargılaması sürdüğü müddetçe varlığını korur²⁴.

Eşlerin ayrı yaşama hakkı, boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesi veya davanın geri alınması ile kural olarak sona erecektir²⁵. Şayet bu durumda devamı gereken ortak hayat sebebiyle eşlerden birinin kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düşerse ilgili eş ayrı yaşamaya ancak TMK m. 197 uyarınca evlilik birliğinin koruma önlemi altında devam edebilecektir²⁶. Bu şartlar gerçekleşmeden ayrı yaşamaya devam etmekte ısrar eden eş bunun sonuçlarına katlanacaktır²⁷. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, öğretide -kanaatimizce özellikle Türk hukuku bakımından isabeti tartışılır şekilde- davanın boşanma kararı verilmeden sona ermesi durumunda ayrı yaşama hakkının devamı açısından eşin ayrılmaya dair ısrarlı iradesinin mevcudiyetinin yeterli olduğunu savunan bir görüş de bulunmaktadır²⁸.

B. Aile Konutuna ve Eşyalara İlişkin Önlemler

TMK m. 169'da hâkimin alabileceği önlemler arasında “*eşlerin barınmasına ilişkin*” olanlar da sayılmıştır. Bu geçici hukuki korumaların başında ise aile konutunun kullanımının eşlerden birine²⁹ geçici olarak özgülenmesi gelmektedir. Aile

²³ Buna dair detaylı açıklamalar için bkz. aşağıda dn. 234.

²⁴ Stein (n 11) Art 275 N 4; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2.

²⁵ Gloor (n 16) Art 137 N 3; Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 9. Bununla birlikte davanın başka bir yerde yeni bir boşanma davası açılması amacıyla geri alınması durumunda ilk yargılama süresince mevcut olan ayrı yaşama hakkının devam edeceğini vurgulayan BGE 86 II 306. Doktrinde *Czitron*, davanın geri alınması veya reddedilmesiyle ayrı yaşama hakkının derhal sona ermemesinin de mantıksız olmadığını nitekim açık yazarların iyileşmesinin zamana ihtiyaç duyan zor bir mesele olduğunu belirterek kanunda anılan olasılıkta eşlerin ortak yaşamı derhal kurma yükümlülüklerinin bulunmadığının belirtilmesinin yararlı olacağı düşüncesindedir. Bunun için bkz. *Czitron* (n 17) s 53.

²⁶ Benzer Schwander (n 11) Art 275 N 4; Dolge (n 11) Art 275 N 2; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2; Chassé (n 16) Art 275 N 4. Uzlaşma sonucu -daha açık ifadesiyle ortak hayatın tekrar tesisi- ile bitmemiş yargılamının tarafları karşı karşıya getirmesi durumunda TMK m. 197'deki şartların genel olarak gerçekleşeceği yönünde bir değerlendirmede bulunan Tappy (n 11) Art 275 N 6.

²⁷ *Czitron* (n 17) 53. Bu durum TMK m. 164 bakımından terk olgusuna neden olabileceği gibi boşanma sebebi açısından kusur da teşkil edecektir.

²⁸ Günümüz bireysel özgürlük anlayışının ayrı yaşamaya dair haklı bir sebebi bulunmasa bile bir kişinin, eğer istemiyorsa, eşyle birlikte yaşamaya zorlanamayacağı yönünde olduğunu belirten Tappy (n 11) Art 275 N 5. Bu görüş, İsviçre uygulamasında da benimsenmektedir. Bu yönde Stalder und van de Graaf (n 2) Art 275 N 2. Ancak böyle bir yorum ile İMK m. 114 uyarınca boşanma açısından ayrı yaşama süresini başlatılmak için kişiye sıkı sıkıya bağlı ilişkilerin özgür irade ile şekillenmesi hakkının güvence altında olacağını belirterek Stein (n 11) Art 275 N 4. Yazarın atıfta bulunduğu İMK m. 114 uyarınca eşler davanın derdestliğinin başladığı veya davanın boşanma davasına dönüştürülmesine yönelik tek taraflı talepte bulunduğu gün en az iki yıldır ayrı yaşıyorlarsa eşlerden biri boşanmaya karar verilmesini talep edebilir. Türk hukukunda birebir karşılığı bulunmayan İMK m. 114'ün mutlak boşanma sebebi olduğu hakkında Schwander (n 11) Art 114 N 1.

²⁹ Bununla birlikte hâkim, acil bir durumun mevcudiyetinde ve konutta yeterli alan ve odanın bulunduğu olasılıkta eşler arasındaki ilişkinin seyri de dikkate alarak bu taşınmazın kısa süreli olarak her iki eşe de özgülenmesine istisnai olarak hükmedebilir. Bunun için bkz. Böhler und Spühler (n 14) Art 145 N 93. Esasen eşlerin kendilerine hâkim olmaları konusunda fazla özveride bulunmaları icap ettirecek ve ortak yerlerin kullanımı konusunda başka bir geçici önlemin alınmasını da gerektirebilecek bu karara [*Czitron* (n 17) 58] ancak ayrı yaşamın başka şekilde düzenlenmesinin imkansızlığı durumunda hükmedilmelidir. Uygulamadan bir örnek için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2013/25697 K 2014/536, 15.01.2014 (Kazancı).

konutunun kullanımının özgülenmesinden mantiken anlaşılması gerekenin mobilyalı şekilde tahsisi olduğu kabul edilmektedir³⁰.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, eşlerin boşanma sürecinde aile konutunu kimin kullanacağını kararlaştırmaları mümkündür. Hâkimin de bu anlaşmayı uygun bulması durumunda aile konutunun kime özgüleneceğine dair bir geçici önlem alınmasına dair bir gereklilik kalmayacaktır³¹.

Aile konutunun kullanımının özgülenmesine ilişkin değerlendirmede bulunurken boşanma sebebine ilişkin kusur durumları dikkate alınmaksızın³² amaca uygunluk kıstası göz önünde bulundurulmalıdır. Bu bağlamda somut olayın şartları ve özellikle yargılama süreci boyunca ortak konutu kullanma hakkının kime daha fazla fayda sağlayacağı incelenmelidir³³. İlgili değerlendirmede dikkat edilmesi gereken en önemli husus müşterek çocukların yargılama sürecinde kimin yanında ve gözetimine bırakıldığıdır³⁴. Nitekim müşterek çocukların menfaati onlara (ve dolayısıyla yanında ve gözetiminde bırakıldıkları eşe) henüz evliliğin sona ermediği bu süreçte yargılamadan önceki dönemde sahip oldukları sosyal ve fiziki çevrenin en kuvvetli şekilde sağlanmasını gerektireceği gibi³⁵ yalnız bir kişinin çocuk ile yaşayana nazaran daha rahat konut bulabileceği de yadsınamaz bir gerçektir³⁶.

Daha az önemli ve özellikle müşterek çocukların bulunmadığı evliliklerde önem kazanan diğer kıstaslar ise, sınırlayıcı olmamak kaydıyla, tarafların iş³⁷, yaş, sağlık durumları ve yeni bir konut bulabilme olanağının varlığı³⁸ olarak belirtilebilir³⁹. Aile konutunun kullanımının özgülenmesinin kime daha yararlı olacağı tespit edilemiyorsa

³⁰ Karl Spühler und Sylvia Frei-Maurer, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Ergänzungsband Stämpfli 1991) Art 145 N 104.

³¹ Czitron (n 17) 58 benzer Öztan (n 7) 745; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 708; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 155; Topak (n 4) 424. Anlaşmazlığın mevcudiyeti durumunda, hangi sebebe dayandığına bakılmaksızın, hâkimin müdahale etmesi gerektiğini vurgulayarak Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 92.

³² Bu vurgu için bkz. Serkan Ayan, *Evlilik Birliğinin Korunması* (TBB 2004), 295.

³³ BGE 120 II 3.

³⁴ BGE 114 II 17-18. Benzer Öztan (n 7) 745; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) 708; Ahmet Kılıçoğlu, *Aile Hukuku* (7. Baskı Turhan 2024) 120; Bilal Köseoğlu ve Köksal Kocaağa, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (TBB 2009) 189.

³⁵ Benzer Kılıçoğlu (n 34) 120.

³⁶ Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 11. Aile konutundan hangi eşin ayrılmasının çocuklar için daha sakıncalı olduğunun dikkate alınması gerektiğini belirterek Ceylan (n 6) 35.

³⁷ Aile konutunun, eşlerden birinin işiyle işlevsel olarak bağlantılı olması durumunda ilgili eşin tahsis hususunda öncelik hakkının bulunacağına dair Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 88; benzer Akıntürk ve Ateş (n 12) 283.

³⁸ Bu kıstas bakımından eşlerin gelir miktarı önem taşımaktadır. Bu yönde Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 87. Aile konutunu boşanma davası açılmadan önce haklı olarak terk etmiş ve güvencesiz şartlarda barınma hakkına çözüm arayan eşe de -şartların uygunluğu durumunda- taşınmazın kullanımının -diğer eşin taşınmazdan ayrılmasına hükmederek- özgülenebileceği hususunda Jean Steinegger, *Les mesures provisoires selon l'art. 145 CCS* (Imprimerie du Chateau 1950) 46. Nitekim ortak konuttan haklı sebebe dayalı olarak ayrılan eş TMK m. 164 anlamında terk etmiş sayılmaz. Bkz. Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 611. Bundan dolayı da ortak hayatı sona erdirmiş olması ona aile konutunun kullanımının özgülenmesini engellemez.

³⁹ Gloor (n 16) Art 137 N 10; Öztan (n 7) 745; Dolge (n 11) Art 276 N 6. Davayı kimin açtığına ise bu karar açısından önemi yoktur. Bu yönde Ceylan (n 4) 112.

somut olayda kimin konuttan ayrılmasının beklenebilir olduğu belirlenmelidir⁴⁰. Hâkimin özellikle eşlerin özellikle iktisadi durumlarını değerlendirmesi sonucunda özgülememe kararı vermesi de mümkündür⁴¹.

Özgüleme kararı açısından ortak konut üzerindeki mülkiyet hakkının veya sınırlı aynî hakkın kime ait olduğu veya zilyetliğin dayandığı borç ilişkisine (örneğin kira sözleşmesi) kimin taraf olduğu önem taşımamaktadır⁴². Kira sözleşmesine konu aile konutunun taraf olmayan eşe özgülenmesi durumunda taraf eşin bu borç ilişkisinden doğan bütün yükümlülükleri varlığını muhafaza edecek olup⁴³ geçici önlem kararıyla hâkim bu ilişkiye müdahale edemeyecektir⁴⁴.

Aile konutunun özgülenmesi kararı bakımından eşlerin boşanma sebebinin ortaya çıkmasındaki etkileri önem taşımaz⁴⁵. Nitekim boşanma sebebi eşlerden birinin kusuruna dayalı olarak ortaya çıkmışsa, bu durumun tespiti ancak boşanma kararıyla belirlenecektir.

Aile konutunun eşlerden birine özgülenmesine yönelik karar, tek başına diğer eşin aile konutundan uzaklaştırılmasını sağlamaz. Aile konutu dışında barınmasına hükmedilen eşin bu taşınmazdan uzaklaştırılması ancak bu içerikte bir geçici önlemin alınması ile mümkündür⁴⁶.

Boşanma yargılaması boyunca evlilik birliği varlığını koruduğu için aile konutuna ilişkin bütün koruyucu hükümler -ilgili taşınmaz bu niteliğini korudukça- etkisini sürdürür⁴⁷. Nitekim eşlerin (özellikle malik olan eşin) kanun gereği sahip olduğu yetkiye dayanarak aile konutundan ayrılması, ilgili taşınmazı niteliğini kural olarak değiştirmez⁴⁸. Bu bağlamda TMK m. 194/f. 1 uyarınca malik eş, boşanma yargılaması boyunca da diğer eşin açık rızası bulunmadıkça aile konutunu devredemeyecek veya

⁴⁰ BGE 120 II 3. Bu değerlendirmede eşlerin cinsiyetinin önem taşımadığı hususunda Spühler / Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 86.

⁴¹ BGE 114 II 401.

⁴² BGE 120 II 3.

⁴³ Doktrinde anılan olasılığa ilişkin olarak kullanılan özgüleme kararında taraf eşin kira bedelleri ile sabit giderleri aksatmadan ödemesi gerektiğinin belirtilmesinin yerinde olacağı ifade edilmektedir. Bunun için bkz. Erdem / Makaracı Başak (n 12) 156. Kanaatimizce böyle bir ibareye yer verilmesi sadece bir hatırlatma teşkil edecek olup yokluğu borçların varlığı olgusunu değiştirmeyecektir.

⁴⁴ Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 91.

⁴⁵ Czitron (n 17) 60.

⁴⁶ Şeyda Tekelioğlu, *Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Geçici Hukuki Korumalar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) 91.

⁴⁷ Heinz Hausheer und Ruth E. Reusser und Thomas Geiser, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB* Herausgeber: Heinz Hausheer (2. Auflage Stämpfli 1999) Art 169 N 21.

⁴⁸ Bununla birlikte eşler anlaşarak taşınmazın aile konutu özelliğini ortadan kaldırımlarsa veya lehine koruma öngörülen eş konuttan kesin olarak ayrılmış (veya konutu terk etmeye zorlanmış) ve eşlerin artık bu konutta ortak hayatı tekrar tesis edebileceklerine yönelik bir ihtimal de mevcut değilse artık aile konutunun varlığından bahsedilemez. Bkz. BGE 114 II 402. Doktrinde aile konutunun kullanımının özgülenmesinin belirli bir süre ile sınırlandırılacağı ve bu zaman aralığında da ilgili taşınmazın devrinin yasak olacağı belirtilmektedir. Buna göre sürenin bitimiyle taşınmaz aile konutu niteliğini kaybedecek böylelikle de TMK m. 194'te öngörülen koruma hükmünü yitirecektir. Bkz. Bühler (n 3) Art 276 N 3. Uygulamada karşılaşılmış olduğukça güç olan bu olasılık Türk hukuku bakımından sadece kuramsal önemi haizdir.

üzerindeki hakları sınırlandıramayacak; kira sözleşmesine dayalı kullanılan aile konutunun kullanımının sözleşmeye taraf olmayan eşe özgülenmesi durumunda ise hem TMK m. 194/f. 1 hem de 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 349. maddesinin ilk fıkrasına göre âkit eş diğerinin açık rızası olmadıkça sözleşmeyi feshedemeyecektir⁴⁹. Aile konutu üzerinde tasarrufta bulunmak isteyen ancak kullanımın özgülendiği eşin rızasını hiç veya haklı sebep olmaksızın sağlayamayan eş ise ancak boşanma davasını görmeye görevli ve yetkili mahkemenin hâkiminin müdahalesi ile tasarrufta bulunabilecektir⁵⁰. Anılan durumda hâkimin müdahalesi iki şekilde gerçekleşebilir. Bunlardan ilki, aile konutuna ilişkin hukuki işlemin yakın bir zamanda kurulacak olduğu olasılıkta diğer eşin rızasının sağlanamaması veya eşin haklı sebep olmaksızın rıza göstermemesi üzerine TMK m. 194/f. 2 uyarınca müdahaledir. Diğer müdahale ise -genellikle malik eşin talebi üzerine- hâkimin aile konutunun özgülendiği eşin TMK m. 169'daki yetkisi uyarınca bu taşınmazdan ayrılmasına yönelik karar vermesi şeklinde gerçekleşebilir.

Aile konutunun eşlerden birine geçici olarak özgülenmesi durumunda -gerekli ise- ilgili taşınmazın bakımı da dahil olmak üzere çeşitli masrafların paylaşılmasına yönelik veya malik eşin konuttan ayrılmasına dair düzenlemelere de karar verilebilir⁵¹. Hâkimin önlem konusu taşınmazın devrini veya üzerindeki hakların sınırlandırılmasını engelleyici önlem almasına ise TMK m. 194'te öngörülen koruma devam ettiği müddetçe çoğunlukla gerek kalmayacaktır. Bununla birlikte bu kanuni korumanın somut olayda yetersiz kaldığına kanaat getirilmesi durumunda hâkimin bu taşınmaza ilişkin gerekli her türlü geçici hukuki korumayı almasına da bir engel bulunmamaktadır⁵².

Doktrinde hâkimin -tarafklar arasında kime özgüleneceği hususunda anlaşmazlık bulunması durumunda- ev eşyalarına ilişkin de önlem kararı alabileceği belirtilmektedir⁵³. Barınma meselesinden farklı olarak TMK m. 169'daki örnek verilen geçici önlemlerde zikredilmeyen ve uygulamada da esaslı bir önemi bulunmayan ev

⁴⁹ Czitron (n 17) 61. Ancak doktrinde kendisine özgüleme yapılan eşin tapu kütüğüne şerh verilmesini talep ederek diğer eşin tasarruf yetkisini sınırlayamayacağı ve TMK m. 194/f. 1'in kıyas yoluyla uygulanmayacağı ileri sürülmektedir. Bu yönde Öztan (n 7) 745. Bu görüşten ayrı düşünüyoruz. Öncelikle belirtmek gerekir ki, aile konutu şerhi kurucu değil açıklayıcı nitelikte olup aile konutunun kurulmasıyla birlikte malik olan eşin ilgili taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisi kısıtlanmış olur. Bu bağlamda aile konutu üzerindeki tasarruf yetki kısıtlaması şerh ile değil; kanundan doğar. Bu yönde bkz. M. Kemal Oğuzman ve Özer Seliçi ve Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2021) N 1057; benzer Haluk Nami Nomer ve Mehmet Serkan Ergüne, *Eşya Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022 N 522). Boşanma davası süresince ilgili taşınmaz aile konutu niteliğini yitirmediği müddetçe TMK m. 194'te öngörülen malik olmayan eşe sağlanan korumanın sirmesi gerekmektedir. Kendisine kullanım özgülenen eşin aile konutu şerhi talep edebileceğine yönelik Yargıtay 2 HD, E 2012/12178, K 2012 / 31780, 26.12.2012 (Lexpera). Nitekim Öztan da değerlendirmelerinin sonunda "*Türk Medenî Kanunu'nun 194'üncü maddesi istisnai durumlarda Türk Medenî Kanunu'nun 169'uncu maddesine kıyasen uygulanır.*" şeklindeki değerlendirmesiyle ve bunu takip eden açıklamalarıyla [bkz. Öztan (n 7) 746-747] savunduğumuz görüş ile benzer sonuçlara varmaktadır.

⁵⁰ Mahkemenin görevi ve yetkisi ile ilgili yapılan vurgu için bkz. Czitron (n 17) 62.

⁵¹ Denis Tappy, *Commentaire romand Code civil I*, Editeurs: Pascal Pischnonaz et Benedict (1^{ère} édition Helbing Lichtenhahn 2010) Art 137 N 18b.

⁵² Benzer değerlendirme için bkz. Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 12; Gloor (n 16) Art 137 N 9.

⁵³ Öztan (n 7) 747; Ceylan (n 4) 112.

eşyalarına dair ayrı bir kuramsal değerlendirmede bulunmanın gerekliliği tartışılır⁵⁴. Bu bağlamda münhasıran ev eşyalarına ilişkin geçici önlemlere dair bir kuramsal değerlendirme yerine TMK m. 169’da örnek olarak verilen eşlerin mallarının yönetimine dair önlemler başlığı altında ele alınması⁵⁵ kanaatimizce daha isabetli olacaktır⁵⁶. Bu bağlamda ev eşyaları da dahil olmak üzere hâkim gerekli gördüğü takdirde eşlerin mallarına ilişkin olarak geçici özgüleme kararları verebileceği gibi tasarruf yetki sınırlamalarına da karar verebilecektir⁵⁷.

Boşanma kararının kesinleşmesiyle birlikte sona erecek bir önlem olduğundan özgüleme kararına yargılama sonrasına etki edecek şekilde karar verilemez⁵⁸.

C. Tedbir Nafakası

1. Tanımı

Boşanma davasının açılmasıyla ortak hayat sona erse de eşlerin TMK m. 185/f. son uyarınca yardımlaşma borcu ile özellikle onun kaynaklık ettiği somut yükümlerden birini teşkil eden ve TMK m. 186/f. son’da da açıkça düzenlenen evlilik

⁵⁴ Bu bağlamda ev eşyası kavramının öğreti ve uygulamada (örneğin arabayı da içerecek şekilde) geniş yorumlandığını [Tappy (n 51) Art 137, N 18c] ve kendisi döşenmemiş ev bulan eşin ihtiyaç duyacağı kadar ev eşyasının geçici olarak özgülenmesi gerektiğini [Bühler und Spühler (n 14) Art 145, N 104] belirtmekle yetiniyoruz.

⁵⁵ Aşağıda bkz. Malvarlığı İlişkilerine İlişkin Önlemler başlığındaki açıklamalar.

⁵⁶ Nitekim TMK m. 169’da, eşlerin sahip olduğu malvarlığı değerleri arasında ev eşyası ile diğer malvarlığı değerleri arasında bir ayrım bulunmamaktadır. Bu bağlamda aile konutu veya ev eşyası niteliği taşımayan malvarlığı değerlerinin kullanımlarının da özgülenmesi mümkündür. Örneğin TMK m. 169 uyarınca eşlerden birine ait olan ve ortak kullanılan arabanın malik olmayan eşe özgülenmesi [Bähler (n 3) Art 276 N 3] veya bağ, yazlık, çiftlik evi gibi taşınmazların eşlerin dönemsel kullanımına yönelik bir düzen öngörülmesi [BGE 119 II 196; Tappy (n 51) Art 137 N 18c; Topak (n 4) 425] mümkündür.

⁵⁷ Bkz. Tasarruf Yetki Kısıtlamasına Karar Verilmesi başlığındaki açıklamalar. Her ne kadar ayrı bir öneme sahip olmasa da ev eşyalarını konu edinen geçici önlemlere dair öğretilerde yapılan değerlendirmelere de yer vermekte yarar vardır. Aile konutunun özgülenmesi bakımından temel kistas olan “amaca uygunluk” ev eşyalarına ilişkin alınacak önlemler bakımında da belirleyicidir [Bunun için bkz. Czitron (n 17) 63]. Bu geniş takdir yetkisi bakımından, aile konutunun özgülenmesinde olduğu gibi, malların mülkiyetinin kime ait olduğu olgusu belirleyici olmayıp [Akıntürk / Ateş (n 12) 284; Ceylan (n 6) 35; Topak (n 4) 426] boşanma sebebinin ortaya çıkmasındaki kusur durumundan da bağımsız olarak tarafların ihtiyaç durumları öne çıkacaktır. Sadece eşlerden birine kullanımının özgülenmesi olarak değil aynı zamanda ilgili malvarlığı değeri üzerinde tasarruf yetki sınırlaması olarak da hükmedilebilecek bu önlemlere [Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145, N 109] dair kararın yerine getirilmemesi veya buna zorluk çıkarılması aşağıda detaylı şekilde açıklanacak tedbir nafakasının artırılması sonucunu doğurabilecektir. Benzer Tekinay (n 6) 253. Ayrıca belirtmek gerekir ki, ev eşyalarının kullanımının özgülenmesi geçici nitelikte olup mal rejimi tasfiyesinin öne alınması sonucunu da doğurmamalıdır. Bu tespit için bkz. Bühler und Spühler (n 14) Art 145, N 103.

⁵⁸ Bu önleme ancak dava süresiyle sınırlı olarak karar verilebileceği yönünde Yargıtay 2 HD, E 2007/6449 K 2008/595, 29.01.2008 (Kazancı).

birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğü⁵⁹ yargılama sürecinde de mevcudiyetini koruyacaktır⁶⁰. Ayrı yaşamaya başlanmasıyla önem kazanacak birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü, anılan davada bir geçici önlem olarak hükmedilmesi durumunda, eşlerden birinin diğerine ödemekle yükümlü olacağı nafaka şeklinde varlığını sürdürecektir. Bu bağlamda “*tedbir nafakası*” olarak adlandırılan bu sınırlı süreli katkı, mahkemenin bir geçici önlem olarak hükmettiği bakım nafakası⁶¹ olarak tanımlanabilecektir⁶².

⁵⁹ Eşler arasında eşitliğin kabul edildiği kanuni düzende, eşlerin birliğin giderlerine katılma borcu ile yardımlaşma yükümlülüğü yakın ilişki içerisinde. Nitekim geniş bir içeriği haiz yardımlaşma yükümlülüğü bir eşin evlilik birliğindeki herhangi bir işle ilgili faal olup olmaması gerektiğinin tespitine hizmet ederken kaynaklık ettiği somut edim yükümlülükleri ve özellikle birliğin giderlerine katılma borcu bu faaliyetin türünün belirlenmesine yarar. Bu yönde Verena Bräm, *Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180* (Schultess 1988) Art 159 N 115. Bununla birlikte yardımlaşma yükümlülüğü evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun öngördüğünden daha geniş veya farklı içeriği haiz bir katkıda bulunma yükümlülüğü de öngörebilir. Bunun için bkz. Audrey Leuba, *Commentaire romand Code Civil I*, Éditeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédicte Foëx (1^{ère} édition, Helbing Lichtenhahn 2010) Art 159 N 11; kaynağı farklı olsa da bu edimin de TMK m. 186/f. 3 kapsamında bir katkı niteliğinde olduğunu da vurgulayarak Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 159 N 30; özellikle eşlerden birinin geçici olarak birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü yerine getirememesi veya eşiyle anlaşmasına dayalı olarak başka sebeplerden dolayı ifa etmemesi durumunda yardımlaşma yükümlülüğü uyarınca diğer eşin bu durumu telafi edecek şekilde birliğin giderlerine katılması gerektiğini belirterek bu iki yükümlülük arasında ortaya çıkabilecek kapsam farkını somut bir şekilde ortaya koyan Philipp Maier und Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Herausgeber: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (7. Auflage, Basel Helbing Lichtenhahn 2022) Art 159 N 12. Doktrinde TMK m. 185/f. son'un yardımcı bir hukuk normu [Öztan (n 7) 201] veya yardımlaşma yükümlülüğünü sadece manevi destek olarak [Kılıçoğlu (n 34) 166] yorumlandığı ve bu bağlamda yardımlaşma ile evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülükleri arasında benimsediğimiz yakınlıkta bir ilişkinin bulunmadığı şeklinde anlaşılacak değerlendirmeler de bulunmaktadır. Yardımlaşma yükümlülüğünün evlilik birliğinin diğer hükümlerinden daha soyut bir içeriği haiz olduğunda şüphe yoktur. Bununla birlikte bu durum ilgili düzenlemeyi yardımcı bir hüküm niteliği kazandırmaz. Nitekim yardımlaşma yükümlülüğü kökenini evlilik birliğinin mahiyetinde bulunan sadakat yükümlülüğünden alır. Bu yönüyle TMK m. 185 / f. son evlilik birliğinin genel hükümlerindeki diğer düzenlemelere göre genel hüküm niteliğindedir. Evlilik birliğinin giderlerine katılma borcuna göre genel hüküm niteliği yardımlaşma yükümlülüğünün sadece manevi destek olarak değerlendirilmesini de engeller.

⁶⁰ Dolge (n 11) Art 276 N 9; benzer Gloor (n 16) Art 137 N 10; Kılıçoğlu (n 34). 170; Bayram (n 2) 221. Bu yönde Yargıtay HGK, E 2021/2-322, K 2022/851, 07.06.2022 (Kazancı).

⁶¹ Vurgulamak gerekir ki, “tedbir nafakası” ifadesi münhasıran TMK m. 169 uyarınca boşanma veya ayrılık yargılaması (yahut butlan davaları) süresince geçerli olmak üzere hâkim tarafından hükmedilen bakım nafakasını ifade etmek için kullanılan bir kavram değildir. Buna ilaveten çalışmamızın konusu dışında kalan evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler kapsamında hâkimin TMK m. 196 uyarınca belirlediği parasal katkıyı ifade etmek için de tedbir nafakası kavramına başvurulduğu görülmektedir. Tedbir nafakasının bu iki anlamı için bkz. Gonca Gülfem Bahadır, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka* (Yetkin 2015) 31, 38-39. Bununla birlikte vurgulamak gerekir ki tedbir nafakaları arasındaki ayrımı vurgulamak için son anılan katkı türü öğreti ve uygulamada “TMK m. 197 çerçevesinde tedbir nafakası” veya “bağımsız tedbir nafakası” olarak adlandırılmaktadır. Bu yönde Canan Yılmaz, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi* (Adalet 2016) 77, 100. Anlam karmaşasını engellemek için bu çalışmada boşanma yargılamasının devamı süresince söz konusu olabilecek tedbir nafakası için “TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası” ifadesi tercih edilecektir. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası -çalışmamızın konusu dışında bıraktığımız- boşanma yargılaması süresince müşterek çocuğun yanına ve gözetimine bırakıldığı eşe onların eğitim ve bakım gereksinimlerinin giderilmesine yönelik ödenen parasal katkıyı da içerir. Her ikisi de tedbir nafakası niteliği taşısa da önlem kararı verilirken hükmün infazında karşılıklı ortaya çıkmaması için eşin tedbir nafakası ile çocuğunkine ayrı ayrı hükmedilmelidir. Bunun ihlalinin bozma sebebi olarak değerlendirildiği bağımsız tedbir nafakasına ilişkin bir karar için bkz. Yargıtay 3 HD, E 2004/7730 K 2004/9765, 23.09.2004 (Kazancı).

⁶² TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası yoksulluk nafakasından da farklıdır. Yoksulluk nafakası boşanma davası sonucunda evliliğin sona ermesi yüzünden yoksulluğa düşecek eşe ödenen bir bakım nafakasıdır. Bu tanım için bkz. Mesut Öcal, *Yoksulluk Nafakasının Süresi* (On İki Levha 2019) 20. Nitekim sadece TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talebine rağmen yoksulluk nafakasına hükmedilmesini bozma sebebi gören Yargıtay 2 HD, E 2021/2870 K 2021/4209, 31.05.2021 (Kazancı).

2. Belirlenmesinde Dikkate Alınacak Kıstaslar

a. Genel Olarak

Boşanma davasının açılmasıyla varlığı söz konusu olabilecek bu nafaka, hâkim tarafından somut olayın şartları dikkate alınarak takdir edilecektir⁶³. Her ne kadar karar verirken aşağıda açıklanacak kuralları gözetmekle yükümlü olsa da hâkimin geçici önlem alınmasına ilişkin takdir yetkisinin oldukça geniş olduğu söylenebilecektir⁶⁴. Şartları mevcut olduğunda⁶⁵ tedbir nafakasına re'sen hükmedebilmesini dahi sağlayan bu geniş takdir yetkisinin en önemli sınırını, bu katkıya talep üzerine hükmedilmesi durumunda taleple bağlılık ilkesi oluşturmaktadır. Nitekim anılan olasılıkta hâkim istemden fazlasına karar veremez⁶⁶.

Kökenini özellikle evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünden alan bu nafakaya karar vermeden önce hâkimin eşlerin menfaatlerini karşılaştırması gerekmektedir⁶⁷. Bu karşılaştırma yapılırken genel kıstaslar üzerinden değil ortak hayat süresince evliliğin işleyişine hâkim olan somut koşullar -örneğin ortak hayat süresince benimsenmiş iş bölümü ile giderlere katılma anlaşması⁶⁸, iki ayrı ev düzeninin yürütülmesinin neden olacağı masraflar⁶⁹, eşlerin ihtiyaçları, ifa kabiliyetleri ve dava açılmadan önce eşlerin sahip oldukları hayat düzeyi⁷⁰- göz önünde tutulmalıdır⁷¹. Nafaka tespitinde dikkate alınacak somut ilkelerin belirlenmesi açısından bu kıstaslardan en önemlileri eşlerin ihtiyaçları ve ödeme kabiliyetleri olup bunların detaylı bir şekilde incelenmesi önem taşımaktadır.

Eşlerin eşitliğinin kabul edildiği yürürlükteki hukukumuzda bu değerlendirme yapılırken tarafların cinsiyeti dikkate alınmamalıdır.

⁶³ Öztan (n 7) 748.

⁶⁴ Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 14.

⁶⁵ TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere dair şartlar için bkz. Geçici Önlem Alınmasının Şartları başlığındaki açıklamalar.

⁶⁶ Taleple bağlılık ilkesi bakımından Serpil Işık, 'Medenî Usul Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncü Maddesinin Değerlendirilmesi' (2023) 9 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 399. Yargıtay 2 HD, E 2022/9036 K 2022/10584, 20.12.2022 (Kazancı).

⁶⁷ TMK m. 186/f. son bakımından da aynı yönde Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 159 N 27-28; Bräm (n 59) Art 159 N 110.

⁶⁸ Sadece boşanma davasının açılmış olması olgusunun taraflardan birinin iradesi hilafına birliğin giderlerine katılma dair evlilik süresince benimsenmiş anlaşmadan sapmayı meşrulaştırmayacağı yönünde Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16; BGE 119 II 317.

⁶⁹ Bu unsura vurguda bulunan Öztan (n 7) 748. Bu masrafların eşler tarafından üstlenilmesi gerektiği hakkında Gloor (n 16) Art 137 N 10; Dolge (n 11) Art 276 N 9.

⁷⁰ Tedbir nafakası miktarı tayin edilirken eşlerin birlikte yaşarken sürdürdükleri hayat seviyelerinin ayrı yaşamaları hâlinde de korunmasının gözetilmesi gerektiği hakkında Yargıtay 3 HD, E 2019/5731 K 2019/10206, 17.12.2019 (Kazancı); benzer Öztan (n 7) 751-752; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Bayram (n 2) 239; Topak (n 4) 427. Eşlerin ekonomik durumlarının iki ev düzeninin masraflarını karşılanabilecek düzeyde iyi olduğu durumda eşlerin ayrı yaşamaları onların hayat düzeyinde bir değişikliğe sebebiyet vermediğinden her bir eş önceki hayat düzeyinin sağlanmasını talep hakkını haiz olacaktır. Bu yönde Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 34. Yeterli iktisadi araçlara sahip olunmadığı olasılıkla ise her bir eşin evlilik birliğindeki yaşam düzeyini sağlamak için kural olarak eşit şekilde gaba sarf etmesi gerektiği yönünde Czitron (n 17) 68.

⁷¹ Somut olayın koşullarına göre bu kıstaslardan birinin veya diğerinin daha baskın dikkate alınabileceğini de belirterek benzer Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 14.

b. Eşlerin Asgari İhtiyaçlarının (Geçiminin) Belirlenmesi

Eşlerin asgari ihtiyaçlarının (doktrinde diğer kullanılan ifadeyle asgari geçiminin) tespitinde gözetilecek kıstasların belirlenmesine dair öğretide öne çıkan iki ana eğilimden biri, İcra ve İflâs Kanunu'ndaki asgari geçime dair hükümleri gözden uzak tutulmaması gereken bir ölçüt olarak değerlendirmektedir. Bu bağlamda tamamen bağlayıcı olarak ele almamakla birlikte son anılan düzenlemeleri gözeten bu görüş, birlikte yaşanan dönemde benimsenen giderlere katılma düzeninden doğan bu nafakanın takdirinde eşler arası ortak yaşam dönemindeki ilişkilere daha fazla önem verilmesi gerektiğini de vurgulamaktadır⁷². Bununla birlikte diğer görüşten İİK m. 83'e herhangi bir atıfta bulunmamak kuramsal farkı dışında ayrılmayan ve bu yönüyle de odağına tedbir nafakasının hükmedilme amacına uygun bir biçimde belirlenmesini koyduğu için daha isabetli olan⁷³ diğer görüş ise, eşlerin asgari gereksinimlerinin tespitinde gelir vergisini göz ardı eden İİK m. 83'e göre belirlenmiş fiili ve nesnel ihtiyacın değil, genişletilmiş ihtiyacın dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır⁷⁴. Bu bağlamda yapılacak bir masrafın nafaka miktarı açısından belirleyiciliği, İİK m. 83 kapsamına girip girmediği kıstası üzerinden değil eşin herhangi bir sebepten dolayı geçimi için bu masrafı yapmak zorunda olup olmadığına göre değerlendirilecektir.

Yukarıdaki kuramsal açıklamalar ışığında eşlerin asgari ihtiyaçlarının (geçim) miktarı hesabında esasen hem ayrı yaşama yüzünden ortaya çıkan hem de evlilik birliğinin devamının neden olduğu harcamalar dikkate alınacaktır. Bu bağlamda ihtiyaç hesabı yapılırken evlilik birliğinin bu haliyle sürdürülmesi için zorunlu olan ve evlilik birliğinin devamında sürekli ihtiyaçlar⁷⁵ çerçevesinde her bir eşin diğerinin müteselsil sorumluluğu ile elde edebileceği yeni şeylerin masrafları dikkate alınacaktır⁷⁶. "Birliğin giderleri" olarak kısaca ifade edilebilecek bu harcama kalemlerine birkaç örnek olarak ayrı bir konunun kullanılmasından kaynaklanan

⁷² İlk kertede icra ve iflas kanunundaki hükümlerin gözetilmesinin gerektiğini ileri sürdüğü asgari ihtiyaç miktarı hesabında elde edilecek sonuç icra bakış açısına uymasa da- ortak yaşam dönemindeki ilişkilerin daha kuvvetli şekilde dikkate alınması gerektiği yönünde Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 15. Bu görüşü benimseyen yazarlardan *Bayram*, Asgari Ücret Komisyonu'nun ilan ettiği net asgari ücretin dörtte birlik kısmı düşüldükten sonra kalan kısmın diğer eşin ve bakılmakla yükümlü çocukların asgari geçim düzeyi olarak ele alınmasını önermektedir. Bunun için bkz. *Bayram* (n 2) 238. İcra hukukuna dayalı geliştirilen asgari geçim ilkelerinin, doğrudan belirleyici olmamakla birlikte TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının belirlenmesinde somut olayda uyarlanabilen veya bazen de biraz genişletilebilen bir başlangıç ve dayanak noktası teşkil edeceğini (benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 156) bu bağlamda da gelir ve emlak vergisinden kaynaklanan borçlarla evlilik birliğinin (veya şimdilik ortadan kalkmış ortak yaşamın) risklerini gidermeye yönelik sigorta sözleşmelerinin -icra hukukundan farklı olarak- nafaka miktarının belirlenmesinde dikkate alınabileceği yönünde Czitron (n 17) 69-70. İİK m. 93'ün muadili sayılabilecek İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 83. maddesine atıfta bulunsa da asgari geçim kavramını "aile hukukuna göre" diye nitelendirerek yukarıda anılan yazarlarla benzer biçimde ele alan Gloor (n 16) Art 137 N 10; Bähler (n 3) Art 276 N 4.

⁷³ Kanaatimizce İİK m. 83, tedbir nafakasının miktarı tespit edilirken asgari ihtiyaçlarının tespitiyle değil gelirlerin asgari ihtiyaçları karşılamadığı olasılıkta ortaya çıkan açığın nasıl paylaşılabileceğine dair kuramsal mesele ile ilgilidir. Bundan hareketle esasen evlilik birliğinin giderleri üzerinden değerlendirmede bulunulması gereken eşlerin asgari geçim miktarının belirlenmesi ile ilgili İİK m. 83'e doğrudan veya dolaylı olarak yapılacak atıfların isabetli olmadığı görüşündeyiz.

⁷⁴ Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 36; Dolge (n 11) Art 276 N 9.

⁷⁵ Tedbir nafakası miktarının esasen günlük ihtiyaçların neden olduğu olağan masrafları kapsayacağını vurgulayan Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 183. Masraflara ilişkin benzer sayım için bkz. Yargıtay HGK, E 2021/2-322 K 2022/851, 07.06.2022 (Kazancı).

⁷⁶ Czitron (n 17) 70.

masraflar, aile konutunun kira bedeli, beslenme, giyim, elektrik, su, doğalgaz, internet ve telefon masrafları verilebilir⁷⁷. Bununla birlikte eşlerin özel hayat veya sağlık sigortası primlerinin zorunlu miktarı aşan kısmı⁷⁸ ile ayrı yaşamadan dolayı ortaya çıksa dahi yeni araba ihtiyacı da asgari ihtiyaç kapsamında değerlendirilemeyecektir⁷⁹.

Asgari ihtiyaç miktarı tespit edilirken sadece fiili olanların değil farazi ihtiyaçların da hesaba katılması gerektiği kabul edilmektedir⁸⁰.

Müşterek çocukların himayelerinin bırakıldıkları ebeveynin asgari ihtiyaçları belirlenirken onlarınkiler de hesaba katılacaktır⁸¹.

c. Eşlerin Gelirlerinin Belirlenmesi

TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının hesaplanması açısından iki ana unsurdan diğeri ise eşlerin gelirleridir⁸². Tedbir nafakasına hükmedilmesi için mutlaka eşlerden birinin gelirden yoksun olmasına gerek olmayıp, aşağıda açıklanan yöntemin sonucunda, her iki eşin gelirinin bulunduğu olasılıkta da tedbir nafakasına hükmedilmesi mümkündür⁸³.

Boşanma yargılaması boyunca geçerli olacak tedbir nafakasının bu belirleyici kıstası hesaplanırken eşlerin mevcut ve öngörülebilir gelecekteki ortalama malvarlığı ilişkilerinin dikkate alınması gerekmektedir⁸⁴. Gelir kavramının kapsamına hem kazançlar hem de malvarlığı getirileri (kira bedelleri veya faiz gibi) girmektedir⁸⁵.

⁷⁷ Benzer Bayram (n 2) 237-238.

⁷⁸ Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 36.

⁷⁹ Örneğin yeni bir arabanın satın alınması bu hesapta dikkate alınmaz iken mevcut arabanın kullanılmasından ve bakımından doğan masraflar tedbir nafakasının miktarının belirlenmesinin bir unsuru olan eşlerin asgari geçimi bakımından hesaba katılır. Bağımsız tedbir nafakasının kapsamı açısından benzer tespite yer veren BGE 114 II 24.

⁸⁰ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 157.

⁸¹ Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 15. Önemle belirtmek gerekir ki, üvey çocukların masrafları da tedbir nafakası belirlenirken dikkate alınmalıdır. Bu durum tedbir nafakasının tespitinde hem -yukarıda da belirtildiği üzere- eşlerin birlikte yaşarken evlilik birliğinin giderlerine katılma dair benimsemiş oldukları düzenin belirleyici niteliğinin hem de -istisnai de olsa üvey çocukların masraflarını birlikte üstleneceklerine dair böyle bir düzen benimsenmemişler ise- TMK m. 338/f. 2 uyarınca her bir eşin kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan eşe uygun bir şekilde yardımcı olmakla yükümlü olmasının bir sonucudur. Bu yönde Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 184.

⁸² Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32. Doktrinde bu unsurun “ticari ifa kabiliyeti” [Cziron (n 17) 71] Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16], “ifa kabiliyeti” [Gloor (n 16) Art 137 N 10] üst başlık olarak kullanan Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 140) şeklinde de ele alındığı görülmektedir.

⁸³ Aynı yönde Yargıtay HGK, E 2017/2-2287 K 2019/627, 30.05.2019 (Kazancı).

⁸⁴ Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 146. Eşler, dava açılmadan önceki çalışma hayatlarında düzenli olarak fazla çalışma ya da ek iş yapma gibi gelir arttırıcı faaliyetlere girişmemişler ise geçici tedbir nafakasına hükmedilecek olması onları benimsediklerinden düzene kural olarak zorlayamaz. Bununla birlikte önceden benimsenen ek gelir elde etme düzeni mevcutsa bu yerleşik uygulamanın sebepsiz bırakılmaması gerektiği gibi asgari ihtiyacın sağlanması için gerekli, mümkün ve beklenebilir (örneğin çocukların yanında kaldığı çalışan eşin tam bir çalışmadan daha fazla emek harcamak zorunda olduğu olasılıktaki gibi) olması durumunda yargılama öncesinde mevcut olmayan bir gelir arttırma yükümlülüğünün doğması da söz konusu olabilir. Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 148.

⁸⁵ Cziron (n 17) 72; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16; Gloor (n 16) Art 137 N 10. Bu durum, esasen TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının eşlerin TMK m. 186/f. son uyarınca birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünün uzantısı olmasının sonucudur. Nitekim anılan yükümlülük bağlamında da eşlerin ifa kabiliyetleri belirlenirken kazançları ve sahip oldukları malvarlığı değerlerinin getirileri göz önünde tutulmaktadır. Bu yönde Bräm (n 59) Art 163 N 96; Damla Gürpınar, ‘Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu’ (2013) 8 Özel YÜHFD 1293, 1306.

İlgili geçici önleme dair kararın verilebilmesi için eşlerin hâkime gelir durumları ile ilgili doğru bilgi sağlamaları gerekmektedir⁸⁶. Bu yükümlülüğün nafaka talebinde bulunan eş tarafından yerine getirilmemesi onun lehine geçici tedbir nafakasına hükmedilmemesi sonucunu doğurabilir⁸⁷.

i. Kazanç bakımından

Eşlerin kazanç miktarları belirlenirken esasen bağımlı çalışıp çalışmadıklarından hareketle değerlendirme yapılmalıdır. Bu bağlamda eşler bağımlı çalışan iseler bu tespitte her birinin (her türlü ikramiye, masraf, ek ödemeler dahil) net kazancı esas alınacaktır⁸⁸. Eşlerin bağımsız çalışmaları durumunda ise kazançları muhasebe kâr-zarar (gelir) tablosuna göre belirlenecektir⁸⁹.

Eşlerin emekli olmaları durumunda emekli maaşları onların geliri olarak addedilmeli⁹⁰; uzun sürebileceği öngörülen işsizliklerde ise ilgili eşin işsizlik ödeneğinin kazanç olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁹¹.

Hangi duruma dayalı olarak elde edilirse edilsin hesaplamada güncel kazanç miktarı dikkate alınacaktır⁹². Bununla birlikte kazançta ani değer kayıpları yaşanması durumunda TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının tespitinde son yıllardaki ortalama kazancın esas alınacağı kabul edilmektedir⁹³. Güncel kazanç kıstasından sapan bu hesaplama yönteminin kısa süreli işsizliklerde de benimsenmesi gerektiği öğretide ifade edilmektedir⁹⁴.

Eşlerden biri, bu önleme karar verilmeden önce veya sonra -askere çağırılma veya ağır hastalık gibi- kendisine isnat edilemeyen herhangi bir nedenden ötürü gelir kaybına

⁸⁶ Türk Medenî Kanunu'ndan farklı olarak İsviçre Medenî Kanunu'nda düzenlenen eşlerin birbirlerini gelirleri, malları ve borçları hakkında bilgilendirme yükümlülüğünün boşanma yargılaması süresince de varlığını sürdüreceği ve bilgi talebinde bulunan eşin hukuki koruma menfaatini ispatlaması durumunda hâkimin yardımıyla sadece gerekli bilgileri sağlamaya karşı tarafı zorlayabileceği hakkında Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 155. Türk uygulamasında tedbir nafakası belirlenirken mahkemelerin kolluk kuvvetleri tarafından hazırlanan sosyal ekonomik durum (SED) raporlarını dikkate aldığı görülmektedir. Tedbir nafakası takdirine dair kararın, davanın açıldığı tarih itibarıyla tarafların ekonomik sosyal durumlarına dair araştırma sonuçlarının dosyaya gelişini takiben hemen verilmesi gerektiğini vurgulayan Yargıtay HGK, E 2012/2-1158 K 2012/827, 21.11.2012 (Kazancı)

⁸⁷ Ne gelirini ne yaşam masraflarını rakamla belirten eşin tedbir nafakası talebinin reddedileceğine dair BGE 119 II 196.

⁸⁸ Czitron (n 17) 71; bağımlı-bağımsız çalışan ayrımı yapmadan benzer Gloor (n 16) Art 137 N 10.

⁸⁹ Bağımsız çalışan eşin özel kazançlarının toplamının, muhasebe kayıtlarından elde edilen kâr miktarını düzenli bir şekilde aşması durumunda ise bu gelirlerin esas alınması gerekir. Eşler arası cinsiyet eşitliğinin kabul edilmediği dönemde erkek eşe dair benzer değerlendirme için Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 153. Eğer muhasebe, usulüne uygun tutulmamış ise mevcut ile bir önceki senenin sonundaki öz kaynakların farkının dikkate alınması gerektiğini belirtmekle birlikte kazanç miktarı hesabının esasen uzmanlık bilgisi gerektirdiğini ve basit yargılamada bunu sağlayacak bir zaman olmadığından eşlerin ortak hayatı sona erdirmeden önceki yaşam düzeylerinin göz önüne alınabileceğini tespit eden Czitron (n 17) 71.

⁹⁰ Bayram (n 2) 229.

⁹¹ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 147. Bu ilke, eşin işsiz kalmasının -hayatın olağan akışına uygun biçimde- kusurundan kaynaklandığı durumu esas almaktadır.

⁹² Czitron (n 17) 74.

⁹³ Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 149.

⁹⁴ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 149; kısa (öngörülebilir süre için) işsizliklerde farazi gelire hükmedebilmek için iş gücü piyasasının uygun olması gerektiği hususunda Bräm (n 59) Art 163 N 87.

uğramışsa ve paraya çevrilecek herhangi bir malvarlığı değeri de bulunmuyorsa ilgili durum devam ettiği müddetçe onun aleyhine nafaka yükümlülüğüne karar verilmeyecek veya hükmedilmiş yükümlülük ortadan kalkacaktır⁹⁵. Bununla birlikte fiilen elde edilen gelirlerin yeterli olmadığı durumda haklı bir sebep olmaksızın ve kendisine isnat edilebilir şekilde (örneğin çalışılan işin bırakılması veya tembelliğe düşülmesi suretiyle) kazancını iradi biçimde azaltan⁹⁶ veya kazançtan mahrum olup (emeğini ev işine özgüleyen eşin durumu gibi) çalışması beklenebilen⁹⁷ eşin farazi geliri üzerinden evlilik birliğinin giderlerine katılma yükümlülüğünün devam edeceği kabul edilmelidir⁹⁸. Bu noktada belirtmek gerekir ki, anılan olasılıklarda katılma yükümlülüğünü yerine getiremeyecek durumdaki eşin dürüstlük kuralı uyarınca elde etmesi mümkün ve beklenebilir⁹⁹ gelir üzerinden¹⁰⁰ henüz sona ermemiş evlilik birliğinin giderlerine katılması yardımlaşma yükümlülüğünün bir sonucudur¹⁰¹. Nitekim bu gelir yönteminin benimsenmesi ilgili eşi iş gücü piyasasına katılarak¹⁰²

⁹⁵ Yargıtay İBK, E 1966/5 K 1966/11, 12.12.1966 (RG 13.03.1967 S 12550). Bu karara dair detaylı değerlendirme için bkz. Feyzioğlu (n 6) 357-360. Askerde olmanın bu yükümlülüğe karar verilmesi bakımından tek kıstas olmadığı bu açıdan değerlendirilmede bulunurken aynı zamanda bu dönemde eşin düzenli bir geliri veya malvarlığının bulunup bulunmamasının da belirleyici olduğu hususunda Yargıtay 2 HD, E 2014/6438 K 2014/17746, 18.09.2014. Eşin tutukluğu bakımından aynı yönde Yargıtay 2 HD, E 2019/223 K 2019/849, 11.02.2019 (Kazancı).

⁹⁶ Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 141; Dolge (n 11) Art 276 N 9; Bähler (n 3) Art 276 N 3.

⁹⁷ Farazi gelir hesabını sadece kusuruyla çalışmama olgusu üzerinden değerlendiren Öztan (n 7) 751; Günay İnan (n 18) 129; nafaka yükümlüsünün eğitim ve sosyal statüsüne uygun bir işte çalışmamasını kusur olarak açıkça nitelendirmeye de farazi gelirin hesaplanmasını sadece bu olguya atıfta bulunarak gerekçelendiren Ceylan (n 6) 37.

⁹⁸ Benzer Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32. Bu içeriğiyle farazi kazanç kıstası, ifa kabiliyeti kazandığı gelirden fazla olan eş yüzünden evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun gereği gibi yerine getirilmemesinin neden olduğu olumsuzluğu gidermeye yöneliktir. Bu yönde Czitron (n 17) 72. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, her ne kadar tedbir nafakasının belirlenmesinde dikkate alınacak ise de bir eşin gelirini sadece farazi kazanç üzerinden tayin etmek nafaka kararının icra edilebilirliği bakımından sağlıklı sonuçlar doğurmayacaktır. Bu yönde Bayram (n 2) 230.

⁹⁹ Farazi kazanç üzerinden değerlendirmenin cezalandırıcı bir niteliğinin bulunmadığını belirterek bu hesapta fiili olarak mümkün ve beklenebilir kazancın dikkate alınacağını belirten BGE 128 III 6. Farazi kazanç hesabının yapılabilmesi için ilgili eşten sadece daha gayret göstermesinin beklenmesinin yeterli olmadığını aynı zamanda bu uğraş sonucunda daha fazla kazanç elde etmesinin mümkün olması gerektiğini vurgulayan BGE 137 III 121. Diğer eşin ortak hayatın sona ermesinin doğurduğu masrafları kazancından karşılayabilecek durumda olmasının, ileride gerçekleşecek boşanma dikkate alındığında eşin çalışma gücüne katılmasını kural olarak beklenebilir kılmayacağı yönünde Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 146. Bunun için bir uyum süresi verilmesi gerektiğini belirten BGE 114 II 17. İsviçre Federal Mahkemesi yoksulluk nafakasına ilişkin BGE 128 III 69 kararında eşinden uzun süredir ayrı yaşayan ve çocukların velayeti kendisine verildiği için çalışma hayatına geri dönmesi gereken orta yaşlı kadın eşin, uzun yıllardır ev işiyle uğraşmış olmasının dört yıllık ayrılık süresi boyunca yeni duruma uyum sağlamamış olmasını meşrulaştırmayacağına hükmetmiştir. İşgücüne yeniden katılma uyum gerekliliğinin yargılamanın hangi aşamasında ortaya çıktığı da önem taşımaktadır. Söz gelimi kendisinden iş gücüne katılması beklenen eşten yargılamanın başında yeni duruma uyumu talep etmek, boşanma kararının kesinleştiği ancak sadece yan sonuçlarında çekışmenin devam ettiği kanun yolu aşamasına nazaran daha zordur. Bu yönde Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16.

¹⁰⁰ Gerçek gelirin yükselme imkanının yokluğunda farazi gelir hesabı yapılamayacağını vurgulayan BGE 117 II 17.

¹⁰¹ Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32.

¹⁰² Her ne kadar iş gücü piyasasında kazanç karşılığı çalışma teşkil etmese de boşanma yargılaması süresince çocukların bırakıldığı eşin onlara bakmasını da bir işe girme gibi değerlendiren Czitron (n 17) 73. Uzun yıllar sürmüş evliliklerde emeğini ev işlerine özgülemiş eşten ayrı yaşama süresince kısmi zamanlı bir işte çalışmasının dahi bir uyum süresi de gerektirdiğini belirten Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 146. Bununla birlikte Köseoğlu / Kocaağa, emeğini eşlerinin tutumlarından kaynaklı sebepler nedeniyle ev işine özgüleyen kadınların içinde buldukları durumun onların TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talebinde bulunmalarını mümkün kıldığına belirtmekle yetinerek farazi gelir hesabından onları muaf tutmaktadır. Bunun için bkz. Köseoğlu / Kocaağa (n 34) 192. Yazarların bu tespitini değerlendirirken ilgili eserin eşlerin eşitliğini kabul eden 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden kısa sayılabilecek bir süre sonra yayımlandığını gözden uzak tutmamak gerekir.

veya hâlihazırda iştiğal ettiği işi genişleterek¹⁰³ dolaylı olarak diğer eşe yardımcı olmaya zorlamaktadır¹⁰⁴.

Farazi kazancın hesabında dikkate alınması gereken kıstaslar sınırlı sayıda olmamakla birlikte özellikle birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü altındaki eşin yaşı, sağlık durumu¹⁰⁵, eğitim durumu, iş tecrübesi ve iş piyasasının genel seyrinin göz önünde tutulması gerekmektedir¹⁰⁶.

ii. Malvarlığı Getirileri Bakımından

Hiç veya yeterli kazancı bulunmamakla birlikte getiri sağlayan malvarlığını haiz eşin gelirin belirlenmesinde bu hukuki ürünler önem taşımaktadır. Önemle belirtmek gerekir ki bu hesaplamada önemli olan eşlerin sahip oldukları malvarlığı değerleri değil, getirileridir¹⁰⁷.

Eşlerden birinin sahip olduğu malvarlığı getirilerini azaltmak suretiyle ifa kabiliyetini olumsuz yönde etkilemesi durumuna bağlanması gereken hukuki sonuçların çeşitli olasılıklar bağlamında ele alınması gerekmektedir.

Eşlerden biri malvarlığı getirilerinde kusuruyla bir azalmaya sebebiyet vermiş olup bu kayıp fiilen geri döndürülebilir nitelikte ise, azalmanın giderilmesi ondan beklenebilir olduğu ölçüde, ilgili eşin giderlere katılmadaki ifa kabiliyeti mevcuttan daha yüksek değerlendirilecektir¹⁰⁸. Bu azalmanın geri döndürülemediği -diğer bir ifadeyle malvarlığı getirileri bakımından ifa kabiliyetinin iyileştirilmesinin yükümlünün iradesine bağlı olmadığı- olasılığa bağlanacak hukuki sonuç ise doktrinde

¹⁰³ İşin genişletilmesine örnek olarak yarı zamanlı çalışmadan tam zamanlıya geçilmesi verilebilir. Bu yönde Sutter ve Freiburghaus (n 16) Art 137 N 32.

¹⁰⁴ Benzer Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16.

¹⁰⁵ Talepte bulunulan eşin, iradesiyle çalışmıyor olmasının geliri ve malvarlığı bulunmayan diğer eş lehine tedbir nafakası hükmedilmesine engel olmadığı hususunda Yargıtay 2 HD, E 2011/21156 K 2012/15686, 11.06.2012. Yargıtay HGK, E 2014/2-1426 K 2016/1037, 09.11.2016 sayılı kararından: “.. Hal böyle olunca, mahkemeye davalının mevcut hastalığının onu sürekli iş görmeden mahrum bırakıp bırakmadığı ve çalışmasına engel olup olmadığı araştırılıp tedbir nafakasının hukuki niteliği de dikkate alınarak bir karar verilmesi gerekirken bu hususun gözetilmemesi usul ve yasaya aykırıdır...” (Kazancı). İddia edilen hastalık ile iş bulma ve çalışma olanağı arasında ilk derece mahkemesinin tedbir nafakasının belirlenmesi üzerinden kurmaya çalıştığı bağlantı (ve yüksek mahkemenin bu bağlantının ispatlanmasına verdiği önem) bu kararı dolaylı da olsa farazi kazanç meselesiyle ilgili kılmaktadır. Bununla birlikte Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, bir başka kararında geliri bulunmayan eş aleyhine hükmedilen tedbir nafakasının alacaklı olan diğer eşin işe girip çıktığı olgusunu -ilk derece mahkemesinden farkı olarak- dikkate almamıştır. Bu karar için bkz. Yargıtay HGK, E 2017/2-1891 K 2018/1577, 25.10.2018 (Kazancı).

¹⁰⁶ Gloor (n 16) Art 137, N 10.

¹⁰⁷ Bu bağlamda doğrudukları hukuki ürünler dışında eşlerin malvarlığı değerleri, gelir hesabında dikkate alınmasa da tedbir nafakasının yerine getirilmesi bakımından önem taşıyabilecektir. Nitekim eşlerin ihtiyaçlarının gelirlerini aşması halinde ortaya çıkacak eksiklik bu malvarlığı değerlerinden (ve dolayısıyla gelirlerinden) kapatılacaktır. Bu yönde Czitron (n 17) 74. Bununla birlikte bu durum -boşanma kararının verilmesiyle birlikte bu davanın açıldığı tarihten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi TMK m. 225/f. 2, mal ortaklığı rejimi de TMK m. 271/f. 2 uyarınca sona erdiğinden- diğer eşin edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağına veya mal ortaklığı rejiminde bundan kaynaklanan paylaşımına dair hakkına, buna ilişkin diğer eş veya mahkeme tarafından yetkilendirilmedikçe (Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 207 N 20), etkide bulunmaz. Bunun için bkz. Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16.

¹⁰⁸ Eşlerin birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü hakkında benzer değerlendirme için bkz. Hausser und Reusser und Geiser (n 47) Art 163 N 22.

tartışmalıdır. Bir görüşe göre anılan olasılıkta bu azalma geri döndürülemiyorsa ilgili eşin giderlere katılma yükümlülüğünün belirlenmesinde -malvarlığının eksilmesinde ağır kusuru bulunsa dahi- mevcut malvarlığı değerleri dikkate alınacaktır¹⁰⁹. Diğer bir görüş ise bir eşin malvarlığını rücu kaydı koymadan bağış yapması veya vakıf kurması suretiyle açık bir şekilde kasten azaltması durumunda gelirin farazi malvarlığı üzerinden hesaplanacağını savunmaktadır¹¹⁰.

Kanaatimizce eşlerden birinin malvarlığı değerlerini kasten azaltması durumunda eşin ifa kabiliyetinin sadece kalan malvarlığı ile sınırlı olarak sayılması hakkaniyete aykırı olup böyle bir kabul eşlerin boşanma davası açılmadan önceki veya sonraki süreçte daha az nafaka vermek için malvarlığı değerlerini elden çıkarma yoluna başvurmaları gibi vahim bir sonuç doğurur. Doktrinde de isabetle kabul edildiği üzere eşin malvarlığı değerlerini kasten azaltması, devrin boşanmadan önce gerçekleşmesi ve konusunu da edinilmiş malların teşkil etmesi durumunda ilgili malvarlığı değerlerinin TMK m. 229/f. 1, b. 2 uyarınca eklenecek değer olarak değerlendirilmesi, olağanüstü mal rejimine geçişe karar verilmesi ve eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılması gibi sonuçlar doğurmalıdır¹¹¹.

3. Tedbir Nafkasının Hesaplanması

TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası -yukarıdaki ilkeler çerçevesinde tespit edilen- eşlerin asgari ihtiyaçları ile eşlerin gelirleri ile arasındaki fark üzerinden hesaplanacaktır. Bu bağlamda birden fazla ihtimalin göz önünde bulundurulması gerekmektedir.

Gelirlerin toplamının asgari ihtiyaç miktarından fazla olmakla birlikte eşlerin boşanma davası açılmadan önceki yaşam düzeylerine denk veya bu seviyeyi sağlamaya yetersiz olduğu ihtimalinde -esasen her bir eş eşit hayat şartlarını talep edebileceği için- asgari ihtiyaçları aşan kısmın iki eş arasında kural olarak eşit paylaşılması gerekmektedir¹¹². Bununla birlikte müşterek çocuklar mevcutsa yarı

¹⁰⁹ Bu durumun tatmin edici sonuçlar doğurmadığını da belirterek BGE 117 II 17-18; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 16; Gloor (n 16) Art 137 N 10; benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 141. Bu durumun eşlerin yakınlarına malvarlığı devretmesi sonucunu doğuracağını da belirterek Czitron (n 17) 74.

¹¹⁰ Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 33.

¹¹¹ Bräm (n 59) Art 163 N 97.

¹¹² Bu yönde anlaşılabilirlik Czitron (n 17) 75-76; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 17-18; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 37. Zorunlu ihtiyaçlar giderildikten sonra kalan gelirin paylaşımında yarı yarıya kıstasından başka bir ölçütün benimsenilmesi için özel bir sebebin bulunması gerektiğini belirten ve bu gerekliliği ortak hayatın sona erdirilmesi durumunda eşlerin, mümkün olabildiği ölçüde, önceki yaşam düzeylerinin sürdürülmesini talep haklarının mevcudiyetine dayandıran BGE 111 II 106.

yarıya paylaşım kuralı uygulanmayacaktır¹¹³. Geçici önlem kararını vermekle yetkili hâkimin çocuğun yanına bırakıldığı eş ve çocuk için ödenecek nafaka miktarını çocuğun ihtiyaçları, ebeveynlerinin yaşam düzeyi ve ifa kabiliyetlerini dikkate alarak ayrı ayrı belirlemesi gerekmektedir¹¹⁴.

Gelirlerin toplamının boşanma davası açılmadan önceki yaşam düzeyinden de fazlasını sağlayabilecek bir miktara tekabül etmesi durumunda ise, TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının bir zenginleşmeye neden olmaması ve bir mal rejimi tasfiyesinin öne alınması gibi¹¹⁵ bir sonuç doğurmaması için, önceki yaşam düzeyini sağlayan miktarı aşan kısmın ilgili gelirin sahibi eşe kalması gerekmektedir¹¹⁶. Bu durum aynı zamanda mal rejimi tasfiyesine yönelik kurallar ile de uyumludur. Nitekim hangi türü kabul edilmiş olursa olsun mal rejimi boşanma kararı ile davanın açıldığı tarihten itibaren sona erer¹¹⁷ ve yargılama süresince anılan olasılıkta ilgili fazlalığın eşit dağıtılması, bunu sağlayan eşin birikimlerinin haksız şekilde diğer eşe kısmen de olsa özgülenmesi gibi kanunun öngördüğü düzeni ihlâl sonucunu doğurur¹¹⁸.

Eşlerin gelirleri ayrı yaşama sonucunda artan zorunlu ihtiyaçları karşılamaya yeterli değilse ve malvarlıklarını da sarf etmeleri onlardan beklenemiyorsa¹¹⁹ ortaya çıkan açığın eşler tarafından yarı yarıya mı paylaşılacağı yoksa eşlerden birinin fazla ödemede mi bulunması gerektiği tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş, eşlerin yaşam düzeylerini ve bu bağlamda seviye düşüklüğünü de paylaşmaları gerektiğine dayanarak ortaya çıkan bu duruma da eşit katlanmaları gerektiğini ileri sürmektedir¹²⁰. Bununla birlikte öğretide yarı yarıya paylaşım durumunda birden fazla aile bireyi yoksulluğa düşecekse gelir elde eden ve ödeme kabiliyeti olan eşe asgari ihtiyaçlarını karşılayacak miktar bırakılması kaydıyla bu açığın kapatılması gerektiği

¹¹³ Gloor (n 16) Art 137 N 10; asgari ihtiyaçları aşan olası kısmın uygun bir şekilde eşler ve çocuklara paylaşılacağını belirtmekle yetinen Dolge (n 11) Art 276 N 9. Bu bağlamda bir görüş, küçük miktarların ve yaşça büyük çocukların bulunduğu olasılıkta eşlerin asgari ihtiyaçlarını aşan kısmın kafa sayısına göre bölünmesini, daha büyük miktarların ancak daha küçük çocukların varlığı durumunda ise somut olayın şartlarına göre çözüm bulunmasını savunurken [Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 17] diğer bir görüş ise daha isabetli olarak asgari ihtiyaçları aşan kısımdan öncelikle çocukların masrafının çıkarılması ve kalan miktarın ikiye bölünmesinden sonra çocukların masrafının onların yanına ve gözetimine bırakıldıkları eşe özgülenmesinin daha uygun olacağını böylelikle eşitlik ilkesinin de gözetileceğini ileri sürmektedir. Bu yönde Czitron (n 17) 77.

¹¹⁴ Czitron (n 17) 77-78.

¹¹⁵ TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının tespitinin malvarlığı paylaşımına sebebiyet vermemesi gerektiğini vurgulayan Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 34.

¹¹⁶ Czitron (n 17) 76. Bu fazlalığın kime özgüleneceğine dair tespite bulunmadan sadece yarı yarıya paylaşımın yapılmayacağını belirten Gloor (n 16) Art 137 N 10.

¹¹⁷ Boşanma kararının verilmesiyle birlikte bu davanın açıldığı tarihten itibaren TMK m. 225/f. 2 uyarınca edinilmiş mallara katılma rejimi, TMK m. 247/f. 2 uyarınca paylaşılmalı mal ayrılığı rejimi ve TMK m. 271/f. 2 uyarınca da mal ortaklığı rejimi sona erer.

¹¹⁸ Czitron (n 17) 76; benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 170.

¹¹⁹ Eşlerin gelirlerinin yeterli olmadığı durumda malvarlıklarına da başvurulabileceği hususunda Öztan (n 7) 751.

¹²⁰ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 170.

savunulmaktadır¹²¹. Kanaatimizce tedbir nafakasının amacı dikkate alındığında bu geçici önleme hükmedilirken öncelikle eşlerin asgari ihtiyaçlarının ve gelirlerinin hesaplanmasının sonucunda birikimde bulunmalarının mümkün olup olmadığı incelenmeli şayet mümkün değilse eşlerin ödeme gücünün önceki iş bölümünün değişmesiyle arttırılıp arttırılamayacağı araştırılmadan karar verilmemelidir¹²². Her halükârda hâkimin yapacağı değerlendirme sonucu takdir edeceği nafaka miktarı yükümlü eşi ödeme güçlüğüne düşürmemelidir¹²³. Bu bağlamda hiçbir geliri veya malvarlığı olmayan ve kendisinden çalışması da dürüstlük kuralları uyarınca beklenemeyen eşin nafaka yükümlü olarak tayin edilmemesi gerekir¹²⁴.

Yukarıda belirtilen ilkeler uyarınca her bir eşin ne kadar katkıda bulunacağı belirlenecek olup somut olayda evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun ifası için yeterli kaynağa sahip olamayan eş lehine¹²⁵ TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilecektir¹²⁶. Lehine nafaka hükmedilmesi gereken eşin boşanma davasının davacısı veya davalısı olması¹²⁷ veya cinsiyeti¹²⁸ bir önem taşımayacaktır.

¹²¹ Nitekim iki eşin de sosyal yardıma muhtaç hâle gelmesi hem idareye aşırı bir yük yaratacak hem de ödeme kabiliyeti bulunan eşin çalışma iradesini zedeleyecektir. Bu yönde Czitron (n 17) 79; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Dolge (n 11) Art 276 N 9. *Lüchinger ve Geiser*, boşanma kararının verilmesiyle birlikte bu davanın açıldığı tarihten itibaren TMK m. 225/f. 2 uyarınca edinilmiş mallara katılma rejiminin TMK m. 271/f. 2'ye göre de mal ayrılığı rejiminin sona ereceğinden hareketle bu geçici önlem bakımından benimsenen bu görüşün isabetinin şüpheli olduğunu ileri sürmektedir. Bunun için bkz. *Lüchinger und Geiser* (n 15) Art 145 N 17. Bu yöndeki İsviçre uygulaması örneği için bkz. BGE 121 I 98.

¹²² Benzer *Lüchinger und Geiser* (n 15) Art 145 N 17.

¹²³ Ceylan (n 6) 37. Aksi yönde bir değerlendirme 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 17. maddesinin ilk fıkrasında düzenlenen maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkını ihlal edecektir.

¹²⁴ Karşı yönde Yargıtay HGK, E 2017/2-1891, K 2018/1577, 25.10.2018 (Kazancı). Yukarıda anlatılan nafaka belirleme yöntemine aykırı bu kararın haklı eleştirisi için bkz. Bayram (n 2) 242-245. Yüksek mahkemeye göre nafaka yükümlüsü eşin yeterli gelirinin bulunmaması da tedbir nafakasına engel olmayıp sadece nafaka miktarının takdirinde dikkate alınabilecektir. Bu yönde Yargıtay HGK, E 2006/2-137 K 2006/211, 19.04.2006 (Kazancı). Bu tespit sadece talepte bulunan eşin diğer eşten daha fazla gelirin bulunmadığı ve kendisinden nafaka talebinde bulunulan eşin nafakayla birlikte ödeme güçlüğüne düşmeyeceği durumda isabetlidir. Talepte bulunan eşin daha fazla gelirin veya malvarlığının bulunması durumunda onun lehine nafakaya hükmedilmesi tedbir nafakasının amacına aykırılık teşkil edecektir. Bununla birlikte talepte bulunan kadın eşin gelirin diğer eşten daha fazla olması durumunun sadece nafaka miktarını etkileyeceğini belirterek farklı yönde Yargıtay HGK, E 2019/2-107 K 2022/318, 15.03.2022; Yargıtay 3 HD, E 2015/15213 K 2015/20875, 23.12.2015 (Kazancı).

¹²⁵ Doktrinde çalışabilecek durumda olmasına rağmen iş gücüne kayıtlı bir şekilde katılmayan eş lehine TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilemeyeceği ileri sürülmektedir. Kılıçoğlu (n 34) 120. Kanaatimizce anılan durumda çalışmayan eş için farazi gelir hesabı yapılmalı ve ancak yukarıda anlatılan hesaplama sonucunda onun, katkıya nafaka talep edilen eşten daha fazla muhtaç olmadığı sonucu varılırsa tedbir nafakası talebinde bulunamayacağı sonucuna varılmalıdır.

¹²⁶ Bu bağlamda her ne kadar kuramsal olarak evlilik birliğinin giderlerine katkı payı üzerinden açıklansa da bu ilkeler uygulandığında ortaya çıkan sonuç itibarıyla tedbir nafakasıyla esasen eşlerden birinin diğerine maddi katkıda bulunması sağlanmaktadır. Benzer Tekelioğlu (n 46) 92. Eşlerin ödeme güçlerinin birbirlerine denk olduğu durumda tedbir nafakasına hükmetmeye gerek olmadığı kabul edilmektedir. Bunun için bkz. Öztan (n 7) 751; Bayram (n 2) 225. Anılan olasılıkta nafaka zorunluluğunun ortadan kalktığını belirten Yargıtay HGK, E 2017/2-2427 K 2020/262, 05.03.2020 (Kazancı). Talepte bulunulan eşin sabit gelirin bulunmadığı talepte bulunanın ise çalışmadığı bundan dolayı da her iki eşin gelir durumlarının birbirlerine yakın kabul edilebileceği bir olayda sabit geliri bulunmayan eş aleyhine tedbir nafakasına hükmedilerek aksi yönde Yargıtay HGK, E 2017/2-1891 K 2018/ 1577, 25.10.2018 (Kazancı). Belirtmek gerekir ki, Anayasa Mahkemesi bir bireysel başvuruda asgari geçimini sağlayamayan bir kişi aleyhine hükmedilen nafakasının kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir [Bunun için bkz. İbrahim Acar Başvurusu, Başvuru Numarası: 2016/3140 T: 07.11.2019 (RG 17.12.2019 S 30981)] Son anılan Yargıtay kararını bu bireysel başvuru kararının gerekçesindeki unsurları da dikkate alarak inceleyen Cüneyt Pekmez, 'Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi' (2021) 7 (41) İAÜHFD 141, 156-158.

¹²⁷ Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 157.

¹²⁸ Topak (n 4) 427.

Taraflar arasında geçerli bir anlaşma bulunmadıkça ülke parası üzerinden hükmedilen tedbir nafakası¹²⁹ ödeme suretiyle ifa edilecek olup bu edimin ayın olarak karşılanması yükümlü eş tarafından teklif edilemez¹³⁰.

4. Tedbir Nafakası ile İlgili Ortaya Çıkan Önemli Meseleler

a. Tedbir Nafakasının Takdirinde Boşanma Sebebinde Eşlerin Kusur Durumunun Etkisi

TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına yönelik karar verilirken boşanma talebine dayanak olarak ileri sürülen vakialarda kimin kusurlu olduğu dikkate alınmaz¹³¹. Nitekim ilgili vakialarda kimin (daha) kusurlu olduğu ancak davanın esasının incelenmesi sonucunda verilecek kararın kesinleşmesiyle belirlenecek olup¹³² geçici tedbir nafakasına ilişkin değerlendirmenin yapıldığı anda kimin kusurlu olup olmadığının tespiti mümkün değildir¹³³. Bu bağlamda -yoksulluk nafakasından farklı olarak- yukarıda anlatılan yöntem uyarınca şartları mevcutsa boşanma sebebinin ortaya çıkmasında tek başına veya diğer eşe nazaran daha kusurlu olan eş lehine de TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilebilecektir¹³⁴. Aksi yönde bir kabul kusura ilişkin herhangi atıf da içermeyen TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının geçici hukuki koruma niteliği ile bağdaşmayacaktır¹³⁵. Buna ilaveten bu nafakanın kusur şartına bağlanması anılan katkının halihazırda varlığını koruyan evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun bir uzantısını teşkil ettiği olgusu ile de çelişecektir¹³⁶.

¹²⁹ Yargıtay 2 HD, E 2009/8040 K 2010/9659, 12.05.2010 (Kazancı).

¹³⁰ Öztan (n 7) 754.

¹³¹ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 131; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 19; Gloor (n 16) Art 137 N 10; Sutter und Freiburghaus (n 16) Art 137 N 34 Ceylan (n 6) 37; Akıntürk ve Ateş (n 12) 285; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 710; Dolge (n 11) Art 276 N 9; Günay İnan (n 8) 128; Yargıtay HGK, E 2017/2-1579, K 2018/673, 04.04.2018 (Kazancı). Eşler arasında eşitliğin kabul edilmediği dönemde erkeğin nafaka ödeme borcunun takdiri bakımından aynı yönde A. Egger, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar, Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251* (Zweite umgearbeitete Auflage 1936) Art 145, N 9; Tekinay (n 6) 251. Diğer eşten kusurlu olarak ayrı yaşayan eş lehine tedbir nafakasına hükmedilemeyeceğini belirterek farklı görüşte Köseoğlu ve Kocaağa (n 34) 194. Her ne kadar Yargıtay kararlarına dayansa da, tedbir nafakasına hükmedilmemesi gereken durumlar arasında kadının başka erkeklerle gece kulübüne giderek onlarla içki içmesi ve eve geç dönmesi ile kocası tarafından temin edilen eve gitmemesini ve duruşmada “eve gitmeyeceğini” söylemesini herhangi bir değerlendirmede bulunmadan sayan böylelikle de bu geçici önlemin alınmasında kusurun dikkate alınacağı izlenimi veren Ceylan (n 6) 38.

¹³² Ceylan (n 4) 113.

¹³³ Bundan dolayı ilk bakışta nafaka talebinde bulunan eşin vakialarda kusurunun bulunduğu dair kanaat bulursa dahi bu izlenime dayanarak ondan tedbir nafakası esirgenemez. Benzer Alix Haeschel, *Le devoir d'entretien entre époux* (Novos 1942) 40.

¹³⁴ Czitron (n 17) 80; Öztan (n 7) 749.

¹³⁵ Steinegger (n 38) 50. Yargıtay HGK, E 2012/2-1158 K 2012/827, 21.11.2012 tarihli kararından: “... Ekonomik olarak yardıma ihtiyacı olan kişi sonuçta tam kusurlu kabul edilse bile boşanma davası kesinleşene kadar tedbir nafakası devam edeceğine ve verilen tedbir nafakası geri alınmayacağına göre, tedbir nafakası ile tarafların kusuru arasında hukuki bir bağ olduğundan bahsedilemez...” (Kazancı).

¹³⁶ Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 710.

TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilmesi açısından eşlerin kusur durumunun önem taşıyor olması bazı durumlarda tedbir nafakası talebinde bulunulmasının hakkın açıkça kötüye kullanılması teşkil etme olasılığını ortadan kaldırmamaktadır. Bu bağlamda verilebilecek örneklerden en açık olanı, yoksulluk nafakası talep etmeyip sadece tedbir nafakası talebinde bulunan eşin davranışlarıyla boşanma davasını gereksiz yere uzatmasıdır¹³⁷. Bununla birlikte kanaatimizce tartışılması gereken olasılık, uygulamada da sıklıkla karşılaşıldığı üzere, tedbir nafakası talebinde bulunan eşin başka bir kişiyle birlikte yaşaması olgusudur. Anılan olguya ilişkin Yargıtay ile İsviçre Federal Mahkemesi'nin yaklaşımları farklıdır. Yargıtay'ın başka bir erkekle yaşayan kadın lehine tedbir nafakasına hükmedilemeyeceğine karar verdiği görülmektedir¹³⁸. İsviçre Federal Mahkemesi ise TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talep eden eşin yargılama süresince bir başkasıyla yaşamasını ve onun tarafından kapsamlı bir şekilde desteklenmesini hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirmiştir¹³⁹. İki yüksek mahkemenin yaklaşımları arasındaki fark hangi olgunun açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği olgusundadır. Kanaatimizce, halihazırda süren evlilik birliğine dair giderlere katılma borcunu karşılamakta zorlanan eşin geçim sıkıntısını aşmaya yönelik bir geçici önlem olan TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talep hakkının kötüye kullanılıp kullanılmadığında belirleyici kıstas, ilgili eşin bu katkıya dair bir ihtiyacının bulunup bulunmadığı olmalıdır. Bu bağlamda sadece başka bir kişiyle yaşayan değil aynı zamanda ondan tedbir nafakası talep edilmesini gereksiz kılacak düzeyde kapsamlı bir yardım alan eşin nafaka talep etmesi hakkın açıkça kötüye kullanılması sayılmalıdır¹⁴⁰. Eşin bir başkasıyla evliymiş gibi yaşadığı durumlarda hakkın açıkça kötüye kullanıldığında -bundan bir menfaat sağlayıp sağlamadığı araştırılmaksızın¹⁴¹- tereddüt edilmemeli ancak bu yoğunlukta olmayan birlikte yaşamada ise esasen eşin anılan durumda TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası talep etmesini gereksiz kılacak bir iktisadi menfaat elde edip etmediğine bakılmalıdır¹⁴². Elde edilen menfaat bu alacak hakkını tamamen gereksiz kılıyorsa tedbir nafakasına dair herhangi bir önlem alınmamalı; şayet elde edilen iktisadi menfaat TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasını gereksiz kılmaya yeterli değilse, başka kişiyle yaşayan eşin ödeme gücünün belirlenmesinde dikkate

¹³⁷ Czitron (n 17) 82.

¹³⁸ Yargıtay 2 HD, E 2021/534 K 2021/1665, 25.02.2021; Yargıtay 2 HD, E 2015/15309 K 2016/6985, 06.04.2016 (Kazancı).

¹³⁹ BGE 118 II 225. Bu karardaki bazı tespitlere dair eleştirel bir inceleme için bkz. Thomas Geiser, 'Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten (1993) 8 AJP 903, 907-908.

¹⁴⁰ Benzer Bayram (n 2) 234.

¹⁴¹ Nitekim evliymiş gibi başkasıyla yaşam mahiyeti gereği diğer eşten katkı ihtiyacını ortadan kaldırır.

¹⁴² Bu ayrımdan hareketle kanaatimizce Yargıtay'ın evlilik sona ermeden nişanlanan kadın lehine tedbir nafakasına hükmedilmemesi gerektiği yönündeki içtihadının [Yargıtay 2 HD, E 2003/1034 K 2003/3249, 10.03.2003 (Kazancı)] isabetine ihtiyatla yaklaşmak gerekmektedir. Tedbir nafakası talebinde bulunan kişinin sadece nişanlanmış olması tek başına ne başka bir kişiyle birlikte yaşadığı ne de ondan bir maddi destek gördüğünü ortaya koymaya yeterlidir. Nişanlanmanın tek başına tedbir nafakasına engel olacağı ileri sürmek bu alacak hakkının takdirinde talepte bulunanın kusurunun da dikkate alındığı izlenimini doğurmaktadır.

alınmalı ve ilgili alacak bu duruma uygun şekilde indirilerek takdir edilmelidir¹⁴³. Son olarak belirtmek gerekir ki, boşanma yargılaması süresince evlilik birliğinin giderlerine katılmaya yeterli gücü olmayan ve başkasıyla da kendisine herhangi bir iktisadi menfaat sağlamayacak şekilde birlikte yaşayan eş lehine ancak boşanma davasına karşı çıkması halinde tedbir nafakasına hükmedilmemelidir¹⁴⁴.

b. Tedbir Nafakasının Sona Ermesi

Geçici tedbir nafakası, geçici önlemleri sona erdiren diğer sebeplere ilaveten taraflardan birinin ölümü, gaipliğine karar verilmesi, ölümü¹⁴⁵, alacaklının başkasıyla evli gibi yaşaması durumunda sona erer¹⁴⁶.

c. Tedbir Nafakasından Feragat

Yargıtay'a göre henüz doğmamış bir haktan feragat mümkün olmadığından boşanma davası açılmadan önce TMK m. 169 anlamında tedbir nafakasından feragat geçerli değildir¹⁴⁷. Doktrinde de aile hukukundan doğmasından ve kişiye sıkıya bağlı niteliğinden hareketle henüz doğmadığı bir dönemde tedbir nafakasından feragatin TMK m. 23'e aykırı olacağı belirtilerek¹⁴⁸ bu sonuç kanaatimizce daha sağlam kuramsal dayanaklarla temellendirilmektedir.

Boşanma davasında hükmolunan tedbir nafakasından feragat durumunda ise bu tek taraflı beyan kesin hüküm sonuçları doğurduğundan nafaka feragat tarihinden itibaren sona erer¹⁴⁹. Bununla birlikte sonradan nafakanın tekrar talep edilmesi durumunda ise tedbir nafakasına talep tarihi itibarıyla hükmedilecektir¹⁵⁰.

D. Malvarlığı İlişkilerine İlişkin Önlemler

Kanun koyucu TMK m. 169'da hâkimin boşanma veya ayrılık davası açılınca davanın devamı süresince re'sen alabileceği gerekli önlemleri örnekleme yoluyla sayarken bunların arasında eşlerin mallarının yönetimine ilişkin tedbirleri de zikretmiştir. Düzenlemede sayılan önlemlerin sınırlı sayıda olmadığı dikkate alındığında daha genel bir bakış açısıyla -eşlerin mallarının yönetimine ilişkin

¹⁴³ Benzer değerlendirme ve özellikle İsviçre yargı uygulamasının başkasıyla yaşamının TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası önlemine etkisi bakımından bkz. Ciziron (n 17) 82-87.

¹⁴⁴ Geiser (n 139) 908.

¹⁴⁵ Yargıtay 2 HD, E 2012/6518 K 2012/26283, 06.11.2012 (Kazancı).

¹⁴⁶ Benzer Öztan (n 7) 754; Bayram (n 2) 242; Topak (n 4) 428.

¹⁴⁷ Yargıtay 2. HD, E 2003/1076 K 2003/2320, 24.02.2003 (Kazancı).

¹⁴⁸ Öztan (n 7) 752.

¹⁴⁹ Davadan feragatin kesin hüküm gibi sonuç doğurduğu hakkında ayrıca bkz. Serpil Işık, 'Medenî Usul Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Mercî: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler (2021) 27 (2) MÜHFHAD 1597.

¹⁵⁰ Yargıtay 2 HD, E 2014 / 4976 K 2014/15097, 01.07.2014 (Kazancı).

olanları da içerecek şekilde- eşler arasındaki malvarlığı ilişkilerine dair uygulamada öne çıkan önlemlerin incelenmesi daha yararlı olacaktır.

1. Mal Rejimine İlişkin Geçici Önlemler

TMK m. 202 / f. 1 uyarınca 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir. Bununla birlikte TMK m. 202 / f. 2 uyarınca eşlerin yapacakları bir mal rejimi sözleşmesiyle kanunda düzenlenen diğer rejimlerinden birini (mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı veya mal ortaklığı) kabul etmeleri mümkündür. Gerek yasal gerek seçimlik mal rejimlerine ilişkin kanunda özel düzenlemeler bulunmakta olup eşler tabi oldukları mal rejiminin içeriğini, TMK m. 203, c. 2'de de belirtildiği üzere, kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde düzenleme yetkisini haizdir.

Yasal ve seçimlik mal rejimleri dışında TMK m. 206-212 arasında ayrıca olağanüstü mal rejimi de düzenlenmiştir. Haklı sebebin veya kanunda öngörülen durumların varlığı halinde hâkim kararıyla veya kanunda düzenlenen bazı sebepler temelinde kendiliğinden mal ayrılığı rejimine geçiş anlamına gelen ve eşlerin veya alacaklıların ekonomik menfaatlerini tehlikeye atan durumları ortadan kaldırmayı amaçlayan¹⁵¹ bu hukuki imkân öğretide geniş anlamda bir evlilik birliğini koruyucu önlem olarak nitelendirilmektedir¹⁵².

Boşanma davasının açılmasının olağanüstü mal rejimine geçiş kararı açısından haklı sebep teşkil edip etmediği tartışmalıdır. Doktrinde bir görüş, olağanüstü mal rejiminin düzenleniş amacından hareketle boşanma davasının açılmasının TMK m. 206 uyarınca mal ayrılığı rejimine geçiş açısından genelde haklı sebep teşkil edeceğini belirtmektedir¹⁵³. Çoğunluk görüşü ise boşanma davasının açılmasının olağanüstü mal rejimine geçiş kararını tek başına meşrulaştırmayacağını ileri sürmektedir. Bu görüş ise kendi arasında, boşanma davasına ilaveten TMK m. 197 veya TMK m. 206 / f. 2'de belirtilen özel sebeplerden birinin gerçekleşmesi gerektiğini ileri sürenler¹⁵⁴ ile anılan maddelerdeki özel nedenler gerçekleşmemiş olsa da boşanma davasının açılmasının dışında haklı sebebin varlığı halinde de olağanüstü mal rejimine hükmedebileceğini savunanlar¹⁵⁵ olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. Kanaatimizce boşanma davasının açılmasına ilaveten ayrıca TMK m. 197 veya TMK 206/ f. 2'de sayılan özel sebeplerin varlığını aramaya gerek olmayıp -esasen her iki düzenlemede de varlığı olağanüstü mal rejimine geçiş için yeterli görülen- haklı sebebin bulunması

¹⁵¹ Serra Kocar, 'Olağanüstü Mal Rejimi' (2019) 5 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157, 159.

¹⁵² Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) 1029.

¹⁵³ Zafer Zeytin, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı Seçkin 2021) N 100, 103.

¹⁵⁴ Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 185 N 8.

¹⁵⁵ Czitron (n 17) 134; Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art. 145 N. 326.

durumunda¹⁵⁶ TMK m. 169'daki diğer önlemler gibi gereklilik, uygunluk ve orantılılık ilkelerine uyduğu takdirde mal ayrılığına geçişe karar verilebilir¹⁵⁷. Belirtmek gerekir ki böyle bir geçici önlem esasen boşanmaya karar verilmediği durumlarda uygulama açısından önemi haiz olacaktır¹⁵⁸. Nitekim yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi TMK m. 225 / f. 2 uyarınca mahkemece evliliğin boşanma sebebiyle sona erdirilmesine karar verilmesi durumunda mal rejimi zaten dava tarihinden itibaren geçerli bir şekilde sona erecektir.

Boşanma yargılaması süresince TMK m. 169 uyarınca alınmış mal ayrılığı rejimine geçiş kararının kaldırılması ancak TMK m. 208 / f. 2 uyarınca bunu gerektiren hâlin ortadan kalkması ile yine hâkim kararıyla gerçekleşecektir. Bu bağlamda boşanma davasının reddedilmesi tek başına mal ayrılığına geçişten dönmeyi sağlamayacaktır¹⁵⁹. Hâkimin şartların mevcudiyeti halinde sadece önceki mal rejimine dönmeye hükmedebilecek olup bundan başka bir mal rejiminin uygulanmasına karar veremeyecektir¹⁶⁰.

Olağanüstü mal rejimine geçiş esasen malvarlığına ilişkin önlemler bakımından son çare niteliğindedir¹⁶¹. Bu bağlamda somut olaya göre ölçülülük bağlamında daha hafif önlemlere karar verilmesi mümkün ise bu önleme başvurulmaması gerekmektedir. Somut olaya göre daha hafif olarak nitelendirilebilecek hukuki korumaların başında mal rejimi tasfiyesi bakımından belirleyici malvarlığı değerlerinin güvence altına alınması için TMK m. 216 uyarınca envanter yapılmasına hükmedilmesi gelmektedir. Mal rejimiyle doğrudan ilgili diğer daha hafif önlem olarak mal rejiminden doğan alacak hakkının güvence altına alınmasını sağlamak amacıyla çekişmeli malvarlığı değerlerinin yönetilmesi veya yararlanılmasına karar verilmesi zikredilebilir¹⁶². Mal rejiminden doğan alacak hakkını güvence altına alan ve mal rejimine özgü diğer bir önlem ise eşin diğer eşe karşı olan mal rejiminin tasfiyesinden doğan borcu için hâkimin onu TMK m. 217 / c. son uyarınca teminat göstermekle yükümlü tutmasıdır.

¹⁵⁶ TMK m. 206/ f. 2'de bentler halinde sayılan durumlar incelendiğinde bu tartışmanın sadece kuramsal nitelik taşıdığı söylenebilecektir.

¹⁵⁷ Benzer Faruk Acar, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin Ankara 2021) N 534.

¹⁵⁸ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 324. Bu düzenlemenin uygulama alanının genellikle mal ortaklığı rejiminin uygulandığı evlilikler olduğu yönünde Ayan (n 32) 297; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 159.

¹⁵⁹ Czitron (n 17) 136.

¹⁶⁰ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 331.

¹⁶¹ Mal ayrılığına geçişin önceden mevcut bazı beklentilere dair sert sonuçlar doğuracağından ve olağanüstü mal rejimin ortadan kaldırılması ileriye etkili olarak sonuç doğuracağından bu önlemin geçici değil sürekli nitelik taşıdığını belirten Czitron (n 17) 132-133.

¹⁶² Gloor (n 16) Art 137 N 12; bu bağlamda uygulanan mal rejimine göre yönetim yetkisinin eşlerin birinden alınıp diğerine verilebileceği gibi her bir eşin malının yönetiminin kendisine bırakılmasına hükmedilebileceğini belirten Kılıçoğlu (n 34) 120.

TMK m. 169 uyarınca geçici önlem olarak alınan olağanüstü mal rejimine geçiş dava tarihinden itibaren; olağanüstü mal rejimine geçişe dair kararın kaldırılması ise buna dair kararının kesinleşmesinden itibaren hüküm ifade edecektir¹⁶³.

2. Tasarruf Yetki Kısıtlamasına Karar Verilmesi

Aile konutunun korunmasına ilişkin TMK m. 194 ile edinilmiş mallarını elden çıkarmak suretiyle diğerinin katılma alacağından mahrum kalmasına neden olabilecek eşin belirli devirlerine konu malvarlığı değerlerinin de artık değerinin hesabında dikkate alınmasına yönelik TMK m. 229 (ve bu düzenlemenin tamamlayıcısı olan alacaklı eşe üçüncü kişilere karşı dava açma hakkı veren TMK m. 241'in¹⁶⁴)'un boşanma yargılaması süresince malvarlığı değer kaymalarını yeterli şekilde engelleyemediği durumlar ile karşılaşmak mümkündür. Anılan olasılıkta hâkim bazı malvarlığı değerleri üzerinde tasarrufta bulunulmasının ancak malik olmayan eşin rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir¹⁶⁵.

"Eşlerin mallarının yönetimine ilişkin" olarak TMK m. 169 uyarınca re'sen hükmedilebilecek bu geçici önlem aynı zamanda TMK m. 199'da bir evlilik birliğinin korunması önlemi¹⁶⁶ olarak da düzenlenmiştir¹⁶⁷. Son anılan hükmün boşanma yargılaması¹⁶⁸ çerçevesinde karar verilecek tasarruf yetki sınırlamaları için kıyasen uygulanabileceği kabul edilmektedir¹⁶⁹. Bu bağlamda bu geçici hukuki korumaya TMK m. 169 uyarınca hükmedilirken, esasen ilgili kanun hükmündeki şartların ve kanun koyucunun bu bağlamdaki değer yargılarının mümkün olduğu ölçüde gözetilmesi gerekmekte olup¹⁷⁰ boşanma davasının açılmasıyla ortaya çıkan, eşlerin menfaat durumlarındaki değişiklik de özellikle dikkate alınmalıdır.

¹⁶³ Spühler und Frei-Maurer (n 14) Art 145 N 330-331.

¹⁶⁴ TMK m. 229 ile TMK m. 241 arasındaki ilişkiye dair bkz. Zeynep Rana Demir, *Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Ekleneyecek Değerler* (On İki Levha 2021) 103-104.

¹⁶⁵ Spühler / Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 367.

¹⁶⁶ TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki sınırlamasına karar verebilmek için eşlerden biri tarafından evlilik birliğinin iktisadi açıdan korunmasını gerektirecek veya evlilik birliğinin genel hükümlerinden ya da mal rejiminden kaynaklanan eşler arasındaki bir yükümlülüğün yerine getirilmemesine yönelik ciddi bir tehlikeye sebebiyet verilmesi gerekmektedir. Hangi durum açısından mevcut olursa olsun güncel ve ciddi nitelik taşıması gereken tehlikenin diğer eş ve aile üyelerini zora düşürecek kadar yoğunluğa ulaşması gerek olmayıp talepte bulunan eş tarafından olabildiğince somut olgulara dayanarak yaklaşık ispat ile ortaya konması yeterlidir. Tasarruf yetkisinin kısıtlaması talep edilen eş tarafından yeterli miktarda güvencenin sağlanması durumunda bu tehlike ortadan kalktığından önleme karar verilemeyecektir. TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki kısıtlamasına ilişkin şartlara dair detaylı bilgi için bkz. Bräm (n 59) Art 178 N 11-16; Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178, N. 6-8b; Ursula Schmid, *Orell Füssli Kommentar* (4. Auflage Orell Füssli 2021) Art 178 N 1-4; Öztan (n 7) 381-385; Kılıçoğlu (n 34) 219-221; Ayan (n 32) 258-263; Yılmaz (n 61) 284-294; Eylül Can Köse, *Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar* (On İki Levha 2020) 90-97.

¹⁶⁷ Mustafa Alper Gümüş, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281) (Vedat 2008) 191. TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki kısıtlamalarına talep üzerine hükmedileceği yönünde farklı Köse (n 166) 96-97.

¹⁶⁸ Evlilik birliğinin korunması önlemi olarak düzenlenmiş olsa da tasarruf yetki sınırlanmasına dair geçici önleme boşanma yargılaması süresince de hükmedilebileceği (Tarkan Göksu /Adrian Heberlein, *CHK Handkommentar zum Schweizer Privat- und Familienrecht -Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG*, Herausgeber: Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (3. Auflage Schultess 2016) Art 178 N 1) ve uygulamada ilgili önleme görece sıklıkla bu zaman diliminde başvurulduğu hususunda Yılmaz (n 61) 280.

¹⁶⁹ Ivo Schwander, 'Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 22.10.1992, H. c. H. (5P. 227/1992), Staatsrechtliche Beschwerde' (1993) AJP I 86, 86.

¹⁷⁰ Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 8.

TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki sınırlamasına karar verilirken boşanma yargılamasından doğan taleplerin cebri icrasının güvence altına alınmasına yönelik menfaatler gözetilecek olup TMK m. 199 uyarınca önleme hükmedilirken göz önünde tutulan evlilik birliğindeki çıkarların karşılaştırılması dikkate alınmaz¹⁷¹. Bu bağlamda belirtmek gerekir ki boşanma yargılamasında malvarlığını ilgilendiren taleplerinin içeriğinin daha ölçülebilir olması¹⁷² ve eşin ilgili malvarlığı değerinin devrinden sonra bunları karşılayabilecek konumda bulunup bulunmadığının daha kolay tespit edilebilir olması, bu geçici önleme TMK m. 199 kapsamında belirtilenlerden daha az sıkı şartların da gözetilerek hükmedilmesine imkân verir¹⁷³. Bu kuramsal tespitleri somutlaştırmak gerekirse, TMK m. 199’da tasarruf yetki kısıtlamasına hükmedilmesi için gerekli olan ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gibi gereklilikler TMK m. 169 uyarınca alınabilecek bu içerikteki önleme hükmetme açısından dikkate alınmaz¹⁷⁴. Buna ilaveten TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki kısıtlamasına hükmedilebilmesi açısından ciddi ve güncel bir tehlikenin bulunduğu inandırıcı kılınması yeterli olup hâkimin bu önleme karar verebilmesi için görünüşte delile dayalı olarak ileri sürülen malvarlığına ilişkin talep hakkının olası şekilde mevcudiyetine ve tehlikede olduğuna ikna olması lazımdır¹⁷⁵. Esasen TMK m. 199 uyarınca alınacak geçici önlem için de geçerli olan bu ispat düzeni, TMK m. 169 uyarınca tasarruf yetki sınırlaması bakımından özelliğini ciddi tehlikeyi ortaya koyan olguların daha yüzeysel olmasında gösterecektir. Bu bağlamda başka bir teminat önerilmiyorsa, yapılan tasarrufun kârlılığı ortaya konulabiliyorsa veya tasarruf konusu malvarlığı değerinin mal rejimi tasfiyesiyle hiçbir bağlantısının bulunmadığı ya da muhtemel alacakların icrasına bir güvence teşkil etmediği kabul edilmiyorsa hâkimin bu önleme re’sen karar vermesi gerektiği öğretide benimsenmektedir¹⁷⁶.

Önlemin içeriğinin belirlenmesinde geniş takdir yetkisini haiz olmakla birlikte hâkim, bu geçici hukuki korumaya hükmederken TMK m. 169 uyarınca gözetilmesi gereken genel kıstasları¹⁷⁷ dikkate almalıdır. Bu önlem özelinde ise tasarruf yetki kısıtlamasına konu malvarlığı değeri saptanırken¹⁷⁸ özellikle bu önlemin

¹⁷¹ Schwander (n 169) 87.

¹⁷² Örneğin edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı bir evlilikte TMK m. 225/f. 2 uyarınca mahkemece boşanma sebebiyle sona erdirilmesine karar verilmesi hâlinde mal rejiminin dava tarihinden geçerli olmak üzere sona ereceği ve alacaklı eşin katılma alacağının belirlenmesinde TMK m. 235/f. 1 uyarınca mal rejiminin sona erdiği sırada mevcut olan edinilmiş malların, tasfiye anındaki değerleriyle hesaba katılacağı düzenlenmiştir.

¹⁷³ Schwander (n 169) 87; Czitron (n 17) 142.

¹⁷⁴ Öztan (n 7) 746.

¹⁷⁵ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 369.

¹⁷⁶ Schwander (n 169) 88.

¹⁷⁷ Detaylı bilgi için bkz. Geçici Önlem Alınmasının Şartları başlığındaki açıklamalar. Bu bağlamda gerekli ve orantılı ise eşler boşanma yargılamasına rağmen birlikte yaşamaya devam etse dahi bu önleme karar verilebilir. Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 33.

¹⁷⁸ Hangi malvarlıklarına ilişkin olduğu somut olarak gösterilmeksizin genel ve soyut nitelikte tasarruf yetkisi kısıtlamasına gidilemeyeceğini vurgulayan Yargıtay 2 HD, E 2014/2235 K 2014/10433, 06.05.2014 (Kazancı).

uygulanabilirliğinin ve eşler üzerinde yaratacağı etki göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷⁹. Buna ilaveten Yargıtay, boşanmaya karar verilmesi durumunda hükmedilmesi mümkün boşanmaya bağlı tazminat ve nafaka haklarının temin edilmesi için dahi olsa dava konusu olmayan ve eş üzerinde kayıtlı taşınmazlar üzerine tedbir konulamayacağına dair görüşü ile, bu takdir yetkisine başka bir sınırlama daha getirmektedir¹⁸⁰.

Alınabilecek geçici önlemlere dair herhangi bir sınırlama getirmeyen TMK m. 169 uyarınca hâkimin, yukarıdaki şartların varlığı durumunda, ilgili malvarlığı değeri üzerinde malik eşin tasarrufu ve/veya borçlandırıcı işlem yapma yetkisini kısıtlaması mümkündür¹⁸¹.

Mahkeme tarafından hükmedilen tasarruf yetki sınırlaması sadece eşler arasında hüküm ifade edecek olup ilgili eşin fiil ehliyetine herhangi bir etkide bulunmaz¹⁸². Aleyhine önleme hükmedilen eş bu karar ile diğerinin rızası bulunmaksızın ilgili malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunamaz¹⁸³.

Kanunda kararın ilan öngörülmediğinden kural olarak tasarruf yetki sınırlaması üçüncü kişileri de ilgilendiren sonuçlar doğuramaz¹⁸⁴. Diğer eşin rızası alınmaksızın yapılmış tasarruf işleminin üçüncü kişiler açısından doğacak hukuki sonuçlar eşyalar bakımından zilyetliğin kazanılması hükümlerine¹⁸⁵, alacaklar açısından ise alacağın devri hükümlerine göre belirlenecektir. Bu bağlamda üçüncü kişilerin iyiniyetli hak iktisabının önüne geçmek için TMK m. 199 / f. 2 uyarınca gerekli önlemleri alma

¹⁷⁹ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 369.

¹⁸⁰ Yargıtay 2 HD, E 2019/1503 K 2019/8395, 09.09.2019. Boşanmadan kaynaklı maddi tazminat talebinin hukuki niteliği ve bağlantılı sonuçlar için bkz. Cansu Kaya Kızıllırmak, *Boşanmada Maddi ve Manevi Tazminat* (On İki Levha 2021) 48-53.

¹⁸¹ Czitron (n 17) 143. Bununla birlikte hâkime TMK m. 169'daki kadar geniş bir takdir yetkisinin tanınmadığı TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki sınırlaması kararı ile malikin ilgili malvarlığı değeri üzerinde borçlandırıcı işlemde bulunma yetkisinin de sınırlandırılıp sınırlandırmayacağı tartışmalıdır. Bu tartışmaya dair çeşitli görüşler ve açıklamalar için bkz. Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178 N 12; Yılmaz (n 61) 300-303.

¹⁸² TMK m. 199 uyarınca tasarruf yetki kısıtlaması bakımından bu yönde Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178 N 13.

¹⁸³ Herhangi bir geçerlilik şekline tabi olmayan diğer eşin rızası işlemden önce veya sonra verilebilir. İzin alınmadan yapılan işlemin diğer tarafı, işlemin uzun süre askıda kalmasının önlenerek hukuk güvenliğinin sağlanması amacıyla, diğer eşten uygun bir süre içinde bu işleme icazet verip vermeyeceğini bildirmesini isteyebilir. Diğer eşin rızasını sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eşin, TMK m. 194 / f. 2'nin kıyasen uygulanmasıyla, hâkimin müdahalesini talep etmesi mümkündür. TMK m. 199 açısından benzer Bräm (n 59) Art 178 N 17-18; Nami Barlas 'Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları', Makalelerim Cilt: I (Vedat 2008) 223, 250; Yılmaz (n 61) 303-305; Köse (n 166) 102-105.

¹⁸⁴ Bununla birlikte bu durumda ortaya çıkan olumsuz sonuçlar TMK m. 199/f. 2 ve f. 3'te koruyucu önlemler ile azaltılmıştır. Bu yönde Schmid (n 166) Art 178 N 8.

¹⁸⁵ Bu bağlamda taşınmazlar açısından bakıldığında tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşten maliki olduğu taşınır eşya üzerinde mülkiyet veya sınırlı hak edinen ya da para ve hamiline yazılı senedi devralan iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı korunacaktır. Bu yönde bkz. Czitron (n 17) 144. Taşınmazlar açısından ise öğretilen mahkeme kararının TMK m. 199 / f. 3 uyarınca henüz tapuya şerh verilmediği dönemde tasarruf yetkisi sınırlandırılan eşin diğerinin rızasını almadan önlem konusu malvarlığı değeri üzerinde tasarrufta bulunması durumunda işlemin diğer tarafının iyiniyetinin korunup korunmayacağı tartışmalıdır. Buna dair detaylı bilgi için Oğuzman ve Seliçi ve Oktay-Özdemir (n 49) N 1058; Nomer ve Ergüne (n 49) N 523. Şerhin etkisine dair detaylı inceleme için bkz Köse (n 166) 110-112.

yetkisini haiz olan hâkim¹⁸⁶ tasarruf yetki sınırlamasının konusu malvarlığı değeri taşınmaz ise bu durumun TMK m. 199 / f. 3'e göre re'sen tapuya şerh edilmesine karar verecektir.

3. Borçların Diğer Eşe Ödenmesi

“Eşlerin mallarının yönetimine ilişkin” olarak hükmedilebilecek bu geçici önlem¹⁸⁷ esasen TMK m. 198'de bir evlilik birliğinin korunması önlemi olarak düzenlenmiştir. Boşanma yargılaması süresince tedbir nafakasını ödemekle yükümlü olan eşin¹⁸⁸ borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmeyerek diğer eşin talep hakkını tehlikeye düşürmesi durumunda da, hâkimin TMK m. 169 uyarınca sahip olduğu yetkiye dayanarak borcunu ifa etmeyen eşin borçlularının ödemeyi tamamen veya kısmen diğer eşe yapmalarına re'sen karar verebileceği kabul edilmektedir¹⁸⁹.

TMK m. 198'in kıyasen uygulanacağı¹⁹⁰ bu önleme hükmederken hâkim, son anılan düzenlemedeki özel şartlarla bağlı olmamakla birlikte TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasının ödenmesinde önemsiz gecikmelerin veya kısmi ya da geç ifaya dair hafif tehlikenin varlığını da¹⁹¹ ilgili geçici hukuki koruma kararı açısından yeterli kabul etmeyecektir¹⁹². Nitekim ifanın gerçekleşmesine yardımcı bu imkân nafaka yükümlüsü eş bakımından köktenci sonuçlar doğurabileceğinden bu önleme ancak orantılılık ilkesi gözetilerek ve bu bağlamda ilgili yükümlülüğe ilişkin ifa engeli, diğer eşin talep hakkı bakımından ciddi bir tehlikeye neden oluyorsa hükmedilecektir. İlgili borç birden fazla kez yerine getirilmemişse veya yükümlü eşin davranışlarından bu yükümlülüğün gelecekte ifa edilmeyeceği anlaşılıyorsa bu tehlikenin mevcudiyeti kabul edilebilecektir¹⁹³. Bu önleme karar verilmesine neden olan ifa engeli bakımından

¹⁸⁶ TMK m. 199 bakımından bu yönde Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 178 N 20; Ayan (n 32) 268. Uygulamada karşılaşılan koruyucu önlemlere örnek olarak aleyhine önlem alınan eşin banka hesaplarının bloke edilmesi ve taşınır malın veya kıymetli evrakin mahkeme, banka veya üçüncü bir kişiye saklanmak üzere tevdi edilmesi verilebilir. Benzer örnekler için bkz. Yılmaz (n 61) 307-308; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 987.

¹⁸⁷ Bu yönde Bräm (n 59) Art 177 N 7; Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 177 N 8d; Bähler (n 3) Art 276 N 6.

¹⁸⁸ Hâkimin, ifa kabiliyeti olan eşin iktisadi açıdan zor durumda olan diğer eşe ödemekle yükümlü olduğu yargılama gideri avansı borcu ile ilgili olarak da bu önleme karar verebileceğini ileri süren Czitron (n 17) 149. Kanaatimizce, tedbir nafakası belirlenirken dikkate alınan evlilik birliğinin giderlerine katılma borcunun bir parçasını teşkil ettiğinden [davamın umutsuzluğa başlangıçtan itibaren anlaşılıyorsa veya kötücül bir niyetle açılmamışsa bu katkıyı da evlilik birliğinin giderlerine katılma borcu kapsamında değerlendiren Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 163 N 15] dolayı anılan harcama kaleminin bu önlemin uygulama alanı açısından ayrıca zikredilmesine gerek yoktur.

¹⁸⁹ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 380; Öztan (n 7) 749. TMK m. 169 uyarınca bu önleme hükmedilmesi durumunda borçlulara verilen emrin hukuki temelini değiştireceğini tespit ederek Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 177 N 24.

¹⁹⁰ TMK m. 198'in 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'ndeki karşılığını teşkil eden TKM m. 163'ün kaynağı olan İMK m. 171'e atfen kıyas vurgusunda bulunan Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 379; evlilik birliğinin korunması önlemlerine dair hükümlerinin geneli bakımından benzer vurgu için bkz. Bräm (n 59) Art 177 N 7.

¹⁹¹ Bu bağlamda yükümlü eş, tedbir nafakasını ödeme yükümlülüğünü kısmen veya tamamen geciktirmiş olmakla birlikte ilgili durumun ileride tekrar edeceğine ilişkin bir emare söz konusu değilse veya bu ifa etmeme olgusu sadece hastalık veya işsizlik gibi anlayışla karşılanabilir bir acil durumdan kaynaklanmışsa bu tedbire hükmetmemek gerekir. TMK m. 198 bakımından benzer Philipp Maier und Rolf Vetterli, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage Stämpfli 2022) Art 177 N 4.

¹⁹² Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 380; Czitron (n 17) 150.

¹⁹³ Borçlu eşin davranışının ödeme ahlakının bozulduğuna ve gelecekte de düzelmeyeceğine işaret etmesi durumunda ihlalin önemli bir ağırlığının olacağını belirten Maier und Vetterli (n 191) Art 177 N 4.

yükümlü eşin kusurlu olup olmamasının bir önemi bulunmamakta olup¹⁹⁴ eşler arasındaki mal rejimi sözleşmesinin türü de belirleyici değildir¹⁹⁵.

Emir nafaka yükümlüsünün bir veya birden fazla borçlusuna verilebilir. Bu bağlamda talimat kural olarak ismen belirtilen borçluya yöneltilmeli¹⁹⁶ ve emre konu borç miktarı, emrin süresi ve ödemenin unsurları (kime yapılacağı, yeri ve zamanı) ona bildirilmelidir¹⁹⁷. Bu içeriğe ilaveten doktrinde bu emirde talimata uyulmaması durumunda borçlunun ikinci defa ödeme yapmasının gerekeceğinin de açıkça ifade edilmesi gerektiği belirtilmektedir¹⁹⁸.

Yükümlü eşin ekonomik kişiliğine ve üçüncü şahıslarla olan ilişkilerine müdahale ettiği için hızlı ve kolay bir şekilde hükmedilmemesi gereken bu geçici önlem¹⁹⁹ ne TBK m. 185 anlamında alacağın yargısal devri²⁰⁰ ne de yenileme teşkil etmekte olup nafaka yükümlüsü eşin -alacaklı konumunu muhafaza etse de²⁰¹- alacak hakkı üzerindeki tasarruf yetkisini talimatın kapsamıyla sınırlı olarak kaybetmesi²⁰² sonucunu doğurur²⁰³. Emre konu borcun borçlusu ancak bu emir ile esasen evlilik birliği adına ahzükabza (tahsile) yetkili kılınmış olan nafaka alacaklısı eşe²⁰⁴ ifa ile borcundan kurtulacaktır²⁰⁵. Alacaklı eş bu alacağı dava edebilme ve buna ilişkin icra takibi yapabilme yetkilerini haizdir²⁰⁶.

¹⁹⁴ TMK m. 198 açısından Schmid (n 166) Art 177 N 3; Yılmaz (n 61) 255.

¹⁹⁵ TMK m. 198 açısından benzer Hausheer und Reusser und Geiser (n 47) Art 177 N. 8, 9.

¹⁹⁶ Uygulamada özellikle nafaka yükümlüsünün hizmet sözleşmesinden dolayı sahip olduğu ücret alacağının emre konu edildiği dikkate alındığında bu talimatın muhatapları çoğu zaman işverenlerdir. Emrin verildiği borçlunun ismen belirtilmesi kural olmakla birlikte nafaka yükümlüsünün iş değiştirme tehlikesine karşı "ilgili işverene" yöneltilmek suretiyle de bu talimatın düzenlenmesi mümkündür. Anılan olasılıkta değişen işverene muhatap olduğu bu önleme dair gerek mahkeme aracılığıyla gerek özel yoldan bilgisinin sağlanması gerekmektedir. Benzer Maier und Vetterli (n 191) Art 177 N 3. Bu geçici hukuki korumanın iş ilişkisine etkileri bakımından detaylı inceleme için bkz. Gülümden Ürcan, 'TMK m. 198 Uyarınca Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemin İş İlişkisine Etkileri ve İşçi Alacakları' (2022) 1 (72) Çalışma ve Toplum 299-328.

¹⁹⁷ Schmid (n 166) Art 177 N 4. TMK m. 198 uyarınca talimat kararına hükmedebilmek için önceden mahkemenin ihmalkâr davranan eşin parasal katkı miktarını tespit etmiş olmasının zorunlu bir şart olarak aranmayacağına yönelik Yılmaz (n 61) 257.

¹⁹⁸ Yılmaz (n 61) 269. Bununla birlikte ihtiyati tedbire muhalefetten dolayı HMK m. 398 uyarınca ceza yaptırımının uygulanacağına dair uyarıya emir yer vermeye gerek yoktur. Bunun için bkz. Maier und Vetterli (n 191) Art 177 N 3.

¹⁹⁹ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 380.

²⁰⁰ Karş. Ayan (n 32) 256.

²⁰¹ Alacaklı nafaka yükümlüsü eş olmaya devam ettiğinden borçlu borç ilişkisinden kaynaklanan savunmalarını kaybetmez. Bu yönde Schmid (n 166) Art 177 N 7.

²⁰² Karardan sonra borçlu eşin ilgili alacağını devredebilmesi ve ibra akdetmesi ancak diğer eşin rızası ile mümkündür. Bu yönde Öztan (n 7) 376. Kendisine ödemedede bulunulacak eş ise elde edileceği meblağ üzerinde sadece evlilik birliğinin giderleri ile sınırlı olarak tasarrufla bulunabilecektir. Bu yönde Schmid (n 166) Art 177 N 7.

²⁰³ Benzer Öztan (n 7) 376.

²⁰⁴ TMK m. 198 bakımından benzer Maier / Vetterli (n 191) ZGB Art 177, N. 1; Öztan (n 7) 375. Bu emir ile sadece ödeme yerinin değiştiğini belirterek farklı yönde Czitron (n 17) 151.

²⁰⁵ TMK m. 198 bakımından benzer Göksu und Heberlein (n 168) Art 177 N 3.

²⁰⁶ Schmid (n 166) Art 177 N 7; Yılmaz (n 61) 273. TMK m. 198 bağlamındaki değerlendirmede bu önlemin nafaka alacaklısı eşe ifayı talep yetkisini verdiğini belirten Gümüş (n 171) 186.

III. TMK M. 169 Uyarınca Hükmedilecek Eşlere İlişkin Geçici Önlemlerin Usul Hukuku Açısından İncelenmesi

A. Hâkimin Re'sen veya Talep Üzerine Karar Alma Yetkisi

Hâkim, boşanma yargılaması süresince gerekli olan geçici hukuki önlemlerden eşler ile ilgili olanlara re'sen, diğer bir ifadeyle bu yönde herhangi bir talebe gerek olmaksızın, hükmedebilir²⁰⁷. TMK m. 169 uyarınca hâkime tanınan bu yetki -kullanılırken aşağıda incelenecek şartların da gözetilmesi gerektiği için- kuramsal açıdan sınırsız değildir. Buna ilaveten Yargıtay uygulamasına göre, geçici önleme ilişkin verilmiş kararın kesin hüküm haline gelmesi, kesinleşmiş hususlar bakımından hâkimin karar verme yetkisini ortadan kaldırmaktadır²⁰⁸.

TMK m. 169 hâkime re'sen harekete geçme yetkisi tanısı da eşlerin mahkemeden boşanma yargılaması süresince bu düzenleme uyarınca geçici önlem alınmasını veya hükmedilen geçici hukuki korumanın değiştirilmesini talep etmelerine de bir engel bulunmamaktadır. Kaldı ki uygulamada genellikle TMK m. 169 uyarınca geçici önlem alınmasını eşler talep ettiğinden hâkimin re'sen harekete geçme yetkisini kullanmasına çoğunlukla gerek kalmamaktadır.

B. Geçici Önlem Alınmasının Şartları

TMK m. 169'nin düzenleniş şeklinden de açıkça anlaşılabilceği üzere boşanma davası açılınca hâkim tarafından alınabilecek geçici önlemler, evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olanlardan farklı olarak, sınırlı sayıda değildir²⁰⁹. Bu bağlamda

²⁰⁷ Öztan (n 7) 740; Akıntürk ve Ateş (n 12) 283; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 706; Ayan (n 32) 289; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 155; Topak (n 4) 421; Günay İnan (n 8) 120; Ceylan (n 4) 111. TMK m. 169 uyarınca geçici önlem kararı alınmasında kendiliğinden harekete geçme ilkesinin esas olduğunu belirten Nedim Meriç, *Medeni Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin 2011) 57; Osman Duran, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi* (Seçkin 2020) 279; Yargıtay HGK, E 2021/2-322 K 2022/851, 07.06.2022 (Kazancı). Bununla birlikte ne kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun mülga 137. maddesinde ne İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinde -TMK m. 169'dan farklı olarak- "re'sen" ifadesine yer verilmiştir. Bundan hareketle İsviçre hukukunda boşanma yargılaması süresince eşlere ilişkin geçici önlemlere talep üzerine karar verileceği belirtilmektedir. Bu yönde Annette Spycher, *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Herausgeber: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Stämpfli 2012) Art 276 N4; Bähler (n 3) Art 276 N 2; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 5; Tappy (n 11) Art 276 N 10. İsviçre hukukundaki farklı durumu vurgulayarak Fatih Tahiroğlu, *Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Massnahmen* (2022) 4 (1), TAÜHFD 209, 227.

²⁰⁸ Tedbir nafakası bakımından Yargıtay 2 HD, E 2020/4099 K 2020/4620, 13.10.2020; Yargıtay 2 HD, E 2020/3405 K 2020/4471, 06.10.2020 (Kazancı).

²⁰⁹ Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145, N 8; Spycher (n 207) Art 276 N 6; Dolge (n 11) Art 276 N 4; Bähler (n 3) Art 276 N 2; Tappy (n 11) Art 276 N 38; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 2; Öztan (n 7) 741.

hâkim, boşanma yargılaması devam ederken gereklilik hâlinde²¹⁰ orantılı²¹¹ her türlü geçici önlemlere hükmedebilir²¹².

Diğer geçici koruma kapsamında değerlendirilen TMK m. 169 uyarınca²¹³ geçici önleme hükmedilmesi için ihtiyati tedbir için aranan “aciliyet” ile “kolay şekilde tafefisi bulunmayan sakıncaların mevcudiyetinin ispatı” şartlarının ayrıca gerçekleşmesine gerek olmadığı kabul edilmektedir²¹⁴. Kanaatimizce doktrinde neredeyse görüş birliği ile yapılan bu genel tespit bütün geçici önlemleri kapsamamaktadır. Bunun sebebi de esasen TMK m. 169 uyarınca bir önleme karar verebilmek için gerekli şartların maddi hukuk tarafından belirlenmesidir²¹⁵. Nitekim tasarruf yetki kısıtlamaları gibi koruyucu nitelik taşıyan geçici önlemler bir malvarlığına ilişkin talebin tehlikeye düşmesini gerektirir iken²¹⁶ tedbir nafakasına karar verilmesi böyle bir şarta dayanmamaktadır²¹⁷. Dolayısıyla ihtiyati tedbir olmadığında şüphe duyulmayan bu önlemlere dair ayırıcı genel geçer bir ilke sevk etmeye çalışmak, bu geçici hukuki korumaların sınırlı sayıda olmadıkları dikkate alındığında, yanıltıcı sonuçlara neden olabilir. Doktrinde hükmedilme şartları bağlamında bu geçici hukuki korumaları ihtiyati tedbirden farklı kıldığı kabul edilen diğer bir özellik ise geçici önleme karar verilmesinin teminat gösterilmesine bağlı kılınamaz olmasıdır²¹⁸. Nitekim böyle bir yükümlülüğün kabulü, hem taraflar arasındaki ilişkinin özelliği hem de önlemlerin genellikle birliğin giderlerine katılma yükümlülüğü ile mal rejimine ilişkin talepleri güvence altına aldığı dikkate alındığında, TMK m. 169 uyarınca önlemlere karar

²¹⁰ Önlemin niteliği bakımından sadece gerekliliği zikreden Sutter und Freiburghaus (n 16) ZGB Art 137 N 11; Ayan (n 32) 291; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 2. Tek nitelik olarak ele aldığı gerekliliğin amaca uygunluğu (diğer bir ifadeyle etkinliği) ve orantılılığı gerektirdiği yönünde Spycher (n 207) Art 276 N 6. Kanaatimizce gereklilik amaca uygunluğu şart koşsa da orantılılık farklı bir kıstastır.

²¹¹ Sadece önlemin orantılılığına dikkat çeken Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 5; Öztan (n 7) 741.

²¹² Gloor (n 16) Art 137 N 4. Uygunluğu da ayrı bir kıstas olarak ele alan Bähler (n 3) Art 276 N 2; Dolge (n 11) Art 276 N 4; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 2. Kanaatimizce somut uyuşmazlıkta hükmedilen önlemin gerekliliği ve orantılılığı uygun olması sonucunu da doğuracağından uygunluğun ayrı bir kıstas olarak aranmasına gerek yoktur. Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 38.

²¹³ Muhammet Özkes, “Geçici Hukuki Koruma”, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, 15. Bası, Editörler: Hakan Pekcanitez / Muhammet Özkes / Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (On İki Levha, 2017) 2435, 2453; Murat Atalı ve İbrahim Ermenek ve Ersin Erdoğan, *Medeni Usul Hukuku* (5. Baskı Yetkin 2022) 702. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemleri farklı geçici hukuki koruma yöntemi olarak nitelendiren Yargıtay İBK, E 2013/ 1 K 2014/1, 21.02.2014 (RG 17.04.2014 S 28975). Bununla birlikte Yargıtay taşınmazların tapu kaydı ile motorlu araçların trafik tescil kaydına konulan tedbirlerin TMK m. 169 kapsamında değerlendirmemekte ve ihtiyati tedbir olarak nitelendirmektedir. Bu yönde Yargıtay 2 HD, E 2012/23048 K 2012/27971, 22.11.2012 (Kazancı). Eğer bu önlemler boşanma davası süresince hâkimin TMK m. 169 uyarınca sahip olduğu yetkiye dayalı verilmişse ihtiyati tedbir değil anılan madde kapsamındaki diğer önlemler gibi farklı geçici hukuki koruma niteliğinde kabul edilmelidir. Belirtmek gerekir ki, son anılan kararda bahsedilen 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğü döneminde TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler HUMK m. 101 / b. 4’te ihtiyati tedbir olarak sayılmakta idi.

²¹⁴ Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 5; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 2. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere hükmedilmesi bakımından tehlikeli hâle dair özel bir ispat faaliyetine gerek olmadığını haklı olarak vurgulayan Erişir (n 5) 279.

²¹⁵ Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 4.

²¹⁶ Bkz. “Tasarruf Yetki Kısıtlamasına Karar Verilmesi” başlığındaki açıklamalar.

²¹⁷ Bu hususta benzer Tappy (n 11) Art 276, N 32.

²¹⁸ Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 9; Topak (n 4) 423.

verilmesini çoğunlukla imkânsız hale getirir²¹⁹. Buna ilaveten bu önlemlerin teminata bağlı kılınması bir fayda da sağlamayacaktır. Zira TMK m. 169 uyarınca önlemler asıl talebe yönelik karardan etkilenmedikleri için²²⁰ boşanmaya hükmedilmese dahi haksız olarak nitelendirilemeyecektir²²¹.

Boşanma yargılaması sırasında eşlere ilişkin alınacak geçici önlemlerin basit yargılama usulüne tabi olduğu kabul edilmektedir²²². TMK m. 169 uyarınca hükmedilecek geçici önlemin içeriği ise maddi hukuka göre belirlenecektir²²³.

1. Gereklilik

TMK m. 169 uyarınca bir geçici önleme karar verilebilmesi için somut uyuşmazlık bakımından buna yönelik bir ihtiyacın bulunması gerekmektedir²²⁴. Hâkim, gerekliliğin mevcudiyetine somut uyuşmazlıktaki menfaat durumlarına göre karar verecektir²²⁵.

İsviçre doktrininde, ilgili geçici hukuki koruma konusuna dair evlilik birliğinin korunması kapsamında veya boşanma yargılaması sürecinde yeterli bir önleme karar verilmişse veya eşler yargılama süresince kendi aralarında yürütecekleri ilişkilere dair yaptıkları anlaşmada bir düzenleme getirmişler ise gereklilik kıstasının gerçekleşmeyeceği kabul edilmektedir²²⁶. İsviçre hukukundan farklı olarak hâkimin geçici önlemleri re'sen alabildiği Türk hukuku bakımından da anılan durumların gereklilik kıstasının varlığını engelleyip engellemediğini incelemek gerekmektedir.

Eşlerden biri tarafından daha önceden hakkında hukuki koruma hükmedilmiş bir mesele ile aynı içeriği taşıyan bir geçici önlem talebinde bulunulması durumunda bu istem, şartları gerçekleşmiş bir değişikliğe yönelik olmadıkça, Türk hukukunda da hukuki yarar yokluğundan reddedilecektir²²⁷. Keza hâkimin daha önce hükmedilmiş

²¹⁹ Bununla birlikte malvarlığı değerlerine ilişkin önlemler bakımından talebin muhatabı eşin derhâl uygun teminatı göstermesi durumunda aleyhine önlem alınmayacağı gibi önceden karar verilen önlemin kaldırılmasının da mümkün olabileceğini belirterek aynı yönde Spycher (n 207) Art 276 N 14.

²²⁰ Erişir (n 5) 274.

²²¹ Tappy (n 11) Art 276 N 17.

²²² Kuru (n 22) 858.

²²³ BGE 123 III 3. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlerin evlilik hukukundan doğan bir maddi hukuk talebine dayandığını, davanın açılmasından boşanma hükmünün kesinleşmesine kadar geçen dönemde bozulan evlilik birliğinin eşlerin birbirlerine bakım yükümlülüğü temelinde yeni bir düzenle sürdürülmeye çalışıldığını ve bu önlemlerden bazılarının anılan yükümlülüğünden doğan talebi somutlaştırırken bazılarının da dava açılmasıyla oluşan duruma uyuma hizmet ettiğini belirten Erişir (n 5) 269, 278.

²²⁴ Öztan (n 7) 740.

²²⁵ Bu bağlamda örneğin eşler, ayrı yaşamalarına rağmen, birlikte yaşadıkları dönemde benimsedikleri evlilik birliğinin giderlerine katılıma dair düzenini devam ettiriyorlar ise tedbir nafakasına gerek olmadığı için bu geçici önleme karar verilemez. Bu yönde Yargıtay 2 HD, E 2003/11158 K 2003/12937, 05.05.2003 (Kazancı). Eşlerin boşanma davası devam ederken birlikte yaşadıkları durum bakımından da benzer Yargıtay 2 HD, E 2017/7179 K 2018/11992, 25.10.2018 (Kazancı).

²²⁶ Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 7; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 3; Tappy (n 11) Art 276 N 33; Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 2.

²²⁷ Evlilik birliğinin korunması kapsamında alınmış uygun önlemlerin varlığı hâlinde TMK m. 169 uyarınca yeniden geçici önlem almaya ihtiyaç bulunmadığını belirterek benzer Öztan (n 7) 740.

önlem kararı ile aynı içeriği taşıyan bir geçici önleme re'sen hükmetmesi de gereklilik kıstasını karşılamayacağından isabetli olmayacaktır.

Eşlerin kendi tasarruflarındaki bütün meseleleri uygun bir şekilde düzenleyen bir anlaşmanın mevcudiyeti ile ilgili olarak ise, bu hukuki işlemlerin onaylayıp onaylanmamasında hâkimin takdir yetkisi bakımından anlaşmalı boşanmaya dair kabul edilen ilkelerin uygulanması gerekmektedir. Ayrıca kuramsal olarak böyle bir anlaşma hâkim tarafından onaylansa dahi hâkimin bu bağlamda alacağı önlemler de TMK m. 169'un ona tanıdığı re'sen harekete geçme ilkesi uyarınca dosyadan el çekmediği müddetçe bağlayıcı olmayacaktır.

2. Ölçülülük

TMK m. 169 uyarınca bir geçici önleme karar verilebilmesi için bunun somut uyuşmazlık bakımından ölçülü olması gerekmektedir. Bu bağlamda ölçülülük kıstası, menfaatlerin muhafazası için birden fazla önlem söz konusu ise en az ama aynı zamanda yeterli derecede müdahale eden²²⁸ ve olanak bulunduğu ölçüde mevcut durumun muhafazasını sağlayan önlemin alınmasını gerektirir²²⁹.

C. TMK m. 169 Uyarınca Geçici Önlemleri Almaya Görevli ve Yetkili Mahkeme

TMK m. 169 uyarınca hükmedilebilecek geçici önlemlere ancak boşanma davası açıldıktan sonra karar verilebileceğinden görevli ve yetkili mahkeme bu davayı görmekle görevli ve yetkili mahkemedir²³⁰. Görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 4. maddesinin ilk bendi uyarınca aile mahkemesi olup²³¹ yetkili mahkeme ise TMK m. 168 uyarınca *“eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.”*

Bu mahkemenin görevi ve yetkisi boşanmaya ve sonuçlarına ilişkin nihai karar verilene kadar devam eder²³².

²²⁸ Erişir (n 5) 279.

²²⁹ Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 35.

²³⁰ Boşanma davası öncesinde hükmedilecek geçici önlemler ise evlilik birliğinin korunması kapsamında değerlendirileceği için [Bähler (n 3) Art 276 N 1; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 18] anılanlar açısından görevli mahkeme 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un (RG. 18.01.2003, S: 24997) 4. maddesinin ilk bendi uyarınca aile mahkemesi; yetkili mahkeme ise TMK m. 201/ f. 1 ve f. 2'ye göre eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesi; eşlerin yerleşim yerleri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, ilk istemde bulunanın yerleşim yeri mahkemesidir. Belirtmek gerekir ki, boşanma davasından önce evlilik birliğinin korunması hükümleri uyarınca önlem alınması için yetkili aile mahkemesine başvurulmuş ise boşanma davasının açılması bu mahkemenin TMK m. 197 vd. hükümlerince önlem alma yetkisini etkilemez. Bu yönde Ayan (n 32) 291.

²³¹ TMK m. 169 uyarınca bir geçici önlem olarak hükmedilen tedbir nafakasından kaynaklanan alacak için başlatılan takibe yapılan itirazın iptali davası açısından da görevli mahkemenin aile mahkemesi olduğu yönünde Yargıtay 3 HD, E 2018/7743 K 2019/223, 17.01.2019 (Kazancı).

²³² Bähler (n 3) Art 276 N 11.

D. Geçici Önlemlere Hükmedilmesi, Değiştirilmesi ve Sona Ermesi

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere ilişkin karar, en erken boşanma davasının açıldığı²³³ -daha açık ifadeyle dilekçenin tevzi edilerek sisteme kaydedildiği²³⁴- anda verilebilir ve bundan itibaren hüküm ifade edebilir²³⁵. Yargıtay'ın uygulamada en sık karşılaşılan önlem olan tedbir nafakasına ilişkin yerleşik uygulamasına göre ise bu alacak hakkı dava tarihinden itibaren doğacağından²³⁶ buna ilişkin karar kural olarak davanın açıldığı tarihten itibaren hüküm ifade edecektir²³⁷.

Önemle belirtmek gerekir ki boşanma davası açılmadan önce TMK m. 169 uyarınca geçici önlem talebinde bulunulamaz²³⁸. Bununla birlikte boşanma yargılaması sona ermedikçe her aşamada geçici önlem alınabilmektedir²³⁹.

²³³ TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler ihtiyati tedbir niteliği taşımadığından, dava açılmadan önce boşanma davasını görmeye görevli ve yetkili mahkemeden bu geçici hukuki korumalara ilişkin karar vermesi talep edilemez. Anılan olasılıkları şartları mevcutsa evlilik birliğinin korunması önlemleri talep edilebilir.

²³⁴ 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 118. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca "*Dava dilekçesinin kaydına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikte belirlenir.*" Bu bağlamda anılan düzenlemede atıfta bulunulan Bölge Adliye ve Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Cumhuriyet Başsavcılıkları İdari ve Yazı İşleri Hizmetlerinin Yürütülmesine Dair Yönetmeliğin (RG 06.08.2015 S 29437) "*Davanın Açılması*" kenar başlığını taşıyan 197. maddesinin bazı fıkralarını zikretmekte yarar vardır. İlgili düzenlemenin ilk fıkrası uyarınca "*dava dilekçesi, tevzi bürosu, ön büro veya tevzi işiyle görevlendirilen yazı işleri personeline teslim edilir.*" Bu hükmün ikinci fıkrasına göre ise "*dava dilekçesi, dava harca tabi ise harç ve gider avansı, harca tabi değilse gider avansı tahsil edildikten sonra tevzi edilir ve tevzi formunun bir örneği başvuru sahibine verilir.*" Zikredilen fıkralarla bağlantılı olan ve konumuz açısından esaslı önem taşıyan beşinci fıkra ise şu şekildedir: "*Dava, dava dilekçesinin tevzi edilerek kaydedildiği tarihte açılmış sayılır.*" UYAP Vatandaş veya Avukat Bilgi Sistemi üzerinden güvenli elektronik imza ile dava açılması hâli ayrı bir şekilde ele alınmış olup bu durumda davanın açılma tarihi aynı maddenin sekizinci ve dokuzuncu fıkralarında dilekçenin sisteme kaydedildiği an olarak belirlenmiştir.

²³⁵ Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 47; Leuenberger und Suter (n 1) Art 276 N 4; Czitrion (n 17) 21; Öztan (n 7) 754; Ayan (n 32) 291. Tedbir nafakasına ilişkin ara karar ilâm niteliğinde olduğundan, tedbir nafakasının yerine getirilmemesi durumunda tahsili borçluya karşı genel haciz yolu ile takiple mümkün olup bu alacak için ilamların icrası yoluyla takip başlatılmaz. Buna yönelik bkz. Yargıtay 12 HD, E 2018/3018 K 2018/6616, 25.06.2018 (Kazancı). Buna ilaveten belirtmek gerekir ki nafakayı ifadan kaçınan yükümlülere dair İİK m. 344 cezai yaptırım öngörülmektedir.

²³⁶ İşlemiş olan nafaka alacaklarının karar tarihinde, işleyecek olanların ise her ayın başında muaccel hale geleceğini de belirterek Yargıtay 2 HD, E 2022/5960 K 2022/9893, 01.12.2022 (Kazancı). Bağımsız tedbir nafakasına ilişkin davasından feragat eden lehine TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına ise feragat tarihinden itibaren hükmedilecektir. Bunun için bkz. Yargıtay HGK, E 2017/2-3102 K 2018/46, 17.01.2018 (Kazancı).

²³⁷ Yargıtay 2 HD, E 2019/161 K 2019/4480, 10.04.2019 (Kazancı). Öğreti de bu görüştedir. Bunun için bkz. Tekinay (n 6) 252; Akıntürk ve Ateş (n 12) 285; Ceylan (n 6) 36; Dural ve Öğüz ve Gümüş (n 12) N 711; Erdem ve Makaracı Başak (n 12) 158. Talepte bulunulmamış tedbir nafakasına re'sen hükmedilmesi gerektiği durumunda da bu yönde Yargıtay 2 HD, E 2022/4819 K 2022/6758, 05.07.2022 (Kazancı). Bununla birlikte tedbir nafakasına ancak karar tarihinden sonra ifa edilmemesi durumunda faiz işletilebilecektir. Nitekim karar oluşmadan alacağı faiz yürütme imkânı yoktur. Bkz. Yargıtay 2 HD, E 2013/13119 K 2013/26770, 18.11.2013, (Kazancı).

²³⁸ Bülent Köprülü ve Selim Kaneti, *Aile Hukuku* (2. Bası Filiz 1989) 186. Bu yönüyle anılan önlemler, dava açılmadan önce HMK m. 390/f. 1 uyarınca esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden talep edilebilen ihtiyati tedbirlerden ayrışır. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlerde tamamlayıcı merasime başvurma zorunluluğu bulunmadığı yönünde Erişir (n 5) 274.

²³⁹ Tekelioğlu (n 46) 87. Yargıtay tarafından karar bozulduktan sonra da ilk derece mahkemesinden tedbir nafakası talebinde bulunulabileceğine ilişkin Yargıtay 2 HD, E 3485 K 3640, 07.04.1986 [Mehmet Akif Tutumlu, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II* (2. Baskı Seçkin 2009) 1135] Boşanma kararına ilişkin olarak yargılamamın iadesi talebinin kabulü halinde boşanma davası derdest hâle geldiği için tedbir nafakası hükmedilmesi gerektiği yönünde Yargıtay 2 HD, 13488/14247, 27.12.1995 [Öztan (n 7) 748 dn 3330' dan naklen].

TMK m. 169 uyarınca alınan geçici önlemler boşanma kararının kesinleşmesine kadar kural olarak²⁴⁰ hüküm doğururlar²⁴¹. Bu bağlamda alınan geçici önlemlerin ilgili olduğu konularda da nihai kararı içeren boşanma hükmünün bütün olarak kesinleşmesi durumunda hukuki korumaların kendiliğinden sona ereceği kabul edilmektedir²⁴². Boşanma kararına karşı istinaf yoluna başvurulduğunda ise başvurunun konusunu teşkil eden hususlara ilişkin önlemler²⁴³ varlığını muhafaza edecektir.

Türk hukukunda davanın boşanmanın reddi kararının kesinleşmesi; davanın açılmamış sayılması, davanın geri alınması, sulh, kabul ve feragat beyanlarından biriyle sonuçlanması durumunda TMK m. 169 uyarınca alınan geçici önlemlerin kendiliğinden ileriye etkili olarak sona ereceği kabul edilmektedir²⁴⁴. Bu bağlamda Yargıtay’a göre sona eren tedbir nafakasına rağmen katkının devam etmesini isteyen tarafın TMK m. 195 uyarınca ayrı yaşama olgusu ile “ayrı yaşamada haklılığını” ispat etmesi gerekmektedir²⁴⁵. Yargılamanın evlilik birliğinin sona ermesiyle sona ermediği durumlara ilişkin İsviçre uygulaması ve hâkim öğretisine göre ise eşler ayrı yaşamaya devam ettiği müddetçe gerek boşanma yargılaması gerek evliliğin korunması kapsamında alınmış önlemler kural olarak hüküm doğurmaya devam edecektir. Bununla birlikte bu önlemleri değiştirme yetkisi ise artık boşanma davasında değil evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlem almada yetkili mahkemeye ait olacaktır²⁴⁶. Kuramsal olarak Türk hukukundaki uygulama daha isabetli olsa da İsviçre hukukundaki eğilim -boşanmanın gerçekleşmediği olayların çoğunda karşılaşılan- ayrı yaşamının devam ettiği olasılık bakımından hem eşlerin menfaatine olur hem de uygulamanın etkinliğinin artırılması bakımından daha uygundur.

²⁴⁰ Gerekçede, sebebin belirtilmesi kaydıyla, TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına sınırlı süreli hükmedilebileceği hususunda Öztan (n 7) 748. Örnek için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2012/3371 K 2012/22632, 26.09.2012 (Kazancı). İsviçre hukukunda ise hâkimin, hüküm kesinleşse dahi boşanmanın malvarlığı hukukunu ilgilendiren sonuçlarına dair yetkili taraf ilgili icra işlemini başlatıncaya kadar, ilgili önlemlerin uygulanmasına karar verebileceği belirtilmektedir. Bu yönde BGE 78 II 309; Czitron (n 17) 29; Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 30.

²⁴¹ Dolge (n 11) Art 276 N 20; Tappy (n 11) Art 276 N 51. Türk hukukunda Ayan (n 32) 293; Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 706.

²⁴² Stalder und van de Graaf (n 2) Art 276 N 6. Bununla birlikte geçici önleme üçüncü bir kişiye yönelen talimatta hükmedilmiş ise (mal ayrılığı, borçlulara talimat veya banka hesabı ya da tapu kaydının kitlenmesinde olduğu gibi) bunun sona erdiğinin – kalkma anını da belirterek- şeklen tespitinin onun muhatabı için yapılmasının gerekli olduğunu belirten Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 68; Czitron (n 17) 29. Yargıtay uygulamasına göre ise TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler boşanma kararının kesinleşmesi ile sona ermektedir. Bu vurgunun yapıldığı bazı kararlar için Yargıtay HGK, E 2017/2-2445 K 2017/2027, 20.12.2017; Yargıtay 2 HD, E 2014/3330 K 2014/13752, 18.06.2014 (Kazancı). İleride yapılacak kanun değişikliği ile mülga İMK m. 137/f. 2, c. 2’deki gibi “Evlilik sona erse de, boşanmanın sonuçlarına ilişkin dava devam ediyorsa, geçici önlemler öngörülebilir” ibaresinin TMK m. 169’a eklenmesini öneren Öztan (n 7) 744.

²⁴³ Bu önlemlerin kapsamına boşanma yargılaması boyunca hükmedilmiş olanlar gireceği gibi dava açılmadan önce evlilik birliğinin korunması kapsamında alınmış olup sonrasında kaldırılmamış veya değiştirilmemiş olanlar da girmektedir. Benzer Bühler (n 3) Art 276 N 10; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 12.

²⁴⁴ Tedbir nafakası özelinde Tekelioğlu (n 46) 97-98. Boşanmanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesi bakımından Yargıtay 2 HD, E 2012/4470 K 2012/7616, 29.03.2012 (Kazancı); feragat bakımından Yargıtay 2 HD, E 2013/21673 K 2014/4701, 04.03.2014 (bu kararda yüksek mahkeme asil davadan feragat eden kadın lehine karşı dava tarihinden itibaren tedbir nafakasına hükmetmiştir.) (Kazancı).

²⁴⁵ Yargıtay 3. HD, E 2017/14081 K 2017/16878, 30.11.2017 (Kazancı).

²⁴⁶ BGE 137 III 614. Bu karara atfen François Bohnet und Lorenz Droese, *Präjudizienbuch ZPO* (Stämpfli 2018) Art 276 N 9; Dolge (n 11) Art 276 N 21; Tappy (n 11) Art 276 N 52.

Kesin hüküm niteliği doğurmayan TMK m. 169 uyarınca önlem kararları yargılama süresince değiştirilebilir²⁴⁷. Değişiklik kararı verilebilmesi için ihtiyati tedbirlerden farklı olarak ilgili önlem kararına itiraz edilmesi gerekliliği de bulunmamaktadır²⁴⁸. Kanunda her ne kadar hâkimin TMK m. 169 uyarınca geçici önlemleri değiştirme yetkisi açıkça öngörülmemiş ise de doktrinde evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemler açısından koşullar değiştiğinde hâkimin gerekli değişikliği yapabileceğini düzenleyen TMK m. 200'ün boşanma yargılaması süresince alınacak geçici hukuki korumalar açısından da kıyasen uygulanabileceği ileri sürülmektedir²⁴⁹.

Nihai karara ilişkin maddi hukuk sorunlarını da çözüme kavuşturmayan bu önlemler etkileri geri alınabilir oldukları ölçüde²⁵⁰ ve herhangi bir talebe de ihtiyaç olmaksızın²⁵¹ gereklilik hâlinde yargılama sürecinde değiştirilebilir (veya kaldırılabilir)²⁵². Bunun için hukukî koruma menfaatinin mevcudiyeti gerekmektedir²⁵³. Bu bağlamda önlem kararına dayanak teşkil eden vakıaların doğru olmadığı sonradan anlaşılması, önlem kararının bazı olguların mahkeme tarafından bilinmemesi yüzünden haksızlığının ortaya çıkması²⁵⁴ veya önlemi gerektiren şartların²⁵⁵ sürekli bir şekilde²⁵⁶ ve önemli

²⁴⁷ Ciztron (n 17) 44; Bohnet und Droese (n 246) Art 276 N 6. Bu değişiklik için eşlerin ayrı yaşamakta haklılığının devam ediyor olmasına da gerek yoktur. Tedbir nafakası bakımından aksi yönde Ceylan (n 6) 38. Yazarın bu tespitini dayandırdığı Yargıtay 2. HD, E 1994/1093 K 1994/2088,25.02.1994 (Kazancı) künyeli karar evlilik birliğinin korunması bağlamında birlikte yaşamaya ara vermeyi konu edinen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 161. ve 162. maddelerine ilişkindir.

²⁴⁸ Topak (n 4) 423.

²⁴⁹ Öztan (n 7) 743. İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinin ilk fıkrası şu şekildedir: "*Mahkeme gerekli geçici önlemleri alır. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlemlere dair düzenlemeler kıyasen uygulanabilir.*" Bu düzenleme TMK m. 169'un kaynak İsviçre Medeni Kanunu'ndaki muadil düzenlemesi olan mülga İMK m. 137'de de yer almakta idi.

²⁵⁰ Aile konutunun devrine dair malik eşi yetkili kılan mahkeme tarafından yetkili kılınması gibi istisnai olarak kalıcı etki doğuran önlemlerin uyarlanması mümkün olmayacaktır. Benzer Tappy (n 11) Art 276 N 28 35.

²⁵¹ Değişikliğe ilişkin taraf talebini arayarak farklı yönde Öztan (n 7) 743. Kanaatimizce evlilik birliğinin korunması önlemlerinden farklı olarak TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler bakımından hâkime re'sen harekete geçme yetkisinin tanınmış olması son anılan geçici hukuki korumalara dair değişikliğe de taraf talebi olmaksızın karar verilebilmesi sonucunu evlilikle doğurur. Bu bağlamda TMK m. 200'ün kıyasen uygulanmasının kabul edilmesi durumunda da hâkimin yetkisi TMK m. 169 uyarınca geçici hukuki korumalara dair bu özel durum gözetilerek belirlenmelidir.

²⁵² Benzer Bayram (n 2) 241-242; Topak (n 4) 423.

²⁵³ Dolge (n 11) Art 276 N 5. Hâkimin değişiklik kararını keyfi şekilde ve herhangi bir haklı sebep bulunmaksızın veremeyeceğini vurgulayan Bühler und Spühler (n 14) Art 145 N 437. Değişiklik talebinin geri alınması ret ile özdeş olduğu için yeni bir istemin ancak şartların değişmesi hâlinde yapılabileceği hakkında BGE 141 III 381-382.

²⁵⁴ Bohnet und Droese (n 246) Art 276, N 6; Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 13.

²⁵⁵ İlişkilerin değişip değişmediği tespitinin davanın açıldığı tarihteki şartlara dayalı olarak yapılacağı ve değiştirilmesi talep edilen karar anında öngörülebilir nitelikteki değişikliklere dayanarak talepte bulunulamayacağı yönünde Sutter-Somm/Seller (n 2) Art 276 N 13. Talep edenin ihtiyaç durumunu dava tarihi ve karar tarihi açısından karşılaştırarak değişikliğe gerek olmadığı yönündeki bir karar için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2016/12252 K 2018/2829, 01.03.2018 (Kazancı).

²⁵⁶ Buna örnek olarak eşlerin gelirlerinde veya yaşam masraflarında meydana gelen geçici olmayan artış veya azalışlar verilebilir. Bunun için bkz. Tappy (n 11) Art 276 N 28. Geçici önlemin doğası gereği sınırlı süreli olduğu dikkate alındığında değişikliğin sürekliliği takdir edilirken büyük gereklilikler aranmayacağı yönünde Leuenberger/ Suter (n 1) Art 276 N 14.

ölçüde değişmiş olması²⁵⁷ yeni bir kararın verilmesine sebep teşkil edebilecektir²⁵⁸. Boşanma kararı kesinleşinceye kadar değişiklik talebinde bulunulabilecektir²⁵⁹.

Değişiklik kararı kural olarak ileriye etkili olarak hüküm ifade edecektir²⁶⁰. TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına ilişkin talep üzerine verilen kararlarda ise hâkimin takdiri hâlinde değişikliğin ilgili talebin yapıldığı tarihten itibaren geçerli olacağı belirtilebilir²⁶¹. Buna ilaveten eşlerden birinin değişen hayat ilişkilerine uyum sağlayabilmesi için zaman gerekiyorsa ve bu süre öngörülebilir nitelikte ise ilgili önlemin hüküm ifade etmesi, sebebi kararda detaylı bir şekilde açıklanmak kaydıyla, karar tarihinden sonraya da bırakılabilir²⁶².

Ara karar niteliği taşıyan TMK m. 169 uyarınca verilmiş geçici önlem kararları ancak nihai karar ile temyiz edilebilir²⁶³.

E. Mevcut Evliliğin Korunması Önlemlerinin Boşanma Davasındaki Hukuki Durumu

TMK m. 169'dan farklı olarak hem TMK m. 169'un kaynağını teşkil eden İsviçre Medenî Kanunu'nun mülga 137. maddesinin ikinci fıkrasının üçüncü cümlesinde hem de İsviçre Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 276. maddesinin ikinci fıkrasında evliliğin korunmasına ilişkin alınmış önlemlerin boşanma davası sırasında da varlığını devam ettireceği düzenlenmiştir²⁶⁴. Açıkça düzenlenmemiş olsa da Türk hukukunda da evliliğin korunmasına ilişkin geçici önlemlerin boşanma davasına bakan mahkeme tarafından kaldırılmadıkça veya değiştirilmedikçe²⁶⁵ varlığını muhafaza edeceği kabul edilmelidir²⁶⁶. Nitekim evliliğin korunmasına ilişkin önlemlere hükmedilmesi ile boşanma sırasında geçici önleme karar verilmesini meşru kılan menfaat durumları

²⁵⁷ Önemli ve sürekli durum değişikliğine örnek olarak olağanüstü mal rejimine geçişi meşrulaştırılan malvarlığına ilişkin talep haklarının maruz kaldıkları tehlikenin ortadan kalkması verilebilir. Benzer Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 439. Değişiklik kararı bakımından haklı sebep vurgusunun yapıldığı yüksek mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 2 HD, E 2014/10532 K 2014/21792, 06.11.2014 (Kazancı).

²⁵⁸ Czitron (n 17) 44; Gloor (n 16) Art 137 N 15; benzer Öztan (n 7) 743. Bununla birlikte değişikliğe ilişkin şartlar kararın verildiği anda öngörülebilir nitelikte ise ve nafakanın gelecekte ne kadar ödeneceği tespit edildiği anda göz önünde bulundurulmuşsa önlemin değişikliğine karar verilemeyeceği hakkında BGE 141 III 378.

²⁵⁹ Buna bir örnek için bkz. Y. 3. HD, T: 13.01.2015, E: 2014/12595, K: 2015/468.

²⁶⁰ Spühler und Frei-Maurer (n 30) Art 145 N 445; Czitron (n 17) 45; Tappy (n 11) Art 276, N 29; Öztan (n 7) 743. Bu bağlamda tedbir nafakasının değiştirilmesi halinde kararda tedbir nafakasının başlangıç tarihinin belirtilmesi gerektiği hususunda Ceylan (n 4) 115.

²⁶¹ Benzer Öztan (n 7) 743; Ceylan (n 6) 38.

²⁶² Lüchinger und Geiser (n 15) Art 145 N 27.

²⁶³ Bu yönde Yargıtay 2. HD, E 2015/24951 K 2016/172, 11. 01.2016 (Kazancı). Bu yönde Dural ve Ögüz ve Gümüş (n 12) N 706; Günay İnan (n 8) 123.

²⁶⁴ İHKM m. 276 / f. 2'de açıkça şu şekilde belirtilmiştir: "Evlilik birliğinin korunması mahkemesi tarafından alınmış önlemler devam eder. Kaldırması veya değiştirmesi için boşanma mahkemesi görevli ve yetkilidir."

²⁶⁵ Boşanma davasına bakan hâkim bu yargılamadan önce alınmış olan evlilik birliğinin korunması önlemleri ile bağlı olmadığından [Tekelioğlu (n 46) 89] gerekli gördüğü takdirde son anılan önlemleri değiştirerek veya ortadan kaldırarak TMK m. 169 uyarınca yeni bir geçici düzen öngörebilir. Benzer Ayan (n 32) 292.

²⁶⁶ İsviçre hukukunda benzer Sutter-Somm und Seiler (n 2) Art 276 N 12; Dolge (n 11) Art 276 N 23. Türk Hukukunda bu yönde Öztan (n 7) 740; Tekelioğlu (n 46) 89; Yargıtay 2 HD, E 2020/5821 K 2021/406, 20.01.2021 (Kazancı)

benzerdir. Talepte bulunan eşin lehine önceden bağımsız tedbir nafakası hükmedilmiş olması her ne kadar TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası isteminde bulunmasına engel teşkil etmese de²⁶⁷ hâkim miktarı belirlerken bu olguyu dikkate almalıdır²⁶⁸.

Sonuç

TMK m. 169 uyarınca geçici önlemler, boşanma davası açılmasından verilen kararın kesinleşmesine kadar geçen yargılama sürecinde hukuki koruma sağlamayı ve taraflar arasındaki çatışmayı durdurmayı amaçlamaktadır.

Boşanma davasının açılması ile eşlerin birlikte yaşama ara verme haklarının doğar. Hâkimin kararına dayanmayan bu geçici önlem açısından boşanma davasının çekişmeli veya anlaşmalı olması belirleyici olmayıp ayrı yaşama yetkisi ilgili davanın haklı olup olmamasından da bağımsız şekilde mevcuttur. Eşlerin ayrı yaşama hakkı, boşanma davasının reddi kararının kesinleşmesi veya davanın geri alınması ile kural olarak sona erecektir.

Aile konutunun kullanımının özgülenmesine ilişkin değerlendirmede bulunurken boşanma sebebine ilişkin kusur durumları dikkate alınmaksızın amaca uygunluk kıstasını göz önünde bulundurulmalıdır. Özgüleme kararı açısından ortak konut üzerindeki mülkiyet hakkının veya sınırlı aynî hakkın kime ait olduğu veya zilyetliğin dayandığı borç ilişkisine (örneğin kira sözleşmesi) kimin taraf olduğu önem taşımamaktadır. Boşanma yargılaması boyunca evlilik birliği varlığını koruduğu için aile konutuna ilişkin bütün koruyucu hükümler -ilgili taşınmaz bu niteliğini korudukça- etkisini sürdürür. Bu korumanın somut olayda yetersiz kaldığına kanaat getirilmesi durumunda hâkimin bu taşınmaza ilişkin gerekli her türlü geçici hukuki korumayı almasına da bir engel bulunmamaktadır.

Mahkemenin bir geçici önlem olarak hükmettiği bakım nafakası olarak tanımlanabilecek tedbir nafakasının tespitine ilişkin kıstaslardan en önemlileri eşlerin ihtiyaçları ve ödeme kabiliyetleridir. Eşlerin asgari ihtiyaçlarının (geçim) miktarı hesabında esasen hem ayrı yaşama yüzünden ortaya çıkan hem de esasen evlilik birliğinin devamının neden olduğu harcamalar dikkate alınacaktır. TMK m.

²⁶⁷ Yargıtay HGK E 2017/2-2287 K 2019/627, 30.05.2019 (Kazancı). Bağımsız tedbir nafakasına hükmedilmiş ise bu tedbir kaldırılmadan TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına hükmedilemeyeceğini belirterek karşı yönde Bayram (n 2) 224.

²⁶⁸ Nitekim tahsil edilecek nafaka miktarı tektir. Evlilik birliğinin korunmasına ilişkin önlem olarak hükmedilen tedbir nafakasının ayrı yaşama hakkı devam ettiği sürece mevcudiyetini koruyacağı ve TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına da "tahsilde tekrerrü olmayacak şekilde" dava tarihinden itibaren hükmedilebileceği yönünde Yargıtay 2 HD, E 2013/9331 K 2013/22542, 02.10.2013 (Kazancı). Önceki davada hükmedilen bağımsız tedbir nafakasının TMK m. 169 uyarınca hükmedilecek tedbir nafakası değerlendirilirken muhtemel lehtar eşin mali durumu açısından dikkate alınması gerektiği ve ilk nafaka karar tarihinden itibaren eğer eşlerin maddi durumlarında bir değişiklik gerçekleşmemişse TMK m. 169 uyarınca önlem kararı verilmeyebileceği yönünde Pekmez (n 126) 152.

169 uyarınca tedbir nafakasının hesaplanması açısından iki ana unsurdan diğeri ise gelirleridir. Gelir kavramının kapsamına hem kazançlar hem de malvarlığı getirileri (kira bedelleri veya faiz gibi) girmektedir. TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakası -yukarıdaki ilkeler çerçevesinde tespit edilen- eşlerin asgari ihtiyaçları ile eşlerin gelirleri ile arasındaki fark üzerinden hesaplanacaktır. TMK m. 169 uyarınca tedbir nafakasına yönelik karar verilirken boşanma talebine dayanak olarak ileri sürülen vakialarda kimin kusurlu olduğu dikkate alınmaz.

Hâkim, boşanma yargılaması süresince gerekli olan geçici hukuki önlemlerden eşler ile ilgili olanlara re'sen, diğeri bir ifadeyle bu yönde herhangi bir talebe gerek olmaksızın, hükmedebilir. Hâkim, boşanma yargılaması devam ederken gereklilik hâlinde orantılı her türlü geçici önlemlere hükmedebilir. Boşanma yargılaması sırasında eşlere ilişkin alınacak geçici önlemler basit yargılama usulüne tabidir. TMK m. 169 uyarınca geçici önlemlere ilişkin karar en erken boşanma davasının açıldığı anda verilebilir ve bundan itibaren hüküm ifade edebilir. TMK m. 169 uyarınca alınan geçici önlemler boşanma kararının kesinleşmesine kadar kural olarak hüküm doğururlar. Kesin hüküm niteliği doğurmayan TMK m. 169 uyarınca önlem kararları yargılama süresince değiştirilebilir.

Hakem Değerlendirmesi: Dış bağımsız.

Çıkar Çatışması: Yazar çıkar çatışması bildirmemiştir.

Finansal Destek: Yazar bu çalışma için finansal destek almadığını beyan etmiştir.

Peer-review: Externally peer-reviewed.

Conflict of Interest: The author has no conflict of interest to declare.

Grant Support: The author declared that this study has received no financial support.

Bibliyografya/Bibliography

- Acar F, *Aile Hukukumuzda Aile Konutu-Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı* (6. Baskı, Seçkin Ankara 2021).
- Akıntürk T ve Ateş D, *Türk Medenî Hukuku, İkinci Cilt Aile Hukuku* (22. Bası Beta 2020).
- Atalı M ve Ermenek İ ve Erdoğan E, *Medenî Usul Hukuku* (6. Baskı Yetkin 2023).
- Ayan S, *Evlilik Birliğinin Korunması* (TBB 2004).
- Bahadır G, *Türk Hukukunda ve Uluslararası Hukukta Nafaka* (Yetkin 2015).
- Bähler D, *Basler Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)* Herausgeber: Karl Spühler und Luca Tecnio und Dominik Infanger (3. Auflage Helbing Lichtenhahn Verlag 2017).
- Barlas N, 'Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları', *Makalelerim Cilt: I* (Vedat 2008) 223-261.
- Bayram A E, 'Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Tedbir Nafakasına Dair 25.10.2018 Tarihli ve 2017/2-1891 Esas, 2018/1577 Karar Sayılı Kararının Değerlendirilmesi' (2019) TBB Dergisi (144) 213, 248.
- Bohnet F und Droese L, *Präjudizienbuch ZPO* (Stämpfli 2018).

- Bräm V, *Zürcher Kommentar; Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abteilung: Das Eherecht (Art. 90-251 ZGB), Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180* (Schultess 1988).
- Bühler W und Spühler K, *Berner Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage des von Prof. Dr. Max Gmür begründeten Kommentars zum Eherecht, Stämpfli 1980).
- Ceylan A G *Boşanma Davalarında Yargılama ve Geçici Önlemler* (Yetkin 2023).
- Ceylan E, *Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları* (Beta 2006).
- Czitron M, *Die vorsorglichen Massnahmen während des Scheidungsprozesses unter Berücksichtigung des am 1. Januar 1988 in Kraft getretenen neuen Eherechts, des in Revision begriffenen Scheidungsrechts sowie des Prozessrechts und der Praxis in Kanton Zürich* (Dike Verlag 1995).
- Demir Z R, *Artık Değerin Hesaplanmasında Edinilmiş Mallara Eklenecek Değerler* (On İki Levha 2021).
- Dolge A, *ZPO Schweizerische Zivilprozessordnung Kommentar*, Herausgeber: Alexander Brunner und Dominik Gasser und Ivo Schwander (2. Auflage, Dike Verlag AG 2016).
- Dural M ve Öğüz T ve Gümüş M A, *Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Aile Hukuku* (8. Baskı Filiz 2023).
- Duran O, *Medeni Usul Hukukunda Taleple Bağlılık İlkesi* (Seçkin 2020).
- Egger A, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürcher Kommentar; Das Familienrecht, Erste Abteilung: Das Eherecht, Art. 90-251* (Zweite umgearbeitete Auflage 1936).
- Erdem M ve Makaracı Başak A, *Aile Hukuku* (Seçkin 2022).
- Erişir E, *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri* (On İki Levha 2013).
- Feyzioğlu F N, *Aile Hukuku* (3. Baskı Filiz 1986).
- Geiser T 'Neuere Tendenzen in der Rechtsprechung zu den familienrechtlichen Unterhaltspflichten (1993) 8 AJP 903, 913.
- Gloor U, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser (Helbing & Lichtenhahn 2006).
- Göksu T und Heberlein A, *CHK Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht -Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB- PartG*, Herausgeber: Peter Breitschmid und Alexandra Jungo (3. Auflage Schultess 2016).
- Gümüş M A, *Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri* (TMK m. 185-281) (Vedat 2008).
- Günay İnan E, *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri* (Adalet 2018).
- Gürpınar D, 'Eşlerin Evlilik Birliğinin Giderlerine Katılma Borcu' (2013) 8 Özel YÜHFD 1293, 1339.
- Haeschel A, *Le devoir d'entretien entre époux* (Novos 1942).
- Hausheer H und Reusser E R und Geiser T, *Berner Kommentar; Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Art. 159-180 ZGB* Herausgeber: Heinz Hausheer (2. Auflage Stämpfli 1999).
- Işık S, 'Medeni Usul Hukuku Açısından 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 60'ncü Maddesinin Değerlendirilmesi' (2023) 9 (2) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 385-416.

- İşık S, ‘Medenî Usul Hukukunda Hükümden Sonra Feragat ve Davanın Feragat Sebebiyle Sona Erdiğini Ortaya Koyacak Mercî: 7251 Sayılı Kanun Değişikliği Kapsamında Değerlendirmeler (2021) 27 (2) MÜHFHAD 1576-1622.
- Kaya Kızılırmak C, *Boşanmada Maddî ve Manevî Tazminat* (On İki Levha 2021).
- Kılıçoğlu A, *Aile Hukuku* (7. Baskı Turhan 2024).
- Kocar S, ‘Olağanüstü Mal Rejimi’ (2019) 5 (1) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 157-177.
- Köprülü B ve Kaneti S, *Aile Hukuku* (2. Bası Filiz 1989).
- Köse E C, *Evlilik Birliğinin Eşlerin Tasarruf Yetkisine Getirdiği Sınırlamalar* (On İki Levha 2020).
- Köseoğlu B ve Kocağa K, *Aile Hukuku ve Uygulaması* (TBB 2009).
- Kuru B, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medenî Usul Hukuku* (Legal 2016).
- Leuba A, *Commentaire romand Code Civil I*, Editeurs: Pascal Pischonnaz / Bénédicte Foëx (1^{ère} édition, Helbing Lichtenhahn 2010).
- Leuenberger M und Suter J, *FamKomm, Scheidung, Band: I ZGB und Band II: Anhänge*, Herausgeber: Roland Frankhauser (4. Auflage, Stämpfli Verlag AG 2022).
- Lüchinger A und Geiser T, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch, Art. 1-359 ZGB*, Herausgeber: Heinrich Honsell und Nedim Peter Vogt und Thomas Geiser, (Helbing & Lichtenhahn 1996).
- Maier P und Schwander I, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Herausgeber: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (7. Auflage, Basel Helbing Lichtenhahn 2022).
- Maier P und Vetterli R, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge* (4. Auflage Stämpfli 2022).
- Meriç N, *Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi* (Yetkin 2011).
- Nomer H N ve Ergüne M S, *Eşya Hukuku* (9. Bası, On İki Levha 2022).
- Oğuzman M K ve Selçik Ö ve Oktay-Özdemir S, *Eşya Hukuku* (23. Baskı, Filiz 2021).
- Öcal M, *Yoksulluk Nafakasının Süresi* (On İki Levha 2019).
- Özekes M, ‘Geçici Hukuki Koruma’, *Pekcanitez Usul, Cilt III*, 15. Bası, Editörler: Hakan Pekcanitez / Muhammet Özekes / Mine Akkan, Hülya Taş Korkmaz (On İki Levha, 2017).
- Öztan B, *Aile Hukuku* (6. Baskı Turhan Kitabevi 2015).
- Pekmez C, ‘Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi’ (2021) 7 (41) İAÜHFD 141, 160.
- Philipp Maier und Ivo Schwander, *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Herausgeber: Thomas Geiser / Christiana Fountoulakis (7. Auflage, Basel Helbing Lichtenhahn 2022).
- Schmid U, *Orell Füssli Kommentar* (4. Auflage Orell Füssli 2021).
- Schwander I, ‘Bundesgericht, II. Zivilabteilung, 22.10.1992, H. c. H. (5P.227/1992), Staatsrechtliche Beschwerde’ (1993) AJP I 86, 88.
- Schwander I, *Orell Füssli Kommentar, ZPO Kommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Myriam A. Gehri und Ingrid Jent Sørensen und Martin Sarbach (2. überarbeitete Auflage Orell Füssli Verlag AG 2015).
- Spühler K und Frei-Maurer S, *Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Das Eherecht, Die Ehescheidung, Art. 137-158 ZGB* (Ergänzungsband Stämpfli 1991).

- Spycher A, *Berner Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, ZPO, Band I: Art. 1-149 ZPO, Band II: Art. 150-352 ZPO und Art. 400-406 ZPO*, Herausgeber: Heinz Hausheer / Hans Peter Walter (Stämpfli 2012).
- Stalder C und van de Graaf B, *Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, Herausgeber: Paul Oberhammer und Tanja Domej und Ulrich Haas (3. Auflage Helbing & Lichtenhahn Verlag 2021).
- Stein M, *FamKomm, Scheidung, Band I: ZGB und Band II: Anhänge, Band II: Anhänge / Art. 275 ZPO*, Herausgeber: Roland Fankhauser (4. Auflage Stämpfli Verlag 2022).
- Steinegger J, *Les mesures provisoires selon l'art. 145 CCS* (Imprimerie du Chateau 1950).
- Sutter T und Freiburghaus D, *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht* (Schultess 1999).
- Sutter-Somm T und Seiler B, *CHK-Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Handkommentar zum Schweizerischen Zivilprozessordnung Art. 1-408 ZPO* (Schultess Juristische Medien AG 2021).
- Tahiroğlu F, 'Die Sammlung von Tatsachen und Beweismitteln in Verfahren der während des Scheidungsprozesses zu treffenden vorsorglichen Massnahmen' (2022) 4 (1), TAÜHFD 209, 242.
- Tappy D, *Commentaire romand Code civil I*, Editeurs: Pascal Pischonnaz et Benedict (1^{ère} édition Helbing Lichtenhahn 2010).
- Tappy D, *Commentaire romand Code de procédure civile*, Editeurs: François Bohnet / Jacques Haldy et Nicolas Jeandin et Philippe Schweizer et Denis Tappy (2^e édition Helbing Lichtenhahn Verlag 2019).
- Tekelioğlu Ş, *Aile Mahkemelerinin Görev Alanına Giren Geçici Hukuki Korumalar* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi 2019).
- Tekinay S S, *Türk Aile Hukuku* (Yedinci Baskı Filiz 1990).
- Topak S *Boşanma Davalarında Yargılama Usulü* (On İki Levha 2021).
- Tutumlu M A, *Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Cilt II* (2. Baskı Seçkin 2009).
- Ürcan G, 'TMK m. 198 Uyarınca Evlilik Birliğini Koruyucu Önlemin İş İlişisine Etkileri ve İşçi Alacakları' (2022) 1 (72) Çalışma ve Toplum 299-328.
- Yılmaz C, *Türk ve İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Birlikte Yaşamaya Ara Verilmesi* (Adalet 2016).
- Zeytin Z, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi* (Güncellenmiş ve Genişletilmiş 5. Baskı Seçkin 2021).