

TÜRK MEDENİ KANUNU İLE AİLE HUKUKUNDA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER VE BU KONUDA BAZI ÖNERİLERİMİZ

*Yard. Doç. Dr. Veysel BAŞPINAR**

I. TARİHÇE:

1971¹ ve 1984² yıllarında hazırlanan iki ayrı Medeni Kanun tasarısı yürürlüğe girememiştir. Adalet Bakanlığı tarafından 1996 yılında, Medeni Kanun Tasarısını hazırlamak üzere yeni bir komisyon kurulmuştur. Söz konusu komisyon bugünkü Medeni Kanun'un ilk tasarısını hazırlamış ve bu tasarı 1998 yılında Adalet Bakanlığı tarafından yayınlanmıştır³. Ancak Tasarıda yasal mal rejimi olarak yer alan "Paylaşmalı Mal Ayrılığı", 1999 yılında Komisyon tarafından "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi" olarak değiştirilmiştir. Böylece Medeni Kanun 1999 Tasarısı ortaya çıkmıştır. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu işte bu son tasarı metnidir⁴.

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu ile, eski Medeni Kanun'un, gerek şekil gerek içerik bakımından pek çok hükmünde

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ Bkz. Adalet Bakanlığı, Türk Medeni Kanunu Ön Tasarısı ve Gerekçesi. Adı geçen komisyonun, çeşitli kurumlarında Medeni Kanun'un dilini sadeleştirmeden ve doktrinde ileri sürülen mevcut eksiklik ve yanlışlıkları düzeltmeden öteye gidemediği ileri sürülmektedir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Özsunay, Ergun: Medeni Hukuka Giriş, 5. Bası, İstanbul 1986, sh. 162-163.

² Adalet Bakanlığı, Türk Medeni Kanunu Öntasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1984.

³ Adalet Bakanlığı Tarafından Hazırlanan Türk Medeni Kanunu Tasarısı ve Gerekçesi, Ankara 1998.

⁴ Tasarı TBMM Genel Kurulunda birkaç maddede yapılan değişiklikler hariç, komisyondan geldiği şekliyle aynen kabul edilmiştir. Genel Kurulda değişikliğe uğrayan maddeler şunlardır: 78, 274, 289, 463, 465, 559, 571, 707, 851, 970.

değişiklik yapılmıştır⁵. Şekle ilişkin değişiklikler arasında ilk sırada madde numaraları gelmektedir⁶. Ayrıca yeni düzenlemede bölüm numaraları da eski metinden farklıdır⁷. Yeni metinde ayrıca çok fazla kavram değişikliği yer almaktadır.

Yeni Kanun'un içeriği de eski hükümlerden son derece farklılık arz etmektedir. Oysa, gerek medyada gerek kamu oyunda, yeni Kanun'daki en önemli değişikliğin, evlilikte eşler arasındaki mal rejimlerinde yapıldığı intibah uyandırılmıştır⁸. Kısaca, kamuoyunda; yeni Türk Medeni Kanunu ile, eski Kanun hükümlerinde yapılan değişikliğin, yeni bir mal rejiminin kabul edilmesinden ibaret olduğu kanaati doğmuştur.

Doktrinde bir görüş ise, değişikliklerin önemini vurgulamak için, Türk Medeni Kanunu'nu bir devrim kanunu olarak nitelendirmiştir⁹.

Kanun metni yakından incelendiği takdirde, değişikliğin kamuoyundaki algılandığı kadar basit olmadığı açıkça görülmektedir. Gerçekten de yeni Kanunla getirilen değişiklikler yalnız mal rejimi ile sınırlı değildir. Yeni Medeni Kanunda, başlangıç hükümlerinden itibaren, zilyetlik ve tapu siciline kadar, eski Medeni Kanun hükümlerinde son derece önemli değişiklikler kabul edilmiştir. Bu değişikliklerin hepsinin ayrıntılı bir şekilde ele alınması, bu çalışmanın boyutunun çok üzerindedir¹⁰. Bu nedenle, aşağıda yeni Kanunla getirilen değişikliklerden sadece aile hukukundaki düzenlemeler kısaca ele alınmıştır.

⁵ Bkz. Adalet Bakanlığı; Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002 (Bundan böyle Gerekçe olarak anılacaktır). Türk Medeni Kanunu ile eski Medeni Kanun hükümlerinde yapılan değişikliklere toplu bir bakış ve ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Ahmet; Medeni Kanun'unuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, sh. 1 vd.

⁶ Madde numaralarının değiştirilmesinin gerekçeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gerekçe, sh. 286-287.

⁷ Türk Medeni Kanunu'ndaki şekle ilişkin diğer değişiklikler için bkz. Gerekçe, sh. 287-289.

⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Ahmet; Eşler Arasında Yasal Mal Rejimi ve Yeni Bir Öneri, Yargıtay'ın 128., Ankara Üniversitesinin 50. ve Ankara Hukuk Fakültesi'nin 75. Kuruluş Yıldönümü Sempozyumu, (aşağıda Kılıçoğlu Öneri olarak anılacaktır), Ankara 1996, sh. 19 vd.

⁹ Şahin, Şaziye; Yeni Medeni Kanun Kadın Hakları Açısından Ne Getirdi?, Antalya Barosu Dergisi, Ocak 2002, sh. 12 vd.

¹⁰ Hatia, Medeni Kanun'un bir bölümünde yapılan değişiklikler, bağımsız bir kitap oluşturacak kadar fazla olabilmektedir. Meselâ bkz. Sungurbey, İsmet; Medeni Kanun Öntasarısının Nesnel Hukukunun Eleştirisi, İstanbul 1972.

Türk Medeni Kanunu'nda, eşitlik ilkesine uygun olarak kadının yerleşim yerinin, kocanın yerleşim yerine bağlanması esası terkedilmiştir¹¹. Ayrıca, TMK. m. 21/I'de velayet altındaki çocuğun yerleşim yeri ile ilgili olarak "Velâyet altında bulunan çocuğun yerleşim yeri, ana babasının; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeridir. Diğer hallerde çocuğun oturma yeri, onun yerleşim yeri sayılır" hükmü yer almaktadır¹². Bu düzenlemeler, Birleşmiş Milletler tarafından 18.12.1979 tarihinde kabul edilen "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi"ne¹³ uygundur. Gerçekten de, adı geçen sözleşme m. 15/b. 4'te "Taraflar Devletler, kadın ve erkeğe hukukî olarak yerleşme yeri seçme ve nakletmede eşit yasal haklar tanıyacaklardır." hükmü yer almaktadır.

II. TÜRK MEDENİ KANUNU İLE AİLE HUKUKUNDA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER

A. Nişanlanma

1998 Tasarısında nişanlanma, önce sözleşme¹⁴ olarak nitelendirilmiş, ancak Kanunda bu durum düzeltilmiştir (TMK. m. 118/II). TMK. m. 120 ve devamında, nişanlılığın sona ermesi sebebiyle dava açılması halleri genişletilmiştir. Çünkü Kanunda "Nişanlılardan biri haklı bir sebep olmaksızın nişanı bozduğu veya nişan taraflardan birine yükletilebilen bir sebeple bozulduğu takdirde" (TMK. m. 120/I) ve "nişanlılığın sona ermesinden doğan dava hakları" ifadesi yer almaktadır¹⁵. Her ne kadar, genel gerekçenin söz konusu madde ile ilgili kısmında "Böylece madde, nişanlılığın sadece bozulması hâlini değil, fakat ölüm ve gaiplik gibi diğer sona erme sebeplerini de kapsayacak biçimde kaleme alınmıştır"¹⁶ ifadesi

¹¹ Eski Medeni Kanunda "Kocanın ikametgahı karının.... ikametgahı addolunur" hükmü yer almaktaydı (eMK. m. 21).

¹² Kanımızca bu ifade, "ana ve babanın ortak bir yerleşim yeri olmaması durumunda, çocuğun yerleşim yeri, velayeti veya bakımı kendisine bırakılan tarafın yerleşim yeridir" şeklinde olmalıydı.

¹³ Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi, (aşağıda "Sözleşme" olarak anılacaktır). Adı geçen sözleşme, TBMM tarafından 11.06.1985 tarih ve 3232 sayılı "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Katılmanın Uygun Bulduğuna Dair Kanun"la kabul edilmiştir. (RG. T. 25.06.1985, S. 18792).

¹⁴ Nişanlanmanın hukuki niteliği konusundaki tartışmalar ve geniş bilgi için bkz. Koç, Nevzat; Türk-İsviçre Hukukunda Nişanlanma Sözleşmesi, İzmir 2002, sh. 13 vd.

¹⁵ Bkz. Gerekçe, sh. 362.

¹⁶ Bkz. Gerekçe, sh. 293. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gezici, Sevim/Kalkan, Burcu; Aenderungen innerhalb des Eheschließungsrechts im türkischen Zivilrecht, Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul, Volume 34, No: 51 (2002), sh. 281 vd.

yer almakta ise de, kanımızca ölüm ve gaiplik hallerini ayrı tutmak gerekir. Zira, ölüm ve gaiplik hallerinde ancak hediyelerin iadesi davası açılıp, diğer davalar açılmaz¹⁷. Bu davaların açılması bakımından kadın veya erkek ayrımı söz konusu değildir¹⁸.

B. Evlenme

Yeni Medeni Kanunda evlenme yaşı kadın ve erkek için 17 olarak belirlenmiştir (TMK. m. 124/I). Bunun için 17 yaşın tamamlanması yani 18. yaştan gün alınması gerekmektedir¹⁹. Buna karşılık, olağanüstü evlenme yaşı ise, cinsiyet ayrımı yapılmadan 16 olarak belirlenmiştir (TMK. m. 124/II)²⁰.

Akil hastalarının asla evlenemeyeceğine dair hüküm (cMK. m. 89/II) yeni Medeni Kanunda değiştirilmiştir. Yeni Medeni Kanunda, "akıl hastaları

¹⁷ Geniş bilgi için bkz. Koç, sh.74-75, 139-140.

¹⁸ Sözleşmenin 16. maddesinin 1. fıkrasında taraf devletlerin, kadınlara karşı evlilik ve aile ilişkileri konusunda ayrımı önlemek için gerekli bütün önlemleri alacakları ifade edilmiştir. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 3 vd.

¹⁹ Zevkliler, A./Havutçu, A.: Yeni Medeni Kanuna Göre Medeni Hukuk (Temel Bilgiler), Ankara 2002, sh. 226; Akıntürk, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2002, sh. 60.

²⁰ Bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, sh.5. Kanunlar hazırlanırken belirli ilkelere de uymak gerekir. Bunlardan bazıları kanunlar hazırlanırken sosyal ve psikolojik faktörlerin göz ardı edilmemesi, uygulamayı toplumun kaldırıp kaldırmayacağını belirlenmesi, kanuna uyumu etkileyen faktörlerin çeşitliliğinin değerlendirilmesi ve aşırı zorlayıcı müeyyideler yer verilmemesidir. Geniş bilgi için bkz. Em, Ali; Kanunların ve İdari Tasarrufların Yapım Tekniği, Ankara 1998, sh. 9 vd. Yukarıdaki hükmü sevkedenler, evlenme yaşı ile ilgili ülkemizdeki geçmiş tecrübeleri unutmuş görünmektedirler. Nitekim Medeni Kanunumuzun iktibas edilerek yürürlüğe konulduğu tarihlere, kadınlar için böyle bir yaş haddi (17 yaş) öngörülmüş idi. Ancak, ülkemizde özellikle kırsal bölgelerde kızları erken yaşlarda evlendirme geleneği bugün dahi mevcuttur. Bunun sonucu olarak, yaş küçüklüğü sebebiyle birçok gayrimeşru evlilikler olmuştur. Bu ilişkiden ise daha çok, erken yaşta evlenen kadınlar ile böyle bir evlilikten doğan çocuklar zarar görmüştür. Bu sosyal gerçeklik kanun koyucuyu evlenme yaşını indirmeye zorlamıştır. Geniş bilgi için bkz. Akıntürk, Turgut; Aile Hukuku, 4. Bası, Ankara 1996, sh. 59 vd; Edis, Seyfullah; Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası, Ankara 1989, sh. 107. Atatürk zamanında kadınlar ve çocuklar için bu sakıncalı duruma son verilmiştir. Bu amaçla 1938 yılında 3453 sayılı Kanunla evlenme yaşı düşürülmüştür. Böylece evlenme yaşı kadınlar için 15, erkekler için 17 olarak belirlenmiştir. Evlenme yaşının indirilmesinin yerinde olmadığı konusunda görüş için bkz. Arık, Kemal Fikret; Medeni Kanun ve Yapılan Bazı Tenkitler, SBF. 1963, S. 1, sh. 207. İsviçre hukukunda da rüşt ve evlenme yaşı 1 Ocak 2000 tarihinden itibaren 18 olarak belirlenmiştir. Bkz. ZGB, Art. 14, 94.

evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler” hükmü yer almaktadır (TMK. m. 133)²¹.

Yeni düzenlemede, yasal temsilcinin evlenmeye izin verme konusundaki yetkisini kötüye kullanması halinde, talepte bulunan küçüğün mahkemeye başvurarak hâkimden izin alınması imkânı getirilmiştir (TMK. m.128)²².

C. Evliliğin genel hükümleri

Yeni metinde evliliğin genel hükümleri ile ilgili olarak, eski Medeni Kanun’dan çok farklı düzenlemelere yer verilmiştir. Bununla birlikte söz konusu değişikliklerin çoğunun, kadın-erkek eşitliğini gerçekleştirmeye yönelik hükümler olduğunu söylemek mümkündür. Bunlar arasında evlilik birliğinin temsili, evlilik birliğinin beraberce yönetilmesi, eşlere, birliğin giderlerine yalnız malvarlığı ile değil emekleriyle de katılabilme imkânının sağlanmış olması²³, oturulacak konutun birlikte seçilmesi, üçüncü kişilere karşı sorumluluk, eşlerin meslek ve işi, aile konutu, evlilik birliğinin giderlerine katılma ilk sırada sayılabilir²⁴.

D. Boşanma ve ayrılık

İsviçre hukukunda boşanma sebepleri, 01.01.2000 tarihinden geçerli olmak üzere değiştirilmiştir. Buna göre İsviçre’de boşanma sebeplerini, özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebebi olmak üzere ikiye ayırma geleneği terkedilmiştir²⁵. Buna karşılık, Türk Medeni Kanunu’nda boşanma

²¹ Gerekçede söz konusu hüküm ile ilgili olarak, bazı akıl hastalarının tedavi sonucu iyileşebilecekleri belirtilmiştir. Bu sebeple söz konusu kimselerin hepsinin aynı düzenlemeye tabi olmaları isabetli bulunmamıştır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Gerekçe, sh. 366-367; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 7. Mesela melankoli hastalığı sürekli bir nitelik taşımamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Gezici/Kalkan, sh. 288.

²² Eski Medeni Kanunda bulunmayan bu maddenin gerekçesinde, kanuni temsilcinin özellikle kız kaçırma ve kocaya kaçma gibi olaylar yüzünden aileler arasında kavgalara sebebiyet verecek sonuçların önlenmesinin amaçlandığı ifade edilmiştir. Bkz. Gerekçe, sh. 365; Akıntürk, sh. 65; Özdamar, sh. 223.

²³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 25 vd.

²⁴ Evliliğin genel hükümlerinde yapılan diğer değişiklikler için bkz. Gerekçe, sh. 296-298; Akıntürk, sh. 103 vd.; Gençcan, Ömer Uğur; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Evliliğin Genel Hükümleri, YD. 2003, S. 1-2, sh. 43 vd.

²⁵ Bkz. ZGB, Art. 111-116. İsviçre’de boşanma sebepleri konusunda geniş bilgi için bkz. Reusser, Ruth; “Die Scheidungsgründe und die Ehetrennung., in: Vom alten zum neuen Scheidungsrecht, Bern 1999, sh. 10 vd.; Helvacı, Serap; İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri, Prof. Dr. Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, sh. 1151 vd.; Temel, Erhan; Ehescheidung, Insbesondere wegen Ehebruchs, nach türkischem

sebepleri, eski Medeni Kanunda olduğu gibi, özel sebepler ve genel sebepler olmak üzere ikiye ayrılmaktadır (TMK. m. 161-166). Ayrıca özel boşanma sebeplerinden hayata kast ve pek kötü davranışın düzenlendiği TKM. m. 162'ye, "ağır derecede onur kırıcı davranış (=schwere Ehrenkraenkung)"²⁶ üçüncü bir sebep olarak eklenmiştir²⁷. Öte yandan TMK. m. 163'te düzenlenen suç işleme sebebiyle boşanmanın gerçekleşebilmesi için, bunun, diğer eş için çekilmez olması gerekmektedir. Başka bir deyişle, burada bir eşin yalnız suç işlemiş olması yeterli olmayıp, bunun diğer eş için çekilmezlik şartının da gerçekleşmesi aranmaktadır.

Terk (Verlassung=Abandon)²⁸ sebebiyle boşanmada eMK. m. 132'de yer alan üç aylık süre, yeni düzenlemede altı aya çıkarılmıştır (TKM. m. 164/I). Sürenin altı aya çıkarılmasındaki amaç, eşlerin barışma ümitlerini uzatabilmek ve onlara daha uzun süre düşünme fırsatı vermektir²⁹. Bu süre ile, özellikle, pek önemli olmayan sebeplerle ortak konutu terk eden eşlerin, zaman geçtikçe yaptıkları davranışın doğru olmadığını anlayarak, telafisi mümkün olmayacak hataya düşmeleri önlenmiş olacağı ifade edilmiştir³⁰. Ayrıca terk sebebiyle boşanma davasında eski hükümden farklı olarak, ihtarla iki ay içinde ortak konuta dönmesi imkânı getirilmiştir. Buna göre, terekeden eşe, dördüncü ayın sonunda ihtarla bulunularak, iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği hususunda uyarılacaktır³¹. Yeni düzenlemeye göre, ihtar gerektiğinde ilân yoluyla da yapılabilir (TMK. m. 164/II)³².

Yeni düzenleme ile (TMK. m. 199) hâkime, evliliğin devamı veya boşanma sırasında özel önlem alma yetkisi de verilmiştir. Buna göre hâkim,

und schweizerischem Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Entscheidungen des türkischen Kassationsgerichtshofs und des schweizerischen Bundesgerichts. Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, sh. 1141, özellikle sh. 1152 vd.

²⁶ Ağır onur kırıcı davranış hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tutumlu, M. Akif; Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002, sh. 162 vd.

²⁷ Gerçekçede bu sebebin ZGB. Art. 138'de yer aldığı halde, eski Medeni Kanuna neden alınmadığının belli olmadığı, değişiklikle bu eksikliğin ortadan kaldırıldığı belirtilmiştir. Bkz. sh. 372-373. Ayrıca bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 11-12. Oysa ZGB'de 1998 yılında yapılan değişiklikle diğer sebeplerle birlikte onur kırıcı davranış da boşanma sebebi olmaktan çıkarılmıştır. Gerçekten de, boşanma sebeplerinin yer aldığı ZGB Art. 111-116'da onun kırıcı davranış (Ehrenkraenkung) yer almamaktadır.

²⁸ Terk sebebiyle konusunda geniş bilgi için bkz. Tutumlu, sh. 196 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 12; Ehescheidung: Die Krise. www.jurathek.de; Wann kann eine Scheidung aus Härtegründen verweigert werden? www.jurathek.de; Die Durchführung der Trennung. www.jurathek.de.

²⁹ Akıntürk, sh. 247; Özdamar, sh. 359.

³⁰ Gerçekçe, sh. 295, 373.

³¹ Gerçekçe, sh. 295.

³² Bu konuda geniş bilgi için bkz. Akıntürk, sh. 247 vd.; Özdamar, sh. 359; Tutumlu, sh. 219 vd.

evlilik devam ederken veya birlikte yaşamaya ara verilmesi halinde, ortak konuttan ve ev eşyasından kimin yararlanacağına karar verecek ve bu konuda gereken önlemleri alacaktır (TMK. m. 197/II). Hâkim, önlem olarak, eşlerden birinin tasarruf yetkisinin kısıtlanmasına da karar verebilecektir. Aynı şekilde hâkim, eşlerden birinin taşınmazlarıyla ilgili tasarruf yetkisinin sınırlanması amacıyla tapuya şerh verilmesine re'sen karar verebilir (TMK. m. 199/III). Bu son durum hâkimin alacağı önlemlerin özel bir şeklidir³³. Doktrinde hükmün özel amacının, boşanmaya kararlı olan kocanın, sırf kadına nafaka veya tazminat ödememek için, mallarını başkalarına devretme yolunu kapatmak olduğu ileri sürülmüştür. Bu görüşü savunan yazara göre³⁴, söz konusu hükümle, dolaylı olarak kadın korunmaktadır. Gerekçede de hükmün, özellikle kocanın, karısından mal kaçırmasını önlemeye yönelik olduğu ifade edilmiştir³⁵. Kanımızca, böyle bir hüküm, sadece koca açısından değil, her iki eş açısından da eşlerin birbirilerinden mal kaçırma yolunu kapatmaya yöneliktir. Bu sonuç eşitlik ilkesine de uygundur.

Yeni düzenlemede boşanma ve ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya eşlerin davadan önce, son altı aydan beri oturdukları yer mahkemesidir (TMK. m. 168). Bu sonuç, kadın erkek eşitliğine uygun bir düzenlemedir³⁶. Öte yandan, boşanma sebebiyle açılacak davaların, boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğraması esas kabul edilmiştir (TMK. m. 178). Eski düzenlemede böyle bir hüküm mevcut değildi. Söz konusu hüküm ile eşlerin, evliliğin son bulmasından yıllar sonra maddi veya manevi tazminat davası ya da yoksulluk nafakası talebiyle karşılaşmaları önlenmek istenmiştir³⁷. Yeni düzenlemede boşanma sonucunda maddi ve manevi tazminat konusunda da bazı değişiklikler yapılmıştır. Buna göre davacının kusursuz olması ortadan kaldırılmış, davalı tarafın kusurlu olması yeterli sayılmıştır³⁸.

E. Nafaka

Yeni Kanunla aile hukuku alanında getirilen bir değişiklik de, boşanma sonunda hükmedilen yoksulluk nafakası ile ilgilidir³⁹. Eski Medeni Kanun'da yoksulluk nafakası ödeyen genellikle erkekti. Zira, eMK. m.

³³ Ayrıntılı bilgi için bkz. Gerekçe, sh. 384-385; Tutumlu, sh. 418.

³⁴ Özdamar, sh. 369.

³⁵ Gerekçe, sh. 384-385.

³⁶ Akıntürk, sh. 271.

³⁷ Gerekçe, sh. 377.

³⁸ Yeni Medeni Kanunda boşanma halinde maddi ve manevi tazminat ile ilgili geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Mustafa; 4721 sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Boşanma Halinde Maddi ve Manevi Tazminat, ABD. 2002, S. 2. sh. 39, özellikle sh. 41 vd.

³⁹ Türk Medeni Kanunu ile yoksulluk nafakası konusunda getirilen yenilikler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ruhi, Ahmet Cemal; Türk Hukukunda Nafaka ve Nafaka Alacaklarını Yabancı Ülkelerde Tahsili, Ankara 2003, sh. 69 vd.

144'de "Erkeğin kadından yoksulluk nafakası isteyebilmesi için kadının hali refahta bulunması gerekir"di. Yeni Kanun, kadın erkek eşitliğine uygun bir düzenleme ile bu şartı kaldırmıştır (TMK. m. 175)⁴⁰. Buna göre, gerek erkek gerek kadın, refah halinde olup olmadıklarına bakılmaksızın, yoksulluğa düşecek olan diğer tarafa yoksulluk nafakası ödemek zorundadır.

TMK. m. 175 hükmüne göre, yoksulluk nafakası için talepte bulunanın kusuru daha ağır olmamalıdır. İkinci olarak talepte bulunanın, boşanma yüzünden yoksulluğa düşme tehlikesi bulunmalıdır. Ayrıca hâkimin takdir edeceği nafaka miktarı, diğer eşin mali gücü ile sınırlı olacaktır⁴¹. Yeni düzenlemeye göre, boşanmadan sonra açılacak nafaka davalarında yetkili mahkeme, nafaka alacaklısının yerleşim yeri mahkemesidir (TMK. m. 177). Söz konusu hükümle nafaka alacaklısı zor durumdan biraz da olsa kurtarılmıştır⁴².

F. Evlilikte mal rejimi

1) Genel olarak

Aile hukukunda yapılan en önemli değişiklik ise; eşler arasındaki mal rejiminin değiştirilmesidir⁴³. Gerçekten de, eski Medeni Kanun'da eşler arasındaki yasal mal rejimi mal ayrılığı idi. 1998 Tasarısı ile yasal mal rejimi "Paylaşmalı Mal Ayrılığı" olarak belirlenmişti (m. 202)⁴⁴. Buna karşılık, 1999 Tasarısında, İsviçre hukukunda 1988 yılında kabul edilen "edinilmiş

⁴⁰ Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 19.

⁴¹ Geniş bilgi için bkz. Gerekeç, sh. 376; Akıntürk, sh. 294 vd.

⁴² Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 19.

⁴³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Ahmet; Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (bundan böyle Kılıçoğlu Rejim olarak anılacaktır), 2. Bası, Ankara 2002, sh. 8 vd.; Ceylan, Ebru, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, sh. 1019 vd.; Acabey, M. Beşir; Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi, İzmir 1998, sh. 5 vd.; Şıpka, Şükran Tama; Türk Aile Hukukunda Karı Koca Mal Rejimleri Sisteminde Yapılmak İstenecek Düzenlemeler Hakkında Düşünceler, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e Armağan, İstanbul 1995, sh. 353 vd.; Acabey, M. Beşir; Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2001, sh. 780 vd.

⁴⁴ Hatta, o dönemde bir makalede, bugün kanuni rejim olan "Edinilmiş Mallara Katılma (=Errungenschaftsbeteiligung)" rejiminin neden ülkemize uymayacağı ayrıntılı olarak dile getirilmişti. Bkz. Kılıçoğlu, Öneri, sh. 41. Aynı şekilde 1998 Tasarısında edinilmiş mallara katılma rejimi için şu ifadeler yer verilmişti: "Çok karmaşık bir sistem ve evliliğin sona ermesinde son derece güç bir tasfiye yöntemi öngören bu rejim ayrıntılı bir şekilde incelenmiş ve ülkemiz şartlarına uymadığı kanısına varılarak ancak sözleşmeli (akdi) mal rejimi olarak düzenlenmesi ...sonucuna varılmıştır." Bkz. 1998 Tasarısı m. 232 gerekçesi.

mallara katılma” rejiminin, ülkemizde de yasal mal rejimi olarak kabul edildiği belirtilmiş, daha sonra bu hüküm kanun metninde de aynen kabul edilmiştir⁴⁵.

Yeni Medeni Kanun, mal rejimi konusunda ikili bir ayırım yapmıştır. Bunlardan birincisi yasal mal rejimi, ikincisi ise seçimlik (akdî) mal rejimidir. Medeni Kanuna göre, yasal mal rejimi “edinilmiş mallara katılma rejimi”dir (TMK. m. 202). Seçimlik mal rejimleri ise, mal ayrılığı rejimi (TMK. m. 242-243); paylaşımlı mal ayrılığı rejimi (TMK. m. 244-255) ve mal ortaklığı rejimidir (TMK. m. 256-281). Buna karşılık, yeni düzenlemede, eski Medeni Kanunda yer alan “mal birliği rejimi” (eMK. m. 191-210) kabul edilmemiştir⁴⁶.

Kanunda (TMK. m. 206 vd.) ve doktrinde bir de “olağanüstü mal rejiminden (ausserordentlicher Güterstand)” söz edilmektedir⁴⁷. Bundan amaç, eşler arasındaki paylaşımlı mal ayrılığı rejiminin veya mal ortaklığı rejiminin, eşlerden birinin talebi veya hakkında cebri icra takibi yapılması halinde (yani iflâsta, TMK. m. 209 ya da hacizde TMK. m. 210), kendiliğinden ya da hâkim kararı ile mal ayrılığı rejimine dönüşmesi/ dönüştürülmesidir. Bu şekilde oluşan mal rejimine olağanüstü mal rejimi adı verilmektedir⁴⁸.

Doktrinde bir görtüş, mal rejimi konusunda sözleşme özgürlüğünden söz etmektedir⁴⁹. Kanımızca burada sözleşme özgürlüğünden değil, sınırlı sayı ve tipe bağlılıktan söz etmek gerekir. Gerçekten de eski Medeni Kanun döneminde olduğu gibi, yeni düzenlemede de eşler, ancak Kanunda öngörülen, olağan (yasal) mal rejimini veya seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilirler. Başka bir deyişle, eşler, mal rejimi konusunda ancak kanunda kabul edilen tiplerden birini tercih edebilirler. Çünkü, Kanunda seçilebilecek üç mal rejimi kabul edilmiştir. Aynı şekilde seçilebilen mal rejiminin kanundaki sınırlarının değiştirilmesi de mümkün değildir. Üstelik eşler, bir araya gelerek yeni bir mal rejimi yaratamazlar. Yine eşler, başka bir ülkede kabul edilmiş mal rejimini gerek bütün gerek karma olarak

⁴⁵ Bkz. Gerekçe, sh. 386. Edinilmiş mallara katılma rejimi konusunda geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu Rejim, sh. 8 vd.; Özdamar, sh. 301 vd.; Acabey, sh. 37 vd.; Gençcan, Ömer Uğur, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Ankara 2002, sh. 73 vd. Moroğlu, Nazan; Medeni Kanun'da Mal Rejimleri, İstanbul 2002, sh. 13 vd.

⁴⁶ Özdamar, sh. 313.

⁴⁷ Bu kurumun düzenlenmesinde ZGB. Art. 185-192 hükümlerinden geniş ölçüde yararlanılmıştır. Bkz. Gerekçe, sh. 387-389.

⁴⁸ Geniş bilgi ve uygulama için bkz. Gençcan, sh. 56 vd.; Akıntürk, sh. 138 vd.

⁴⁹ Bkz. Kılıçoğlu, Rejim, sh. 28.

sözleşmeyle benimseyemezler⁵⁰. Bu durum TMK. m. 203'te "tarafklar istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilir" şeklinde ifade edilmiştir⁵¹. O halde buradaki özgürlük, sözleşme özgürlüğü değil, üç mal rejiminden birisini seçme özgürlüğünden öteye bir anlam taşımamaktadır⁵². Bu nedenle, mal rejimi konusunda borçlar hukukunda yer alan (BK. m. 19-20) gerçek ve teknik anlamda bir sözleşme özgürlüğünden söz etmek mümkün deęildir⁵³.

Eski Medeni Kanunda olduğu gibi (eMK. m. 171), yeni düzenlemeye göre eşler, mal rejimi sözleşmesini, evlenmede önce veya sonra yapabilirler (TMK. m. 203). Aynı şekilde mal rejimi seçiminin, evlenme başvurusu sırasında evlendirme memurluğuna yazılı bildirim şeklinde de yapılması mümkündür (TMK. m. 205/I). Evlenmeden önce veya sonra yapılan sözleşmenin noterde düzenleme veya onaylama şeklinde düzenlenmesi mümkündür (MK m. 205/I)⁵⁴. Öte yandan böyle bir sözleşmenin sicile kaydı ve ilâm da gerekli deęildir⁵⁵.

2) Türk Medeni Kanunu'nda mal rejimleri

a) Edinilmiş mallara katılma rejimi

Türk Medeni Kanunu'nun 202 vd. maddelerinde olağan (yasal) mal rejimi olarak "edinilmiş mallara katılma rejimi (Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung =Du régime ordinaire de la participation aux acquêts)" kabul edilmiştir. İsviçre hukukunda 01.01.1988 tarihinde itibaren uygulanan⁵⁶ bu rejim ülkemizde de 01.01.2002 tarihinden itibaren uygulanmaya başlamıştır. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü de, yayınladığı bir genelge ile⁵⁷, 01.02.2002 tarihinden itibaren eşlerin paylı mülkiyet halinde malik oldukları taşınma mallarda TMK. m. 232/II hükmü

⁵⁰ Gençcan, sh. 51.

⁵¹ Gerekçe, sh. 386.

⁵² Aynı yönde görüş için bkz. Özdamar, sh. 297; Gençcan, sh. 51 vd.

⁵³ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Başpinar, Veysel; Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998, sh. 13 vd.

⁵⁴ Bir görüş, bu hükmün, mal rejimi sözleşmesinin sadece düzenleme şeklinde yapılabileceğini öngören Noterlik Kanunu m. 89'u, örtülü bir şekilde değiştirdiğini savunmaktadır. Bkz. Gençcan, sh. 52.

⁵⁵ Bu konuda eleştiriler için bkz. Gençcan, sh. 53.

⁵⁶ AS 1986 122; SR 210.1, Art. 1; BBl 1979 II 1191. Geniş bilgi için bkz. Justiz- und Polizeidepartment (hrsg), Ehe- und Erbrecht, Bern 2000, (www.admn.ch/cdmz) (aşağıda Ehe- und Erbrecht olarak anılacaktır), sh. 20 vd.

⁵⁷ Bkz. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nün 11.06.2003 tarih ve 2002/07 sayılı genelgesi.

gereğince aksine anlaşma bulunmadığı takdirde, eşlerden birinin, diğerinin rızası olmadıkça paylı mülkiyet konusu taşınmazdaki payı üzerinde tasarrufta bulunamayacağını belirtmiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, her bir eşin iki grup malları vardır. Bunlar; “edinilmiş mallar” ve “kişisel mallardır” (TMK. m. 218). Bununla birlikte söz konusu ayrıma “paylı mallar” adı verilen mal grubunu da eklemek gerekir. Bunun anlamı; eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen malların, her iki eşin paylı (müşterek) mülkiyetinde sayılmasıdır (TMK. m. 222/II). Kanun koyucu burada aksi ispat edilebilen adı bir karineye yer vermiştir⁵⁸.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, edinilen mallara hak sahipliği söz konusudur. Hak sahibi olan eşin hakkı kural olarak aynı değil, şahsi bir haktır (TMK. m. 239)⁵⁹. Bu hak niteliği itibariyle bir alacak hakkıdır.

Edinilmiş mal, her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir. Buna göre, bir malın edinilmiş mal sayılması için şu iki şartın gerçekleşmesi gerekir: Söz konusu mal evliliğin devamı sırasında elde edilmiş olmalıdır. Ayrıca bu mal emek karşılığı elde edilmiş olmalıdır. Bir eşin edinilmiş malları TMK. m. 219’da beş bent halinde sayılmıştır. Bunlar; eşin çalışmasının karşılığı olan edinimler⁶⁰; sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumu ve kuruluşlarının veya personele yardım amacıyla kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler; çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, kişisel mallarının gelirleri, edinilmiş malların yerine geçen değerlerdir⁶¹. Eşin kişisel malları ise, TMK. m. 220’de dört bent halinde sayılmıştır. Buna göre bir eşin kişisel malları; kişisel kullanımına yarayan eşya, evlenmeden önce sahip olduğu veya evlenmeden sonra miras veya bağış yoluyla geçen mallar, manevi tazminat alacakları ve kişisel malların yerine geçen değerlerdir⁶².

⁵⁸ Akıntürk, sh. 148.

⁵⁹ Bunun istisnası TMK. m. 240’ta yer almaktadır. Gerçekten de, edinilmiş mallara katılma rejiminde katılma alacağı talebi, kural olarak belirli malların tahsisi hakkını kapsamaz. Ancak, eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eş, birlikte yaşadığı konut üzerinde kendisine, katılma alacağına mahsup edilmek üzere, intifa veya sükna hakkı tanınmasını isteyebilir. Sağ kalan eş böyle bir halde, ev eşyası üzerinde mülkiyet hakkı tanınmasını da talep edebilir.

⁶⁰ Bunun istisnaları; a) sosyal güvenlik ve yardım ödemeleri b) çalışma gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar c) kişisel malların gelirleridir. Bkz. Kılıçoğlu, Rejim, sh. 43 vd.

⁶¹ Edinilmiş mallar konusunda geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 199 vd; Akıntürk, sh. 146 vd; Moroğlu, sh. 26; Özdamar, sh. 325 vd; Gerekçe, sh. 391.

⁶² Bkz. Moroğlu, sh. 26; Gerekçe, sh. 391-392; Akıntürk, sh. 147-148; Özdamar, sh. 326.

Kanun koyucu, eşlerin yapacakları sözleşme ile bazı kişisel malların da edinilmiş mallara dahil olmasına karar verebilmelerine imkân tanımıştır (TMK. m. 221). Söz konusu hükme göre, eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Yine aynı maddede eşlere, mal rejimi sözleşmesiyle, kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını kararlaştırabilme yetkisi tanınmıştır. Kanımızca bu hükümler, uygulamada özellikle çalışmayan kadın aleyhine kullanılmaya yol açabilecek niteliktedir.

b) Mal ayrılığı

Bu rejim eski Medeni Kanunda olağan (yasal) mal rejimi idi. Yeni düzenlemede rejimin, ancak seçimlik olarak kararlaştırılabileceği kabul edilmiştir. Ayrıca bu rejime Kanun metninde sadece iki madde ayrılmıştır (TMK. m. 242-243). Rejimin esası; her eşin malının kendisine ait olmasıdır. Bu rejimde iki malvarlığı grubu vardır. Bunlar karının mülkiyetindeki mallar ve kocanın mülkiyetindeki mallardır. İki mal grubunun dışında kalan bir mal bulunmamaktadır. Bu durum eşlerin evlenmeden önce sahip oldukları mallar için geçerli olduğu gibi, evlendikten sonra edindikleri mallar için de geçerlidir⁶³. Buna göre eşlerden her biri, kanuni sınırlar içerisinde kendi mal varlığı üzerinde mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf haklarına bizzat sahiptir⁶⁴.

c) Paylaşmalı mal ayrılığı⁶⁵

Mal ayrılığı ve mal birliği rejiminin aksine, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, İsviçre'de olmayan, Avusturya hukukundaki düzenlemeden farklı⁶⁶ Türk hukukuna özgü bir rejimdir. Bu rejim, edinilmiş mallara katılma rejiminin, uygulanması ve özellikle tasfiyesi sırasında yaratacağı sakınca ve güçlükleri⁶⁷ ortadan kaldırmayı amaçlamıştır⁶⁸. Bu nedenle, adı geçen rejim,

⁶³ Acabey, sh. 50 vd. Ehe- und Erbrecht, sh. 24.

⁶⁴ Geniş bilgi için bkz. Acabey, sh. 50 vd.

⁶⁵ Bu mal rejimi 1998 tasarısında kanuni mal rejimi olarak kabul edilmişti. Ancak 1999 yılında söz konusu rejim seçimlik mal rejimi haline getirilmiştir. Bu değişikliğin eleştirisi konusunda geniş bilgi için bkz. Akıntürk, sh. 171. Edinilmiş mallara katılma rejimi ile paylaşmalı mal ayrılığı rejimi arasındaki farklarla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 241 vd.

⁶⁶ Avusturya hukukunda yer alan paylaşmalı mal rejimi konusunda geniş bilgi için bkz. Özdamar, sh. 342 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, sh. 818 vd.

⁶⁷ Söz konusu güçlükler konusunda geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Öneri, sh. 39 vd.

bir yönü ile edinilmiş mallara katılma rejimine, diğer yönü ile ise mal ayrılığı rejimine benzemektedir⁶⁹. Adı geçen rejimde eşlerden her biri, evlilik zamanında edindikleri veya kişisel malları üzerinde, kanunun çizdiği sınırlar içinde mülkiyet hakkına sahiptirler. Aynı şekilde her eş kanuni sınırlar içerisinde kendi mallarından dilediği biçimde yararlanabilir ve tasarrufta bulunabilir⁷⁰.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin (Gütertrennung mit Zugevinnausgleich) temeli eşlerin mallarının üçe ayrılması esasına dayanmaktadır. Bunlardan ilk sırada “paylaşma konusu mallar” yer alır. Bundan amaç, mülkiyeti eşlerden kime ait olursa olsun rejim sona erip tasfiye edilirken, eşler arasında yarı yarıya paylaşım konusu olan mallardır. İkinci tür mallara “paylaşma dışı mallar” adı verilmektedir. Bu mallar eşlerden yalnız birine ait olan ve diğer eşin üzerinde hiçbir hak sahibi olmadığı haklardır. Meselâ, terzi olan kadının dikiş makinesi, kadına takılan ziynet eşyası bunlardandır⁷¹. Üçüncü tür mallar ise kanunda “paylı mallar” adı verilen mallardır. Bunlar, her iki eşin paylı mülkiyetinde sayılan mallardır. Kanunda bu tür mallar, “eşlerden hangisine ait olduğu ispat edilemeyen mallar onların paylı mülkiyetinde sayılır” şeklinde ifade edilmiştir (TMK. m. 245/II).

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde paylaşım konusu mallar kısaca, “aileye özgülenen mallar” diye tanımlanan mallardır. Bunlar ailenin ortak kullanımına ve yararlanmasına (aile konutu, konuttaki ev eşyası, yazlık ev, binek otomobili, deniz motoru, yat, sandal vb.) özgülenmiş olan mallar, ailenin ekonomik geleceğini güvence altına almaya yönelik yatırımlar (menkul kıymetler, tahviller, altın ve dövizler, kira getiren daireler vb.) ve ilk iki sıradaki malların yerine geçen (ikinci bir yazlık, ikinci bir deniz motoru vb.) değerlerdir⁷².

d) Mal ortaklığı rejimi

Bu rejim gerek eski Medeni Kanunda (eMK. m. 211 vd.) gerek yeni düzenlemede (TMK. m. 256 vd.) seçimlik rejimlerden biri olarak yer almaktadır. Rejimin temeli, ortaklık malları ile her iki eşin kişisel malları

⁶⁸ Akıntürk, sh. 171; Özdamar, sh. 333; Havutçu, Ayşe; Türk Medeni Kanunu’nda Kadın-Erkek Eşitliğine Ters Düşen Hükümler ve Reform Çalışmaları. İzBD, 1998, S. 1. sh. 10 vd.

⁶⁹ Özdamar, sh. 333; Akıntürk, sh. 171.

⁷⁰ Bunun istisnaları MK. m. 194 ve 199 hükümleridir.

⁷¹ Misal için bkz. Özdamar, sh. 334.

⁷² Geniş bilgi için bkz. Akıntürk, sh. 173 vd.

ayrımına dayanır. Bu rejim genel mal ortaklığı rejimi (TMK. m. 257) ve sınırlı mal ortaklığı rejimi (TMK. m. 258-259) olmak üzere ikiye ayrılır. Mal ortaklığı rejimi, ortaklık malları ile eşlerin kişisel mallarını kapsar (TMK. m. 256). Ortaklık malları, genel mal ortaklığı rejiminde, eşlerin kanun gereği kişisel malları sayılan malları dışındaki bütün mallardan ve gelirlerden oluşur. Bu mal rejiminde hiçbir eş ortaklık malları üzerinde tek başına tasarruf hakkına sahip değildir. Başka bir deyişle, mal ortaklığı rejiminde, ortaklık mallarında elbirliği mülkiyeti (Gesamthandeigentum) söz konusudur (TMK. m. 257/III). Bu mallarda yönetme eski Medeni Kanundan (eMK. m. 212) farklı olarak, kadın erkek eşitliğine uygun bir şekilde, her iki eşe de tanınmıştır (TMK. m. 262-263). Buna karşılık kişisel mallar ise, TMK. m. 260/I hükmüne göre, mal rejimi sözleşmesine, üçüncü kişinin karşılıksız kazandırmasına veya kanunla belirlenir. Meselâ, eşlerden her birinin sadece kişisel kullanımına ayrılmış olan eşyası (karının makyaj malzemesi, kocanın traş takımı) ile manevi tazminat alacakları kanundan dolayı kişisel malıdır (TMK. m. 260/II). Bu mallarda mülkiyet, yararlanma, yönetim ve tasarruf mal sahibi eşe aittir. Kanun koyucu ortaklık malı lehine aksi ispat edilebilen bir karine de kabul etmiştir. Kanuna göre, bir eşin kişisel malı olduğu ispatlanamayan tüm malvarlığı değerleri ortaklık malı sayılır (TMK. m. 261).

G. Aile konutu

1) Genel olarak

Medeni Kanunla aile hukukunda yapılan önemli değişikliklerden birisi de, aile konutu ile ilgili bulunmaktadır⁷³. Eski Medeni Kanun hükümleri arasında bulunmayan "Aile Konutu (Wohnung der Familie=Logement de la famille)" kavramı Türk hukukunda ilk olarak bu düzenlemede yer almıştır⁷⁴. Ayrıca eski Kanun hükümlerinde de değişiklikler yapılmıştır. Her şeyden önce, eMK. m. 152/II'de yer alan "evin seçimi kocaya aittir" hükmü değiştirilmiş ve yeni düzenlemede "eşler oturacakları konutu birlikte seçerler" hükmüne yer verilmiştir. (TMK. m. 186/1)⁷⁵. Öte yandan aile

⁷³ İsviçre hukukunda aile konutu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Şıpka, Konut, sh. 62 vd; Ehe- und Erbrecht, sh. 11.

⁷⁴ Aile konutu ile ilgili olarak bkz. m. 194, 197, 240, 254, 279 ve 652; Özdamar, sh. 232 vd; Gençcan, sh. 73 vd.; Şıpka, Şükran; Türk Medeni Kanunu'nda Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası (TMK. m. 194) İstanbul 2002.

⁷⁵ Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. Gençcan, Evliliğin, sh. 44, 48. vd. ZGB. Art. 162'de de eşlerin aile konutunu birlikte belirleyecekleri hükmü (Die Ehegatten bestimmen gemeinsam die eheliche Wohnung) yer almaktadır. Bu hüküm aynı zamanda, Sözleşmeye de uygundur. Zira adı geçen sözleşmede de kadının yerleşim yerini (ikametgahını) seçme konusunda erkek ile eşit haklara sahip olduğu vurgulanmıştır (m. 15/b. 4). Söz konusu madde

konutu ile ilgili işlemlerde diğer eşin rızasının alınması zorunluluğu getirilmiştir (TMK. m. 194)⁷⁶. Böylece aile konutu ile ilgili olarak kabul edilen yeni hükümlerle, aile konutu deyim yerinde ise adeta “zırh altına alınmıştır”⁷⁷.

2) Kira ile temin edilmiş aile konutu

Aile konutu kira ile temin edilmişse, 01.01.2002 tarihinden itibaren bir eş, diğer eşin rızası olmadıkça kira sözleşmesini tek başına feshedemez (TMK. m. 194). Böylece eşler, aile konutu konusunda birlikte hareket etmek zorundadır. Bu hükme aykırı işlem, hukuki bakımdan askıda işlem (schwebende Rechtsgeschäft) olup, askıda geçersizlik (schwebende unwirksamkeit) ile sakattır. Kanımızca bu durum sözleşmenin nisbiliği ilkesine⁷⁸ bir istisna teşkil etmektedir.

Aile konutu kira ile temin edilmişse, kira sözleşmesinde kiracı sıfatı bulunmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle (ihbarla) kira sözleşmesinin tarafı haline gelme imkânına sahiptir (TMK. m. 194/IV). Bu bildirim herhangi bir şekle bağlı değildir. Fakat, ispat kolaylığı sağlaması açısından bildirim yazılı olmasında fayda bulunmaktadır. Söz konusu bildirim, varması gereken bir irade beyanı ile yapılır. Zira böyle bir bildirim ancak kiralayana herhangi bir yolla ulaştığı anda sonuç doğurur. Bu nedenle, sadece bildirim belgesinin imzalanması yeterli olmayıp, ayrıca kiralayana gönderilmesi (mesela postaya verilmesi) gerekir.

II. Eşlerden birinin mülkiyetinde olan aile konutu

Aile konutu eşlerden birinin mülkiyetinde ise malik, diğer eşin rızası olmadıkça, konut üzerindeki hakları sınırlayan hukuki işlemlerde (ipotek

hükümü şöyledir: “Taraf Devletler, kadın ve erkeğe hukuki olarak yerleşme yeri seçme ve nakletmede eşit yasal haklar tanıyacaklardır”. Ayrıca bkz. Gerekçe, sh. 379.

⁷⁶ Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü de, yukarıda tarih ve sayısı verilen genelgesinde, aile konutu ile ilgili olarak tapu kütüğüne işlenecek şerh konusunda uygulamadaki tereddütleri giderecek açıklamalar getirmiştir.

⁷⁷ Aile konutu ile ilgili geniş bilgi için bkz. Şıpka, sh. 112 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet; Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, sh. 6 vd.

⁷⁸ Borç ilişkisinin nisbiliği ilkesi konusunda geniş bilgi için bkz. Eren, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2001, sh. 18-19; Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Bası, İstanbul 2000, sh. 23 vd.

veya irtifak hakları gibi) bulunamaz. Aynı şekilde malik eş, başkalarına bazı irtifaklar meselâ, sükna, intifa gibi haklar tanıyamaz⁷⁹.

TMK. m. 194/III'e göre, aile konutu olarak özgülenen (tahsis edilen) taşınmazın maliki olmayan eşe, başka bir imkân daha tanınmıştır. Buna göre, taşınmazın maliki olmayan eş, tapu idaresine başvurarak, tapu kütüğüne aile konutu şerhinin düşülmesini isteyebilir. Böyle bir şerh ile birlikte üçüncü kişilerin iyiniyeti ortadan kalkar.

Yeni düzenlemeye göre, eşlerin aile ile ilgili yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla tasarruf yetkilerinin kısıtlanması da mümkün hale getirilmiştir (TMK. m. 199)⁸⁰.

Aile konutu konusunda edinilmiş mallara katılma rejiminde, TMK. m. 240 ile, sağ kalan eşe, bazı imkânlar tanınmıştır. Buna göre, eski yaşantısını sürdürebilmesi için, ölen eşine ait olup, birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine, intifa veya oturma (sükna) hakkı tanınmasını isteyebilir. Sağ kalan eşin katılma alacağı⁸¹ yetmediği takdirde, aradaki fark bedel eklenerek karşılanabilir⁸².

Aile konutu ile ilgili olarak, önemli değişikliklerden birisi de, miras bırakanın ölümünde sağ kalan eşin aile konutu ile ilgili talebinde görülmektedir⁸³. Bu hükme göre, sağ kalan eş, tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konut üzerinde kendisine, miras hakkına mahsuben mülkiyet veya haklı sebeplerin varlığı halinde talep üzerine intifa (Nießbrauch) ya da oturma hakkı (Wohnrecht) tanınmasını isteyebilir (TMK. m. 652/I, II). Bu düzeleme, mirasçılık sıfatına dayanan bir hak temin ettiğinden, eşler arasındaki mal rejimi ne olursa olsun aynen uygulama imkânına sahiptir⁸⁴. Sağ kalan eşin buradaki yetkisi, yasal alım

⁷⁹ MK.m. 194/II'de rızayı temin edemeyen eşe veya haklı bir neden olmaksızın kendisine rıza verilmeyen eşe, hâkimin müdahalesini isteme yetkisi tanınmıştır. Hâkim, olayda haklı sebep görmezse, diğer eşe işlem yapması için izin verebilir.

⁸⁰ İsviçre'de boşanmanın sonuçları arasında yer alan (ZGB. Art. 121) düzenleme, Medeni Kanunda evliliğin genel hükümleri arasında ele alınmıştır. Gerçekçeye göre bunun sebebi, İsviçre'den farklı olarak, ülkemizde kira sözleşmesine taraf olmayan eşin, evliliğin devamı sırasında da mağdur olmasıdır. Bkz. Gerekeç sh. 382.

⁸¹ Katılma alacağı kavramı konusunda geniş bilgi için bkz. Kılıçoğlu, Rejim sh. 23 vd; Akıntürk, sh. 162-164.

⁸² Diğer mal rejimlerinde aile konutu ile ilgili düzenlemeler için bk. MK. 254, 279; Akıntürk, sh. 177-178, 184; Kılıçoğlu, Diğer Eşin, sh. 50, 52.

⁸³ Gerçekten de, sağ kalan eşin korumak amacıyla, ZGB Art. 612a hükmü esas alınarak yeni düzenleme yapılmıştır. Bkz. Gerekeç, sh. 520.

⁸⁴ Kılıçoğlu, Diğer Eşin, sh. 53.

hakkına dayanmaktadır. Kanun koyucunun hükmü sevketmekteki amacı; sağ kalan eşe, ölen eşle uzun yıllar birlikte yaşadığı, acı ve tatlı hatıralarla dolu, aile konutunda yaşamaya devam etme imkânı vermektir. Bu nedenle, sağ kalan eş, kendisine tanınan bu imkânı, ölen eşin daha önce yapmış olduğu bir hukuki işlem ile ihlâl edilmesi halinde de kullanabilir⁸⁵.

H. Soybağı (Nesep) Hukuku⁸⁶

Yeni Medeni Kanun'la getirilen olumlu değişikliklerden birisi de evlilik içi-evlilik dışı soybağı (nesep) ayırımına son verilmesidir⁸⁷. Gerçekten de doktrinde evlilik içi soybağı (sahih nesep)- evlilik dışı soybağı (gayrisahih nesep) ayırımı sürekli eleştirilmekteydi⁸⁸. İşte kanun koyucu, doktrindeki eleştirileri ve Fransız hukukunda 1972, Alman hukukunda 1970 ve İsviçre hukukunda ise 1978 yılında yapılan değişiklikleri de dikkate alarak, evlilik içi soybağı -evlilik dışı soybağı ayırımına son vermiştir (TMK. m. 282 vd.)⁸⁹. Yeni düzenleme ile, bir çocuğun evlilik içinde doğmuş olması ile, evlilik dışında doğmuş olmakla birlikte, sonradan babasıyla soybağı kurulmuş olması durumu arasında hiçbir fark kalmamıştır. Ayrıca, yeni düzenleme ile

⁸⁵ Akıntürk, sh. 166-167; Öztan, sh. 573. Doktrinde Kılıçoğlu tarafından bu konuda verilen misal şöyledir: Meselâ, ölen eş sağlığında yaptığı bir vasiyetname ile aile konutunu belli mal bırakma (muayyen mal vasiyeti) ile kızına veya çok sevdiği yeğenine bırakmış olabilir. Böyle bir hal, TMK. m. 240 ile sağ kalan eşe sağlanan aynı hakkı ihlâl etmektedir. Bu durumda sağ kalan eş, TMK. m. 577 b. 3 (eMK. m. 499, b.3) hükmüne dayanarak, söz konusu vasiyetnamenin TMK. m. 240'a yani hukuka aykırı olduğu iddiasıyla iptal davası açabilir. Bkz. Kılıçoğlu, Rejim, sh. 62.

⁸⁶ Soybağı (nesep) konusunda geniş bilgi için bkz. Acabey, M. Beşir; Soybağı Kurulması Genel Olarak Sonuçları Özellikle Evlilik Dışında Doğan Çocukların Mirasçılığı (aşağıda Acabey Soybağı olarak antlaşacaktır), İzmir 2002, sh. 5 vd.; Gençcan, Ömer Uğur; 743 ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanununa Göre Soybağının Kurulması Reddi-Düzeltilmesi İtiraz Davaları ve Soybağının Hükümleri, Ankara 2002, sh. 31 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 89 vd.

⁸⁷ Bu konudaki gerekçede İsviçre'de 1976 yılında yapılan kanun değişikliğine uyum sağlamanın amaçlandığı belirtilmektedir. Bkz. Gerekçe, sh. 415.

⁸⁸ Özellikle evlilik dışı çocuğun, baba bakımından miras hakkının, evlilik içi doğan çocuğun yarısı olmasını öngören hükmünün (eMK. m. 443/II) Anayasa m. 10, 12, 35, 41'e aykırı bulunarak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirken, kararın gerekçesinde yer alan ifadeler, söz konusu ayırımın kaldırılması gerektiğine işaret etmekteydi. Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 11.9.1987 tarih ve 1/18 sayılı kararı (RG. T. 29.3.1988, S. 19769). Bu konuda geniş bilgi için bkz. Erman, Hasan; Evlilik Dışı Çocuğun Mirasçılığı, İBD. 1988, C. 62, S. 7-9, sh. 437 vd; Koçhisarlıoğlu, Cengiz; Salt Biyolojik Babalık ve Yasal Mirasçılık, AHFD. 1991-1992, S. 1-4, sh. 142 vd.; Oğuzman, Kemal; Evlilik Dışı Çocukların Babalarına Mirasçılığı Sorunu Prof. Dr. İlhan Öztrak'a Armağan, Ankara 1994, sh. 303 vd.; Kocayusufpaşaoğlu, Necip; Miras Hukuku, 2. ve 3. Basırlara Ek Kitap, İstanbul 1992, sh. 10 vd.

⁸⁹ Geniş bilgi için bkz. Akıntürk, sh. 317 vd.

eski Kanundan farklı olarak (eMK. m. 295, 297), bir tek babalık davası kabul edilmiştir (TMK. m. 301)⁹⁰.

İ. Evlat Edinme⁹¹

Yeni Medeni Kanun'un soybağı hukuku alanında getirdiği önemli değişikliklerden birisi de evlat edinmeye ilişkin düzenlemelerde olmuştur⁹². Gerçekten de Türk Medeni Kanunu'nun bu konuya ilişkin düzenlemelerinde pek çok değişiklik yapılmıştır (TMK. m. 305). Ayrıca, eski hükümler arasında bulunmayan yeni bazı düzenlemeler öngörülmüş (TMK. m. 311); evlat edinmenin şartları önemli ölçüde değiştirilmiş ve bu konuda pek çok istisna kabul edilmiştir (TMK. m. 307/II; 310, 311). Mesela, evlat edinme yaşı 35'ten⁹³ 30'a indirilmiştir (TMK. m. 306/II). Aynı şekilde, eşlerin ancak birlikte evlat edinebilecekleri esası kabul edilmiştir⁹⁴. Bunun iki anlamı vardır. Bunlardan birincisi ancak eşler birlikte evlat edinebilirler. Eş olmayan kişiler ise birlikte evlat edinemezler. İkincisi ise eşlerden birinin tek başına evlat edinemesidir. Bundan böyle artık eşler ancak birlikte evlat edinebileceklerdir. (TMK. m. 306/I). Bu nedenle, evli olmayanların birlikte evlat edinebilmeleri mümkün değildir. Yine kural olarak eşlerden birinin tek başına evlat edinmesi kabul edilmemiştir⁹⁵. Eski Medeni Kanunda yer alan, evlat edinecek kimsenin "nesebi sahih fûrunun bulunmaması" (eMK. 253) hükmü yeni düzenleme ile kaldırılmıştır. Bu nedenle, bir

⁹⁰ Yeni Medeni Kanundaki soybağı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Acabey, Soybağı, sh. 5 vd.; Akıntürk, sh. 319 vd.

⁹¹ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ruhi, Ahmet Cemal; Türk Hukukunda Evlat Edinme ve Evlat Edinme ile İlgili Yabancı Mahkeme Kararlarının Türkiye'de Tanınması, 2. Baskı, Ankara 2003, sh. 23 vd.; Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 109 vd.

⁹² Bkz. Gerekeç, sh. 426 vd.

⁹³ eMK. m. 253 hükmü, evlat edinmede 40 yaş sınırını aramaktaydı. Bu sınır, 16.6.1983 tarih ve 2846 sayılı Kanunla 35'e indirilmiştir. Bu düzenlemenin eleştirisi için bkz. Serozan, Rona; Medeni Kanunu Tümüyle Yenilemek Yerinde midir? Yasa Hukuk Dergisi, 1999, S. 9, sh. 1085.

⁹⁴ Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 112, 114 vd. Sözleşmenin 16. maddesinin f bendinde, evlat edinmede kadınların erkeklerle eşit hak ve sorumluluklara sahip olacağı belirtilmiştir.

⁹⁵ Bunun istisnası MK.m. 307/II'de düzenlenmiştir. Buna göre eşin tek başına evlat edinebilmesi için şu şartların gerçekleşmesi gerekir: a) Eşin otuz yaşını doldurmuş olması, b) diğer eşin ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun bulunması veya c) iki yılı aşkın süreden beri nerede olduğunun bilinmemesi ya da d) mahkeme kararıyla iki yılı aşkın süreden ayrı yaşamakta olması yüzünden birlikte evlat edinmelerinin mümkün olmadığını ispat etmesi. Son üç halden birinin gerçekleşmesi yeterlidir. Geniş bilgi için bkz. Akıntürk, sh. 366; Öztan, sh. 448; Özdamar, sh. 280.

kimseye altsoyu bulunsa dahi, evlat edinme imkânı getirilmiştir⁹⁶. Yeni düzenlemeye göre altsoyu bulunan bir kimse dahi bir veya birden çok küçüğü evlat edinebilir. Ancak, bunun için küçüğün evlat edinen tarafından bir yıl süreyle bakılmış ve eğitilmiş olması gerekmektedir (TMK. m. 305/I). Buna karşılık, ergin ve kısıtlıların evlat edinilmelerinde ise, evlat edinenin altsoyunun bulunmaması gerekmektedir (TMK. m. 313/I)⁹⁷.

Eşlerin evlat edinmeleri konusunda alternatifli durum kabul edilmiştir. Birinci duruma göre, eşlerin birlikte evlat edinmeleri için en az beş yıldan beri evli olmaları gerekmektedir. Bu konuda eşlerde yaş sınırı aranmamıştır (TMK. m. 306/II). Zira burada yaş değil, beş yıllık evlilik süresi önemli görülmüştür⁹⁸. İkinci durumda, eşlerin her ikisi de otuz yaşını doldurmuş iseler, yine evlat edinebilirler. Burada beş yıllık evlilik süresi gerekli değildir. Bunun yerine evlat edinecek eşlerde yaş şartı dikkate alınmıştır. Bu nedenle, ikinci durumda evlilik yılı değil, otuz yaşını doldurulmuş önemli görülmüştür. Eski Medeni Kanunda olduğu gibi, yeni düzenlemede de, evlat edinene evlatlık arasında onsekiz yaş farkının bulunması ilkesi kabul edilmiştir (TMK. m. 308/I).

Yeni düzenleme ile evlat edinmede evlatlığın küçük olması ile, ergin veya kısıtlı olması farklı hükümlere tabi kılınmıştır.

J. Koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması

Koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması (Die fürsorgerische Freiheitsentziehung =De la privation de liberté à des fins d'assistance), eski kanunda olmayan, yeni Kanunla getirilmiş bir kurumdur. Kanunda kurumun gerekçesi olarak 1982 Anayasası'nın 19/III hükmü⁹⁹ gösterilmiştir. Kurum düzenlenirken İsviçre Medeni Kanunu'nda 1981 yılında yürürlüğe giren¹⁰⁰ yeni düzenlemelerden de (ZGB. Art. 397a-397f) yararlanılmıştır¹⁰¹. Buna göre, reşit bir kimse, kanundaki sebeplerden birine yakalanmışsa, koruma

⁹⁶ Bkz. Gerekçe, sh. 427. Bu konuda geniş bilgi için bkz. Ruhi, A. Cemal; 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi ile 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Yer Alan Evlat Edinmenin Şekli Şartlarının Mukayeseli Olarak İncelenmesi, AÜEHFD. C. V. S. 1-4, sh. 455 vd.

⁹⁷ Ergin ve kısıtlıların evlat edinilmeleri için gerekli diğer şartlar konusunda geniş bilgi için bkz. Gerekçe, sh. 429; Akıntürk 370-371; Özdamar, sh. 279; Öztan, sh. 448.

⁹⁸ Özdamar, sh. 276.

⁹⁹ 1982 Anayasası m. 19/III hükmü şöyledir : "... toplum için tehlike bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirlerin yerine getirilmesi...halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılmaz".

¹⁰⁰ Bkz. AS 1980 31 35; BBl 1977 III 1.

¹⁰¹ Bkz. Gerekçe, sh. 456-458.

amaçlı olarak özgürlüğü kısıtlanabilir. Bunun için kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması gerekir. Böyle bir kimse bu amaçla tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Kanunda, koruma amaçlı özgürlüğün kısıtlanması sebepleri olarak “akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik¹⁰² halleri” sayılmıştır¹⁰³. (TMK. m. 432-437).

III. AİLE HUKUKUNDA YAPILMASI GEREKEN DEĞİŞİKLİKLERLE İLGİLİ ÖNERİLERİMİZ

1) Aile hukuku karşılıklı sevgi ve saygıya dayanan bir alandır. Hukuk kurallarının en az müdahale edebileceği kurum ailedir. Çünkü, aile kurumunda hukuk kurallarından çok, örf ve adet kuralları, görgü kuralları, din kuralları etkili olmaktadır. Bu nedenle, aile kurumuna hukukun müdahalesi en son ve en az olmalıdır. Kanun, bu haliyle söz konusu ilkelere aykırı hükümler içermektedir. Kanımızca bunun telafisi için, Türk Medeni Kanunu'nun aile hukuku ile ilgili düzenlemelerinde aşağıdaki değişiklikler yapılmalıdır:

a) Emeğini ailesine hasreden eş, ayrıca sigorta ettirilmeli ve primleri de aile bütçesinden ödenmelidir. Bununla ilgili düzenleme de sosyal güvenlik kanunlarında yapılmalıdır.

b) Eşler arasında paylaşmalı mal ayrılığı rejimi kabul edildiği takdirde, ailenin ortak kullanımına veya yararlanmasına tahsis edilmiş mallar ile

¹⁰² Serserilik kavramının tanımına ne Kanun metninde ne de gerekçede yer verilmiştir. Kimlerin serseri olduğuna somut olayda hâkimin karar vermesi ise, farklı uygulamalara sebep olabilecektir. Oysa 26.04.1325 (1909) tarihli “Serseri ve Mazanne-i Sui Eşhas Hakkında Kanun” un 1. maddesinde “serseri” şu şekilde tanımlanmıştır: “Hiçbir vasıta maişeti bulunmadığı ve çalışmaya kudretli olduğu halde lâakal iki aydan beri bir güne, kâr ve kisp veya sanatla meşgul olmayan ve bu müddet zarfında iş bulmak için teşebüsâtı lâzımede bulunduğunu dahi ispat edemeyen şurada burada dolaşan kimselere serseri itlak olunur. Çalışmaya muktedir iken tesseül’ü vesilei maişet ittihaz edenler dahi serseri addolunurlar”. Metin için bkz. Sicilli Kavanini, C. 16, sh. 17-20. Bu kanun, TBMM tarafından 11.07.1963 tarih ve 272 sayılı Kanunla yürürlükten kaldırılmıştır (RG. T. 20.07.1963, S. 11459). Buna karşılık Kılıçoğlu'na göre, konakladığı veya barındığı yeri belli olmayan, kötü sağlık şartları içinde yaşayan, giyimini, beslenmesini bilmeyen, bütün gün boyunca sokaklarda veya şehirlerarası yollarda sefil bir şekilde dolaşan, sokaklarda yatıp kalkan kişiler serseridir. Bkz. Kılıçoğlu, Yenilikler, sh. 146.

¹⁰³ Hangi hastalıkların toplum için tehlike arzettiği tıp biliminin konusudur. Bununla birlikte söz konusu hastalıklara AIDS, ilerlemiş verem, kolera, veba misal verilebilir. Geniş bilgi için bkz. Gerekçe, sh. 457.

ailenin ekonomik geleceğini güvence altına alan yatırım malları veya bunların ikame değerleri, evliliğin sona ermesi halinde, eşler arasında eşit olarak paylaşılmalıdır. Meselâ, eşlerin birlikte yaşadıkları ortak mesken ve burada yer alan eşya, ortak araba, ortak yazlık bunlardan bazılarıdır. Buna karşılık, eşlerin miras yoluyla veya karşılıksız olarak elde ettiği değerler buraya dahil değildir¹⁰⁴. Zaten bu husus TMK. m. 220/I b. 2'de açıkça kabul edilmiş bulunmaktadır. Eşlerden birine ait olan işyeri veya fabrika, tarımsal işletme, ticari işletme, şirket gibi, ailenin ortak kullanımına tahsis edilmeyen mallarda eşit paylaşım söz konusu olmayacaktır. Ancak, buralardan elde edilip de yine ailenin ortak kullanımına tahsis edilen kazanç veya bununla elde edildikten sonra yine ailenin ortak kullanımına tahsis edilen mallar da paylaşma konusu olacaktır¹⁰⁵. Ailenin ortak kullanımına tahsis edilen malın aynen bölünmesi mümkün olmadığı takdirde, diğer eşin payı nakden ödenmeli ve böylece mal eşlerden birine verilmelidir.

2) Kanunda yasal mal rejimi olarak benimsenmiş bulunan edinilmiş mallara katılma sisteminin, akdî bir rejim olarak düzenlenmesi isabetli olabilir. Bu sayede isteyen eşler, yapacakları sözleşme ile aralarında bu sistemi kabul edebilirler.

3) İMK. md. 164'de, eski Medeni Kanun hükümlerinden farklı olarak, mesaisini eve, çocuklara hasreden veya teşebbüste yardımcı olan eşin, diğer eş tarafından kendisine düzenli bir ödemenin yapılmasını talep etme hakkına sahip olduğu ve bu meblağı serbestçe tasarruf edebileceği hükme bağlanmıştır. Gerçekten de "serbestçe kullanılacak meblağ (Betrag zur freien Verfügung=Montant à libre disposition)" başlığını taşıyan ZGB. Art. 164'te aynen şu hüküm yer almaktadır:

"Kendisini çocukların bakımı ve ev işlerine vakfeden veya işinde ve mesleğinde diğerine yardım eden eş, serbestçe tasarruf edebileceği makul miktarda parayı eşinden muntazaman almak hakkına sahiptir.

Bu para miktarının tespitinde, borçlu eşin kendisine ait gelirlerini, ailenin istikbalini sağlamadaki ödevlerini işinin ve mesleğinin gerektirdiği harcamaları nazarı itibara almak icap eder"¹⁰⁶.

Bu hükümle, kadının serbestçe kullanabileceği makûl miktarda bir parayı elde etmesine imkân sağlanmaktadır¹⁰⁷. Ayrıca, bir eşin, ailenin

¹⁰⁴ Kılıçoğlu, sh. 49-50.

¹⁰⁵ Bkz. Medeni Kanun 1998 Tasarısı, m. 224 gerekçesi (sh. 105).

¹⁰⁶ Madde hakkında geniş bilgi için bkz. Özer, Ahmet; İsviçre Aile Rejiminde Son Gelişmeler. Yargıtay Dergisi, 1988, Sayı 1-2, sh. 118.

geçimi için gerekli katkının çok üstünde bir miktarda eşinin işyerinde veya mesleğini icrada yardımcı olması halinde, makul bir tazminata hak kazanmalıdır. Yine bir eş, gelirleri ve serveti ile ailenin geçimine, borçlu olduğundan çok daha fazla miktarda katkı sağlarsa, aynı şekilde tazminat hakkı doğmalıdır. İsviçre Medeni Kanunu m. 165'in yeni metninde böyle bir tazminata imkân tanınmaktadır. Bu hükümlerle, kocanın ticarethanesinde, muayenehanesinde veya avukatlık bürosunda önemli çalışmalar yapan kadını hedef almakta ve onun bir aile yardımına bağlanmasını amaçlamaktadır. Gerçekte de "bir eşin olağanüstü katkısının düzenlendiği (ausserordentliche Beiträge eines Ehegatten= contribution extraordinaire d'un époux)" ZGB. Art. 165 hükmü şöyledir:

"Bir eşin ailenin geçimi için gerekli katkının çok üstünde eşinin teşebbüs ve mesleğine yardımcı olması halinde, muhik bir tazminata hak kazanır.

Bir eş, gelirleri ve serveti ile ailenin geçimine, borçlu olduğundan çok daha fazla miktarda katkı sağlarsa, aynı şekilde tazminata hak kazanır.

Karı kocadan biri bu olağanüstü katkısını, bir iş, borç veya şirket sözleşmesi gereğince veya başka bir hukuki ilişki nedeniyle sağlamışsa, tazminat talebinde bulunamaz"¹⁰⁸.

ZGB. Art. 165'te yer alan söz konusu hükme benzer bir düzenleme Türk Medeni Kanunu'nda mevcut değildir. Bu nedenle, Kanunda yapılacak değişikliklerle, İsviçre Medeni Kanunu m. 164 ve 165'te getirilen sistem aynen bizde de uygulanmalıdır. Üstelik İsviçre'de de aynı mal rejimi yürürlüktedir.

SONUÇ

Yeni Türk Medeni Kanunu ile aile hukukunda pek çok önemli değişiklikler getirilmiştir. Bu değişiklikler genel bir değerlendirilmeye tabi tutulduğunda özellikle kadının durumunun iyileştirilmesinin amaçlandığı görülmektedir. Bunlardan en önemlisi; edinilmiş mallara katılma rejiminin, yeni ve yasal mal rejimi olarak kabul edilmesidir. Ancak, bu mal rejiminde bazı düzenlemelerin, kadının korunması genel amacına aykırı olduğunu söylemek mümkündür. Özellikle, edinilmiş mallara katılma rejiminde TMK. m. 221 düzenlemesi böyle bir hükümdür. Yine, eşlerin artık değere katılma oranını değiştirebilmeleri; bazı kişisel malların gelirlerinin, edinilmiş mallara

¹⁰⁷ Özer, sh. 125.

¹⁰⁸ Bkz. Özer, sh. 118, 125.

dahil olmayacağını kararlaştırabilmeleri (TMK. m. 237/I) genel amaca aykırı ilk göze çarpan hükümlerdir. Söz konusu hükümler, özellikle çalışmayan kadın aleyhine düzenlemelerdir.

Yeni Kanun hazırlanırken evde çocuklarına bakan veya eşinin yanında veya işyerinde çalışan kadınlar için, bazı ek koruma önlemleri getirmek mümkündür. Bu düzenlemeler yapılırken ZGB. Art. 164 ve 165 hükmü örnek alınabilirdi. Bunlar yapılmadığı takdirde kadını, özellikle çalışmayan, fakat evde çocukların bakım ve eğitimine yardımcı olan kadını korumak mümkün görünmemektedir. İsviçre'deki son değişikliklerin dikkate alındığı iddia edilen¹⁰⁹ Kanun, bu haliyle çağın ihtiyaç ve taleplerinin çok gerisinde kalmaktadır.

Ayrıca, yeni Medeni Kanun hazırlanırken, mukayeseli hukukta aile hukukuna ilişkin yapılan değişiklik ve yeniliklerin, Avrupa Birliği'nin ortak bir Medeni Kanun hazırlama çalışmaları¹¹⁰ da dikkate alındığında, Birlik mevzuatı ile Türk mevzuatının uyumu da daha kısa zamanda gerçekleştirilmiş olur.

¹⁰⁹ Gerekçe, sh. 286, 287, 299.

¹¹⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. European Parliament; The private law systems in the EU: Discrimination on grounds of nationality and the need for European Civil Code, Luxembourg 2000.