

4320 SAYILI “AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN”UN GETİRDİĞİ HUKUKİ TEDBİRLER

Prof. Dr. Kudret GÜVEN*

I. GENEL OLARAK

Toplumun temeli olarak Anayasada yerini bulan aile, bir özel hukuk ilişkisine dayanmasına rağmen taşıdığı bu toplumsal işlevi nedeniyle Devletin ilgisini her zaman çekmiştir. Anayasanın 41.maddesi ile düzenlendiği üzere Devlet, ailenin huzur ve refahını sağlamak için gerekli tedbirleri almak yükümünü bu nedenle üstlenmiştir. Yine bu nedenle herkes aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip kılınmış ve aile hayatının gizliliği ve dokunulmazlığı esaslı bir temel hak olarak benimsenmiştir (Ana. Md. 20/I).

Devletin bir sosyal hak olarak aileye tanıdığı bu çerçevede imtiyaz, çeşitli düzenlemelerde kendisini gösterir. Kuşkusuz bu konudaki düzenlemelerin başında Medeni Kanunumuz gelir. Medeni Kanun’un 161-169. maddeleri arasında yer alan hükümlerdeki evlilik birliğinin korunmasına ilişkin tedbirlere bu amaçla başvurulmuştur. Ayrıca aileyi oluşturan fertlerin özel durumları dikkate alınmak suretiyle korunması sağlanmıştır. (MK. Md. 261, 263, 265, 267-268, 272, 273, 277, 356, 605 gibi). Bu bağlamda akdedilen uluslararası anlaşmalar ile çocuk⁽¹⁾ ve kadın haklarının⁽²⁾ korunmasına ilişkin evrensel ilkeler, Dünya çapında globalleşme paketi içinde bir iç hukuk kuralı haline gelmiştir.

Bu arada ülkemizde yasa koyucu, 14.1.1998 tarih ve 4320 sayılı “Ailenin Korunmasına Dair Kanun” (AKHK) ile inceleme konumuzu oluşturan son tarihli düzenlemeyi yapmış bulunmaktadır⁽³⁾. Kanun ile öngörülen tedbirler ve uygulanacak usuller, hem her özel nitelikli düzenlemede olduğu gibi bir kısmı genel kanun niteliğindeki Medeni Kanun’un 161-163. maddeleri ile düzenlenen genel tedbirlerin somut olarak ele alındığı hükümler olması nedeniyle değerlendirilmesi gerektiği gibi,

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

(¹) 14.9.1990 yılında imzalanan, 9.12.1994 tarih ve 4058 sayılı Kanunla onaylanan ve Bakanlar Kurulu’nun 23.11.1994 tarih ve 94/6423 sayılı kararı ile yürürlüğe koyulan (27.1.1995 tarih ve 23184 sayılı Resmi Gazete) Çocuk Haklarına Dair Sözleşme için Bkz. İnan., Çocuk Haklarına Dair Sözleşme AÜHFD.1995, s.1-4, s.765 vd.

(²) Türkiye’nin bazı çekincelerle 1985 tarihinde katıldığı Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi (LEDAW) için Bkz. 14.10.1985 tarih ve 18898 sayılı Resmi Gazete. Bu konudaki diğer sözleşmeler için Bkz. Akıllıoğlu, İnsan Hakları. I. Kavram, Kaynaklar ve Koruma Sistemleri. Ank.1995, s.178-180.

(³) Bkz. 17.1.1998 tarih ve 23233 sayılı Resmi Gazete

hem de var olan sistem içindeki yerinin tespiti zorunlu görüldüğünden enteresan ve incelemeye muhtaçtır.

I. MEDENİ KANUN İLE DÜZENLENEN TEDBİRLER

1 - MK. 161-163. Maddeleri ile Öngörülen Tedbirlerin Kapsamı

Evlilik birliğinin siyaneti (korunması) matlaplı MK. 161. maddesi; karı kocadan birinin, aile vazifelerini ihmal etmesi yahut diğerini tehlikeye, hacalet veya zarara maruz bırakması halinde⁽⁴⁾ müteessir (etkilenen) tarafın, hâkimin müdahalesini talep edebileceğini emredici tarzda öngörmüştür. Bu müdahale ile tehlikeye maruz kalan aile yaşamının yeniden iyileştirilmesi sağlanabilecek veya müşterek yaşamları bozulan eşlerin boşanma veya mahkeme kararı ile ayrılıklarına yol açmaksızın menfaatlerinin korunmasına çalışılacaktır⁽⁵⁾. Ancak işin tabiatı gereği bu haller dar sınırlara tabi tutulmuştur.

Hakim tarafından alınabilecek tedbirler şunlardır:

a - İhtarda Bulunmak.

Hakim kusurlu olan tarafa, eşlerin yerine getirmek zorunda oldukları vazifelerini ihtar etmek yetkisine sahiptir. (MK. Md. 161/II).

İhtar hakimin başvurabileceği ilk tedbir olma özelliğini taşımaktadır. Bu yola başvurmaksızın, kanunen öngörülen (MK.162, 163) diğer tedbirlerin alınması mümkün değildir⁽⁶⁾. Ancak hakim ihtarın yararlı olmayacağına inandığı hallerde, ihtardan veya ihtar süresini beklemekten vazgeçebilmektedir⁽⁷⁾. Kanımızca da tedbirler hiyerarşisi bakımından öncelikle ihtar yoluna başvurulmasında yarar görülmelidir. Bu esas, önce nasihat, sonra uyarı (tekdir), en sonunda daha etkin yollara başvurmayı öneren klasik terbiye sistemine ilişkin özdeyişi de çağrıştırdığından, örfi bir yaklaşıma da uygun düşecek bu görüş isabetli görülmelidir.

(⁴) Medeni Kanun'un 161.maddesine tekabül eden mehz İsviçre Medeni Kanunu'nun değişik 172.maddesi (değişiklikten önce 169. Madde) hakimin müdahalesinin talep edilebileceği halleri, "Eşlerden birinin aileye karşı olan yükümlerini yerine getirmemesi veya eşlerin aile birliği için önemli olan hususlarda uyumsuzluk bulunması" şeklinde düzenlenmiştir.

(⁵) Tuor-Schneider, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Zurich. 1986, s.192.

(⁶) YHGK. 13.9.1944 tarih ve E: 38, K: 40 sayılı kararı ve aynı görüş için Bkz. Feyzioğlu, Aile Hukuku. İstanbul 1986, s. 203, 205.

(⁷) Feyzioğlu, age, s. 203; Tekinay, age, s.340.

Eşe yapılacak ihtar, diğer eşe karşı olan vazifenin yerine getirilmediği ve bunun yerine getirilmesi konusundaki ikazı içerir. Bundan maksat, eşler aleyhinde emir tarzında bir karar vermek değil, onlara nasıl davranmaları gerektiği yolunda bir tavsiyede bulunmaktır⁽⁸⁾. Kısacası ihtar, eşe görevinin hatırlatılmasından ibarettir. Bu görevler, kanuni bir borç ve mükellefiyeti ifade edeceği gibi ahlaki bir borç ve ödevi de kapsayabilir. MK.152. maddesine aykırı olarak eve harcamada bulunmayan kocaya karı ve çocukların bakımı için yapılan ihtar, MK: 153. maddesine aykırı olarak evine bakmayan kadına yapılan ihtar, MK.132. maddesi ile boşanma sebebi sayılan en az üç ay süreli terk süresine ulaşmayan müşterek ikametgahı kısa süreli terk hallerinde eve dönmesi için eşe yapılan ihtar⁽⁹⁾ haysiyetsiz hayat süren eşe bundan vazgeçmesi için yapılan ihtar, sadakat ile mükellef olmasına rağmen (MK. Md. 151/III) zina yapan eşe buna son vermesi için yapılan ihtar, eşlere kanunen bağlanan borç ve mükellefiyetlere örnek olarak kabul olunabilir. Yasa ile taraflara yüklenmemiş olmakla beraber ahlaki bir ödev olarak bağlanan borçlar da ihtar konusu yapılabilirdir. Zira hukuki sorumluluğun bittiği yerde, insanların birbirine karşı olan ahlaki sorumluluğu başlar. Örnekleme gerekirse, hastanede yatmakta olan ölümcül eşini ziyaret etmeyen ve hastane masraflarını karşılamayan kocaya bunu yerine getirmesi ihtarını, ahlaki bir borcu konu edinen ihtar anlamını taşıyabilir.

Eşe yapılacak ihtarın konusu sadece münhasıran eşlerden birinin diğerine karşı yapmakla yükümlü olduğu kanuni veya ahlaki borçlara ilişkin olmayabilir. Eşin yakınlarına, yani sıhrî hısımlara (kayınvalide, kayınpeder, eşin çocuğu gibi) karşı olan mükellefiyetlerin yerine getirilmesi veya buna ilişkin ihlal hallerinden kaçınma uyarısında da bulunulabilir. Zira karı koca, evlilik birliğinde saadeti müştereken temin etmek ve onu sürdürmek yükümlülüğü altında olup (MK. Md. 151/II) bunu bozacak her türlü eylemden kaçınmak zorundadırlar. Eşin kan hısımlarına olan sevgi ve saygısına itibar etmesi ve benzer şekilde davranması gerekirken, onlara karşı farklı davranmak suretiyle aralarındaki yakınlığa zarar vermesi hali de ihtar konusu yapılmalıdır. Zira her akdi ilişkide olduğu gibi aile ilişkisinde de borçlu, sadece diğer tarafın edim menfaatini korumakla borcundan kurtulmuş sayılmaz. Onun bu menfaat alanı dışında kalan koruma menfaati alanını (bu alana dahil tüm değerleri - örneğin

(⁸) Georgi, R. Stellung und Funktion des Eheschutzrecht nach dem neuen Recht von 1984 and dem alten Recht Von 1807. Zürich 1986, s.85.

(⁹) MK. 161-163 maddeleri ile alınan koruma tedbirlerine ilişkin kararların maddi anlamda hukuki bağlayıcılığı yoktur. Yani kesin hüküm teşkil etmediği için, şartların değişmesi halinde bu tedbirin kaldırılması mümkün olduğu gibi, tedbir konusu olaya ilişkin daha sonra açılacak davalarda da rescidicata teşkil etmez. Örneğin, terk nedeniyle açılacak boşanma davasında, daha önce MK.161/II. md. uyarınca yapılan ihtar dikkate alınmaksızın MK.132.md. de aranılan koşullarla ayrıca ihtarla bulunmak gerekir. Genel anlamda aynı görüş için Bkz.Tuor-Schneider age, s.194.

alacaklının yakınlarını, kıymetli bir eşyasını) da korumak zorundadır. Aksi takdirde borca aykırı davranmış sayılacağından hukuki sorumluluğu doğar (BK. Md. 96,98). En geniş yorumu ile aile ilişkisinde eşlerin birbirlerinin kan hısımlarına karşı olan ahlaki yükümlülükleri, evlenme akdi ile taraflara bağlanan koruma menfaatine zarar vermeme yükümünün bir gereği olarak hukuki tedbir konusu yapılabileceği kıyasen düşünülmelidir. Hele bu kimseler aynı çatı altında yaşayan aile bireyleri ise konu tartışmadan uzak görülmelidir. Nitekim bu husus 4320 sayılı Kanun'un 1.maddesi ile de açıkça kabul olunmuş bulunmaktadır.

İhtar eşe, kanuni ve ahlaki yükümlerin ne şekilde yerine getirilmediğinin bildirilmesini içerir. Şu halde açıkça ifade olunmayan bir ihtar uymak mecburiyeti olmayabileceği gibi, hakimden ihtarın somut kapsamı ile bilgi vermesi de talep olunabilir. Bu hak vatandaşın bilgilendirilmesi hakkı gereği kabul olunmalıdır.

İhtarda, buna uyulmadığı takdirde alınacak diğer tedbirler de bildirilmelidir⁽¹⁰⁾. Zira ihtar ile gözetilen nihai amacın başarısı çoğu zaman o kimsenin ihtar uymadığı takdirde karşılaşıacağı sonucu görmesinden geçer.

İhtarda bir süre tayin olunur. Süre, amaca uygun bir süre olmalı ve MK. Md. 4 uyarınca hak ve nasafetle tayin ve takdir olunmalıdır . Sürenin kısa tutulması, tedbirin ciddiyeti konusunda şüphe uyandıracak, uzun tutulması ise tedbirin kanıksanmasına yol açacağından bunu takip eden tedbirlerin uygulamaya koyulmasını imkansız hale getirecektir. Şu halde tanınacak sürenin, ihtarın etkisinin görülebileceği makul bir zamanı kapsamaması düşünülmelidir.

Sürenin dolması halinde hakimın resen diğer tedbirlere başvurup başvurmayacağı, maddenin sözünden açıkça anlaşılmadığından tartışmaya açıktır. Kanımızca eş ihtarın faydasız kaldığını hakime ihbar etmedikçe hakim diğer tedbirlere kural olarak hükmedememelidir⁽¹¹⁾. Ancak diğer eşe tanınan ihtar süresinin bitiminin beklenmesinin, korunmak istenen eş için tehlikeli olacağı âşikar ise hakim, ihtar süresine itibar etmeksizin gerekli tedbirleri alabilir. Örneğin, MK.162/I. fıkrası ile düzenlenen hallerin varlığı halinde hakime, kendiliğinden diğer tedbirlere hükmetme yetkisi tanınmalıdır.

(¹⁰) MK. 161/II uyarınca yapılan ihtarda genellikle bu esasa yer verilmez ise de 4320 sayılı AKHK.'nın uygulanması prosedürü içinde verilen kararlarda, bu tedbirlere muhalefet halinde davalının tutuklanacağı ve cezaya çarptırılacağı yolunda ihtarda bulunduğu dikkate alınır (BK. Fatih 4. Sulh Hukuk Mahkemesi 26.2.1998 tarih ve E: 98/129, K: 98/138 sayılı karar; Ankara 6. Sulh Hukuk Mahkemesi 13.2.1998 tarih ve E: 98/29 D. İş, K: 98/29 sayılı karar için 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulaması. Devlet Bakanlığı Ank. 1998, s.27,30) aynı sonucun bu madde açısından kabul edilmemesi için haklı bir sebepten söz edilememelidir.

(¹¹) Öztan, Aile Hukuku. Ank. 1979, s.172.

İhtarın faydasız kaldığı yolunda eşin ihbarda bulunması için ise sürenin dolmasını beklemesi gerekmez, daha önce yapması da mümkündür. Bu durumda hakimin, sürenin dolmasını beklemezsizin diğer tedbirleri alma yoluna gidip gitmeyeceği de kanunen düzenlenmemiş olmakla beraber kanımızca bu durumda hakim, her olayın özelliğine göre hareket etmek zorundadır. Eşin salt bu yolda talepte bulunmuş olması da mahkemenin karar vermesi için yeterli sayılmamalıdır. Ancak kanıtlanabilen somut olaylarla, kendisine tanınan süre içinde eşin eski hal ve hareketlerine devam ettiği anlaşılıyorsa, diğer tedbirlerin alınması için süre bitiminin beklenmesine gerek yoktur. Şu halde olumsuz bir anlatımla, bu yolda somut bir kanıt getirilmeksizin yapılan ihbar, süreyi kendiliğinden sona erdirmediği gibi, MK. 162 ve 163. Maddelerinde yer alan tedbirlerin alınmasını da icap ettirmez. Sürenin bitmesinden önce yapılmakla beraber kanıta dayanan talepler ise hakimi bağlayıcı sayılmalıdır.

b - Müşterek Hayatın Tatili

MK. 161. Maddesi 1. fıkrasına göre eşlerden biri, aile vazifelerini ihmal eder yahut diğerini tehlikeye, utanca veya zarara maruz bırakırsa, bundan etkilenen taraf hakimin müdahalesini talep edebilir. Eşe yapılan süreye bağlı ihtarın sonuçsuz kaldığı hallerde diğer eşin talebi üzerine veya sonuçsuz kalacağı kanıtlanmak koşuluyla süresinden önce hakim müşterek hayatın tatiline karar verilebilir.

MK.161.md.1.fıkrasının uygulanması için hakimden izin almaya gerek olup olmadığı tartışmalıdır. Bizim de katıldığımız azınlıktaki görüş izne ihtiyaç bulunduğu kanaatini savunur⁽¹²⁾ . Kanımızca müşterek hayatın tatilinde hakim karar ve müdahalesini aramayan çoğunluk görüşü⁽¹³⁾ aile birliği kavramı ile çelişir. Eşler arasında asıl olan müşterek konutun paylaşılmasıdır. İstisnai hallerde eşlere kanun gereği tanınan ayrı konut edinme yetkisi (MK.Md.162/II) hariç olmak üzere hakim kararına dayanmayan müşterek hayatın tatili, haklı olmayan bir sebeple terk ve dolayısıyla boşanma sebebi oluşturur. Her ne kadar MK.161/I hükmünde yer alan “ayrı bir mesken edinebilir” ibaresinin lâfzı (sözsel) yorumu, eşlerin kendiliğinden müşterek hayatı tatil edebilecekleri şeklinde bir sonucu haklı kılıyor ise de, ruhi yorumu bizi destekleyici nitelik taşır. Kaldı ki aksi görüş taraftarlarının dahi kabul ettikleri üzere nafaka talep edildiği hallerde hakime başvurunun gerektiği göz önüne alınırsa, evlilik birliğinin tatilini sadece maddi sonuçları itibariyle mahkeme iznine bağlamak, evliliği sadece maddi değerlere endeksleme, nafaka söz konusu değilse herkesin kendi yoluna

(¹²) Gmür, Kommentar zum schweizerischen 26B. Familienrecht Bern. 1923, Art.170, N.5

(¹³) İzne gerek görmeyenler için Bkz. Egger (Çağa), Aile Hukuku İst. 1943, Art. 170 N. 4; Lemp, Kommentar zum schweizerischen ZGB. Das Familienrecht. 1.Abt. 2 Halband Das güterrecht der Ehegatten. Bern. 1963, Art. 170, N.9; Hatemi-Serozan, Aile Hukuku. İst. 1993, s.195; Tekinay Aile Hukuku. İst. 1990, s.341; Feyzioğlu, Aile Hukuku. İst. 1986, s.204-205.

gitmesi sonucu doğurur ki kanımca bu anlayış evlilik müessesesinin özü ile çelişir. Aksi görüşü benimseyen hukukçular tarafından gerekçe olarak gösterilen MK.21/II. fıkrasında yer alan “kocasından ayrı yaşamaya mezun olan kadın kendisine ayrı bir ikametgah ittihaz edebilir” şeklindeki hükmü, kendi hakkını bizzat alma (ihkakı hak) şeklinde yorumlamaya müsait bir anlayışı isabetli bulmamaktayız. Nitekim “ayrı yaşamaya mezun olmak” ifadesinin de İsviçre Medeni Kanunu’nun Fransızca metnine uygun olmak “kadının mahkemece yetkili kılınması” şeklinde anlaşılması yolunda bir zan uyandırdığı göz önüne alınır, görüşümüz kuvvetlenmiş olacaktır.

Müşterek hayatın tatili başlıklı MK. nun 162.md. de bu tedbirin karı kocadan her birinin, müşterek hayatın devamı yüzünden sağlığının, şöhretinin veya işinin gelişmesinin ciddi surette tehlikeye düştüğü hallerde alınabileceği ifade olunmuştur. Sözcükleri birbirinden farklılık taşıyan her iki maddenin müştereken değerlendirilmesi sonucunda; MK.161. maddesinde genel bir ifade ile aile vazifelerinin ihlali suretiyle karı-kocadan birinin diğerini tehlikeye utanca veya zarara maruz bırakılmasının, birliğin himayesi için tedbire başvurmakta haklı bir sebep olarak düzenlendiği, 162. Maddede ise bu genel tedbir sebeplerinden özel bir hale yer verildiği görülmektedir. Buna göre müşterek hayatın devamı yüzünden eşlerden her birinin sağlığı, şöhreti ve işinin gelişimi ciddi şekilde tehlikeye düştüğü sürece ayrı bir mesken edinmeye yetkili kılınabilir.

aa. Sağlığın tehlikeye düşmesi.

Sağlık kavramı, sadece bedeni sağlığı değil, psikolojik sağlığı da ifade edecek şekilde anlaşılmalıdır⁽¹⁴⁾. Burada aranan koşul, fiziki ve psikolojik sağlığın kısmen veya tamamen bozulması şeklinde somut bir zararın oluşmuş bulunması değil, bunların ciddi bir tehlikeyle karşılaşmış olmasıdır. Tehlike ileride zarar meydana getirecek bir olayın gerçekleşmesi riskidir. Risk gerçekleşene kadar zarar değil, zarara uğrama ihtimali söz konusudur. Tehlike taşıyan risk gerçekleştiği takdirde ise zarar meydana gelmiş olur.

Müşterek hayatın tatili için tehlikenin ciddi olması gerekir. Bundan maksat tehlikenin ciddi sonuçlar meydana getirecek riskler taşımasıdır, yoksa tehlikenin ciddi olması kavramı ile tehlike taşıyan riskin gerçekleşmiş olması şartı aranmaz. Bu bağlamda gerçekleşme ihtimali yüksek olması şartıyla yakında bir tehlikenin doğma ihtimalinin bulunması da müşterek hayatın tatiline hükmetmek için yeterli görülebilir⁽¹⁵⁾. Örneğin eşinden sürekli dayak yiyen bir kimse henüz somut bir fiziki

(14) Tekinay, age, s.342.

(15) MK. 162.md öngörülen ayrı konut edinme hakkına hükmedildiği somut olaylardan anlaşılacağı üzere (Y.2 HD.7.5.1973 tarih ve E: 3108, K: 73/2999 sayılı kararı için Bkz. İlmî ve Kazai İçtihat Dergisi 1973, s.2366) sağlığa karşı tehlikenin (eşin ruhi hastalığa yakalanması ve eşyle bir arada yaşaması) belirlenmesi yeterli görülmüş, somut zararın meydana gelmiş olması şartı aranmamıştır.

zarara uğramamış olsa da bir gün zarara uğrama ihtimali bulunan ciddi bir tehlikenin varlığından söz edilebilir.

bb. Şöhretin tehlikeye düşmesi.

Şöhretin ciddi bir şekilde tehlikeye düşmesi halinde de müşterek hayatın mahkemece tatili mümkündür. Şöhret bir kimsenin yaşadığı sosyal çevrede sahip olduğu (daha çok) iyi özellikleri itibarıyla tanınmış olma hali (popularity) dir. Şöhret bir kimsenin kişilik haklarına dahil kişilik değerlerindedir. Esasen ailenin korunmasına ilişkin hükümler eşlerden her birinin kişiliğini korumayı da amaç edinir⁽¹⁶⁾.

Müşterek hayatın devamı eşlerden birinin şöhretini zarara uğratma ihtimali taşıyorsa, risk altındaki eş hakimden gerekli tedbiri almasını talep edebilir. Örneğin bir kadının, erkek arkadaşlarını sürekli olarak eve içki içmeye getiren kocası aleyhinde, namuslu bir kadın olarak tanınan şöhretini korumak üzere tedbir talebinde bulunmaya hakkı vardır. Yine kötü şöhreti ile tanınan veya sonradan bu hale gelen bir yerde oturmaya zorlanan iffetli bir kadının yaptığı müşterek hayatın tatili talebi kabul edilmelidir.⁽¹⁷⁾

cc. İşin tehlikeye düşmesi.

Müşterek hayatın devamı eşin işini geliştirmesini ciddi bir tehlikeye sokmuşsa, MK:162/I' e göre ayrı bir mesken edinmeyi haklı kılar.

İş kavramı, serbest meslek icrasını kastettiği gibi, özel veya kamu sektöründeki çalışmaları da ifade eder. Şu halde eşin bir başkasına ait iş yerinde sözleşmeli veya memur sıfatıyla çalışmış olması veya kendi işyerinde ticari iş veya serbest meslek sürdürmesine bakılmaksızın işini geliştirme olanağının tehlikeye girip, girmediğine göre karar vermek gerekecektir.

İşin geliştirilmesindeki ciddi tehlike kavramı ise, eşin sadece maddi olanaklarını geliştirme şansının kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması şeklinde anlaşılmalıdır. Tedbir talebinde bulunan eşin maddi şartlarında bir iyileşme olmasa dahi mesleğini uzun vadede daha iyi koşullarda yapmasına yol açabilecek olanakları amaçlamış olması da bu konuda korunması için haklı sebep sayılmalıdır. Şu halde “işin geliştirilmesi” kavramı ile sadece kısa vadede iyi şartlara ulaşma değil, uzun vadede gelişmenin öngörülmesi ve buna ilişkin ciddi girişim ve emarelerin baş göstermiş olması anlaşılmalıdır. Ayrıca gelişme sadece maddi açıdan iyileşmeyi ifade etmez, eşin unvanı, mesleğinin saygınlığı gibi manevi değerlerinde olumlu sonuçlarla ilgili ise

(¹⁶) BGE 84 II 329; 109 II 5

(¹⁷) Kocasının karısını, eve getirdiği metres ile bir arada yaşamaya zorlamasının, kadının şöhretini tehlikeye soktuğu yolundaki Y.HGK. 25.II.1964 tarihli ve E.2/1014, K.64/672 sayılı kararı için Bkz. Tekinay, age, s.342, dn.16.

bunun sağlanmasında meydana gelen ciddi tehlike yine ayrı konut edinmeye olanak vermemelidir.

Bu hüküm her iki (cins) eş için de kullanılabilir şekilde kaleme alınmış ise de MK.152/II hükmü ile düzenlendiği üzere evin seçimi kocaya ait olduğuna göre, hayatın normal akışı içinde ayrı konut edinme (müşterek hayatın tatili) hakkının tanınması talebinin doğal olarak kadından gelmesi söz konusudur.

MK.162. maddesi 1.fıkrası uyarınca talep olunan ayrı mesken edinme (müşterek hayatın tatili) hakkı, talepte bulunan eşi MK.132.madde ile düzenlenen terk haline düşmekten alı koyar. MK.132.maddesine göre boşanma sebebi sayılan terk, karı kocadan birinin, evlenmenin kendisine yüklediği vazifeleri ifa etmemek maksadıyla bıraktığı evine haklı bir sebep olmaksızın dönmeme halini içerir. Buradaki haklı sebep kavramı, boşanma davası açıldıktan sonra MK.137. madde ile özellikle kadının haklılığı aranmaksızın⁽¹⁸⁾ iskanına ilişkin alınacak tedbir kararı veya MK.138.madde ile ayrılığa hükmolunduğu halleri veya MK.162/II hükmü uyarınca boşanma davası açan eşin ayrı yaşamaya hak sahibi olmasını⁽¹⁹⁾ veya MK.162/I hükmü ile düzenlenen hallerde, henüz boşanma gündemde değil iken mahkemece tanınacak ayrı mesken edinme hakkını içerir. Bu yollarla mahkeme kararı ile tanınan yetkiler dışında gerçekleşen müşterek konutu terk halleri, terk sebebiyle boşanma sebebi oluşturur. Şu halde boşanma sebebi sayılan terk hali eşlere kanunen tanınan yetkiler (MK.137, 138,162/II ve 162/I. maddeleri) dışındaki hallerde müşterek hayatın haklı olmayan bir sebeple⁽²⁰⁾ tatili suretiyle evden uzaklaşmayı, ayrı bir konut edinmeyi ifade eder. Demek ki MK. Md. 162/I hükmü ile düzenlenen ayrı konut edinme hakkı, müşterek konutu terk etme açısından hukuka uygunluk sebebi oluşturmaktadır. Bu suretle MK.162/I fıkrası uyarınca müşterek konuttan ayrılan eş hukuken korunurken, haklı sebep olmaksızın (MK. 137, 138, 162/II, 162/I) eşin evi terki halinde terk eden eş değil, terk edilen eş korunmaktadır⁽²¹⁾.

(¹⁸) Boşanma davası açıldıktan sonra dava süresince diğerinden ayrı yaşama hakkını kazanan eşlerden kadın yararına hükmolunacak nafaka dahim tedbirlerin haklılık aranmaksızın karara bağlanacağı yolunda Bkz. Y.2HD: 10.6.1998 tarih ve E: 88/5106, K: 88/6266 sayılı kararı (YKD.1988, s.11, s.1497)

(¹⁹) MK.162/I maddesine dayanılarak kadın tarafından açılan ortak yaşama ara verme davasının reddedilmesi, koca tarafından açılan boşanma davasının açılmasıyla doğan ayrı yaşama hakkını ortadan kaldırmaz. (Bkz. Y.HGK. 29.3.1989 tarih ve E: 8912-96, K: 89/200 sayılı karar. YKD.1989, s.8, s.1081)

(²⁰) Kadının yurtdışında çalışıyor olmasının ona ayrı yaşama, aile birliğini eylemli olarak tatil etmek hakkı vermeyeceği yolundaki Y.2HD.30.9.1986 tarih ve E: 86/7447, K: 86/8123 sayılı kararı için Bkz. YKD.1987, s.4, s.524. Ancak burada eşin rızasının bulunması, kadının aileyi geçindiriyor olması gibi durumların ispatlandığı hallerde, kocanın bu hali terk sebebi göstermesinin MK.md.2 uyarınca dinlenmemesi gerekir.

(²¹) Feyzioğlu, age. S. 204.

Müşterek hayatın tatili eşlere ayrı yaşama hakkı, yani müşterek konutu terk etme yetkisi verir. Bu hak, talepte bulunan tarafın müşterek konutu terk etmesi şeklinde kullanılabileceği gibi evin talepte bulunan eşe tahsis edilerek diğer eşin evden uzaklaştırılması şeklinde de karara bağlanabilir⁽²²⁾. Hakim ortak konutun hangi eş tarafından terk edileceğine karar verirken her olayın özelliğini dikkate alarak takdir yetkisini kullanır⁽²³⁾. Örneğin evin çocuklar yanında bırakılan tarafa tahsis edilmesine özen gösterilebilir. Zira özellikle çocukların erken yaşlarda çevre değiştirmelerinden kaçınmak gerekir, aksi takdirde bu değişiklikler ciddi ruhsal bozukluklara sebebiyet verebilir⁽²⁴⁾. İkinci derecede ise kusur ölçüsü dikkate alınarak karar vermek gerekir⁽²⁵⁾.

Müşterek konut eşlerden en az birisinin sosyal ve ekonomik yaşamlarını sürdürmek üzere oturdukları, ailenin müşterek kullanımına ayrılan evdir⁽²⁶⁾. Müşterek konut kural olarak tek olmakla beraber istisnai olarak ailenin hayatı iki evde de geçebilir; örneğin ailenin yazlık evi de müşterek konut sayılır ve gerektiğinde tahsis konusu yapılabilir⁽²⁷⁾.

Hakim müşterek hayatın tatiline, eşlerin ayrı yaşamasının objektif olarak gerekli veya en azından düşünülebilir veya eşlerden birinin aile konutunda oturmasına devamda açık yararının bulunması halinde hükmeder⁽²⁸⁾. Müşterek hayatın tatili konusunda eşlerin anlaşmaları halinde ise bu yolda karar verilmesi zorunlu görülmemelidir⁽²⁹⁾. Şu halde hakimın müşterek konutu öncelikle işine en çok yarayan eşe tahsis etmesi gerekir⁽³⁰⁾. Sonuç olarak müşterek konut ve eşyanın ayrılmasında ailenin korunmasına ilişkin tedbirlerin temel hükümlerinin geçerli olduğu söylenebilir⁽³¹⁾.

Müşterek hayatın tatili mutlak surette kanunun öngördüğü hallerde ve kanuni şart ve usulleri gerçekleştirmek suretiyle mümkündür. Zira Medeni Kanunumuzun temel esprisi eşlerin, koca tarafından seçilen müşterek konutta beraberce oturmaları

(22) Lemp, Art. 170, N.13

(23) Hasenböhler-Mitwirkung beider Ehegatten beim Vertragsschluss. Basler Studien zur Rechtswissenschaft Basel. 1982, s.60; Voegelin. Das Getrenntleben der Ehegatten unter besonderer Berücksichtigung der Basler Praxis. Basel. 1979, s.91.

(24) Meierhofer, Frühe Prüfung der Persönlichkeit. Bern-Wien. 1975, s.115,171

(25) Tekinay, Türk Aile Hukuku. İst. 1990, s.224.

(26) Botschaft, Eherecht. Bbl 1979 II, s.1263.

(27) Gloor, , Die Zuteilung der ehelichen Wohnung nach schweizerischem Recht, Zurich 1987, s.56, dn.14

(28) Gloor, a.g.e. , s.12.

(29) Bühler-Spühler, Berner Kommentar. Das Eherecht. Die Ehescheidung (Art.137-158 ZGB) Bern. 1980, Art.145, No.92.

(30) Bühler-Spühler, Art.145, N.86; Hegnauer, Grundriss des Eherechts Bern. 1979, s.91; Etter, Die versorglichen Massregeln im Ehescheidungs-und Ehetrennungsprozess nach. Art.145 ZGB. Zurich 1933, sb51; Georgi, Stellung und Function des Eheschutzrecht nach dem neuen Rect von 1984 und dem alten Recht von 1907, Zurich. 1986, s.21.

(31) Hegnauer, age, s.121

esasına dayanır (MK. Md.152/II). Bunun dışında eşlerin kendi aralarında anlaşarak ayrı yaşamaları sadece fiili bir durum olup⁽³²⁾ bu yoldaki iradeden cayma mümkün olabileceği gibi, buna dayalı bir hak talebi de belli şartlarla korunabilmelidir. Örnekleme gerekirse tedavi gördüğü sürece eşinin ayrı yaşamasına razı olan karı veya kocanın, tedavisi bitmesine rağmen bunu bahane ederek evine dönmeyen eşi aleyhinde terke dayalı açtığı boşanma ve nafaka davası dinlenmelidir⁽³³⁾. Bu itibarla eşleri ayrı yaşamaya yetkili kılan bir mahkeme kararı (MK.md.162/I) veya sair haklı sebepler (MK.md.137, 138, 162/II) bulunmadıkça, bu iddia ile açılan bir davada müşterek konutun terki için haklı bir sebepten ve müşterek hayatın tatilinden bahsetmek mümkün değildir. Nitekim, “müşterek hayatın tatiline ilişkin açılan davada davadan feragat edilmişse, dava tüm sonuçları ile birlikte ortadan kalktığında, bu yolda mahkeme kararına sahip olmayan eşler ayrı yaşama hakkını kaybetmiş olurlar” demek suretiyle Yargıtay’ın, ayrı yaşama hakkı için sadece maddi şartların gerçekleşmesini yeterli bulmadığı, ayrıca mahkeme iznine ihtiyaç gösterdiği anlaşılmaktadır⁽³⁴⁾. Bu konudaki telif edici üçüncü bir görüş ise⁽³⁵⁾ mahkemenin iznine kural olarak gerek bulunmamakla beraber, ayrı yaşamakta hakkı olan eşin MK.162/III hükmüne göre nafaka talep edebilmesi için bu hakkını yargıca tespit ettirmek zorunda olduğunu savunur.

Müşterek hayatın tatili mutlaka eşlerden birinin ayrı konut edinmesi şeklinde de anlaşılmamalıdır. Eşler için gerekli rahat ve bağımsız davranışın sağlanmasına dikkat edilmesi koşuluyla müşterek konutun içten bölünmesi suretiyle müşterek hayatın tatiline de hükmolunabilir⁽³⁶⁾.

(³²) Müşterek hayatın tatilinde hakim iznine ihtiyaç duymayan aksi görüş için Bkz; Gmür, Kommentar zum schweizerischem ZGB. Familienrecht. Bern. 1923, Art.170, N.5; Lemp, Art. 170, N.9; Egger (Çağa) Md. 170 , N.4; Zevkliler; Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku-Aile Hukuku. Ank.199?, s.??; Feyzioğlu, age. s.205; BGE II 297.

(³³) Kadının bir süre kocasının sadakatsizliğine ve ayrı yaşamasına göz yummuş olması, MK.161.md. uyarınca dava açmasına mani değildir (Y.2HD. 17.6.1976 tarih ve 76/4888 E., 76/5152 K. sayılı kararı için Bkz. YKD. 1979, s.1, s.18). Aynı yoldaki Y.HGK. 21.4.1967 tarih ve 969/2-814 E. ve 269 K. Sayılı karar için ayrıca Bkz. İBD. 1971, s.624; Ayrıca kocanın sadakatsizliğinin kadına ayrı mesken edinme hakkı vermeyeceği, bu durumun MK.161/I kapsamına giren, randevuculuk yapma, uyuşturucu madde kullanması, imal ve ihraç etmesi gibi toplumun hoş görmediği hareketlerden olmadığı yolundaki çelişkili kararları için Bkz. Y.2HD. 7.5.1975 tarih ve 31/6 E., 2999 K. (İKİD. 1973, s.2633); 12.12.1972 tarih ve 7557 E., 7060 K. sayılı karar (İBD. 1973, s.448).

(³⁴) Y.2HD. 28.12.1976 tarih ve 76/9074 E., 76/9410 E sayılı kararı (YKD. 1978, s.6, s.892).

(³⁵) Tekinay, S.S., age. s.892).

(³⁶) Gloor, age, s.14.

Müşterek hayatın tatilinde, müşterek konutun mülkiyeti kural olarak hiç bir rol oynamaz⁽³⁷⁾. Ancak ihtilaf halinde malik eş lehine karar vermek gerekir⁽³⁸⁾. Zira kanımızca aksi düşünce, mülkiyet kavramının özü ile çelişir. Ne var ki mahkeme istisnai hallerde eşlerden birini sahibi olduğu müşterek konuttan uzaklaştırmışsa eşlerin menfaat dengesini sağlamak suretiyle denkleştirici adaleti sağlar⁽³⁹⁾. Bu durumda nafaka tayin olunurken evin kullanma bedelinin nafakadan belli ölçüde tenzili isabetli olur.

Müşterek konutun kira olması halinde, tedbir kira sözleşmesini kimin akdettiğine ve kira bedelini kimin ödediğine bakılmaksızın alınabilir⁽⁴⁰⁾. Ancak müşterek konut lojman olarak tahsis edilmişse, tahsis sahibi eşin konutta oturma hakkı korunmalıdır⁽⁴¹⁾.

Müşterek hayatın tatili kararında eşlerin yaş ve sağlık durumuna göre de değerlendirme yapılmalıdır. Genç ve sağlıklı olan eş için ev aramak ve taşınmak daha kolay olacaktır. Ayrıca bu durumda olanlar yeni şartlara ve çevreye daha kolay uyabileceklerinde bunların ayrı konut edinmelerinin kararlaştırılması yerinde görülmelidir⁽⁴²⁾.

Eşin mesleğini icra edebilmesi müşterek konut ile yakından ilişkili ise kendisinden ayrı konut edinmesi beklenemez⁽⁴³⁾. Bu durum eşin mesleğini evde sürdürdüğü yani işyeri ve konutun aynı çatı altında olduğu hallerde özellikler söz konusudur⁽⁴⁴⁾.

Müşterek hayatın tatiline ilişkin karar, eşlerin müşterek yaşamlarının gereği olan hak ve mükellefiyetleri bu süre zarfında sona erdirir. Kadının ayrı konutta otururken eve bakma mükellefiyeti (MK.md.153/II), cinsel ilişkide bulunma yükümü söz konusu olamaz. Ancak eşlerin birbirine sadakat ve yardımlaşma mükellefiyeti ile (MK.md.151/III), kocanın karı ve çocuklarına uygun şekilde bakma mükellefiyetinin (MK.md.152/II) devam ettiği kabul olunmaktadır⁽⁴⁵⁾. Zira bu mükellefiyet eşin kusuruna dahi bakılmaksızın boşanma davası sonuçlanana kadar⁽⁴⁶⁾ devam ettiği gibi,

(37) Voegelin, age, s.91.

(38) Egger (Çağa), age. Art.170 , N.8.

(39) Etter, age. s.54.

(40) Bühler-Spühler, Art.145, N.90; Hegnauer, age, s.91; Hasenböhler, age, s.59.

(41) Bühler-Spühler, Art.145, N.87; Voegelin, age, s.92 .

(42) Gloor, age. s.11.

(43) Bühler-Spühler, Art.145, N.87; Gloor, age, s.10.

(44) Egger (Çaga). Art.145, N.8; Etter, age, s.54; Georgi, age. s.22.

(45) Lemp, age. Art. 170, N.21.

(46) Nafaka mükellefiyetinin hükmolunmak suretiyle davanın sonuçlanması ile değil boşanma davasının kesinleşen kararla reddi halinde de kadının ayrı yaşama ve bunun sonucu tedbir nafakası isteme hakkının sona erdiğinin kabulü gerekir. Bu konuda Bkz. Y.2HD. 4.11.1996 tarih E.96/9685, K.96/11227 sayılı kararı (YDD 1997, s.2, s.199).

evlilik sona erdikten sonra da yoksulluk nafakası yoluyla yerine getirilir. Bu nedenle mahkeme talep olduğunda, hangi tarafın diğerinin bakımı için yardımda bulunacağına da hükmetmek zorundadır (MK.md.162/III).

a. Karı Kocanın Alacağına Kadına Ödenmesi Emri:

Kocanın aile görevlerini ihmal etmesi halinde hakim, karı ve kocanın borçlularına, borçlarının tamamını veya bir kısmını karıya ödemelerini emreder (MK.md.163). Bu tedbir eşler arasında geçerli (kanuni veya akdi) mal rejimlerine ve buna ilişkin özel hükümlere bakılmaksızın alınır. Başka bir deyişle, bu yolda alınacak tedbir süresince taraflar arasındaki (akdi) mal rejimi askıya alınmakta, buna ilişkin özel hükümler uygulanmamaktadır.

Kadına ödenmesi emredilen borç, üçüncü şahıstan olan parasal veya parayı temsil eden kıymetli evraka bağlı alacaktan ibarettir. Bu anlamda arızı (ani) veya ücret, kira gibi sürekli para alacaklarının ödenmesine karar verilebileceği gibi, kıymetli evraka bağlı alacağın ödenmesine de hükmolunabilir. Ancak buna karşın bir aynı hakkın kurulması borcu doğuran bir hukuki muameleden doğan alacak hakkının eşe karşı yerine getirilmesi tedbirine başvurulamaz. Örneğin, kocaya yapılan satışa rağmen tescil talebinde bulunmayan satıcı aleyhinde MK.642.madde uyarınca açılan tescile zorlama davasında mülkiyetin kadına intikal edeceği yolunda bir karar verilmesi söz konusu olamaz.

Kocanın bakımda ihmali halinde sadece kocanın borçlularına değil, kadının borçlularına da kadına ödemede bulunmalarına hükmolunabilir. Bu suretle kanun koyucu kadının korunması açısından kocasının alacaklılarının yanı sıra, var olan kendi alacaklarına da kavuşmasını sağlama konusunda pratik bir yol önermiş bulunmaktadır.

Alacakların kadına ödenmesi konusundaki tedbire karar verebilmek için kocaya bir ihtarda bulunmaya gerek olup olmadığı da tartışmaya açıktır. İhtar yapmaksızın bu tedbirin alınabileceği ileri sürülebilirse de⁽⁴⁷⁾ kanımızca bu görüşün kabulü MK.161/II uyarınca isabetsizdir. Zira söz konusu fıkra hükmü hakim, kabahatli olan tarafa vazifelerini ihtar edeceği ve bunun semeresiz kalması halinde birliğin menfaatini korumak üzere kanunda belirlenmiş tedbirleri almasını öngörür. Bu fıkra hükmü MK.162 ve 163. Maddeleri açısından genel bir hüküm niteliği taşıdığından sadece müşterek hayatın tatili ve nafaka açısından (MK.md.162/I ve II) değil, borçlulara ait tedbirler (MK.md.163) bakımından da ihtarın bir ön koşul oluşturduğu şeklinde yorumlanmalıdır.

Üçüncü şahsa yapılan ödeme emri, İcra ve İflas Hukuku'ndaki ödeme veya icra emrinden farklıdır, zira ödeme ve icra emrine itiraz mümkün iken (İİK.md.62 vd.) MK.md.163 hükmü uyarınca hükmolunan ödeme emrine itiraz söz konusu olamaz. Bu durumda borçlu borcunu, alacaklıya ifa etme mükellefiyetinden kurtulur. Borç, ödeme

(47) Zevkliler, age. s.206.

emrinin tebliğinden itibaren kadına ödenmek suretiyle sona erer. Bu borçlunun hem hakkı, hem mükellefiyetidir. Her nasılsa kocaya ödemedede bulunulmuş olsa dahi, borcundan kurtulmuş sayılmayan borçlu, kariya tekrar ödemeye mecbur tutulur. Kocaya yapılan ödeme sebepsiz zenginleşme sayıldığından (BK.md.61) borçlu tarafından geri alınabilir.

Bu tür tedbirlerde görevli ve yetkili mahkeme konusunda açıklık yok ise de kanundaki bu boşluğun kaynak İsviçre Medeni Kanununa kıyasla doldurulması suretiyle, koruma talebinde bulunan eşin ikametgahı mahkemesinin yetkili olduğu kabul olunmalıdır⁽⁴⁸⁾. Karşılıklı koruma talebinde bulunan eşlerin ayrı yerlerde oturması halinde, ilk defa başvuru mahkemesinin yetkili görülmesi gerekir. Tedbire ilişkin kararların değiştirilmesi, tamamlanması veya kaldırılması halinde de eşlerden birinin orada ikamet etmesi şartıyla bu tedbire karar veren eski mahkemesinin yetkisinin devamı asıldır. Eşlerden hiçbiri orada oturmuyorsa, oturmak üzere seçilen yeni ikametgah yer mahkemesinin yetkili olduğu, İsviçre Medeni Kanunu Art.180,3'e kıyasla kabul edilmelidir.

II. KARŞILATIRMALI HUKUK AÇISINDAN EVLİLİK BİRLİĞİNİN KORUNMASINA İLİŞKİN TEDBİRLER

1.İsviçre Hukuku'nda Evlilik Birliğinin Korunması

Medeni Kanunumuzun kaynağını oluşturan İsviçre ZGB.Art.169 hükmü, MK.161.maddesi ile aynı esasları taşımakta ve koruma talebinde bulunan tarafı, diğer eşin birliğe karşı olan yükümlerini unutmaması veya kendisini tehlike, utanç veya zarara maruz kalması halinde korumayı öngörmekte idi. Değişik Art.172 hükmü ile ise, “eşlerden birinin aileye karşı olan yükümlerini yerine getirmemesi veya eşlerin aile birliğine ilişkin önemli konulardaki uyuşmazlığı hallerinde birliğin korunmasının talep olunabileceği” düzenlenmiştir. Şu halde, bu tür tedbirlere eşler arasındaki uyuşmazlığın, “aile birliğinin hayati menfaatlerini ihlali hallerine” ilişkin olması halinde başvurulur⁽⁴⁹⁾, yoksa tarafları arasındaki her kişisel çatışmada bu tür tedbirler alınmaz.

Yeniden düzenlenen ZGB.Art.172 ile hakimin alabileceği tedbirler açıkça düzenlenmiştir. Bu hükmün amacı, “eşlerin korunması” matlahı ile belirlenmiştir. Hakimin başvuracağı ilk tedbir “ihtarda bulunmaktır”. Burada hakimin bir evlilik veya aile danışmanı gibi hareket ettiği kabul olunur⁽⁵⁰⁾. Bu ihtar bir emir değil, uyulmadığında evliliğin korunmasına ilişkin sair tedbirlerin alınmasının hatırlatıldığı bir tavsiyeden ibarettir⁽⁵¹⁾

(48) İsviçre ZGB. Art.180de açıkça düzenlenmiş olan bu esasa uygun kararları için Bkz. BGE 93 II 1; 100 II 65.

(49) Botschaft, age. s.1274.

(50) Tuar-Schneider., age. s.193.

(51) Botschaft., age. s.1274.

ZGB Art.173 ile öngörülen tedbirlerin maddi anlamda hukuki etkisi, yani daha sonra açılacak davalarda bağlayıcılığı (res iudicata) yoktur⁽⁵²⁾. Müşterek hayatın tatili hakkının düzenlenmesine ilişkin öngörülen tedbirler (ZGB. Art.176) ve eşyaların tedbir gereği taksimi (ZGB.Art.179) hallerinde de aynı prensip geçerlidir.

Alınabilecek özel tedbirler ZGB.Art.173-177 ile düzenlenmiştir. Bu tedbirler:

a - Birlikte yaşam süresince nafakaya hükmetme:

Değişiklikten önce ZGB.Art.169 ile düzenlenen nafaka mükellefiyeti, mahkemece bir tavsiye kararı niteliğinde karara bağlanabiliyordu⁽⁵³⁾. Oysa yapılan değişiklikte ZGB. Art.173 ile düzenlenen bakma mükellefiyeti, ileriye dönük olmak üzere 1 yıl süre ile kabul edilmektedir. (Art.173,3). Eşlerden her ikisinin de talepte bulunması halinde birbiri aleyhinde karşılıklı nafakaya hükmolunur. Hükmolunan nafakalar birbirinden mahsup edilerek, daha çok ödemekle yükümlü olan eşin aradaki farkı ödemesine karar verilecektir⁽⁵⁴⁾.

Nafaka, ailenin bakımını amaçlar ve bunun kapsamına çocukların bakımı da dahildir.

b - Temsil yetkisinin alınması:

Eski hukuka göre koca, karısını yasal temsil yetkisinden mahrum bırakabilir ve kadın buna karşın mahkemeden koruma talebinde bulunabilirdi (ZGB. Art.164). Aynı konuya ilişkin değişik ZGB Art. 166 ile eşin temsil yetkisi artık kocası tarafından kısıtlanamamakta, gerektiğinde mahkeme tarafından kısmen veya tamamen sınırlandırılabilir hale gelmiş bulunmaktadır (Art.166, 1). Yetki sınırlaması, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı ancak mahkeme kararının her türlü yolla (şahsen) ilan edilmesi suretiyle hüküm ifade edecek şekilde düzenlenmiştir. (ZGB.Art. 174, 2, 3)⁽⁵⁵⁾. Hakim bu tedbire açıkça talep olunmadıkça başvuramaz⁽⁵⁶⁾.

c - Borçlulara ödeme emri gönderilmesi:

(52) Tuor-Schneider., age. s.194.

(53) BGE 81 III 1.

(54) Botschaft., age. s.1275

(55) Değişiklikten önceki İsviçre Medeni Kanunu 164; 2. Maddesi temsil yetkisi sınırlandırılması veya kaldırılmasının iyi niyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade edebilmesi için bunun yetkili makamlarca kamuya duyurulmasını öngörmekte idi. Hukukumuz açısından ise açıklık noter vasıtasıyla sağlanmadıkça hüküm ifade etmez. (MK.156/II)

(56) Tuor-Schneider, age. s.195.

Değişik ZGB Art.177 (eski Art.171) ile düzenlenen ödeme emri, eşlerin⁽⁵⁷⁾ borçlarına gönderilen mahkeme kararı ile borcun tamamı veya bir kısmının diğer eşe ödenmesinin ihtar edilmesidir.

d - Yetki sınırlaması

Eşler arasında geçerli mal rejimlerinden doğan temsil yetkisinin sınırlandırılmasının gerekli görüldüğü hallerde hakimden bu yolda bir tedbir alması istenebilmektedir. Eşinin yaptığı muameleye izin verme yetkisinin kötüye kullanıldığı hallerde hakim bunun, ailenin ekonomik açıdan güvenceye kavuşturulması açısından gerektiğine inanıyorsa veya bunun aile birliğine olan yükümlerin yerine getirilmesi için zorunlu olduğu kanaatine ulaşmışsa yetki sınırlaması yoluna gidecektir (ZGB Art. 178, i).

Yetki sınırlandırılmasına ilişkin karar somut bir muamele için verilmeli veya belli bir grup maddi sonuç doğuran muamelelerle bağlı kılınmalıdır. Tüm muameleleri kapsayacak şekilde bir yetki sınırlamasına gidilememektedir. Yetki sınırlamasına ilişkin tedbirin belli bir süre için hüküm ifade edecek şekilde alınması da mümkündür⁽⁵⁸⁾. Eşin yetki sınırlandırılmasına ilişkin tedbir bir gayrimenkule ilişkin ise, bunun tapu siciline şerh verilmesi konusunda hakime takdir yetkisi verilmiştir⁽⁵⁹⁾.

e - Müşterek hayatın tatili.

ZGB.Art.170 ile düzenlenen müşterek hayatın tatiline ilişkin tedbirler yeni düzenlemede iki madde halinde (ZGB.Art.175 ve 176) düzenlenmiştir. ZGB.Art.159 eşlerin bir arada yaşamasını öngörür, yapılan yasa değişikliği ile de aynı esas muhafaza edilmiştir. Yine her iki düzenleme ile de belli şartlar altında eşlerin ayrı yaşamaya haklı kılınabilecekleri kabul olunmuştur.

Genel tanımı ile eşler, müşterek hayatın tatilini, kişiliklerinin, ekonomik güvencelerinin veya ailenin menfaatinin ciddi biçimde tehlikeye uğradığı hallerde talep edebilirler (ZGB.Art.175).

Müşterek hayatın tatiline ilişkin karar inşai nitelik taşımaz, hak mahkemece tespit olunur⁽⁶⁰⁾.

(⁵⁷) Değişiklikten önceki Art.171 de sadece “kocanın borçlularından” bahsedilirken, bugün her iki eşin borçlularına da diğer eşe ödemede bulunması için ödeme emri gönderilmektedir.

(⁵⁸) Bu konuda Bkz. Hasenböhler, Verfügungsbeschränkungen zum Schutz eines Ehegatten. BJM 1986, s.57 vd.

(⁵⁹) Bu tür gayrimenkuller için bir tür tasarruf barikatı (Kanzlesiperre) bulunduğu yolundaki benzetme için Bkz. Hasenböhler, agm, s.58; Botschaft, age. s.1283.

(⁶⁰) Tuor-Schneider. Age, s.197.

Müşterek hayatın tatiline karar veren hakim, konut ve ev eşyalarının kullanılma biçimini düzenlemekle de yükümlüdür. Hakim her olayın özelliğini dikkate alarak buna takdir yetkisini kullanarak karar verir⁽⁶¹⁾. Konut onun işine en çok yarayan eşe tahsis edilir⁽⁶²⁾.

Hakimin takdir yetkisi eşlerin bu konuda anlaşamamış olması halinde uygulanır. Şu halde eşler müşterek hayatın tatili, eşyaların taksimi, müşterek konutun tahsisi ve nafaka konusunda anlaşmaya varmışlarsa, hakimin kararlaştırılan çözüm tarzına hükmetmesi gerekir (ZGB.Art.176)⁽⁶³⁾.

Hakim müşterek hayatın tatili konusunda eşlerden birinin haklı olup olmadığı hususu ile bağlı olmaksızın küçük çocukların korunması için gerekli tedbirleri almak zorundadır (ZGB. Art.176, 3). Velayetin tevdi (ZGB. Art.297) veya korunmasına ilişkin tedbirler, ziyaret hakkı (ZGB. Art.275) ve nafaka mükellefiyeti (ZGB. Art.279) mahkemece düzenlenir. Çocuklarla ilgili koruyucu tedbirler alan hakim boşanma hakimi gibi hareket etmez, bir vesayet makamı gibi davranır⁽⁶⁴⁾.

2.Alman Hukuku'nda Evlilik Birliğinin Korunması:

Alman Aile Hukuku da evlilik birliği esasına dayandırılmıştır. Bu anlayışa göre evlilik, yaşam boyu sürmek üzere akdedilir. Eşler birbirine karşı bir aile birliği oluşturmakla yükümlü kılınmıştır (BGB § 1353, 1). Başka bir deyişle evlenme akdi ile taraflara bağlanan aile ilişkisi her eşe diğerinden evlilik birliğini sağlamayı talep yetkisi verir. Eşlerin aile birliğini sağlama yükümü emredici nitelik taşır. Bunun sınırlandırılması veya kaldırılmasına ilişkin sözleşme geçersizdir⁽⁶⁵⁾.

Eşler dört halde evlilik birliğini devam ettirme yükümünden kaçınabilirler. Bu haller şöyle sıralanabilir;

a - Bu yükümün diğer eşten istenmesinin hakkın kötüye kullanılmasını teşkil etmesi hali (BGB § 1353, 3)

Kocanın işlediği suç nedeniyle yurtdışına kaçtığı, ahlaki kusurları nedeniyle çocukların yararını tehlikeye soktuğu⁽⁶⁶⁾, kadının eve bakma yükümünü ihlal ettiği haller örnek olarak gösterilmektedir. Ancak eşlerden birinin bulaşıcı bir hastalığa yakalanması, eşlerin birbirine bakma yükümü nedeniyle evlilik birliğine ara verme

(⁶¹) Hasenböhler, agm,s.60; Vögelin, age, s.91; Graf. Der Eheschutz nach Art. 19-69-172 ZGB unter besonderer Berücksichtigung der Praxis der Kantone Basel-Stadt und Zürich. Basel 1978, s.134.

(⁶²) Buhler-Spühler. Art.145, N.86; Hegnauer, age, s.91; Etter, age, s.51; Georgi, age. s.21.

(⁶³) Buhler-Spühler. Art.145, N.92; Gloor, age, s.12.

(⁶⁴) Tuor-Schneider, age, s.197.

(⁶⁵) Beitzhe, Familienrecht, München, 1981 s.58; RG. DJ: 1941, s.712.

(⁶⁶) RGZ. 155, s.294.

yetkisi vermez. Hastalık nedeniyle cinsel beraberliğin sürdürülememesi dahi evlilik birliğinden kaçınma sebebi oluşturmaz zira bu durumda evliliğe bağlı bazı mükellefiyetlerin sona erdiği kabul olunmaktadır⁽⁶⁷⁾

b - Evliliğin sona ermesi hali (BGB § 1353, 2; § 1565)

c - Mahkemenin bir boşanma davası prosedürü içinde ayrılığa hükmetmesi hali (BGB § 1367; ZPO § 620)

d - Fücür mahsulü veya poligamik evlilik hali

Alman Medeni Kanunu, yukarıda anılan hallerde ayrı yaşama hakkını, herhangi bir mahkeme kararına bağlamak zorunluluğu olmaksızın kabul etmiştir. BGB § 1567, 1'e göre; eşler arasında bir ev beraberliği (ortak yaşam) kalmamış ve eşlerden biri evlilik birliğini reddetmek suretiyle bunu kurmayı istemiyorsa ayrı yaşamaya yetkili kılınmışlardır. Müşterek konutta ayrı yaşayanlar arasında da ev beraberliği ortadan kalkmış sayılır. Barışma amacı taşıyan kısa süreli beraberlikler, geçimsizlik nedeniyle boşanmada, BGB § 1566 ile öngörülen süreleri kesmez veya durdurmaz (BGB § 1567, 2) .

Evlilik birliği müşterek konut edinmeyi gerektirir. Müşterek konutun seçimi ise eşlerin anlaşmasıyla mümkündür. Kadının oturacağı yerin otomatik olarak erkeğine tabi olması esas (BGB § 10) Alman Anayasasının her iki cinsiyeti de eşit haklara sahip kılan anlayışı karşısında uygulanmamaktadır (GG.Art.3).

Alman Medeni Kanunu'nun 1360. maddesi ile eşler, çalışmaları ve malvarlıklarından elde ettikleri gelirlere uygun olarak aileyi infak ile mükellef kılınmıştır. "Uygun infaktan" ne anlaşıldığı BGB § 1360, 2, 1 ile düzenlenmiştir. Buna göre uygun infaktan maksat, evin masrafları ve eşlerin ihtiyaçları ile bakmakla mükellef oldukları ortak çocukların bakımı için gerekli tüm giderlerdir (BGB § 1360, a, 2).

Eşler ayrı yaşadıkları sürede de birbirine bakmakla yükümlü kılınmışlardır. Bu süre zarfında eşlerden birinin vücut bütünlüğünün veya sağlığının bozulması halinde tarafların yaşam tarzı, teşebbüs ve mal varlığı şartlarına uygun düşecek bir nafakaya hükmolunması talep edilebilir (BGB § 1610, a). Bu arada ayrı yaşayan eşler arasında bir boşanma davası sürüyorsa nafaka, eşin iş ve ticaret yapamayacağı yaşlılık dönemine ilişkin uygun bir sigorta bedelinin karşılanması talebini de içerir (BGB § 1361, 1).

Eşler ayrı yaşıyorsa her biri, kendilerine ait ev eşyalarının diğer eşe ait olanlardan ayrılmasını isteyebilir. Ancak koca karısına, ayrı yaşamanın sürdürülmesi için gerekli olan hakkaniyete uygun düşen eşyaları terk etmekle yükümlüdür (BGB § 1361, a, 1). Eşlerin müştereken sahip oldukları eşyalar ise hakkaniyet esasına göre pay

(67) Beitzhe, Familienrecht, München. 1981 s.58; RG, DJ: 1941, s.712.

edilir (BGB § 1361, a, 2). Mahkemenin bu konuda karar verme yetkisi eşlerin bu konuda anlaşamamaları halinde doğar (BGB § 1361, a, 3). Eşler önceden kararlaştırdıkları takdirde bu dönemde aralarındaki mal varlığı ilişkisi olduğu gibi devam eder.

Eşler ayrı yaşamakta veya eşlerden biri ayrı yaşama talebinde bulunuyorsa, ağır bir zarara yol açmamak için zorunlu görüldüğü hallerde müşterek konutun veya onun bir kısmının kendisinin bağımsız kullanımına tahsis edilmesini isteyebilir. Tahsis talebi aile konutu müstakilen veya üçüncü bir şahısla birlikte müştereken aleyhinde tedbir talep olunan eşe ait olsa veya konut bir intifa hakkı ile kullanılsa veya üst hakkı ile inşa edilmiş bulunsada dahi ileri sürülebilir. Aynı durum konut üzerinde eşin sürekli bir sükna hakkı veya aynı bir sükna hakkı (dingliche Wohnrecht) bulunması halinde de geçerlidir (BGB § 1361, b, 1). Müşterek konutu veya bir kısmını eşine terk etmek zorunda kalan eş, hak ve nasafet gerektiriyorsa diğerinden bir kullanma bedeli (Vergütung für Benutzung-Ecr-i misil) talep edebilir (BGB § 1361.b .2)⁽⁶⁸⁾.

3.Avusturya Hukuku'nda Evlilik Birliğinin Korunması:

Avusturya Medeni Hukuku açısından eşler, birbirine karşı bir evlilik birliği içinde bulunma, özellikle birlikte yaşama sadakat gösterme ile saygılı davranmak ve yardımlaşmakla yükümlüdürler. Eşlerden birinin diğerinin mirasçısı olması da bu şartların gerçekleşmesine bağlanmıştır (A BGB § 90)

Eşlerden birisi haklı bir sebebe dayanarak müşterek konutu bir başka yere nakletme talebinde bulunursa, diğer eşin birlikte gitmeme konusunda asgari aynı ağırlıkta bir haklı sebebi bulunmadıkça bu teklifi kabul etme zorunluluğu vardır (A BGB § 92, 1). Bunun dışında eşlerden birisi, vücut bütünlüğüne karşı bir tehdidin veya kendisinden katlanması beklenemeyen veya önemli kişisel nedenlerin varlığı halinde mahkemece haklı görülmek şartıyla geçici olarak başka bir konut edinebilir (A BGB § 92, 2).

Avusturya Medeni Kanunu'nun § 92, 1 ve 2. Fıkra kapsamına giren hallerde her eş, konutun başka bir yere taşınmasından veya ayrı bir konut edinmeden önce mahkemeye başvurabileceği gibi, sonra da başvurabilir. Mahkeme, müşterek konutun taşınması talebinin veya birlikte taşınma teklifinin reddedilmesinin veya ayrı konut edinme talebinin haklı olup olmadığını nizasız yargı usulü ile tespit eder. Karar, ailenin genel durumu, özellikle çocukların yararı dikkate alınmak suretiyle verilir. Bu hükümlerin incelenmesi sonucunda anlaşılacağı üzere Avusturya Medeni Hukuku açısından müşterek hayatın tatili talebi de, Türk Hukuku'nda olduğu gibi ancak haklı

⁽⁶⁸⁾ Geniş bilgi için Bkz. Hanisch, Ehwohnungsprobleme getrennt lebender Ehegatten. NJW 1963, s.1033; Deisenhofer, Die Zuweisung der Ehwohnung vor Rechtshangigkeit eines Scheidungsantargs, Fam RZ. 1979, s102.

sebeplerin varlığı halinde ve mahkemece yetkili kılınmak şartıyla mümkün görülmektedir.

4.Fransız Hukukunda Aile Birliğinin Korunması:

Fransız Medeni Hukuku'nda da birbirine sadakat, dayanışma ve yardımla mükellef tutulan eşler (CC.Art.212), 11.7.1975 tarihli kanun ile değişik CC.Art.215/II uyarınca ailenin oturacağı yeri müşterek rızaları ile belirlemeye yetkili kılınmıştır. Zira eşler birbirleriyle, bir aile birliği kurmakla yükümlü sayılmıştır (CC.Art.215, 1).

Fransız Hukuku'nda da ayrılık kararı, evliliği sona erdirmeksizin eşlerin birlikte oturma mükellefiyetini sona erdirmektedir (CC.Art.299). Yine boşanma talebi üzerine hakim eşleri ayrı yaşamaya yetkili kılabilenmektedir (CC.Art.255, 1). Şu halde Türk-İsviçre Hukuku'nda boşanma davasının açılmasıyla birlikte kanun gereği kendiliğinden doğan ayrı yaşama hakkı (MK.162/II; ZGB. Art.170/II) Fransız Hukuku'nda mahkeme kararına bağlanmış olmakla, bir kazai tedbir olarak ele alınmış görünmektedir.

III. 4320 SAYILI AİLENİN KORUNMASINA DAİR KANUN (AKDK) AÇISINDAN ALINABİLECEK TEDBİRLER:

1. Genel Olarak

14.1.1998 tarih ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun⁽⁶⁹⁾ ile düzenlenen tedbirler, Medeni Kanun ile öngörülen tedbirlerden ayrı olarak veya onların yanı sıra alınmak üzere kaleme alınmış bulunmaktadır (Md.1). Şu halde işbu kanun, Medeni Kanun'un ailenin korunmasını amaçlayan 161-163.madde hükümlerini yürürlükten kaldırmayı veya bunları tahdidi olarak sınırlandırmayı veya bunları somut olarak örneklendirmeyi değil, özel bir düzenleme ile alınabilecek zecri bazı tedbirlerle bu konuda etkin bir rol almayı amaçlamıştır.

Kanun, bu medeni tedbirlerin yanı sıra, bunlara uyulmaması halinde uygulanacak cezai hükümler de içermektedir (AKDK.md.2). Sulh Hukuk Mahkemesi'nce alınacak tedbirlere uymayan eş aleyhinde Sulh Ceza Mahkemesinde kamu davası açılması ve bu davanın duruşmasının yer ve zaman kaydına bakılmaksızın 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümlerine göre yapılacağı öngörülmüş bulunmakla (AKDK.md.2/III) bu tedbirlere somut bir zorlayıcı güç kazandırılmak istenmiştir.

Ailenin Korunmasına dair 4320 sayılı Kanun, hem medeni, hem de cezai hükümlere yer vermek suretiyle kanunlaştırma tekniği açısından alışılmamış bir sistematik sergilemiştir. Genel kural bir yasal düzenlemenin, ait olduğu hukuk dalına özgü esasları içermesi ve farklı hukuk dallarına ait olan esasların ise ayrı bir düzenlemeye tabi tutulması yolundadır. Bu prensip, farklı disiplinlere dahil hukuk

(⁶⁹) Bkz. 17.1.1997 tarih ve 23233 sayılı Resmi Gazete.

dallarında ise öncelik ve özellikler uygulama alanı bulur. İstisnai olarak bazı özel hukuk düzenlemelerinde cezai hükümlere rastlanırsa da (Örneğin Ticaret Kanunu'nda haksız rekabete ilişkin cezai mesuliyeti düzenleyen TK.64.md.gibi) alışılmış yöntem cezai müeyyidelerin ayrı bir kanun ile düzenlenmesi şeklindedir. Örneğin, kişilik hakkı ihlali sayılan pek çok fiilin Türk Ceza Kanunu ile suç sayılmış olması gibi. Oysa, 4320 sayılı Kanuna bakıldığında bir istisnai yasalaştırma tekniğinin benimsendiği görülür. Bu suretle Medeni Hukuka ilişkin bir müessese olarak hükmolunan tedbirlere aykırılık hallerine suç olma özelliği kazandıran ve ceza uygulayan kanun koyucu, hukuk mahkemesince verilecek bir karara dayanarak ceza tahakkuku olanağı tanımıştır. Yani bu kanun ile, Medeni Hukuka ait bir müessesenin maddi şartları, Ceza Hukuku açısından oluşturulan bir suçun da maddi unsurlarını oluşturmuştur. Şu halde BK.53.md. uyarınca Ceza Mahkemesinin (kusur, temyiz kudretinin tayini, mahkumiyet veya beraat kararı ile zarar miktarının tayini konularındaki) kararı ile Medeni ve Borçlar Kanunu hükümlerini uygulayan Hukuk Mahkemelerinin bağlı olmadığı kabul olunmasına rağmen, 4320 sayılı Kanunun 1.maddesi ile cezai mesuliyeti düzenleyen 2.madde arasında bir doğru bağlantı kurulmak suretiyle Ceza Hakimi, Hukuk hakimi kararı ile bağlı kılınmıştır.

4320 sayılı Kanun ile öngörülen usul esasları açısından bakıldığında daha önce görüldüğü gibi "birliğin siyaneti" matlabı adı altında düzenlenen ayrı yaşama ve nafaka talebine ilişkin tedbirlere 3156 sayılı Kanunla değişik HMUK. 8/IV. madde hükmü uyarınca Asliye Hukuk Mahkemesi'nce hükmolunur⁽⁷⁰⁾. Aynı amaçla düzenlenen ve Medeni Kanun da öngörülen tedbirlerden ayrı olarak ve onların yanı sıra 4320 sayılı Kanun ile düzenlenen tedbirler ise Sulh Hukuk Mahkemesi'nin görevine dahil edilmiştir.

Kanımızca görev konusunda ortaya çıkan bu ikilem isabetli olmamıştır. Şöyle ki aile içi şiddete maruz kalan ve sağlığı bozulan bir eşin, MK.162. maddesi uyarınca ayrı konut edinmek istediğinde Asliye Hukuk Mahkemesi'ne, 4320 sayılı Kanun'un 1/II, b hükmü uyarınca eşin evden uzaklaştırılması ve müşterek konutun diğer eş ve çocuklara tahsisini talep ettiğinde Sulh Hukuk Mahkemesi'ne başvurma mecburiyetinin, ciddi ve savunulabilir bir gerekçesi yoktur. Kaldı ki kanımızca bu tür tedbirler ve bunu takip eden ceza uygulamasının, kurulacak bir ihtisas mahkemesi niteliğindeki aile mahkemelerinde görülmesi en uygun yol olacak iken kanunda bu konuda bir düzenleme yapılmamış olması da önemli bir eksiklik olarak kabul edilmelidir.

Kanunda yetkiye ilişkin bir hükme de yer verilmemiş olmakla beraber bu boşluğun genel usul hükümleri uyarınca (HMUK.md.9 vd.) ve İsviçre hukuk sistemine uygun düşecek şekilde doldurulması (ZGB.Art.180) yani tedbir talebinde bulunan eşin

(⁷⁰) 3156 sayılı Kanundan önce MK: 161-163 maddelerde yazılı tedbirlere, bunların değiştirilmesi ve kaldırılması talepleri sulh hakimi tarafından karara bağlanmakta idi.

oturduğu yer mahkemesinin yetkili olduğu kabul edilmelidir⁽⁷¹⁾. Eşlerin ayrı oturması halinde her iki eşin oturduğu yer mahkemesi değil, ilk başvuru yer mahkemesi yetkili kabul olunmalıdır. Bu tedbirlerin değiştirilmesi, ikmali veya kaldırılmasına ise o kararı veren mahkeme yetkilidir. Ancak eşlerden hiçbiri kararı veren yer mahkemesinin bulunduğu yerde oturmuyorsa, yeniden talepte bulunan eşin oturduğu yer mahkemesi kıyasen yetkili sayılabilir (ZGB. Art. 180, 2, 3).

2.Medeni Kanun ile 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ile Sağlanan Koruma Hükümlerinin Kıyaslanması

a - 4320 sayılı Kanun'un amacı aile içi şiddeti önlemek ve buna maruz kalan kadını ve ailenin diğer bireylerini korumaktır. Dünya Sağlık Teşkilatının 1993 tarihli raporuna göre; kadına yönelik şiddet öncelikli sağlık sorunudur. Buna göre aile içi şiddet, kadının birlikte yaşadığı erkeğin ona uyguladığı her türlü fiziksel, psikolojik ve cinsel şiddettir. Şiddet dünyada kanser kadar yoğun, trafik kazası ve malariadan daha etkili bir fenomen olarak nitelendirilmiştir. Medeni Kanun'un 161-163.maddeleri ile düzenlenen tedbirler ise genel anlamda aile birliğinin korunmasını amaçlar.

b - MK.161-163.maddeleri ile öngörülen ve aile birliğinin korunmasını amaçlayan tedbirler, koruma talebinde bulunan eşin talebi ile hükmolunur. 4320 sayılı Kanun ile sağlanan koruma hükmü ise 1.madde 1.fıkrasının açık hükmü uyarınca aile içi şiddete maruz kalan eşin yanı sıra Cumhuriyet Savcılığı'nın talebi üzerine kararlaştırılmaktadır.

c - MK.161-163.maddesi uyarınca hakim tarafından alınan tedbirler, sebeplerin ortadan kalkması halinde karı ve kocadan birinin talebi ile ref olunur (MK.md.164). 4320 sayılı Kanun ile hükmolunan tedbirler ise 6 ayı geçmemek üzere süreye bağlanır (Md.1/III). Koruma kararının uygulanmasını savcılar zabıta marifetiyle izler (Md.2/I). Bu itibarla korunan eşin talebi kararın kaldırılması için zorunlu olmadığı gibi ceza davası açılmasını da engellemez. Zira açılacak ceza davası kamu davası niteliğindedir (Md.2/III).

d - MK.161-163.maddeleri ile öngörülen koruyucu tedbirler eşlerin birbirine karşı olan aile vazifelerini ihmali, onların sağlığını, şöhretini veya işinin gelişmesini tehlikeye sokan, onu utanca ve zarara uğratan hal ve hareketler üzerine kurgulanmıştır. Oysa 4320 sayılı Kanun ile korumayı gerektiren haller, eşlerin birbirini olduğu kadar, çocuklarını veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinden birini de tehlikeye, zarara uğratan olayları içerir. Şu halde MK:161-164. Maddelere ilişkin olmak üzere aynı görüşe yorum suretiyle ulaştığımız daha geniş uygulama olanağı sağlayan bir sonuca 4320 sayılı Kanunda açıkça yer verilmiş olması isabetli görülmelidir.

e – MK.161-163.maddeleri uyarınca açılacak davalar harca tabidir. Oysa 4320 sayılı Kanuna dayanarak alınacak tedbir başvurularının harca tabi olmayacağı açıkça

(71) BGE 93 II 1, 100 II 65.

kaleme alınmış olmakla (Md.1/son) sosyal içerikli bir düzenleme özelliği taşıdığı gözlemlenmektedir.

f - MK.161-163.maddeleri eşlerin, kusurlu olup olmadığına bakılmaksızın tedbir almayı gerektirir. Örnekleme gerekirse karı veya kocanın borçlularına borçlarının tamamını veya bir kısmını karıya ödemelerinin istenmesi tarzında MK.163.madde ile düzenlenen tedbirde kocanın karı ve çocuklarını münasip şekilde iâşe mükellefiyetini (MK.md.152) yerine getirmemiş bulunması yeterlidir. Bu hal kocanın kusurundan kaynaklanmasa dahi bu tedbire hükmolunur⁽⁷²⁾. Oysa 4320 sayılı Kanun ile öngörülen tedbirlere kusurlu eş aleyhinde başvurulur (Md.1/II).

g - MK.161-163.maddeleri ile öngörülen tedbirler eşin sağlığı, şöhreti ve işinin gelişmesini tehlikeye sokan, utanca veya zarara sokan her türlü fiili sona erdirmeye veya zarar vermez hale getirmeyi veya eşleri aile vazifelerini ihmalden, alıkoymayı amaçlar. Bu fiiller aile içi şiddete dönük olabileceği gibi, bunun dışında kalan hal ve hareketlerle, hatta olumsuz (pasif) bir eylemle (hareketsizlikle) dahi meydana gelebilir. Halbuki 4320 sayılı Kanun açıkça sadece aile içi şiddeti hedeflemektedir. Kanun eş, çocuk veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerini dayak hakaret, sövme gibi aktif bir fiille zarara uğratması hallerinin giderilmesini amaçlamaktadır. Hakkında tedbir alınan fiiller aile bireylerinin can ve malvarlığını tehlikeye veya zarara sokan şiddet eylemleridir.

h - MK.161-163.maddeleri ile alınacak tedbirler kanunda sınırlı sayılı olarak düzenlenen tedbirlerden ibarettir. MK.161/III. fıkra hükmündeki “hakim birliğin menfaatini siyaneten kanunda muayyen tedbirleri ittihaz eder” demek suretiyle anılan maddelerin bu özelliğini ifade etmektedir⁽⁷³⁾. Buna karşın 4320 sayılı Kanunda, “hakimin uygun göreceği (aşağıda sayılanların benzeri olan) başkaca tedbirlere de hükmedebileceği” açıkça ifade edilmekle, bu tedbirlerin örneksime yolu ile (tadadı olarak) düzenlendiği anlaşılmaktadır. Örneğin , hakim aile içi şiddete başvuran eş i uzaklaştırarak onun tarafından kiralananan müşterek konutun diğer eş ve çocuklara tahsis edilmesine karar verdiğinde onun kira sözleşmesini feshetmesini önlemek üzere bir fesih yasağına hükmedebilmelidir⁽⁷⁴⁾. Ancak hakim kendisine ev tahsis edilen eşin kira

(72) MK.163/I'deki “ihmal ederse” ibaresi, teknik anlamda kusuru ifade etmez. Burada “aile vazifelerinin yerine getirilmemesi” kastedilmektedir.

(73) Gloor, age. S.8.

(74) ZGB.Art.169'a göre, müşterek konuta ilişkin kira akdinin ancak eşin açık rızası ile fesholunabileceği yolundaki kanuni (tek taraflı) fesih yasağı, kiranın kendisine ev tahsis edilen eş tarafından ödenmemesi halinde kiralayan lehine doğan haklı sebeple fesih yetkisi nedeniyle yeterli bir koruma tedbiri olarak görülmemiş ve bu sebeple yeni bir düzenleme ile OR.Art.271.e eklenen “a” fıkrası ile; “kiralanan yerin aile konutu olarak tahsis edildiği hallerde kira ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkin fesih ve sair irade beyanlarının eş ve diğer eşe karşı birlikte yapılmasını ve âkit olmayan eşin kira ilişkisinin devamını isteyebilmesine olanak tanınmıştır. Böylece akde taraf olmayan eş, kiralayanını kira ilişkisini çözme

borcunu ödememesi halinde kiralayan lehine doğan fesih yetkisi (BK.md.288-OR.Art.261) konusunda bir fesih yasağı koyamaz⁽⁷⁵⁾.

Bu bağlamda bir tedbir olarak aile içi şiddete başvuran eşin evden uzaklaştırılması şeklindeki tedbirin ve müşterek konutun eş ve varsa çocuklarına tahsisinin MK.919 md.(ZGB.Art.959) anlamında şerh düşülüp düşülemeyeceği tartışılabilir. İsviçre Federal Mahkemesi bu soruyu cevapsız bırakmıştır⁽⁷⁶⁾. Mahkeme kendisine konut tahsis edilen eş ile ev sahibi arasındaki hukuki ilişkiyi özel tipli bir kira ilişkisi olarak nitelendirmiş ve kiraya ilişkin hükümlerin kıyas yoluyla uygulanması gerektiğine hükmetmiştir. Doktrinde de; bu yolda kanunda bir hüküm bulunmadığı, oysa ZGB. Art 959 ile düzenlenen şerhin kanunun açıkça öngörmesi şartıyla uygulanabileceği yolunda görüşler vardır⁽⁷⁷⁾. Zira tapu sicili esasları bir hukuki muameleye bağlı olarak şerh işleminin yapılmasını öngörür ve bu konuda gereken irade birleşimi, ailenin korunması işlerinde geçerli bir mahkeme kararı ile sağlanamaz⁽⁷⁸⁾. Diğer taraftan şerh edilebilecek nispi haklar sınırlı sayılı olarak düzenlenmiş olup, tapu memurunun kanunun öngörmediği bir hakkı şerh etmekten kaçınmakta haklı olduğu kabul edilmektedir.

Müşterek konutun evden uzaklaştırılan eşe ait olması halinde, kendisine müşterek konut tahsis edilen eşin kullanma hakkının şerh verilip verilmeyeceği konusunda ise bu halin mutlak bir tasarruf yetkisi sınırlamasına⁽⁷⁹⁾ çok benzeyen bir durum (MK.920-ZGB Art.960) teşkil ettiği görüşü ileri sürülmüştür⁽⁸⁰⁾. Eşe tanınan gayrimenkulü kullanma yetkisinin tapu siciline şerh verilmek suretiyle, daha sonraki maliklere karşı da ileri sürülebilmesinin mümkün olabileceği savunulmuştur⁽⁸¹⁾.

Kanımca anılan tartışmaların İsviçre Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklik karşısında fazla önemi kalmamış görülmektedir. Zira ZGB.Art.169 ile müşterek konutun eşlerden birine tahsisi veya başka bir muamele ile aile konutu üzerindeki hakkın sınırlandırılmasının diğer eşin rızası ile mümkün olabileceği düzenlenmiştir. Bu

yolundaki beyanlarına karşı korunma imkanına kavuşturulmuştur.

(75) Hasenböhler, age.s.61.

(76) BGE 91 II 423; 91 II 424; Zürih Kantonu Yüksek Mahkemesinin aksi görüşü için Bkz. BGE II 413.

(77) Graf, age, s.139.

(78) Schmid, Behandlung von Grundeigentum bei Ehescheidung aus Notariats und grundbuchrechtlicher Sicht. ZbGr. 65, s.285.

(79) BGE 91 II 419.

(80) Gloor, age.s.24.

(81) Federal mahkeme bu soruya açıklık getirmemiştir (BGE 91 II 424); Bu görüşe taraftar olanlar için Bkz. Merz- Kommentar zu BGE 91 II 413 (ZBJV 102, s.476) Bühler-Spühler.Art.145, N.367, 369. Karşı olanlar; Graf. Age, s.140; Hegnauer, age. s.122; Hinderling, Das schweizerische Ehescheidungsrecht Zürich. 1979, s.162; Keller. Lehrbuch des Eherechts. Bern. 1973, s.207.

bağlamda diğer eşin rızası olmaksızın bu konut başkasına satılamaz. Rıza yazılı olmak zorunda değildir, üstü örtülü bir rıza da yeterlidir⁽⁸²⁾. Ancak tapu siciline yapılacak işlemler bakımından açık bir tahsis beyanına ihtiyaç vardır. Diğer eşin rızasının bulunmaması, müşterek konut ile ilgili muameleleri sakatlar. ZGB.Art.178 hükmü de hakime, ailenin ekonomik sebeplerle güvence altına alınması veya aile birliğinin gerektirdiği maddi yükümlerin ifası amacıyla alacağı tedbirleri bunu yerine getirmeyen tarafa bağlama yetkisi vermiştir. Burada aile konutunun korunması amacıyla temlik yetkisi sınırlaması getirilmiş olduğundan (ZGB.Art.169) bunun ZGB.Art.960 anlamında şerhi mümkün görülmektedir. Aynı sonucun MK.920/I hükmünden çıkarılması da mümkündür. Buna göre “çekişmeli hakların korunması veya icrai iddia zımında alınan kararların şerhi” öngörülmüş olduğuna göre, eşlerden birine ev tahsis edilmesi yolunda alınan mahkeme kararının da bu kapsamda görülmesi isabetli sayılabilir. Bu suretle hakkın kullanımı gerçek anlamda güvence altına alınmış olacaktır⁽⁸³⁾

i - MK.161-163. maddelerinde anılan tedbirler hakimin ihtarının faydasız kalması halinde alınır⁽⁸⁴⁾. Oysa 4320 sayılı Kanun ile alınacak tedbirlere bu tür bir ihtara ihtiyaç göstermeksizin hükmolunur. Zira bu tedbirlerin çoğu acil olma özelliği gösterir. Bu itibarla ihtar ön koşuluna bağlanmaksızın 4320 sayılı Kanundaki tedbirleri alma olanağının sağlanmasının, MK.161-163.maddeleri ile düzenlenen tedbirlerle kıyaslandığında önemli ölçüde pratik bir değere sahip olduğu söylenebilir.

3.4320 sayılı Kanunun Getirdikleri

4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun nihai amacı, aile içi şiddete maruz kalan eşlerin, çocukların ve diğer aile fertlerinin korunmasıdır. Hakim, kanunun I.maddesi II. fıkrası ile düzenlenen veya uygun görülecek başkaca benzeri tedbirlerin de alınmasına hükmedebilir.

Kanunda örneksime yoluyla düzenlenen tedbirler şunlardır:

a - Şiddet veya korkuya yönelik davranışlardan alıkoyma:

Eşin diğer eşe veya çocuklara veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerine karşı şiddete veya korkuya yönelik davranışlarda bulunmamasına hükmolunabilir. Bunun kapsamına dövme, sövme, hakaret, zora koşma, tehdit etme gibi fiziki veya manevi darp, şiddet veya korku verici davranışlar sokulabilir.

Şiddet kavramına öncelikle ve özellikle cinsel şiddet olayları dahil edilmektedir. Bu nedenle cinsel ilişkiye zorlama, ters ilişkiye girme, hamile bırakmaya

(82) Botschaft, age, s.1264.

(83) İsviçre Medeni Kanunu Art.169'a paralel bir hükme Medeni Kanun Ön tasarısında da yer verilmiş olmakla, (Md.199/III) anılan tartışmaların yakın gelecekte olumlu biçimde sona ereceği ifade olunabilir.

(84) Bkz. Yuk.s. 2 vd.

veya hamileliğin sona erdirilmesine zorlama halleri, bunlardan kaçınma yolundaki tedbir talebini haklı gösterir⁽⁸⁵⁾

b - Evin eş ve çocuklara tahsisi:

Hakim eşin müşterek konuttan uzaklaştırılarak bu evin diğer eşe ve varsa çocuklara tahsisi ile diğer eş ve çocukların oturmakta olduğu eve veya işyerlerine yaklaşmamasına karar verebilir. Bu madde ile kusurlu eş MK.162.maddesinde çerçevesinde ele alınacak haklı sebeplerin varlığı halinde müşterek konuttan veya eşin işyerinden uzaklaştırılma veya yaklaştırılmaması yolunda bir yasakla karşılaşabilecektir.

c - Eşyaya zarar vermeme:

4320 sayılı Kanun, eşin çocuklar veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin sadece can varlığına değil, malvarlığına da zarar vermeme mükellefiyeti yükler. “Eşe ait eşya “ kavramı sadece tedbir talep eden eşe değil, zarar veren eşe ait olan eşyaları da kapsmalıdır. Her ne kadar mülkiyet hakkı sahibine tanınan tasarruf yetkisi, eşyanın terki, imhası suretiyle malikin mülkiyet alanından çıkarılmasına olanak verirse de⁽⁸⁶⁾ bu eşyanın ailenin müşterek kullanımına tahsis edildiği hallerde 4320 sayılı Kanun ile öngörülen tedbirlere başvurulabilmelidir. Şu halde mütecaviz eşin zati eşyaları dışında olan eşyaların diğer eşe ait olup olmadığına bakılmaksızın korunması talep olunabilmelidir. Şöyle ki koca tarafından alınmış olmasına rağmen buzdolabı, çamaşır makinesi gibi sosyal hayatın vazgeçilmez ihtiyaçlarından olan eşyaların, eşin sinirli bir anında kırılıp dökülmesinin önlenmesi, ailenin korunması açısından zorunlu ve uygun görülmelidir. Aksi takdirde mal ayrılığı rejiminde eşlere tanınan bağımsız tasarruf yetkisi kötüye kullanılmış olacaktır ki kanun bunu korumaz (MK.md.2/II).

d - İletişim vasıtaları ile rahatsız edilmeme:

Hakim eş, çocuk ve aynı çatı altındaki aile bireylerinin iletişim vasıtasıyla rahatsız edilmemesini sağlamak üzere de karar verebilir. Bu vasıtalarından maksat telefon, radyo, televizyon programları, tele faks gibi kitle iletişim vasıtaları ile, telgraf, mektup kart gibi bireysel iletişim vasıtalarıdır. Eşine her gün attığı kart ile hakaret eden, sürekli olarak telefonla rahatsız eden, yönettiği veya katıldığı televizyon veya radyo programında eşine sataşan, faxla mesaj gönderen kimse, karşı tarafa verdiği rahatsızlıktan alıkoymaktadır.

e - Silahın zabıtaya teslimi:

(⁸⁵) Bu yorum, son hazırlanan Türk Ceza Kanunu Ön tasarısında kendisine yer verilmemek suretiyle önemli bir eksiklik olarak gördüğümüz “eşler arası tecavüz” suçuna da bir ölçüde çözüm getireceği için isabetle benimsenmelidir.

(⁸⁶) Genel anlamda malikin mülkiyeti terk iradesi için Bkz. Oğuzman-Selici. Eşya Hukuku. İst. 1992, s.422, 666; Esener-Güven Eşya Hukuku. Ank.1996, s.154, 248.

Eş e ait silah ve benzeri araçların zabıtaya teslimi de bu arada sayılan tedbirlerdendir. Silahlı olan eşin, eş başta olmak üzere diğer aile fertlerine zarar vermesi ihtimali karşısında öngörülen bu tedbir, sadece gerçekleşen değil, ileride gerçekleşebilecek bir zararı önleme amacı taşıdığından tedbir kavramı ile örtüşen anlamı bakımından isabetli görülmektedir.

f - Konuttan uzaklaştırma:

Alkollü veya uyuşturucu madde kullanan eşin ortak konuta gelmemesi veya bu maddeleri ortak konutta kullanmamasının sağlanması da alınabilecek tedbirlerdendir. Böylece, aile içi şiddet eylemlerini artırma eğilimi gösteren keyif verici maddelerin kullanımı önlenilecektir. Kanımızca burada sözü geçen alkol veya uyuşturucu kullanımının vesayeti gerektiren ayyaşlık, uyuşturucu bağımlılığı düzeyinde (MK.md.356) olmasına gerek yoktur. Zira her insanı zarar vermeye yatkın hale getiren sarhoşluk eşiği farklı olup, bir kimsenin çok az alkol ile dahi aile içi şiddet girişiminde bulunabileceği dikkatten kaçmamalıdır. Bu hallerin hacir için yeterli sayıldığı ve vesayete hükmolunduğu hallerde ise hakimin talep halinde önce 4320 sayılı Kanun hükmünü uygulaması usul ekonomisi gereği isabetli ve zorunlu görülmelidir.

g - Tedbir nafakası:

Hakim mağdurların yaşam düzeylerini göz önünde bulundurarak tedbir nafakasına da hükmeder (Md.1/IV). Tedbir nafakasına Md.1de sıralanan tedbirlerden sadece infak ve iaseyi icap ettiren hallerde karar verilir. Bu itibarla nafakanın sadece Md1/II b ile düzenlenen ve eşin müşterek evden uzaklaştırma ve evin diğer eş ve varsa çocuklara tahsisi halinde uygulanması mümkün görülecektir. Diğer tedbirlerin hiçbirinde müşterek hayatın tatili söz konusu olmadığından tedbir nafakasına hükmolünmesine gerek duyulmamalıdır. Tedbir nafakası koruma tedbirleri için öngörülen süre için hükmolünür. Bu süre 6 ayı geçmemelidir (Md.1/II).

h - Ceza:

4320 sayılı Kanununun 1.maddesi ile alınan koruma tedbiri kararlarına uymayan eş hakkında Sulh Ceza Mahkemesi'nde açılan kamu davası sonucunda, fiiline uygun düşen diğer cezalar saklı kalmak üzere eşe ayrıca 3 aydan 6 aya kadar hapis cezası verilir. Davada 3005 sayılı Meşhut Suçların Muhakeme Usulü Kanunu hükümleri uygulanır.

i - Diğer Tedbirler:

4320 sayılı Kanununun bizzat madde gerekçelerinden de anlaşılacağı üzere hakim kanunda sayılmayan tedbirlere hükmetmeye de yetkilidir. Örneğin, kusurlu eşin

işyerindeki amirine veya işverenine durumu haber verme bu tedbirler arasında sayılmaktadır⁽⁸⁷⁾.

SONUÇ

Toplumun temeli olarak kabul olunan aile (Ana.Md.41/I) taşıdığı hukuki anlam itibariyle, yani aile birliği sıfatıyla korunur. Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alması mükellefiyeti sosyal hakların başında gelmektedir. (Ana.Md.41/II). Bu nedenle devlet gerekli yasal tasarruflarda bulunmak suretiyle bu mükellefiyeti yerine getirmek yolunu tutmaktadır. Bu konuda çıkarılan genel ve özel nitelikli kanunların hepsinde bu sosyal amaç gözlemlenir. Nitekim Medeni Kanununun 161-163.maddeleri ile inceleme konumuz 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun da aynı ortak amacı edinmişlerdir.

Amaçları ortak olmakla beraber 4320 sayılı Kanun ile Medeni Kanun hükümleri arasındaki farklara bakıldığında, sadece aile içi şiddet olaylarını konu edinen 4320 sayılı Kanunun özel bir düzenleme olması itibariyle kendisine öncelikli bir uygulama olanağı tanınmaktadır.

4320 sayılı Kanununun 1.md.I.fikrasının son cümlesinde anlaşılacağı üzere kanun hakime tanıdığı geniş takdir yetkisi ile sadece bu kanun ile lafzen düzenlenenleri değil başkaca tedbirleri de alma olanağı tanımıştır. Hatta bu tedbirlerin MK.161-163.maddeleri ile düzenlenen tedbirleri de kapsayacak şekilde anlaşılması düşünülmelidir. Örneğin karı ve kocanın borçlularına borçlarını karıya ödemeleri konusunda emir verme yetkisi 4320 sayılı Kanun uyarınca talep ve takip edilebilmelidir. Şu halde MK.161-163.maddeleri ile düzenlenen tedbirlerin 4320 sayılı Kanunu tamamlayacak şekilde anlaşılması isabetli olmalıdır. Böylece inzibati ve cezai tedbirlerle de güçlendirilmiş bulunan 4320 sayılı Kanun sayesinde aile içi barış azami oranda sağlanmış olacaktır.

4320 sayılı Kanun bu hali ile diğer düzenlemelere kıyasla daha seri bir koruma olanağı sağlamıştır. Ancak Aile Hukukuna ilişkin hukuki çekişmelerin, kurulacak özel bir ihtisas mahkemesi niteliğindeki Aile Mahkemelerinde görülmesi esasına yer vermemiş olması kanımızca eleştiriye açıktır. Evli ve ailevi ilişkilerden anlayan, belli normatif özelliklere sahip hakimlerden oluşturulmasını uygun gördüğümüz Aile Mahkemeleri kurulmadıkça bu konuda çıkarılacak düzenlemelerle öngörülen tedbirlerin yöneldiği amacı sağlamaktan uzaklaşacağı ihtimali gözden uzak tutulmamalıdır. Bu itibarla bu tür tedbirlerin gerçek amacı doğrultusunda uygulanabilmesi için yargı usullerinde gerekli değişikliklerin yapılması ve özel ihtisas mahkemelerinin kurulması gerekmektedir. Uygulamada başarı sağlanmak isteniyorsa bu eksiklik giderilmelidir. Aksi takdirde pek çok kanunda olduğu gibi 4320 sayılı

(87) 4320 sayılı AKHK.nun genel ve madde gerekçeleri için Bkz. 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Uygulanması. Ank.1998, s.18-19.

Kanunda yürürlüğünü sürdürmesine rağmen uygulama olanağını kaybetmiş kanunlar sırasına girer. Oysa adil bir hukuk uygulaması ve hukuk sisteminin gerçekleşmesi onu sağlayacak ön koşulların yerine getirilmesine bağlıdır. Unutulmamalıdır ki onun gereği gibi uygulanabilmesi için gereken fiziki, maddi veya usuli önkoşullar gerçekleşmeksizin çıkarılan bir yasal düzenleme, alt yapısı olmaksızın inşa edilen binaya benzer, kısa sürede çöker veya kullanmaksızın terk edilir. Dileğim 4320 sayılı Kanun'un geleceği böyle olmaz.