

KOCANIN NAFKA MÜKELLEFIYETİ
VE
MAHKEME İÇTİHATLARI

Ord. Prof. Mustafa Reşit Belgesay

I

Medenî Kanununun karı koca nafakasına dair
hükümleri ve tatbikatı

Evine bakmıyan, çeşitli geçimsizlik sebepleri ihdas ettikten sonra evden kaçan, kocası tarafından evine dönmesi için yapılan mükerrer hususî davetlere lâkayıt kaldığı gibi, mahkeme vasıtasile resmen yapılan ihtar üzerine de dönmemekte ısrar eden karı, bir zaman sonra, boşanma dâvası açıp veya kocasının açmasını tahrik edip, dâvanın derdest olduğu müddetçe, verilecek boşanma hükmü kesinleşinceye kadar kocasından nafaka isteyip istiyemeyeceği sorulmaktadır.

I. Eski hukukta ve bazı garp hukukunda, her hal ve vaziyette koca karısını infak ve iâşe ile mükellef tutulmaktadır.

Medenî Kanun meriyete girince, kısa bir zaman mahkemeler kocanın karısına nafaka mükellefiyetinin şartlarında, ve şümulünde tereddüt etmişler, fakat daha ziyade, 152 nci maddenin itlâkına bakarak, eski sistemi muhafazaya temayül etmişlerdi. Yavaş yavaş Yargıtayda ve mahkemelerde, her hal ve vaziyette kocanın karısını infakla mükellef olduğu içtihadı yerleşti. Meselâ, II H 1933/1641 *Halis Sungur, Türk Kanunu Medenisi*, m. 161, altı..

Mahkeme ve Yargıtay kararlarında prensip münakaşa edilmeden, bir hukukî mütearife olarak, kocanın karısını besleme borcu kabul edilmektedir.

Yargıtay Umumî Heyeti, 25/10/1939 tarihinde ittifakla verdiği kararında, Adalet Der. 1940, 1008, «dâvacının başkasile münasebette bulunması yalnız boşanma sebebi teşkil edeceğine ve evlilik devam ettiği

müddetçe koca karısını infakla mükellef olmasına nazaran hususî dairenin bozma kararını» kanuna uygun görmüştür.

Yargıtay II H. 14/2/1944 kararile aynı prensibi teyid etmiştir. Bu kararda deniliyor ki: «*Evliliğin devamı müddetince içtimaî ve malî vaziyetine göre karının infakı kocaya ait ve 137 nci madde hükmünce de, karının infak ve iâşesi için münasip miktar nafaka takdiri muktazı olduğu halde talep olunan tedbir nafakasının bazı mütalâat ve yalnız kocanın kabul ettiği veçhile takdir edilmesi»* kanuna muhaliftir. *K. Tepcci, Notlu ve İzahlı Türk Kanunu Medenisi*, m. 152, altı. Asliye mahkemesi bozulan kararında, evi terk eden karı refah içinde olması itibarile, kocası aleyhine onun sadece sembolik mahiyette razı olduğu ayda on lira nafakayı kabul etmiş, bozma üzerine de, kararında ısrar etmiş idi.

II. Eski hükümleri tefsir yolu ile yeni kanuna intibak ettirmek ideal hukuk bakımından ne derece doğrudur? Meseleyi III no. lu paragrafta münakaşa ediyoruz. Burada, her şeyden evvel, şu noktayı tebarüz ettirelim ki, eski hukukun nafaka hükmü, diğer hükümlerine uygun, bu bakımdan lojik, hiç olmazsa mahzurdan salimdi. Çünkü, İmami Alî'den nakledildiğine göre, evin bütün işi ve idaresi kadına ait idi. Onun bu yüküne mukabil kocasının iâşe mükellefiyeti gayet tabîi ve son derece âdildi. Karı eve bakmaz, hele evden kaçarsa *naşize* sıfatını alırdı.. Koca vazifesini ihmal etmekte olan *naşize* karısına hiç bir nafaka vermekle mükellef tutulamazdı. Nihayet, koca ona iki şahit önünde «boşadım» diyerek evliliğe bir anda son verip 3 aylık nafaka ile çıkmazdan kurtulurdu. Halen ise, evden kaçan karı aleyhine açılacak boşanma dâvası, karının mümkün olduğu kadar fazla nafaka alabilmek için başvurduğu vasıtalara göre yıllarca sürmekte olduğundan, bundan başka da boşandıktan sonra ona bir yıl kadar yoksulluk nafakası adile bir para da verilmek lâzım gelebileceğinden, eski hukuk hükümlerinin şartlar çok değişik olması itibarile yeni hukukta tatbiki rasyonel olamaz. Eskiden farklı olarak, izah ettiğimiz durumda kocanın karısını infak borcunu karşılayan hiç bir sebep yoktur.

III. Medenî Kanununun karı koca arası nafakaya dair hükümleri, *Türk Kanunu Medenisi Şerhimin* 1950 tabı, 151 - 152 nci maddeleri altında No. 18 de işaret ettiğim gibi, hakikaten oldukça karışık, hiç olmazsa, öyle görünmekte ve her halde tefsire muhtaç bulunmaktadır.

Tanınmış İsviçre müellifi Zürih Üniversitesi profesörlerinden *Egger*, Medenî Kanun şerhinde, (Tahir Çağa tercümesi) modern hukukta karı koca arası yardım ve infak mükellefiyeti karşılıklı olarak kabul edilmekte olduğunu, fakat İsviçre hukukunda eşler arası mûsavat bulunmadığı

noktasından yürüyerek, bizce çok hatalı olan ve Medenî Kanununun ruh ve ekonomisine uymıyan neticelere varmaktadır.

Bu müellife göre, nafaka mükellefiyeti «haddi zatında kocanın tediye kabiliyetine» bile tâbi olmayıp «malik bulunduğu veya » hattâ «münasip *veçhile çalışsa idi malik olacağı gelir ile* mütenasıptir. Onun karıyı iâşeye yeter geliri olmadığı takdirde ise *serveti harcanmak lâzımdır*. Binaenaleyh neticede koca zevkine uygun iş bulamaz, hâkim sosyal telâkkisine göre onun uzak yerlerde yapabileceği bir meşguliyet tasarlarsa seçtiği bilirkişilerin hiç bir ölçüye sığmayan, şahsî temayüllerine ve indî takdîrine göre tayin edecekleri miktarı esas tutarak nafakaya hükmedebilecek, bir kaç yüz lira sermayesile geçinmeğe çalışan koca bunu bir kaç günlük nafaka için harcayarak kazanç vasıtasından büsbütün mahrum edilebilecektir. Mahkemenin takdir ettiği ve avukat ücreti, muhakeme ve icra masraflarile çok yükselebilen nafakayı ödemededen âciz olan koca Türk İcra ve İflâs Kanunu hükmünce m. 344 hapis dahi edilebileceğinden ve hapisten çıktıktan sonra da işliyecek nafakayı ödeyemezse tekrar hapis olunabileceğinden, bu müellifin Tahir Çağa tarafından nakil edilen içtihatları kat'î bir hukuk kaidesi olarak kabul edilirse, koca, karı insafa gelinceye, veyahut izini kayıp edinceye kadar (çok kere bu sonuncu ihtimal tahakkuk edecektir) hapiste yatacaktır.

Türkiyede kocanın karıya karşı ağır nafaka mükellefiyeti aile menfaatlarını siyanet için zarurî olduğu kanaatı hemen umumîdir. Evlenmenin gayesi karı veya kocanın eşi hapisanede yattığı müddetçe serbest yaşamasını değil, haklı bir sebeple olsa bile onu hapisten kurtarmasını istilzam ettiği hiç te düşünülüyor.

Egger'e göre kocanın karıya vermeğe mecbur olduğu nafakanın muhteva ve şümulü de çok geniştir. O karının «manevî ve içtimai ihtiyaçlarını», tatmine evvelki kocasından çocuklarını infaka mecburdur. Karı koca arası nafaka, usul ve fûru «nafakasından farklı olarak bütün hayati ihtiyaçları ihtiva eder». Hattâ karıya «şahsî ihtiyaçları için cep harçlığı verilmesi de» nafakanın muhtevasındandır. Tahir Çağa tercümesi, s. 293.

Egger, nafaka mükellefiyeti karı koca arasında cari malların idaresi usulüne tâbi olmadığı mülâhazasındadır. Kocanın gelirini tesbit mümkün olmazsa bilfiil sürmekte olduğu hayat esas tutularak nafaka tayin olunmak gerektir. Nafakanın takdirinde zaruret hali müstesna, karının evlenmeden evvelki yaşama şartları esastır.

Bu tefsir, nice hallerde koca için evliliği çekilmez hale getirebilir. Yeter para kazanmıyan koca sıkıntı içinde iken karısının manevî ihtiyaç sayılabilen zevki, veyahut sosyete ihtiyaçları için de para yetiştirmeye, bu sebeple bir kat daha sıkılmağa mecbur tutulursa, karı eskiden ne derece

refah içinde olduğunu isbat için çok miktarda şahit getirecek, evlenme zenginlerin bir imtiyazı olacak, zengin de evlendikten sonra işleri ters gidince boşanmadan başka halâs çaresi bulamayacaktır. Bugün boşanmaların hayret verici miktarının başlıca sebeplerinden biri kocanın, karının bir türlü sonu gelmiyen ihtiyaçları karşısında aczidir.

Ne, koca, kendine nafaka namı altında miktarı gayrimuayyen aylıkla bir hizmetçi veya metres bulmak için evlenmiştir, ne de karı böyle bir maksatla ailesini terkederek evlenmiştir. Evlenme erkek ve kadının kader ortaklığı yapmasıdır. Evlilik hayatında, karı kocadan her biri müşterek menfaatlarının icap ettirdiği şeylerden iş bölümü ile kendi hissesine düşenleri yapmak sayesinde saadet ve bahtiyarlığa kavuşabilir. Birinin paraziter vaziyette yaşaması şerefli olmaz.

Medenî Kanununun 152 nci maddesinden kocanın karısının manevî ihtiyaç diye, sinema, balo gibi ihtiyaçlarını da temine mecbur olduğu mânasını çıkarmak lojik midir ? bilmiyoruz. Her halde, lojikte bu derece ifrat, hiç te lojik olmıyan neticeler verir. Hukuk kaidelerinin metinlerinin hat aşırı lojik esaslarla tefsiri bu kaidelerin hayata intibak kabiliyetini büsbütün kaldırır.

Egger, görüşünü kabul eden bir mahkeme kararı zikretmemektedir. Biz, İsviçre Fed. mahkemenin aksi kanaatta olduğunu sanıyoruz. Gelen paragrafa bakınız.

İsviçrede gene büyük bir otorite olan Prof. Rossel, aksi tez olarak, diyor ki, her ne kadar 160 ıncı maddenin son fıkrasında çocukların iâşesi kocaya ait olduğu yazılı ise de bu vazife karı ve kocanın her ikisine ait olduğu şüphesizdir. Bu iâşe evlenmenin külfeti olup aralarında kabul ettikleri rejimin icaplarına göre paylaşılır. 160 ıncı maddenin son fıkrası karının aile masraflarını ödemededen âciz olan kocasına karşı nafaka mükellefiyetini kaldırdığı mânasına asla gelmez. No. 411.

IV. Medenî Kanununun 152 nci madde ile kocaya yüklediği borç onun şahsî değil, aile birliği reisi sıfatiyle borcudur. Bu madde kocayı karısına nafaka vermekle değil, onu münasip göreceği tarzda iâşe ile mükellef tutmaktadır. Bu maddeye göre, evin intihabı da kocaya ait olduğundan o, karısının nerede oturacağını tayin eder.

Koca karı ve çocukları aynen infak ve iâşe borcunu ifa etmezse, karı hâkimin müdahalesini isteyebilir. Hâkim bu halde aile birliğini korumak için kanunda yazılı, oldukça ağır ve tesirli, tedbirleri alabilir. Hâkimin alabileceği, ilk tesirli tedbir, tehdidi tazammun eden bir ihtardır. Koca bu ihtara kulak vermez, karı da âkil, tedbirli olup evi ve kocasını iyi idare edeceği kanaatini verirse hâkim kocasının, hattâ tekmil gelirin

karıya verilmesini de emir edebilir. Fakat, karı bu iradı eve sarfedecek, kocasına münasip cep harçlığı verecek yerde, tuvaleti, hususî sosyal münasebetleri için fazlaca para ayırırsa, hâkim tedbirini kaldırır.

Hâkimin bu geniş salâhiyeti, kocanın gelirinin yalnız ev masrafına tekabül edecek bir miktarının karı tarafından alınmasına karar verebilmesini de iktiza eder. Bu esasın rasyonel tatbiki kocanın meyhane, veya diğer eğlence yerlerinde kendi için de felâket olan sefahet hayatı sürmesini önler. Yoksa, kanun bu hükmü, aile içinde yalnız kendini düşünen kadının hâkimiyet ve diktatörlüğünü kurmak için kabul etmiş değildir.

Karı koca fiilen ayrı yaşamakta olup, aralarında birlik bulunmaktaki ise, kanunun 152 nci maddesinde yazılı olan değil, diğer maddelerinde yazılı hükümlerin tatbiki gerekir.

Eşler ayrı yaşamaları halinde ne karının eve bakmak, kocasını hastalığı veya kederli zamanlarında teselli etmek gibi, müzaheretin gerektirdiği borçları ifa etmesi, ne de, kocanın karısını münasibi veçhile aynen iâşe vazifesini ifa etmesi mümkün olur. Kocanın ayrı yaşamada haklı olan karısına mesken intihap etmek salâhiyeti de kabul edilemez; karı oturacağı yeri kendisi tayin eder. Binaenaleyh, mesele, kocasının ayrı yaşayan karısına iâşe ve iskânı için lüzumlu olan parayı vermeğe mecbur tutulup tutulamıyacağıdır.

Mal birliği ve ortaklığı rejiminde, koca karısının mallarının gelirini temellük ettiğinden, aralarında usul mal ayrılığına çevrilerek karı gelinine el koymamış, ve aralarında başka suretle de anlaşma yoksa, boşanma dâvası devam ettiği bütün zaman içinde koca, yalnız karısını değil, hattâ, evine kabul ederek ailesi efradı arasına aldığı üvey çocuklarını, kaynanasını da gelirin müsaade hududu içinde, sosyal vaziyetine uygun olarak iâşe ve iskân için lüzumlu parayı ödemeğe mecbur tutulabilir. İsviçre Fed. mahkeme kararı, 9 Nisan 1946, Türk Kanunu Medenisi şerhimizde 1950 tab'ı, m. 152, No. 13 ve Hukuk Gazetesinde (No. 69/7) analiz edilmiştir.

Yargıtay 18/9/1947 kararında, kocanın karısının çocuklarını infak mükellefiyetine temas ederek diyor ki: koca bu çocukları, «nafakası üzerine lâzım gelenler tarafından temin edilmek üzere, evine kabule mecbur» dur. İçtihatlar külliyyatı [*], No. 60. - Fakat, çokluk bu çocukları, infak ile yüklü, yalnız anaları bulunacaktır. Binaenaleyh, ana zamanını ev işlerine, ve ailesine tahsis etmiş ise koca onun çocuklarına da bakmak mecburiyeti Yargıtayın içtihadına uygun olduğu iddia edilebilir.

[*] Prof. Dr. Ferit H. Saymen, Doç. Dr. Sâhîr Erman ve Doç. Dr. Halit Kemal Elbir; Türk İçtihatlar Külliyyatı, İsmail Akgün Matbaası.

Türkiyede kanunî olan karı koca arası mal ayrılığı rejiminde kocanın karısını besleme mükellefiyeti mutlak değildir. İsviçre kanunu gibi, Türk Medenî Kanunu da mal ayrılığına tâbi eşlerin aile masraflarına bir nisbet dahilinde iştirak etmesini kabul etmektedir. Eşler aralarında bu nisbeti serbestçe tayin ederler. İttifak edemezlerse, nisbet, her birinin aile içindeki hususî masrafları gözetilerek hâkim tarafından tayin olunur. m. 190. Binaenaleyh, mal ayrılığı usulünde, karı koca birlikte yaşadıkları müddetçe, koca karısından alabileceği iştirak hissesini kendinkine katarak bütün ailenin iâşe ve iskânını temin eder.

Hâkim karı kocadan her birinin aile masrafına iştirak hissesini tayin ederken, hususî masraflarını gözönünde tutar. Kayın anası yanına iç güveysi gelen, üvey çocukları olan koca, kariya nisbet daha az masrafa iştirak ettirilmek gerekir. Keza, koca sakin bir hayat yaşamasını tercih etmişken, karının fazla misafirlerini ağırlamak, veya balo ve sair davetlere gidebilmesi için, veyahut muhitinin icabından olarak hususî masraflar yapılmakta ise, masrafa iştirak hissesi az olacaktır. Bilâkis, kocanın meslekî faaliyeti, veya ailevî münasebetleri fazla masraf ihtiyarını gerektirmekte ise daha fazla iştirak hissesi ödemesi gerekir. Fakat karı ve kocadan birinin fazla hususî masrafı yoksa, aile masrafı aralarında mûsavi olarak paylaşılmalıdır. Karı evde çalışarak kocasının ve ailenin hizmet ihtiyaçlarını karşılamakta olup bu meşguliyeti de bütün zamanını almakta, çok misafiri olmak gibi sebeplerle hususî masrafı da yoksa bu hizmeti aile masraflarına iştirak hissesini karşılar, onu aynen ödemiş sayılarak artık bütün masraflar kocaya yüklenmek gerekir.

Şu var ki, Medenî Kanun, m. 151, karı kocayı birbirine müzaheretle mükellef tuttuğu için biri ihtiyaç içinde ise, diğeri bütün gücü ile ona, yardıma mecburdur; bu mecburiyet icabında birbirini infak ve iâşe mecburiyetini de istilzam eder. Meselâ, sağlam bünyeli karı da bir meslek tutarak, çalışarak, çalışamıyacak durumda olan kocasını iâşeye mecbur edilebilir.

İsviçre Fed. Mahkeme 30 Mayıs 1947 JdT. 1947 578 (Z. G. es. aile hukuku, s. 118) kararında, yukarıda izah ettiğimiz esastan yürüyerek, karının aile masrafına iştirak borcu kocanın geliri yeter olmaması şartına tâbi olmadığını, icabında geliri mûsait olan koca da karısını aile masrafına iştirake zorlayabileceğini tebarüz ettirmiştir. Karı hususî masrafları kocasınıninkine nisbet fazla bulunması, bütün vaktini ev işlerine tahsis etmiyerek hariçte de çalışması veya başkaca geliri olması halinde bu kararın adalete uygunluğu barizdir.

Federal Mahkemenin bu kararına göre, kanunî rejimle evlenmiş olan (İsviçrede mal birliği) karının aile masrafına iştirak borcu, kocasının temellük ettiği mallarının geliri ile karşılanmak gerekirse de, bu gelir iştirak hissesini karşılamaması hâlinde o eksikliğini tamamlamağa mecburdur. Koca MK. 160 (152) inci maddeye göre karısını ve çocuklarını münasibi veçhile beslemeğe mecbur olmakla beraber, karı da aile birliği için koca tarafından yapılacak masrafa 192 (190) inci madde hükmünce iştirake mecburdur.

Hâdisede karı 160 (152) inci maddenin sarahatı karşısında, 192 (184 ve 190) madde ancak kocanın geliri aileyi geçindirmeye kifayet etmemesi halinde tatbik olunarak nafaka ile mükellef tutulabileceğini, evde meşgul olduğu ve iâşeden gayri kendi masraflarını kendi yaptığı için masrafa iştirake zorlanamayacağını iddia etmiştir.

Karı ve kocadan her ikisi de çok zengindir. Koca evvelce bir matbaa işletmekte iken hastalanmış, hacir edilerek bir vasi tayin edilmiştir. Karı müdür sıfatıyla matbaayı idare ediyordu. Vasi karıdan birlik masrafına iştirak hissesi vermesini dâva etmişti.

V. Karı koca beraber yaşamak, iyi geçinmek saadetine mazharsalar her biri tabii bir his ile kendinden fazla eşini düşündüğünden, hâkimin müdahalesini istemeyecekleri tabiidir. Karı koca aralarında gelirlerinin yetmemesi, veya diğer her hangi bir sebeple geçimsizlik başlayarak, birbirinden ayrı yaşamağa karar vermeleri, bilhassa boşanma dâvası açılması halinde kocanın iskân ve iâşe mükellefiyeti mesele teşkil eder.

Türkiyede içtihatlarla göre, koca, karısının, leh veya aleyhinde olarak boşanma dâvası bir kere başladıktan sonra, verilecek hüküm kesinleşinceye kadar karısına şahsî geliri ve karşılıklı hususî vaziyeti ne olursa olsun seçilen bilirkişilerin ezberden, hiç bir hukukî esasa dayanmadan şahsî temayül ve hislerine göre ağızlarından çıkan miktar esas tutularak takdir olunacak bir nafaka vermekle mükelleftir. Yargıtay II. H. 19-9-1950 Y. II H. 7-10-1949 (Türk İctihatlar Külliyyatı, 1950, No. 70).

Bu son kararda deniliyor ki :

«Nafaka takdir olunan kimsenin sefalet ve zarurete maruz bırakılmaması gibi bir mülâhazadan mülhem bulunmasına göre hâdisede boşanmaya müteallik bulunan *hüküm kesinleşinceye kadar*, devamı lâzım» dır.

Bununla beraber, Yargıtay bildiğimize göre münferit kalan 19-9-1950 kararında, (aynı külliyyat, No. 57), evvelki kararların şiddetini azaltarak takdir olunan nafakanın boşanma tarihine kadar muteber olup kararın kesinleşmesine kadar işlemeyeceğini kabul etmiştir.

Medenî Kanun 152 nci maddenin metninden, koca boşanma dâvası derdest bulunduğu zaman içinde karısına mutlaka nafaka vermiye mecbur olduğu mânası çıkarılamaz. Kocanın, evlenme ile her hal ve vaziyette karısını besleme mükellefiyetini üzerine aldığı farzetmek için sosyal bir sebep yoktur. Nice yaşlı zengin kadınların şahısları himaye, servetleri idare edilmesi gayesile, henüz tahsil çağında, geliri az veya hiç olan gençlerle evlendikleri vakidir. Zenginlerin ahlâk ve bilgilerini takdir ettikleri parasız damadı tercih etmeleri de az değildir.

Binaenaleyh, kocanın her halde karısını besleme mecburiyetini kabul âdil olmadığı gibi, sosyal bakımdan da tehlikeli vaziyetlere sebep olabilir.

Kocasından uzakta kendi geliri ile zevkli ve refahlı hayat süren karının, çalışmakla hayatını kazanan, sıkıntı içinde yaşayan kocasını bir kat daha sıkmak, üzme için nafaka istemesini her halde selim akıl haklı bulmaz. Teamülen, böyle bir halde kocanın karıyı infak mecburiyetini kabul kadın ahlâkının bozulmasında, aileler arası geçimsizliklerin çoğalmasında başlıca bir âmil olmaktadır.

Kocadan nafaka alarak kayıtsız, eğlenceli bir hayat yaşamak için boşanma dâvası açan, kabahati de kocasına yüklemek için el altından türlü geçimsizlik sebepleri ihdas eden, boşanma dâvasını, gülünç müdafaa sebeplerinin tahkikini istiyerek uzatan karılar az değildir.

Bütün medenî münasebetlerde hakkın suiistimalini yasak ederek hüsnüniyeti kaide kabul eden Medenî Kanununun zikir ettiğimiz neticeleri haklı gösteren bir hüküm koyduğu farzedilemez.

Medenî Kanununun eşler arasında boşanma dâvası veya fiili ayrılık halinde birbirine karşı hak ve vazifelerini tanzim eden hükümleri şunlardır:

MK. 157 nci maddeye göre hâkim boşanma dâvasını müteakip lâzım gelen, bilhassa karının iskân ve infakına müteallik muvakkat tedbirleri ittihaz eder. Fakat, bu hüküm bütün dâva müddetince kocanın karısına nafaka vermesini tazammun etmez. Bu madde 162 nci maddenin son fıkrası ile tamamlanmalıdır.

162 nci madde hükmüne göre, karı koca haklı bir sebeple, fiilen birbirinden ayrı yaşıyorlarsa, hâkim hangisinin hangisine iâşesi için ne miktar muavenette bulunması gerektiğini tayin eder. Beraberce yaşayan, mal ve gelirlerini birleştirmiş olan eşler aralarında boşanma sebebi hadis olması yüzünden ayrı yaşama zarureti hasıl olmuşsa, karşılıklı vaziyetlerine göre, muvakkat ve kısa bir zaman için iâşe ve iskânlarının icabet-tirdiği tedbirler hâkim tarafından alınması ihtiyaç vaziyetine uygundur. Fakat, hâkimin bu tedbirleri sırf karının menfaati için ittihaz edip koca-

nın menfaati ile meşgul olmaması, onu kaldıramıyacağı bir yük altına sokması kanun metnine olduğu kadar, ruhuna da aykırı olur. Kanuna göre karı koca haklı bir sebeple ayrı yaşamak ıstırasında kalınca, hâkim kocanın değil, hangi tarafın diğerine, nafaka değil, bir yardım parası vermesi lâzım geldiğini tayin eder. Meselâ, karı tarafından aleyhine boşanma dâvası açılarak evden kovulan, o vakte kadar zamanını kayın pederinin, karısının işlerine tahsis etmiş olan koca, kendine bir iş buluncaya kadar, geliri, veya imkânları müsait olan karısından bir yardım parası alması âdildir. Keza, bütün zamanını evine hasrederek hariçte çalışmayan ve başkaca geliri olmıyan karı da muvakkat ve kısa bir zaman için kocasından yardım istemede haklıdır. O sadece gıda ihtiyacı için aylık nafaka değil, hattâ münasibi veçhile bir oda döşemesi için evden bir miktar eşya, (yatak takımı, kanape, mutbak levazımı) da istiyebilir.

Ayrı yaşayan eşler arası yardım, ayrı yaşamanın hasil ettiği zaruret ilcasile kabul edildiği için, tekmil dâva müddetine teşmil edilemez. Karı kaçmış, vaki ihtara rağmen, evine dönmemiş ise âcil bir ihtiyaç içinde olduğu kabul edilmeyeceğinden ona taşınma parası, peşin ev kirası verilemez. O kaçtığı yerde edebildiği kadar kendini idare eder. Karı boşandıktan sonra yeni bir koca buluncaya kadar nasıl geçinmesini düşünüyorsa, boşanma dâvasının devamınca da öylece geçinmek, çalışmak, hayatını kazanmak gerektir. Koca karısını sanat icrasından men ederse o vakit karısına geniş ölçüde nafaka vermeğe mahkûm edilebilir. Hâkim karının derhal bir iş bulup bulamıyacağını, kendisine fiilen bakacak veya hukuken nafaka ile mükellef bir yakını olup olmadığını, bilhassa kendine az çok atıf olunabilecek sebeplerin tesirleri ile mi, yoksa kocanın tahammül edilmez durumlar ihdas etmesi yüzünden mi evi terk ederek, boşanma dâvası açmağa mecbur kaldığını, sığındığı yerde vaziyetini tanzim edeceği zamana kadar kalıp kalamıyacağını taşınma için hattâ peşin ödenmesi zarurî olan kirayı nazara alarak ona nihayet bir kaç ay geçim için götürü bir yardım parası verilmesini kabul etmek gerekir.

II

Mahkeme içtihatlarının hukuk kaynağı oluşu bakımından değeri

VI. Her hal ve vaziyette, kocanın karısını infak borcu mahkeme içtihatları ile taammül haline geldiği için artık kat'î bir hukuk kaidesi sayılabilir mi ?

Medenî Kanun 1 inci maddede kanunda sarahat olmıyan hâdiselerde teamülû hukukun bir kaynağı saymıştır. Teamül ise daha ziyade mahkeme içtihatları ile teessüs eder. Yahut içtihatlar onun varlığını tesbit eder. Hâkim teamül olmıyan hallerde de kanunun boşluğunu doldurmak için benzeri hâdiselerde evvelce verilmiş mahkeme kararlarını gözönünde tutmak gerekir. Şu kadar ki, hâkim, kanunu tefsir veya, teamülû tesbit ederken veya teamüle esas olabilecek ilk kararı verirken müelliflerin fikir ve kanaatlarını da nazara almağa mecburdur.

Kanunun hükmü tefsir edilerek muayyen bir neticeye varılabildiği hallerde hâkim teamül ile değil, kanunun ruhunu araştırarak ona göre hüküm vermek mecburiyetindedir. Kanunun ruhunu tayin için de doktrinal tefsirlere, içtihatlara dayanan teamül esas tutulursa da hâkim bu içtihat ve emsal kararların esiri olmamak gerekir.

Bu mesele üzerinde çeşitli fırsatla yürüttüğümüz mütalâayı, ifade değişikliği ile ve bir az daha derinleştirerek, sosyal bakımdan değişmesini temenni ettiğimiz kökleşmiş diyebileceğimiz kocanın her vaziyette karısını besleme borcuna dair içtihatlar münasebetile tekrarlıyoruz.

İlk mahkemeler, ve Yargıtay istikrar bulmuş içtihatları, hattâ sadece emsal kararları esas tutarak hüküm vermeyi itiyad etmelerinin sebepleri çeşitlidir. Bu itiyadın teessüsünde fayda da, mahzur da bulunduğu için sebeplerini analiz etmek faydalıdır.

a) İlk hâkimler, Yargıtayın içtihadına uygun olmayan kararları temyizen bozulması ihtimali çokluğundan, ve Yargıtay onlara her kararı münasebetile not vermekte olup bu notlar terfilerinde esas olduğundan, tabii bir sevkle taraf avukatının önüne çıkardığı Yargıtay içtihadını bir kanun hükmü gibi, kritik etmeden, kabul etmektedirler.

b) Hâkim vereceği hükümde evvelki bir emsal karara istinad edebilirse fazla çalışmaya mecbur kalmaz. O her meselede hukukun esaslarını, teamülû, itiyadları, leh ve aleyhte olan menfaat ve adâlet mülâhazalarını yeni baştan düşünmek lâzım gelse, vazifeleri hayli güçleşir. Hâkim bazı etüdler neticesinde, muayyen bir meselede muayyen bir kanaate vardıktan sonra, benzeri hâdiselerde yeni bir etüde lüzum görmeden aynı kanaati tabii olarak esas tutar, diğer mahkemelerin, hususiyle Yargıtayın etüdlerinden de aynı sebeple faydalanır. İnsan her gün tekrar olunan benzer işlerde umumi itiyadlara göre hareket etmekle düşünme külfetinden kurtulur.

Hâkimlerin emsal kararları örnek tutarak hüküm vermelerinde bu iki sebebin oynadığı rol kat'i değildir. Her halde fazla büyütülmektedir.

Gerçekten, hâkimlerin ve avukatların iddia konusu olan hâdiseye tamamı tamamına uyan emsal karar arayıp bulmaları, bazen mesele üzerinde doktrinal mülâhazaları araştırmaktan daha kolay değildir. Yargıtayın her yıl verdiği aşağı yukarı 100.000 kararın hepsi neşir edilmediği gibi, bunları neşir eden bir çok dergileri her mesele münasebetile karıştırarak meseleye tetabuk eden son kararı bulmak, çok kere dememek için, bazen diyelim, tesadüfidir. Bir kararı ilk mahkemenin hükmünden sonra bulabilen avukat bu buluşu ile hüküm bozulması üzerine hesap edebilir.

İngilterede, hâkimler emsal kararlara istinad ettikleri için bazı kararları 80 - 90 sahife tutmaktadır. Emsal kararlar hükmün istinafi veya temyizi sırasında ele geçirilebildiği takdirde, daha önce bir hayli karar toplamış olan hasım avukatının da, evvelce toplanmış kararları uzun sahifelerle incelemiş olan hâkimin de mesaisi boşa gidiyor.

Emsal karar esası yürüdüğü yerlerde hukuk, bir ilim olmaktan çıkarak, eski kararları bulabilmek sanatı olur.

Yargıtayın bir çok meselelerde içtihatları mütenakızdır. Meselâ, kocanın boşanma dâvası derdestken karısına nafaka borcu boşanma kararına kadar mı, yoksa hüküm kesinleşinceye kadar mı devam edeceğine dair Yargıtayın bir içtihadı ya evvelkile mütenakızdır, yahutta müstakar bir içtihadın değişmesidir. Belki, bizim tesadüf edemediğimiz diğer bir kararla eski içtihadı avdet edilmiştir.

Sonra, Yargıtayın mütenakız gibi görünen bir hayli kararları arasında tenakuz, hâdiselerin hususiyetleri incelenirse kalkıyor. Her iki mütenakız hüküm de hâdiselerin hususî vaziyetlerin ışığı altında incelenmek şartile doğru görülebilir.

Hâkimlerin Yargıtay kararına uymamaları halinde not kayıp etmekten endişeleri de fazla büyütülmektedir. Çünkü, tadil edilmiş olan, Hâkimler Kanununa göre hâkimin terfiinde esas olan, artık kararının Yargıtayca tasdik veya bozma arasındaki nisbeti değil, istinat ettiği gerekçeler bakımından, alacağı notlardır. Yargıtay ilk hâkimin kararını tasdik ettiği halde ona orta not verdiği vakidir.

Kısaca, emsal karar toplamak avukat için zannedildiği kadar kolay bir iş olmadığı gibi, dâvayı kazanması için bir garanti de değildir. Binaenaleyh, içtihatların hukukun kaynağı olması bakımından ne derece kıymeti olabileceğini, yani, gerek ilk mahkemenin ve gerek Yargıtayın evvelce ittihaz ettiği kararın tesiri altında bulunması rasyonel olup olmadığını teorik bakımdan incelemek icap eder.

İlmî bakımdan, hâkimlerin emsal kararlarına göre hüküm vermelelerinin mahzuru, hukuku dondurması, terakkilere engel olmasıdır. Hâkim-

ler bir kanun maddesini, tatbiki istenen hâdiselerin hususiyetlerinin tesiri altında adalete uygun düşebilecek surette tefsir ederler. Yıllarca sonra bir içtihadı, şeraiti tamamı tamamına aynı olmıyan diğer bir hâdisede, veyahut hatası anlaşılmış iken şartları aynı olan bir hâdisede esas tutmak mecburiyeti hukukun temel umdeleri olan adalete, menfaat vaziyetine uygun hüküm verilmesine engel olur.

Londra Üniversitesi Sosyoloji Profesörü Edvard. Vestermarch *L'origine et développement des idées morales* kitabında diyor ki, bir vaziyetin iyi, kötü, mecburî, mübah olması, ilâve edelim, kanun hükmünün mâna ve şumulü hakkındaki fikir ve kanaatler nesilden nesile intikal eder. Umumiyetle bir ahlâki kanaat, fayda ve mahzuru üzerinde fikir yürütülmeden kabul edilir. Aydın bir adamın düşünerek, mantıksızlığını anladığı bu kanaatlar asıl kaynağında nihayet bir kişinin zamana göre tabii ve şahsi bir hissidir.

Fakat, emsal kararlar esas tutularak hüküm verilmesinin hususî bazı faydaları da inkâr edilemez:

a) Her meselede yeniden ve evvelki etüdlerden faydalanmadan hüküm verilmesi sisteminde de hukuk bir türlü ilerlemiyen bir ilim branşı kahr. Hukuk her yıl dikilip meyvesi olmadan baltalanan ağaçtan farklı olmaz.

b) Emsal kararlara uygun karar verilmesi hâkimlerin bitaraflığını temin ettiği de iddia olunmuştur. İngilterede bu mülâhaza, sistemin muhafazasında başlıca âmil olmaktadır.

Doğrusu, emsal karar sisteminin en ciddi görünen faydası belki hakikaten budur. Emsal kararlara uygun karar vermek suretile, hâkimler şahsa göre indî bir esas koymak töhmetinden kurtulur, herkese müsavi muamele yapmış olurlar.

Mecelle mazbatasında, hâkimleri halkın, «mürafaaları istedikleri kalıba» soktukları ithamından kurtarmak için hukukun herkesce anlaşılır kaidelere bağlanarak bir çok içtihatlar arasında hâdiseye en uygun olanı tercih hususundaki serbestileri tahdit edilmesindeki zarureti tebarüz ettirmiştir.

Halk hukuki durumlarda istikrar ister, evvelce aynı vaziyette verilmiş bir kararı esas tutarak işini tanzim etmek ister. Emsal karar sistemi, bir kanun gibi, onlara bu emniyeti verir. Başka bir deyişle, haklarda emniyet bakımından, kanun sisteminin rolü ne ise emsal karar sisteminin de bir derece olsun rolü odur.

Emsal karar sistemi lehine ileri sürülen bu fayda da büyütmiye değmez. Şöyle ki; kararların pek çoğu yukarda yazdığımız gibi, hâdiselerin hususiyetleri ile izah olunduğundan, bir emsal karar esas tutulabilmek için evvelâ yürüdüğü prensibi çıkarmak lâzım gelecektir ki hiç te halk için kolay değildir. Hele, Yargıtayın bir hayli kararları yeter mucib sebebe dayanmadığından bir karardan herkesin çıkarabileceği prensip aynı olacağı şüphelidir.

Hâkim pek vazih bir kararı bile emsal alırken dolanbaçlı yollardan giderek tarafgirane bir hüküm verebileceği için, emsal karar sistemile indî kararlar verilmesi önlenebileceği bir az nazarı kalır.

Yargıtay günün birinde hâdiselerin zorlayıcı tesirile, üzerine hesap edilmekte olan müstakar bir içtihadını değiştirmesi gerekirse bu anı değişmeden bazı ilgililer hakikaten zor vaziyette kalırlar. Bu değişme adeta makabline şamil bir kanun tesirini yapar. Halbuki evvelki bir içtihadı güvenmemiş olanlar işlerinde daha fazla ihtiyat ederek kendilerini bu muhtemel değişmeğe karşı koruyabilirler

VII. Emsal karar sisteminin leh ve aleyhinde mülâhazalar ciddidir. Rasyonel olan ortalama bir sistemdir.

Hâkim nizalı hâdiseler şartlarına uygun olarak evvelki bir hâdisede verilmiş emsal karar gözü önünde bulunuyorsa, esbabı mucibelerini, ona muhalif kararları, bilhassa müelliflerin bu kararlar münasebetile yürüttükleri mütalâaları inceledikten sonra bu karar bir hukuk kaidesi olup olmayacağını tayin etmelidir. Bir kararın doğru olduğuna, mucip sebepleri, salâhiyetli bilgilerin mütalâasile kanaat edinen hâkim artık bu kararı teyid eden veya ona aykırı olan bütün kararları aramakla vakit geçirmemelidir.

Avukatın vazifesi üzerine aldığı dâvayı kazanmak için çok sayıda karar bulmaktan ziyade, bulabildiği bazı kararların, doktrine dayanarak, müdafaa ettiği hâdiseye uygunluğunu tebarüz ettirerek kuvvetlendirmek ve aleyhte olanları çürütmektir. Avukat bir hâdisede aleyhte ibraz olunan bir içtihadı çürütmek için doktrinin icaplarını etüde vakti yoksa ilmi salâhiyeti bulunmazsa, salâhiyeti ile tanınmış müşavir bir avukattan mütalâa alarak onun otoritesine dayanmak gerekir.

Tekerrür eden hâdiseler münasebetile, emsal kararların kıymetleri doktrine dayanarak tebarüz ettirilmesi sayesinde hukuk ilmi mütemediyen ilerler, bu ilerlemeler hukukun son gayesi olan halk arasında sükûn ve emniyeti çoğaltır ve haklarda istikrarı temin eder. Tashih edilen bir yazı gibi, defaatla düşünülerek işlenen meselelerde varılan hal şekillerinin hatası da nisbeten çok az olur.

Hâkim kararını emsal kararlar yerine, doktrine ve lojik mülâhazalara dayarsa, bitaraflığını daha ziyade göstermiş olur.

Tarih boyunca, bilginler ve hâkimler sabit kaidelerin, emsal kararların izlerinden çıkarak, ihtiyaçlara daha uygun kararlar verebilmek için kanun hiylelerine, bir takım muvazaalara başvurmuşlar, bu sayede, bir taraftan, hukuk norması olan kanun veya emsal kararların zaman ve hâdiselerin hususî icapları itibarile zulüm sayılabilecek neticelerini önleyebilmişler, diğer taraftan da şeklen konmuş kaideleri itibarda tutabilmişler, yeni fikir ve icapları eski formülün içine almışlardır. Şu halde, hâkimlik sanatı bir kaideyi veya içtihadı, esiri olmadan yeni vaziyete intibak ettirmekten ibaret kalır.

Yeni fikirleri eski formüllere sokabilmek halkın ihtiyacı olan stabiliteyi temin eder, bu sayede değişmeler, terakkiler yavaş fakat kat'i ve sarsıntısız olur.

Doktrine düşen vazife ise mer'î kanunları ve mahkeme içtihatlarından öğrenebildiklerini inceleyerek adaletin, karşılaşan menfaatlerin icaplarına göre mânalandırmak, bir içtihad maşerî vicdanın istekleri ile bağdaşamıyorsa vaziyeti tebarüz ettirerek tenkit ile değişmesi hususunda âmil olmak, velhasıl, hâkimlerin işlerini kolaylaştırmak, onlara önder olmaktır. Böylece, doktrin sosyetenin tekâmülü hususunda üzerine manevî büyük bir yük alacaktır. Fakat, onların arkasından gelmesi beklenen hâkimlerin mesuliyeti daha az olmayacaktır.

M. R. Belgesay