



AİLE HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU



Editör:
Prof.Dr. Ebru CEYLAN



AİLE HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU

İstanbul, 2021

İstanbul Aydın Üniversitesi Yayınları

**AİLE HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU**

Yayın Kurul Başkanı: Dr. Mustafa AYDIN

Editör: Prof.Dr. Ebru CEYLAN

Kapak ve Sayfa Tasarım: İstanbul Aydın Üniversitesi Görsel Tasarım Birimi

Basım Yılı: 2021

Baskı No: I

Basım Yeri: C&B Basımevi

Litros Yolu 2.Matbaacılar Sitesi A Blok Zemin Kat No: ZA 1 34020

Tel: 0212 612 65 22

ISBN: 978-9752438842

Copyright © İstanbul Aydın Üniversitesi

Bu yapının tüm hakları saklıdır. Yazılar ve görsel malzeme izin almadan tümüyle veya kısmen

**AİLE HUKUKUNDA
GÜNCEL GELİŞMELER
SEMPOZYUMU**



**İSTANBUL AYDIN
ÜNİVERSİTESİ**

"ZOOM" Platformu üzerinden



AİLE HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU (ONLINE) 23-24 Eylül 2020

23.09.2020 (İlk Gün)

AÇILIŞ KONUŞMALARI: (09.30)

Istanbul Aydın Hukuk Fakültesi Dekanı **Prof. Dr. Vahit Doğan**
Istanbul Aydın Üniversitesi Rektörü **Prof. Dr. Yedigöller İzmirl**

I. Oturum: Nişanlanma ve Evlenme (10.00-12.00)

Oturum Başkanı: **Prof. Dr. Ufuk Aydın** (Istanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Konuşmacılar:

Dr. Öğ. Üyesi Pelin Işıntan (MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Nişanlanmanın Geçerliliği ile İlgili Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi

Dr. Öğ. Üyesi Yasemin Güllüoğlu Altun (Ankara Sosyal Bilimler Üni. Hukuk Fakültesi)
Haksız Nedenle Nişanın Bozulması ve Sonuçları
(Maddi Tazminat , Manevi Tazminat ve Hediyeilerin İadesi)

Dr. Hülya Atlan Gürer
Evlilik Birliğinden Doğan Mali Yükümlülük İhlallerine Karşı
Eşin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması

Dr. Öğ. Üyesi Pakize Ezgi Akbulut (Istanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
TMK. m.194 Çerçevesinde Eşlerin Aile Konutu Üzerindeki Hukuki İşlemleri ve
Bu İşlemlerin Sonuçları

Dr. Öğ. Üyesi Nuri Erdem (Istanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Kambiyo Senetlerine Aval Verilmesi Suretiyle Kefalette Eşin Rizası ve
Bu Konuda Verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi

Soru-cevap: 12.00-12.30

Öğle Arası: 12.30-13.00

II. Oturum: Boşanma (13.00-15.30)

Oturum Başkanı: **Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu** (Istanbul Aydın Üni. Hukuk Fakültesi)
Konuşmacılar:

Dr. Öğ. Üyesi Cüneyt Pekmez (Istanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi

Dr. Öğ. Üyesi Cem Özcan (İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Boşanmada Diğer Eşin Affının Etkisi ve Hukuki Sonuçları

Dr. Öğ. Üyesi Ebru Şensöz Malkoç (Istanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
İsviçre ve Türk Medeni Hukukunda Farklı Boşanma Sistemleri Nedeniyle
Ortaya Çıkan Milletlerarası Usul Hukuku Sorunları

Doç. Dr. Ekrem Kurt (MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Boşanma Nedeniyle Maddi Tazminat Konusunda Gelişmeler

Dr. Öğ. Üyesi Kemale Leyla Aslan (Istanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Boşanmada Aldatılan Eşin Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Alacağı

Dr. Öğ. Üyesi Ünsal Dönmez (Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanması

Soru-cevap: 15.30-16.00

24.09.2020 (İkinci Gün)

III. Oturum: Soybağı ve Evlat Edinme (10.00-12.00)

Oturum Başkanı: **Prof. Dr. Vahit Doğan** (Istanbul Aydın Üni. Hukuk Fakültesi)
Konuşmacılar:

Prof. Dr. Ebru Ceylan (Istanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Velayet Hakkının Kullanılmasıyla İlgili Güncel Gelişmeler

Dr. Öğ. Üyesi Adem Yenmen (İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
İsviçre Federal Mahkeme Kararlarına Göre Ortak Velayet

Ar. Gör. Dr. Fatma Zeynep Altınay Yolcu (Marmara Üni. Hukuk Fakültesi)
Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba

Dr. Öğ. Üyesi Gözde Çağlayan Aygün (Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Alman Federal Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Aynı Cinsiyette İki Kişinin
Birlikte Evlat Edinmesi Meselesi

Dr. Öğ. Üyesi Gizem Ersen Perçin (Istanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Milletlerarası Evlat Edinmede Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi

Soru-cevap: 12.00-12.30

Öğle Arası: 12.30-13.00

IV. Oturum: Mal Rejimleri (13.00-15.00)

Oturum Başkanı: **Prof. Dr. Şahin Akıncı** (Istanbul Ticaret Üni. Hukuk Fakültesi)
Konuşmacılar:

Dr. Öğ. Üyesi İpek Betül Aldemir Toprak (Ankara Yıldırım Beyazıt Üni. Hukuk Fak.)
Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiye Sözleşmesi

Dr. Öğ. Üyesi Mehmet Akpaal (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun Mirasının Tasfiyesine Etkisi

Dr. Öğ. Üyesi Elif Yavuz (Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Sağ Kalan Eşe Aile Konutu ve Ev Eşyasasının Özgülenmesi

Soru-cevap: 15.00-15.30

V. Oturum: Çocuğu Koruyan Hükümler (15.30-17.00)

Oturum Başkanı: **Prof. Dr. Murat Develioğlu** (Galatasaray Üni. Hukuk Fakültesi)
Konuşmacılar:

Prof. Dr. Ayşe Havutçu / Ar. Gör. Yasemin Kalkancı (Yaşar Üni. Hukuk Fakültesi)
Anayasa Mahkemesi Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı

Doç. Dr. Selin Pürselim Arning (Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yabancı Hukuk Uyarınca Doğumla Kazanılan Soyadının İntibakına Dair Düşünceler

Doç. Dr. Ömer Bağcı (Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Yargıtay Kararları Işığında Çocuk Mallarının Yönetimi ve Sarfı

Dr. Öğ. Üyesi Mehtap İpek İşleten (Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması

Doç. Dr. Alper Uyumaz (Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi)
Çocuklar Üzerinde Klinik Araştırma Yapılmasında Yasal Temsilcinin ve
Çocuğun Olurunun Alınması

Soru-cevap: 17.00-17.30

Kapanış

**"Sempozyumumuz Online olarak Zoom programı üzerinden yapılacak olup
zoom linki hocalarımızla e-posta üzerinden paylaşılacaktır"**

DÜZENLEME KURULU (EXECUTIVE BOARD)

Prof. Dr. Ebru CEYLAN (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla ASLAN BİNGÖL (İstanbul Aydın Üniversitesi Adalet MYO)

Dr. Öğr. Üyesi Gizem PERÇİN (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Cansu BAŞARAN (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Çiğdem YILMAZ (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Arş. Gör. Rukiye Feray DURMUŞ (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

BİLİM KURULU (SCIENCE BOARD)

Prof. Dr. Vahit DOĞAN (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Haluk BURCUOĞLU (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Günseli GELGEL (İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Saba Etem ÖZMEN (Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Prof. Dr. Ebru CEYLAN (İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

**AİLE HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU
(ONLİNE) 23-24 Eylül 2020**

23.09.2020 (İlk gün)

Açılış Konuşmaları (9.30)

Prof. Dr. Vahit Doğan , İstanbul Aydın Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Yadigar İzmirli , İstanbul Aydın Üniversitesi Rektörü

I.Oturum : Nişanlanma ve Evlenme (10.00-12.00)

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Ufuk Aydın , İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Konuşmacılar :

Dr. Öğ. Üyesi Pelin Işıntan : Nişanlanmanın Geçerliliği ile İlgili Yargıtay İçtihatlarının Değerlendirilmesi , MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Yasemin Güllüoğlu Altun* : Haksız Nedenle Nişanın Bozulması ve Sonuçları (Maddi Tazminat , Manevi Tazminat ve Hediyelerin İadesi), Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Hülya Atlan Gürer : Evlilik Birliğinden Doğan Mali Yükümlülük İhlallerine Karşı Eşin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması

Dr. Öğ. Üyesi Pakize Ezgi Akbulut : TMK. m.194 Çerçevesinde Eşlerin Aile Konutu Üzerindeki Hukuki İşlemleri ve Bu İşlemlerin Sonuçları , İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Nuri Erdem : Kambiyo Senetlerine Aval Verilmesi Suretiyle Kefalette Eşin Rızası ve Bu Konuda Verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararının Değerlendirilmesi , İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru-cevap : 12.00-12.30

Öğle arası: 12.30-13.00

II. Oturum : Boşanma (13.00-15.30)

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Haluk Burcuoğlu, İstanbul Aydın Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Konuşmacılar :

Dr. Cüneyt Pekmez : *Tedbir Nafakasına İlişkin Güncel Yargıtay Kararlarının İncelenmesi* , İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Cem Özcan : *Boşanmada Diğer Eşin Affının Etkisi ve Hukuki Sonuçları* , İzmir Ekonomi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Ebru Şensöz Malkoç : *İsviçre ve Türk Medeni Hukukunda Farklı Boşanma Sistemleri Nedeniyle Ortaya Çıkan Milletlerarası Usul Hukuku Sorunları* , İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ekrem Kurt : *Boşanma Nedeniyle Maddi Tazminat Konusunda Gelişmeler* , MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Kemale Leyla Aslan Bingöl : *Boşanmada Aldatılan Eşin Üçüncü Kişiden Manevi Tazminat Alacağı* , İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Ünsal Dönmez : *Boşanma Sonucunda Birlikte Velayetin Türk Hukukunda Uygulanması* , Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru-cevap : 15.30- 16.00

24.09.2020 (İkinci Gün)

III. Oturum : Soybağı ve Evlat Edinme (10.00-12.00)

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Vahit Doğan , İstanbul Aydın Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Konuşmacılar :

Prof. Dr. Ebru Ceylan : *Velayet Hakkının Kullanılmasıyla İlgili Güncel Gelişmeler* , İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Adem Yelmen* : *İsviçre Federal Mahkeme Kararlarına Göre Ortak Velayet* , İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ar. Gör. Dr. Üyesi Fatma Zeynep Altınar Yolcu* : *Soybağının Reddi Davasında Biyolojik Baba* , Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Gözde Çağlayan Aygün : *Alman Federal Mahkemesinin Bir Kararı Işığında Aynı Cinsiyette İki Kişinin Birlikte Evlat Edinmesi Meselesi* , Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Gizem Ersen Perçin : *Milletlerarası Evlat Edinmede Çocuğun Yüksek Menfaati İlkesi* , İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru –cevap :12.00-12.30

Öğlen arası : 12.30-13.00

IV. Oturum : Mal Rejimleri (13.00-15.00)

Oturum Başkanı : Prof. Dr. Şahin Akıncı , İstanbul Ticaret Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Konuşmacılar :

Dr. Öğ. Üyesi İpek Betül Aldemir Toprak : Edinilmiş Mallara Katılma
Rejiminde Tasfiye Sözleşmesi , Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Mehmet Akçaal* : Sağ Kalan Eşin Katılma Alacağı ve Bunun
Mirasının Tasfiyesine Etkisi , Selçuk Hukuk Fakültesi

Dr. Öğ. Üyesi Elif Yavuz : Sağ Kalan Eşe Aile Konutu ve Ev Eşyasının
Özgülenmesi , Beykent Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Soru- cevap : 15.00-15.30

V. Oturum : Çocuğu Koruyan Hükümler (15.30-17.00)

Oturum Başkanı :Prof. Dr. Murat Develioğlu, Galatasaray Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Konuşmacılar :

Prof. Dr. Ayşe Havutçu / Ar. Gör. Yasemin Kalkancı* : Anayasa Mahkemesi
Bireysel Başvuru Kararları Işığında Kadının Soyadı , Yaşar Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Doç. Dr. Hatice Selin Pürselim Arning* : Yabancı Hukuk Uyarınca Doğumla
Kazanılan Soyadının İntibakına Dair Düşünceler , Marmara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Ömer Bağcı* : Yargıtay Kararları Işığında Çocuk Mallarının
Yönetimi ve Sarfı, Fatih Sultan Mehmet Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr . Öğ. Üyesi Mehtap İpek İşleten : Çocuğun Kişisel Verilerinin Korunması ,
Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Alper Uyumaz : Çocuklar Üzerinde Klinik Araştırma Yapılmasında
Yasal Temsilcinin ve Çocuğun Olurunun Alınması , Selçuk Üniversitesi Hukuk
Fakültesi

Soru-cevap 17.00-17.30

Kapanış

ÖZET BİLDİRİLER¹

NIŞANLANMANIN GEÇERLİLİĞİ İLE İLGİLİ BAZI YARGITAY İÇTİHA TLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğr. Üyesi Pelin İŞINTAN²

Evliliğe giden ilk adım olarak nitelendirebileceğimiz nişanlılık ilişkisi MK md. 118 gereğince tarafların birbirlerine yapacağı evlenme vaadi ile kurulur. Taraflar dilerse kendi aralarında bu vaadi dile getirebilecekleri gibi, aileleri ve yakın çevrelerinin hazır bulunduğu bir tören yapmak da isteyebilirler. Tören yapılması, yüzük takılması, hediye alınması gibi durumlar örf ve adet açısından uygun görülse ve toplumda genellikle bunların yapılmasına yönelik bir beklenti mevcut olsa da, kanunen bunların bulunması bir geçerlilik şartı değildir. Bununla birlikte, Yargıtay'ın son zamanlarda üst üste verdiği kararlarda nişanlanmanın geçerli olabilmesi için bir tören yapılmasını ve aile büyüklerinin şahitliğini aradığı tespit edilebilir. Oysa, tören yapılması nişanlanmanın geçerliliği için değil olsa olsa bu yöndeki iradelerin mevcudiyetinin ispatı için aranabilir. Yargıtay'ın bu kararları açıkça hukuka aykırıdır. Taraflar, kanunda aksine bir hüküm öngörülmedikçe taraf oldukları sözleşmeleri diledikleri şekilde düzenleyebilirler. Nişanlanma da bir aile hukuku sözleşmesidir ve kanunda hiçbir özel şekil şartına tabi kılınmamıştır. Kanunda aranmayan bir şekil şartının hakim tarafından getirilmesi ise mümkün değildir. Yargıtay'ın bu yaklaşımı aile büyükleri bulunmayan ya da takı takacak ve tören yapacak ekonomik güce sahip olmayan kişilerin nişanlanmasını imkansız hale getirecektir. Bu ise kanunun lafzıyla ya da ruhuyla bağdaşan bir durum değildir.

Anahtar kelimeler: nişanlanma, nişanlılık, geçerlilik, tören, örf ve adet, şekil şartı

¹ Katılımcılarımızdan program akışı içerisinde isimlerinin üzerinde yıldız (*) işareti olanlar, tam metin bildirimlerini İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde yayınlamak istemeleri sebebiyle, istekleri doğrultusunda, özet bildiri kitapçığında özet metinlerine yer verilmemiştir.

² MEF Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğr. Üyesi

EVALUATION OF YARGITAY'S CASE LAW REGARDING THE VALIDITY OF ENGAGEMENT

Betrothal is the first step towards marriage and according to art. 118 of the Turkish Civil Code a mutual promise to marry is considered enough to form the engagement. The parties may make that promise quietly on their own or they can prefer to have a ceremony with friends and family present. Although it is customary to have a ceremony, exchange rings or present gifts these are not legally mandatory in order for the engagement to be valid and binding. However, Yargıtay, the high court of appeal, in its recent decisions started to look for a ceremony or the presence of family members to determine a valid engagement. These decisions are clearly contrary to law as the ceremony or presence of witnesses can only be used as a proof of the betrothal and not for its validity. The parties to a contract may use any form for its validity so long as there is no specific form cited in the law. Betrothal is a family law contract and no form for its validity is stipulated in the Civil Code. Therefore, the judge cannot set this rule. Yargıtay's approach will deem impossible for people without any family members or economic means to have a ceremony to be engaged.

Key words: betrothal, engagement, validity, ceremony, customary, form

EVLİLİK BİRLİĞİNDEN DOĞAN MALİ YÜKÜMLÜLÜK İHLALLERİNE KARŞI EŞİN TASARRUF YETKİSİNİN SINIRLANDIRILMASI

Dr. Hülya Atlan Gürer

Anahtar Kelimeler: Evlilik Birliğinin Korunması, Tasarruf Yetkisi Sınırlaması, Mali Yükümlülük İhlali, Tasarruf Yetkisi Sınırlaması Şerhi

Evlilik birliğini korumak amacıyla kanunda öngörülen önlemlerden biri de eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasıdır. TMK m. 199 hükmüyle öngörülen bu önlem, ya ailenin ekonomik varlığının tehlikeye düşürülmesi ya da evlilik birliğinden doğan mali bir yükümlülüğün yerine getirilmemesi seçimsel koşullardan birinin gerçekleşmesi halinde, buna sebebiyet veren eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkindir. Tebliğin konusunu, söz konusu alternatif koşullardan biri olan evlilik birliğinden doğan mali yükümlülük ihlalleri oluşturacaktır. Ancak bağlantılı olduğu ölçüde ailenin ekonomik varlığının korunması koşuluna da yer verilecektir.

Evlilik birliğinden doğan mali yükümlülükleri yerine getirmeyen eşin tasarruf yetkisi, evlilik birliğinin korunması amacına yönelmiş koruyucu bir önlem olarak TMK m. 199 hükmü gereği sınırlanabilecektir. Hükümde öngörülen mali yükümlülük, öncelikle TMK m. 186/3'te öngörülen birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünü kapsamına alır. Birliğin giderlerine katılma yükümlülüğünün, ailenin ekonomik varlığı tehlikeye atılmaksızın ihlal edilmesi durumunda TMK m. 199 hükmüne doğrudan dayanılıp dayanılmayacağı bu kapsamda tartışmaya açılacaktır.

Mali yükümlülük ihlali oluşturabilecek bir durum da mal rejiminden doğan mali taleplere ilişkin ihlallerdir. Bu kapsamda eşlerin mal rejiminden doğan katılma alacağı, değer artış payı alacağı, denkleştirme alacağına ilişkin talepleri

de mali yükümlülük kapsamında değerlendirilerek TMK m. 199 hükmünün korumasından yararlanabilecektir. Ancak bu koruma hükmüne başvurulabilmesi, söz konusu taleplerin yeteri kadar somutlaşmış olup olmaması yönünden bir değerlendirmeyi gerektirir. Özellikle, boşanmanın mali sonuçları arasında yer alan maddi ve manevi tazminat ile nafaka talepleri yönünden koruyucu bir önlem olarak eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı sorunu bu perspektiften ele alınmalıdır. Bu yönüyle konu, boşanma hazırlığında olan eşin malvarlığı değerlerini kasıtlı olarak azaltmaya ilişkin işlemlerine karşı diğer eşin mali taleplerinin korunması bakımından incelenecektir.

Eşler, tasarruf yetkisi sınırlaması önlemine ortak yaşam devam ederken veya ayrı yaşadıkları sırada başvurabilir. Ancak eşlerin mali yükümlülükleri yerine getirmekten kaçınması ve bunun bir uyumsuzluk konusu olması çoğu zaman bir boşanma davası açıldıktan sonra ve mal rejiminin tasfiyesine ilişkin mali talepler yönünden gündeme gelecektir. Bu halde eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilmesi, diğer eşin talepte bulunmasını gerektirir. Açılmış olan bir boşanma davasında, hakimin TMK m. 169 gereği geçici önlem olarak TMK m. 199 hükmünü resen uygulayıp uygulayamayacağı ise tartışmalıdır. Tebliğde, TMK m. 199 hükmüne başka hangi önlemler kapsamında başvurulabileceği üzerinde ayrıca durulacaktır.

Evlilik birliğinden doğan mali yükümlülükleri ihlal eden eşin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasının kapsamı ve sınırları belirlendikten sonra, sınırlamanın konusu ve hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır. Sınırlamanın konusunun bir taşınmaz olması halinde hakim, ek önlem olarak söz konusu sınırlamayı tapu kütüğüne resen şerh ettirmek zorundadır. Bu şerhin niteliği, üçüncü kişilere etkisi ve özellikle tapu kütüğünü kilitleme işlevine ilişkin tartışmalar tebliğ kapsamında ele alınacaktır. Ayrıca TMK m. 199 hükmünün uygulamada nasıl karşılık bulduğu, yeterince işletilip işletilmediği ve Yargıtay'ın bu hukuki koruma yoluna bakış açısı değerlendirmeye alınacaktır.

RESTRICTION OF THE SPOUSE’S POWER OF DISPOSITION AGAINST FINANCIAL OBLIGATION VIOLATIONS ARISING OUT OF THE CONJUGAL UNION

Key Words: Protection of the Conjugal Union, Restriction of the Spouse’s Power of Disposition, Financial Liability Violation, Annotation of the Restricting of the Spouse’s Power of Disposition

One of the measures prescribed by the law, in order to protect the conjugal union is to restrict the spouse’s power of disposition. This measure, prescribed by the provision of the Turkish Civil Code Art.199, relates to the restriction of the spouse’s power of disposition which causes it whether the economic assets of the family are compromised or a financial obligation arising out of the conjugal union is fulfilled. The subject of the paper will be the financial liability violation arising out of the conjugal union, which is one of the disjunctive conditions. However, to the extent that it is connected, the condition of protecting the economic assets of the family will also be explained.

The power of disposition of the spouse who does not fulfill the financial obligations arising out of the conjugal union, may be restricted by the provision of the Turkish Civil Law Art. 199 as a protective measure for the protection of the conjugal union. The financial obligation envisaged in the provision, includes the obligation to participate in the conjugal union expenses stipulated primarily in the Turkish Civil Code Art. 186 Sec. 3. Whether the implementation of the provision of the Turkish Civil Code Art. 199 in case family’s economic assets is violated without compromising the obligation of the conjugal union to participate in the expenses of the union will be discussed in this context.

Another problem that may create a violation of financial liability is violations related to financial demands arising out of the marital property. In this context, the demands of the spouses such as participation claim, share of value increase claim, equilization claim arising out of the marital property will be evaluated

within the scope of the financial liability and can benefit from the protection of the Civil Code Art. 199. However, the application of this protection provision requires an evaluation in terms of whether the demands in question are sufficiently concrete. In particular, the question of whether the spouse's power of disposition can be restricted as a protective measure in terms of material and immaterial compensation and alimony claims, which are among the financial consequences of divorce, should be addressed from this perspective. In this respect, the issue will be examined in terms of protecting the financial demands of the other spouse against the transactions intentionally reducing the assets of the spouse who is preparing for divorce.

Spouses can apply for the restriction on the power of disposition while conjugal life continues or when they live separately. However, spouses' evasion of their financial obligations, as a matter of dispute, often happens in terms of the financial demands of the division of the matrimonial property and the financial consequences of the divorce after a divorce case is filed. In this case, restricting the spouse's power of disposition requires the other spouse's demand. However, in a divorce case that has been filed, the judge may ex officio apply the provision of the Turkish Civil Code Art. 199 as a temporary measure, as required by the Turkish Civil Code Art. 166. In the paper, it will be discussed whether the provision of the Turkish Civil Code Art. 199 can be applied under the scope of other measures.

After determining the scope of the restriction of the spouse's power of disposition who violates financial obligations of the conjugal union, the subject and legal consequences of the restriction will be emphasized. If the subject of the restriction is an immovable property, the judge must ex officio get the land registry annotated on the restriction as an additional measure. Disputes on the characteristic of this annotation, its effect on third parties and especially on the function of locking the land registry will be discussed within the scope of the paper. In addition, how the provision of the Turkish Civil Code Art. 199 practiced, whether it is adequately implemented and the perspective of the Supreme Court of Appeal on this legal protection will be evaluated.

TMK M. 194 ÇERÇEVESİNDE EŞLERİN AİLE KONUTU ÜZERİNDEKİ HUKUKİ İŞLEMLERİ VE BU İŞLEMLERİN SONUÇLARI

Dr. Öğr. Üyesi Pakize Ezgi Akbulut³

Aile konutuna ilişkin kanuni düzenlemelerde aile konutu kavramının tanımına ve kapsamına dair bir bilgi yer almamakla birlikte, doktrinde ve uygulamada aile konutu genel olarak, evlilik birliğinin devamı süresince eşlerin ortak yaşamı idame ettirmek üzere bir yerde ortak olarak oturma ihtiyacı doğrultusunda seçtikleri taşınır yahut taşınmaz olarak ifade edilmektedir. Bu çerçevede aile konutu, eşlerin aile yaşamlarının merkezi olarak nitelendirilir. Hukuk düzeni evlilik birliğinin ve aynı zamanda ailenin mevcudiyeti bakımından bu denli önemli olan aile konutuna yönelik çeşitli özel düzenlemeler (TMK m. 194, 240, 254, 255, 279, 652 gibi) getirmiştir. Çalışmamızda da eşlerin evlilik birliğinin devamı süresince aile konutu üzerindeki tasarrufları bakımından temel nitelikte olan TMK m. 194 hükmü çerçevesinde değerlendirme yapılacaktır.

Kural olarak aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her birinin diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilmesi mümkün ise de (TMK m. 193), aile konutuna yönelik tasarruflar, bu kuralın istisnalarından birini teşkil etmektedir. Aile konutuna ilişkin temel hüküm olan Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin ilk fıkrasında eşlerden birinin, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemeyeceği, aile konutunu devredemeyeceği veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla aile konutuna yönelik bu tür işlemlerin gerçekleştirilebilmesi için, diğer eşin rızası gerekmektedir. Hükmün devamında ise bu rızanın sağlanmasına, aile konutu şerhine ve son olarak aile konutunun kira sözleşmesine konu olduğu hallerde diğer eşin bu sözleşmenin tarafı haline gelebilmesine ve sorumluluğuna yönelik düzenlemeler getirilmiştir.

TMK m. 194, I çerçevesinde getirilen sınırlamanın hukuki niteliği tartışmalıdır. Bu sınırlamayı fiil ehliyeti sınırlaması, tasarruf yetkisi sınırlaması veya eşlerin evlilik birliğinden doğan katılma hakkının gereği olan bir sınırlama niteliğinde kabul eden çeşitli görüşler mevcuttur. Bu görüşlerden hareketle eşlerden birinin hak sahibi olduğu aile konutu üzerindeki tasarrufunun akıbeti ve üçüncü kişinin ileri sürebileceği hususlar da farklılık gösterebilmektedir. Bununla beraber TMK m. 194, III'te düzenlenen aile konutunun şerhinin, malik olan eşle hukuki işlem yapan üçüncü kişilerin mi yoksa bu kişilerle işlem yapanların mı iyiniyetini bertaraf ettiği hususunda doktrinde ve uygulamada birlik bulunduğu söylenemez. Keza uygulamada sıklıkla karşılaşılan ve esasında TMK m. 194, I'ın uygulama alanına giren aile konutu üzerinde rehin hakkı tesis edilmesi hakkında da farklı görüşler ve yargı kararları mevcuttur.

Bu çerçevede çalışmamızda öncelikle aile konutu kavramı ve TMK m. 194 çerçevesinde aile konutu üzerinde diğer eşin rızasının alınması gereken hukuki işlemler incelenecek, ardından eşin rızasının alınmasına yönelik getirilen sınırlamanın hukuki niteliği değerlendirilecek ve son olarak eşlerin rıza olmaksızın aile konutuna yönelik yaptıkları işlemlerin hukuki sonuçları üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aile konutu, Eşin rızası, Aile konutu şerhi.

LEGAL TRANSACTIONS AND THEIR RESULTS OF SPOUSES ON MATRIMONIAL HOME UNDER ARTICLE 194 OF THE TURKISH CIVIL CODE

There is no information about the definition and scope of the concept of matrimonial home in the legal regulations. In the doctrine and practice, the matrimonial is generally referred to as movable or immovable property that the spouses chose to live in a place to maintain common life during the continuation of the conjugal union. In this framework, matrimonial home is considered the center of spouse's family life. The legal order has brought various special provisions (such as TCC art. 194, 240, 254, 255, 279, 652) for matrimonial home, which is so important for the existence of the conjugal union and also the family. In our study, during the continuation of the conjugal union of the spouses, an evaluation will be made within the framework of article 194 of the TCC, which is essential in terms of the disposals on the matrimonial home.

Unless there is a contrary provision in the law, it is possible for each spouse to make all kinds of legal transactions with the other and third parties (TCC art. 193). However, legal transactions for matrimonial home are one of the exceptions to this rule. In the first paragraph of article 194 of the Turkish Civil Code, it is regulated that one of the spouses can not terminate the rental agreement, handing over the matrimonial home or restrict the rights on matrimonial home, unless the other spouse declare explicit consent. Therefore, the explicit consent of the other spouse is required in order to carry out such transactions for matrimonial home. In the continuation of the provision, provisions were made to obtain this consent and to carrying out of annotation of the matrimonial home. Finally, in cases where the family residence is subject to the rental agreement, provisions have been made for the other spouse to become a party to this contract.

The legal nature of the restriction in article 194 of TCC is controversial. There are various opinions that accept this restriction as a restriction on the capacity to act, a restriction on power of disposition or a restriction required

by the spouse's right to participate in conjugal union. Consequently, the fate of the transactions on the matrimonial home owned by one of the spouses and the issues that the third person may put forward differ. However, it can not be said that there is unity in the doctrine and practice that the annotation of the matrimonial home regulated in article 194, III eliminates the goodwill of the third persons who make legal transactions with the spouse. Likewise, there are different opinions and judicial decisions regarding the establishment of a pledge right on the matrimonial home, which is frequently encountered in practice and is within the scope of the article 194, I of the TCC.

In this context, in our study, firstly, the concept of matrimonial home and the legal procedures that require consent of the other spouse on the matrimonial home within the framework of article 194 of the TCC will be examined. Then the legal nature of the restriction on the consent of the spouse will be assessed. Finally, the legal consequences of the actions taken by spouses regarding matrimonial home without consent will be emphasized.

Key Words: Matrimonial home, Consent of the spouse, Annotation of the matrimonial home

KAMBYO SENETLERİNE AVAL VERİLMESİ SURETİYLE KEFALETTE EŞİN RIZASININ BU KONUDAKİ YARGITAY İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Öğretim Üyesi Nuri Erdem⁴

ÖZET

Türk Borçlar Kanunu (TBK) 582'ye göre kefalet, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği, kişisel güvence sağlayan bir sözleşmedir. Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir kimse hukuki işlem ehliyetini haiz olmak şartıyla kefil olabilir. Bununla birlikte, evli olan kimseler bakımından kefil olabilmek, genel kabule göre aile birliğini korumak adına eşin rızasına tabi kılınmıştır. Konuyu düzenleyen TBK 584 uyarınca eşlerden biri kural olarak ancak diğerinin yazılı rızasıyla kefil olabilir ve bu rızanın sözleşmenin kurulmasından önce ya da en geç kurulması anında verilmiş olması şarttır. TBK'nın "Uygulama alanı" başlıklı 603. maddesi; kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümlerin, gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanacağını hükme bağlamıştır. Bu çerçevede kefaletin şartlarına ilişkin düzenlemelerin kambiyo senetlerine verilen bir tür kefalet olarak da kabul edilen aval işleminde uygulanıp uygulanmayacağı tartışma konusu olmuştur. Zira Türk Ticaret Kanunu (TTK) 700 vd. hükümlerinde düzenlenen aval işlemi ile de kambiyo senetlerinde bedelin ödenmesinin tamamen veya kısmen kişisel olarak güvence altına alınması sağlanmaktadır. Avalin bir gerçek kişi tarafından verilebileceği gibi bir tüzel kişi tarafından ve organı vasıtasıyla da verilebilecek olması bu konudaki tereddütleri ortaya çıkarmıştır. Ancak TTK 700 vd. hükümlerinde bu konuda olumlu yahut olumsuz bir düzenleme mevcut değildir. Bu durum kefalette eşin rızasını düzenleyen hükümlerin aval işlemine de uygulanıp uygulanmayacağı konusunda gerek doktrinde gerek Yargıtay

İçtihadında farklı iki görüşe sebebiyet vermiştir. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, Yargıtay 11, 12 ve 19. Hukuk Daireleri ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu içtihatları arasında oluşan çelişkinin giderilmesi amacıyla yapılan başvuru sonucu vermiş olduğu, 16 Ekim 2018 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan 20 Nisan 2018 tarihli ve 2017/4 E. ve 2018/5 K. No’lu Kararı’nda, kefalet sözleşmelerinin geçerliliği için kefilin eşinin rızasının alınması gerekliliğini düzenleyen TBK 584’ün Türk Ticaret Kanunu’nda düzenlenmiş olan aval işlemi bakımından uygulanmayacağına karar vermiştir. Bu karar, her ne kadar avalin kefalete benzer olsa da farklı bir hukuki kurum olduğu, TTK hükümlerinin özel düzenleme teşkil ettiği, avalin amacının kambiyo senedi hamilini ve kambiyo senedini tedavül kabiliyetini korumak olduğu, avalde eşin rızasının aranmasının kambiyo senetlerinde belirlilik, soyutluk ve kamu güveninin korunması ilkeleri ile bağdaşmayacağı, tedavül kabiliyeti ile de örtüşmeyeceği, aval yönünden TTK’da eşin rızası şartı getirilmiş olmamasının bilinçli olduğu gerekçelerine dayanmakta olup; kanaatimiz öne sürülen gerekçelerin doğru olduğu ve aksi kabulün kambiyo senetlerinin devir kabiliyetini ortadan kaldıracığı ve işlem güvenliği ile bağdaşmayacağı yönündedir.

Anahtar Kelimeler: Kefalet, Aval, Eşin Rızası, Yargıtay, İçtihadı Birleştirme Kararı

EVALUATION OF THE CONSENT OF SPOUSE FOR BILL GURANTEE ACCORDING TO THE DECISION OF THE GENERAL ASSEMBLY ON THE UNIFICATION OF JUDGMENTS REGARDING THIS SUBJECT

Assistant Prof. Dr. Nuri Erdem⁵

ABSTRACT

According to the Turkish Code of Obligations (TCO) 582, guaranty is a contract that offers the creditor personal security and is responsible for the consequences of the debtor's failure to fulfill his or her debt. Within the framework of freedom of contract, a person may be a guarantor provided that he / she has the legal capacity. However, in order to be a guarantor for the married people and to protect the family unity according to the general acceptance, it was subordinated to the consent of the spouse. In accordance with TCO 584, which regulates the subject, one of the spouses, as a rule, can only be a guarantor with the written consent of the other, and it must be given before the contract is established or at the latest. Article 603 of the TCO titled "Application area"; It stipulates that the provisions regarding the form of guaranty, the capacity to become a guarantor and the consent of the spouse will also apply to other contracts under another name for personal assurance by natural persons. In this context, it has been the subject of discussion whether the regulations regarding the conditions of the guaranty will be applied in the bill guarantee transaction, which is also accepted as a kind of guaranty given to the bills of exchange. Because with the bill guarantee transaction which is regulated in the provisions of Turkish Commercial Code (TCC) 700 ff., the payment of the price in the bills of exchange is ensured in whole or in part personally. The fact that bill guarantee can be given by a natural person or by a legal person and through its body has revealed hesitations in this regard. However, in TCC 700 ff., there is no positive or negative regulation in this

regard. This situation gave rise to two different views both in the doctrine and in the case-law of the Supreme Court of Appeals whether the provisions regulating the consent of the spouse on the guaranty contract will be applied or not to the bill guarantee transaction. In the decision of Supreme Court of Cassation General Assembly On The Unification Of Judgments, dated 20 April 2018 and numbered 2017/4 E., 2018/5 K., published in the Official Journal dated 16 October 2018, which is given according to the appeal for contradiction between the decisions of the 11, 12 and 19th Law Chambers of Supreme Court and Supreme Court General Assembly of Law; TCO 584 which regulates the necessity of obtaining the consent of the spouse for the validity of the guaranty contracts, will not be applied in terms of the bill guarantee transaction regulated in the Turkish Commercial Code. This decision is based on the grounds that although the bill guarantee is similar to guaranty contract, it is a different legal institution, the provisions of the TCC constitute a special regulation, the purpose of the bill guarantee is to protect the holder and negotiating ability of these instruments, and it will not be in accordance with its principles such as abstractness, certainty and with the protection of public trust in the bonds and that it will not be compatible with the ability of negotiability, it is conscious that the spouse's consent in the TCC is not imposed. We believe that the reasons given are correct and that otherwise the approval affects the transferability of the bills of exchange and is not compatible with transaction security.

Keywords: *Guaranty, Bill Guarantee, Consent of the Spouse, Supreme Court, Decision Of The General Assembly On The Unification Of Judgments*

TEDBİR NAFAKASINA İLİŞKİN GÜNCEL YARGITAY KARARLARININ İNCELENMESİ

Ar. Gör. Dr. Cüneyt Pekmez⁶

ÖZET

Çalışmamız kapsamında tedbir nafakasına ilişkin güncel Yargıtay kararlarının incelenmesi ve değerlendirilmesine çalışılacaktır. Çalışmamız kapsamında değerlendirilecek kararlara konu tedbir nafakası, boşanma veya ayrılık davası açıldığında TMK m.169'a göre, hâkimin, eşlerin geçimine ilişkin re' sen alacağı geçici önlem niteliğindedir. Boşanma davası açıldığında, boşanma kararının kesinleşmesine kadar evlilik birliği devam edeceğinden, eşlerin bakım yükümlülüğü de devam eder. Evlilik birliği devam ettiği sürece eşlerin mali güçleri oranında bakım yükümlülüğünü yerine getireceğinin kabulü, eşlerin mali güçleri tespit edilmek suretiyle tedbir nafakası yönünde karar verilmesi sonucuna yol açar. Tedbir nafakasına ilişkin iki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararı çalışmamız kapsamında incelenmeye çalışılacaktır.

Genel Kurul 2-2287/627 sayılı 30.05. 2019 tarihli kararında, ayrı mahkemelerde yürüyen boşanma davalarının olması veya boşanma davasından bağımsız olarak ayrı yaşama olgusuna dayalı açılan tedbir nafakası davasının bulunması, bu davaların her birinde tedbir nafakası hükmedilmesine engel olmadığı gerekçesiyle, davaların birleştirilmesinden bağımsız olarak, tedbir nafakasına hükmetmeyen mahkemenin direnme kararını uygun bulmamıştır. Ancak ikinci dava devam ederken, ilk davada tedbir nafakasına hükmedilmesi lehine hükmedilen kişi bakımından bir alacak hakkı doğurur ve bu karar yenilik doğurucu etkiye sahiptir. Bu nedenle ikinci davada verilmesi gerektiği ileri sürülen karar tespit niteliğinde olacaktır. Böyle bir kararın verilmemesi bozmayı gerektirmez. İkinci gerekçe ise,

ilk davada tedbir nafakası kararıyla alacak hakkı doğacağından, ikinci davada tedbir nafakasına hükmedilmesini gerektirecek bir ekonomik dengesizlik, kural olarak, söz konusu olmayacaktır. İlk karar ile lehine alacak hakkı kazanan eşin mali gücü artık ikinci davada tedbir nafakası verilmesini engeller.

Kurul'un 2-1891/ 1577 sayılı 25.10.2018 tarihli kararına konu olayda, mahkemece 23.11.2011 tarihli ara karar ile davalı-karşı davacı yararına 500,00 TL tedbir nafakasına hükmedilmiş ise de akabinde 19.12.2011 tarihli ara karar ile "davacının işsiz olduğu, hiç bir gelirin bulunmadığı" belirtilmek suretiyle sözü edilen tarih itibariyle tedbir nafakasının geçici olarak durdurulmasına karar verilmiştir. Kararın temyizi üzerine, karar sadece "tedbir nafakasına" dair olarak bozulmuştur. Genel Kurul, davacının gelirin bulunmaması, davalının çalışıyor olması veya kusur durumu davalı yararına tedbir nafakası hükmedilmesine engel teşkil eden vakıalar olmadığını, yerel mahkemenin Özel Daire kararına uyması gerekirken, önceki kararda direnmesinin usul ve yasaya aykırı olduğuna hükmetmiştir. Kararda, tedbir nafakasına hükmedilirken nafaka borçlusunun mali gücü göz önüne alınmadan hüküm kurulmuştur. Tedbir nafakasına, tıpkı yoksulluk nafakasında olduğu gibi, tarafların mali güçleri tespit edilmek suretiyle hükmedilir. Her iki tarafın mali gücü birbirine denk ise tedbir nafakası verilemez. Ancak Kurul, hem kendi içtihatlarına aykırı hem de kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkını ihlal eder nitelikte karar vermiştir.

Anahtar kelimeler: Nafaka, boşanma, eşin mali gücü, ayrı yaşama olgusu, boşanma davalarında geçici önlemler.

THE VIEW ON THE CURRENT DECISIONS OF THE CASSATION COURT REGARDING THE ALIMONY PENDENTE LITE

ABSTRACT

Within the scope of our study, we will try to examine and evaluate the decisions of Cassation Court regarding alimony pendente lite. When filing a divorce case, the spouse's maintenance obligation continues as the marriage union will continue until the divorce is granted. While the marriage union continues, the acceptance that the spouses will fulfill their obligations to care each other in proportion to their financial powers leads to decide on the maintenance of the spouses by determining the financial powers of the spouses. Within the scope of our study. Two decisions of Cassation Court regarding the alimony pendente lite will be examined. In first decision, The Cassation Court orders that The existence of a divorce proceedings in separate courts, or the existence of a alimony pendente lite case based on the phenomenon of living separately, regardless of the divorce case, does not prevent the decision of alimony pendente lite in each of these cases. In second one, The Cassation Court orders that the claimant's lack of income, the defendant's employment, or the condition of defect does not preclude the decision of alimony pendente lite for the defendant's benefit. Both decisions are inaccurate.

Key words: alimony pendente lite, divorce, the spouse's financial power, the phenomenon of living separately, temporary measures in divorce cases.

BOŞANMADA AFFIN ETKİSİ VE HUKUKİ SONUÇLARI

Dr. Öğretim Üyesi Cem ÖZCAN⁷

Boşanma davası hakkını ortadan kaldıran bir özelliğe sahip olan af, TMK.m.161’de belirtilen zina ve m.162’de kendine yer bulan hayata kast, pek kötü muamele ya da onur kırıcı davranış boşanma sebepleri bakımından açıkça öngörülmüştür. Bunun dışında TMK.m.166’da yer alan evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebi yönünden de af, aile mahkemesi hakiminin takdir yetkisini kullanırken dikkate alacağı bir unsurdur. Esas itibar ile af kavramı bir hukuki işlem niteliğinde olmayıp, affeden eşin evlilik birliğini sürdürme arzusunu ortaya koyan bir duygu açıklamasıdır. Bu yönleriyle affin bir itiraz niteliğinde olduğunun kabulü gerekir ve hakim tarafından re’sen dikkate alınması icap etmektedir.

Evlilik birliğinde eşlerin ancak bildikleri olguları affetmeleri mümkün olabilir. Af açıklamasının sarih ya da zımni olarak yapılması mümkündür ve uygulamada daha çok zımni olarak yapıldığı görülmektedir. Affeden eşin fiil ehliyeti yönünden durumuna bakılacak olursa, affin hukuki işlem niteliği taşımaması sebebiyle eşin tam ehliyetli olması gibi bir şartın aranmayacağını ifade etmek gerekir. Diğer taraftan açık ya da örtülü olarak yapılması fark etmeksizin affeden eşin ayırt etme gücüne sahip olması zorunludur. Affin kişiye sıkı surette bağlı bir hak olması nedeniyle eş ancak bizzat kendisi affedebilir. Başka bir deyişle af temsilci aracılığıyla kullanılması mümkün olmayan bir haktır.

Boşanmada af ile ilgili konuları daha iyi anlayabilmek bu konudaki Yargıtay kararlarını daha yakından incelemekle mümkün olabilecektir. Bu bakımdan Yargıtay kararlarına bakıldığında eşin boşanma davasından feragat etmesinin af olarak kabul edildiği görülmektedir. Diğer yandan boşanma davası

açıldıktan sonra eşlerin birlikte yaşamayı sürdürmeleri af olarak görülebilirse de zorunluluklar nedeniyle eşlerin ortak konutta oturmaları bu davranışın af olarak nitelendirilmesine engel teşkil edecektir.

Af, eşin boşanma hakkını ortadan kaldırmanın yanı sıra boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin de sonuç doğuran bir özelliğe sahiptir. Bu nedenle boşanma davasındaki fer'i hakların da kaybedilmesi affeden eş bakımından söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Af, Boşanma, Aile, Aile Hukuku, Zina.

THE EFFECT OF FORGIVENESS IN DIVORCE AND ITS LEGAL CONSEQUENCES

Forgiveness is explicitly cited in articles 161 and 162 of the civil code which consider adultery and attempted murder as causes of divorce and the fault thus forgiven cannot then be used as the main element of a divorce. On the other hand, in the article 166 the forgiveness constitutes an element which influences the power of appreciation of the judge. In reality forgiveness is not a legal act but it's a sentimental expression. This is the reason why the judge must consider forgiveness spontaneously.

In a marriage the spouses can only forgive the facts they know. Forgiveness can be declared explicitly or tacitly. As forgiveness is not a legal act, the spouse who forgive, is not obliged to have legal capacity. Forgiveness cannot be made through a representative since it constitutes a personal right.

It is necessary to examine the decisions of the Court of cassation to better understand the effect of forgiveness in divorce. The Court of cassation considers the continuation of the common life after the opening of the divorce proceedings as a forgiveness. However, the continuation of living together cannot be considered as a forgiveness when the spouses are obliged to do so.

Forgiveness affects not only the right to divorce but also the side effects of it so the forgiving spouse loses also his related rights.

Keywords: Forgiveness, Divorce, Family, Family Law, Adultery.

İSVİÇRE VE TÜRK MEDENİ HUKUKUNDA FARKLI BOŞANMA SİSTEMLERİ NEDENİYLE ORTAYA ÇIKAN MİLLETLERARASI USUL HUKUKU SORUNLARI : MİLLETLERARASI DERDESTLİK - BEKLETİCİ MESELE

Dr. Öğr. Üyesi Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ⁸

1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (“TMK”)’nda ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanunu (“İMK”)’nda boşanma kurumu farklı şekillerde düzenlenmiştir. Türk hukukunda boşanmak isteyen taraf doğrudan boşanma talepli bir dava açabilirken, İsviçre hukukunda, boşanmak isteyen taraf, anlaşmalı boşanma yoluna başvurarak boşanma talepli bir davayı doğrudan açabilme imkânına sahip olmakla birlikte, eğer taraflar arasında bu yönde bir anlaşma bulunmuyorsa, -istisnai durumlar hariç- doğrudan tek taraflı boşanma talepli bir dava açamamaktadır. Boşanma konusunda anlaşma bulunmadığı veya kanunda sayılan istisnai hallerin bulunmadığı durumlarda, boşanmak isteyen taraf, ancak “iki yıl fiilen ayrı yaşama süresi sonunda boşanma” yoluna başvurabilir (İMK m.114). İki yıl fiilen ayrı yaşama süresi sonunda tek taraflı boşanma talep etmenin, mahkemeler nezdinde ilk adımı, iki farklı dava şeklinde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, anlaşmalı ayrılık davası açılması (İMK m.117), diğeri ise, eğer eşler boşanma da olduğu gibi ayrılık konusunda da anlaşma sağlayamıyorsa, eşlerden birinin tedbir talepli dava açarak “ortak yaşamın askıya alınması (İMK m.175-176)/birlikte yaşamaya ara verilmesi”ni talep etmesidir. Mahkemece verilen ayrılık kararının (İMK m.117) veya “ortak yaşamın askıya alınmasına/birlikte yaşamaya ara verilmesi”ne ilişkin tedbir kararının (İMK m.175-176) üzerinden iki yıl geçmekle tek taraflı boşanma talep edilebilir (İMK m.114) hale gelir.

Türkiye’de doğrudan tek taraflı olarak boşanma davası açma imkânı varken, İsviçre’de tek taraflı boşanma talebi öncesinde, anlaşmalı ayrılık davası veya

tedbir talepli ortak yaşamın askıya alınması/birlikte yaşamaya ara verilmesi davası açılması gerekmektedir. İsviçre’de tek taraflı boşanma talebi öncesinde açılan anlaşmalı ayrılık davası veya tedbir talepli ortak yaşamın askıya alınması/birlikte yaşamaya ara verilmesi davası, çekişmeli boşanma davasının “ön aşaması” olarak karşımıza çıkan davalardır.

İsviçre ve Türk medeni hukuklarında boşanma sisteminin kanunen farklı düzenlenmiş olması, Türkiye’de açılan boşanma davası ile İsviçre’de açılan bu davaların mahiyetlerinin ve “konu bakımından aynı davalar” olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğinin hukuken değerlendirilmesini gerektirmektedir. Bu hukuki değerlendirme, yabancı (milletlerarası) derdestliğin bulunup bulunmadığının tespiti bakımından önem arz etmektedir.

Şöyle ki, İsviçre’de kanun gereği, doğrudan tek taraflı boşanma davası açılmadığından, “iki yıl fiilen ayrı yaşama süresi sonunda boşanma” yolunun ilk zorunlu basamağı olan anlaşmalı ayrılık davası veya tedbir talepli ortak yaşamın askıya alınması /birlikte yaşamaya ara verilmesi davası (İMİK m.175-176) önceki bir tarihte açıldığı halde, aynı hukuki sebeplere dayanarak Türkiye’de sonraki bir tarihte boşanma davası açıldığında, İsviçre’deki önceki tarihli bu davaların, milletlerarası derdestlik nedeniyle Türkiye’de açılan boşanma davasına engel olup olmayacağını tespiti gerekir.

Türk milletlerarası usul hukukunda, milletlerarası derdestliğin varlığı için, tarafları, konusu ve hukuki sebebi aynı olan iki davanın aynı anda iki farklı devlet mahkemesinde derdest olması arandığından, bu davaların mahiyet ve konularının incelenmesi gerekir. Yapılan hukuki değerlendirmeye bağlı olarak 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (“MÖHUK”) madde 41 hükmü çerçevesinde milletlerarası derdestlik durumunun var olup olmadığı belirlenmelidir.

Türk ve İsviçre medeni hukukunda boşanma kurumunun farklı düzenlemiş olmasının milletlerarası usul hukuku bakımından milletlerarası derdestliği gündeme getirip getirmeyeceği, İsviçre’de daha önceki tarihte açılmış bir “anlaşmalı ayrılık davası” (İMK m.117) veya ayrı yaşamaya ilişkin tedbir talepli bir dava (İMK m.175-176) bulunmasına rağmen, daha sonraki bir tarihte Türk Mahkemeleri’nde boşanma davası açılması örneği üzerinden incelenecektir. İki farklı devlet mahkemesinde görülmekte olan bu iki davanın “taraf iradelerinin boşanma iradesine yönelik olması nedeniyle” hukuki nitelik bakımından aynı veya bağlantılı davalar olup olmadığı ve “milletlerarası derdestliği” veya “bekletici mesele”yi gündeme getirip getirmeyeceği meselesi mevcut hukuki düzenleme ve Yargıtay kararları çerçevesinde tespit edilmeye çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Milletlerarası derdestlik, bekletici mesele, İsviçre’de boşanma hukuku, Türk boşanma hukuku, MÖHUK m. 41

**INTERNATIONAL PROCEDURAL LAW ISSUES ARISING DUE
TO DIFFERENT DIVORCE SYSTEMS IN SWISS AND TURKISH
CIVIL LAW: INTERNATIONAL PENDING (LIS PENDENS) -
PRELIMINARY ISSUE**

Assistant Professor Ebru ŞENSÖZ MALKOÇ⁹

In the Turkish Civil Code No. 4721 (“TMK”), which came into force on January 1, 2002 and the Swiss Civil Code (“IMK”), which came into force on January 1, 2000 the divorce system was regulated in different ways. While the party who wants to divorce in Turkish law can directly file a divorce request, in Swiss law, the party who wants to divorce has the opportunity to directly open a case for divorce by applying for a negotiated divorce, but if there is no agreement between the parties, except in exceptional cases, cannot file a lawsuit with a request for a divorce. In cases where there is no agreement on divorce or there are no exceptions listed in the law, the party who wants to get a divorce can only apply for the “Divorce at the end of two years of actually living separately” (IMK art. 114). At the end of two years of actually living separately, the first step of requesting a unilateral divorce appears before the courts as two different cases. The first of these is the opening of a contract of separation (IMK art. 17), and the other is that if the spouses cannot agree on separation, as in divorce, one of the spouses has filed a lawsuit with a demanding request, “Suspension of common life (IMK art. 175-176) / interrupting living together”. Unilateral divorce can be requested after two years after the separation decision (IMK art. 17) or “the decision to suspend / interrupt living together” (IMK art. 175-176).

In Turkish law, unilaterally divorce can be filed directly. However in Switzerland, before a unilateral divorce request, it is necessary to file a contract for separation or to suspend / interrupt living with a demanding measure. Contracted separation lawsuit filed before the unilateral divorce request in

Switzerland or suspending / interrupting living together with a demanding measure is the “front stage” of the contentious divorce case.

Swiss and Turkish civil law is regulated differently in the law of divorce system. Therefore, the divorce case opened in Turkey and the nature of the case in Switzerland, “the same case in terms of subject matter” requires the evaluation can not be legally qualify. This legal evaluation is important in terms of determining whether there is international pending.

Namely, as the law requires that the unilateral divorce case cannot be filed directly, it is the first compulsory step of the “divorce at the end of the two years of actual separation period”, or the suspension of suspicion / interruption of living together (IMK art. 175-176), although it opened at an earlier date, when the same legal cause based opened divorce proceedings at a later date in Turkey, the earlier these cases in Switzerland, must identify that there will be due to international pending (lis pendens) of obstacles to the divorce case in Turkey.

In Turkish international procedural law, for the existence of international pending, the nature and issues of these cases need to be examined, since it is sought to be pending in two different state courts simultaneously. Depending on the legal evaluation made, it should be determined whether there is a status of international pending under Article 41 of the International Law on Private Law and Procedure Law (“MÖHUK”).

Whether the divorce system regulated differently in Turkish and Swiss civil law would bring international pending agenda in terms of international procedural law, an “lawsuit for separation” (IMK art.117) or a lawsuit demanding a measure to live separately. .175-176), it will be examined at a later date on the

example of filing for divorce in Turkish Courts. The issue of whether these two cases, which are being held in two different state courts, are the same or related cases in terms of legal nature due to the fact that the party will is for the divorce will, and whether it will bring “international pending” or “preliminary issue” to the agenda, determined within the framework of the existing legal regulations and Supreme Court decisions.

Key words: Lis pendens, preliminary issue, divorce in Switzerland, divorce in Turkey, Turkish Private Internal Law Act (PILA) article 41

BOŞANMA NEDENİYLE MADDİ TAZMİNAT KONUSUNDA GELİŞMELER

Doç. Dr. Ekrem KURT¹⁰

Boşanmanın, nafaka, mal rejimlerinin tasfiyesi, maddi ve manevi tazminat gibi mali sonuçları bulunmaktadır. MK 174/I'e göre “*mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir*”. Bu tazminat türü, özünde genel hükümlerdeki maddi tazminatla aynı esaslara bağlıdır. Herşeyden önce tazmini gereken zararlar boşanma nedeniyle karşılaşılan her türlü zararı değil, sadece mevcut ve beklenen zararları kapsar. Kusur sorumluluğu sözkonusudur. Bununla birlikte, bazı yönlerden farklılıklar da taşır. Hükümün asıl amacının (*ratio legis*) daha çok boşanma sonucunda kusursuz veya daha az kusurlu tarafın mğduriyetini hafifletmek olduğu söylenebilir. Maddi tazminatın, tıpkı yoksulluk nafakasında olduğu gibi durumun gereklerine göre toptan veya irat şeklinde ödenmesine hakim karar verebilir. Boşanma davası bir anlaşmaya dayanıyorsa maddi tazminatın ödenip ödenmeyeceğini, miktar ve ödeme şeklini tarafların anlaşarak belirleyecekleri açıktır. Çekişmeli bir boşanma davasında ise kusursuz veya daha az kusurlu tarafın, kusurlu eşten bunu talep etmiş olması gerekir. Tazminatın miktar ve ödeme şeklini hakim belirleyecektir. Boşanmadan kaynaklanan maddi tazminat taleplerinin uygulama ve doktrinde nafaka ve mal rejiminden kaynaklanan taleplerin gölgesinde kaldığı söylenebilir. Kanun, bu tazminatın kapsamına “mevcut” ve “beklenen” menfaatleri dahil etmiş, bunların nelerden ibaret olacağını belirlemeyi hakime bırakmıştır. Bu menfaatlerin kapsamına pek çok kalem zarar girebileceği için sınırlarını belirlemek hayli zor bir uğraştır. Çekişmeli boşanma davalarında bu içeriği belirlemek hususunda hakime önemli bir takdir yetkisi düşmektedir. Evlilik boşanma ile sona ermeseydi kusursuz veya daha az kusurlu eşin sağlamayı sürdüreceği menfaatin mevcut menfaat olduğu söylenebilir. Kuşkusuz bu parasal nitelikteki bir menfaati ifade

etmektedir. Bu konuda yalnızca boşanmanın değil, boşanmanın sona erdirdiği evlilik yüzünden kaybedilen menfaatler de bu kapsamda ele alınmalıdır. Bu ise geniş bir alan yaratır. Beklenen menfaatler alanında ise belirsizlik daha büyüktür. Mevcut ve beklenen menfaatlerin çoğu zaman iç içe buldukları da bir gerçektir. Kusursuz veya daha az kasurlu eşin, mevcut refah düzeyinin boşanma nedeniyle kaybı, ileride bu düzeyin yükselme olasılığı gibi durumlarda durum böyledir. Bununla birlikte bir menfaatin mevcut yahut beklenen menfaat mi olduğunun sınırlarını belirlemek sonuçta her ikisi de tazmini gereken zarar kapsamında olduğu için önemli sayılmaz. Manevi tazminattan farklı olarak maddi tazminatın irat olarak belirlenebilmesi de mümkündür. İsviçre Medeni Kanununda son yıllarda boşanmadan kaynaklanan maddi tazminat konusunda köklü değişiklikler gerçekleştirilmiştir.

ANAHTAR KELİMELEER: Boşanmanın mali sonuçları, Boşanma nedeniyle maddi tazminat, Mevcut menfaat, Beklenen menfaat, İrat.

ABSTRACT**DEVELOPMENTS ON PECUNIARY COMPENSATION DUE TO DIVORCE****Assoc. Prof. Dr. Ekrem KURT**

Divorce has financial conclusions such as maintenance, sharing the matrimonial property, pecuniary and moral compensations. Under the TCC Art. 174/I, “*where a divorce prejudices the innocent spouse in his pecuniary rights or expectations, the guilty party must duly indemnify him*”. This compensation is in essence same with the pecuniary compensation laid down in the general provisions of the Turkish Code of Obligations. The damages which should be compensated here consist of not the whole damages but only the current pecuniary rights and the expectations of the innocent spouse. It depends upon the defect liability. Nevertheless, there are some differences indeed. The basis of this provision (*ratio legis*) is to relieve the nuisance of the innocent party in general. The pecuniary compensation can be judged as revenue or payment en masse, in the same way like the maintenance. If the divorce is a result of an agreement, it is clear that if the pecuniary compensation will be paid, if so, the amount and the manner of payment will be agreed by the parties. If the divorce is derived from a litigious process, the pecuniary compensation should first have been demanded by the innocent spouse. It can be said that the pecuniary compensation due to divorce was taken a backseat of the maintenance and the sharing of the matrimonial property, both in doctrine and practice. The law provides that the pecuniary compensation’s scope consists of current and expected interests of the innocent spouse. It is difficult to define the limits of the pecuniary compensation, since it can have so many items. The scope of the concrete detail of this frame is defined by the judge under his judicial discretion. If the marriage had not ended by divorce what interests would the innocent spouse continue to get can be considered to be the current interests. Naturally this is a monetary interest. In this content there is not only the damages due to the divorce but the damages caused by the divorce,

as well. This creates a large scale sphere. The content of the expected interests is more undefined in compare with the current interests. It is a fact that the current and expected interests are together. So, defining a line between these two groups of interests is not essential. In case of loss of the welfare level of marriage by divorce and the probability of rising this level if the marriage had continued are such examples. In recent years the pecuniary compensation issue in the Swiss Civil Code has been largely ammended .

KEY WORDS: Financial conclusions of divorce, Pecuniary compensation as a conclusion of divorce, Current interest, Expected interest, Revenue.

BOŞANMADA ALDATILAN EŞİN ÜÇÜNCÜ KİŞİDEN MANEVİ TAZMİNAT ALACAĞI

Dr. Öğr. Üyesi Kemale Leyla ASLAN BİNGÖL¹¹

ÖZET

Türkiye’de açılan boşanma davalarının önemli bir kısmı “zina” sebebine dayanmaktadır. Aldatıldığı için eşinden boşanan kişi, boşanmasından eşinin beraber olduğu kişiyi sorumlu tutmakta ve bu kişiye karşı manevî tazminat davası açmaktadır. Bu tür davalarda genellikle davacı tarafın kadın, davalı tarafın da bir başka kadın olması sebebiyle, uygulamada bu davalar “öteki kadın tazminatı” olarak adlandırılmaktadır. Yargıtay’ın yakın zamanda oy çokluğu ile aldığı İçtihadı Birleştirme Kararı¹² ile bu tür tazminat taleplerini reddetmesine kadar, Yargıtay’ın aldatılan eşin üçüncü kişiden manevî tazminat talebini kabul ettiği kararlarla birlikte, reddettiği kararlar da bulunmaktaydı. Yargıtay’ın İçtihadı Birleştirme Kararı sonrasında dahi konu güncelliğini korumaya ve tartışılmaya devam etmektedir. Zira aldatılan eşin, eşinin aldatma eylemini birlikte gerçekleştirdiği kişiden sadece aldatma fiiline katıldığı için manevî tazminat talep edip edemeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Konunun esas noktasını üçüncü kişinin bu eylemle aldatılan eşin kişilik hakkını ihlal edip etmediği oluşturmaktadır. Zira haksız fiil sorumluluğuna dayalı olarak bir kişiden manevî tazminat talep edilebilmesi, diğer koşulların yanı sıra, “failin fiili ile mağdurun bir kişilik hakkını ihlâl etmiş olması” koşuluna da bağlıdır.

Çalışmamızda üçüncü kişinin sadece zina eylemine katılmasının hukuka veya ahlâka aykırılık temelli manevî tazminat istemini haklı kılıp kılmadığı hususu incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Boşanma, sadakat yükümlülüğü, üçüncü kişi, kişilik hakkı ihlâli, manevî tazminat.

11 *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Adalet Meslek Yüksekokulu Öğr. Üyesi.*
12 *Yargıtay İçt. Birl. BGK, 2017/5 E., 2018/7 K., 6.7.2018 T. (www.resmigazete.gov.tr, E.T.:03.03.2020).*

ABSTRACT

An important part of the divorce case in Turkey is based on “adultery” reason. A person who uses adultery as the reason for divorce blames the third person with whom his / her spouse run off and opens a lawsuit for non-pecuniary damage against this person. Since (usually) the plaintiff party is a woman and the defendant is another woman, in practice these cases are called “other woman compensation”. Until the recent decision of Supreme Court to reject such compensation claims, there were decisions that the Supreme Court accepted the request for non-pecuniary damages from the third party. Even after the Supreme Court’s Decision to Unify Case Law, the issue continues to be up-to-date and discussed. It is controversial in the doctrine whether the deceived spouse can demand moral compensation from the person with whom his spouse committed the act of deception only because he/she participated in the act of deception. The main point of the matter is whether the third person violated the right of personality of the spouse who was deceived by this act. Demanding moral compensation from a third person based on the violation of a personality rights.

In our study, the issue of whether the third person’s participation in the act of adultery justifies the request for non-pecuniary damages based on violation of the law or morality was examined.

Keywords: Divorce, duty of conjugal fidelity, third person, violation of personality right, non-pecuniary damages.

BOŞANMASONUCUNDABİRLİKTEVELAYETİNTÜRKHUKUKUNDA UYGULANABİLİRLİĞİ SORUNU

Dr. Öğr. Üyesi Ünsal DÖNMEZ^{13*}

ÖZET

Türk Aile Hukukunda uzun zamandır doktrin ve uygulama da tartışma konusu olan boşanmada birlikte velayet meselesi, özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine Ek 7 Numaralı Protokol'ün 10 Mart 2016 tarih ve 6684 sayılı kanunla onaylamasıyla birlikte daha da tartışılır bir hâl almıştır. Nitekim Protokol'ün 5. Maddesi ile eşler evliliğin bitmesi halinde dahi kendi aralarındaki ve çocuklarıyla olan ilişkilerinde özel hukuk niteliği taşıyan hak ve sorumluluklar açısından eşit kabul edilmiştir. Bu çalışmada, söz konusu uluslararası anlaşmanın yürürlüğe girmesiyle birlikte, bu durumun iç hukuka etkisi araştırılarak Türk hukukunda ortak velayetin artık mümkün olup olmadığı sorusuna bir yanıt bulunmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler:

Birlikte Velayet, AİHS 7. Ek Protokol, Boşanma, Uluslararası Andlaşmalar, Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Milletlerarası Andlaşmalar

13 * *Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*
udonmez@ybu.edu.tr

THE QUESTION OF APPLICABILITY OF THE JOINT CUSTODY IN TURKISH LAW IN CASE OF DIVORCE

ABSTRACT

The question of the joint custody has long been discussed in doctrine and practice in Turkish Family Law in the context of divorce. The issue has become a highly controversial topic with the adoption of Protocol No. 7 to the European Convention on Human Rights at March 10, 2016 and law no. 6684. Hence, with the Article 5th of the Protocol, spouses are equally recognized in terms of rights and responsibilities with private law in relation to themselves and their children, even if the marriage is terminated. In this study, with the entering into force of the Protocol No. 7, the effect of the treaty on domestic law and whether the joint custody in Turkish law enforceable or not are discussed.

Key Words:

Joint Custody, ECHR Protocol No. 7, Divorcement, International Treaties, International Treaties Concerning Fundamental Rights and Freedoms

VELAYET HAKKININ KULLANILMASIYLA İLGİLİ TÜRK HUKUKUNDAKİ GÜNCEL GELİŞMELER

Prof. Dr. Ebru Ceylan¹⁴

Velayet hakkı, çocuğun hem kişivarlığı hem de malvarlığıyla ilgili bir mutlak haktır. Velayet hakkı, anne ve babanın ve istisnai olarak evlat edinenin sahip olduğu çocuk yararına tanınmış olan kişiye sıkı sıkıya bağlı bir haktır. Velayet hakkına sahip olanların temel ilkelere uygun olarak kullanmaları gereklidir. Velayet hukukunda çağdaş Batı Hukukunda köklü reformlar yapılmıştır. Bu reformlardan biri anne ve babanın çocuğun velayetini yürütmede eşit söz hakkına sahip olmalarıdır. Bir diğer reform ise velayet hakkına yönelik bakış açısının değişmesidir. Velayet hakkı, çocuk üzerinde bağımlılık ve baskı çağrışımı yerine koruma ve bakma çağrışımı yapan bir kavram haline gelmiştir. Bu adımlar demokratik aile yapısının kurulması için önemli aşamalar olmuştur. Bütün çağdaş hukuk düzenleri velayet hakkı ile ilgili yaklaşımlarını yeniden düzenlemiştir. Velayet hakkının kullanılması ile ilgili yeni görüşler ortaya çıkmıştır. Özellikle ortak hayata son vermede veya ayrılık durumunda veya boşanma durumunda ortak velayet kavramı üzerinde durulmuştur. Hukukumuzda bu konuda bir düzenleme mevcut değildir. Bu konuda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Türk Medeni Kanununda anne ve babanın çocuğun velayetini ortak hayata son vermede veya ayrılık durumunda veya boşanma durumunda ortak kullanmaları ile ilgili bir düzenlemenin yapılmasında kanımızca yarar vardır. Bu konudaki görüşlerimiz ve Yargıtay'ın konuya ilişkin yaklaşımı çalışmamızda incelenmiştir.

Anahtar kelimeler :

Velayet hakkı, anne, baba, çocuk, mutlak hak, ortak velayet, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak

CONTEMPORARY DEVELOPMENTS ON THE EXERCISE OF PARENTAL AUTHORITY IN TURKISH LAW

Abstract

Parental authority is an absolute right that is related to child's both personel and real property. Parental authority is a strictly bonded personal right which remains in the entitlement of the mother and father and which is for the child's welfare. The persons who has parental authority must uphold this right pursuant to basic principles. Within contemporary western law, fundamental transformations have been made on parental law. One of these reforms is that mother and father must have equal right to speak about child's custody. Another reform is the changing point of view on parental authority. After a while, parental authority has been seen as concept associates protection and care instead of dependence and pressure on child. These steps means important phases in establishing democratic family structure. All contemporary law orders have rebuilt their approaches related to parental authority. New opinions have ocured on the exercise of parental authority. Especially, joint custody has been studied in case of completion of mutual life or separation or divorce. There is not any regulation on this aspect in our legal order. Various opinions have been put forward on this issue. According to us, it will be usefull to make a regulation in Turkish law on exercise of joint custody in case of completion of mutual life or separation or divorce. Both our opinions and approach of the Court of Cassation on this subject have been examined.

Keywords

Parental authority, mother, father, child, absolute right, joint custody, strictly bonded personal right

ALMAN FEDERAL MAHKEMESİNİN BİR KARARI IŞIĞINDA AYNI CİNSİYETTE İKİ KİŞİNİN BİRLİKTE EVLAT EDİNMESİ MESELESİ

Dr. Öğr. Üyesi Gözde ÇAĞLAYAN AYGÜN¹⁵

Alman hukukunda evlat edinmeye ilişkin genel düzenlemeler Alman Medeni Kanunu'nda (BGB) yer almaktadır. Medenî Kanun evlat edinmede bir ayrıma giderek küçüklerin evlat edinilmesi ile erginlerin evlat edinilmesini farklı olarak hüküm altına almaktadır. Evlât edinmeye ilişkin hükümlerde evlat edinecek kişiler bakımından da bir ayrım bulunmakta; bu ayrım tek başına evlat edinme ve birlikte evlat edinme olarak ortaya çıkmaktadır. Evli olan kişilerin kural olarak birlikte evlat edinmesi gerekmekte olup; bazı durumlarda ise tek başına evlat edinme söz konusu olabilmektedir. Evli kişinin tek başına evlat edinebilmesi için ya üvey çocuğun evlat edinilmesi ya da diğer eşin ayırt etme gücünden yoksun olması veya yirmi yaşını doldurmamış olması yahut ayrı yaşayan eşin evlat edinmeye rıza göstermemiş olması gerekmektedir. Evli olmayan kişiler ise ancak tek başına evlat edinebilmektedir. Alman hukukunda 1 Ocak 2005 tarihinden itibaren, “Hayat Ortaklığı Kanunu (LPartG)” ile tescil edilmiş aynı cinsiyetli ortaklıkların evlat edinmesinin yolu açılmaktadır. LPartG’ nin 9. maddesinin 7. fıkrası uyarınca, bu hayat ortaklıklarında, taraflardan birinin öz çocuğunun, diğer hayat ortağı tarafından evlat edinilmesi mümkündür. Anılan Kanunun ilgili hükmü ve BGB’ nin 1754/1 maddesi uyarınca, evlatlığa kabul beyanı ile çocuk, her iki tarafın ortak çocuğu statüsünü kazanmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki, hayat ortaklığı içerisindeki bu partnerlerin birlikte başka bir çocuğu evlat edinmelerine olanak tanınmamıştır.

Aynı cinsiyetteki iki Alman vatandaşı kişinin Güney Afrika Cumhuriyeti’nde evlat edindiği bir çocuğa ilişkin olarak, evlat edinme kararının tanınması ve çocuğun Almanya’da nüfusa tescili için açılan bir davaya ilişkin uyuşmazlık kanun yolu olarak Alman Federal Mahkemesi önüne gelmiştir. Federal Mahkeme,

ulusal hukuk düzenlemelerinde aynı cinsiyette iki kişinin bir başka çocuğu evlat edinmesine izin verilmese de uluslararası hukuk metinlerinde kabul gören ve esas alınan “çocuğun üstün yararı” ilkesinden yola çıkılması gerektiğine vurgu yapmıştır. Mahkeme davada karşı karşıya gelen kamu düzeni menfaati ile çocuğun menfaati arasında bir denge kurularak, çocuğun korunduğu değerin üstünlük sahibi olması dolayısıyla ön planda tutulması gerektiğini ifade etmiştir.

Bu tebliğde Federal Mahkemenin verdiği karar tüm yönleriyle ele alınıp, incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Alman hukuku, evlat edinme, aynı cinsiyette kişiler, kamu düzeni, çocuğun üstün yararı

THE ISSUE OF CO-ADOPTION OF TWO PEOPLE OF THE SAME-SEX IN THE LIGHT OF A VERDICT OF THE GERMAN FEDERAL COURT

The general regulations for adoption in German law are stated in the German Civil Code (BGB). The Civil Code makes a distinction between the adoption of minors and the adoption of adults. There is also a distinction in terms of adopters in the adoption provisions; this distinction arises as adoption alone and adoption together. Married people are required to adopt together as a rule; however, in some cases adoption alone may be approved. In order for the married person to adopt alone, either the foster child must be adopted, or the other spouse must lack the power of discernment, the spouse has not reached the age of twenty or the spouse who is separated must have given consent to the adoption. Unmarried persons can adopt only on their own. In German law, starting from 1 January 2005, the path to adoption of same-sex partnerships registered with the “law on Life Partnership (LPartG)” has been opened. In line with the 7th subclause of Article 9 of LPartG, in these life partnerships, the child of one of the parties can be adopted by the other partner. Under the relevant judicial sentence of the mentioned Act and Article 1754/1 of the BGB, the child legally gains the status of the common child of both parties through the acknowledgement of adoption. However, it should be noted that these life partners are not allowed to adopt another child together.

Concerning the legitimization of the adoption of a child by two German citizens of the same sex in the Republic of South Africa, the dispute has come to the German Federal Court for the acknowledgement of the adoption and registration of the child as German. The Federal Court emphasized that although two people of the same-sex are not allowed to adopt another child according to the German law, the principle of “best interest of the child”, which is accepted and based on international laws, must be implemented.

The court gave a ruling that a balance between the interests of public order and the interests of the child should be redressed in the case and that priority should be given to the protection of the best interest of the child.

In this paper, every aspect of the Federal Court's verdict will be examined and discussed in detail.

Keywords: German law, adoption, same-sex persons, public order, best interest of child

MİLLETLERARASI EVLAT EDİNMEDE ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATİ İLKESİ

Dr. Öğr. Üyesi Gizem ERSEN PERÇİN¹⁶

“Çocuğun yüksek menfaati” ilkesi birçok uluslararası sözleşmede yer alsa da eksiksiz bir tanımının yapılması mümkün görünmeyen çocuk haklarının temel ilkesidir¹⁷. Söz konusu ilkeye özellikle milletlerarası evlat edinme ilişkilerini düzenleyen uluslararası sözleşmelerde sıklıkla vurgu yapılmaktadır. Hatta milletlerarası evlat edinme ilişkisinde korunmaya çalışılan menfaatlerin tamamının bu ilkenin farklı görünüşleri şeklinde ortaya çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır.

Tebliğ olarak sunulmak istenen çalışmada, milletlerarası evlat edinmeye dayanak teşkil eden 1) 1965 tarihli Evlat Edinme İle İlgili Makamların Yetkisi, Uygulanacak Hukuk ve Kararların Tanınmasına Dair La Haye Sözleşmesi 2-)1967 tarihli Evlat Edinmeye Dair Avrupa Sözleşmesi 3) 1986 tarihli Ulusal ve Uluslararası Düzeyde Evlat Edinmeye ve Çocukların Bakımına İlişkin Birleşmiş Milletler Deklarasyonu 4) 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 5) 1993 tarihli Çocukların Korunması ve Ülkelerarası Evlat Edinme Konusunda İşbirliğine Dair Sözleşme ve 6) 2008 tarihli Çocukların Evlat Edinilmesine Dair Gözden Geçirilmiş Avrupa Konseyi Sözleşmesi’nde “çocuğun yüksek menfaati ilkesinin” izdüşümleri tespit edilmeye çalışılacaktır.

Özellikle I. ve II. Dünya Savaşlarından sonra geride kalan kimsesiz ve bakıma muhtaç çocuk sayısının fazlalığı sebebiyle gündeme gelen milletlerarası evlat edinme kurumu, sonraki yıllarda dünyanın çeşitli bölgelerinde gerçekleşen savaşlar, doğal afetler, ekonomik buhranlar gibi sebeplerle güncelliğini korumaya

¹⁶ *İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi - Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı*

¹⁷ *Söz konusu ilkenin, çocuk haklarının yaşama geçirilmesinde bir kılavuz olarak nitelenmesine ilişkin bkz. Rona SEROZAN, Çocuk Hukuku, İstanbul, 2005 s. 66.*

devam etmiştir. Çocuğun mutad meskeninin bulunduğu ülkede bakılamayacağıının tespit edilmesinden, kendisini evlat edinenlerin mutad meskenine götürülmesine kadarki sürecin tamamında çocuğun yüksek menfaati ilkesine göre hareket edilmesi gereği yukarıda bahsi geçen uluslararası sözleşmelerde açıkça kaleme alınmıştır. Söz konusu ilkenin uygulanması ise, uluslararası çocuk ticaretinin önlenmesi, çocukların köle olarak yasa dışı alanlarda çalıştırılmaları, organlarının satılması gibi insanlık ayıbı sonuçların önlenmesi bakımından elzemdir. Tebliğ olarak sunulmak istenen çalışmada, bu sonuçların önlenmesi için uluslararası ve ulusal düzlemde ne gibi çözümler üretilebileceği üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Ülkelerarası Evlat Edinme- Çocuğun En Yüksek Menfaati- Uluslararası Çocuk Ticareti- Menşe Devlet- Kabul Eden Devlet

THE BEST INTERESTS OF THE CHILD PRINCIPLE IN INTERNATIONAL ADOPTION

Assist. Prof. Dr. Gizem ERSEN PERÇİN¹⁸

Although the principle of the best interest of the child is regulated in many international conventions, it can't be defined completely. But its the fact that it reflects the basic principle of the children rights. Most of the international conventions emphasized this principle are about the international adoption relations. Moreover, it would not be an incorrect statement to indicate that all the interests trying to be protected in the international adoption relationships emerges different approaches of this principle.

The intended study to be presented, constitutes the basis of the principle of the best interests of the child according to the conventions about international adoption, such as: 1) Convention of 15 November 1965 on Jurisdiction, Applicable Law and Recognition of Decrees Relating to Adoptions 2) 1967 European Convention on the Adoption of Children 3) 1986 United Nations Declaration on National and International Adoption and Child Care 4) 1989 Convention on the Rights of the Child 5) 1993 Convention on Protection of Children and Co-operation in respect of Intercountry Adoption and 6) European Convention on the Adoption of Children (Revised 2008).

Due to the ascending number of orphans and children in need left behind in the end of the first and second World Wars, the term of international adoption acquires first. Then it continued its currency because of wars, natural disasters and economic crises in various parts of the world. In these international conventions mentioned above, it is exhibited obviously that the principle of the best interests of the child should have been applied during the process from determining the child can't be looking after in his/her habitual residence

to transferring him/her to the adopters habitual residence. The application of this principle is compulsory for the prevention of shame on humanity such as international child trade, the employment of children in illegal areas as slavery or the sale of their organs. In this study, it will tried to be recommended some solutions in both international and national law perspective in order to prevent those undesirable results.

Keywords: Intercountry Adoption- The Best Interests of The Child- State of Origin-Receiving State

EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNDE TASFİYE SÖZLEŞMESİ

DR. İPEK BETÜL ALDEMİR TOPRAK¹⁹

Aile hukukuna ilişkin hükümler, kural olarak emredici niteliktedir. İlişki tipleri ise sınırlı sayıdadır. Bu nedenle eşler, kendi aralarında her türlü hukukî ilişkiyi kurma özgürlüğüne sahip değildirlir. Ancak kanun koyucu, Türk Medenî Kanunu'nda yer vermiş olduğu bazı düzenlemeler ile eşlere, sınırlı da olsa serbestlik tanımıştır. Böylelikle, eşlere kanunda yer alan düzenlemeden farklı bir esası benimseme imkânı getirilmiştir. Aile hukukunda taraflara sözleşme özgürlüğü tanınan alanların başında ise mal rejimi gelmektedir. Türk Medenî Kanunu'nun 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe girmesi ile birlikte, edinilmiş mallara katılma rejimi yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. Mal rejiminin kanunda yer alan nedenlerden biriyle sona ermesiyle birlikte, tasfiye aşamasına geçilir. Tasfiye, tasfiye anlaşmasının yapılması veya tasfiye davasıyla gerçekleşir. Tasfiye sözleşmesi, esas itibarıyla mal rejiminin sona ermesi ile gündeme gelen katılma alacağının, eşler tarafından belirlenmesini amaçlar. Bu belirleme ise yasal mal rejiminin sona ermesi öncesinde ya da sonrasında gerçekleştirilebilir. Ancak mal rejimi sona ermeden yapılan tasfiye sözleşmeleri, mal rejiminin sona ermesi ile hüküm ve sonuçlarını doğurur. Bu anlamda tasfiye sözleşmesi, tarafların, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesiyle birlikte tasfiye davası açmaksızın, esas itibarıyla katılma alacağını belirledikleri sözleşmedir. Sözleşmenin tarafları, eşler veya bazı durumlarda eş ile diğer eşin yasal mirasçılardır. Türk Medenî Kanunu'nun ehliyeteye ilişkin kuralları tasfiye sözleşmesi için de geçerlidir. Tasfiye sözleşmesi, Türk Medenî Kanunu'nda düzenlenmediği için niteliği gereği aile hukukuna özgü isimsiz bir sözleşmedir. Tasfiye sözleşmesi, kural olarak şekle tabi olmayan bir sözleşmedir. Ancak boşanma davası sırasında yapılan tasfiye sözleşmesinin, anlaşmalı boşanma protokolünün şekline tabi olduğu söylenmelidir. Eşlerin boşanma halinde

yapacakları sözleşme, anlaşmalı boşanma davası ve diğer boşanma davaları olarak iki farklı şekilde incelenmelidir. Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için eşlerin yasal mal rejiminin tasfiyesi hususunda anlaşmalarının gerekip gerekmeyeceği hususu doktrinde tartışmalıdır. Tasfiye sözleşmesi ile taraflar, katılma alacağı ve değer artış payı alacağına ilişkin düzenlemeler yapabilirler. Ancak taraflar, yapabilecekleri bu düzenlemeler bakımından sınırsız bir özgürlük içerisinde değildirlere. Söz konusu bu 2 düzenlemelerin sınırını, edinilmiş mallara katılma rejiminin emredici nitelikteki hükümleri oluşturur. Zira aksinin kabulü ile eşler, yasal mal rejimi süresi içerisinde yapmak istedikleri, ancak emredici düzenlemeler nedeniyle elde edemedikleri sonucu, tasfiye sözleşmesi ile dolanarak elde edebilirler. Ayrıca Türk Borçlar Kanunu kapsamında yapılan düzenlemeler bakımından da, kanunda öngörülen yasal sınırlara uyulması gerekir. Anahtar Kelimeler: Edinilmiş mallara katılma rejimi, tasfiye sözleşmesi.

LIQUIDATION CONTRACT IN THE MARITAL PROPERTY REGIME OF PARTICIPATION IN ACQUIRED PROPERTY

Abstract

Provisions relating to family law, the mandatory nature of the rules. The relationship types are limited in number. Thus, spouses do not have the freedom of all kinds of legal relations among themselves. However, the legislator, with some adjustments to spouses of Turkish Civil Code has given place, albeit limited, has recognized freedom. In this way, the possibility of adopting a different basis from the regulations in the law spouses was introduced. At the beginning of the area of freedom of contract known to the parties in family law come to the marital property. Turkish Civil Code on January 1, 2002 with the entry into force, the marital property regime of participation in acquired property has been recognized as the legal marital property regime. When the marital property regime ends with one of the reasons mentioned in the law, the liquidation phase is initiated. Liquidation occurs with the making of the liquidation contract or the liquidation case. The liquidation contract aims to determine the participation claim, which are brought to the agenda with the end of the marital property regime, by the spouses. This determination can be made before or after the end of the legal marital property regime. However, liquidation contracts made before the end of the marital property regime, with the end of the marital property regime gives rise to provisions and consequences. In this sense, the liquidation contract is the contract in which the parties determine that they will the participation claim with the end of the marital property regime of participation in acquired property without making a liquidation case. Parties to the contract are spouses or in some cases legal heirs of the spouse and other spouse. The rules of the Turkish Civil Code regarding capacity also apply to the liquidation contract. The liquidation contract is an anonymous contract unique to family law due to its nature as it is not regulated in the Turkish Civil Code. A liquidation contract is a contract that is not subject to form as a rule. However, it should be said that the liquidation contract made during divorce proceedings is subject to the form of the negotiated

divorce protocol. In the case of divorce, the contract of the spouses, contracted divorce cases and other divorce cases should be examined in two different ways. Whether spouses should agree on the liquidation of the legal marital property regime in order for a negotiated divorce to take place is debatable in the doctrine. With the liquidation agreement, the parties can make arrangements regarding the participation claim and the share of the increased value share. However, the parties are not in a position of unlimited freedom in respect of these arrangements which they 4 can make. The limit of these regulations is the imperative provisions of the marital property regime of participation in acquired property. Because with the acceptance of the contrary, spouses can obtain the result they wish to make within the period of the legal property regime, but cannot obtain due to the ordering regulations, by winding up with the liquidation contract.

Keywords: The marital property regime of participation in acquired property, liquidation contract

SAĞ KALAN EŞE AİLE KONUTU VE EV EŞYASININ ÖZGÜLENMESİ

Dr. Öğretim Üyesi Elif Yavuz²⁰

Özet

Evlilik birliği devam ederken eşlerden birinin vefatı halinde, sağ kalan eş yasal mirasçıdır. Aynı zamanda; evlilik birliği ölümle sona erdiği için eşler arasındaki mal rejiminin de tasfiyesi meselesi ortaya çıkacaktır.

Terekede bulunan aile konutu ve ev eşyasının ise özel olarak sağ kalan eş için yaşamdaki önemi büyüktür. Bu sebeple TMK. m. 652 sağ kalan eşe diğer mirasçılardan farklı bir hak tanımıştır. Buna göre; mirasın paylaşılmasında, eşlerden birinin ölümü halinde tereke malları arasında ev eşyası veya eşlerin birlikte yaşadıkları konutun bulunması durumunda sağ kalan eş, bunlar üzerinde kendisine miras hakkına mahsuben mülkiyet hakkı tanınmasını isteme hakkına sahiptir. Dolayısıyla eş, mirasçı olma sıfatını taşıdığı koşullarda (mirastan feragat, mirastan yoksunluk, mirasın reddi veya mirasçılıktan çıkarılma olmadığı halde) bu malvarlığı değerlerinin diğer mirasçılara geçmesinden önce onlar üzerinde mülkiyet hakkı sahibi olabilecektir.

Eş, tek başına mirasçı olduğunda, aile konutunun ve ev eşyasının kendisine özgülenmesine gerek kalmaksızın mülkiyet hakkına doğrudan sahip olur. Sağ kalan eşin diğer zümreler ile birlikte mirasçı olması söz konusu olduğunda ise eşin yasal miras payı; birinci zümre ile mirasçılığında $\frac{1}{4}$, ikinci zümre ile mirasçılığında; $\frac{1}{2}$ ve üçüncü zümre ile mirasçılığında ise; $\frac{3}{4}$ (veya tamamı) olarak belirlenmiştir. Bu takdirde, sağ kalan eş, bu oranlar dahilinde kendi miras hakkına mahsuben aile konutu ve ev eşyasının kendisine özgülenmesini talep edebilecektir.

Eşin, kendisine özgülenmesini talep ettiği konutun veya ev eşyasının mirasbırakan olan eşinin terekesinde bulunması gerekmektedir. Ayrıca, sağ kalan eşin bu yönde bir talebi olması da şarttır. Hakimin bu konuda resen karar verme yetkisi yoktur.

Sağ kalan eşe özgülenen konutun ve ev eşyasının değeri, onun miras payına düşenden fazla ise, bedel eklemek suretiyle denkleştirmeye de gidilebilir.

Haklı sebeplerin varlığı halinde, sağ kalan eşin veya mirasbırakanın diğer yasal mirasçılardan birinin istemi üzerine, sağ kalan eşe, aile konutu ve ev eşyası üzerinde mülkiyet yerine intifa veya oturma hakkı tanınmasına da karar verilebilir. Burada haklı sebep değerlendirmesi hakimin takdirindedir.

Sağ kalan eşin, maddede belirtilen bu haklarını kullanmasını sınırlandıran hallerden biri; mirasbırakanın icra ettiği meslek ve sanatın altsoyundan biri tarafından devam ettirilmesi durumudur. Bu takdirde sağ kalan eş, aile konutunda bu meslek ve sanatın icra edildiği bölümlerde bahsi geçen mülkiyet, intifa ve oturma haklarını kullanamayacaktır. Bir başka sınırlandırıcı hal ise; tarımsal taşınmazlara ilişkin miras hukuku kurallarıdır. Kanunkoyucu, miras paylaşımında aile konutu ve ev eşyasına ilişkin hakların kullanımında tarımsal taşınmazların kendine has özelliklerine üstünlük tanımıştır.

Sağ kalan eşin, aile konutu ve eş eşyası üzerindeki sahip olduğu bu hak seçimlik bir hak olup, eş hakkı kullanıp kullanmamakta serbesttir. Bununla beraber, kişiye sıkı sıkıya bağlı olan bu hak devredilemez, hacedilemez ve miras yoluyla sağ kalan eşin mirasçılara geçemez.

Anahtar Kelimeler: Aile konutu, ev eşyası, sağ kalan eş, miras hukuku, aile hukuku.

THE ALLOCATION OF MATRIMONIAL HOME AND HOUSEHOLD GOODS TO THE SURVIVING SPOUSE

Abstract

If one of the spouses dies while the marital union continues, the surviving spouse is the legal heir. Meanwhile, depending on the marital union ending with death, the issue of liquidation of the property regime between spouses will also arise.

Matrimonial home and household goods in the inheritance are important especially for the surviving spouse's life and comfort. Therefore, Turkish Civil Code (TCC.) Art. 652 granted a different right to the surviving spouse than the other heirs. In partition of inheritance; if there are household goods or the house (matrimonial home - family dwelling) where the spouses live together, the surviving spouse has the right to demand allocation of property rights instead of inheritance. Consequently, the spouse may have the ownership rights before the transfer of these matrimonial home and household goods to the other heirs, under the condition (except renunciation of inheritance, disinheritance, disclaim of inheritance) he/she is a rightful heir.

The surviving spouse will have the property right of matrimonial home and household goods, when he/she is the rightful heir alone. The surviving spouse receives; $\frac{1}{4}$ of the estate, where she/he share with the deceased's issue, $\frac{1}{2}$ of the estate, where she/he share with the heirs in the parental line, $\frac{3}{4}$ (or all) of the estate, where she/he will share with the grandparental line. In this case, the surviving spouse will be able to request matrimonial home and household goods instead of inheritance share.

The matrimonial home and household goods requested by the spouse must be in the inheritance of deceased spouse. It is also necessary for the surviving spouse to have a request in this way. The judge does not ex officio regulate the named consequences.

If the value of the house and household goods is more than surviving spouse's share of inheritance, it can be compensated by adding a price (hotchpot).

However, in case of justifiable reasons, it may be decided to grant a right of usufruct or residence instead of ownership upon the request of the surviving spouse or one of the legal heirs. The judge evaluates the justifiable reasons.

The surviving spouse cannot use these rights, if one of the heirs continues the profession and art of deceased spouse. In this case, the surviving spouse will not be able to use property, usufruct and residence (habitation) right which are mentioned in the parts of where this profession and art are performed in the house (matrimonial home). Another restrictive situation is inheritance law rules regarding agricultural real estate. The legislator has given priority to the agricultural real estate in partition of inheritance to the rights of matrimonial home and household goods.

The surviving spouse has an optional right and free to use the right or not. Spouse has a strictly personal right on matrimonial home and household goods and it can not be transferred.

Key words: Matrimonial home, household goods, surviving spouse, inheritance law, family law.

ÇOCUKLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

Dr. Mehtap İpek İşleten²¹

Kişisel veriler, sahibinin izni ve bilgisi olmaksızın başkalarının erişemeyeceği, kullanamayacağı, çoğaltamayacağı ve işleyemeyeceği belirli veya belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgi olarak tanımlanır. Bu kapsamda, kişilerin görüntüsü, sesi, hastalıkları kişisel veri olarak nitelendirilebilen kişisel bilgilere örnek olarak sayılabilir. İnternet ve sosyal medya platformlarında kişisel verilerin hizmet sağlayıcılar ile paylaşılması, paylaşılan bu kişisel verilerin kayda alınması, değiştirilmesi, silinmesi, dağıtılması gibi güvenlik sorunlarını da birlikte getirmektedir. Güvenlik sorunları nedeniyle, kişinin kendi hakkındaki bilgiyi kontrol edebilme imkânı tehlikeye girmektedir. Günümüzde, ebeveynlerin gerek kendi sosyal medya hesaplarında gerek çocukları adına açtıkları hesaplarda çocuklarına ait görüntüleri ve isim, soy isim, doğum tarihi gibi çocuğa ait kişisel verileri paylaştığına sıkça rastlamaktayız. Çocuklar çok küçük yaşta hatta doğumlarından başlayarak ebeveynlerinin yaptıkları paylaşımlar sebebiyle istimara açık hale getirilmektedir. Bu paylaşımların özel hayata müdahale teşkil ettiği kuşkusuzdur. Zira, ebeveynler çoğu zaman çocuklarının rızasını almaksızın kendi iradeleri doğrultusunda bu paylaşımları yapmaktadırlar ve uzun süreli etkiler yaratması muhtemel olan bu paylaşımlar üzerinde çocukların herhangi bir kontrolü olamamaktadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Hakkında Sözleşme'nin 16. maddesinde hiçbir çocuğun özel yaşantısına, aile, konut ve iletişimine keyfi ya da haksız bir biçimde müdahale yapılamayacağı, onur ve itibarına da haksız olarak saldırılamayacağı düzenlendikten sonra, çocuğun bu tür müdahale ve saldırılara karşı yasa tarafından korunmaya hakkı olduğu açıkça ifade edilmiştir. Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün 8. maddesinde 16 yaşından küçük çocuklar bakımından veri işleme faaliyetinin, ancak rızanın çocuk üzerinde velayet hakkı bulunan kişi tarafından verilmesi veya onaylanması halinde ve verildiği veya onaylandığı ölçüde hukuka uygun olacağı belirtilmiştir.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda çocuklara ilişkin özel bir hüküm mevcut değildir. Ancak, Kanun'un 4. maddesinde kişisel verilerin kural olarak veri sahibinin açık rızası ile işlenebileceği düzenlenmektedir. İlgili maddenin ergin kişileri esas aldığı dikkate alındığında, çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde çocuğun rızasının geçerli olup olmayacağı veya rızanın kimden alınacağı sorunu ortaya çıkacaktır. Türk Medeni Kanunu'nun 335/I hükmü uyarınca ergin olmayan çocuklar velayet altındadır. Bu durumda, ergin olmayan çocukların kişisel verilerinin işlenmesinde velayet hakkına sahip ana babanın rızası geçerli olacaktır. Kişisel verilerin ebeveynler tarafından işlenmesi halinde ise velinin rızasının var olduğu kabul edilecektir, zira, velinin çocuğun menfaatine hareket etmesi asıldır. Oysa, ebeveynlerin çocuklara ilişkin görüntü ve diğer kişisel bilgileri her zaman bunların çocuklar üzerinde yaratacağı etkileri dikkate alarak ve tüm riskleri değerlendirerek paylaştığı söylenemez. Ebeveynler bazen tamamen iyi niyetle ama düşüncesizce bazen velayet hakkını kötüye kullanarak çocuğun ileride karşısına çıkmasını istemediği bilgilerini internet ortamında, sosyal medya platformunda paylaşabilirler veya kişisel verilerinin işlenmesine izin verebilirler. Çocuklar sadece 3. kişilere karşı değil, aynı şekilde ebeveynlerine karşı da korunabilme imkânına sahip olmalıdır. Velayet hakkının çocuğun menfaatine kullanılmadığı durumlarda, hâkim tarafından, çocuğu korumaya yönelik tedbir olarak velayetin kaldırılması söz konusu olabilecektir. Ayrıca, çocuklar fiil ehliyetine sahip olduklarında kişisel verilerinin düzeltilmesi, değiştirilmesi veya silinmesi hakkını ebeveynlerine karşı kullanabileceklerdir.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Velayet, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü, Özel Hayat, Sosyal Medya Platformu

PROTECTION OF CHILDREN’S PERSONAL DATA

Dr. Mehtap İpek İşleten

Personal data is information that relates to an identified or identifiable individual that others cannot access, use, reproduce and process without their owner’s consent and knowledge. For example, the image, the voice, the illnesses of people are all personal data. Sharing personal data with service providers on internet and social media platforms also brings security problems such as recording, changing, deleting, distributing these shared personal data. Due to security problems, the possibility to control information about himself is compromised. Today, we often encounter that parents share their children’s personal data such as images, last name, first name, date of birth in their social media accounts and in the accounts they open for their children. Since their birth, children are open to abuse due to the sharing of their parents. There is no doubt that these sharings constitute an intervention in private life. Because, parents often share children’s personal information with their own will without the consent of their children and children cannot have any control over these sharings although these sharings have a long-term effect. It is stated in article 16 of the Convention on the Rights of the Child that no child shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his or her honour and reputation. It is also stated in the same article that the child has the right to the protection of the law against such interference or attacks. General Data Protection Regulation article 8 defines rules regarding children’s consent to the processing of their personal data in relation to information society services offered directly to children. In this regard, the regulation stated that, for children under 16, the holder of parental responsibility shall give or authorise the consent. There is no special provision regarding children in the Personal Data Protection Law No. 6698. However, according to the 4 th article of this Law, as a rule, personal data can be processed with the express consent of the data subject. Considering that the relevant article is based on adult individuals, the problem will arise whether the consent of the child will be valid or who will consent to the

processing of children's personal data. In accordance with the article 335 / I of the Turkish Civil Code, minors remain the parental responsibility of their father and mother. So, the consent of the parent, who retains parental responsibility, will apply to the processing of personal data of minors. If the personal data are processed by the parents, it will be accepted that the parent's consent exists, because, parental responsibility serves the best of the child. However, it cannot be said that parents always share images and other personal informations of children by taking into account the effects of this sharings on children and assessing all the risks. Parents can sometimes in good faith but thoughtlessly or sometimes by abusing their custody rights, share informations that children do not want to see in the future on the social media platform or allow their personal data to be processed. Children should have the opportunity to be protected not only against third parties, but also against their parents. In cases where the parents violate their duties towards child the the judge shall revoke parental responsibility. Also, when the children have the capacity to act, they will be able to use the right to correct, modify or delete their personal data against his parents.

Keywords: Personal Data, General Data Protection Regulation, Parental Responsibility, Social Media Platforms, Private Life

ÇOCUKLAR ÜZERİNDE KLİNİK ARAŞTIRMA YAPILMASINDA YASAL TEMSİLCİNİN VE ÇOCUĞUN OLURUNUN ALINMASI SORUNU

Doç. Dr. Alper UYUMAZ²²

Çocuklar üzerinde klinik araştırma yapılması, esasen İlaç ve Biyolojik Ürünlerin Klinik Araştırmaları Hakkında Yönetmelikte²³ düzenlenmiştir. Çocuklar üzerinde klinik araştırma yapılması, Yönetmelikteki ifade ile çocukların klinik araştırmalara iştiraki, Yönetmeliğin 5'inci ve 6'ncı maddelerinde yer almaktadır. Aslında, çalışma konusu, Yönetmeliğin 6'ncı maddesinde düzenlenmiş ise de Yönetmeliğin 5'inci maddesi, tüm klinik araştırmaların genel esaslarını ve ilkelerini düzenlediği için çocukların klinik araştırmalara iştiraki hususunda öncelikle uygulanmalıdır. Yönetmeliğin 5'inci maddesinin birinci fıkrasının (1) bendine göre, araştırmaya iştirak edecek ayırt etme gücüne sahip çocuğa ve yasal temsilcisine, araştırmaya başlanılmadan önce; araştırmanın amacı, metodolojisi, beklenen yararları, öngörülebilir riskleri, zorlukları, kişinin sağlığı ve şahsi özellikleri bakımından uygun olmayan yönleri anlatılır. Ayrıca, hem çocuğa hem de çocuğun yasal temsilcisine, araştırmanın yapılacağı, devam ettirileceği şartlar hakkında ve araştırmadan istediği anda çekilme hakkına sahip olduğu hususunda yeterince ve anlayabileceği şekilde bir bilgilendirme yapılmalıdır. Bu bilgilendirme, araştırma konusuna hâkimiyeti olan araştırma ekibinden bir sorumlu araştırmacı veya hekim ya da dış hekimi olan bir araştırmacı tarafından yapılır. Bu aydınlatma, ayırt etme gücüne sahip çocuğa ve yasal temsilcisine, araştırma ile ilgili gerekli tüm bilgileri anlamasını sağlamak üzere araştırmadan önce yapılmalıdır. Zira, hukuken zarar görenin rızasının bir hukuka uygunluk sebebi olması için rızanın zarar verici eylemden önce alınması şarttır. Araştırmacıların çocuğu ve yasal temsilcisini aydınlatma yükümlülüğü, gerekli durumlarda araştırma boyunca da devam eden bir yükümlülüktür. Çocuğun klinik araştırmaya katılması için çocuk ve yasal temsilcisinin aydınlatılması

22
23

*Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, alperuyumaz@selcuk.edu.tr.
RG., 13.04.2013, S. 28617.*

gerekli ise de tek başına yeterli değildir. Ayrıca, Yönetmeliğin 6'ncı maddesinin birinci fıkrasının (b) bendine göre, çocuk, ayırt etme gücüne sahip ise kendi rızasının yanı sıra yasal temsilcisinin usulüne uygun aydınlatıldıktan sonra yazılı olarak oluru alınmalıdır. Zira, tüm klinik araştırmalarda aydınlatma yapıldıktan sonra ayrıca klinik araştırmaya katılma yönünde bir olur alınması gerekir. Ancak, buradaki sorun, veli ya da vasisden başka çocuğun da olurunun alınmasında yazılı şekil şartının aranıp aranmayacağıdır. Ayırt etme gücü olan çocuğun rızasının alınacağı konusunda tereddüt yok ise de Yönetmelik 6/1, bent (b) hükmü tek başına değerlendirildiğinde, hükmün sanki çocuğun rızasını ve yasal temsilcinin yazılı olurunu yeterli gördüğü söylenebilir. Ancak, hüküm, klinik araştırmalarda genel esasları düzenleyen Yönetmelik 5/1, bent (i) ile birlikte değerlendirildiğinde araştırmaya katılan gönüllünün rızasının alınmasının yanında gönüllü olur formu ile bunun yazılı olarak belgelenmesi gerektiği sonucuna varılmalıdır. O halde, ayırt etme gücüne sahip küçüğün (okuma yazma biliyorsa) ayrıca yazılı olurunun alınmasının gerekli olduğu ifade edilmelidir. Şüphesiz, ayırt etme gücüne sahip olmayan çocukların klinik araştırmalara katılmaları bakımından aydınlatma ve aydınlatma sonucunda yapılacak klinik araştırmaya katılma hususunda verilecek olur, çocuğun velisi, eğer çocuğun velisi yoksa vasisi tarafından verilecektir. İstisnai olsa da ayırt etme gücüne sahip ancak okuma yazma bilmeyen bir çocuğun klinik araştırmaya katılması durumunda, çocuğun mutlak suretle usulüne uygun şekilde aydınlatıldıktan sonra rızası alınacak ancak veli ya da vasisinin yazılı oluru yeterli olacaktır. Velinin vereceği olur bakımından başkaca bir kişi veya kurumdan izin alınması söz konusu değildir. Vasinin olur vermesinde ise, vasi dışında vesayet ve denetim makamı olan mahkemelerden TMK.m.462 ve 463 anlamında bir izin alınması düzenlenmemiş ise de bu yönde bir izin alınmasının çocuğun korunması bakımından gerekli olduğu ileri sürülebilir.

Anahtar Kelimeler: *Çocuklar Üzerinde Klinik Araştırmalarda Rıza, Çocukların Klinik Araştırmaya Katılmasında Rıza, Küçükler Üzerinde Klinik Araştırma Yapılması, Klinik Araştırmalar, Tıbbi Araştırmalar.*

CONSENT OF CHILD AND LEGAL REPRESENTATIVE IN CLINICAL RESEARCHES ON CHILDREN

Assoc. Prof. Dr. Alper UYUMAZ²⁴

Clinical research on children is essentially regulated in the “Regulation about Clinical Research of Medicines and Biological Products²⁵”. Clinical research on children, by the words of Regulation, *the participation of children in clinical researches* is regulated at the 5th and 6th articles of the Regulation. Although the provision about the subject of the study is directly in the 6th article of the Regulation, the 5th article of the Regulation should be applied primarily in terms of children’s participation in clinical research, as it regulates the general principles and principles of all clinical research. According to Regulation Art. 5/1, subparagraph (i), the child who has the power of discrimination and his legal representative must be explained about the purpose, methodology, expected benefits, predictable risks of the research and difficulties of the research in terms of health and personal characteristics of the child before starting the research. Besides, both the child and the legal representative of the child should be provided with sufficient and understandable information about the conditions under which the research is to be carried out and continued, and that child has the right to withdraw from the research at any time. This information is given by a researcher who is in charge of the research team, a researcher responsible for the research team, or a researcher who is a dentist. This lighting should be done before the research to ensure that the child and his/her legal representative who have the power to distinguish understand all the necessary information about the research. Because legally, the consent of the damaged person is a reason for compliance with the law, if it is received before the damaging action. The obligation of the researchers to enlighten the child and their legal representative is an obligation that continues throughout the research when necessary. Although it is necessary to enlighten the child and his/ her legal representative, it is not

²⁴ Lecturer, Selçuk University School of Law, Chair of Civil Law, alperuyumaz@selcuk.edu.tr.
²⁵ Official Gazette, April 13, 2013-No. 28617.

sufficient alone. Besides, according to Regulation Art. 6/1, subparagraph (b), if the child has the power of discrimination, his/her consent must be obtained in writing after being properly illuminated by his legal representative. Because, in clinical researches, after the participant is enlightened, it is necessary to obtain consent of a participant. However, the problem here is whether or not the child's written consent is required, except for the parent or guardian. Although there is no hesitation about the consent of the child with the power of discrimination is required, it can be said that when the provision of Regulation 6/1, subparagraph (b) is evaluated separately, the provision says that the child's consent and the written consent of the legal representative are sufficient. However, when the provisions is evaluated together with Regulation 5/1, paragraph (i), which regulates the general principles in clinical trials, it should be concluded that the consent of the volunteer participant in the research should be documented in writing with the voluntary form. For this reason, it should be noted that the consent of a child who has the power of discrimination (if he is literate) is a requirement. Undoubtedly, the consent about the participation to the clinical research will be given by the parents or guardians of the child who do not have the power of discrimination. Exceptionally, if a child who is not literate but who has the power of discrimination will participate in a clinical research, the consent of the legal representative is sufficient as long as the child is enlightened. There is no need to obtain permission from another person or institution in terms of the consent of the parent. Although permission in terms of the Turkish Civil Code (Art. 462-463) is not required for the consent of the guardian, the permission of courts is required for the protection of the child.

Keywords: Consent for Clinical Researches on Children, Consent in Participation of Children in Clinical Researches, Clinical Researches on Minors, Clinical Researches, Medical Researches.

AİLE HUKUKUNDA GÜNCEL GELİŞMELER SEMPOZYUMU



İSTANBUL AYDIN ÜNİVERSİTESİ
YAYINLARI

ISBN 978-9752438842



9 789752 438842