T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

GENEL BOŞANMA SEBEBİ OLARAK EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Berna ÖZCAN ÇELİK

ANKARA 2015

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

GENEL BOŞANMA SEBEBİ OLARAK EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Berna ÖZCAN ÇELİK

TEZ DANIŞMANI
Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

ANKARA 2015

T. C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİMDALI

GENEL BOŞANMA SEBEBİ OLARAK EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Zarife ŞENOCAK

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı:	**İmzası:**
Prof. Dr. Zarife Şenocak	
Prof. Dr. Erdem Mazıcıoğlu	
Prof. Dr. Mehmet Dumin	
.....	.....
.....	.....
.....	.....

Ankara-2015

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim. (…../...../2015)

Tezi Hazırlayan Öğrencinin

Berna ÖZCAN ÇELİK

İmzası

…….

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER i
KISALTMALAR vi
GİRİŞ 1

BİRİNCİ BÖLÜM
BOŞANMA HUKUKUNDA BENİMSENEN SİSTEMLER, BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER VE TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK BOŞANMA VE BOŞANMADA BENİMSENEN SİSTEMLER 5
A. Genel Olarak Boşanma 5
B. Boşanmada Benimsenen Sistemler 6
1. Boşanmaya Yer Vermeyen Sistem 6
2. Boşanmanın Serbest Olması Sistemi 7
3. Boşanmanın Sebebe ve Hâkim Hükmüne Dayandığı Sistem 9
II. BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER TÜRK HUKUKUNA YANSIMALARI VE TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ 10
A. Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler 10
1. Kusur İlkesi 10
2. İrade İlkesi 11
3. Temelinden Sarsılma İlkesi 11
4. Elverişsizlik İlkesi 12
B. Türk Hukukuna Yansımaları 12
C. Türk Hukukunda Özel Boşanma Sebepleri 13
1. Genel Olarak 13
2. Zina(TMK Md. 161) 15
3. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış(TMK Md. 162) 17

4. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme(TMK Md. 163) 20
5. Terk(TMK Md. 164) 22
6. Akıl Hastalığı(TMK Md. 165) 26
III. İSVİÇRE HUKUKUNDA GENEL OLARAK BOŞANMA ŞARTLARI VE BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER 29
A. İsviçre Hukukunda Boşanma Şartları 29
1. Genel Olarak 29
2. Ortak Taleple Boşanma 31
a. Tam Anlaşmalı Boşanma 31
b. Kısmi Anlaşmalı Boşanma 33
3. Tek Taraflı Taleple Boşanma 34
a. Ortak Hayatın Kurulamaması 34
b. Birliğin Temelinden Sarsılması 35
4. Bir Boşanma Yargılamasının Diğerine Dönüştürülmesi 36
B. İsviçre Hukukunda Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler 37
IV. ALMAN HUKUKUNDA GENEL OLARAK BOŞANMA SEBEPLERİ VE BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER 39
A. Alman Hukukunda Genel Olarak Boşanma Sebepleri 39
1. Genel Olarak 39
2. Başarısızlık(Köklü Ya da Temelden Sarsıntı, Yürümezlik) 40
3. Ayrı Yaşama 41
4. Anlaşmalı Boşanma 43
5. Başarısızlığın Gerçekleşmiş Olmasına Rağmen Boşanmanın Engellenmesi 44
B. Alman Hukukunda Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler 45

İKİNCİ BÖLÜM
BOŞANMA NEDENİ OLARAK EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

I. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI 47
A. Genel Olarak 47

B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasının Unsurları 49
1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması 50
2. Ortak Hayatın Çekilmez Hale Gelmesi 53
C. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasında Kusurun Rolü 60
1. Kusurun Dava Şartı Olup Olmadığı Sorunu 60
2. Davacının Kusurunun Davalı Tarafça İleri Sürülmesinin İtiraz mı Yoksa Def'i mi Olduğu Sorunu 64
3. Davalı Tarafın Hakkını Kötüye Kullanması 66
II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN SARSILMASINA YOL AÇAN OLAYLAR 68
A. Ekonomik Birlik Açısından Temelinden Sarsan Olaylar 69
B. Maddi Birlik Açısından Temelinden Sarsan Olaylar: Fiziksel Şiddet 75
C. Manevi Birlik Açısından Temelinden Sarsan Olaylar 80
1. Cinsel Şiddet 80
2. Duygusal Şiddet 87

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM
EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASINA İLİŞKİN YASAL KARİNELER

I. HUKUKİ NİTELİK 91
A. Genel Olarak Karineler 91
B. Yasal Karineler ve Çeşitleri 92
C. TMK Md. 166/3 ve 4'teki Durum 94
II. ANLAŞMALI BOŞANMA 97
A. Eşlerin Boşanma Konusunda Anlaşmaları Kavramı 97
B. Anlaşmalı Boşanmanın Unsurları 99
1. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması 99
2. Eşlerin Birlikte Başvurması 101
3. Eşin Açtığı Davanın Diğer Eşçe Kabulü 103
4. Hakimin Tarafları Bizzat Dinlemesi 104
5. Eşlerin Uzlaştıkları Şartların Hâkimce Yerinde Görülmesi 107

III. ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI NEDENİYLE BOŞANMA 113
A. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Kavramı 113
B. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasının Unsurları 116
1. Öncesinde Herhangi Bir Hukuksal Nedene Dayalı Olarak Açılan Davanın Reddedilmesi 116
2. Redde İlişkin Kararın Kesinleşmesinden İtibaren Üç yıl Geçmesi ve Bu Süre İçinde Evlilik Birliğinin Yeniden Kurulamaması 119
3. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açması 125

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM
BOŞANMA YARGILAMASINA İLİŞKİN USUL İLKELERİ VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR

I. BOŞANMA DAVALARINDA UYGULANACAK OLAN USUL KURALLARI 128
A. Genel Olarak 128
B. Tasarruf İlkesi- Re'sen Hareket İlkesi 129
C. Taraflarca Getirilme İlkesi- Araştırma İlkesi 130
D. Teksif İlkesi 132
E. Alenilik İlkesi 134
F. Doğrudanlık İlkesi 135
II. TARAF EHLİYETİNE İLİŞKİN SORUNLAR 136
A. Genel Olarak 136
B. Taraflardan Birinin Ölmesinin Davaya Etkisi, Davanın Mirasçılarla Sürdürülmesi 138
III. DAVA EHLİYETİNE İLİŞKİN SORUNLAR 142
A. Genel Olarak 142
B. Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu 143
C) Tam Ehliyetsizlerin Durumu 144
IV. 4728 SAYILI AMK'DEKİ "UYUŞMAZLIKLARIN SULH YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ" SORUNU 147

A. Genel Olarak 147
B. Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlenmesi 148
C. Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması 149
V. 4721 SAYILI TMK'DEKİ USUL KURALLARININ UYGULANMASI SORUNU 157
A. Genel Olarak 157
B. TMK Md. 184'de Düzenlenen Özel Yargılama Kuralları ve Uygulaması 158
1. Hâkimin Vicdanen Kanaat Getirmiş Olması 158
2. Hâkimin Boşanma Davalarında Yemin Öneremeyecek Olması 161
3. Tarafların İkrarının Hâkimi Bağlamayacağı 162
4. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi 164
5. Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Ancak Hâkimin Onaylamasından Sonra Geçerli Olacağı 166
6. Taraflardan Birisinin İstemi Üzerine Boşanma Davasına İlişkin Duruşmaların Gizli Yapılabileceği 167

SONUÇ 168
KAYNAKÇA 176
ÖZET 185
ABSTRACT 186

KISALTMALAR

AMK	: Aile Mahkemeleri Kanunu
BGB	: Alman Medeni Kanunu
BK	: Borçlar Kanunu(mülga)
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CEFL	: Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu
çev.	: Çeviren
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EMK	: Eski Medeni Kanun
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HUAK	: Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu
K.	: Karar
Md.	: Madde
S.	: Sayı
s.	: sayfa
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
Vd.	: ve devamı
Y	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: İsviçre Medeni Kanunu
ZPO	: Alman Usul Kanunu

GİRİŞ

Ailenin, toplumun en küçük birimi ve temeli olması, bütün dünyada kabul gören bir değer yargısıdır. Ailenin taşıdığı bu önem dikkate alınarak, "evlenme hakkı" ve "ailenin korunması" gibi kavramlar uluslararası metinlerde yerini almış, ulusal mevzuatlar da bu yönde düzenlenmiştir. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi[1] Md. 16'e göre: "Yetişkin her erkeğin ve kadının, ırk, yurttaşlık veya din bakımlarından herhangi bir kısıtlamaya uğramaksızın evlenme ve aile kurmaya hakkı vardır. Evlenme sözleşmesi, ancak evleneceklerin özgür ve tam iradeleriyle yapılır. Aile, toplumun, doğal ve temel unsurudur, toplum ve devlet tarafından korunur". Benzer şekilde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi[2] Md. 12'ye göre: "Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir". Türk hukukunda da aile, anayasal olarak koruma altına alınmıştır. Anayasanın 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değişik "Ailenin Korunması" kenar başlıklı 41/1. maddesine göre; "Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar."

Aile Hukuku öğretisinde belirli bir aile tanımlaması yapılmamış olup birbirinden farklı olarak ortaya çıkan aile tanımlamalarına yer verilmiştir. Medeni Kanunumuz da bu değişik tanımlamaları kullanmıştır. Buna göre dar anlamda aile; yalnızca karı kocadan oluşan birliği ifade eder. Evlilik birliği şeklinde isimlendirilen bu dar anlamda aileyi Medeni Kanun Aile Hukuku Kitabı'nın hemen başındaki Birinci Kısımda "Evlilik Hukuku" başlığı altında oldukça ayrıntılı hükme bağlamıştır.[3] Geniş anlamda aile; eşlerin yanında, çocukların da beraberinde oluşturduğu birlikteliktir. Medeni Kanun bu anlamdaki aileyi de İkinci Kısımda

---

1 06.05.1949 tarihinde kabul edilmiş ve 27.05.1949 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

2 10.03.1954 tarihinde kabul edilmiş ve 19.03.1954 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır.

3 Akıntürk, Turgut/Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. 2, 12. Bası, İstanbul 2010, s. 6.

düzenlemiştir. Bu anlamdaki aileye "velayet ailesi" de denilebilir.[4] En geniş anlamda aile ise; kan veya sıhri hısım sıfatıyla veya işçi, aşçı vs. de olduğu gibi sözleşme sebebiyle birlikte yaşayan kimselerin oluşturduğu birliği ifade eder.[5] TMK Md. 367'de Ev Birliğine ilişkin ayrımda Kanunkoyucu en geniş anlamda aileden bahseder.[6]

Kanun koyucu tarafından toplumun temeli olarak kabul edilen aile, kural olarak, hukuksal bir işlem olan evlenme akdi ile kurulmaktadır (TMK Md. 125 vd.). Evlenme akdinin kurulmasıyla eşler, evlenmeden önceki hukuksal statülerinden farklı yeni bir hukuksal statüye kavuşmaktadırlar. Bu yeni hukuksal statü, eşlere yeni bazı haklar tanırken, aynı zamanda, bir takım yeni yükümlülükleri de beraberinde getirmektedir. Günlük yaşamda ve hukuk düzeninde arzu edilen asıl amaç, yapılan her evliliğin eşlerin hayatları boyunca devam etmesidir. Ancak, yapılan evliliklerin bazılarının çeşitli sebeplerden dolayı, hayat boyu devam etmediği de bir gerçektir. Nitekim bu gerçeklikten hareket eden kanun koyucu, evlilik sözleşmesinin eşlere yüklediği yükümlülüklerin her zaman eşler tarafından yerine getirilmesini aramamış ve dolayısıyla gerekli olan boşanma kurumunu Türk Medeni Kanunu'nda kabul ederek, bu konuyu ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir (MK. m.161- 166).

Çalışmamız bu girişten sonra dört ana bölüm ve bir sonuçtan oluşmaktadır.

Birinci bölümde, boşanma kavramını, boşanma konusundaki sistemleri, bu sistemlerin dayanağını oluşturan temel ilkeleri, devamında bu ilkelerin Türk Hukuku'na yansımalarını Türk Hukuku'ndaki özel boşanma sebeplerini de açıklamak suretiyle inceleyeceğiz. Anılan ilkelerin İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarına yansımasını, bu anlamda mevcut İsviçre ve Alman Medeni Kanunlarındaki boşanmaya ilişkin hükümleri ayrıntılarıyla anlatacağız.

---

4 Akıntürk/Karaman, s. 6.

5 Feyzioğlu Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971, s. 4, 5.

6 TMK Md. 367: "Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfe göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur. Evi yönetme yetkisi, kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar."

İkinci bölümde, genel boşanma sebeplerine geçiş yapacak, genel boşanma nedenlerinden evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenini Türk Hukukuna yansıyan yönleriyle ayrıntılı bir şekilde anlatmaya çalışacağız. Bu bölümde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının kanuni unsurlarından "birliğin temelinden sarsılması" ve "çekilmezlik" koşuluna ilişkin temel belirlemeleri yapacağız. Bununla beraber evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında kusurun rolünü değişik yönleriyle irdeleyeceğiz. Ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak ileri sürülen olay ve olguların itiraz mı, yoksa def'i mi olduğuna ilişkin temel esasları da ortaya koyacağız.

Özellikle, fiili ayrılığın tek başına evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olup olmadığını, kusurun tamamının davacıda olması durumunda, davanın kabul edilebilip edilemeyeceğini, akıl hastalarına karşı evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanma davası açılıp açılamayacağını, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanak olabilecek tanık anlatımlarının niteliğini, bu anlamda akrabaların ifadelerinin hükme esas alınıp alınamayacağını, evlilik birliğinin temelinden sarsacak nitelikteki olaylardan sonra eşlerin bir araya gelmeleri halinde, önceki olayların hükme esas alınıp alınamayacağını ve evlilik birliğinin temelinden sarsan önemli olgu ve olayların Yargıtay uygulamalarına yansıyan özelliklerini inceleyeceğiz.

Üçüncü bölümde ise, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeniyle boşanma sebeplerinin hukuki niteliğini belirledikten sonra bunlara ilişkin sistemleri ayrıntılarıyla ele almaya çalışacağız. Özellikle, anlaşmalı boşanmada tarafların saiklerinin önemli olup olmadığını, anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartların yerine gelmemesi halinde davaya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak devam edilip edilemeyeceğini, anlaşmalı boşanmanın devam eden tüm boşanma nedenleri bakımından mümkün olup olmadığını, hâkimin tarafların ikrarıyla bağlı olup olmadığını, mali hükümlerle çocukların durumuna hangi kalemlerin girdiğini, akıl hastalarının anlaşmalı olarak boşanmalarının mümkün olup olmayacağını, dava dilekçesinde aynı anda ortak hayatın yeniden kurulamaması ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılmasının mümkün olup olmayacağını, ortak hayatın yeniden kurulamamasına esas olmak üzere bulunması gereken önceki

tarihli davanın mahiyet ve hüküm niteliğinin ne olduğunu, buna ilişkin sürenin ne zaman başladığını, eşlerin hangi nitelikteki birlikteliklerinin öngörülen üç yıllık süreyi keseceğini, davanın reddinin sağlanması bakımından davalının elinde olan ispat araçlarının neler olacağını, buna ilişkin olarak ne türlü delillerin hükme esas alınabileceğini ayrıntılarıyla ortaya koymaya çalışacağız.

Son olarak dördüncü bölümde ise, öncelikli olarak boşanma yargılamasında uygulanacak usul kurallarını tespit edip yargılamada karşılaşılabilecek sorunları taraf ve dava ehliyeti ile AMK ve TMK'de yer alan usul hükümleri çerçevesinde incelemeye çalışacağız. Taraflardan birinin ölmesinin davaya etkisini ve davaya mirasçılarla devamın hangi şartlarda ve hangi taraf açısından mümkün olacağını; sınırlı ve tam ehliyetsizlerin hukuken dava açma ve açılan davayı yürütebilme ehliyetlerinin bulunup bulunmadığını, AMK'de yer alan "sulh"e ilişkin usul hükmünün niteliği ile 6100 sayılı HMK'de yer alan ve taraflarca getirilme ilkesinin uygulandığı davalar açısından hakime ön inceleme aşamasında tarafları sulhe davet etme mecburiyeti getiren hükmü karşısındaki durumunu, TMK Md. 184 ile getirilmiş olan usul hükümlerinin uygulanması ile bu hükümlerin anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın kurulamaması nedenine dayanan boşanma davalarında uygulanabilirliğini anlatacağız.

BİRİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA HUKUKUNDA BENİMSENEN SİSTEMLER, BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER VE TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ

I. GENEL OLARAK BOŞANMA VE BOŞANMADA BENİMSENEN SİSTEMLER

A. Genel Olarak Boşanma

Borçlar Hukuku sözleşmelerinde kural olarak TMK Md. 23/1[7] dolayısıyla "ahlaka aykırı" görülen, çok uzun süreli olarak sözleşme ile bağlılık; evlenme sözleşmesinde bu sözleşmenin niteliği gereği sayılarak, tam aksine, "süreli evlilik", genellikle "ahlaka aykırı" görülmekte ve bu sözleşmenin fesih öneline uyularak, feshinin ihbarı yoluyla sonlandırılmasına olanak tanınmamaktadır.[8]Bizim sistemimizde kanunkoyucu evliliğin en doğal sona erme yolunun ölüm olması karşısında; eşler henüz hayattayken evliliğin kendisinden beklenen amaçları gerçekleştiremeyecek duruma gelmesi halinde evlilik birliğinin boşanma davası açmak yoluyla sona erdirilmesini istemiştir.[9]

Boşanma, eşler henüz hayatta iken, bir eşin kanunda öngörülmüş olan sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda evlilik birliğine geçmişe etkili olmayacak şekilde ve mahkeme kararıyla son verilmesidir.[10] Borçlar Hukuku'ndaki sürekli sözleşmelerde bu kurumun karşılığı "haklı sebeple fesih" olarak adlandırılabilirse de, evlenme sözleşmesinin tarafların kişilik alanlarını ilgilendiren bir konu olması ve bozucu yenilik doğuran boşanma davası açma hakkının

---

7 Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı kişiliğin korunmasını amaçlayan TMK Md. 23/1'e göre kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

8 Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 203.

9 Evliliğin bir diğer sona erme yolu olan evliliğin iptali konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2010, s.77 vd.; Akıntürk/ Karaman, s. 208 vd.

10 Akıntürk/Karaman, s. 235.

münhasıran şahsa bağlı bir hak olması, mahkeme dışı boşanmanın yolunu açan haklı nedenle feshi burada uygulanamaz kılmaktadır.[11]

B. Boşanmada Benimsenen Sistemler

Geçmişten günümüze, devletlerin boşanma konusunda sergiledikleri tavır, farklı görüşlerin doğmasına paralel olarak, dönemden döneme değişiklik göstermiştir. Bu görüşler temelde iki düşünceye dayanır. Bireyci düşünce, karı ve kocanın arzularına, menfaatlerine ve iradelerine dayanan evlilik birliğinin, onların menfaat ve iradelerine uymaz hale geldiğinde, yine eşlerin arzularıyla çözülmesi gerektiğini; tam tersine toplumcu düşünce ise, evliliğin sadece eşlerin zevki ve mutluluğu için değil, özellikle nesillerin yetişmesi amacına hizmet ettiğini, bunun için de devamlı olması gerektiğini savunmaktadır.[12] Esasen bu iki düşünce sosyal bilimlerde kullanılan temel ayrımdır.[13] Bu düşüncelerden yola çıkılarak boşanma sistemleri üç ayrı başlık altında incelenebilir:

1. Boşanmaya Yer Vermeyen Sistem

Bu sisteme tamamen toplumcu düşünce hâkimdir. Hıristiyanlığın ve kilise hukukunun ilk asırlarında boşanmaya cevaz verildiği halde, X. yüzyıldan itibaren boşanma imkânsızlığı esası yerleştirilmiştir.[14]

---

11 Hatemi/ Serozan, s. 209.

12 Feyzioğlu, s. 214; Tandoğan, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ekleme ve Sınıflandırma Yapan: Nuşin Ayiter, Ankara 1965, s. 92; Tekinay, Selahattin: Türk Aile Hukuku, 7. B. İstanbul 1990, s. 166 vd.; Gençcan, Ömer Uğur: Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2010, s. 92, 93; Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 1979, s. 213, 214.

13 Gençcan, s. 92.

14 Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1960(Aile Hukuku), s. 156; Putperest olan ve boşanmaya izin veren Roma'da Hıristiyanlığın kabulü ile birlikte ortaya çıkan durumu Montesquieu şöyle ifade etmiştir: "…Onlar bu memnuiyetle, izdivaçla bağlanan düğümü daha da sıkmak istemişlerken, bu düğüm tamamen gevşeyip çözülmüş oldu. Tabiatta sebatsızlık ve tahavvüllere ev az mukavim olan kalbi, güya sıkı surette bağlamaya kalktılar! Böylece yekdiğerinin varlığından muzdarip biri diğerinin dengi olmaktan çok uzak iki varlığı, geri dönülmez ümitsiz bağlarla bağlamaya cehdettiler…

Kaynağını İncil'deki "Tanrı'nın birleştirdiğini insan ayırmamalıdır"(St. Marcus kitabı X 9-12; St. Lucas kitabı XVI 18) sözünden alan bu görüşe göre, karı ile koca arasında cinsi münasebet gerçekleşmişse(matrimonium ratum et consummatum), evlilik bağı artık çözülemiyor; yalnızca zina ve sair ağır hallerde yatakta, masada ve meskende ayrılığa karar verilebiliyordu.[15] Ayrılık kararı sürekli olarak(perpetua) verilebileceği gibi, geçici süreliğine(temporaria) de verilebiliyor ve her iki durumda da evlilik devam ediyordu.[16] Cinsel ilişkinin gerçekleşmemesi durumunda ise evlilik bağı papanın emirnamesiyle çözülebiliyordu.[17]

Bugün, Katolikliğin ağır etkisi altındaki ülkelerde boşanma yasağı uygulanmaya devam etmektedir.[18]

2. Boşanmanın Serbest Olması Sistemi

Bu sistem ise bireyci görüş hâkimiyetindedir. Karı ve kocanın rızalarıyla meydana gelen evlenme, eşlerin bu konudaki anlaşmalarıyla ya da tek taraflı irade beyanlarıyla son bulabilmelidir.

İslam Hukukunda evlilik akdi, sona erdirilmesi mümkün olmayan ilâhî bir akit olarak görülmemekte, erkeğin boşanma iradesine ağırlık verilmekle beraber, karşılıklı rıza ile de sona erebilen rızai bir akit olarak kabul edilmektedir.[19]Burada, erkeğe "talâk" adıyla karısını, kendi hür iradesiyle ve hâkimin yahut bir din adamının müdahalesi olmadan boşanma yetkisi verilmiştir. Öte taraftan erkeğinkine göre belli

---

Bilmiyorlardı ki bu bağlanılmak istenen vücutlardan biri canlı ise, diğeri bir cesetten başka bir şey olmuyordu."(Tekinay, s. 168, dn. 7'den naklen).

15 Schwarz, Andreas: Aile Hukuku I, 2. Bası, çev.: Bülent Davran, İstanbul 1946, s. 131, 132.

16 Schwarz, s. 131, 132.

17 Schwarz, s. 131, 132.

18 Katolik ülkelerden Portekiz 1910, İtalya 1974, İskoçya 1976, Brezilya 1978, İspanya 1981, İrlanda 1997, Şili 2004'te, Malta ise 2011 yılında boşanmayı kabul etmiştir. Mevcut durumda dünyada Vatikan'dan başka boşanmayı yasaklayan tek Katolik ülke olarak Filipinler kalmıştır(Ekrem Buğra Ekinci'nin "Boşanmanın Son Kalesi de Düştü" adli makalesi için bkz. http://www.turkiyegazetesi.com/makaledetay.aspx?id=493451(erişim tarihi: 31.3.2012)).

19 Akgündüz, Ahmet: İslam Hukukunda Kadının Boşanma Hakkı, s. 1 http://www.sizinti.com.tr/konular/ayrinti/islam-hukukunda-kadinin-bosanma-hakki.html(erişim tarihi:11.05.2011).

şartlara bağlanmış olmakla birlikte kadının da boşanma yetkisine sahip olduğu durumlar bulunmaktadır.[20]

Kaynaklarda çok değinilmese de İslam Hukukunda anlaşmalı boşanma müessesesi de uygulama alanı bulabilmiştir. Şöyle ki, karı ile koca arasında evlilik hayatı çekilmez hale geldiği zaman, Kur'ân'ın tavsiye ettiği "muhâla'a" yoluna başvurulur.[21]Hür irâde ile boşanma hakkı tanınırken, bu hakkını rastgele kullanmaması için erkeğe kadına mehir borcu[22], iddet nafakası ödemesi ve onun mesken masraflarını karşılaması mükellefiyeti getirilmiştir. Ancak kadın, kocasından boşanmak isterse, söz konusu nikâhtan doğan haklarından vazgeçmek şartıyla her zaman boşanma isteğinde bulunabilir ki bu bir "muhâla'a" muamelesidir.[23]

Roma Hukukunda da boşanma kurumu tamamıyla bireysel düşüncelerden ilham almaktadır, boşanmada hâkim kararına lüzum olmadığı gibi kanunen tespit edilmiş olan boşanma sebeplerine dayanma mecburiyeti de yoktur.[24] Zira, evlilik kurulurken de eşlerin karşılıklı iradelerinin uyuşması(consensus) yeterlidir. Ancak burada evlenmenin "manus"lu[25] olup olmadığına göre bir ayrım yapılması gerekir. Önceleri manus ile olan evlenmede, yalnız koca karısını boşayabiliyorken, daha sonraları ortaya çıkan ve yaygınlaşan manussuz evliliklerde ise her iki taraf için de tek taraflı irade beyanıyla boşanma imkânı getirilmiştir.[26]Roma'daki bu"manus"suz ve "consensus"a dayalı evlenme anlayışı Hıristiyanlığın resmi din olarak kabulüne

---

20 Nikah yapılırken kadının da boşanabileceği şart edilmiş veya sonradan koca tarafından bu hak tanınmışsa kadın da boşanabilir.

21 Kur'an, Bakara, ayet 229(Akgündüz, s. 2, dn. 5'den naklen)

22 Düğünden sonra verilmesi kararlaştırılan "mehri müeccel".

23 Ayrıntılı bilgi ve Konya Şer'iye Mahkemesi'nin 1736 tarihinde verdiği bir karar için bkz. Akgündüz, s. 2, 3.

24 Oğuzoğlu, Cahit: Medeni Hukuk II Aile Hukuku, Ankara 1958, s. 84.

25 Manus, hâkimiyet anlamına gelmektedir. Eski devirlerde, aile reisinin aile evlatları ve köleler üzerindeki mutlak yetkisini ifade eden manus, daha sonra, hakimiyet altına sokan işlemlerden birisini yaparak evlenmiş ola bir kadın üzerinde, kocasının veya kocası hakimiyet altında ise, onun aile reisinin sahip olduğu hakimiyeti ifade eden bir anlam kazanmıştır.(Bkz. Umur, Lügat, s. 134(Gönenç, Fulya İlçin: "Roma Hukukunda Boşanma", EÜHFD, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 648, dn. 15'den naklen)).

26 Gönenç, s. 650.

kadar sürmüş, bundan sonra kilise gittikçe artan bir şekilde, serbest boşanma sistemine müdahale etmiş, evlenme ve boşanma işlerini üzerine almaya başlamıştır.[27]

3. Boşanmanın Sebebe ve Hâkim Hükmüne Dayandığı Sistem

Evlenmenin kutsal sayılması gerektiği prensibini benimsemeyen ve boşanmayı kabul eden Protestanlık, Katolik Kilisesinin boşanma konusundaki sert tavrını tadil etmiş; Tabii Hukuk Okulu ve Aydınlık Çağ hukukçuları da evlenmenin medeni bir akit olduğu fikrini ileri sürerek Katolik Kilisesinin görüşüne en sert darbeyi indirmişlerdir.[28]

Bu sistemde, boşanmanın ancak belirli sebeplerin mevcudiyeti halinde gerçekleşebileceği kabul edilmiş, böylece, Katolik sistemiyle serbest boşanma sistemi arasında ortalama bir yol tutulmuştur.[29] Burada boşanma yoluyla evliliğe son vermek mümkündür ancak bunun için öncelikle kanunda öngörülmüş bir sebebe dayanılarak dava açılmalı ve bu dava sonunda hâkimden boşanmaya ilişkin bir karar alınmalıdır.

Bugün, modern hukuk sistemlerinde, eşlere boşanma imkânı verilmesi gereği büyük ölçüde kabul edilmiştir. Burada esas olarak, boşanmanın hangi sebeplere dayanması gerektiği, boşanmanın mutlaka bir yargı kararı kararına ihtiyaç duyması karşısında eşlerin karşılıklı rızalarının boşanmaya etkisi gibi konular gerek hukuk tarihi, gerekse yürürlükteki hukuk sistemleri bakımından ilgi çekici hukuk problemlerini oluşturmaktadır.

---

27 Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 157.

28 Tandoğan, s. 71.

29 Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 159; Akıntürk/Karaman, s. 239.

II. BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER TÜRK HUKUKUNA YANSIMALARI VE TÜRK HUKUKUNDA ÖZEL BOŞANMA SEBEPLERİ

A. Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler

Boşanmanın ancak belirli sebeplerden birinin varlığı halinde gerçekleşmesi fikri –yani orta yol- kabul edilmiş olsa dahi, bu sebepleri belirlerken esas alınacak prensibi tayin bakımından birbirlerine hâkimiyet iddiasında olan çeşitli eğilimler vardır.[30]Boşanmanın dayandığı temel ilkeler dört noktada toplanır ki bunlar "kusur ilkesi", "irade ilkesi", "temelden sarsılma ilkesi" ve "elverişsizlik ilkesi"dir.[31]

1. Kusur İlkesi

Bu prensibe göre boşanma, ancak eşlerden birinin kusurlu olması durumunda, kusursuz olan eşin açacağı dava ile mümkündür. Burada amaç kusurlu eşin kendi kusuruna dayanarak hukuken korunan bir menfaat elde edilmesinin önüne geçilmesi, kusursuz eşin korunmasıdır.[32]

Boşanmada kusur prensibi, bu prensibe bağlı kalındığı takdirde, her iki eşe de kusur atfının mümkün olmadığı, fakat evlilik birliğinin devamının da imkânsız olduğu hallerde, evlilik birliğini sona erdirmenin imkânsızlaşacağı; eşlerin boşanabilmek için birbirlerine daima kusur yüklemeye çalışmalarının barışma ihtimalini güçleştireceği noktalarından eleştirilmektedir.[33]

---

30 Feyzioğlu, s. 217.

31 Bkz. Tandoğan, s. 71, 72; Öztan, s. 215, 216; Feyzioğlu, s. 217, 218; Schwarz, s. 137 vd.;Farklı olarak Velidedeoğlu, "elverişsizlik prensibi"ne yer vermemektedir(Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 160); Öte taraftan Akıntürk ve Gençcan ise önceki Medeni Kanun'nun 134. maddesine 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı Kanunla eklenen, yeni Medeni Kanun'da da aynen benimsenerek 166. maddenin son fıkrasında yerini alan "eylemli ayrılık ilkesi"ni beşinci bir ilke olarak kabul etmektedir(Bkz. Akıntürk/Karaman, s. 240; Gençcan, s. 105).

32 Öztan, s. 216; Akıntürk/Karaman, s. 240.

33 Tandoğan, s. 71, 72; Öztan, s. 216; Akıntürk/Karaman, s. 240; Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 160, 161; Schwarz, s. 138.

2. İrade İlkesi

Bu ilkeye göre, eşlerin ortak iradeleriyle kurdukları evliliğin, yine onların ortak iradesiyle sona erdirilebilmesi gerekir.[34]

Ailenin devamlı ve istikrarlı bir müessese olması gereği karşısında, boşanma için böyle bir ilkenin kabulü eleştirilmiştir. Şöyle ki; tarafların ortak iradesiyle kurulsa da, kurulduktan sonra artık alelade bir sözleşme olmaktan çıkan evlilik birliğinin kuruluşunda duraksamadan kabul edilen irade ilkesinin, birliğin ortadan kaldırılmasındaki rolü üzerinde durulmalı; sebebe dayanan boşanma görüşünden serbest boşanma görüşüne yaklaşılmasının önüne geçilmelidir. İki tarafın müşterek rızası ile boşanmanın mümkün olmasında belirli sebeplere bağlı boşanma esasından pek ayrılındığı söylenilemese de sadece tek tarafın iradesinin boşanmaya yeterli görüldüğü hallerde-1944'e kadar Rusya'da- bu prensipten uzaklaşılmış olur.[35]

3. Temelinden Sarsılma İlkesi[36]

Bu ilkeye göre, evliliğin amaç ve işlevini kaybettiği, evlilik birliğinin devamının istenmesinde hiçbir yarar ve anlamın kalmadığı[37] durumlarda kusur durumlarına bakılmaksızın – eşlerden biri veya ikisi kusurlu olabileceği gibi her ikisi de kusurlu olmayabilir- eşlerden birinin açacağı dava sonunda boşanma gerçekleşir. Burada amaç, kusur prensibine getirilen eleştirileri karşılamak, hâkime kusur prensibinde olduğundan daha geniş ölçüde takdir hakkı tanıyarak, kusura rağmen

---

34 Akıntürk/Karaman, s. 240.

35 Feyzioğlu, s. 218.

36 Kimi kaynaklarda "düzen bozukluğu ilkesi" olarak belirtilmiştir(Bkz. Feyzioğlu, s. 217; Tandoğan, s. 72; Öztan, s. 216; Akıntürk/Karaman, s. 241); Öte taraftan Velidedeoğlu evlilik birliği temelinden sarsılmışsa, artık bu evliliğin fertlere ve topluma menfaati dokunmayacağından bu ilkeye "içtimai mülahaza(toplumsal menfaat) prensibi" de demiştir(Bkz. Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 161).

37 Akıntürk/Karaman, s. 241.

devam edebilen evlilikleri sürdürmek ve kusurun yokluğuna rağmen evlilik birliğinin esaslı olarak sarsıldığı durumlarda da evliliğe son verebilmektir.[38]

4. Elverişsizlik İlkesi[39]

Diğerlerinden daha sonra ortaya çıkmış bu ilkeye göre, eşlerden biri ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatını ve özellikle ondan doğan yükümlülüklerini yerine getirmeye elverişsiz bir hale gelmişse, boşanma gerçekleşebilir.[40]Ruhsal ve bedensel bozukluklara kısırlık, iktidarsızlık, akıl hastalığı, cinsel sapkınlık, alkolizm diğer eş ve altsoy için tehlike teşkil eden hastalıklar örnek olarak verilebilir.[41]

B. Türk Hukukuna Yansımaları

Bizim hukukumuzda kusurlu olup olmama boşanmanın sonuçlarını düzenleme bakımından önem taşımakta[42], hukuk sistemimize esas olarak temelinden sarsılma prensibi hâkim bulunmaktadır.[43]

Temelinden sarsılma ilkesinin TMK'deki bu hâkimiyeti, uygulamada da benzer şekilde gelişerek TMK Md. 166'e dayanarak açılan boşanma davalarını diğer sebeplere dayanılarak açılan davalar karşısında sayıca üstün konuma getirmiştir.[44]

---

38 Tandoğan, s. 72; Öztan, s. 217; Akıntürk/Karaman, s. 241; Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 161, 162; Schwarz, s. 138.

39 Bu ilke "uygunsuzluk prensibi" olarak da belirtilmiştir(Bkz. Tandoğan, s. 72).

40 Akıntürk/Karaman, s. 243.

41 Tandoğan, s. 73; Gençcan, s. 107; Schwarz, s. 139.

42 Öztan, s. 216.

43 TMK Md. 168'in gerekçesinde kanunkoyucu açıkça boşanmada kusur ilkesinin terk edildiğinden bahsetmektedir(Bkz. Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002, s. 374).

44 TÜİK verilerine göre, 2011 yılının IV. Döneminde (Ekim-Kasım-Aralık) 137.386 çift evlenmiş; aynı dönemde 28.370 çift ise boşanmıştır (http://www.tuik.gov.tr/ PreTablo.do?tb_id=37&ust_id=11) (erişim tarihi: 31.3.2012); Türkiye çapında 2007 yılında açılan 94219 boşanma davasından 88.533'ü geçimsizlik sebebine dayalı açılan boşanma davasını

Öte taraftan, temelinden sarsılma ilkesi yanında diğer ilkelere de yer veren ve hatta aynı boşanma sebebinde birden fazla ilkenin birlikte uygulanmasını arayan TMK'nin bu anlamda karma bir sistemi benimsemiş olduğu söylenebilir.[45]Daha sonra da üzerinde duracağımız üzere zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk sebebiyle açılan boşanma davalarında kusur ilkesi uygulanırken; suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle açılan boşanma davalarında kusur ve temelinden sarsılması ilkeleri birlikte uygulanmaktadır. Akıl hastalığına dayanılan davalarda elverişsizlik ve temelinden sarsılması ilkesi birlikte uygulanırken, TMK Md. 166/3 göre açılan anlaşmalı boşanma davalarında ise kısmen irade kısmen temelinden sarsılması ilkesi uygulanmaktadır.[46]

Uzunca bir süreden beri bir araya gelmeyen ve eylemli olarak ayrı yaşamayı sürdüren eşlerin boşanmaları hususunda TMK Md. 166/son'daki düzenlemenin esas olarak evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin aksi ispat edilemeyen bir karine olduğunu düşündüğümüzden burada "eylemli ayrılık ilkesi" adı altında yeni bir ilkenin var olduğu düşüncesine katılmıyoruz.

C. Türk Hukukunda Özel Boşanma Sebepleri

1. Genel Olarak

Medeni Kanun, boşanma sebeplerini Md. 161-166 arasındaki altı maddede düzenlemiştir. Bu sebepler konularına, kanunda özel olarak düzenlenip düzenlenmediklerine göre "özel-genel boşanma sebepleri" ve evlilik üzerindeki etkilerine, evlilik birliğini çekilmez hale getirip getirmediklerine göre "mutlak-nispi boşanma sebepleri" olarak sınıflandırılabilirler.[47]Yine bir kısım sebepler, davalının

---

oluşturmaktadır(Boşanma Nedenleri Araştırması, TC. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2009, s. 34).

45 Akıntürk/Karaman, s. 243; Gençcan, s. 108.

46 Gençcan, s. 108.

47 Gençcan, s. 109;Nispi ve mutlak boşanma sebepleri arasındaki ayrımın, özel ve genel boşanma sebepleri arasındaki ayrımla esasında hiçbir bağlantısı yoktur. Bu itibarla, özel boşanma sebepleri nispi mahiyette olabilecekleri gibi, mutlak mahiyette genel boşanma sebepleri de mevcuttur.

kusuruna bağlı olduğu halde, diğerlerinde kusurun bulunması aranmamaktadır ki ilk durumda "müeyyide teşkil eden boşanma"dan, diğerinde ise "evliliğin iflasına dayanan boşanma"dan söz edilir.[48]

Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme veya[49] haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı belirli olgulara dayandıklarından özel boşanma sebeplerini oluştururlar ve sınırlı sayıdadırlar. Buna karşılık, evlilik birliğinin sarsılması(TMK Md. 166/1, 2) ile eşlerin anlaşması(Md. 166/3) ve fiili ayrılık (Md. 166/4) ise belli bir olguyu göstermeyen ve önceden belirlenemeyen nitelikte olduklarından genel boşanma nedenlerini oluştururlar.[50]

Boşanma sebeplerinin mutlak ve nispi nitelikte olmaları, hâkimin takdir yetkisi bakımından önem arzetmektedir.[51] Şöyle ki, mutlak boşanma sebeplerinde, kanunda belirlenen olgunun veya olayın ispatı gerekli ve yeterliyken; nispi boşanma sebeplerinde kanunda belirlenen olgu veya olayın taraflarca ispatı yanında bu olay veya olgunun diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğinin hâkimce araştırılması gerekmektedir. Medeni Kanunda yer alan "suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme", "akıl hastalığı" ve Md. 166/ 1, 2'de düzenlenen "evlilik birliğinin temelinden sarsılması"na dayanan boşanma sebepleri nispi boşanma sebepleridir.

İsviçre doktrin ve uygulamasında, İsviçre Medeni Kanunu(ZGB)'nda 26 Haziran 1998 tarihinde yapılan ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik öncesinde mutlak olarak nitelenen özel boşanma sebeplerinin nispileştirilmesi eğilimi söz konusuydu.[52] Bu eğilimim sonucu olarak, değişiklikle birlikte özel boşanma sebepleri yasadan çıkarılmış ve anlaşmalı boşanma bir kenara bırakılırsa evlilik birliğinin devamının çekilmez hale gelmesi ilkesi temel alınmıştır. Özel boşanma sebeplerine rağmen, Türk Hukuku'nda da benzer bir eğilimin varolduğu, "temelinden

---

48 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 101.

49 Her ne kadar Medeni Kanunda "ve" olarak yazılmış ise de bunun "veya" olması gerektiğine ilişkin olarak bkz. Y 2HD. 5.5.1951, 3067/4264 (Akıntürk/Karaman, s. 260, dn. 45a'dan naklen).

50 Eşlerin anlaşması ve fiili ayrılık nedenlerinin genel boşanma sebebi olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 47, 48, 49.

51 Tandoğan, s. 73; Schwarz, s. 140 vd.

52 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hatemi/ Serozan, s. 219, 220; Öztan, s. 220, 221; Schwarz, s. 142; Değişiklik sonrası ZGB'deki durum için bkz. aşağıda s. 29 vd.

sarsılma ilkesi"nin diğer tüm ilkelere karşı üstünlüğünü ilan etmiş olduğu söylenebilir.

2. Zina(TMK Md. 161)

"Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir.

Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer.

Affeden tarafın dava hakkı yoktur."

Evli olunmasa bile evlilik dışı ilişkiye girilmesini zina sayan İslam Hukukunun aksine, Medeni Kanunumuzda boşanma sebebi olarak düzenlenen, eşi dışında ve karşı cinsten birisi ile isteyerek cinsel ilişkide bulunan eşlerin zinasıdır.[53]

Zina için karşı cinsten biri ile cinsel ilişki gerçekleşmesi arandığından eşlerin eşcinsel ilişkileri durumunda "haysiyetsiz hayat sürme" ya da TMK Md. 166/1'deki genel boşanma sebebine dayanılarak dava açılabilir. Başkasıyla flört etme ya da yakın bedeni temaslar cinsel ilişki gerçekleşmediğinden zina sayılmayacak, ancak zinanın varlığına fiili karine oluşturabilecektir.[54]

---

53 Hatemi/Serozan, s. 220.

54 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 103; Y 2HD, 23.09.1993, 7903/7941: "… Medeni Kanunun 129. maddesi ile, zina eylemindeki eşlerin biri birine karşı sadakat mükellefiyetlerini bozan ahlaki yapı, boşanma sebebi kabul edilmiştir. Boşanma nedeni olarak ceza hukuku çerçevesinde tamamlanmış bir zinanın varlığı ve kanıtlanması amaçlanmamıştır. Büyük bir gizlilik içinde oluşması doğal olan zina fiilinin tam bir görgüye dayanarak kanıtlanması pek nadir olmaktadır. Zina olayının varlığı bazı ipuçları, tavır ve davranışlardan çıkarılacak karinelerle kabul edilmelidir. Bu itibarla, zina için gerekli ortama girilmiş ancak elde olmayan nedenlerle eylemin tamamlanamamış olması, bir başka anlatımla eylemin eksik kalkışma derecesinde kalması da zina sebebiyle boşanma için yeterlidir. Davalı bir başka erkekle yatak odasında yarı çıplak olarak yakalanmıştır. Belirlenen karine zina sebebiyle boşanma için yeterli bir nedendir…"(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI); Y 2 HD, 1.2.2010, 2008/20278 E., 2010/1423 K.: "…Dosyada davacı-davalının zina yaptığına ilişkin yeterli kanıt bulunmamaktadır. Aynı işyerinde çalışan bir başka erkekle telefonla görüşme, mesaj gönderme ve bu kişinin arabasına binmiş olma, zinaya delalet eden davranışlar niteliğinde değildir. Zina sübut bulmamıştır. Açıklanan nedenle davalı-davacının zina sebebine dayanan boşanma davasının reddi gerekir..."(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

Burada, kusura dayalı ve özel bir boşanma sebebi söz konusudur. Öte taraftan, eş dışında karşı cinsten birisi ile istenerek cinsel ilişki gerçekleştirilmesi durumunda kanun "ortak hayatın çekilmezliği" şartını aramadığından zina mutlak bir boşanma nedenidir. Özel boşanma nedenlerinin var olduğu dönemde İsviçre'de Federal Mahkeme içtihatları doğrultusunda "zina" olgusunun ispatının, evlilik birliğinin sarsıldığı konusunda karine yaratacağı ancak bu karinenin aksinin mümkün olduğu kabul edilmiş, böylece bu boşanma sebebi nispileştirilmişti.[55] Türk Hukukunda ise zina boşanma sebebinin nispileştirilmesinin toplumsal ve ahlaki sebeplerle mümkün olmadığı kabul edilmektedir.[56]İstisnaen, evlilik dışı ilişkinin evlilik birliğini sarsmayabileceği gibi bir düşünce ancak diğer eşin bu durumu affettiği ve -her ne kadar TMK' de yer almasa da hakkın kötüye kullanımını önlemek adına- bu duruma rıza gösterdiği durumlarda mümkündür.[57]

TMK Md. 161/2'de diğer eş için zinayı öğrendiği tarihten itibaren 6 ay ve zina fiilinden itibaren 5 yıllık iki hak düşürücü süre öngörülmüştür. Ancak burada bu sürelerin her bir zina eylemi için ayrı ayrı işleyeceğini unutmamak gerekir.

Eşlerden birinin zinası durumunda, yukarıda belirtilen sürelerde diğer eşin zina sebebine veya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davalarından birini açabilmesi, hatta davacı eşin aynı davada bu iki sebebe dayanabilmesine[58] karşılık eğer dava salt zina sebebine dayalı olarak açılmışsa; hâkim ancak bu sebebin gerçekleşip gerçekleşmediğine göre boşanmaya karar verebilecek, örneğin zina ispatlanamamasına rağmen evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanarak boşanma hükmü kuramayacaktır.[59]

---

55 Hatemi/Serozan, s. 221.

56 Hatemi/Serozan, s. 221, 222; Tekinay, s. 202; Feyzioğlu, s. 224, 225; Öztan, s. 225; Akıntürk/Karaman, s. 248; Gençcan, s. 128.

57 Hatemi/Serozan, s. 222; Velidedeoğlu, Aile Hukuku, s. 171, Schwarz, s. 145.

58 Y 2 HD, 11.4.2007, 2006/18186 E., 2007/6064 K.: "…Davacı zina yanında, evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle de boşanmaya karar verilmesini istemiştir. Zina nedenine dayalı dava reddedilmiş, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma istemi konusunda bir karar verilmemiştir. Delillerin bu çerçevede değerlendirilerek olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur…" (KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

59 Bkz. Y 2HD, 23.6.2009, 7242/12304(Gençcan, s. 134'den naklen).

Benzer şekilde davacı davasını zina sebebiyle boşanma davası değil de evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davası olarak açmışsa, hâkim tarafların zina sebebiyle boşanmalarına karar veremeyecektir. Ancak Yargıtay boşanma sebepleri arasında usulüne uygun olarak yapılmış bir ıslahla bunun mümkün olduğunu düşünmektedir.[60]

3. Hayata Kast, Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış(TMK Md. 162)

"Eşlerden her biri diğeri tarafından hayatına kastedilmesi veya kendisine pek kötü davranılması ya da ağır derecede onur kırıcı bir davranışta bulunulması sebebiyle boşanma davası açabilir.

Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde bu sebebin doğumunun üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer.

Affeden tarafın dava hakkı yoktur."

Eski Medeni Kanun dönemindeki "cana kast" ve "pek fena muameleler" yanında "ağır hakaret"in[61] de bu madde içinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin tartışmalar, yeni kanun döneminde "pek kötü davranış"ın yanına " ağır derecede onur kırıcı davranış"ın eklenmesi suretiyle giderilmiş bulunmaktadır.[62]Böylece cana kast bir kenara bırakılırsa cismani ve manevi nitelikteki pek kötü muamelelerin birbirinden ayrılmasıyla bu maddenin üç ayrı boşanma sebebi saydığı söylenebilir.[63]

---

60 Y 2 HD, 7.2.2005, 16650-1346: "Dava TMK'nin 163 ve 166/1 maddelerine dayalı olarak açılmıştır. Zina sebebiyle boşanma konusunda açılmış bir dava bulunmadığı gibi bu konuda usulüne uygun bir ıslah talebi de bulunmamaktadır. Delillerin TMK 163, 166/1 maddeleri çerçevesinde değerlendirilmesi gerekirken yazılı şekilde zina sebebiyle boşanma hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir."(Gençcan, s. 135, dn. 169).

61 Onur kırıcı davranışa ilişkin boşanma sebebi kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca ve Almanca metinlerinde farklı şekilde ifade edilmiş; Almanca metinde "namus ve şerefin ağır surette ihlali", Fransızca metinde ise "ağır hakaretler" deyimiyle geçmiştir(Gençcan, s. 142).

62 Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk/Karaman, s. 250.

63 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 105; Akıntürk/Karaman, s. 248;

Hayata kast, bir eşin, diğerini öldürme niyetini öldürmeye teşebbüs, intihara teşvik veya yardım gibi bazı fiillerle[64] ya da yaralı eşin hayatını kurtarmak için gerekeni yapmama gibi fiile eş tutulan ihmallerle açıklamasıdır ki bunun için hayata kast edecek eşin öncelikli olarak ayırt etme gücüne sahip olması gerekir.[65] Bu anlamda hayata kast kusura dayanan bir boşanma sebebi olduğu gibi, eşlerden birinin diğerinin hayatına kastetmesinin boşanma için yeterli görülmesi karşısında ise mutlak bir boşanma nedenidir.[66]

Buradaki hayata kast kavramının ceza kanunundakinden daha geniş yorumlanması gerekmektedir.[67] Şöyle ki boşanma hükmünü verecek mahkeme cana kastı, öldürme niyetine işaret eden fiillerin varlığı bakımından inceleyecek, kullanılan aracın ölümü sağlayacak nitelikte olup olmadığı veya fiilin tamamlandığı ya da teşebbüs aşamasında kalıp kalmadığıyla ilgilenmeyecektir.

Ceza yargılamasında boşanma davasına konu olan eylem hakkında hâkimin kusur durumuna ilişkin kararı hukuk hâkimini TBK Md. 74 hükmü gereğince elbet bağlamamasına rağmen; ceza hâkiminin maddi olayı tespit eden kararı hukuk hâkimini bağlayacağından ceza davasının sonucu beklenerek deliller birlikte değerlendirilerek hüküm kurulmalıdır.[68]

Pek fena muamele, diğer eşin vücut bütünlüğü ve sağlığını bozucu veya tehlikeye düşürücü eve kapama, aç bırakma, acımasızca dövme, normal yolla olmayan cinsi münasebete zorlama gibi fiillerdir.[69] Bu boşanma sebebi de kusura

---

64 Eşine karşı, "seni öldüreceğim" şeklinde kuru bir tehditte bulunmak cana kast değildir, ancak kocanın tabancasını karısının başına dayayarak fiili tehditte bulunması durumunun cana kast olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği olayın özelliğine göre değişecektir(Bühler/Spüler, Art.138 N 16(Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 106, dn. 195'den naklen)).

65 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 105, 106; Akıntürk/Karaman, s. 249, 250.

66 Akıntürk/Karaman, s. 249; Oğuzman/Dural, s. 117; Tekinay, s. 207; Gençcan, s. 136.

67 Tandoğan, s. 77; Öztan, s. 229.

68 Y 2HD, 19.06.2006, 9056-9742:"…Ceza Mahkemesinin boşanma davasına konu olan eylem hakkında maddi olayı tespit eden kararı hukuk hâkimini bağlar. O halde Bakırköy 9. Asliye Ceza Mahkemesinin 2001/1261 esas sayılı dava dosyasının sonucu beklenilerek deliller birlikte değerlendirilerek bir hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır…"(Gençcan, s. 139, dn. 183).

69 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 106.

dayanan, mutlak bir boşanma sebebini oluşturur.[70] Her ne kadar muamelenin pek fena olup olmadığının takdiri hâkime bırakılmışsa da, hâkim durumu objektif olarak muhakeme edecek ve objektif hadise mevcut olduğu zaman, müşterek hayatı çekilmez kılacak derecede şiddetli bir geçimsizliğin var olup olmadığını dikkate almadan boşanmaya hükmedecektir.[71] Pek fena muamelenin varsayılması için devamlılık aranmadığından örneğin kocanın karısını bir kez dövmesi de yeterlidir.[72]Yargıtay da pek kötü davranış sebebiyle boşanmaya karar verilebilmesi için dövme eyleminin bir defa yapılmasının yeterli olduğu görüşündedir.[73]

Onur kırıcı davranış, eşlerden birinin diğerine hakaret etmek, onu küçük düşürmek amacıyla yaptığı saldırıdır. Yargıtay, namus ve şerefe yönelik özel bir ağırlığı ve niteliği olan hakarete ilişkin eylemlerin TMK Md. 162 hükmündeki eylem kapsamına giren bir boşanma sebebi olduğu görüşündedir.[74] Taraflar karşılıklı olarak birbirlerine hakaret etmeyi alışkanlık halinde getirmişlerse, onur kırıcı davranış sebebiyle boşanma davası açma koşulları oluşmaz ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılarak dava açılabilir.[75]Kocasının karısına sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiğini gerçeğe aykırı şekilde devamlı tekrarlayarak ona hakaret etmesi[76], pazar yerinde kocaya "şerefsiz, namussuz" diye hakaret edilmesi[77], karısının bakire olmadığını kahvehanede açıklamak[78] gibi eylemler onur kırıcı davranışa örnek olarak gösterilebilir.

---

70 Schwarz, s. 147; Akıntürk/Karaman, s. 251; Velidedeoğlu, s. 172; Feyzioğlu, s. 230; Gençcan, s. 140; Farklı görüşte olan Oğuzman/Dural, pek fena muameleler söz konusu olduğunda evliliğin çekilmez hale gelip gelmediğinin araştırılmayacağını ancak pek fena muamelenin var olup olmadığı tayin edilirken bunun evliliğe yaptığı etkinin de göz önünde bulundurulması gerektiğinden bahsetmektedir(Oğuzman/Dural, s. 117); Benzer şekilde Tandoğan, hâkimin eşlerin mevkileri, tahsil ve terbiye derecelerini, psikolojik durumlarının gözönünde bulundurulması gerektiğinden bahsetmektedir.(Tandoğan, s. 77, 78); Tekinay ve Öztan da ister zulüm ve işkenceden ister şeref veya namus ihlalinden kaynaklansın "pek fena muamele"ye ilişkin boşanma sebebini nisbi bir boşanma sebebi olarak kabul etmektedir(Tekinay, s. 208-210; Öztan, s. 231-234).

71 Schwarz, s. 147.

72 BGE 38 II 31(Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 106, dn. 197'den naklen).

73 Y 2 HD, 4.3.1996, 1432/2070(Gençcan, s. 141, dn. 196'dan naklen).

74 Y 2 HD, 26.05.1986, 4702/5431(Gençcan, s. 142, dn. 205'den naklen)

75 Öztan, s. 234.

76 Öztan, s. 233.

77 Y 2 HD, 26.5.1986,4702/5431(Gençcan, s. 142, dn. 212'den naklen).

78 Y 2 HD, 19.1.1951,2561/2993(Gençcan, s. 143, dn. 213'den naklen).

Pek kötü veya onur kırıcı davranış sebebiyle açılan boşanma davasında mahkeme başka sebeplere dayanarak boşanma kararı veremeyecektir.[79]

Burada her üç neden için de, zinada olduğu gibi, kusursuz olan eşin dava hakkı iki halde düşer ki bunlardan biri, kusursuz eşin, hayatına kastetmiş veya kendisine pek kötü veya onur kırıcı davranışta bulunmuş olan eşini affetmesi; diğer ise, altı aylık ve beş yıllık hak düşürücü sürelerin geçirilmiş olmasıdır.

4. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme(TMK Md. 163)

"Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir."

TMK Md. 163'ü karşılayan eski TMK'nin 131. maddesinde boşanma sebeplerinden "terzil edici(rezil eden) cürüm" mutlak, "haysiyetsiz hayat sürme" ise nispi olarak düzenlenmesine rağmen, mevcut düzenlemede her iki sebep için de "beklenilmezlik" şartı arandığından, maddenin nispi boşanma nedenlerini ihtiva ettiği söylenebilir.[80]

---

79 Yargıtay, TMK Md. 162'ye dayanılarak açılan davanın TMK Md. 166/1 gerekçe gösterilerek boşanmayla sonlanamayacağına karar vermiştir: "…Dava Türk Medeni Kanununun 162. maddesinde belirtilen pek kötü veya onur kırıcı davranış hukuki nedenine dayalı olarak açıldığı halde mahkemece, evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığı gerekçe yapılarak (TMK. mad.166/1) boşanmaya karar verilmiştir. Bu nedenle delillerin Türk Medeni Kanununun 162. maddesi çerçevesinde değerlendirilerek sonucu itibariyle karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur…"(Y 2HD, E. 2007/21691, K. 2008/3289, T. 12.3.2008, KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

80 "… Türk Medeni Kanunu, eşlerden birinin küçük düşürücü bir suç işlemesi halinde de onunla birlikte yaşamanın diğer eşten beklenememesi koşulunu getirmiş, bu konu mutlak boşanma nedeni olmaktan çıkarılmıştır(TMK. Md.163). O halde mahkemece davacıya delillerini ibraz için kesin önel verilmediğinden çekilmezlikle ilgili delillerini ibraz için usulüne uygun önel verilmesi, bu konuda delil ibraz ettiğinde delillerin toplanarak hep birlikte takdiri ve sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir…"(Y 2 HD, 24.3.2004, 2004/2655 E., 2004/3715 K., KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

Madde metninde belirtildiği üzere boşanma sebebi teşkil edecek suçun küçük düşürücü bir suç[81] olması gerekmektedir ki suçun küçük düşürücü olup olmadığı verilen cezaya göre, toplumdaki anlayışa göre hâkim tarafından takdir edilecektir.[82] Kaldı ki suçu işleyen eşin bu suçtan dolayı ceza kovuşturmasına uğraması, bu suçtan mahkûm olması da gerekmemektedir.[83]Ancak, ceza hâkiminin boşanma davasına konu olan eylem hakkında maddi olayı tespit eden kararı hukuk hâkimini bağlayacağından ceza davasının sonucunun beklenmesi ve delillerin birlikte değerlendirilerek hüküm kurulmasında yarar vardır.[84]

Her ne kadar Türk Ceza Kanunu'nda "küçük düşürücü suç" olarak belirlenmiş bir suç grubu bulunmasa da bunlar ahlak düzeninin daha yüksek bir şiddetle reddettiği, meydana çıktığı zaman normal olarak insanın yüzünü kızartan hırsızlık, dolandırıcılık, ırza geçme, güveni kötüye kullanma, sahtecilik, kaçakçılık, livata gibi suçlardır.[85]

Bir diğer neden olarak kanun haysiyetsiz hayat sürmeden bahsettiğinden, burada bir defalık haysiyetsiz davranıştan ziyade devam eden randevu evi işletmek, ayyaşlık, kumarbazlık, hayat kadını olarak çalışma, anormal cinsel ilişki alışkanlığı gibi davranışlar kastedilmektedir.[86]

Küçük düşürücü suç işlemenin boşanma sebebi teşkil etmesi bu sebebin evlendikten sonra ortaya çıkmasına bağlıdır ki öncesinde işlenen bu tarz bir suça rağmen evlenme gerçekleşmişse, bu durumu bilmeyen diğer eş evlenmenin iptalini

---

81 Küçük düşürücü suç kavramı terzil edici cürüm kavramından daha geniş olduğu için yeni metinde tercih edilmiştir(Bkz. Gerekçe, s. 373).

82 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 107; Öztan, s. 235, 236.

83 Schwarz, s. 147; Y 2 HD, 11.2.1973, 877/972, RKD. 1973, s. 389(Akıntürk/Karaman, s. 253, dn. 48a'dan naklen).

84 Gençcan, s. 154;); Y 2 HD, 16.11.2009, 16474-19889: "…Dava TMK Md. 163'te yer alan, davalı eşin küçük düşürücü bir suç işlemesi sebebine dayanan, boşanma isteğine ilişkindir. Davacı dava dilekçesinde davalıya ait sabıka kayıtları yanında, Ankara ve Sincan Cumhuriyet Başsavcılıklarınca yürütülmekte olan hazırlık soruşturma evraklarındaki suçlamalara karıştığını ve halen bu suçlar nedeniyle tutuklu olduğunu ileri sürmüştür. Davacının delili olarak dayandığı soruşturma evrakları ile ilgili davalar açıldığı anlaşılmakla; bu dosyalar getirilip incelenerek deliller hep birlikte takdiri ve sonuca göre karar verilmesi gerekir. Bu yön gözetilmeden, eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir…"(Gençcan, s. 149, dn. 246).

85 Tekinay, s. 211; Bkz. Anayasa Md. 76/2 milletvekili seçilmeye engel olan suçlar.

86 Öztan, s. 237; Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 107; Akıntürk/Karaman, s. 253; Schwarz, s. 148.

isteyebilecek ya da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davası açacaktır.[87] Haysiyetsiz hayat sürmenin evlenmeden önce de bulunması ve bu durumun bilinmesi mümkün olmakla birlikte boşanma sebebi sayılabilmesi için evlilik sırasında da devam etmiş olması gerekir.[88]

Her ne kadar gerek küçük düşürücü suç işleme, gerek haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle açılan davalarda bir hak düşürücü süre öngörülmemiş, bu davanın her zaman açılabileceğinden bahsedilmişse de haysiyetsiz hayat sürme sona erdikten uzunca bir zaman sonra dava açılması doktrince kabul edilmemektedir.[89] Benzer şekilde "af"fın dava açma hakkını ortadan kaldıracağına ilişkin bir hüküm olmasa da doktrin kusurlu eşin affedilmesi veya bu davranışlara rıza gösterilmesi durumlarında dava hakkının ortadan kalkacağını savunmaktadır.[90]

5. Terk(TMK Md. 164)

"Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği veya haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim -veya noter-[91] tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise; terk edilen eş, boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır.

Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim-veya noter-[92], esası incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve

---

87 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 107, 108; Öztan, s. 235; Akıntürk/Karaman, s. 252, 253.

88 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 108; Öztan, s. 237; Velidedeoğlu, s. 176.

89 Öztan, s. 238; Velidedeoğlu, s. 175, 176; Feyzioğlu, s. 233, 234; Tandoğan, s. 81; Schwarz, s. 148.

90 Tekinay, s. 214; Öztan, s. 237.

91 14.4.20011 yayım tarihli, Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6217 sayılı Kanunun 19. maddesiyle, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanununun 164 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "hâkim" ibarelerinden sonra gelmek üzere "veya noter" ibareleri eklenmiştir.

92 14.4.20011 yayım tarihli, Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6217 sayılı Kanunun 19. maddesiyle, 22.11.2001 tarihli ve 4721

dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilan yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılamaz."

Terk için fiili olarak ortak hayata son vermek arandığından, eşler ortak konutta herhangi bir ilişki kurulmaksızın dahi birlikte iseler terk gerçekleşmiş sayılmaz.[93]Burada ortak hayata son veren eşin -ki ortak konutu terke zorlayan ya da konuta almayan eş de buraya girer-[94], gerçek iradesi, evlilik birliğinin getirdiği mükellefiyetlerden kaçma amacı bulunup bulunmadığı ya da tüm bunları yaparken haklı bir nedeni[95] olup olmadığı tespit edilmelidir. Ancak başlangıçta var olan haklı olan sebebin mevcut durumda devam edip etmediği hususu da önemlidir. Zira Yargıtay'a göre terkte haklılık ebediyen eve dönmeme hakkı vermeyecektir. Makul bir süre sonra haklılık ortadan kalkacağından, davalı terkte değil, dönmemekte haklı olmalıdır.[96]

Terk edilen eş terk olayının üzerinden en az dört ayın geçmesiyle hâkime veya notere[97] başvurarak terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi ihtarının

---

sayılı Türk Medenî Kanununun 164 üncü maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında yer alan "hâkim" ibarelerinden sonra gelmek üzere "veya noter" ibareleri eklenmiştir.

93 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 109; Akıntürk/Karaman, s. 254; Öztan, s. 239, Tandoğan, s. 78; Schwarz, s. 149.

94 Diğer eşi ortak konutu terke zorlayan veya ortak konuta dönmesini engelleyen eşin "terk eden eş" konumunda olmakla, terk nedeniyle boşanma davası açma hakkı bulunmamasına ilişkin olarak bkz. YHGK, 4. 11.2009, 2-402/48.

95 TMK Md. 197/2 gereğince hâkimce birlikte yaşamaya ara vermenin haklı olduğuna karar verilmesi, kadının nikahtan düğüne kadar kocasının rızasıyla babasının evinde kalması(Y 2 HD, 18.5.1999, 3508/5361), terk eden eşin kayınvalide ve kayınbabayla oturmaya zorlanması(Y 2 HD, 19.9.2005, 9764/12222), davalı kadının kronik böbrek yetmezliği olduğu için merkeze çok uzak olan ortak konuta dönmemesi(Y 2 HD, 28.9.2007, 2007/370 E., 2007/12849 K.) gibi(Kararlar için bkz. KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

96 Y 2 HD, 29.1.2004, 2004/133 E., 2004/1146 K.:"…Terk nedeni ile açılan boşanma davasında davalının terkte haklılığını değil, eve dönmemekte haklı olduğunu kanıtlaması gerekir. Davacı koca ilk açtığı boşanma davasından 17.07.2001 tarihinde feragat etmiş ve bu tarihten dokuz ay geçtikten sonra 1.4.2002 tarihinde davalıya ihtar göndermiştir. Kovulma hadisesinin etkisi geçtikten ve ilk açılan davanın red edilmesinden itibaren uzun bir süre geçtikten sonra davacının usulüne uygun şekilde ihtarına uymayan davalı kadın eve dönmemekte haklılığını kanıtlayamamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında Türk Medeni Kanununun 164. maddesi uyarınca açılan davanın kabulü gerekirken yazılı gerekçelerle red edilmesi doğru değildir…"(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

97 14.4.20011 RG tarihli, Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair 6217 sayılı Kanunun 14. maddesiyle, Noterlik Kanunu'nun 71.

yapılmasını ister. İhtar bir dava olmadığından terk edilen eş herhangi bir aile mahkemesinden ihtar yapılması talebinde bulunabilecektir.[98] Hâkim, yapılan başvuru üzerine, esasa ilişkin herhangi bir işlem yapmadan, terk eden eşe ihtar tebliğ edecektir. Burada hâkimin, kanundaki dört aylık sürenin dolup dolmadığını gözetmesi redde mahkûm boşanma davalarının açılmasını önleyeceğinden, hâkimin terkin süreyle ilgili şartları incelemesi gerektiği söylenebilir.[99]

İhtarın hukuken sonuç doğurabilmesi için samimi olması gerekir.[100]Terk edilen eş, ortak konuta dönmesi istenilen eşin ortak konuta rahatça girebilmesini sağlamalıdır.[101] Öte taraftan ihtarın terk eden eşin gideceği yerin ayrıntılı olarak adresini, o yere ulaşabilmesi için gerekli olan gideri, ihtarın tebliği tarihinden 2 ay

---

maddesinden sonra gelmek üzere 71/A, 71/B ve 71/C maddeleri ihdas edilmiştir. Bu maddelere göre mirasçılık belgesi verilmesi yanında terk eden eşin ortak konuta daveti de artık noterlikçe de yapılabilecek işlemlerdendir. Noterlik Kanunu Md. 71/B'ye göre noterler, ilgilinin yazılı veya sözlü başvurusu üzerine, talep edilen işlemle ilgili bir tutanak düzenler. İşlemler yapılırken, o işlemlerle ilgili özel kanunlarındaki usuller de gözetilir. Talebin konusu bir belge düzenlenmesini gerektiriyorsa noter, ilgilisine bu belgeyi de düzenleyerek verir. Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esasların Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği de belirtilmiştir.

98 TMK Md. 164/1/c. 1'i karşılayan bir hüküm eski TMK Md. 132'de yoktu. Yargıtay önceleri ihtarın dava açmak yoluyla yapılabileceği fikrindeyken, 27.3.1957 tarih ve 10/1 sayılı İBK'yle ihtarın bağımsız bir kazai sonucu olmayan bir işlem olduğu, kararın temyiz edilemeyeceği, ihtarla ilgili itirazların boşanma davası sırasında inceleneceği sonucuna varmıştır.

99 6217 sayılı kanunla noterlere de ihtar yapabilme imkânı getirilmesi kanunkoyucunun yargıcı adeta mekanik bir tebliğ aracı saydığı şeklinde yorumlanabilir(Bkz. Tekinay, s. 221 vd.); Bkz. Y 2 HD, 26.2.2009, 17337/3324 sayılı kararda Ömer Uğur Gençcan'ın karşı oy yazısı(Gençcan, s. 201, dn. 495).

100 Y 2 HD, 14.2.1984, 1197/1385:"…Davalının şikayeti üzerine davacı aleyhinde 16.8.1982 tarihinde dövmekten dolayı ceza davası açılmış ve davacı bu eylem sebebiyle 30.12.1982 tarihli kararla cezalandırılmıştır. Davacının kendisi hakkında şikayette bulunup cezalandırılmasını istediği davalı eşini, ceza davası devam ederken eve davet etmesinde, iyiniyet ve samimiyetten söz konusu edilemez. Haklar iyiniyetle kullanılmadıkça hukuki sonuç doğurmaz (MK.2). Öyle ise, yapılan ihtar geçersiz olup davanın reddi gerekirken açıklanan yön gözetilmeden ihtara geçerlik tanınıp boşanmaya karar verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır…"(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

101 Y 2 HD, 16.4.1985, 3404/3625:"…Bir aylık süre içinde kocanın ya bizzat evde beklemesi veya birisini evde bulundurması ya da anahtarı, davalının alabileceği uygun bir yere bırakması ve bunun da ihtar kararında bildirilmesi şarttır. Oysa davacı koca, bunlardan hiç birini yerine getirmemiş ve bu yüzden eve gelen kadın içeriye giremeyip geri dönmüştür. Şu hale göre davalı kadının kendisine düşeni yerine getirmesine rağmen davacı kocanın iyiniyetli davranmadığının kabulü gerekir. Öyle ise davanın reddedilmesi gerekirken değerlendirmede yanılgı sonucu boşanmaya karar verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır…"(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

içinde davet edilen ortak konuta gidilmesi gereğini, davete uyulmaması durumunda kendisine karşı boşanma davası açılacağı uyarısını içermesi gerekir.[102]

İhtarın dört aylık ayrı yaşama süresinin geçmesiyle istenmesi ve boşanma davasının en erken ihtar kararının terk eden eşe tebliğinden itibaren iki aylık süre sonunda açılması gereği karşısında bu sürelerin dava şartı olduğunu, kamu düzenini ilgilendirdiğini ve bu nedenle hâkimce re'sen dikkate alınacağını söyleyebiliriz.[103]

Şartlar gerçekleştiğinde, terk sebebiyle açılan boşanma davası, terk mutlak bir boşanma sebebi olduğundan ayrıca evlilik birliğinin devamının eşler açısından katlanılabilir olup olmadığı incelenmeksizin, kabul edilecektir.[104]

Terk sebebiyle açılan boşanma davasında, ıslahla dava sebebi değiştirilmediği sürece, başka bir nedenle boşanma kararı verilemez.[105] Islahla dava sebebinin değiştirildiği, örneğin terk sebebine değil de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılan durumlarda ihtarla, ihtar tarihinden önceki olaylar affedilmiş kabul edileceğinden, ancak bu tarihten sonra meydana gelen olaylara dayanılabilecektir.[106]

---

102 Y 2 HD, 1.4.1993, 2312/3130(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

103 Y 2 HD, 8.4.1992, 4031/4236, YKD 1992, S. 8, s. 1188, 1189; Y 2 HD, 23.3.2009, 2009/1912 E., 2009/5348 K.:"…Dava, davalı eşe 15.09.2006 tarihinde tebliğ edilen 2006/46 değişik iş sayılı ihtar kararına dayanılarak açılan terk sebebiyle boşanma isteğine ilişkindir. Davacı tarafından, aynı ihtar kararına dayanılarak 09.11.2006 tarihinde açılan terk sebebine dayanan 2006/811 esas sayılı boşanma davası, "iki aylık eve dönüş süresi dolmadan açıldığından" bahisle, 26.12.2006 tarihinde reddedilmiştir. Aleyhinde boşanma davası açılmış olan eş, dava süresince ayrı yaşamakta ve eve dönmemekte haklıdır. Bu süre zarfında Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesi kapsamında bir terkin varlığından ve haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmemekten bahsedilemez. Boşanma davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren dört ay bittikten sonra yeniden ihtar isteminde bulunulması gerekir. Bu yasal düzenlemeye göre terkin koşulları bulunmamaktadır. O halde, isteğin reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır…"(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

104 "…Ancak hâkimin "terkin haklı olup olmadığını" araştırması ve bu konuda takdir yetkisini kullanması, bir ölçüde bu boşanma sebebine de nispi görünüm verebilmektedir"(Bkz. Hatemi/Serozan, s. 225).

105 Y 2 HD, 4.4.2005, 4657/5273: "…Şiddetli geçimsizlik nedenine dayalı bir dava bulunmamaktadır. Dava TMK Md. 164'e dayalıdır. Delillerin bu çerçevede değerlendirilerek bir hüküm oluşturulması gerekirken Md. 166/1'e dayalı hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır…"(Gençcan, s. 262, dn. 776).

106 Y 2 HD, 10.3.2005, 2434/3702: "…Davacı, terk hukuki nedenine göre açtığı davayı 4.12.2003 tarihli dilekçesi ile ıslah etmiş ve davasını şiddetli geçimsizlik nedenine dayandırdığını bildirmiştir. Davacı iş bu davayı açmadan önce 21.7.2003 tarihinde davalıya ihtar göndermek suretiyle ihtar tarihinden önceki olayları affetmiştir. İhtar tarihinden sonra da boşanmayı gerektiren ve davalıdan kaynaklanan yeni bir olayın varlığı kanıtlanmış değildir. Gerçekleşen bu

Aynı mantıkla, terk ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebeplerine birlikte dayanılarak açılan boşanma davasında davacıdan davasını bu iki sebepten hangisine hasrettiği sorulmalı, davacının herhangi bir seçim yapmadığı durumda dava reddedilmelidir.[107]

6. Akıl Hastalığı(TMK Md. 165)

"Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hale gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir."

Medeni Kanun'un yalnızca iyileşme olanağı bulunmayan akıl hastalığından bahsetmesi karşısında ne kadar ümitsiz olursa olsun kanser, cüzam, frengi, AİDS gibi hastalıklar boşanma sebebi teşkil etmez.[108,109]

Maddede hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporu ile tespit edilmesi zorunluluğunun getirilmesi, kanunkoyucunun bilirkişi raporu ile yetinilmemesini istediğini gösterir.[110]Bu sağlık kurulunun konu ile ilgili

---

durum karşısında davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamıştır…"(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

107 Y 2 HD, 25.6.2006, 5905/12256: "…Davalı-karşı davacı koca evlilik birliğinin temelinden sarsılması olmadığı takdirde terk sebebiyle boşanma isteğinde bulunmuştur. Her iki sebebe birlikte dayanılması nedeniyle boşanma koşulları oluşmadığı halde boşanma kararı verilmiş olması, aleyhe temyiz olmadığından bozma sebebi sayılmamıştır…"(Gençcan, s. 265, dn. 789).

108 Akıntürk/Karaman, s. 259.

109 "…Davalının "temporal tipte epilepsi (sara)" hastası olduğu anlaşılmaktadır. Eşlerden birinde bu hastalığın varlığı başlı başına bir boşanma sebebi değildir. Davalının hastalığının tedavisinden kaçındığına dair bir delil olmadığı gibi, alınan raporda ruhsal bakımdan evliliği, yürütebilecek yeterliğe sahip olduğu da belirlenmiştir. Davalının sara hastası olması dışında evlilik birliğini temelinden sarsacak ve müşterek hayatın devamına imkan bırakmayacak nitelikte başkaca somut bir hadisenin varlığı ortaya konulmamıştır. O halde, davanın reddi gerekirken yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi doğru görülmemiştir…"(Y 2 HD, 15.6.2004, 2004/4941 E., 2004/7899 K., KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

110 Gençcan, s. 269.

uzmanları barındırması gerektirdiği[111] gibi, kurulun hazırlayacağı raporda da hastalığın geçmesi olanağı bulunmadığının açıkça yazılması gerekmektedir.[112]

İyileşme imkânı bulunmayan akıl hastalığının evlenmeden önce var olması, bu hastalığın dava tarihi itibariyle devam etmesi kaydıyla boşanma davası açmaya engel değildir. Bu durumda, mutlak butlan davası açılabileceği gibi boşanma davası da açılabilir.[113]

Davanın açılmasını engelleyecek herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiş olmakla, davanın açılmasına engel olabilecek tek hususun hastalığın iyileşebilir niteliği olduğu söylenebilir.[114]

Elverişsizlik ilkesinin bir görünümü olarak kanunda yerini alan bu sebebin, boşanmayı sağlaması için ortak hayatın davacı eş açısından çekilmez hale gelmiş olması gerekir[115](düzen bozukluğu ilkesi). Ortak hayatın diğer eş açısından çekilmez hale geldiğinin ispatı genellikle tanık beyanları ile yapılmakla birlikte, duraksama halinde Adli Tıp İhtisas Dairesinden rapor da alınmalıdır.[116] Bu durumlara örnek olarak ayırt etme gücünden sürekli yoksunluk, tedavinin bir kurumda yapılması zorunluluğunun baş göstermesi, cinnet nöbetleri, hakaretler gösterilebilir.[117]

---

111 Y 2HD, 10.6.2004, 6622/7637(Gençcan, s. 269, dn. 812'den naklen).

112 "…Akıl hastalığı nedeniyle boşanma kararı verilebilmesi için hastalığın geçmesine olanak bulunmadığının resmi sağlık kurulu raporu ile belgelenmesi gerekir. Dosya içerisinde bulunan ve hükme dayanak yapılan Konya Numune Hastanesi'ne ait raporda davalı-davacı kadının akıl hastalığının geçmesine olanak bulunmadığı yönünde herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında mahkemece davalı-davacı kadının TMK Md. 165 anlamında akıl hastası olup olmadığı yönünde yeniden rapor alınmadan eksik inceleme ile hüküm kurulması doğru bulunmamıştır…"(Y 2HD, 13.5.2009, 5496-9546(Gençcan, s. 271, dn. 816'dan naklen)).

113 Hatemi/Serozan, s. 227; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 112; Velidedeoğlu, s. 179; Gençcan, s. 20; Aksi görüşte olan Akıntürk/Karaman, evlenmeden önceki akıl hastalığı resmi sağlık kurulu raporu ile anlaşılmadıkça kesin evlenme engellerinden olduğundan, evlenmenin zaten gerçekleşemeyeceğini, her nasılsa evlenme gerçekleşmişse, bu evlenmenin mutlak butlan davasıyla iptal edilebileceğini düşünmektedir(Akıntürk/Karaman, s. 259); Benzer şekilde Tekinay, s. 228.

114 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 112.

115 "…Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle akıl hastalığı nedeniyle ortak hayatın çekilmez hale geldiğinin kanıtlanamamış bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddiyle usul ve kanuna uygun olan hükmün onaylanmasına…"(Y 2 HD, 10.12.2007, 3340/17114(Gençcan, s. 273, dn. 830'dan)).

116 Gençcan, s. 274.

117 Schwarz, s. 151.

Akıl hastası olduğu ileri sürülen eşin, davada kendisini gereği gibi savunamayacağı kanaatine ulaşılırsa, aile mahkemesi hâkiminin sulh hukuk mahkemesine ihbarda bulunması ve bu eşe bir vasi atanmasını sağlaması yerinde olur.[118]Ancak akıl hastalığı nedeniyle açılan her boşanma davasında tensiple birlikte başkaca bir araştırma yapmaksızın davalının hukuksal ehliyetini araştırmaya kalkışmak ve davayı davalının yasal temsilcisine yöneltmek gibi bir düşünce, akıl hastalığı iddiasının asılsız olma ihtimaline binaen doğru değildir.[119]Mahkemece davacıdan davalının akıl hastası olduğu yolundaki deliller toplanmalı, yeterli kanaat oluştuğu anda, kanıtların tamamının toplanması beklenmeden yetkili vesayet makamına müzekkere yazılmalı, vasi atanması istemi kabul edilmişse vasiye tebligat yapılarak davaya devam olunmalı, istem reddedilmişse dava da reddedilmelidir[120]

Akıl hastalığına dayanan boşanma davası ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davası arasındaki ilişki açısından; davranışları iradi olmayan davalı hakkında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma kararı verilemeyeceği söylenebilir. Yargıtay'a göre davacı davasını evlilik birliğinin temelinden sarsılması olgusuna dayandırmakta iken davalının akıl hastası olduğunun sabit olması karşısında, davalının davranışlarının iradi olduğu kabul edilemeyeceği ve akıl hastalığına dayalı bir dava bulunmadığından HUMK Md. 74 gereğince talep aşıp karar verilemeyeceğinden söz konusu boşanma davası reddedilmelidir.[121,122]Ancak davacı evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle açtığı boşanma davasını ıslah ederek akıl hastalığı sebebiyle boşanma davasına dönüştürebilir.[123]

---

118 Tekinay, s. 232.

119 Feyzioğlu, s. 251.

120 Gençcan, s. 276, 277.

121 Y 2 HD, 27.3.2003, 2003/3064 E., 2003/4349 K.; Aynı yönde, Y 2 HD, 13.1.2010, 2009/21206 E.,2010/395 K.(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

122 Benzer bir Yargıtay kararı eleştirisinde Burcuoğlu, TMK Md. 165'deki akıl hastalığı için aranan ortak yaşamın çekilmezliği ile TMK Md. 166'daki çekilmezlik arasında derece olarak herhangi bir ayrım gözetilemeyeceğini, ortak yaşamın çekilmez hale gelmesi hangi sebepten kaynaklanırsa kaynaklansın, evlilik birliğinin TMK Md. 166 çerçevesinde sona erdirilmesi gerektiğini söylemektedir(Bkz. Burcuoğlu, Haluk: "Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Boşanma Davasında Talep Edilen Maddi, Manevi Tazminat ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanı Konularında Somut Kararlardan Hareketle Yapılması Zorunlu Görülen Bazı Gözlemler",(Gözlemler), Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s. 599).

123 "…Davacı; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanarak açtığı boşanma davasını 19.10.2005 tarihli dilekçesi ile ıslah etmiş ve boşanma talebini TMK Md. 165'teki akıl hastalığı

III. İSVİÇRE HUKUKUNDA GENEL OLARAK BOŞANMA ŞARTLARI VE BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER

A. İsviçre Hukukunda Boşanma Şartları

1. Genel Olarak

Kaynak İsviçre Medeni Kanunu'nda 26 Haziran 1998 tarihinde yapılan ve 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren değişiklik, 8 Aralık 2001 tarihinde resmi gazetede yayınlanıp 1 Ocak 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'na göre oldukça farklı düzenlemeler getirmiştir.

İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunu'nda değişiklik yapılması çalışmalarının hemen hemen aynı döneme denk gelmesi, Yeni Türk Medeni Kanunu'nda da İsviçre'dekine benzer düzenlemelerin yapılıp yapılmayacağı konusundaki tartışmaları beraberinde getirmiştir. Ancak bu düzenlemelerin Türk toplumunun bünyesine uygun olmadığı, özellikle zina gibi özel boşanma sebeplerinin kaldırılmasının yanlış anlaşılmalara yol açacağı düşünülmüş ve sözü edilen değişikliklerin İsviçre'deki uygulamasının görülmesinden sonra Türk Hukuku'nda değişikliğe gidilmesi daha doğru görülmüştür.[124]

Türkiye'de Medeni Kanunu hazırlayanların, İsviçre'deki değişikliklere ihtiyatla yaklaşmasının sebebini İsviçre Medeni Kanunu'nda özellikle boşanma sebepleri konusunda yapılan değişikliklerde aramak gerekecektir.

---

sebebine dayandırmıştır. Davanın ıslah edilmiş şekliyle akıl hastalığı sebebine dayandığı gözetilmeksizin tarafların TMK'nin 166/1 maddesi gereğince boşanmalarına karar verilmesi doğru görülmemiştir. Mahkemece yapılacak iş; Akdeniz Üniversitesi Anabilim Dalı tarafından verilen 14.11.2006 tarihli rapor yeterli kanaat verici nitelikte bulunmadığından, davalının akıl hastası olup olmadığı ve vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediği hususunda resmi sağlık kurulu raporu almak ve vesayet altına alınması gerekiyorsa, vasi atanması için yetkili vesayet makamına ihbarda bulunmak sonucuna kadar yargılamayı bekletmek ve toplanan deliller TMK Md. 165 çerçevesinde değerlendirilerek, ulaşılacak sonuç uyarınca bir karar vermekten ibarettir. Açıklanan yönler gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir..."(Y 2 HD, 9.7.2008, 11390-10197(Gençcan, s. 281, dn. 868)); Aynı yönde Y 2 HD, E. 2006/12236, K. 2006/18460, T. 27.12.2006.

[124] Kılıçoğlu, Ahmet: Medeni Kanun'umuzun Aile ve Miras Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 11.

1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu yürürlüğe girdiğinden bu yana 1999 yılına kadar hiç değişmeden yürürlükte kalmıştır.[125] O zaman için değerlendirildiğinde, kusuru veya akıl hastalığını özel boşanma sebebi sayması yanında başka hiçbir yabancı hukukun tanımadığı evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenini genel boşanma nedeni olarak kabul etmesi, bu Kanun'un ilerici niteliğinden kaynaklanmıştır. Ancak değişen toplumsal ilişkiler, yasada yer alan özel boşanma sebeplerinin geçerliliğini yitirmesine sebep olduğu gibi, eşlerin anlaşarak boşanmalarının da önünü açmıştır.[126] İsviçre'de 1997 yılında tüm boşanmaların % 98,9 'unda geçimsizliğe dayalı genel boşanma sebebine dayanıldığı gibi, belirtilen sebebe dayanan boşanma davalarının %90'ında da eşlerin yargı sürecinde boşanma konusunda anlaştıkları görülmüştür.[127]

Yeni Boşanma Hukuku'nda, geçimsizlik ilkesi esas olarak yer almakla birlikte, bu geçimsizliğin kanıtlanması için evlilik süresince yaşanan hoş olmayan olayların mümkün olduğunca ortaya dökülmemesi amaçlanmış ve evliliğinin sona erdiğinin kanıtlanması biçimsel hale dönüştürülmüştür.[128] Bu amaçla, özel boşanma sebeplerinin tamamı yasadan çıkarılmış, eski metinde yer alan "Boşanma Sebepleri" başlığı "Boşanmanın Şartları" olarak değiştirilmiştir.[129]

İsviçre Medeni Kanunu(ZGB)'nda 111. ve 116. maddeler arasında düzenlenen boşanma şartları şunlardır:

---

125 Fransa, Almanya ve diğer bazı Avrupa ülkelerindeki gelişmelere paralel olarak İsviçre'de de eşlerin eşitliği ilkesini hayata geçirmek amacıyla Evlilik Birliği Hukuku'nda yapılan ve 1 Ocak 1988 tarihinde yürürlüğe giren değişiklikler için bkz. Koçhisarlıoğlu, Cengiz: "İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 431 vd.

126 "İsviçre'de anlaşmalı boşanma, yasa hükmü haline getirilmesinden çok önceleri, 1960'lı yıllardan itibaren gelişen topluma uygun olarak, uygulamada Federal Mahkemenin ve yerel mahkemelerin içtihat yolu ile geliştirdiği bir kurum olarak ortaya çıkmıştır."(Özdemir, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s. 35).

127 Hausheer, Heinz: "Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Önemli Yenilikleri", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 32 (Çev.: Dr. İur Ali Çivi, Lic. İur. Denise Unkan).

128 Hausheer, s. 32.

129 Helvacı, Serap: "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, s. 1151; Helvacı, her ne kadar Tasarıda "değişiklik çalışmasının üç boşanma sebebi öngördüğü" nden söz edilse de, kanun metninde sebep kelimesine hiç yer verilmediğini söylüyor(Bkz. Helvacı, s. 1168); Özdemir, s. 44; Gençcan, s. 109.

2. Ortak Taleple Boşanma

a. Tam Anlaşmalı Boşanma

Tam anlaşmalı boşanmayı düzenleyen ZGB 111 şu şekildedir:

"Eşler, çocuklara ilişkin müşterek kararlarının ve zorunlu belgelerin ekli olduğu boşanmanın sonuçları hakkında tam bir anlaşma ve ortak bir dava dilekçesi ile boşanmayı talep ettikleri takdirde, hakim tarafları ayrı ayrı ve birlikte dinler; onların iyice düşündükten sonra ve serbest iradeleri ile dilekçeyi verdikleri ve onaylanabilecek nitelikte bir anlaşma meydana getirdikleri hususunda kanaat getirir.

Duruşmadan itibaren 2 aylık düşünme süresinin sonunda, eşler yazılı olarak boşanma iradelerini ve anlaşmalarının koşullarını teyit ederlerse, hakim boşanmaya karar verir ve anlaşmayı onaylar.

Mahkeme bir duruşma daha öngörebilir."[130]

Bu madde uyarınca, davacısı ve davalısı olmayan çekişmesiz bir boşanma muhakemesi uygulama alanı bulmaktadır.[131] Bu muhakemede hakim, ortak taleple dava açan tarafları ayrı ayrı ve birlikte dinledikten, boşanma konusunda iyice düşündüklerine, serbest iradeleri ile karar verdiklerine ve onaylanabilecek nitelikte bir anlaşma yaptıklarına kanaat getirdikten sonra, onlara iki aylık bir düşünme süresi tanımaktadır.[132] İki aylık süre, taraflara anlaşma ve boşanma üzerinde ciddi bir şekilde düşünme imkânı veren koruma amaçlı bir süredir.[133] Emredici nitelikte olan bu süre kısaltılamaz ve uzatılamaz.[134] ZGB 111/2'de iki aylık düşünme süresi

---

130 Helvacı, s. 1152.

131 Hausheer, s. 34.

132 Avrupa Birliği Aile Hukuku Komisyonu(CEFL)'in tavsiye niteliğindeki prensip kararlarında, anlaşmalı boşanma durumunda düşünme süresi, eşlerin boşanma yargılamasının başında çocuk sahibi olup olmadıklarına göre 3 ay ya da 6 ay olabilmektedir. Özellikle ergin olmayan çocuklar varsa 6 aylık düşünme süresi önerilmektedir. (Ayrıntılı bilgi için bkz. Şıpka, Şükran: "Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 10, 2006/2, s. 168).

133 Özdemir, s. 60, dn. 265.

134 Werro, s. 114 (Ceylan, Ebru: "Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanma Davasıyla İlgili Usul Kuralları", MÜHFD, İstanbul 2006/2, s. 161, dn. 82'den naklen).

sonunda eşlerin sözleşmeyi ayrıca onaylaması şartı arandığından, bu süre zarfında eşler boşanma anlaşmasından tek taraflı olarak serbestçe dönebilirler.[135]

Hakimin tarafların ortak boşanma iradesi ve meydana getirdikleri sözleşme üzerinde yapacağı incelemede hangi hususları göz önünde bulundurması gerektiği önem arzeden bir konudur. Hakimin onayı, sadece taraflar arasındaki anlaşmanın iyi düşünülmüş ve serbest irade ile yapılmış olması hususunda değil, boşanma kararının iyi düşünülmüş ve serbest irade ile verilmiş olması hususunda da aranmalıdır.[136] Ancak, hakim hakkaniyete uygunluk denetimini yalnızca anlaşma üzerinde yapabilecek; boşanmanın hakkaniyete uygun olup olmadığı hususunda bir araştırmaya dahi girmeyecektir.[137]

Boşanma anlaşmasının mahkemece denetimi, ekonomik anlamda, çocukların çıkarlarına ilişkin inceleme saklı kalmak kaydıyla, bir eşin diğerine göre daha avantajlı hale gelmesini önlemeye yönelik olmalıdır.[138] Bu anlamda, boşanmayı isteyen eşlerin, bir an önce evlilik bağından kurtulmak adına, boşanmanın ekonomik sonuçlarına ilişkin sağlıklı kararlar vermeksizin anlaşma yapabileceği ihtimali karşısında hakim; dikkatli olmalı, tarafları anlaşmanın olası sonuçları hakkında bilgilendirmeli ve ancak ondan sonra anlaşmayı onaylamalıdır.

ZGB 145/2 uyarınca, hakimin reşit olmayan çocukların çıkarının söz konusu olduğu, velayetin kime verileceği, ortak velayet[139] halinde kimin yanında kalınacağı gibi sorunların çözümünde re'sen hareket etmesi gereği ortaya çıkar.[140] Çocuk, ZGB

---

135 Özdemir, s. 56, dn. 244.

136 Özdemir, s. 52.

137 Özdemir, s. 52.

138 Hausheer, s. 35.

139 "Boşanma sırasında çocuğun velayetinin tevdii ile ilgili olarak 2000 yılında yürürlüğe giren 133. madde uyarınca çocuğun velayetinin tevdi edilmesinde ve şahsi ilişkilerin düzenlenmesinde çocuğun menfaati için önem taşıyan tüm durumların ve yine anne babanın ortak taleplerinin dikkate alınacağı, velayet tevdi edilirken ve mümkün olduğu takdirde çocuğun dinleneceği özel olarak hükme bağlanmıştır…İsviçre Hukukunda, eşlerin ortak talebi ve kanunda aranan şartlarda mali yükümlülüklere ilişkin anlaşma yapmak şartıyla ve esas olarak da çocuğun menfaatine uygun düşmek kaydıyla velayetin ortak tevdi edilmesi de bu hükümle mümkün kılınmıştır."(Ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir/ Oktay, Saibe: "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, İstanbul 2009, s. 1226, 1227).

140 Hausheer, s. 35; Özdemir, s. 54, dn. 235.

144/2 gereğince, boşanma davası sırasında, kendisiyle ilgili tedbirlerin alınması konusunda, yaşı ve önemli bir sebebin olmaması koşuluyla, mahkeme ya da görevlendireceği uzmanlar tarafından dinlenir.[141]

Düşünme süresi sonunda, tarafların boşanma iradeleri ve anlaşma konusunda verdikleri yazılı onayla hakim tarafların boşanmalarına karar verir, anlaşmayı onaylar ve boşanma kararında yer alan bu anlaşma Md. 140/1 gereğince kararın bir parçası haline gelir.[142]

b. Kısmi Anlaşmalı Boşanma

Kısmi anlaşmalı boşanmayı düzenleyen ZGB 112 şu şekildedir:

"Eşler ortak bir dilekçeyle boşanma talebinde bulunabilir ve boşanmanın üzerinde anlaşmaya varamadıkları sonuçları hakkında karar vermeyi hâkime bırakabilirler.

Eşler, tam anlaşmada olduğu gibi, boşanma iradeleri, boşanmanın bir anlaşmanın konusu haline getirdikleri sonuçları ve diğer sonuçlarının hâkim tarafından düzenleneceği hususundaki kararları hakkında dinlenirler.

Her eş, boşanmanın üzerinde anlaşmaya varılamayan sonuçları ile ilgili taleplerini bildirir; hâkim boşanma davası esnasında bu talepleri de karara bağlar."[143]

Bu hüküm, karşılıklı rıza ile boşanmak isteyen ve boşanmanın sonuçları üzerinde tam bir anlaşma sağlayan çiftlerin yanında kısmi olarak anlaşanlara da kolay bir şekilde boşanma imkânı sağlamak amacıyla kanuna konulmuştur.[144] Burada taraflar, boşanma konusunda anlaşmıştır. Ancak, boşanmanın sonuçları konusunda ya hiç anlaşamamış ya da kısmen anlaşmış olduklarından, taraflar, üzerinde anlaşmaya

---

141 Hausheer, s. 35; Özdemir, s. 55, dn. 236.

142 Hausheer, s. 35; Özdemir, s. 65, dn. 298.

143 Helvacı, s. 1153.

144 Helvacı, s. 1153, dn. 4.

varılamayan noktalarda hâkimin düzenleme yapmasını kabul ederler. Bu düzenleme sonucunda, üzerinde anlaşmaya varılamayan noktalarda hâkim neye karar verirse versin, tarafların en başta boşanma iradelerini birlikte ve açıkça bildirmeleri, kısmi anlaşmalı boşanmanın ana unsurunu teşkil eder.[145]

Boşanma konusundaki muhakeme ZGB 111 uyarınca gerçekleştirilecek, ciddi boşanma iradesi incelenip, iki aylık düşünme süresi sonrasında her iki eşin de boşanma ve varsa kısmi anlaşma iradelerinin devam ettiği yönündeki yazılı beyanları alınacaktır. Eşlerin bu onayıyla birlikte çekişmesiz usul sona erecek, boşanmanın sonuçlarına ilişkin muhakeme, ZGB 114 vd maddeleri gereğince çekişmeli olarak sürdürülecektir.[146]

Bu maddeye dayanan boşanma yargılamasında karma bir usul izleniyor olsa da, boşanma kararı, bir bütündür ve kısmi anlaşma ile varılan sonuçları olduğu gibi, hâkim tarafından çözülen yan sonuçları da kapsar.[147]

3. Tek Taraflı Taleple Boşanma

a. Ortak Hayatın Kurulamaması

ZGB 114 hükmüne göre: "Taraflar en az iki yıl[148] ayrı yaşamışlarsa, eşlerden biri, talebe ilişkin duruşmanın başında veya tek taraflı talebin ortak dilekçenin yerini aldığı günde boşanma talep edebilir."[149]

Maddeyle, iki yıllık fiili ayrılık süresi sonunda, bir tarafa tek yanlı olarak boşanmayı talep etme hakkı tanınmıştır.[150] Çünkü eşlerin fiili olarak ayrı kaldığı

---

145 Helvacı, s. 1154.

146 Hausheer, s. 36; Özdemir, s. 70, dn. 331.

147 Hausheer, s. 36, Özdemir, s. 72, dn. 344.

148 Başlangıçta 4 yıl olan ayrılık süresi, 1 Haziran 2004'ten itibaren yürürlüğe giren 19.12.2003 tarihli Federal Yasa ile 2 yıla düşmüştür(Bkz. Hausheer, s. 33; Ceylan, s. 162, dn. 90); CEFL'nin tavsiye niteliğindeki prensip kararında eşlerden biri bir yıldan fazla süredir ayrı yaşıyorsa, boşanmanın gerçekleşebileceği söylenmektedir(Şıpka, s. 169).

149 Helvacı, s. 1155.

sürenin iki yılı tamamlamasının, evliliğin geri dönülemez şekilde temelden sarsıldığına esas teşkil edeceği düşünülmüştür.[151] Bu sürenin kesintisiz olması şartı aranmadığı gibi, süre sonunda davalı eşe boşanma kararı üzerinde direnme hakkı da tanınmamıştır.[152] Hâkimin yapacağı iş, boşanma davasının açıldığı tarihte sürenin dolduğunu ve davacının evlilik birliğini sona erdirmek isteyen iradesini tespit etmekten ibarettir.[153] Hâkim ayrıca bir inceleme yapamaz.

b. Birliğin Temelinden Sarsılması

ZGB 115, bazı şartların gerçekleşmesi durumunda, iki yıllık sürenin dolmasının beklenmesine gerek kalmaksızın eşlere boşanmayı talep etme imkânı getirmektedir. Bu maddeye göre: "Ciddi sebeplerin evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getirmesi durumunda, buna neden olmayan eş iki yılın bitmesini beklemeden boşanma talep edebilir."[154]

Bu maddeye dayanarak boşanma talep etmenin ilk koşulu, beklemeyi ortadan kaldıracak nitelikte evlilik içi şiddet gibi önemli bir sebebin varlığıdır.[155]Maddede haklı durumlar tek tek sayılmamış, hâkime her özel durumu kendi şartları içinde derlendirmesi için takdir yetkisi tanınmıştır.[156] İkinci koşul ise, beklemeyi ortadan kaldıracak sebebin davacıdan kaynaklanmamasıdır. Davacının kendi kusuru süresinden önce boşanmayı engeller.

Önemli sebepler objektif olabileceği gibi sübjektif de olabilir.[157] Yani, bu sebep eşlerin davranışlarından bağımsız nitelikte bir durum ya da olaydan

---

150 ZGB 175 ve 176. maddeler uyarınca mahkemece düzenlenmiş ayrı yaşama sonrasında da bir taraf diğer tarafa rağmen boşanmayı talep edebilir (Hausheer, s. 33).

151 Hausheer, s. 33.

152 Helvacı, s. 1155, dn. 7, 8.

153 Hausheer, s. 33.

154 Helvacı, s. 1155.

155 Hausheer, s. 33.

156 Helvacı, s. 1156, dn. 10.

157 Hausheer, s. 33; Helvacı, s. 1156.

kaynaklanabileceği gibi, davalı eşin kusurlu davranışlarından da kaynaklanabilir.[158] Önemli olan hâkimin, bu sebebin evlilik birliğini temelinden sarstığını ve ortak hayat çekilmez hale getirdiğine kanaat getirmesidir.

4. Bir Boşanma Yargılamasının Diğerine Dönüştürülmesi

Anlaşmalı boşanmaya dayalı bir davada mahkeme, sonuçlara ilişkin düzenlemenin onayının mümkün olmaması ya da iki aylık düşünme süresi sonunda eşlerin yazılı onay vermemiş olmaları gibi sebeplerle ortak başvuru koşullarının oluşmadığını görürse, taraflar serbest iradeleri ile başvurularını geri almadıkça hemen ret kararı veremez. ZGB 113'e göre: "Hakim ortak dilekçe ile boşanma şartlarının oluşmadığı sonucuna varırsa, her eşe, ortak dilekçeyi tek taraflı talep haline çevirmesi için süre tanır."[159]

ZGB 113'te düzenlendiği üzere, hakimin her eşe, tek taraflı olarak, talebini ZGB 114 veya 115'e göre devam ettirmesi için süre vermesi ve taraflardan birinin belirlenen sürede dava açmasıyla mahkemenin yetkisinin ve geçici tedbirlerin devam etmesi sağlandığı gibi mal rejimine ilişkin talepler de ilk başvurunun yapıldığı tarihe göre belirlenmiş olur. Böylece, 111. maddenin uygulamasıyla geçen sürenin boşa gitmesini önlenir ve usul ekonomisine uygun olarak hareket edilmiş olur.[160]

ZGB 113'te öngörülen durumun tersi bir durum da ZGB 116'da düzenlenmiştir. ZGB 116'ya göre: "Eşlerden biri ortak hayatın kurulamaması veya evlilik birliğinin sarsılması nedeniyle boşanma talep ederse ve diğer eş boşanmaya açık olarak rıza gösterirse veya karşı dava açarsa, ortak dilekçe ile boşanmaya dair hükümler kıyasen uygulanır."[161]

---

[158] CEFL'nin tavsiye kararında, ayrılık 1 yıl sürmeden boşanma talebinin kabul edilmesi, davalı tarafın ağır kusuruna bağlanmıştır.(Şıpka, s. 169).

[159] Helvacı, s. 1154.

[160] Hausheer, s. 36; Özdemir, s. 74, dn. 351.

[161] Helvacı, s. 1155.

Bu hükme göre, taraflardan birisi diğerinin davasını kabul eder veya karşı dava açarsa, bu durumda artık, ZGB 114 ve Md. 115'teki koşulların oluşup oluşmadığına bakılmayacak; boşanma ve sonuçları konusunda tam anlaşma sağlanması durumunda ZGB 111, boşanmanın tüm sonuçları üzerinde anlaşmaya varılamaması ya da anlaşmanın mahkemece onaylanır bulunmaması durumunda ise ZGB 112 uygulanacaktır.

B. İsviçre Hukukunda Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler

Bizim Medeni Kanunumuzun da temelini teşkil eden 1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu, değişiklik öncesi, Boşanma Hukukunda kusur prensibinden hareket ediyordu. Üstelik kusur yalnızca özel boşanma sebeplerinin değil, genel boşanma sebeplerinin söz konusu olduğu durumlarda da aranılan bir unsurdu. Şöyle ki, eski İsviçre Medeni Kanunu'nun 142/2 maddesinde çökmüş bir evlilik, kusursuz eşin iradesine rağmen boşanma ile sonuçlanamıyordu.[162] Bu hükme göre, kendi kusuru ile evliliğin kökünden sarsılmasına sebebiyet vermiş olan veya ailenin bu duruma gelmesinde kusuru ağır basan eş, bu nedenle boşanma talebinde bulunamazdı. Böyle bir eş tarafından açılan boşanma davasına karşı, kusursuz veya kusuru az olan eş 142/2 maddesindeki def'iyi ileri sürebilirdi.

Her ne kadar, eski İsviçre Medeni Kanunu boşanma sebeplerini genel ve özel boşanma sebepleri olarak ikiye ayırmış olsa da, Federal Mahkeme içtihatları ile özel boşanma sebeplerinde de temelinden sarsılma kuralının uygulaması, genel boşanma sebebine ilişkin eski İsviçre Medeni Kanunu Md. 142 karşısında özel boşanma sebeplerini arka plana itmiştir.[163]

İsviçre Kanun Koyucusu, kanun ve uygulama arasında doğan bu uyumsuzluğu gidermek amacıyla yola çıktığı değişim sürecinde, ilk iş olarak "kusurlu eş"

---

[162] Özdemir, s. 34; "..Fakat bu hüküm muhtelif şekilde kötüye kullanılmaya müsait ve fiilen de kötüye kullanıldığından uzun seneler sonra açılmış olan bir davada davacının kusurunu ileri sürme imkânına, kanunda yapılacak bir değişiklikle engel olmak lâzımdır.."(Bkz., Gürsoy, Kemal Tahir: "Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 30 vd.).

[163] Gürsoy, s. 26.

kavramını hukuk düzeninden uzaklaştırmıştır.[164] Amacı, evliliğin çözülmesinde taraflara bir yarar sağlamayan, var olan tansiyonu faydasız yere yükselten ve özellikle çocuklar açısından olumsuz sonuçlar doğuran bir olgu olan kusur araştırmasına son vermektir.[165] Kanunkoyucunun boşanmayı teknik, adeta bir formül haline getirmek için gayret sarfettiği söylenebilir.[166]ZGB 111 ve 112. maddeleriyle, tam ve kısmi anlaşma ile birlikte verilen ortak dilekçe ile boşanmada izlenecek usule ilişkin hükümlerin Medeni Kanuna konulması, şekli hukuka ilişkin hükümlerin maddi hukuk hükmü haline getirilmesi bu gayretin göstergelerinden birini oluşturur.[167] Bir diğer gösterge de kanunkoyucunun, boşanma sürecinin olabildiğince çabuk sürede ve az zararla sonlanabilmesi adına, eşlerin uzun süren fiili ayrılık yaşaması ve birlikte boşanmayı talep etmeleri durumlarında, evliliğin sarsıldığına ilişkin ve aksi ispat edilemeyen bir karine getirmiş olmasıdır.[168]

ZGB 116 hükmünde kanunkoyucunun anlaşmalı boşanma prosedürü içinde başlamamış bir boşanma davasında bile tarafların anlaşarak boşanmalarını arzu etmesi, eşlerin anlaşarak boşanmalarına verdiği önemi göstermektedir. Nitekim gerekçede de belirtildiği üzere, yeni boşanma hukukuna egemen olan ilkelerden biri ve değişikliğin amacı, boşanma ve boşanmanın sonuçları üzerinde tam bir anlaşmanın sağlanmasıdır.[169]

Sonuç olarak, reformla birlikte Boşanma Hukuku alanında Kanunkoyucu anlaşmalı boşanmayı kolaylaştırma ve boşanmanın temelini kusur ilkesinden evlilik birliğinin sarsılması ilkesine kaydırma amacı ile hareket etmiş, ancak aceleciliği önlemek ve boşanma iradelerinin ciddiyetini sağlamak için, birçok usul hükmünü Medeni Kanun içinde düzenlemiştir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda

164 Helvacı, s. 1168.

165 Perrin, s. 11(Özdemir, s. 37, dn. 133'den naklen).

166 Helvacı, s. 1168.

167 Özdemir, s. 42; Helvacı, s. 1169.

168 Rhiner, s. 95(Özdemir, s. 38, dn. 139'dan naklen); Gürsoy, s. 30.

169 Özdemir, s. 39, dn. 140.

düzenlenmesi gereken bu şekil kurallarına maddi hukukta yer verilmesi öğretide eleştirilmektedir.[170]

IV. ALMAN HUKUKUNDA GENEL OLARAK BOŞANMA SEBEPLERİ VE BOŞANMANIN DAYANDIĞI TEMEL İLKELER

A. Alman Hukukunda Genel Olarak Boşanma Sebepleri

1. Genel Olarak

Almanya'da, 14 Haziran 1976 tarihinde kabul edilen ve 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında 1. Kanunla boşanma hukukunda büyük yenilikler yapılmış, yasada boşanma kurumunu düzenleyen kurallar, hemen 40 yıllık aradan sonra, yeniden Alman Medeni Kanunu'na(BGB) dahil edilmişlerdir.[171]

Yeni Boşanma Hukuku'nda, boşanma sebeplerinin kusura dayanması ilkesi terk edilmiş, bu ilke yerini "başarısızlık"(yürümezlik, temelinden sarsılma) ilkesine bırakmıştır. Hatta yapılan bu değişiklik, temelden sarsılma prensibinin kusur prensibi aleyhine bir zaferidir denebilir.[172]

Öte taraftan, boşanma için "evliliğin başarısızlığı" adı altında bir tek genel sebep kabul edilerek, diğer özel boşanma sebepleri yasadan kaldırılmıştır.[173]Mahkemenin eşlerin mahremiyet alanına müdahalesinin mümkün olduğunca önüne geçmek için, evliliğin başarısızlığa uğradığını ispata yarayacak,

---

170 Helvacı, s. 1169, dn. 23.

171 Burcuoğlu, Haluk: "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", (Alman Boşanma Sistemi), İÜHFM, C. XLVIII-XLIX, S. 1-4, İstanbul 1983, s. 113.

172 Hinderling, SJZ 1971 18 s. 271(Gürsoy, s. 21'den naklen); Burada evliliğin her sarsılması değil, yalnızca kesin bir temelden sarsılma boşanmaya sebep olacağından, "sarsılma" deyiminden çok "evliliğin amaca varamaz olması, evliliğin çökmüş olması" deyimi kullanılmaktadır(Gürsoy, s. 22).

173 Değişiklik öncesinde mevcut özel boşanma sebepleri için bkz. Gürsoy, s. 7-10.

belli koşullarda aksi ispat edilemeyen iki karine getirilmiştir.[174] Diğer önemli yenilik de anlaşmalı boşanmanın getirilmiş olmasıdır.

BGB' nin Boşanma Bölümü' nün Birinci Kısmı 1564. madde ile başlamaktadır. Mahkeme kararı ile boşanma başlığını taşıyan BGB 1564'e göre: "Boşanma yalnızca eşlerden biri yahut ikisinin başvurusu üzerine mahkemece verilen karar ile vuku bulur. Evlilik, kararın kesinleşmesi ile ortadan kalkar. Boşanma sadece aşağıda düzenlenmiş şartlar dâhilinde talep edilebilir."[175]

2. Başarısızlık(Köklü Ya da Temelden Sarsıntı, Yürümezlik)

Başarısızlık, Alman Boşanma Sisteminin kilit kavramlarından birini oluşturur.[176]Evliliğin başarısızlığa uğramasını düzenleyen BGB 1565' e göre:

"Evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması durumunda boşanma kararı verilebilir. Bu başarısızlığa uğrama durumu; ortak yaşamın devam etmemesi veya devamının taraflardan beklenemeyecek olmasıdır.

Diğer tarafın şahsından kaynaklanan bir sebep, evliliğinin devamını tahammül edilemez kılıyorsa, bu şartlar altında davacının talebi üzerine eşler henüz bir yıl ayrı yaşamış olmasalar dahi boşanma kararı verilebilir."[177]

Buna göre, aksi ispat edilemeyen karineler uygulanamadığında, mahkeme boşanmanın tek nedeni olan evliliğin başarısızlığı uğramasının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıracaktır. Bunun için önce evliliğin o anki durumunu inceleyecek, sonra da ilerisi için tahmin yürütecektir.[178]BGB 1565 gereğince yapılan başarısızlık araştırmasının, kanunun, mahkemelerin eşlerin mahremiyet alanına

---

174 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 114, dn. 6' dan naklen.

175 "Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı(Çev.:Hanswerner Odendahl, Burcu Uslu)", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 1499.

176 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 116.

177 Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı, s. 1499.

178 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 117, dn. 10'dan naklen.

müdahalesinin mümkün olduğunca önüne geçilmesi amacıyla çok da uyuşmadığı söylenebilir.

Evliliğin başarısızlığa uğramasından; evliliğin yerine getirdiği sosyal işlevleri bir kenara bırakılarak, bireyci bir anlayışla, "evlilik duygusunun yitirilmesi", "evliliğe bağlılığının yitirilmesi", "diğer eşe derin şekilde yabancılaşma" anlaşılmaktadır.[179] Bu nedenle hâkim, evliliğin çökmüş, kendisinden bekleneni veremez hale gelmiş olduğunu gördüğü takdirde boşanmaya hükmedecektir. Ancak BGB 1568 hükmündeki şartlar gerçekleştiğinde hakim, başarısızlığa uğramış bir evliliği de koruyabilecektir.

BGB 1565/2 gereğince boşanma kural olarak en az bir yıllık ayrı yaşamayı gerektirir. İstisnaen, boşanmayı talep eden eş için evliliğin devamı, diğer eşin şahsından kaynaklanan sebeplerle tahammül edilemez olacaksa bir yıl ayrı yaşama şartının gerçekleşmesi aranmaz.[180] Diğer eşin şahsından kaynaklanan davranışların, objektif bir gözlemci için talepte bulunan eşi kesin olarak kendisinden koparacak nitelikte olması gerekir.[181] Ayrı yaşamanın henüz bir yılı bulmadığı evliliklerde, eşleri evliliğinin devamının tahammül edilemez olduğunu ispata zorlayan bu hükmün, kusur ilkesinin dolaylı yoldan da olsa uygulanması olarak değil, sarsılma ilkesinin özel bir görünümü olarak yorumlanması gerekir.[182]

3. Ayrı Yaşama

Alman Boşanma Sisteminin diğer bir kilit kavramı da ayrı yaşamdır.[183] Zira evliliğinin başarısızlığa uğradığının aksi ispat edilemez şekilde kabul edilmesi için ayrı yaşama şartının ne kadar süreyle gerçekleştiğinin tespiti önem taşımaktadır. "Ayrı Yaşama" başlıklı BGB 1567'e göre:

---

179 Schwab, s. 495(Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 118, dn.14'den naklen).

180 BGB pr. 1565/2'de düzenlenen bu halin her iki eşin boşanmayı talep etmesi halinde uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır.(Bkz. Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 127.

181 FamRZ 1981, s. 667(Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 125, dn.41'den naklen).

182 HILLERMEIER, s. 28(Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 127, dn.45'den naklen).

183 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 116.

"Eşler arasında bir ev birlikteliğinin oluşmamış olması ve eşlerden birinin anlaşılabilir bir şekilde evlilik birliğini reddetmesi durumunda, ayrı yaşama oluşmuş olur. Eşlerin ev içerisinde ayrı yaşamaları durumunda ev birlikteliği de devam etmez.

Eşlerin barışmasına hizmet eden kısa sürenin üstünde bir birlikte yaşama 1566'daki kesin süreleri kesmez ya da durdurmaz."[184]

Buna göre, ayrı yaşama için; eşlerden en az birinin, evliliğin gerektirdiği yaşam ortaklığının reddetme iradesi dolayısıyla, bir konutta ortak bir şekilde yaşamanın mevcut olmaması gerekir.[185]

Eşlerin ortak konutta ekonomik ya da çocuğun menfaati gibi nedenlerle birlikte yaşamaya devam etmeleri, salt bu haliyle, eşlerin konutu ortak yaşam alanı olarak gördüğü sonucunu doğurmayacağından; aynı konutta ayrı yaşamanın kabulü mümkün olabilmektedir.[186]

Öte taraftan, ayrı yaşamakta olan eşlerin barışma görüşmeleri yapmaları ve bu nedenle bir süreliğine birlikte yaşamalarının, başarıya ulaşamadıkları durumda, evliliğin başarısızlığa uğradığına karine oluşturacak ayrılık sürelerinin hesabına herhangi bir etkisinin olmadığı söylenebilir.

Evliliğin başarısızlığa uğradığına ilişkin karinelerde bir ve üç yıllık süreler önem arzeder. Karinelerin uygulanabilmesi için, eşler boşanma konusunda anlaşmışlarsa bir yıllık, anlaşamamışlarsa üç yıllık ayrı yaşama süresinin geçmiş olması gerekmektedir. (BGB 1566)

Karinelere dayanak teşkil eden ayrı yaşama süresinin, dava açıldığı anda dolmuş olması gerekli değildir. Dava açıldığı anda, henüz bir ya da üç yıllık süreler

---

184 Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı, s. 1500.

185 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 120.

186 Ayrıntılı bilgi için bkz. Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 121, 122; Yüksek Mahkeme kararları ışığında gelişen uygulamaya göre, aynı evin içinde olmasına rağmen, ortak ev hayatı yaşamamak ve ortak kullanılan yerlerde kişisel bir ilişki olmaksızın, tesadüfi bir arada olmalar ayrı yaşama anlamına gelmektedir.(Özdemir, s. 82).

dolmamış olsa bile, bu süreler mahkemede son sözlü müzakereler safhasına kadar tamamlandığı takdirde, karineler uygulanacaktır.[187]

4. Anlaşmalı Boşanma

"Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması Hakkında Karine" başlıklı BGB 1566, evliliğin başarısızlığa uğradığına ilişkin karineler içinde anlaşmalı boşanmaya da yer vermiştir. Buna göre:

"Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve taraflardan ikisinin de boşanmayı talep etmesi yahut davalının boşanmayı onaylaması durumu, evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması hakkında karine teşkil eder.

Üç yıldır ayrı yaşama da evlilik birliğinin başarısızlığı hakkında kesin karine teşkil eder."[188]

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin diğer şartlar ve usul hükümleri de Alman Usul Kanunu(ZPO) 630'da yer almaktadır. Buna göre BGB 1566/1'deki karinenin ileri sürülebilmesi, boşanma dilekçesinin en azından aşağıdaki şekilde düzenlenmesine bağlıdır[189]:

— Diğer eşin boşanmayı kabul ettiğinin veya aynı şekilde boşanma talebinde bulunacağının belirtilmesi.

— Ortak çocukların velayetinin eşlerden hangisine ait olacağı ve velayet hakkı kendisine tanınmayan eşin çocuklarla ilişkisinin nasıl olacağının açıklanması ve diğer eşin bu düzenlemeye rızası bulunduğunun belirtilmesi.

---

187 Schwab, s. 499(Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 123, dn.35'den naklen).

188 Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı, s. 1499.

189 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 124, 125; Özdemir, s. 81.

— Eşlerin çocuklarına karşı yükümlü oldukları bakım nafakası, evliliğin temelini oluşturan yasal nafaka yükümü, aile konutu ve ev eşyası ile ilgili konularda anlaşılmış olması.

Son olarak, ZPO 630/3'e göre, boşanma talebini verdikleri anda eşler, boşanma sonrası nafaka ile aile konutu ve ev eşyası ile ilgili hukuki ilişkilerini düzenleyen icraya konulabilir bir senet de düzenlemiş olmalıdırlar.[190]

Anlaşmalı boşanmanın mümkün olabilmesi için, bunu talep eden eşlerin yasanın aradığı zorunlulukları yerine getirir nitelikte yaptıkları ve mahkemeye sundukları anlaşmanın hâkim için bağlayıcı yönü bulunmamaktadır.[191]Hâkim, bu anlaşmanın çocuğun menfaatine uygun olup olmadığını denetleyecektir.

Eğer ZPO 630'da sayılan bu hususlar yerine getirilmezse, eşlerin anlaşmalı boşanma yapmaları mümkün olmamakta, ancak davaya BGB 1565/1-2 veya 1566/2'ye göre çekişmeli boşanma davası olarak devam edilebilmektedir.[192]

5. Başarısızlığın Gerçekleşmiş Olmasına Rağmen Boşanmanın Engellenmesi

Alman Medeni Kanunu'nun gerekçesine göre; evliliğin bir ömür boyu için kurulmuş olduğu fikrinden hareketle kanunda istisnaî hükümler(Haerteklusel) de öngörülmüştür.[193]Bu hükümlere göre, evlilik artık amacına varamaz hale gelmiş olmasına rağmen hâkim boşanma isteğini reddedebilir. Boşanma engellerini düzenleyen "İstisnai Haller" başlıklı BGB 1568'e göre:

"Evlilik birliğinin başarısızlığa uğramasına rağmen, evlilik birliği içinde mevcut çocukların evlilik birliğinin korunmasında özel sebeplerden doğan istisnai menfaatleri zaruri ise veya boşanmaya itiraz eden davalı için boşanma alışılmışın

190 Özdemir, s. 81.

191 Dethloff, 121(Özdemir, s. 85, dn. 408'den naklen).

192 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 125; Özdemir, s. 84.

193 Gürsoy, s. 23.

dışındaki sebeplerden dolayı büyük bir güçlük yaratıyorsa, davacının menfaatleri de göz önüne alınarak, istisnai olarak evlilik korunabilir."[194]

Burada başarısızlığa uğradığı noktasında şüphe bulunmayan evlilikler için, iki boşanma engeli düzenlenmiştir. İlk boşanma engeli, evlilikten olma ergin olmayan çocukların menfaatinin boşanmamayı gerektirmesidir. Böyle bir durumun mevcut olup olmadığını mahkeme re'sen araştırır.[195] Diğer bir boşanma engeli ise boşanmak isteyen eşin menfaatleri de dikkate alınmasına rağmen, boşanmaya karşı çıkan eşin olağanüstü bir sıkıntıya düşecek olmasıdır.

Kanunun gerekçesine[196] göre; evlenmenin bir bakım kurumu olarak değerlendirilmesi söz konusu olmadığından; boşanmanın, boşanmayı reddeden eş için iktisadi konularda olağanüstü bir sıkıntı yaratacak olması durumunda, reddi haklı olamaz. Her boşanmada sert ve istisnaî durumlar vardır. Bu nedenle, her zaman rastlanılan sertlikler dikkate alınmaz.[197] Ancak fevkalâde bir durumun varlığı halinde istisnaî (sert) hükümlerin uygulanması için, boşanmaya razı olmayan eşin bunların uygulanmasını istemesi yeterli değildir. Hâkim, her iki tarafın da istek ve iddialarına bakacak; istisnaî (sert) hükmü sadece karşılıklı menfaatlerin karşılaştırılması sonunda tarafların aralarındaki evlilik bağının yürütülmesini, müşterek hayatın yokluğuna rağmen, gerekli görmesi halinde uygulayacaktır.[198]

B. Alman Hukukunda Boşanmanın Dayandığı Temel İlkeler

Alman Hukukunda, Evlilik ve Aile Reformu Hakkındaki Birinci Yasanın getirdiği en büyük yenilik kusur ilkesinin gerek boşanma koşulları gerekse

---

194 Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı, s. 1500.

195 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 128.

196 Gürsoy, s. 23, 24.

197 "Hasta bir adam olan muhatabın boşanmayı, yeni bir yaşama çok daha kolay intibak edebilecek sağlıklı bir kimseden daha ağır hissedeceği doğrudur, ama bu durum 1568/1 anlamında bir kayıt sayılmaz."(OLG Köln 8.5.1981, FamRZ 1971, s. 959, 960(Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 129, dn.56'dan naklen)).

198 "Bu kural başarısızlığı kesinleşmiş bir evliliğin boşanma ile çözülmesini engeller, ama boşanmak isteyen eşin 1353/2'ye göre ayrı yaşama hakkını kaldırmaz."(Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 129).

boşanmanın sonuçları bakımından tamamıyla bir tarafa bırakılmış olmasıdır.[199]

Burada hâkim, İsviçre ve Türk Medeni Kanunlarından farklı olarak, evlilik birliğinin yeniden tesisinin mümkün olup olmadığını ve bunun eşlerden beklenebilir bulunup bulunmadığını aramak zorunda kalmaksızın, evliliğin çökmüş ve akamete uğramış olmasını boşanma hükmü için yeterli saymalıdır.[200] Bu nedenle hâkim, evliliğin çökmüş, kendisinden bekleneni veremez hale gelmiş olduğunu gördüğü takdirde boşanmaya hükmedecektir.

Esasında hâkimin işi son derece kolaylaşmıştır. Şöyle ki: eşler bir sene süre ile ayrı yaşamış ve boşanma konusunda anlaşma sağlamışlarsa, evliliğin çökmüş, kendisinden bekleneni veremez hale gelmiş olduğu sabit kabul edilir ve hâkim başkaca hususu araştırmaz. Eğer davalı eş, davacı eşin evliliğin temelden sarsılmış olduğu iddiasını reddediyorsa, evliliğin çökmüş, kendisinden bekleneni veremez hale gelmiş olduğunun sabit kabul edilmesi, eşlerin ancak üç sene boyunca ayrı yaşamış olmaları halinde mümkündür. Söz konusu müddetlerin geçmiş olması evlilik birliğinin çökmüş olduğunun aksinin ispatı mümkün olmayan bir karinesidir.

---

199 Burcuoğlu(Alman Boşanma Sistemi), s. 135.

200 Gürsoy, s. 25.

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA SEBEBİ OLARAK EVLİLK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

I. EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

A. Genel Olarak

"Evlilik birliği, ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa, eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir.

Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz.

Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir."

4.5.1988 tarihli 3444 sayılı kanunla değişik 765 sayılı TMK'nin 134. maddesi hükmü, 4721 sayılı TMK'nin 166. maddesiyle aynen korunmuştur.[201]

Önceden belirlenmesi mümkün olmayan bir olayın kanunun deyişi ile evlilik birliğini temelinden sarstığı ve bu sebeple eşlerden artık ortak hayata devam etmeleri beklenilemediği durumlarda boşanmanın genel sebebi gündeme gelir.

TMK Md. 166'da üç tür genel boşanma sebebinin düzenlendiği görülür. Bunlardan ilki Md. 166/1, 2'de düzenlenen dar anlamda evlilik birliğinin temelinden sarsılması iken diğerleri Md. 166/3'te eşlerin birlikte dava açmaları ya da birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi ile Md. 166/4'te açılmış olan bir boşanma davasının reddinden sonra eşlerin kanunda öngörülen süreyi ortak hayatı yeniden kurmadan geçirmeleri yani evlilik birliğinin fiilen kurulamamasıdır. Öğretide, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının genel boşanma nedeni olduğunda birlik olmasına karşın, MK 166/2 ve 3. fıkralarında düzenleme bulan anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin genel boşanma nedenlerinden olup olmadığı tartışmalıdır. Anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin genel boşanma nedenleri arasında olduğunu kabul eden yazarların ortak olarak dayandıkları gerekçe, bu iki nedenin MK. 166. madde çatısı altında düzenlenmiş oluşu ve madde lafzında kanun koyucunun evlilik birliğinin temelinden sarsılmış oluşunu karine olarak kabul etmesidir.[202]

---

201 Tek bir farkla ki; 765 sayılı TMK döneminde Md. 134'ün başlığı "Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması ve Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması" idiyken 4721 sayılı TMK Md. 166'nın başlığı "Evlilik Birliğinin Sarsılması" olmuştur; 4721 sayılı TMK'nin komisyon çalışmaları sırasında Medeni Kanunda ayrı ayrı boşanma sebeplerine yer verilmeyerek, bunların yerine Alman Medeni Kanununda olduğu gibi, genel bir sebep olarak sadece "temelden sarsılma" ilkesine dayanan bir boşanma sebebinin kabul edilip edilmemesi tartışılmış; tartışmalar sonucunda; 3444 sayılı Kanunla yürürlükteki kanunda yapılan değişikliğin, genel bir boşanma sebebi olarak Alman Medeni Kanunu'nun 1555 ve 1567. maddelerine benzer bir durumu içermesi, genel boşanma sebepleri dışında özel boşanma sebeplerinin uygulamada bugüne kadar herhangi bir sorun yaratmamış olmaları ve özellikle zina için evlilik birliğinin temelinden sarsılması şartının getirilmesinin Türk toplumunda yanlış yorumlara yol açabileceği düşüncesiyle mevcut durumun aynen korunması kararı alınmıştır(Bkz. Gerekçe, s. 295).

202 Akıntürk/Karaman, s. 260–274; Tekinay, s. 172; Oğuzman/ Dural, s. 123; Öztan, Bilge: "Türk Medeni Kanununa Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma"(Boşanma), Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 717; Aksi fikir için bkz., Hatemi /Serozan, s. 217–218.

Bizce anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenleriyle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının aynı madde başlığında düzenlenmiş olması, özellikle de kanun koyucunun anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamamasında evlilik birliğinin sarsılmış sayılacağını karine olarak kabul etmiş olması dikkate alındığında, anlaşmalı boşanma ve fiili ayrılığın da genel boşanma nedenlerinden olduğu söylenebilir.

Ancak anlaşmalı boşanma ile ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinde hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı yönünde herhangi bir araştırma yapma yetki ve görevinin olmaması, bu duruma bağlı olarak tarafların bu yönde ispat yükümlülüklerinin bulunmaması(mutlak nitelik), buna karşın, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında birliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığının dosya kapsamında ispatlanması gereğinin zorunluluk olarak ortaya çıkması(nispi nitelik) göz önünde bulundurulduğunda anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin farklı maddelerde toplanmasının daha yerinde bir düzenleme olacağı düşünülebilir.

Öğretide üçüncü ve dördüncü fıkralardaki sebeplerin evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına yönelik karineler olup olmadığı noktasında da farklı görüşler bulunmaktadır. Bu görüşlere aşağıda ayrıntıları ile yer vereceğiz.[203]

B. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasının Unsurları

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, özel boşanma sebeplerinin aksine belli bir olguya dayandırmadığı Md. 166/1 hükmünün uygulanabilmesi için iki koşulun gerçekleşmesini aramaktadır ki bunlar evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve ortak hayatın çekilmez hale gelmesidir.[204] Aslında burada "ortak hayatın çekilmez hale gelmesi" nin,"evlilik birliğinin temelden sarsılması"na eklenen bir şart değil, sarsılmanın "şiddet derecesi" olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Zira, bir

[203] Bkz. aşağıda s. 91 vd.

[204] Hatemi/ Serozan, s. 230 vd.

madalyonun iki yüzü olarak da adlandırabileceğimiz bu iki kavram birbirlerinin yerlerine de kullanılmaktadır.[205]

Çekilmezlik şartı[206] hâkim tarafından takdir edilecek olduğundan bu genel boşanma sebebinin nispi nitelikte olduğu söylenebilir.[207] Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle dava açan eşin kusursuz olması gerekmese de davacının ağır kusurunun davalı tarafından ileri sürülmesi davanın seyrini etkileyebilmekte, davacının davasının reddine sebep olabilmektedir. Yine tarafların kusurunun boşanma sonrasında talep edilebilecek tazminatlar bakımında da önemli olduğunu görmekteyiz. Bu noktada Kanunkoyucunun "kusur" prensibinden tamamen olmasa da kısmen ayrıldığı ve "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" prensibine yer verdiği söylenebilir.[208]

1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olması, eşler arasında çok ciddi ve şiddetli bir geçimsizlik ve anlaşmazlık bulunması demektir.[209] Bu durumda eşler arasında evliliği sürdürme hususunda ruh ve istek kalmayacak, eşler arasındaki bu

---

205 Hatemi/ Serozan, s. 231; "Geçimsizlik" şartının varlığının objektif açıdan, "çekilmezlik" şartının varlığının ise subjektif açıdan incelenecek olduğunu belirten yazarlar için bkz. Feyzioğlu, s. 255; Öztan, (Boşanma), s. 719, 720; Velidedeoğlu, s. 182, 183.

206 "Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme" ile "akıl hastalığı"na ilişkin nispi boşanma sebeplerinde de aynı şart söz konusudur. Burada suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı boşanmada kullanılan "birlikte yaşamanın diğer eşten beklenememesi" ile akıl hastalığına dayanan boşanmada kullanılan "ortak hayatın diğer eş için çekilmez hale gelmesi" ifadeleri arasında fark yoktur(Hatemi/ Serozan, s. 228, 229); Hâkimin kullandığı "müşterek hayata devamının eşlerden beklenememesi" ölçütünün yalnız burada değil vasıfta hatadan dolayı evlenmeyi düzenleyen TMK Md. 149/ bent 2'de ve evlilik hukukunun dışındaki hukuki ilişkilerin son bulmasında, özellikle borçlar hukuku alanındaki feshin ihbarında da başvurulduğu görülür(Schwarz, s. 154, 155).

207 Köprülü, s. 557; Yargıtay'ın da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin olguların dava dilekçesinde ayrıntıları ile açıklanmasına gerek bulunmadığına, bunların genel olarak belirtilerek dava sırasında açıklanmasının iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşmayacağına ilişkin olarak Bkz. Y HGK 20.03.1987, 133/221(Dural/Öğüz/Gümüş, s. 114, dn. 217'den naklen).

208 Öztan, (Boşanma), s. 717.

209 Akıntürk/Karaman, s. 262; Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı hallerin büyük çoğunluğunu geçimsizlik olarak ifade etmek mümkünse de, bazı olayların- kaza sonucu hala birbirlerini seven eşlerden birinin evliliğin gereklerini yerine getiremeyecek derecede yaralanması durumunda olduğu gibi- geçimsizliğe yol açmamalarına rağmen evlilik birliğini temelinden sarsabileceği söylenebilir(Bkz. Oğuzman/ Dural, s. 124).

anlaşmazlıklar onlardaki devam ruh ve bilincini söndürecektir.[210] Yani burada Kanunkoyucu eşler arasındaki geçimsizlik ve anlaşmazlığın evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede olmasını aramış ve bu durumun takdirini hâkime bırakmıştır. TMK Md. 1/1 gereğince doktrin ve içtihatlardan yararlanan hâkim hangi olay ve olguların evlilik birliğinin temelinden sarsabileceğini belirleyecek ve bunu yaparken evlilik birliğinin devamında ahlaki ve toplumsal fayda olup olmadığını da göz önünde bulunduracaktır.[211] Yine karakterleri, mizaçları, öğrenim ve kültür durumları, sosyal konumları ve yetişme şartları her bir eş için ayrı ayrı değerlendirilecek, bu hususta davacı için ortak hayatın çekilmez hale gelmesi yeterli sayılacaktır.[212]Ancak tabiî ki hâkim davacının ortak hayatın kendisi için çekilmez hale geldiğine ilişkin beyanıyla da bağlı olmayacaktır.[213]

Oluşan sarsılmanın evlilik birliğinin devamını eşlerden beklenemeyecek derecede etkileyip etkilemediğinin belirlenmesinde kıstas, eşler bakımından evliliğin devamı halinde ortaya çıkacak menfaat ile evliliğin son bulması halinde ortaya çıkabilecek menfaatin karşılaştırılmasıdır. Temelinden sarsılarak eşler bakımından çekilmez hale gelmiş birlikteliklerin devamı, eşler bakımından olduğu kadar toplum bakımından da büyük bir tehlike olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bu nitelikteki

---

210 Velidedeoğlu, s. 184.

211 Y HGK, 8.10.1969, 2-703/730(Akıntürk/Karaman, s. 264, dn. 84-a'dan naklen).

212 Tekinay, s. 176; Akıntürk/Karaman, s. 265; Feyzioğlu, s. 255; Hâkimin davalının da durumunu göz önünde bulundurması, evliliğin devamının değilse bile sona ermesinin kendisinden beklenip beklenemeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin olarak bkz. Schwarz, s. 153.

213 Yargıtay bir kararında tarafların boşanma davası açıldıktan sonra da aynı evde birlikte yaşamaya devam etmelerini, birlikte tatile gitmelerini ve aynı yatakta birlikte yatmalarını evlilik birliğini temelinden sarsar nitelikte bulmayarak, yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesini doğru bulmamıştır. Kararda bu olguların varlığı, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığının, ortak hayatın sürdürülebilir olduğunun göstergesi olarak kabul edilmiştir(Y 2 HD 11.04.2006, E. 1.7864/K. 5230,- KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI); Bir başka kararda Yargıtay, boşanma sebebi ispatlanmış olmasına rağmen, davalı kadının karşılık olarak açtığı ve diğer dava ile birleştirilen ayrılık davası gereğince ayrılık kararı vermiştir. Y 2 HD, 9.10.2008, 2007/13429E. -2008/12877 K. sayılı kararına göre: "…Davacı-davalı kocanın bir başka kadınla ilişkisinin olduğu bu suretle sadakat yükümlülüğüne aykırı davrandığı anlaşılmaktadır. Boşanma sebebi ispatlanmıştır. Kadının açtığı birleşen ayrılık davası, boşanmaya ilişkin olmadığına göre, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunsa bile isteğin yalnız ayrılığa ilişkin olması durumunda boşanma sebebi ispatlandığında, ayrılık kararı verilir. Boşanma sebebi gerçekleşmiş olmasına rağmen, ayrılığa ilişkin isteğin kabulü yerine, reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır."(KAZANCI İÇTİHAT VE BİLGİ BANKASI).

evliliklerin devam etmemesi, devam etmesine nazaran daha faydalı sonuçlar doğurabilir.[214]

Burada hâkim ileri sürülen olguları önce objektif olarak inceleyecektir. Bu olguları objektif olarak ortak hayatı sürdürmesi davacıdan beklenemeyecek derecede evlilik birliğini temelinden sarsacak nitelikte bulmazsa, bu sefer davacı için bir özelliğinin bulunup bulunmadığını, dosyada mevcut delillerden bulmaya çalışacak, olaya davacı yönünden sübjektif bir bakış açısıyla bakacaktır.[215]

Ancak "evlilik birliğinin sarsılmış olması" olgusu ile "ortak hayatın çekilmez oluşu" olgusunu ayırmak kolay değildir. Zira, "temelinden sarsılma şartı" ile "evliliğin sürdürülmesinin beklenilemezliği" şartı birbiriyle karşılıklı bağımlılık ilişkisi içindedirler. Evlilik birliğinin ne ölçüde sarsıldığını anlayabilmek için bu evlilikte ortak hayatı sürdürmenin davacıdan beklenip beklenemeyeceğine bakmak gerekirken; davacı eşten ortak hayatı sürdürmesinin beklenebilip beklenemeyeceğinin anlayabilmek için de evlilik birliğinin ne ölçüde sarsılmış olduğuna bakmak gerekecektir.[216]

Öğretide Gençcan bu durumu güzel bir örnekle açıklamış ve "evlilik birliğini" eve benzetmiştir. Buna göre; mutlak boşanma sebepleri bu ev için bir kıyamettir ve kıyamette her şeyin yerle bir olacağı göz önüne alındığında herkesin evi yıkılacaktır. Nispi boşanma sebepleri ise depreme benzer ve depremin her evi yıkıp yıkamayacağını depremin şiddetinin yanı sıra evin dayanıklılığı belirler. "Evlilik birliğinin temelinden sarsılması" koşulu depremin şiddeti; "Çekilmezlik" koşulu ise evin dayanıklılığıdır. Bu yüzden iki şiddetinde bir deprem bile dayanıksız bir evin çökmesine yeterli iken; sekiz şiddetinde bir depremin de yıkamadığı evler olabilir.

---

214 Velidedeoğlu, s. 161.

215 Dural/ Öğüz / Gümüş, s. 114, 115;"…Türk Medeni Kanunu'nun 166/1-2. maddesi uyarınca; boşanma karan verilebilmesi için evlilik birliğinin, ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacı tanıklarının sözlerinin bir kısmı Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşürülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır…"(Y 2 HD, 6.4.2010, E. 2009/4946, K. 2010/6706- KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

216 Hatemi/ Serozan, s. 229.

İşte Yargıtay uygulamasındaki takdir farklılıkları da gerek depremin ölçüsü ve gerekse hiçbir evin özelliklerinin diğer evin özelliklerinin tıpkısı olmamasından kaynaklanır.[217]

2. Ortak Hayatın Çekilmez Hale Gelmesi

Ortak hayatın çekilmez hale gelip gelmediğinin tespiti, "katlanma kabiliyeti" noktasında, kişiden kişiye değişkenlik göstereceğinden bu kavramın sübjektif bir nitelik taşıdığı, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin kavramla ayrılmasının zorluğu, belirlenmesi sırasında Kanunkoyucunun hakime geniş bir takdir yetkisi vermiş olduğu hususlarına yukarıda değinmiştik. Burada esas olarak çekilmezlik unsurunun aksine, eşler arasındaki anlaşmazlık hangi boyutlarda olursa olsun, o evliliğin çekilebilir olduğunu gösteren olaylara değinmek istiyoruz.

Öğretide bu olayların varlığının "çekilebilirlik karinesi"ni gündeme getireceği ve evliliğin boşanmayla kural olarak sona ermeyeceği kabul edilir.[218] Ancak kuşkusuz ki bütün karinelerde olduğu gibi, diğer eş de bunun aksini kanıtlayabilme olanağına sahiptir.

Evlilik birliğinin sarsılması nedeni ile boşanma davası açmak her ne kadar belli bir süreye bağlı tutulmamışsa da, evlilik birliğini çekilmez hale getirdiği iddia edilen olayların, uzun yıllar öncesinde kalmış olması durumunda birlikteliğin dava tarihine kadar sürdürülmüş olması, davacı eşin açtığı davadan feragat etmesi, davacı eşin diğer eşi ihtarla eve davet etmesi… gibi durumlar önceki olayların davacı eş tarafından affedilmiş yahut hoş görü ile karşılanmış olduğunu ve bundan sonra da evlilik birliğinin devamına olanak bulunduğunu gösterir.[219]

---

217 Gençcan, s. 284, 285.

218 İpek, Ali İhsan: Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Ankara 2008, s. 67(Öztürk, Özge: Genel Boşanma Sebepleri, İstanbul 2010, s. 83, dn. 423'den naklen).

219 Geçimsizliği doğuran olaylar genellikle yaşanmakta veya yaşanmış olaylar olmalıdır ki, boşanma davasının sebebini teşkil edebilsin. Üzerinden uzunca bir süre geçtikten tarafların barışarak ortak hayatlarına yeniden bir düzen vermelerinden sonra bu eski olayları kül altında kömürleşmiş eski

Feragat, kesin hükmün sonuçlarını doğurur (6100 sayılı HMK m.113). Davacı feragat tarihinden önceki olayları affetmiş sayıldığından bu sebeplere dayalı olarak ortak hayatın çekilmez hale gelmesi nedeniyle boşanma davası açamaz.[220]

Davacının eşini eve davet etmesi, ihtardan[221] önceki dönemde meydana gelmiş olayların hoşgörü ile karşılandığının göstergesi olup, bu durum evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmadığının göstergesidir. Çünkü birlikte yaşam arzusunu ifade eden ihtar, geçimsizliğin çekilmez hal almadığını ve ortak yaşamın devam edebileceği ümidinin varlığını gösterir.[222]

Ortak yaşamın çekilebilirliğini gösteren olaylardan bir diğeri de, evlilik birliğini sarsan olaylara rağmen eşlerin birlikte yaşamalarıdır. Birlikte yaşama eşler açısından evlilik birliğinin devamının istenmekte olduğunu gösterir. Eşlerin aynı evde oturmayı sürdürmesi kural olarak, evlilik birliğinin sarsılması sebebi ile boşanma davasının reddini gerektirir.[223] Ancak Yargıtay'ın, zorunluluk sebebi ile birlikte

---

ateşleri tekrar körüklemek gibi bir geçimsizlik nedeni diye hâkimin karşısına getirmek boşanma isteminin kabulüne olanak vermez"(Feyzioğlu, s. 254).

220 "…Davacı kadın açmış olduğu ilk boşanma davasından 14.05.2003 tarihinde feragat etmiştir. Feragat tarihinden bu davanın açıldığı 30.06.2003 tarihine kadar davalı kocadan kaynaklanan bu boşanmayı gerektirir maddi bir hadisenin varlığı kanıtlanmamıştır. Davacının davasının reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır"(Y.2.HD. 14.05.2007, 7481/7852(Gençcan, s. 509, dn. 1793)); Benzer olarak bkz. Y 2 HD, 8.11.2007, 2007/13635 E., 2007/15395 K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

221 Y 2 HD uygulamasında mahkeme aracılığıyla çekilen ihtar yanında noter aracılığıyla çekilen ihtar da hoşgörü ile karşılama sayılan davranışlardan kabul edilmektedir(Bkz. Gençcan, s. 511); Nitekim 14.4.2011 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanan 6217 sayılı Kanun'un 19. maddesiyle hakim yanında noter aracılığıyla da ihtar çekebilme imkanı getirilmiştir.

222 "…Davacı tanıklarının beyanlarında geçen olaylardan sonra 21.03.2007 tarihinde davacı, davalı eşine müşterek konuta dönmesi için ihtar çekmiştir. İhtar isteği önceki olayların affedilediğini, en azından hoşgörüyle karşılandığını gösterir, Artık bu olaylara dayanılarak boşanma talebinde bulunulamaz. İhtar tarihinden sonra davalıdan kaynaklanan boşanmayı gerektirir maddi bir olayın varlığı da kanıtlanamamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında isteğin reddi gerekirken yetersiz gerekçe ile davanın kabulü usul ve yasaya aykırıdır."Y.2.HD. 11.11.2009, 14888/19530(Gençcan, s. 511, dn. 1801)); Benzer olarak bkz. Y 2 HD, 13.3.2003, 2003/2090 E., 2003/3469 K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

223 "…Toplanan delillerden davacının kardeşinin karısında ait zincirin davalı tarafından alınıp satıldığı kabul edilen olaydan sonra tarafların 3 yılı aşkın süre ile birlikte yaşadıkları anlaşılmaktadır. Bu nedenle davacının bu olayı hoşgörü ile karşıladığının kabulü gerekir. Bunun doğal sonucu olarak bu olaydan dolayı çıkan söylentilerin de hoşgörü kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Başkaca da evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulüne yeterli bir olay ispat edilemediğine göre davanın reddine karar verilmesi gerekir.."Y HGK 01.06.1994, 82/377(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI); Boşanma davasından sonra da tarafların aynı evde birlikte yaşamaya devam etmelerinin evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını, ortak

yaşamanın af niteliğinde bir davranış olmadığı gerekçesi ile tarafların boşanmasına hükmettiği kararları da vardır.[224]

Öztan'a göre bu durum hiç kuşkusuz çekilmezliğin belirlenmesinde dikkate alınması gereken önemli bir kıstas olmakla birlikte, çekilmezliğin ortadan kalkmasına sebebiyet verecek derecede geçerli mutlak bir ölçüt sayılmamalıdır. Zira hiçbir eş ruh âlemindeki gelişmeye tam hâkim olamaz. Her eş kendi yeteneği üzerinde yanılabilir. Bu nedenle affa rağmen söz konusu nedenler evlilik birliğini çekilmez hale getirebilir. Çok ağır şartlara senelerce tahammül eden eş, bazen küçük bir olaya tahammül edemeyebilir. Bu durumda ise davanın reddi değil aksine kabulü gerekir.[225]

Bizce de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olayların ortaya çıkmasından sonra eşlerden birinin göstermiş olduğu bütün barışma girişimlerinin, önceki olayların affedilmiş sayılacağı anlamını taşımaması gerekir. Gösterilen barışma girişimlerine rağmen evlilik birliğinde düzelme yolunda herhangi bir aşama

---

hayatın sürdürülmesinin fiilen mümkün olduğunu gösterdiğine ilişkin Y HGK 2010/2- 343 E. 2010/361 K. no.'lu kararın karşı oy gerekçesi dikkat çekicidir: "…Aralarında çıkan olaylar nedeni ile davacı kadın eldeki boşanma davasını açmıştır. Boşanma davasının açılması ile birlikte tarafların birlikte oturdukları konut ortak konut olmaktan, diğer bir anlatımla aile konutu olmaktan çıkmamaktadır. Taraflar boşanma davasına karşın bu konutu birlikte kullanmaya devam edebilirler. Aile konutunun boşanma davasının varlığına rağmen birlikte kullanılması davacının boşanmaya neden olan ve evlilik birliğini temelinden sarsan olaylara onay verdiği ve evlilik birliğini devam ettirmek niyetinde olduğunun kanıtı değildir. Bu düşünce kabul edildiği taktirde "her boşanma davasının açılmasından sonra eşlerden birinin davadan önceki olaylara dayanabilmesi için ortak konutu terk etmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkar ki" bu yasanın temel ilkesine aykırıdır. Boşanma davasının açılması ile birlikte taraflardan birisi aile konutunu terk etme hakkına kavuşur, ancak bu muhakkak terk etmesi gerektiği biçiminde anlaşılmamalıdır, aksine isterse terk edebilir biçiminde yorumlanmalıdır. Özel Dairenin genel uygulaması da bu yoldadır…" (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

224 "…Toplanan delillerden; Eşlerin Erciş'ten tayinlerinin çıkması üzerine Ankara'ya geldikleri, kendilerine hemen lojman tahsis edilmemesi üzerine 23.10.2003–05.01.2004 tarihleri arasında orduevinde konakladıkları, davacıya lojman verilmesi üzerine eşlerin ayrıldıkları ve kocaya tahsis edilen lojmana davalının yerleştiği, davacının eşini dövdüğü, davalının ise eşine karşı ağır hakaretlerde bulunduğu, yüzünü tırnağı ile yaraladığı anlaşılmaktadır. Eşlerin zorunlu olarak bir süre beraber orduevinde kalmaları kocanın eşini affettiğini, geçen hadiseleri hoşgörü ile karşıladığını göstermez. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görünmemesine göre, TMK 166/1 gereğince boşanmaya karar verilecek yerde yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır."Y.2.HD. 22.06.2006, 3770/9958(Gençcan, s. 528, dn. 1866)).

225 Öztan, s. 255.

kat edilememişse, artık evlilik birliğinin temelinden şiddetli olarak sarsıldığının kabulü gerekir.[226]

Diğer yandan nasıl ki evlenmeden önce yaşanan olaylar, evlenmeden sonra devam etmemek veya diğer eş tarafından bilinmemek kaydıyla, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı bir boşanma davasına esas alınamazsa[227]; davanın açılmasından sonra ortaya çıkan olaylar da hükme esas alınamayacaktır.[228] Bu durum her davanın, açıldığı zamandaki koşullara göre değerlendirilmesi gerekeceği yönündeki genel ilkenin bir sonucudur.

Bu durum Y HGK.'nin 19.4.1995, E. 1995/128, K. 1995/399 sayılı kararında[229] "…Dava MK. 134/1. m. kaynaklanan boşanma istemine ilişkindir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her dava açıldığı tarihteki hukuki ve maddi esaslara göre çözüme ulaştırılır. Bu husus vazgeçilemez temel bir usul kuralıdır. Somut olayda ise, boşanma isteğinin kabulüne ilişkin yerel mahkeme kararına ağırlıklı olarak 17.05.1993 gününde açılan davadan sonra, tanık ifadelerinde açıkça belirtilen 19.05.1993 günü cereyan eden olay gerekçe yapılmıştır. Oysa davanın açıldığı tarihe kadar tarafların arasındaki müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığını gösterir vuku bulan bir olay ileri sürülmediği gibi bir kanıt da getirilmiş değildir. Bu itibarla Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma ilamına uyulması gerekirken önceki kararda direnilmesi doğru değildir. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır." şeklinde ifade edilmiştir.

Ancak Y HGK sonraki tarihli kararlarında evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma davasında, boşanma davası sırasında ve sonra oluşan olayların hükme esas alınabileceği gibi, boşanma kararı kesinleşinceye kadar olan olayların da boşanma hükmüne esas alınabileceğini söylemiştir. Nitekim, Y HGK.'nin

---

226 Benzer görüş için bkz. İpek, Ali İhsan: Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Konya 2007, s. 67.

227 Yargıtay'ın emsal kararlarına rağmen, evlenmeden önceki olayları evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasında hükme temel aldığı istisnai kararı için bkz. Y 2 HD, 06.03.2008, 5368/2887(Gençcan, s. 534, dn. 1892).

228 Gençcan, s. 533 vd.

229 KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI.

26.11.2008, E. 2008/698, K. 2008/711 sayılı kararına[230] göre: "…Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere ve özellikle HGK'nin 06.12.2006 gün2006/2-777E., 2006/778 K. sayılı kararında da benimsendiği üzere boşanma davası açıldıktan sonra gerçekleşen bir kısım olaylar somut olayın özelliğine göre dava sonucunu etkileyebileceğine, 4721 sayılı TMK 'nin 185/3 maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğünün de evlilik birliği süresince devam etmesi gerektiğine, boşanma kararı verilip kesinleşinceye kadar evlilik birliği devam edeceğine ve henüz karar da verilmemiş bulunduğuna göre, HGK tarafından da benimsenen Özel Daire bozma kararına uymak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır...".

Y 2 HD de 8.4.2009 tarih 979/6692 sayılı kararında[231], karardan sonra temyiz aşamasında gerçekleşen bir olguyu boşanma sebebi kabul etmiş ve kararı bozmuştur. Karara göre: "…Davalı-davacı kadının kendi boşanma davasına yönelik temyizinin incelenmesine gelince; eşler birbirlerine sadık kalmak ve birbirlerine yardımcı olmak zorundadırlar.(TMK 185/3). Bu yükümlülük evlilik birliğinin sona ermesine kadar devam eder. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerle davacı-davalı kocanın karardan sonra başka bir kadınla düğün yaptığı, sadakat yükümlülüğünü ihlal ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davalı-davacı kadın da dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, davalı-davacı kadının davasının da kabulü ile boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır."

Bize göre, Yargıtay HGK ve 2 HD'nin boşanma kararı verilip kesinleşmediği sürece sadakat ve/veya yardım yükümlülüğüne aykırı bütün davranışların boşanma sebebi olarak kabul edilip değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüşü, boşanma

---

230 KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI.

231 Gençcan, Ömer Uğur:"Boşanma Davalarında Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu(Delillerin Değerlendirilmesi)", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 1, Ankara 2010, s. 1024'ten naklen.

davalarının açıldığı tarihteki hukuki ve maddi vakıalara göre çözüleceğine ilişkin vazgeçilmez usul ilkesi ile bağdaşmamaktadır.[232]

TMK Md. 166/1 hükmüne dayanılarak açılan evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasında ispat yükü davacı üzerindedir. Her ne kadar TMK 184 hükmü gereğince aile mahkemesi hâkimi boşanma davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış saymayacak ve tarafların bu konudaki ikrarları ile bağlı olmayacaksa da taraflar eğer bir delil göstermeyeceklerini bildirmişlerse, hâkimin ispatlanamayan davanın reddine karar vermesi gerekir.[233] Burada hâkimin dosya ile bağlı olduğu, re'sen delil araştırması yoluna başvuramayacağı söylenebilir.

Bu noktada evlilik birliğinin temelinden sarsılması konusunda ispat araçlarından en yoğun kullanılanı olan tanık anlatımları konusuna değinmek gerekir. Zira hükme esas alınacak tanık anlatımları, görgüye dayalı olarak ortaya çıkmalıdır. Tanıkların üçüncü kişilerden ya da davacıdan ve davalıdan duydukları ifadelere değer verilemez.[234].

Tanıkların taraflardan biriyle olan akrabalık ilişkisinin, tek başına tanık anlatımlarının hükme esas alınmasını engellemeyeceği, aksine ciddi ve inandırıcı delil

---

232 Benzer olarak bkz. Akil, Cenk: Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü, http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz12-1/cenkakil.pdf(erişim tarihi: 16.02.2013); Karar tahlili ve eleştirisi için bkz. Gençcan, (Delillerin Değerlendirilmesi), s. 1017-1039.

233 Y 2 HD, 14.12.2006, 10921–17635: "Türk Medeni Kanununun 184/3. maddesi uyarınca, boşanma davalarında tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz. Taraflar bir delil göstermeyeceklerini bildirmişlerdir. Gerçekleşen bu durum karşısında kanıtlanamayan davanın reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde kabulü usul ve yasaya aykırı bulunmuştur…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

234 "…Davacı tanıklarının ifadesinde geçen olaylar davacıdan ve üçüncü kişilerden duyuma dayalıdır. TMK 166/1, 2 maddesi uyarınca boşanma kararı verilebilmesi için evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri eşlerden beklenemeyecek kadar temelinden sarsıldığının sabit olması gerekir. Oysa dinlenen davacı tanıklarının bir kısmı TMK 166/1'deki durumu kabule elverişli olmakla birlikte, bir kısmı sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzaktır. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır" Y 2 HD, 14.12.2009, 18013-21427(Gençcan, s. 555, dn. 1978).

ve olaylar yoksa tanıkların gerçeği söylemiş olduğuna ilişkin genel kuralın uygulanacağı söylenebilir.[235]

Günümüz yargılama hukukunun önemli konularından olan "hukuka aykırı delil" hususunda bugün için Dünyanın benimsediği ilke çerçevesinde; hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan delillerin mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı kanun hükmü (HMK Md.189/2) haline getirilmiştir.[236]

HMK değişikliği ile getirilen hükme rağmen Yargıtay, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin olarak açılan boşanma davasında, eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığının önem ve öncelik taşıdığı, bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanının diğer eş için dokunulmaz olmadığı düşüncesiyle davacı-davalı koca tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, ses kayıtlarına ilişkin CD'nin, davalının "özel hayatının gizliliği" ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiğine, bu nedenle delil olarak kullanılamayacağına ilişkin itirazı yerinde bulmamıştır. Böylece eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde, bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğini ihlal yönünden herhangi bir sakınca görmemiştir.[237]

---

235 Bkz. Y 2 HD, 21.12.1990, 1990/8485 E., 1990/13518 K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

236 Maddenin gerekçesine göre: "İspat hakkının delillere ilişkin yönünün hukukî çerçevesi çizilmiş, bir davada ileri sürülebilecek her türlü delilin mutlaka hukuka uygun yollardan elde edilmiş deliller olması esası getirilmiştir. Fıkrada öngörülen düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamayacağı düzenlenmek suretiyle, yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde ediliş biçiminin mahkeme tarafından re'sen göz önüne alınması ve delilin her ne surette olursa olsun hukukaaykırı olarak elde edildiğinin tespit edilmesi hâlinde, diğer tarafça bir itiraz ileri sürülmese dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir. Bu hususta mahkemece re'sen karar verilebileceği hususu dördüncü fıkra ile öngörülmüştür."(Yılmaz, Ejder: "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Değişiklikler", s. 23 (http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmkyenilikler.pdf(erişim tarihi:27.01.2013)).

237 Y 2 HD, 20.10.2008, 2007/17220E., 2008/13614K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI); Benzer olarak Y HGK de 25.9.2002, 2002/2-617E. -2002/648 K. sayılı kararında; gizli şekilde ele geçirilen tüm delillerin hukuka aykırı delil olarak değerlendirilmemesi

C. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasında Kusurun Rolü

1. Kusurun Dava Şartı Olup Olmadığı Sorunu

Eski Medeni Kanunun 3444 sayılı Kanunla değiştirilmeden önceki ilk şekli (EMK. m. 134/II), şöyleydi: "Eğer geçimsizlik, iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir".

3444 sayılı Kanunla yapılan değişiklik ile hüküm "davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır" şeklinde değiştirilmiş ve bu değişiklik, 4721 Türk Medeni Kanunumuzca 166/II. maddede aynen korunmuştur.

O halde, EMK sisteminde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak açılan davaların ön şartı[238] olarak kabul edilen, "davacının davalıdan daha ziyade kusurlu olmaması"na ilişkin hükmün Yeni Medeni Kanun sisteminde terkedildiği, daha ziyade kusurlu eşe de dava açabilme imkânı tanındığı söylenebilir. Burada dava açabilme hakkı eşlerden birinin kusursuz olma şartına bağlı tutulmamıştır.

Mevcut durumda, evlilik birliğinin eşler arasında ortak hayatı çekilmez hale getirecek şekilde temelinden sarsılmış olduğu durumlarda, dava açmak için bu durumun mutlaka eşlerden birinin kusurundan ileri gelmiş olması gerekmediği, yani her iki eş de kusursuz olabildiği gibi, davacı eşin de kusursuz olması şart değildir.[239]

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davasında eşlerin kusur durumlarına göre şu ihtimaller ortaya çıkabilir. Eşler boşanmaya sebebiyet veren olaylarda eşit derecede kusurlu olabilecekleri gibi; eşlerden biri diğer eşe oranla

---

gerektiğini, zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir dava olan boşanma davasında, koca eşi ile birlikte yaşadıkları mekanda ele geçirdiği eşine ait fotoğrafları, not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse, bu delillerin hukuka aykırı yollardan elde edilmemiş olduklarından mahkemede delil olarak değerlendirilmesi gerektiği görüşündedir.(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

238 Y 2. HD, 24.06.1980, E. 1980/4967, K. 1980/5316: "…davacının gerçekleşen eylemleri ile davalının sabit olan eylemleri kıyaslandığında davacının kusurunun daha ağır olduğunun kabulü gerekir. Oysa Medeni Kanunun 134/2. maddesi gereğince kusuru fazla olan eş boşanma davası açamaz…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

239 Akıntürk/Karaman, s. 266; Feyzioğlu, s. 257; Tekinay, s. 183.

az kusurlu ya da ağır kusurlu olabilir. Yine eşlerden birinin tam kusurlu olması durumunda ise diğer eş kusursuz kabul edilecektir.

Bu belirlemenin yapılması, boşanmanın fer'i hükümlerinin[240] uygulanması bakımından önem taşıyacaktır. Yoksa evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının kusura dayanmayan bir boşanma sebebi olduğu kabul edildiğinden, hâkim boşanma hükmü kurarken bir kusur araştırmasına girmeyecektir.[241]

Kimin daha fazla kusurlu olduğunu tespit için önceden bir ölçü konulmasının mümkün olmadığı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun içtihatın birleşmesine gerek bulunmadığı hususunda verdiği 03.07.1978 tarihli 5/6 sayılı kararında şöyle ifade edilmiştir:

"Kusur çoğu kez kişilerin sosyal ve kültürel yapılarına, değer yargılarına ve çevrelerine göre değişen bir ölçüde soyut ve göreceli bir kavramdır. O halde önceden şu ya da bu eylemin ya da davranışın daha ziyade kusur veya daha az kusur olarak kabulü ve bu konuda kesin, değişmez, nesnel bir ölçü konulması olanak dışıdır. Bu nedenle TMK'nin 134.(şimdiki 166.) maddesine dayanılarak açılan boşanma davalarında, taraflardan hangisinin tutum ve davranışının daha ziyade kusur sayılacağını saptamak ve değerlendirmek hâkimin takdir yetkisine aittir. Elbette hâkim bu konudaki takdir yetkisini ve hakkını olayların kendi yapılarına ve oluşlarına özgü yönleri içinde kullanacaktır…"[242]

Ancak Yargıtay'ın boşanmaya karar verilebilmesini, davalının az da olsa kusurunun bulunmasına bağlı tutan kararları karşısında TMK Md. 166/1, 2'ye

---

240 4721 sayılı TMK'nin maddi-manevi tazminat ile yoksulluk nafakasına ilişkin hükümlerinde Kanunkoyucunun eşlerin kusur durumlarına değişik sonuçlar bağlamış olduğu görülür. Md. 174'e göre: "Mevcut veya beklenen menfaatleri boşanma yüzünden zedelenen kusursuz veya daha az kusurlu taraf, kusurlu taraftan uygun bir maddî tazminat isteyebilir. Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir." Md. 175'e göre: "Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan malî gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.".

241 Gençcan, s. 571; Akıntürk/Karaman, s. 266; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 116; Oğuzman/Dural, s. 125.

242 Akıntürk/Karaman, s. 267.

dayanan boşanma davalarında Kanunkoyucunun kusur prensibinden ne ölçüde uzaklaştığı tartışma konusu olmuştur.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında[243] "... Bilindiği gibi genel boşanma nedeniyle ilgili Medeni Kanunun 134. maddesinin eski ifadesinde şiddetli geçimsizliğe ilişkin boşanma davası, ilke olarak doğrudan kusura dayanmıyor görünse de ikinci fıkrası ile dava hakkını kusuru olmayan ya da, daha az olan tarafa tanımak suretiyle kusuru gizli bir unsur haline getirmiştir. Nitekim ilk bakışta dava hakkına yönelik görünse de, söz konusu 134. maddenin eski biçiminde, kusura ilişkin hükmün böylesine "katı bir tarzda uygulanması şikayetlerin odak noktasını teşkil etmişti" (3444 sayılı Kanunun Hükümet tasarısı 4. madde gerekçesi). İşte bu ve benzer düşüncelerle 3444 sayılı Kanun, Medeni Kanunun 134. maddesini değiştirirken, kusur unsurunun boşanmada yarattığı güçlüğü önemli ölçüde hafifletmiş; kusur yerine evlilik birliğinin onarılmaz bir biçimde sarsılmasına önem vermiş, özetle kusurlu eşe de dava açma hakkı tanımıştır. Ne var ki, bu değişikliği tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiç bir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da madem ki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Medeni Kanunun 134. maddesine göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlardan kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiç bir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan

[243] Y HGK, 12.04.1995, 1995/2-147 E., 1995/374 K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

nedenle isteğin reddi gerekirken Yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır" şeklindeki dosya içeriğine Yasa'nın özüne ve sözüne uygun olan Özel Daire bozma kararına uyulmasının yerinde olacağına, bu anlamda önceki kararda direnilmesinin Usul ve Yasa'ya aykırı olduğuna karar vermiştir.

Yargıtay 2 HD'nin güncel kararlarının[244] da, HGK'nin EMK döneminde verdiği bu kararla benzer doğrultuda olduğu, Yargıtay'ın davacının tam kusurlu olduğu ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanarak açtığı boşanma davasının reddinin gerekeceğini düşündüğü görülmektedir.

Yargıtay'ın bu tavrını eleştiren yazarlardan Dural/Oğuzman[245] boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa belli bir kusurunun varlığının ve bunun ispatlanmasının aranıyor oluşunun kanunun hükmüyle bağdaşmayacağını, davalının bu durumu ileri sürmesi halinde davacının münhasıran kusurlu olmasının davanın reddini gerektireceğini belirtmiştir.

Benzer şekilde Burcuoğlu[246], Yüksek Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin yerleşik hale gelmekte olan TMK Md. 166/1 bağlamında boşanma kararı verilebilmesi için davalının az da olsa kusurlu olması koşulunun aranmasının, bir ölçüde önceki Medeni Kanun'da 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten öncesine dönüş anlamına geleceğini, kusur ilkesi tamamıyla terkedilmeden çağdaş ve adil bir boşanma düzenlenmesinden söz edilemeyeceğini dile getirmiştir.

İpek[247] de evlilik birliğinin fertler ve toplum bakımından bir getirisinin kalmamasına rağmen kusurun tamamının davacıda olduğundan bahisle davanın retle sonuçlanmasını öngören Yargıtay uygulamasını isabetli bulmamaktadır. Zira O'na

---

244 Y 2 HD, 14.02.2008, 21374/1572: "…Mevcut olaylara göre evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken yasa hükümlerinin yorumunda yanılgıya düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

245 Bkz. Oğuzman/Dural, s. 125, 126, dn. 33.

246 Burcuoğlu, (Gözlemler), s. 610.

247 İpek, s. 86, 87.

göre eşit kusurlu ya da daha ziyade kusurlu eşin açmış olduğu davalarda "kimse kendi kusuru nedeniyle bir menfaat elde edemez" şeklindeki kuralı uygulamayıp tamamen kusurlu eşin açtığı davalarda bu ilkeyi uygulamak açık bir çelişki teşkil etmektedir.

Köseoğlu[248] ise Türk boşanma hukukunda, gerek uygulamada, gerek mevzuat anlamında kusur ilkesinin geçerli olduğunu, bunun hem boşanmaya yol açan sebepleri sayan hükümler açısından hem boşanmanın mali sonuçlarını düzenleyen hükümlere göre savunabileceğini, sonuç olarak kusur ilkesinden soyutlanmış bir Türk hukuku boşanma sistemi düşünülemeyeceğini belirtmekle birlikte Y 2 HD'nin uygulamasında bir usul kuralı olarak yerleşmiş bulunan davalının az da olsa kusuru bulunması gerektiğine ilişkin uygulamanın çok katı olarak uygulanmaması gerektiğini savunmuştur.

Bizce kusur, boşanmanın sonuçlarından olan maddi, manevi tazminat ile yoksulluk nafakasının tayininde önem arz eder. Bu bağlamda, eşler eşit kusurlu ise, eşlerden hiçbirisi maddi ya da manevi tazminat talep edemeyecek, ancak şartları varsa yoksulluğa düşen eş adına nafakaya hükmedilecektir. Diğer yandan, kusurun tamamı davacı eşte ise ve bu durum davalı tarafından ileri sürülmüşse, kimse kusurundan dolayı menfaat elde edemez ilkesi gereğince açılan dava reddedilecektir. Ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında eşlerin boşanmalarına karar verilebilmesi, mutlaka eşlerden birinin kusurlu olması şartına bağlı tutulmadığından Yargıtay'ın davalının kusursuz olması durumunun re'sen göz önünde bulundurulması gerektiğine ilişkin görüşünü doğru bulmuyoruz.

2. Davacının Kusurunun Davalı Tarafça İleri Sürülmesinin İtiraz mı Yoksa Def'i mi Olduğu Sorunu

Evlilik birliğini temelinden sarsan olayların her iki eşin de kusurundan kaynaklandığı durumlarda, davalı eşin aralarındaki geçimsizlikte davacının kendisinden daha fazla kusurlu olduğu yolunda itiraz etme hakkı vardır. Davalının bu

248 Köseoğlu, Bilal: "Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 1, S. 1, 2006, s. 7 vd.

haktan yararlanabilmesi için hiç kusurunun bulunmaması aranmaz. Ancak fıkra açık olarak "davacının daha kusurlu olduğunun ileri sürülebileceğinden" bahsettiğine göre kusurlar arasında bir derece farkının arandığı; bu anlamda iki tarafın da kusurunun bulunmadığı haller ile iki tarafın kusurunun eşit olduğu hallerde davalının bu imkândan yararlanamayacağı söylenebilir.[249]

Bu konuda doktrinde EMK zamanında hâkimin kusur meselesini re'sen mi yoksa davalı tarafın davacının daha kusurlu olduğunu def'i yoluyla ileri sürmesi üzerine mi nazara alacağı konusunda tartışma bulunmaktaydı. Bir kısım hukukçular[250], burada bir def'i hakkının söz konusu olduğunu, Kanunkoyucunun bu genel boşanma sebebini kabul edişinde kusur prensibini değil, evlilik birliğinin temelinden sarsılması prensibini esas aldığını, bu şartın sadece davalı tarafı korumak amacıyla konulduğunu, bu nedenlerle davalı eş tarafından def'i olarak ileri sürülmedikçe hâkimin kendiliğinden bu hususu dikkate alamayacağını savunmuşlardır. Diğer bir kısım hukukçular[251] ve Yargıtay[252] ise davacının daha az kusurlu olması şartının hakimce re'sen araştırılacağı ve duruşma sırasında davacının daha çok kusurlu olduğu sabit olursa, hakimin davayı reddetmesi gerektiği görüşünü savunmuşlardır.

Önceki Medeni Kanun zamanında doktrinde oldukça tartışmalı olan eşlerden birinin diğerinden daha fazla kusurlu olmasına karşın dava açmış olması halinde, davacının daha fazla kusurlu olduğunun def'i yoluyla mı ileri sürüleceği yoksa itiraz olarak hâkim tarafından kendiliğinden mi dikkate alınacağı tartışmasının; 3444 sayılı kanunla EMK Md. 134[253]'de itirazın doğrudan doğruya davalıdan gelmesi gerektiği,

---

249 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 116.

250 Schwarz, s. 156; Velidedeoğlu, s.185, 186; Karahasan, Mustafa R.: "Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı", İBD, C. 36-37, S. 3, İstanbul 1967, s. 18 vd.; Tandoğan, s. 86.

251 Tekinay, s. 189; Hatemi/Serozan, s. 233.

252 Bkz. Y HGK, 24.03.1969, 664/200(Feyzioğlu, s. 257, dn. 49'dan naklen).

253 EMK Md. 134/2 hükmü, 3444 sayılı kanun ile değişmeden önce " Eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir." şeklinde iken; 3444 sayılı kanun ile yapılan değişiklikle birlikte "Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde, davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir." halini almıştır.

bu anlamda esas olarak bir def'i olduğu sonucu çıkacak şekilde yapılan düzenlemenin 4271 Türk Medeni Kanunumuzca da 166/II. madde ile aynen korunması karşısında, artık bir anlam ifade etmediği söylenebilir.

Her ne kadar TMK Md. 166/2'de "itiraz" terimi kullanılmışsa da kanunun lafzından bu kullanımın teknik anlamda olmadığı sonucu çıkar. Zira Kanunkoyucu davacının daha kusurlu olduğunu ileri sürerek davayı reddettirme veya bu durumu ileri sürmeyerek davaya devam edilmesini sağlama hakkını davalıya vermiş olduğundan, Md. 166/2'de yazılı olan itirazın "def'i "olduğu anlaşılacaktır.[254]

Ancak her ne kadar Yargıtay artık, EMK dönemindeki "kusurlu eş evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine dayanan boşanma davası açama" şeklindeki ilkeden vazgeçmiş gibi görünse de; halen kusura anlam yüklemeye devam ederek, boşanmaya karar vermek için davalının az da olsa kusurlu olmasını araması ve bu araştırmayı re'sen yürütmesi hususları birlikte düşünüldüğünde boşanma hukukumuzda halen kusur ilkesinin etkisini devam ettirdiği ve boşanma kararı verirken kusur durumlarının halen hâkimlerce göz önünde tutulduğu görülür.

3. Davalı Tarafın Hakkını Kötüye Kullanması

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davacının davalıdan daha fazla kusurlu olduğu itiraz yoluyla ispat edilirse davanın reddedilmesi gerekir. Bu sonuç, bir kimsenin kendi kusuruna dayanarak hak kazanamaması ilkesinden doğan bir sonuçtur.[255]Ancak davalıya tanınan bu hakkın yaptırımı da aynı maddede düzenlenmiştir. TMK Md. 166/2-son cümle, "Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir**.**" şeklindedir.

---

[254] Akıntürk/Karaman, s. 266; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 116; Öztan, (Değişiklik), s. 124; Feyzioğlu, s. 257.

[255] Akıntürk/Karaman, s. 267.

Bu hükme göre hâkim, davacı daha kusurlu olsa bile, şu ya da bu sebeple boşanmak istemeyen, sırf davayı uzatmak ya da karşı tarafı bıktırıp ondan çıkar sağlamak için def'i hakkını kullanan davalının, bu hakkını kötüye kullanıldığını görürse, boşanmaya karar verebilecektir.[256]

Gerçekten davalının ileri sürdüğü itirazlar davayı uzatma amacını ya da karşı taraftan herhangi bir çıkar sağlama arzusunu taşıyorsa, hakkın kötüye kullanıldığının kabulü gerekir. Davalı bir yandan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan olaylar nedeniyle davacının cezalandırılmasını istiyor, diğer yandan da boşanmayı istemiyorsa, davalının hakkını kötüye kullandığı söylenebilir.[257]

Yargıtay davalı kocanın, eşinin sadakatsizliğini bildiği halde evlilik birliğinin devamını istemesini[258], davalının bir yandan sadakatsizlik nedeniyle davacı eşinin cezalandırılmasını isterken, diğer yandan davaya karşı çıkmasını[259], on yıldır aynı evi paylaştığı kocasıyla konuşmayan davalı eşin davaya karşı çıkmasını[260], hakaret ederek kendisine dayak atan kocası hakkında ceza davası açan eşin hakaret eden eş tarafından açılan davaya itiraz etmesini[261], yurt dışında açmış olduğu davayla eşinden boşanıp da Türkiye'de diğer eşin açmış olduğu davaya karşı çıkmasını[262] hakkın kötüye kullanılmasına sebep olacak nitelikte değerlendirmiştir.

Öte taraftan davalının ileri sürdüğü olaylar hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet veriyorsa, evlilik birliğinin devamında, davalı veya çocuklar bakımından korunmaya değer bir yararın kalmamış olması aranmaz. Nitekim ileri sürülen olayların hakkın kötüye kullanılmasını doğurmasının doğal bir sonucu olarak evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaatin

---

256 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 117.

257 Akıntürk/Karaman, s. 268.

258 Y 2 HD, 5.6.1997, 1997/5269 E., 1997/6499 K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

259 Y 2 HD, 23.10.1992, 10153 E., 10218 K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

260 Y 2 HD, 2.12.1991, 12450 E., 14351 K. (YKD, 1992/7, s. 1027).

261 Y HGK, 2.10.1991, 2-378 E., 456 K. (Uyar, Talih: "Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1258).

262 Y 2 HD, 12.4.2002, 2002/4136 E., 2002/5171 K.: "…kadının yabancı mahkemede boşanma davası açmış ve boşanma kararı almış olması, bu davada boşanmaya karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilir…" (İpek, s. 79, dn. 309).

kalmadığının karine olarak kabulü gerekir.[263] Bu durumda denilebilir ki; madde kapsamında sadece hakkın kötüye kullanılmasına yer verilmesi yeterli olurdu. Bu açıdan bakıldığında hükmün ifade tarzı isabetli olmamıştır.[264]

O halde MK m. 166/ II' de düzenleme bulan, "bununla beraber bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve[265] evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir" şeklinde ortaya çıkan hükmün lafzında geçen " ve" bağlacı hükmün anlamına tahdidi bir durum katmamaktadır. Aksine buradaki durum, geniş bir anlatım şekli ortaya koymaktadır.[266]

II. EVLİLİK BİRLİĞİNİN SARSILMASINA YOL AÇAN OLAYLAR

Evlilik birliğinin temelinden sarsılabilmesi için, birliğin temelinden sarsılması ve bu sarsıntının birliğin devamını sürdürmeleri beklenemeyecek derecede onları olumsuz etkilemesi gerekir. Her türlü geçimsizlik, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olabilecek nitelikte değildir. Maddenin ifade biçiminden de anlaşılacağı üzere, meydana gelen geçimsizliğin şiddetli olarak ortaya çıkması gerekir. Kanun koyucu şiddetin ölçütünü, evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede oluşması şeklinde belirlemiştir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davasında, evlilik birliğinin devamını imkansız kılan davranışlar ise bugüne kadar olan uygulama ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından içtihatlarla belirlenmiştir.

---

263 İpek, s. 79.

264 Akıntürk/Karaman, s. 268; Dural/Öğüz/Gümüş; s. 117; Oğuzman/Dural, s. 126.

265 "3444 sayılı Kanun yapılırken etkili olduğu görülen 1984 tarihli Medeni Kanun Ön tasarısının 130. maddesinde "…Bununla beraber, davalının itirazı hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve özellikle evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa…."denilmiştir. 3444 sayılı Kanunu hazırlayanların "özellikle" deyiminin önemine dikkat etmedikleri anlaşılmaktadır."(Bkz. Oğuzman/Dural, s. 127).

266 Öztan, (Değişiklikler), s. 125.

Gençcan, boşanma konusu bu davranışları, aynı zamanda/doğal olarak şiddet[267] içeren davranışlar olarak görerek; duygusal, ekonomik, cinsel, fiziksel, görsel ve sosyal bütünlüğe yönelik olmalarına göre sınıflandırmıştır.[268]

Şiddet kavramının zihinlerde uyandırdığı ilk izlenim fiziksel cebir olmakla birlikte; şiddet, sadece bundan ibaret değildir. Şiddet kavramı ve onun kapsamı fiziksel cebirden çok daha geniştir. Şiddet, 'bireylerin yaralanmasına, sindirilmesine, öfkelenmesine veya duygusal baskı altına alınmasına yol açan fiziki veya herhangi bir şekilde hareket, davranış veya muamele' şeklinde tanımlanabilir.[269]

Evlilik birliği maddi(bedensel), manevi(ruhsal) ve ekonomik unsurlardan oluşan bir birliktir. Evlilik eşleri maddi, manevi ve ekonomik açıdan bünyesine almakta olduğundan, aile içindeki şiddet, uygulanan kişinin yaşamını fizik veya psikolojik bütünlüğü veya bağımsızlığını tehlikeye sokacak, kişiliğine veya kişilik gelişimine ciddi boyutlarda zarar verecektir. Biz de bu kısımda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olabilecek nitelikteki olayları, istikrar kazanan Yargıtay içtihatları doğrultusunda; maddi, manevi ve ekonomik olaylar olarak üçe ayıracağız.

A. Ekonomik Birlik Açısından Temelinden Sarsan Olaylar

TMK Md. 185 hükmüne göre evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur; eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak, çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermek, birlikte yaşamak, birbirlerine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar. TMK Md. 186 hükmüne göre de eşler oturacakları konutu birlikte seçer, birliği beraberce yönetir ve birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar.

---

267 20.03.2012 tarihinde Resmİ Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 2. maddesine göre: "Şiddet: Kişinin, fiziksel, cinsel, psikolojik veya ekonomik açıdan zarar görmesiyle veya acı çekmesiyle sonuçlanan veya sonuçlanması muhtemel hareketleri, buna yönelik tehdit ve baskıyı ya da özgürlüğün keyfî engellenmesini de içeren, toplumsal, kamusal veya özel alanda meydana gelen fiziksel, cinsel, psikolojik, sözlü veya ekonomik her türlü tutum ve davranışıdır."

268 Gençcan, s. 303.

269 Uçar, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara 2003, s. 82.

TMK ile aynı zamanda ekonomik bir birlik olan evlilik birliğinin devamı için ortak bir konut hazırlanmasından, eş ve çocukların geçimlerinin sağlanmasına kadar çeşitli konularda eşlere yükümlülükler getirilmiştir. Eşlerin bu yükümlülükleri yerine getirememesi ekonomik birliği sarsar ve ortak hayatı çekilmez hale getirir. Bu anlamda, TMK 185/3 hükmünde yer alan eşlerin sadakat yükümünün ekonomik sadakati de içerdiği söylenebilir.[270]

Ekonomik şiddet, sahip olunan ekonomik kaynakların veya paranın, kişi üzerinde, tehdit veya yaptırım aracı olarak istikrarlı bir şekilde kullanılmasıdır.[271] Mali kaynakların ve paranın, eş üzerinde bir yaptırım, tehdit ve kontrol aracı olarak kullanılması ise değişik şekillerde ortaya çıkabilir. Para vermemek veya kısıtlı para vermek, ailenin tasarrufları, gelir ve giderleri konusunda bilgi vermemek, eşin mallarını ve diğer gelirlerini elinden almak, çalışmasına izin vermemek, istemediği işte zorla çalıştırmak, çalışıyorsa iş hayatını olumsuz etkileyecek kısıtlamalar getirmek, aileyi ilgilendiren konularda diğer eşe haber vermeden tek başına karar vermek gibi eylemler ekonomik şiddeti oluşturur.[272]

Eşlerin birlik görevlerini yerine getirmekten özellikle evin geçimi için gerekli olan giderleri ödemekten kaçınması tipik bir ekonomik şiddet örneğidir. Yargıtay 2 HD, 7.6.2002 tarih, 6536/7756 sayılı kararında[273]: "…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının davacı karısını baba evine gönderip karısının ve çocuğunun infak ve iaşesini sağlamadığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak şekilde ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır." demektedir. Ancak tabiî ki eşlerin birlik görevlerini yerine getirememesi haklı bir sebepten kaynaklanıyorsa, bu durum evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas teşkil edemez.

---

270 Gümüş, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 12.

271 Uçar, s. 82.

272 Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, s. 8.

273 Y 2 HD, 7.6.2002, 6536/7756(Gençcan, s. 375, dn. 1244).

"…Toplanan delillerden ve Kocaeli Devlet Hastanesi'nin 25.3.2002 tarihli raporundan davalı kadının başkalarının yardımı olmadan ihtiyaçlarını göremeyeceği anlaşılmıştır. Mahkemenin de kabulünde olduğu gibi davalı kadının birlik görevlerini yerine getirememesi sağlık nedenlerine dayanmaktadır. Bu nedenle davalı kadın kusurlu görülemez. Boşanmaya sebep olan olaylarda eşinin hastalığı ile ilgilenmeyen, evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmeyen davacı koca tam kusurludur. Davacı kocanın davasının reddi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru olmamıştır."[274]

Birlik görevlerini yerine getirmeme ile bağlantılı olarak mazeretsiz olarak bir işte çalışmamak yanında eşi zorla çalıştırmak ya da hiç çalıştırmamak da geçimsizlik sebeplerindendir.

"…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının çalışmadığı, sorumsuz olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[275]

"…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davacının davalıyı atölyede zorla çalıştırmak istemesine karşın davalının davacıya, ulan, aptal, salak sözleriyle hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir …"[276]

Medeni Kanunumuzun Md. 192 hükmüne göre; " Eşlerden her biri meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur." Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kural olarak kadın kocanın rızasını almaksızın çalışmaya kendi özgür iradesiyle karar verebilir.[277] Ancak yapılan iş aile huzur ve saadetine zeval getirmeyecek nitelikte olmalıdır. Nitekim maddenin "ancak

---

274 Y 2 HD, 10.3.2008, 5660/3115(Gençcan, s. 376, dn. 1250).

275 Y 2 HD, 9.7.2002, 7215/9155(Gençcan, s. 389, dn. 1301).

276 Y 2 HD, 21.3.2002, 3342/4041(Gençcan, s. 389, dn. 1302).

277 Y 2 HD, 6.5.1997, 1997/3251E., 997/4830K.:"…Mücerret kadının çalışmak istemesi boşanma nedeni yapılamaz..."(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur" şeklindeki düzenlemesi bu durumu ortaya koymaktadır.

"…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı karşılık davacı kadının, feragatle sonuçlanan boşanma davasından sonra da evlilik yaşamıyla bağdaşmayan yerlerde çalışmaya devam ettiği anlaşılmaktadır. O halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[278]

Bu kapsamda, ortak konut sağlamamak, bağımsız konut sağlamamak, kendi anne ve babası ile oturmaya zorlamak da, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet verebilir.

"…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle ortak konut teminine yanaşmayan, birlik görevlerini yerine getirmeyen davacı davalı kocanın evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda tam kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[279]

"…Yapılan soruşturma toplanan delillerle davalının bağımsız ev temin etmediği, ailesinin de davacıya karşı olumsuz davranışlar içine girdiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcuttur…"[280]

Evlendiğinde kocasının bağımsız olmayan konutunda oturacağını bilen kadının, evlendikten sonra koca ve onun ailesinden kaynaklanan geçimsizlikler dolayısıyla bu sebebe dayanarak boşanma davası açması mümkündür. Zira kadın kocasının ailesi ile birlikte oturacağını bilmekle birlikte kendisine eziyet edileceğine ilişkin bilgi sahibi değildir.[281]

---

278 Y 2 HD, 17.9.2009, 12841/15879(Gençcan, s. 390, dn. 1305).

279 Y 2 HD, 1.6.2009, 8748/10512(Gençcan, s. 382, dn. 1271).

280 Y 2 HD, 5.4.2004, 3006/4273(Gençcan, s. 380, dn. 1265).

281 Gençcan, s. 382.

Eşlerin aşırı tasarruflu davranmaları da ekonomik şiddete yönelik bir davranıştır. Bu konuda Ankara 8 Aile Mahkemesi 21.07.2008 tarih 2008/678 E.-2008/898 K. sayılı kararıyla[282] davacı tanıklarının, "Tarafların uzun zamandır ayrı odalarda yatmaları bir yana gündüzleyin dahi ayrı odalarda oturduklarını, aralarındaki iletişimin tamamen koptuğunu, davacının hastalığı döneminde dahi davalı eşin otomobiliyle hastaneye götürmediğini, ilgi göstermediğini, kadının üzerinde bir taksi parasını ödeyebilecek kadar dahi para bulundurmasına izin vermediğini, gerek çalıştığı dönemde gerekse emekliliği sırasında da parasızlık çekmesine, içeceği çay parasını dahi hesaplamasına neden olduğunu, davalının kırılan bir çay bardağının dahi hesabını sorduğunu, kadının parasını kendisinin kullanmak istemesi durumunda ise, davalının "herkes kendi ihtiyacını karşılayacak" diyerek aile bütçesinde ikilik yarattığı" sözlerini gerekçe göstererek TMK 166/1 maddesi uyarınca boşanmaya karar vermiştir.

Temyiz incelemesi sonucunda "Tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliğinin devam ettiği ve davacı kadından aktarılan olayların boşanmaya esas alınamayacağı, dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmının TMK'nun 166/1 maddesinde yer alan temelden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar, bir kısmının ise sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmaktan uzak izahlardan ibaret olduğu" gerekçesiyle bozulan karara karşı direnen ilk derece mahkemesi hakiminin gerekçesi önemlidir.

Zira gerekçeye[283] göre: "…Olayda fiziksel şiddet olmamakla birlikte davacı bir çay parasına bile muhtaç duruma düşürülmüştür. Bu durumun aynen gözün morartılması, kolun bacağın kırılması gibi çalışma arkadaşları tarafından gözlenmesi olanaklıdır. Çünkü her gün aynı ortamda bulunan insanlar, nasıl fiziksel şiddet izlerine tanık oluyorlarsa, ekonomik şiddete de tanık olabilirler. Öyle ise Yargıtay'la aramızdaki temel ayrılık her ne kadar ilk bakışta ispat hukukuna ilişkin gibi gözükmekteyse de özde fiziksel şiddete yoğunlaşılıp ekonomik şiddetin gözden

---

[282] Karar için bkz. (http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=34122, erişim tarihi: 25.3.2012).

[283] Direnme kararı gerekçesi için bkz. (http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=34122, erişim tarihi: 25.3.2012).

kaçırılmasından kaynaklanmaktadır… Öte yandan öğretide "Bireylerin çalışmalarının engellenmesi, çalışmaya zorlanmaları, kişisel kazançlara veya mal varlıklarına el koymak, bunları yönetmelerine engel olunmak şeklinde ortaya çıkan davranışlar " olarak tanımlanan ekonomik şiddet, fiziksel şiddet gibi çoğunlukla görüldüğü üzere kendini ani ve öfke patlamaları biçiminde açığa vurmaz. (Tanım için Bkz; Yrd. Doç. Dr. Mehmet Erdem, Aile İçi Şiddet ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Türkiye Barolar Birliği Dergisi Sy. 73 Kasım-Aralık 2007 s:56) Daha çok kişilik ve huyla ilgili olup sistematiktir ve süreklilik gösterir. Mağdurun bu tavrı algılaması, tepki göstermesi çok daha zordur ve uzun zaman ister. Kaldı ki somut olayda davalı erkek, mal varlığının yarısını davacı kadın adına kaydettirmiştir. Yani görünüşte iyi niyetlidir. Ama yaşamın sırf tasarrufla geçmeyeceği, bu arada bir ömrün de tükenip gideceğini anlamak için somut olayda davacı kadının emekli olması gerekmiştir. Öyle ise bozmadaki, "bir kısım olaylardan sonra evlilik birliğinin devam ettiği" yani örtülü af gerekçesi de ekonomik şiddetin yukarıda belirtilen niteliği gereği yerinde değildir. Kaldı ki davacı kadının hastalığı döneminde taksi parasını dahi ödeyememesi, davalı erkeğin cimriliği nedeniyle onu otomobili ile hastaneye götürmeyişi, tanıkların somut ve görgüye dayalı bilgileridir. O halde, uzun yıllar eşinin aşırı hesaplı ve cimrilik ölçüsündeki tutumluluğuna dayanmak zorunda kalan kadının, ekonomik ve sosyal alanda özgür ve rahat yaşamak ve ekonomik şiddetten kurtulmak için açtığı davanın kabulüne karar verilmesi gerektiği inancıyla önceki kararımızda direnilerek aşağıdaki yargı kurulmuştur…"

Nitekim Y HGK de 21.07.2008 tarih 2008/2-695 E.- 2008/710 K. sayılı oy çokluğu ile aldığı karar[284] ile gerekçe ve özellikle delillerin değerlendirilmesinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre ilk derece mahkemesinin direnme kararını yerinde bulmuştur.

Bunların dışında, evin eşyalarını satma[285], eşyaları taşıyıp konutu boşaltma[286], aşırı borçlanma[287], eve haciz gelmesine sebep olma[288],cebinden habersiz para alma[289]

---

[284] Karar için bkz. (http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=34122, erişim tarihi:25.03.2012).

[285] Y 2 HD, 14.7.2009, 11799/14055: "…davacı kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği, sürekli alkol aldığı ve evin eşyalarını sattığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak

uygulamada görülen ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan ekonomik şiddet içerikli olaylardandır.

B. Maddi Birlik Açısından Temelinden Sarsan Olaylar: Fiziksel Şiddet

Fiziksel şiddet, kaba kuvvetin korkutma, sindirme veya ceza aracı olarak kullanılmasıdır.[290] Tokat atmak, tekmelemek, yumruklamak, hırpalamak, kolunu bükmek, boğazını sıkmak, bağlamak, saçını çekmek, kesici veya vurucu aletlerle yaralamak, kezzap veya kaynar suyla yakmak, vücudunda sigara söndürmek, ellerini ayaklarını ezmek, sakat bırakmak, işkence yapmak, sağlıksız koşullarda yaşamaya mecbur bırakmak, sağlık hizmetlerinden yararlanmasına engel olarak bedensel zarar görmesine neden olmak gibi eylemler fiziksel şiddeti oluşturur.[291]Bu haller aynı zamanda 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun kapsamında yer alan aile içi şiddete konu oluşturmaktadır.[292]

---

hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 378, dn. 1254).

286 Y 2 HD, 17.12.2008, 17727/17157: "…davalı kocanın karısı ile barışmasından sonra müşterek konuttaki eşyaları taşıyarak konutu boşalttığı böylece birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 380, dn. 1264).

287 Y 2 HD, 7.12.2009, 16380/21028: "…davalının kazancını şans oyunlarına harcadığı, sürekli borçlandığı, birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 388, dn. 1298).

288 Y 2 HD, 4.11.2004, 11872/13117: "…davalı kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği, piyasaya borçlanıp eve haciz gelmesine sebep olduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 386, dn.1289).

289 Y 2 HD, 14.4.2008, 7407/5178: "…davalının davacının cebinden habersiz para aldığı ve ailesinin davacıyı darp etmesine seyirci kaldığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 388, dn.1296).

290 Uçar, s. 82.

291 Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, s. 7.

292 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Md. 23'e göre 14/1/1998 tarihli ve 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun yürürlükten kaldırılmıştır. Mevzuatta 4320 sayılı Kanuna yapılan atıflar bu Kanuna yapılmış sayılır. Ancak bu Kanunun yürürlüğe girmesinden önce 4320 sayılı Kanun hükümlerine göre verilen kararların uygulanmasına devam olunur.

Bugün ülkemizde evlilik içerisindeki şiddetin büyük bir oranda erkekten kadına yönelik olarak gerçekleştiği, hatta bu anlamda kadını yeterince koruyamayan devletin AİHM nezdinde tazminat sorumluluğu ile karşı karşıya kaldığı söylenebilir.[293]

Ancak, Dünya'da ve Türkiye'de yapılan araştırmalar aile içi şiddete maruz kalanların çok büyük bir bölümünün kadınlar olduğunu ortaya koymakla birlikte erkeklerin de aile içinde fiziksel ve sözlü şiddete uğradığı görülmektedir. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu tarafından 1998 yılında Türkiye genelinde yapılan araştırmada erkeklerin % 2,1'inin sık sık, % 1,2'sinin ara sıra eşleri tarafından dövüldüklerini söylemeleri ilginçtir. Araştırmaların büyük bir bölümü özellikle fiziksel şiddet uygulayan kadının kendisinin de fiziksel şiddete maruz kaldığını ve kadının şiddete şiddetten korunmak için başvurduğuna işaret etmektedir.[294]

Yargıtay da eşin dövülmesini, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanmaya sebep olan olaylardan biri olarak gördüğünü istikrar kazanan kararlarında açıkça belirtmiştir.

"...Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalının davacıya fiziksel şiddet uyguladığı ve yakınları ile görüşmesini engellediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[295]

Uygulamada aile içinde eşlerden birinden diğerine yönelen fiziksel şiddet genellikle alkol kullanımına bağlı olarak gerçekleşir. Ancak şiddete salt alkol kullanımını gerekçe göstermek, şiddet içeren davranışla ilgili sorumluluk almayı reddetmek sonucunu doğurabilir. Alkol, şiddet kullanımını artırabilir; ama ikisi farklı sorunlardır. Birinin tedavisi, diğer sorunu ortadan kaldırmayabilir.[296]Bu anlamda

---

293 AİHM'nin, şiddet uygulayan ve annesini öldüren kocasına karşı yeterli önlemleri almayan Türkiye'yi 36 bin 500 Euro tazminata mahkum ettiren Nahide Opuz'a ilişkin kararı için bkz. http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=40772, (erişim tarihi: 25.03.2012).

294 Yanlış İnanış: "Aile içinde şiddet sadece kadınlara yöneliktir." adlı yazı için bkz. http://dosyalar.hurriyet.com.tr/aileici/aileicisiddet3.asp(erişim tarihi: 25.3.2012).

295 Y 2 HD, 24.1.2007, 12516/319(Gençcan, s. 418, dn. 1409).

296 Yanlış İnanış: "Aile içi şiddetin nedeni alkoldür." adlı yazı için bkz. http://dosyalar.hurriyet.com.tr/aileici/aileicisiddet3.asp(erişim tarihi: 31.3.2012).

alkol ve uyuşturucu madde alışkanlığı fiziksel şiddetten bağımsız bir boşanma sebebi teşkil eder.[297]

Eşe yönelik fiziksel şiddet, eşi itmek[298], tırmalamak[299], ısırmak[300], kesici aletle yaralamak[301], eşin arkasından bir şeyler fırlatmak[302], eşin üzerine yürümek[303], eşe kaynar su dökmek[304] vb. şekillerde gerçekleşebilir.

Burada evlilik birliğini sarsan fiziksel şiddet, sadece eşlerin birbirlerine karşı uyguladıkları şiddet değil aynı zamanda eşlerin anne, baba, kardeş gibi akrabalardan gördükleri ya da onlara uyguladıkları şiddet olabilir. Yani şiddet eşin akrabalarından diğer eşe yönelebileceği gibi, eşten de diğer eşin akrabalarına yönelik olabilir. Zira, bu durumda da Türk örf ve adet kurallarıyla, toplum yapısına göre eşler arasındaki sevgi ve saygı bağları önemli ölçüde zedelenmiş sayılır.

---

297 Y 2 HD, 14.7.2009, 11799/14055: "…davalı kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği, sürekli alkol aldığı ve evin eşyalarını sattığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak ve birliğin devamına imkân vermeyecek şekilde bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s.447, dn. 1534).

298 Y 2 HD, 25.03.2002, 3603/4255: "… davalının davacıya hakaret ettiği, saçından tutup merdivenden aşağıya ittiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak ve birliğin devamına imkân vermeyecek şekilde bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s.431, dn. 1466).

299 Y HGK, 24.05.1989, 2-300/389: "…toplanan delillerden davacı kocanın başka kadınla ilişkisi olduğu, evine bakmadığı, davalı kadında değişik yer ve zamanda kocasına puşt, pezevenk vs. diye hakaret ettiği, bir münakaşa sırasında kocasına kızıp üzerine bıçakla yürüdüğü, yüzünü tırmaladığı anlaşılmıştır. Bu durumda taraflardan birinin kusurunu diğerine üstün tutmak mümkün değildir…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

300 Y 2 HD, 4.10.2004, 9940/ 11041: "…davalının davacının elini ısırdığı, zehirlemekle tehdit ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak ve birliğin devamına imkân vermeyecek şekilde bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 431, dn. 1465).

301 Y 2 HD, 22.10.2007, 14795/14107: "…davalı kocanın karısını dövdüğü, onu eve kilitlediği, davacı kadının da kocasını bıçakladığı, birisinin kusurunun diğerine üstün tutulmasının mümkün olmadığı anlaşılmaktadır…"(Gençcan, s. 428, dn. 1451).

302 Y 2 HD, 15.9.2009, 13263/15649: "…evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda evlilik birliğinin gerektirdiği yükümlülükleri ihmal eden eşine bardak fırlatıp "karafatma, Allah belanı versin, çık git" diyerek hakaret eden davalı-davacı kadının da kusurlu olduğu ve TMK 166/1 madde koşullarının oluştuğu anlaşılmaktadır…"(Gençcan, s. 430, dn. 1457).

303 Y 2 HD, 18.4.2002, 2709/5444: "…davalının dövmek için eşinin üzerine yürüdüğü ve evden kovduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak ve birliğin devamına imkân vermeyecek şekilde bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 419, dn. 1415).

304 Y 2 HD, 19.1.2010, 18281/831: "…evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda eşine şiddet uygulayan ve üzerine kaynar su döken davacı-davalı koca yanında, evin temizliğiyle ilgilenmeyen kocasını sevmediğini, istemediğini söyleyen davalı-davacı kadın da kusurludur…"(Gençcan, s. 429, dn. 1453).

"…Davacı ve davalı aynı okulda öğretmendir. Eşinin özel otomobiline almayıp, onun dolmuşla okula gitmesine neden olan, okul bahçesinde kayın pederine şiddet uygulayan davalı koca ağır kusurludur. Davacı kadının davasının kabulü gerekirken reddi isabetsizdir…"[305]

"…Davacı-davalı kocanın ve kayınpederin davalı-davacı kadını sürekli dövdüğü, davalı- davacı kadının, davacı- davalı kocasına hakaret ettiği, eşyalarını balkondan attığı, birisinin kusurunun diğerinin kusuruna üstün tutulamayacağı anlaşılmaktadır.[306]

Öte taraftan, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin örneğin kayınvalide veya kayınpederin uyguladığı şiddete eşin göz yumması veya bu duruma engel olmaması da fiziksel şiddet olarak adlandırılmaktadır.

"…Davalının bağımsız ev temin etmediği anne ve babasının davacıya kötü davranışlarına ve onu dövmesine ses çıkartmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak ve birliğin devamına imkân vermeyecek şekilde bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[307]

Eşler TMK Md. 336 hükmüne göre evlilik devam ettiği sürece ana ve baba ortak çocuklara ilişkin velâyeti birlikte kullanacak, çocuklarını koruyup gözetecektir. TMK Md. 338 hükmüne göre ise eşler ergin olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlü olacak, kendi çocuğu üzerinde velâyeti kullanan diğer eşe uygun bir şekilde yardımcı olacaklardır. İşte bu yükümlülüklere aykırı olarak müşterek olsun olmasın aile içerisindeki çocuklara uygulanan şiddet de, geçimsizliğe sebebiyet verebilir.

"…Davalının eşine ağır hakaretlerde bulunduğu, davacının da çocuklarını aşırı şekilde dövdüğü anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden

---

305 Y 2 HD, 19.6.2006, 2875/9667(Gençcan, s. 422, dn. 1426).

306 Y 2 HD, 3.12.2007, 2639/16782(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

307 Y HGK, 18.2.1998, 1997/2-880 E., 1998/121 K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[308]

"…Toplanan delillerden eşinin önceki evliliğinden olan ergin olmayan çocuklarına sürekli şiddet uygulayan davalı kadın da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda eşit kusurludur…[309]

Eşler tarafından ortaya konulan davranış ve sözlerin boşanma sebebi teşkil etmesi için ceza hukuku anlamında mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanması şart değildir. Eşlerden birinin beraatla sonuçlanan haksız eyleminin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olabilecek nitelikte olup olmadığını belirlemede, mülga 818 sayılı Borçlar Kanunun 53. maddesine benzer düzenleme getiren 1.7.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 74. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir. TBK Md. 74 hükmüne göre: **"**Hâkim, zarar verenin kusurunun olup olmadığı, ayırt etme gücünün bulunup bulunmadığı hakkında karar verirken, ceza hukukunun sorumlulukla ilgili hükümleriyle bağlı olmadığı gibi, ceza hâkimi tarafından verilen beraat kararıyla da bağlı değildir. Aynı şekilde, ceza hâkiminin kusurun değerlendirilmesine ve zararın belirlenmesine ilişkin kararı da, hukuk hâkimini bağlamaz." Buna göre, hukuk hâkimi ceza hâkiminin suçun işlendiğinin sabit olmamasına ilişkin beraat kararıyla bağlı değildir. Buna karşın mahkûmiyet hükmüyle ve suçun işlenmediğinin sabit olduğuna ilişkin beraat kararıyla ise bağlıdır.[310]

Yargıtay 2. HD., 15.5.2003, E. 2003/6547, K. 2003/7222 sayılı bir kararında[311], "…davacı, hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış yanında evlilik

---

308 Y 2 HD, 24.3.2005, 2728/4752(Gençcan, s. 421, dn. 1418).

309 Y 2 HD, 22.9.2008, 12388/12267(Gençcan, s. 422, dn. 1423).

310 Y 11 HD, 2009/8459 E., 2011/1487 K.:"..BK'nun 53.maddesine ve yerleşik Yargıtay uygulamasına göre, hukuk hakimi gerek ceza hakiminin belirlediği kusur oranı ve gerekse de delil yetersizliğine dayalı beraat kararı ile bağlı değil ise de; sanığın isnat edilen eylemi işlemediğinin kesin olarak tespiti olgusuna dayalı beraat kararı ile ve iddia olunan eylemin hukuka aykırılığını ve failini belirleyen mahkumiyet kararının bu yönleri ile bağlıdır…"(http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=11320(erişim tarihi: 7.4.2012)).

311 UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt Gerekçeli İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 2006, s. 1040; Y 10 HD, 1.2.2005, 2004/13237 E., 2005/530 K.: "…ne var ki, ceza mahkemesi kendine has usulü olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle ceza mahkemesinde saptanacak maddi olayın yargısal

birliğinin sarsıldığını da ileri sürerek boşanmaya karar verilmesini istemiştir. Birden çok hukuki sebebe dayanılmıştır. Toplanan delillerden davalının eşini dövdüğü anlaşılmaktadır. Ceza hâkiminin delil kifayetsizliği nedeniyle vermiş olduğu beraat kararı da hukuk hâkimini bağlamaz. Evlilik birliği temelinden sarsılmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya karar verilmesi gerekir" demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir.

Diğer yandan şikâyete tabi bir eylem nedeniyle soruşturma ya da kovuşturma aşaması başladıktan sonra, şikâyetten vazgeçme nedeniyle, açılan davanın şikâyet yokluğu nedeniyle düşmesi ya da soruşturmanın takipsizlikle sonuçlanması durumunda, şikâyetten vazgeçmeye konu olaylara dayalı olarak boşanma davası açmak mümkündür. Zira şikâyetten vazgeçme, vazgeçmeye konu haksız eylemin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınmasına engel değildir. [312]

C. Manevi Birlik Açısından Temelinden Sarsan Olaylar

1. Cinsel Şiddet

TMK Md. 185 hükmünde yer alan eşlerin sadakat yükümlülüğü cinsel sadakati de içermektedir. Bu sebeple cinsel şiddet içeren davranışlar eşlerin sadakat yükümüne aykırı bir davranış olmakla aynı zamanda bir boşanma sebebi oluşturur.[313]

---

bir kararla saptanmış olması gerçeğini, hukuk hâkimini de bağlaması gerekir. Bu hal yargıya karşı güvenin korunmasının gereğidir. Şu halde hukuk hâkimi, ceza mahkemesince saptanan maddi olaylarla bağlı olup, orada belirlenen kusur oranlarıyla bağlı değildir…" (Kaçak, Nazif: Açıklamalı ve İçtihatlı Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007, s. 119–120).

312 Y 2 HD, 2.7.2002, 2002/6925 E., 2002/8828 K.:"…davacının ceza ile ilgili şikâyetinden vazgeçmesi, boşanmayı gerektiren olayları tümü ile hoş gördüğünü ve boşanma isteme hakkından da vazgeçtiğini göstermez…" (Uyar/Uyar/Uyar, s. 104); Y 2 HD, 24.2.2005, 2005/719 E., 2005/2799 K.: "…kocanın karısını dövdüğü sabittir. Kadının şahsi davasından vazgeçmesi, eşini cezadan kurtarmaya matuf olup, boşanma davası yönünden eşini affettiği anlamına gelmez. Gerçekleşen bu durum karşısında, kadının birleştirilen boşanma davasının da kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir"(KAZANCI İÇTİHAT VE BİLGİ BANKASI).

313 Gümüş, s. 12.

Cinsel şiddet, cinselliğin bir tehdit, sindirme ve kontrol etme aracı olarak kullanılmasıdır.[314]Eşi istemediği yerde, istemediği zamanda ve istemediği biçimlerde ilişkiye zorlamak, başkalarıyla cinsel ilişkiye zorlamak, cinsel organlara zarar vermek, çocuk doğurmaya ya da doğurmamaya, kürtaja ve fuhuşa zorlamak gibi eylemler cinsel şiddete örnek gösterilebilir.[315]

Uygulamada, eşlerin cinsel ilişkiyi gerçekleştirememeleri cinsel şiddet içerikli davranış olarak kabul edildiğinden bu durum evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olur. Zira cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen veya gerçekleştirmeyen eşin bu durumu diğer eşin kişilik haklarına saldırı oluşturur. Ancak cinsel ilişkinin gerçekleştirilememesinin boşanma sebebi teşkil etmesi için öncelikli olarak ilişki kurulamadığı hususunun tanık anlatımlarıyla yetinilmeyerek, çekişmeye yer bırakmayacak şekilde gerekirse doktor raporuyla belirlenmesi, gelecek rapor doğrultusunda da cinsel ilişki kuramama sebebinin, bu durumun bir hastalıktan ya da keyfiyetten meydana gelip gelmediği hususunun netleştirilmesi gerekmektedir. Zira, alınan raporlarda tarafların cinsel beraberliğe engel teşkil edecek herhangi bir rahatsızlığı olmadığı söyleniyorsa, cinsel ilişki kurulamamasının davacının cinsel ilişkiden kaçınmasından kaynaklandığını davalı ispat yükü altına girecektir. Tersi durumda, cinsel ilişkinin kurulamaması eşlerden birine ait bir rahatsızlıktan kaynaklanıyorsa da, hasta olan eşin tedaviden kaçınıp kaçınmadığı hususu önem kazanacaktır.[316]Öte taraftan, evlilik birliği kurulmasından itibaren eşlerin cinsel birliktelik geçirebilecek makul bir süre bir arada kalıp kalmadıkları hususu da önem arzetmektedir.

---

314 Uçar, s. 82.

315 Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, s. 8.

316 Aynı açıklamalar eşlerin cinsel olarak birlikte olabilmelerine rağmen çocuk sahibi olamadıkları durumlar için de geçerlidir. Salt çocuk sahibi olamamak bir boşanma sebebi değilse de bu konuda eşlerin tüp bebek tedavisinden kaçınması bir boşanma sebebi olacaktır. Bkz. Y 2 HD, 28.2.2008, 272/2443(Gençcan, s. 366, dn. 1214).

"…Taraflar 5 gün bir arada kalmışlardır. Bu süre taraflar arasında cinsel uyumsuzluk bulunduğunu kabul için yeterli değildir. Yalnızca cinsel ilişkinin 5 gün içinde kurulamamış olması evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını göstermez."[317]

"…Ayrıca dosya kapsamından taraflar arasında cinsel birlikteliğin gerçekleşmemiş olduğu anlaşılmakla birlikte, hangi nedenle gerçekleşmediği anlaşılamamaktadır. O halde bu durumun da gerekirse tarafların hastaneye sevki ile uzman bilirkişiden rapor alınarak aydınlatılması gerekir…"318

"…Taraflar 28.3.2005 tarihinde evlenmişlerdir. Dava 2.3.2006 tarihinde açılmıştır. 31.1.2006 tarihli rapora göre davacı kadın bakiredir. Evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin gayesi de vardır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları kızlık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başarılamamış olması karşısında eşlerde birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Böyle bir durumu davacı açısından kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yakınlaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak açık bir haksızlıktır. Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez. Aile birliğinin temelinden sarsıldığı(TMK 166/1) kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi gerekir."[319]

"…Taraflar arasında evlilik tarihinden itibaren cinsel birlikteliğin kurulamadığı sabittir. Her ne kadar alınan raporlarda tarafların cinsel beraberliğe engel teşkil edecek ruhsal ve fiziksel bir rahatsızlıklarının bulunmadığı tespit edilmiş ise de; davalı koca tarafından davacının cinsel beraberlikten kaçtığına dair bir delil

---

317 Y 2 HD, 8.3.2002, 2456/3222(Gençcan, s. 392, dn. 1309); Yargıtay'ın eşlerin 22 gün bir arada kalmalarını yeterli gördüğü kararı için bkz. Y 2 HD, 24.12.1984, 1984/10433E. -1984/10464K.(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

318 Y HGK, 2.4.2008, 2008/2-283 E. -2008/286K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

319 Y 2 HD, 7.3.2007, 15367/3526(Gençcan, s. 393, dn. 1315); Benzer olarak Y 2 HD, 14.5.2007, 2006/19300E. -2007/7924K.; Y 2 HD, 9.6.2003, 2003/4310E. -2003/8412K.; Y 2 HD, 3.3.2003, 2003/1552E. -2003/2680K.; Y HGK, 14.3.2001, 2001/2-245E. -2001/247K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

ortaya konulmadığına göre, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremediği anlaşılan davalı koca boşanmaya yol açan olaylarda tamamen kusurludur."[320]

"…Dava, TMK 166/1 maddesinde ifadesini bulan evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal sebebine dayanılarak açılmış, davacı maddi olay olarak eşinin "vaginismus" tabir edilen rahatsızlığı nedeniyle onunla cinsel ilişkiye giremediğini göstermiştir. Davalıda "vaginismus" rahatsızlığının mevcut olduğu taraflar arasında bu sebeple cinsel ilişkinin gerçekleşmediği, davalının halen bakire olduğu alınan raporla belirlenmiş ise de, bu rahatsızlığın tedavi edilebilir nitelikte olduğu sabittir. Davalının tedaviden kendi iradesiyle kaçındığına dair bir delil getirilememiştir. Davacı evlilik birliğini temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek başkaca bir olgu ve delil göstermemiştir. O halde mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile boşanmaya karar verilmesi doğru olmamıştır."[321]

Sebepsiz yere cinsel ilişkiden kaçınmak da, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olur.[322]

"... Yapılan soruşturma, toplanan deliller, davacı karşılık davalı kocanın tanıklarının anlatımlarından; kocanın sebepsiz yere cinsel ilişkiden kaçındığı, çevreye istemediğini beyan ettiği ve evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir.."[323]

---

320 Y 2 HD, 2.7.2009, 10818/13095(Gençcan, s. 394, dn. 1320).

321 Y 2 HD, 23.7.2009, 12583/14812(Gençcan, s. 396, dn. 1325).

322 Y 2 HD, 3.5.1982, 1982/3422 E.,1984/3948K.:"…Cinsel ilişki birliğin devamının temel unsurlarından biri ise de, …Kadının yanaşmaması halinde dövülmesi için neden değildir…"; Y HGK, 15.2.1995, 1994/2-813 E. -1995/86: Davalının kocası ile cinsel ilişki kurmaktan kaçındığı, bu yüzden davacı kocanın da karısını dövdüğü gerçekleşmiştir. Davalı kadının cinsel ilişkiden kaçınması, kocaya karısını dövme ve kötü kullanma davranma hakkını vermez. Bu durumda tarafların eşit kusurlu olduğunun kabulü gerekir…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

323 Y 2 HD, 6.5.2008, 13408/6544(Gençcan, s. 401, dn. 1350); Bkz. Y 2 HD, 28.9.2009, 2008/12710E. 2009/16076(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

Eşler arasında istenmeyen şekilde ve istek dışında cinsel ilişki kurulması, öte taraftan eşin yakınlarınca cinsel saldırıya maruz kalmak da cinsel şiddete yönelik davranışları olup, boşanma sebebi teşkil eder.[324]

"…Boşanmaya sebep olan olaylarda eşine fiziksel şiddet uygulayan, doğal olmayan yollardan cinsel ilişki gerçekleştiren koca tam kusurludur…"[325]

"…Yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı-davacı kadının evlilik öncesi cinsel ilişkilerini eşine anlatmasına karşın, davacı-davalı kocanın da davalı-davacı kadınla nikahtan sonra ancak düğünden önce zorla cinsel ilişkide bulunduğu, evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylarda birinin kusurunun diğerinden üstün tutulmasının mümkün bulunmadığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davalı-davacı kadın da dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında davalı-davacı kadının da davasının kabulü ile boşanmaya karar verilmelidir."[326]

"…Tarafların davacı-karşılık davalı(kocanın)nın ailesiyle aynı evde birlikte oturdukları; davalı-karşılık davacının bu evde kayın babasının cinsel saldırısına maruz kaldığı, davacı-karşılık davalının ise bu duruma tepkisiz kaldığı gerçekleşmiştir. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede

---

324 Eşler arasında rıza dışı olarak kurulan cinsel ilişkiye ya da eşin yakınlarınca uygulanan cinsel şiddetin cezai boyutunu düzenleyen TCK'nin 102. maddesine göre: (1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi durumunda, yedi yıldan oniki yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır. (3) Suçun; a) Beden veya ruh bakımından kendisini savunamayacak durumda bulunan kişiye karşı, b) Kamu görevinin veya hizmet ilişkisinin sağladığı nüfuz kötüye kullanılmak suretiyle, c) Üçüncü derece dahil kan veya kayın hısımlığı ilişkisi içinde bulunan bir kişiye karşı, d) Silâhla veya birden fazla kişi tarafından birlikte, İşlenmesi hâlinde, yukarıdaki fıkralara göre verilen cezalar yarı oranında artırılır. (4) Suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayacak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda kişi ayrıca kasten yaralama suçundan dolayı cezalandırılır. (5) Suçun sonucunda mağdurun beden veya ruh sağlığının bozulması hâlinde, on yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. (6) Suç sonucu mağdurun bitkisel hayata girmesi veya ölümü hâlinde, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına hükmolunur.

325 Y 2 HD, 1.5.2008, 8387/6157(Gençcan, s. 396, dn. 1340).

326 Y 2 HD, 26.2.2009, 1108/3315(Gençcan, s. 400, dn. 1344).

ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[327]

TMK 185/3 hükmüne göre eşler birbirlerine sadık olmak zorundadırlar. Sadakatsizliğin kabulü için, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi gerekmez. Cinsel ilişkiye varmayan, evli eşin üçüncü kişiye yakınlaşması anlamını taşıyacak hareket ve davranışlar da sadakatsizlik oluşturabilir.[328]

Başkasıyla yaşamak.[329] sadakatsizliğini açıklamak,[330] eve başkasını almak[331] gibi davranışlar, uygulamada karşılaşılan sadakat yükümlülüğünün ihlali niteliğinde cinsel şiddet içerikli olaylardandır.

Yargıtay 2 HD, 14.1.2010, 2008/18052 E. -2010/572 K. sayılı kararıyla332, evlilik birliği süresince eşlerin birbirlerine sadakat yükümlülüğü devam etmekle olduğundan bir eşin sadakatsiz tutum ve davranışlarda bulunmasının diğerine de bu hakkı vermeyeceğini, bu durumda tarafların karşılıklı olarak sadakatsiz tutum içinde bulunduklarından eşit kusurlu olarak kabul edileceklerini ve bu nedenle her iki tarafın da maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddedileceğini açıkça belirtmiştir.

Yargıtay 2. HD., 5.11.2003, 2003/13207 E., 2003/14956 K. sayılı bir kararında[333] ise davalının devamlı olarak davacıya karşı "orospu çocuğu, pezevenk,

---

327 Y 2 HD, 18.12.2008, 18444-17290(Gençcan, s. 405, dn. 1365).

328 Öztan, (Aile), s. 408.

329 Y 2 HD, 19.1.2009, 19736/286: "…davalının bir başka erkekle birlikte yaşadığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 413, dn. 1393); Benzer olarak bkz. Y 2 HD, 15.11.2007, 2007/2103 E. -2007/15844K.(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

330 Y 2 HD, 22.2.2005, 16489-2582: "…Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda, başka kadınlarla ilişkisini anlatarak eşine manevi işkence uygulayan ve birlik görevlerini yerine getirmeyen davalı kocanın daha ağır kusurlu bulunmasına göre davacı kadının aşağıdaki bent kapsamı dışında kalan temyiz itirazları yersizdir..."(Gençcan, s. 415, dn. 1402).

331 Y 2 HD, 8.12.2004, 13709/14684: "…davalı kadının kocası işe gittikten sonra, kocasının amcası Ramazan'ı eve aldığı, bu kişinin sabah saat 8.30-9.00 gibi gelip, akşam 16.00-16.30'a kadar uzun süre evde kaldığı, bu durumun sık sık tekrarlandığı ve devam ettiği anlaşılmaktadır. Kadının gerçekleşen eylemi sadakatsizlik olup, bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar…"(Gençcan, s. 414, dn. 1401).

332 (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

333 UYAR/UYAR/UYAR, s. 1036.

soğan erkeği" gibi sözlerle hakaret ederek kişilik haklarına ağır saldırıda bulunduğu, davacının sadakatsizlik hali içinde bulunduğu bir davada ilk derece mahkemesinin davacıyı ağır kusurlu olarak kabul ederek davayı reddetmesini doğru bulmamıştır. Zira Yargıtay bu olayda tarafları eşit kusurlu olarak görmüştür.

Yargıtay'ın her iki eşin de sadakatsiz davranışlar içerisine girdiği durumlarda eşlerin eşit kusurlu olduğu sonucuna vararak maddi ve manevi tazminat taleplerinin reddine karar vermesi doğru bir uygulama olarak kabul edilebilirse de, hakaret yoluyla diğer eşin kişilik haklarına saldırıda bulunan eşin eyleminin, diğer eşin sadakatsizlik eylemiyle aynı kusur düzeyinde olduğunun kabulü isabetsizdir.[334]

Sadakatsizlik derecesine varmayan, ancak eşler arasındaki bağlılık duygusunu zedeleyici nitelikte ortaya çıkan davranışlar, güven sarsıcı davranış olarak nitelendirilir. Bir davranış ya da sözün güven sarsıcı davranış olarak nitelendirilebilmesi için, cinsel içerikli olması şart değildir. Cinsel nitelikli olmayan bazı hallerde dahi, güven sarsıcı sonuçların doğması mümkündür.

Başkasıyla el ele görülmek,[335] iletişim araçlarıyla güven sarsıcı hareketlerde bulunmak,[336] gittiği yeri açıklamamak,[337] eski sevgilisini unutamadığını söylemek,[338]

---

334 Benzer olarak bkz. İpek, s. 49.

335 Y 2 HD, 28.09.2004, 7720/10788: "…davacının davalıyı dövdüğü, tehdit ve hakaret ettiği, davalının da güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, Raşit isimli kişiyle ilişkisinin olduğu konusunda söylentiler olduğu, bu kişiyle kol kola görüldüğü gerçekleşmiştir. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 407, dn.1370).

336 Y 2 HD, 9.10.1987, 1987/6450E. – 1987/7387 K.:"…Evli bir erkeğin; başka bir kadınla başbaşa vermiş, elini boynuna dolamış biçimde ve samimi bir şekilde fotoğraf çektirmesi o kadınla ilişkisinin derecesi ne olursa olsun Medeni Kanunun 151. maddesinin öngördüğü sadakat yükümlülüğüne aykırı ve en azından davacı eş açısından güven duygularını sarsıcı davranıştır. Davalının evlilik dışı ilişkileri konusunda mevcut dedikodularında bu şekilde davalının davranışlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Öyle ise davacı eş yönünden davalının söz konusu tutum ve davranışlarına bağlı olarak ortak yaşam çekilmez hale gelmiş ve devamına imkan kalmamış bulunduğundan boşanmaya karar verilmesi gerekirken bu yön gözönünde tutulmadan davanın reddedilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır."(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI); Y 2 HD, 16.9.2009, 11682/15800: "…boşanmaya neden olan olaylarda başka erkeklerle sürekli telefon görüşmeleri yaparak güven sarsıcı davranışlarda bulunan davacı- davalı kadının da kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Açıklanan nedenle davalı- davacı kocanın boşanma davasının da kabulü gerekir (Gençcan, s. 409, dn. 1380); "Facebook yuva yıktı" başlıklı haber için bkz. http://www.takvim.com.tr/Guncel/2010/10/10/facebook_yuva_yikti (erişim tarihi: 24.3.2012).

337 Y 2 HD, 30.09.2009, 14127/16359: "…evlilik birliğinin sarsılmasına neden olan olaylarda davalının ortak konutu sık sık terk ederek ülke dışına gittiği ve eşinin bilmediği yerlerde kaldığı

eşinin bakire olmadığı hususunda söylentiye neden olmak,[339] eşin iktidarsız olduğunu etrafa yaymak[340], eşin başkası ile birlikte olduğunu iddia etmek,[341] çocuğun kendisinden olmadığını iddia etmek[342] gibi hallerde güvenin sarsıldığının kabulü gerekir.

2. Duygusal Şiddet

TMK Md. 185/3 hükmünde yer alan eşlerin sadakat yükümü duygusal sadakati de içerdiğinden[343], duygusal şiddet oluşturan davranışların eşlerin sadakat yükümlülüğüne aykırı bir davranış olmakla evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasında bir boşanma sebebini oluşturacağı söylenebilir.

---

ve birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır.. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir(Gençcan, s. 410, dn. 1384).

338 Y 2 HD, 11.4.2002, 2261-5091: "…kadının eşini sevmediğini, başkasını sevdiğini söylediği, eski sevgilisini unutamadığını ifade ettiği, birkaç kez intihara kalkıştığı, kocanın da eşine karşı ağır ithamlarda ve başka kadınla ilişkiye girdiği anlaşılmaktadır. Eşlerin bu davranışı sonucu evlilik birliği temelinden sarsılmıştır."(Gençcan, s. 409, dn. 1381).

339 Y 2 HD, 27.1.2005, 15900-885: "…Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda, eşinin bakire olmadığını ve onu istemediğini söyleyen davalı karşı davacı koca tamamen kusurludur. Kadından kaynaklanan kusurlu bir davranışın varlığı kanıtlanamamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında davacı kadının davasının kabulü, kocanın davasının reddi gerekir."(Gençcan, s. 404, dn. 1360).

340 Y 2 HD, 29.1.2008, 6751/614: "…davalı-davacı kocanın eşini dövme hakkına sahip olduğunu söylediği ve eşine şiddet uyguladığı, davacı- davalı kadının da kocanın cinsel yetersizliği ile ilgili aile içinde beyanlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…" (Gençcan, s. 403, dn. 1356).

341 Y HGK, 8.5.1985, 1984/2-459 E. -1985/424 K.:" …Davalı, kocasını, (baldızının kızı ile yani davalı kadının yeğeni ile) cinsel ilişkide bulunmakla itham etmiş ve bunun 4-5 ay sürdüğünü de şikayet dilekçesinde açıklamış, kızın bakire olduğunun tespit edilmiş olması karşısında, kadının iddiası dayanaksız kalmıştır. Kadın işbu iddiasını, başka suretle ispat edememiş, böylece kocasına karşı haksız, dayanaksız ve özellikle onur kırıcı ithamlarda bulunmuştur. İşte kadının bu yersiz şikayet ve ithamı dolayısı ile kocanın onuru sarsılmış olup, ortak hayatının devamına imkan kalmamıştır. Öyle ise boşanma kararı verilmesi gerekirken olaya uymayan sebep ve düşüncelerle davanın reddedilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

342 Y 2 HD, 21.4.2004, 3935/5107: "…evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun soybağını reddetmediği halde kendisinden olmadığını ileri sürerek davalıyı küçük düşürdüğü anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 320, dn. 1008).

343 Gümüş, s. 12.

Duygusal şiddet, duyguların istismar edilerek yaptırım aracı olarak kullanılmasıdır.[344] Kullanılan söz ve takınılan davranışların, muhatabı düzenli bir şekilde korkutma, sindirme, cezalandırma ve kontrol etme aracı olmasıdır. Bağırmak, korkutmak, küfretmek, tehdit etmek, ailesiyle arkadaşlarıyla komşularıyla ya da başkalarıyla görüştürmemek, eve kapatmak, küçük düşürmek, çocuklarından uzaklaştırmak, kıskançlık bahanesiyle sürekli kontrol altında tutmak, başkalarıyla kıyaslamak, nasıl giyineceği, nereye gideceği ve kimlerle görüşeceği konusunda baskı yapmak, eşin kendini geliştirmesini engellemek gibi eylemler duygusal şiddeti oluşturur.[345]

Uygulamada karşılaşılan duygusal şiddet örneklerinin ağırlıklı kısmını, eş veya yakınlarına yönelik icra edilen küçültücü davranışlar oluşturmaktadır. Yargıtay özellikle eşin fiziksel özellikleri ile alay edilmesini ve aşağılanmasını bu kapsamda değerlendirmiştir. Öte taraftan eşin manevi varlığına ve bu varlığın tahribine yönelik davranışların içerisinde hakaret önemli yer tutmaktadır. Ceza hukuku açısından da suç oluşturan[346], insan varlığına ve değerine yakışmayan, sonuç olarak diğer eşin onurunu kıran her türlü hakaret, evlilik birliğini sarsan önemli nedenlerdendir.

"…davacıya davalının sürekli olarak 'deve gibi boynun var, çocuk mezarı gibi ayakkabın var, karga gibi burnun var, terörist' gibi sözlerle hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[347]

---

344 Uçar, s. 80.

345 Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı, s. 7, 8.

346 Y 2 HD, 12.7.2002, 8313/9392: "…Toplanan delillerden ve özellikle kesinleşen ceza mahkemesinin ilamından kocanın eşine hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu davranış sonucu evlilik birliği temelinden sarsılmıştır. Kadının davasının da kabulü ile boşanmaya karar verilmesi gerekir…"(Gençcan, s. 327, dn. 1043); Y 2 HD, 9.7.2007, 8773/10837: "…Bilecik Sulh Ceza Mahkemesinin …Esas …Karar sayılı ilamı ile tarafların karşılıklı müessir fiil, tehdit ve hakaret suçlarından mahkumiyetlerine karar verildiği ve bu kararın henüz kesinleşmediği anlaşılmaktadır. Anılan davanın sonucunun beklenmesi ve delillerin birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır…"(Gençcan, s. 373, dn. 1241).

347 Y 2 HD, 4.3.2002, 2184/2811(Gençcan, s. 308, dn. 953).

"… davalının davacıya senden tiksiniyorum, senden koca olmaz, pinti herif diyerek hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[348]

"…kadının kocasına sürekli olarak babamın malıyla sen bu hale geldin, seni kapıya koyarsam donunla kalırsın, babamın parasıyla adam oldun dediği gibi, orospu çocuğu diye de hitap ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"[349]

Ancak Yargıtay'ın hakaret dolu sözlerin serzenişten ibaret olduğu, fevren söylendiği ya da tepki niteliği taşıdığı gerekçesiyle boşanmanın reddine karar verilmesi gerektiğini düşündüğü kararları da bulunmaktadır.[350]

Bunların dışında, Yargıtay kararlarında eşlerden birinin diğer eşi tehdit etmesi[351], çocukları ve eşin ailesini tehdit etmesi[352], eşin ailesine ve çocuklara hakaret etmesi veya ailesi tarafından yapılan bu hakaretlere sessiz kalması[353], aşırı kıskançlık

---

348 Y 2 HD, 30.10.2007, 22118/14474(Gençcan, s. 310, dn. 966).

349 Y 2 HD, 4.3.2004, 1732/2699(Gençcan, s. 310, dn. 962).

350 Y 2 HD, 13.10.2005, 2005/11384 E., 2005/14098 K.: "…toplanan delillerden, davacı kocanın eşini dövdüğü güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu evden kovduğu ve ağır hareketlerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı kadını tek olaydaki sözleri tepki niteliğindedir…"(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI); Farklı yönde olarak Y 2 HD, 11.6.2002, 7092/7857: "…kocanın eşini dövdüğü, buna karşılık kadının da kocasına 'git utanmaz, terbiyesiz adam, senin anan orospu' şeklinde hakaret ettiği anlaşılmaktadır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan hadiselerde kadın da kusurludur. Kocanın boşanma yönündeki davasının kabulü gerekir…"(Gençcan, s. 330, dn. 1058).

351 Y 2 HD, 4.11.2009, 15726/18905: "…davacının eşi ve çocuğu ile ilgilenmediği, eşine hakaret ettiği ve davadan önce 12.7.2006 tarihinde çektiği mesajla eşini tehdit ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 343, dn. 1115).

352 Y 2 HD, 26.10.2004, 11319/12514: "…davalının kayınpederinin evine gidip davacı karısına " seni de bu çocuğu da istemiyorum", kayın pederine ise "senin evini yakacağım ve kanını emeceğim" dediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 344, dn. 1122).

353 Y 2 HD, 31.1.2008, 8706/699: "…davacı-davalı kocanın davalı-davacı kadının ergin olmayan çocuğuna özen ve ilgi göstermediği onu istemediği, ailesinin bu çocuğa 'piç' demesine sessiz kaldığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 329, dn. 1054).

göstermesi[354], dışarıya çıkarmaması[355], eşi örtünmeye zorlaması[356], üfürükçülere götürme[357] gibi tavır ve davranışlar ile eş ve çocukla ilgilenmemek[358], evden kovmak[359], sebepsiz intihara kalkışmak[360], tıbbi zorunluluk olmaksızın habersiz çocuk aldırmak[361] gibi davranışların evlilik birliğini temelinden sarsacağı ortaya konulmuştur.

---

354 Y 2 HD, 18.9.2008, 12425/12145: "…davalı kocanın kıskançlık nedeniyle davacı eşine kısıtlama getirdiği ve sürekli fiziksel şiddet uyguladığı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 399, dn. 1099).

355 Y 2 HD, 24.7.2008, 11795/11232: "…boşanmaya neden olan olaylarda eşini eve kilitleyen, akrabaları ile görüştürmeyen, telefonu kullanmasına izin vermeyen davalı koca tam kusurludur…"(Gençcan, s. 342, dn. 1113).

356 Y 2 HD, 15.3.2006, 19038-3479: "…davalı kocanın davacı karısını çağdaş kıyafetlere aykırı giyinmeye zorladığı ve evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 455, dn. 1573).

357 Y 2 HD, 7.5.2002, 1532/6083: "…davalının, davacı kadının hastalığı ile ilgilenmeyip tıbbi tedavisini yaptırmayıp bunun yerine üfürükçülere götürüp evde okunmuş su bulundurarak bununla yetindiği, evden dışarı çıkarmadığı anlaşılmaktadır…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

358 Y 2 HD, 9.6.2004, 6492/7486: "…davalının birlik görevlerini yerine getirmediği, çocuğun doğumunda ve sonrasında eşi ile ilgilenmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 356, dn.1170); Y 2 HD, 15.5.2008, 8939/7174: "…toplanan delillerden boşanmaya neden olan olaylarda birlik görevlerini yerine getirmeyen, felç olan eşinin hastalığı ile ilgilenmeyen, evlenmek istediğini söyleyen davacı kocanın daha ziyade kusurlu olduğu anlaşılmıştır…"(Gençcan, s. 358, dn.1182).

359 Y 2 HD, 11.2.2007, 13295/957 "…Davalı-davacı kocanın hamile eşini evden kovduğu, eşyalarını kapı önüne attığı, kapı kilidini değiştirdiği toplanan delillerden anlaşılmaktadır. TMK 166/1-2 maddesi koşulları gerçekleşmiş olup, evlilik birliği temelinden sarsılmıştır…"(Gençcan, s. 350, dn. 1147).

360 Y 2 HD, 16.10.2006, 6877/14029: "…davacının intihara teşebbüs ettiği, davalı kocanın da birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 372, dn. 1235).

361 Y 2 HD, 24.6.2009, 10197/12339: "… davacının tıbbi zorunluluk bulunmadığı halde davalının bilgisi dışında çocuğunu aldırmasına karşılık, davalının da eşine ve ailesine sürekli olarak hakaret ettiği ve onları istemediğini söylediği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkan vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir…"(Gençcan, s. 369, dn. 1225).

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASINA İLİŞKİN YASAL KARİNELER

I. HUKUKİ NİTELİK

A. Genel Olarak Karineler

Karine varlığı bilinen bir vakıadan, bir başka vakıanın varlığı veya yokluğu sonucuna varılması imkanı veren kuraldır.[362] Bu kural esasen "karine temeli" ve " karine sonucu" olmak üzere iki parçadan oluşur.[363] Örneğin, zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesinde, zilyetlik karine temelidir, mülkiyet ise karine sonucudur.[364]

Karineler, fiili karineler ve yasal(kanuni) karineler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Yasal karineler de konusuna göre olay ve hak karineleri ile karinenin aksinin ispat edilip edilememesine göre adi ve kesin karineler olarak sınıflandırılmaktadır.

Fiili karineler, tarafların olay iddialarının doğruluğu veya bir delilin güvenilebilirlik derecesi hakkında, yargıcın kanaat edinmesine yarayan yaşam deneylerinin ortaya koyduğu değer hükümleridir.[365] Birçok Yargıtay kararında ve doktrinde geçen "hayatın olağan akışı" ifadesi, yaşam deneyimi kurallarını daha

362 Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder: İsbat Yükü, İstanbul 1980, s. 165.

363 Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011, s. 427.

364 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 427.

365 Umar/ Yılmaz, s. 166.

doğrusu bundan çıkarılan fiili karineleri ifade eder.[366]Örneğin, senedin alacaklı tarafından borçluya iade edilmesi, borcun ödendiğinin fiili karinesi olacaktır.[367]

B. Yasal Karineler ve Çeşitleri

Bir davada ispat edilmesi gereken bir vakıanın ya ispat edilmiş hükmünde sayılmasına yol açan, ya da vakıanın doğrudan doğruya ispatını zorunlu görmeyip, başka belli bir vakıanın ispatı yapılabilirse bu ispat sayesinde asıl ispat konusu vakıanın da ispat edilmiş sayılması gereğini kabullenen kanun kuralları yasal karineleri ifade eder.[368]

Yasal karineler kesin karineler ve kesin olmayan(adi) karineler olmak üzere ikiye ayrılır.

Kesin yasal karinelerin aksi iddia ve ispat edilemez. Örneğin, tapu sicilinde kayıtlı olan hususların bilinmediği ileri sürülemeyeceği(TMK Md. 1020) gibi rızası fesada uğramış bir kişi de bir yıl içerisinde akdi feshettiğini beyan etmezse akde icazet vermiş sayılır(TBK Md. 31).[369]

Somut olayda dayanılan kanuni karinenin doğru olmadığı ispat edilebiliyorsa yani dayanılan karine aksini ispat yoluyla etkisiz hale getirilebiliyorsa adi karineden bahsedilmektedir.[370]

Yasal karineler, olay ve hak karineleri şeklinde de bir ayrıma tabi tutulurlar. Olay karinelerinde, belli bir hukuksal sonucun doğumu için gerekli müspet ve menfi vakıanın gerçekleşmiş olduğunun, varlığı anlaşılan ancak bu hukuksal sonuçla ilgisi bulunmayan başka bir sonuçtan çıkarılması söz konusudur. Ölüm karinesi(TMK Md. 31) ve babalık karinesi (TMK Md. 285) kanuni olay karinesine örnek olarak

366 Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 553.

367 Örnekler için bkz. Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 428.

368 Umar, s. 555.

369 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 428, 429.

370 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 428, 429.

gösterilebilir.[371] Hak karinelerinde ise, bir hakkın veya hukuki ilişkinin var olup olmadığı hakkında bilinen ve saptanmış bir olaydan hareketle hakimin bir sonuca varması sağlanmaktadır. TMK Md. 985'teki zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesi yasal hak karinesine önek olarak gösterilebilir.[372] Olay karineleri ile hak karinelerini birbirlerinden ayıran nokta karinelerin konusudur. Şöyle ki, karinenin söz konusu olduğu kanun metninde ulaşılan sonuç bir olaya ilişkinse olay karinesinden, hukuki teknik bir kavrama ulaşılıyorsa(ör. mülkiyet gibi) hak karinesinden bahsedilmektedir.[373]

İspat yükünün gerçek istisnasını kanuni karineler oluşturur.[374] Zira aksi ispat edilebilen kanuni bir karineye dayanan taraf ispat yükünden tamamıyla kurtulamasa da uyuşmazlığa uygulanacak hukuk normunun koşul vakıaları yerine, karine temelini oluşturan vakıaları ispat etmek durumunda kalacak; belirli olan karine temeli ispat edilince, belirli olmayan karine sonucunun da gerçek olduğu kabul edilecektir.[375] Nitekim ispat yüküne ilişkin bu durum 6100 sayılı HMK'nin[376] "İspat Yükü" başlıklı 190. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme göre: "Kanuni bir karineye dayanan taraf, sadece karinenin temelini oluşturan vakıaya ilişkin ispat yükü altındadır. Kanunda öngörülen istisnalar dışında, karşı taraf, kanuni karinenin aksini ispat edebilir." Örneğin zilyetliğin mülkiyete karine teşkil etmesinde; kişi mala zilyet olduğunu ispatlamak durumundadır. Ancak zilyet olduğunu ispatladıktan sonra malik kabul edildiğinden artık malik olduğuna ilişkin olarak ayrı bir ispat faaliyetinde bulunmasına gerek yoktur.

Öte taraftan kesin karinelerin aksinin ispatı mümkün olmadığından ispata ve ispat yüküne etkisinin olmadığı, sadece maddi hukuka etkili sonuçları olan kurallar olduğu düşünülmektedir.[377] Burada karine aleyhine olan karine sonucunu ispat etme hak ve yetkisi bulunmamakla birlikte, onun karine temelini çürüterek kesin karinenin

---

371 Bkz. Topuz, s. 71 vd.

372 Bkz. Topuz, s. 99 vd.

373 Rüegg, s. 23(Topuz, s. 74, dn. 205'den naklen).

374 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 428.

375 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 427.

376 Mülga 1086 sayılı HUMK'de karinelerle ilgili herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir.

377 Bkz. Topuz, Gökçen: Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012, s. 68, dn.184'teki yazarlar.

uygulanmasına engel olabilmesi imkanı bulunmaktadır. Ancak burada yapılan ispat faaliyeti karine temeline yönelik olarak yapılan karşı ispat niteliğindedir, aksi ispat değildir.[378]

Karine ile benzer nitelikte olan bir başka kavram olarak varsayıma da değinmenin yerinde olacağını düşünüyoruz. Şöyle ki, karinede (a) vakıasından, belirli olmayan (b) vakıasının kabulü söz konusu iken, varsayımda ise (a) olayı için belirlenmiş hukuksal sonucu (b) vakıasına da bağlayan ve hukuksal sonuç açısından (a) olayını (b) olayına eşit gören bir hukuk kuralı söz konusudur.[379] Özellikle kesin karineler ve varsayım arasında ispat konusunda etkileri ve ortaya çıkardığı sonuçlar açısından pratik bir farklılık bulunmamakta[380] ise de burada her iki müessesenin arkasında yatan amacın farklı olduğu, kesin karinede gerçek hayata uygunluk varken, varsayımda her zaman gerçek hayata uygunluğun bulunmadığı, Kanunkoyucunun burada kanun yapma tekniğini basitleştirme niyetinde olduğu söylenebilir.[381]

C. TMK Md. 166/3 ve 4'teki Durum

Alman Hukuku'nda BGB 1566'da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin kesin karineler mevcuttur.[382] Söz konusu hükmün birinci fıkrasında eşler bir yıldan beri ayrı yaşıyorlarsa ve her iki eş birlikte boşanma talebinde bulunmuş ve birinin boşanma talebi diğeri tarafından kabul edilmiş ise bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kesin karine olarak kabul edilmektedir. Maddenin ikinci fıkrasında ise, eşler üç yıldan beri ayrı yaşıyorlar ise bu durumda da evlilik birliğinin sarsıldığı kesin karine olarak kabul edilmektedir.

---

378 Umar/ Yılmaz, s. 174; "…Karşı ispatta, bir taraf bir vakıa hakkında asıl ispat faaliyetinde bulunur; diğer taraf onun doğru olmadığını ortaya koymaya çalışır. Aksini ispatta ise bir tarafın dayandığı vakıayı ispata(yani asıl ispata) yani bu yönde ispat faaliyetine gerek yoktur; zira karine gereğince o vakıa zaten ispat edilmiş sayılmaktadır. Dolayısıyla iddia edilen bir vakıa için karşı bir ispat faaliyeti değil; var kabul edilen vakıanın öyle olmadığını(aksini) ispat söz konusudur…"(Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 450).

379 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 430.

380 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 431; Umar/ Yılmaz, s. 169.

381 Topuz, s. 63, 64.

382 Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 39 vd.

İsviçre Hukuku'nda ZGB 111'de eşlerin boşanmanın sonuçları hakkında tam bir anlaşma ve ortak bir dava dilekçesi ile boşanmayı talep ettikleri takdirde, hakimin tarafları ayrı ayrı ve birlikte dinleyerek; onların iyice düşündükten sonra ve serbest iradeleri ile dilekçeyi verdikleri ve onaylanabilecek nitelikte bir anlaşma meydana getirdikleri hususunda kanaat getireceği, duruşmadan itibaren 2 aylık düşünme süresinin sonunda, eşlerim yazılı olarak boşanma iradelerini ve anlaşmalarının koşullarını teyit ettikleri takdirde, hakimin boşanmaya karar verip, anlaşmayı onaylayacağı düzenlenmiştir. 114'de de tarafların en az iki yıl ayrı yaşamış olmaları şartıyla, eşlerden birinin boşanma talep edebileceği hüküm altına alınmış, eşlerin fiili olarak ayrı kaldığı sürenin iki yılı tamamlamasının, evliliğin geri dönülemez şekilde temelden sarsıldığına esas teşkil edeceği düşünülmüştür. [383]

Türk Hukukunda ise benzer düzenlemeler TMK Md. 166/3 ve 4. fıkralarında düzenlenmekle düzenlenmiştir. Buna göre; evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılacak, tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getiren ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulan ya da tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü, taraflarca da kabul edilen değişiklikleri yapan hakim boşanma kararı verebilecektir. Yine boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi şartıyla, ortak hayat yeniden kurulamadığında da evlilik birliği temelden sarsılmış sayılacak ve eşlerden birinin istemi üzerine hakim boşanmaya karar verecektir.

Ancak, öğretide üçüncü ve dördüncü fıkralardaki sebeplerin niteliği ve evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına yönelik karineler olup olmadığı noktasında da farklı görüşler bulunmaktadır.

Şöyle ki Pekcanıtez/Atalay/Özekes[384] TMK Md. 166/4'teki hükmün Kocayusufpaşaoğlu[385] ise hem TMK Md. 166/3 ve hem TMK Md. 166/4'teki

383 Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 29 vd.

384 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 249.

hükümlerin evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına yönelik kesin karineleri oluşturduğunu söylerlerken; Kılıçoğlu[386] üçüncü fıkrada şiddetli geçimsizliğin varlığını gösteren kesin bir karinenin söz konusu olduğunu belirtmekle birlikte, dördüncü fıkradaki şartlar gerçekleştiğinde kesin karineden söz etmeyip, mutlak bir boşanma sebebinin varolduğundan bahsetmektedir. Öte taraftan farklı olarak yazarlar Dural/Öğüz/Gümüş[387] Md. 166/3, 4'te evlilik birliğinin sarsılmış olduğu faraziyesinden hareket edildiğini, bu fıkralardaki şartlar gerçekleştiğinde hâkimin boşanmaya karar vermek zorunda olduğunu; Tekinay[388] TMK Md. 166/3'teki hükmün diğer karineler gibi aksinin ispatının mümkün bir karine olduğunu belirtmişlerdir.

Her ne kadar Alman Medeni Kanunu(BGB)'ndan farklı olarak, TMK'nin lafzında "kesin karine" tabiri yer almasa da, TMK Md. 166/4. fıkrasındaki koşulların varlığı halinde hakimin boşanmaya karar vermek zorunda olması karşısında; ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olan bu boşanma sebebinin Türk Hukukunda uygulaması oldukça fazla olan bir kesin karine niteliğinde olduğu söylenebilir.[389]

Öte taraftan, her ne kadar, TMK'nin 166/3 maddesi hükmünde tarafların birlikte başvurması halinde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şartı getirilmiş, bu anlamda TMK Md. 166/4 hükmünün hakimi bağlayan lafzı burada bir parça yumuşatılmışsa da, hakimin birlikte başvuran eşlerin saiklerini araştırma gibi bir yükümlülüğü olmadığından biz esas olarak burada da kesin bir karinenin var olduğunu düşünüyoruz.[390]

---

385 Kocayusufpaşaoğlu, Necip: "Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. Ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmedebilir mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 113.

386 Kılıçoğlu, Ahmet: "Boşanmayla İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler", ABD, 1988/3, s. 386, 390.

387 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 113.

388 Tekinay, s. 195.

389 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 249; Topuz, s. 69.

390 Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 105 vd.

Esas olarak kesin karineler ve varsayım arasında etkileri ve ortaya çıkardığı sonuçlar açısından pratik bir farklılık bulunmadığından, TMK Md. 166/3 ve 4. fıkralardaki düzenlemelerin kesin karine mi yoksa varsayım mı olduğu noktasında bir tartışmanın yersiz olacağını düşünüyoruz.

II. ANLAŞMALI BOŞANMA

A. Eşlerin Boşanma Konusunda Anlaşmaları Kavramı

4721 sayılı Medeni Kanunun 166/II maddesine göre, " Evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlayacağı hükmü uygulanmaz.[391],[392]*[393]

---

391 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesinin üçüncü fıkrasının "Bu halde tarafların ikrarlarının hakimi bağlamayacağı hükmü uygulanmaz." biçimindeki son cümlesi Anayasa Mahkemesi'nin 2005/26 E.- 2008/105 K.sayılı kararı ile Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır(Ayrıntılı bilgi için bkz. www.turkhukuksitesi.com-erişim tarihi: 7.3.2012).

392 3444 sayılı Kanun ile değişik EMK 134/II m. göre ise, " Evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde 150. m. 3 n. b. hükmü uygulanmaz"; 3444 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğin genel gerekçesinde "…bir eşin kendi kusuruyla evlilik birliğini sarsmış olmasına rağmen, geçimsizliğe dayanarak boşanma davası açamaması ve eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarının boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılamaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların vukuuna rağmen boşanma kararı verilememesi, eşleri müşkül durumda bırakmakta eşler fiilen ayrı yaşamakta evlilik sadece hukuken devam etmektedir. İşte bu iki sebebe işlerlik kazandırabilmek için yeni düzenleme ile belli şartların tahakkuku halinde, daha ziyade kusurlu olan eşe de boşanma davası açma hakkı tanınmış ve kendi aralarında anlaşarak karar vermiş

Burada genel ve mutlak bir boşanma sebebi vardır.[394]

Kanunkoyucunun bu boşanma sebebini ayrı bir başlık altında düzenlemeyerek, "evlilik birliğinin temelinden sarsılması" başlıklı madde altında düzenlenmesinden de anlaşılacağı üzere, burada en az bir yıl devam etmiş bir evlilikte eşlerin birlikte başvurması ya da eşlerden birinin açtığı davanın diğer eşçe kabulü evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğuna kesin karine sayılmıştır.[395]

Burada kanunkoyucu tarafların irade ilkesine göre boşanma yönündeki iradelerini belirli koşulların gerçekleşmiş olması durumunda evlilik birliğinin sarsılması ilkesi ile destekliyorum demektedir.[396] Ancak bu desteği belli şartları sağlayan evliliklere vermiştir.

Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla, eşlerin birlikte başvurmaları halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayıldığından hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı, eşlerin kusurlu olup olmadıkları ya da boşanmanın hangi nedene dayandığı yönünde bir araştırma yapma yükümlülüğü olmadığı gibi, bu bakımdan takdir yetkisi dahi olmayacaktır.[397]

Ancak burada taraf iradeleri mutlak olarak üstün tutulmadığından hâkim, taraf iradelerinin boşanmanın mali sonuçlarıyla çocukların durumunu açısından yerindeliğinin hakkaniyet ve dürüstlük kuralları çerçevesinde denetimini yapacaktır.

---

kimselere de bu imkân sağlanmıştır…" denilmektedir(Tutumlu, Mehmet Akif: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Ankara 2009, s.1047, dn.230'dan naklen).

393 BGB pr. 1566'da ayrı yaşamanın bir yıl sürmesi arandığı halde, bizde evliliğin bir yıl sürmesi aranmıştır (Bkz. yukarıda, s. 43).

394 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 117; Gençcan, s. 585.

395 Akıntürk/Karaman, s. 269; Öztan, (Değişiklikler), s. 127; Hatemi/Serozan, s. 237; Tutumlu, s. 1063; Farklı görüş olarak burada bir faraziyenin varlığından bahsedilmektedir(Bkz., Dural/Öğüz/Gümüş, s. 117); Tekinay ise bu karinenin aksi ispat edilebilir adi bir karine olduğu düşünmektedir(Bkz. Tekinay, s. 195).

396 Gençcan, s. 586.

397 Öztan, (Boşanma), s. 725.

B. Anlaşmalı Boşanmanın Unsurları

1. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

Evlilik töreninden itibaren en az bir yıl geçmedikçe anlaşmalı boşanma isteminde bulunmaya imkan yoktur.[398] Evlilik birliğinin temelinden sarsılması olgusu, evlilik birliğinin en az bir yıl devam etmiş olması şeklinde bir şartın aranmasıyla objektifleştirilmiş, evliliğin temelinden sarsıldığının teşhisi böylece kolaylaştırılmıştır.[399]

1 yıllık asgari sürenin dava şartı olduğu, evliliğin üzerinden 1 yılın geçip geçmediği hususunun hâkimce re'sen dosya arasına getirtilen nüfus aile kayıt örneğinden tespit edilmesi gerektiği söylenebilir.[400]

Anlaşmalı boşanma davasında 1 yıllık sürenin dolmadığının anlaşılması durumunda hâkim diğer koşulları incelemeden red kararı mı vermelidir yoksa davaya devam etmeli midir? Bu konuda, Oğuzman/Dural[401] bir yıllık sürenin dolmadığının anlaşılması durumunda diğer koşullar incelenmeden davanın reddedilmesi gerektiği görüşündeyken Yargıtay, evliliğin bir yılı doldurmadığının anlaşılması durumunda taraf kanıtlarının toplanarak, bu kanıtlara göre TMK 166/1 hükmüne göre evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının kendiliğinden araştırılması gerektiği görüşündedir.[402]

---

398 Y 2 HD, 2009/16482 E., 2010/18312 K.:" …Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 14.06.2006 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmıştır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, Medeni Kanununun 166/1-2. maddesindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılıp sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, Medeni Kanununun 166/3. maddesinde öngörülen bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır…"(www.turkhukuksitesi.com-erişim tarihi: 7.3.2012); Y 2 HD, 26.09.2005, 10527/12785; Y 2 HD, 3.4.2008, 7001/4662; Y 2 HD, 12.04.2007, 17160/6186(Kararlar için bkz. Gençcan, s. 587, dn. 2104, 2105, 2106).

399 Öztan, (Değişiklikler), s. 130.

400 Tutumlu, s. 1050.

401 Oğuzman/Dural, s. 128.

402 Y 2 HD, 10.10.2002, 10793/11766: "…Dosyadaki nüfus kaydından tarafların 1.11.2000 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı 21.8.2001 tarihinde bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece tarafların gösterdikleri delilleri toplanarak, Medeni Kanun'un

Burada evliliğin üzerinden 1 yıl geçmeden dava açıldığı ve yargılama aşamasında bu sürenin dolduğu durumlarda hâkimin anlaşmalı boşanmaya hükmedip hükmedemeyeceği sorusu akla gelebilir. Yargıtay 2 HD 13.3.2003 tarihli 2269/3453 sayılı kararında[403] "Başlangıçta noksan olan dava şartına rağmen esasına girilmiş ve noksanlık davanın devamı sırasında tamamlanmışsa artık dava reddedilemez" şeklinde özetlenebilecek Y HGK'nin 22.3.1995 tarih 1994/5 E., 1995/215 K. sayılı ilamına da atıf yaparak, davanın devamı sırasında evlilik bir yılı doldurduğundan ve tarafların irade açıkladıkları tarihte dava şartı tamam olduğundan yerel mahkemenin boşanma hükmünü onamıştır.

Yargıtay'ın bu tavrı isabetlidir. Zira her ne kadar dava şartı kamu düzeninden olup dava şartlarından birinin yokluğu halinde esasa girilmeden dava şartı yokluğundan red kararı verilmesi gerekirse de; davanın açılma anında bulunmayıp daha sonra tamamlanan bir dava şartının varlığı durumunda davanın açıldığı anda dava şartı oluşmadığından bahisle red kararı verilemez.[404]

Öğretide anlaşmalı boşanmanın ön koşulu olarak öngörülen bir yıllık sürenin yerinde olup olmadığı tartışılmıştır. Bizimde katıldığımız çoğunluk görüşü, öngörülen bir yıllık sürenin, eşlerin birbirlerini tanımalarına fırsat vermesi böylece basit kırgınlıkların ve fevri davranışların evlilik birliğini daha başlamadan sona erdirmesini engellemesi nedeniyle yerinde bir düzenleme olduğunu savunmuştur.[405]

Aksi görüşü savunanlar ise, özellikle de bir yıldan sonra da, eşler arasında basit kırgınlıkların ve fevri davranışların ortaya çıkmasının mümkün olabileceği gerekçesiyle anlaşmalı boşanmanın süreye bağlı tutulmamasının gerektiğini savunmuşlardır.[406]

134/2. maddesindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken…"(Tutumlu, s. 1050, 1051).

403 Tutumlu, s. 1051.

404 Bkz. 6100 sayılı HMK Md. 115/3: "Dava şartı noksanlığı, mahkemece, davanın esasına girilmesinden önce fark edilmemiş, taraflarca ileri sürülmemiş ve fakat hüküm anında bu noksanlık giderilmişse, başlangıçtaki dava şartı noksanlığından ötürü, dava usulden reddedilemez."

405 Akıntürk/Karaman, s. 270; İpek, s. 102.

406 Özdemir, s. 123.

Eşlerin bir yıllık süre boyunca fiili olarak birlikte yaşamış olmaları şart değildir. Evliliğin kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmiş olması yeterlidir.[407] Bu anlamda taraflar bir yıllık süre içerisinde hiç bir araya gelmeseler dahi, bu durumun sonuca olumsuz bir etkisi olmaz. Ancak evliliğin en az bir yıl sürmüş olması şartının aranmasının çok kısa süreli evliliklerin taraflar birbirlerini tanımadan sona ermesine engel olmayı amaçlaması karşısında kanunun bu bir yıllık süre içinde eşlerin fiilen birlikte yaşamalarını şart koşmaması bir çelişki oluşturmaktadır.[408]

2. Eşlerin Birlikte Başvurması

Kanunkoyucuya göre eşler mahkemeye birlikte başvurarak boşanma iradelerini birlikte açıklayabilirler. Fakat bu durumda, mahkemenin verdiği boşanma hükmünde hangi eş davacı hangi eş davalı olarak gösterilecektir? Bu konuda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir kısım yazarlar[409] anlaşmalı boşanmanın çekişmesiz yargı işi olduğu görüşünü savunurken; bir kısım yazarlar[410] ise "anlaşmalı" olsa bile boşanma davasını çekişmesiz yargı işleri arasına sokmanın mümkün olmadığını düşünmektedirler. Bu konuda İpek'in[411] düşüncesine göre: " Gerek eşlerin davayı ortak dilekçe vermek suretiyle birlikte açtıkları gerekse de anlaşmalı boşanma sebebi dışında açılıp da karşı eş tarafından kabul edilen diğer sebeplere dayalı boşanma davalarında ortada çekişmesiz bir yargı niteliğinin olduğunda kuşku yoktur. Ancak eşlerin ayrı olarak açtıkları anlaşmalı boşanma davalarında ortaya çıkan dava niteliğinin çekişmesiz yargılama faaliyeti olduğunu savunmak güçtür. Nitekim bu durumda karşı eşin anlaşmalı boşanmanın şartlarını kabul edip etmeyeceği yönünde bir kesinlik söz konusu değildir. Bu durum karşısında

---

407 Öztan, (Değişiklikler), s. 130.

408 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 118.

409 Öztan, (Yeni Aile), s. 416; Tutumlu, s. 1066; Özdemir, s. 115; "Birlikte dava açan eşlerin aynı dava dilekçesini davacı ve davalı olarak ayrı ayrı imzalaması çekişmeli bir davanın olduğunu mu gösterir? Ortada boşanmak istemeyen bir eş var mıdır ki çekişme olsun?"(Gençcan, s. 539).

410 "Tabiatıyla anlaşmalı olsa bile boşanma davasını çekişmesiz yargı türüne sokmak mümkün değildir; davanın mutlaka bir de davalısı olacaktır."(Akıntürk/Karaman, s. 270).

anlaşmalı boşanma davalarının hukuki niteliğini izale-i şuyuu davalarında olduğu gibi çift taraflı bir yargılama faaliyeti olduğunu savunmak mümkündür. Buna göre anlaşmalı boşanmada ne davacı ne de davalı taraf bulunmayıp, bu davalar sui generalis bir niteliğe haizdir."

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu öncesinde hukukumuzda çekişmesiz yargıya dahil olan iş ve talepler başta TMK, BK ve TTK'de olmak üzere dağınık vaziyette bulunuyordu.[412] Ancak 4.2.2011 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak, 1.10.2011 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nin "çekişmesiz yargı" başlıklı 382. maddesinde çekişmesiz yargının tespiti açısından üç temel ölçüt getirilmekle birlikte; kişiler hukuku, aile hukuku, miras hukuku, eşya hukuku, ticaret hukuku, icra iflas hukukundaki çekişmesiz yargı işleri ile çeşitli kanunlardaki çekişmesiz yargı işlerinin bir kısmı sayılma suretiyle belirtilmiştir. Maddede çekişmesiz yargı işlerinin neler olduğu önce genel çerçevesi belirlenerek, daha sonra da mümkün olduğunca sayılarak belirtilmiştir. Birinci fıkrada özellikle, hukukumuzda üzerinde mutabık kalınan çekişmesiz yargıya ilişkin temel ölçütler esas alınarak çekişmesiz yargı işlerinin genel olarak sınırları çizilmiştir. İkinci fıkrada ise açıkça çekişmesiz yargı işi olduğu belirtilmeyen işlerin birinci fıkrada belirtilen kriterlere uyduğu takdirde çekişmesiz yargı işi olarak kabul edileceği belirtilmiştir. İlgili maddede Aile Hukukuna ilişkin kısımda "anlaşmalı boşanma" ya yer verilmemiş olması, bizi anlaşmalı boşanmaya ilişkin talebin çekişmesiz yargı işi olmadığı sonucuna doğrudan götürmeyecektir. Ancak doktrindeki tartışmanın Kanunkoyucu'yu da etkilemiş olduğu anlaşılacaktır.

Aynı tartışmadan hareketle tek dilekçe ile anlaşmalı boşanmak isteyen eşlerin iki ayrı başvurma harcı yatırmak zorunda olup olmadıkları sorununa da cevap vermek gerekir. Bu konuda Yargıtay bir kararında[413] eşlerin anlaşmalı boşanmak için birlikte

412 Kuru, Baki: Nizasız Kaza, Ankara 1961, s. 2(Tutumlu, s. 1064, dn. 255'den naklen).

413 Yargıtay'ın oy çokluğuyla aldığı bu karar için bkz. Y 2 HD, 9.4.2002, 4194/4994(Gençcan, s. 589, 590); Tutumlu eşlerin birlikte başvurması durumunda ortada iki ayrı dava değil, tek dava olduğunu, bu nedenle tek bir başvuru harcı alınmasının doğru olacağını düşünmektedir(Tutumlu, s. 1049).

dava açtıklarında tek başvurma harcının alınmasını yeterli görmüşken; bir başka kararında[414] ise bu kez iki kez başvurma harcı alınmasını gerekli görmüştür.

3. Eşin Açtığı Davanın Diğer Eşçe Kabulü

Kanunkoyucunun tarafların anlaşarak boşanabilmeleri için öngördüğü bir başka şekil de bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi durumudur. TMK 166/son cümleye göre, anlaşmalı boşanma davasında, hâkim tarafların ikrarı ile bağlı olacaktır. Bu husus, salt evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davasında değil, diğer özel sebeplere dayanan boşanma davalarında da uygulama alanı bulacak; hâkim bir eşin zina ya da terke dayalı olarak açtığı boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi ve evliliğin en az bir yıl sürmesi şartıyla TMK 166/3'e göre boşanma kararı verebilecektir.[415]

Gençcan'ın bu konuda ikili bir ayrıma gittiği, eşlerin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak açılmış boşanma davasında davanın herhangi bir safhasında anlaşmalı boşanmanın gerçekleştirilebileceğini kabul etmesine rağmen; Yargıtay'ın terk sebebine ilişkin olarak verdiği karar doğrultusunda, özel boşanma

---

414 "…Davalının harcı vererek açtığı bağımsız bir boşanma davası yoktur. Davalının davacı kadın tarafından açılan boşanma dava dilekçesini davalı olarak imzalamış olması ayrı bir harç yatırılmadığından davalı açısından bu dilekçeyi dava dilekçesi niteliğine dönüştürmez. Açıklanan bu durum karşısında kadının davasının feragat nedeniyle reddi ile yetinilmesi gerekirken, kocanın da davası varmış gibi kesin hüküm oluşturacak şekilde davalının boşanma davasının reddine karar verilmesi doğru olmamıştır." şeklindeki Y 2 HD, 12.2.2008, 4531/1409 sayılı kararda Gençcan'ın karşı oy gerekçesi de dikkat çekicidir: "…Anlaşmalı boşanma davasında eşlerden birinin davalı başka bir deyişle çekişme çıkaran taraf olduğu söylenemez. Karşılıklı boşanmak isteyenlerin ikisinin de boşanma konusunda davacı oldukları imzalı beyanları ile tartışılamayacak şekilde açıktır. Anlaşmalı boşanma isteminden vazgeçilmesi durumunda ise hem kadın eşin hem erkek eşin davayı istedikleri takdirde TMK 166/1 hükümlerine göre sürdürmeleri olanaklıdır. Kadın eşin boşanma davasından feragat etmesi nedeniyle kadın eşin boşanma davasının feragat sebebiyle reddine karar verilip, davayı sürdüreceğini açıklayan erkek eşin boşanma davasının TMK 166/1 hükümlerine göre sürdürülerek karar verilmesi gerekir…" (Gençcan, s. 590'dan naklen).

415 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 118; Tutumlu, s. 1049; Özdemir'e göre; akıl hastalığına dayalı olarak açılan davalar dışındaki diğer davalarda bu imkân bulunmalıdır. Zira akıl hastası olan eşin kabul iradesine değer verilmesi mümkün olmayacağı gibi, anlaşmalı boşanmanın niteliği gereği kanuni temsilcinin akıl hastası yerine beyanda bulunması imkânı da yoktur(Özdemir, s. 139).

sebeplerine dayalı olarak açılmış boşanma davalarında bu dönüşümü ancak ıslah müessesesiyle olanaklı gördüğü söylenebilir.[416]

Ancak burada, özel boşanma sebeplerine dayalı olarak açılan davalarda, boşanma sebebinin varlığını ikrar ile davanın kabulünü birbirinden ayırt etmek gerekir. Şöyle ki; örneğin davalının zinayı ikrar etmesi ile boşanma davasını kabul etmesi farklı şeylerdir. Davalının zina ettiğini kabul etmesi hâkimi bağlamaz. Ancak davalı zina ettiğini kabul etmeksizin, açılan boşanma davasını kabul edebilir ve bu durumda anlaşmalı boşanma hükümleri uygulanır.[417]

Doktrinde Tekinay[418] anlaşmalı boşanma halinde tarafların ikrarının hâkimi bağlamayacağına ilişkin istisna hükmünü şu şekilde eleştirmiştir: "…Eğer karşılıklı rıza temelden sarsılmanın sadece bir karinesi ise, bu karineyi meydana getiren ikrarların hâkimi bağlamaması ve aksinin ispatına imkân verilmesi gerekirdi. Kaldı ki bir taraftan karşılıklı rıza ile boşanma isteyen tarafları hâkimin bizzat dinlemesi ve onların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması şart kılınırken, öbür taraftan ikrarın hâkimi bağlayacağı anlamına gelen bir kanun hükmü getirmek kanımızca bir çelişkidir".

4. Hakimin Tarafları Bizzat Dinlemesi

Taraflar davada bir avukat aracılığıyla temsil edilseler bile, hakim tarafları huzuruna çağırıp onları dinlemek zorundadır.[419] Bu dinlemenin açık bir celsede

---

416 Ayrıntılı bilgi için bkz. Gençcan, s. 591, 592; Y 2 HD 8.6.2009, 8710/10983: "…Davacı koca terk hukuki sebebine dayanarak boşanma davası açmış, mahkemece ilk celse davalının davayı kabul beyanına dayanılarak Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi gereğince tarafların boşanmalarına karar verilmiştir. Türk Medeni Kanunu'nun 166/3. maddesi, ancak aynı yasanın 166. maddesine dayanılarak açılmış davalarda gerçekleşebilir. Türk Medeni Kanunu'nun 166. maddesine dayalı açılmış bir dava olmadığı ve usulüne uygun ıslah da bulunmadığı halde, Türk Medeni Kanunu'nun 184/3, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 95/2. maddelerince davalının davayı kabulünün hukuki sonuç doğurmayacağı gözetilmeden boşanmaya karar verilmesi doğru değildir…"(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

417 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 103, 118.

418 Tekinay, s. 195.

419 Y 2 HD, 2008/1912 E., 2009/4076 K.: "…Davacı vekilinin davalı aleyhine 9/8/2002 tarihinde açtığı şiddetli geçimsizlik nedeniyle boşanma davasında, tarafların boşanma ve diğer hususlarda anlaştıklarına ilişkin taraf vekillerinin duruşmadaki beyanları doğrultusunda davanın kabulüne

yapılmasına gerek yoktur, celse dışında da olabilir, ancak bir zabıtla kayıt altına alınması ve taraflarca imzalanması gerekir.[420] Ancak, tarafların bizzat dinlenmesi kamu düzenine ilişkin bir şart olduğundan, eşlerin birlikte aynı hâkim tarafından dinlenmesi gerekeceği, talimatla alınan beyanlarla boşanma kararı verilemeyeceği söylenebilir.[421]Öte taraftan hâkimin davalının uygulamada sıkça rastlandığı üzere "bir diyeceğim yoktur" şeklindeki beyanıyla yetinmemesi tarafların beyan ve taleplerini açıkça ortaya koyması gerekir.[422]

Hâkimin tarafları bizzat dinlemesindeki amaç, eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını tespit etmektir. Bu noktada hâkim taraflardan birinin ya da her ikisinin iradesini serbestçe açıklamadığı sonucuna varırsa davayı reddedecektir.

Peki hâkimin boşanma kararı verilebilmesi için iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi yanında onun tarafların saikini de denetlemesi gerekir mi? Günümüzde, özellikle kadınların yetim aylığı alma, eşin borcu sebebiyle mallarını takipten kurtarma vb. sebeplerle aynı evde ikamet etmeye devam ettikleri ve edecekleri eşlerinden anlaşarak boşanma yolunu seçmesi dolayısıyla bu sorunun cevabı önem arzetmektedir.

Uygulamaya yön veren Yargıtay'ın bu konuda farklı tarihlerde farklı kararlara imza attığı söylenebilir. Zira, Yargıtay önce saike ilişkin düşüncelerin boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırabileceği düşüncesindeyken[423], daha sonra saike ilişkin düşüncelerin boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmayacağı

---

karar verildiği ve hükmün temyiz edilmeksizin kesinleştiği anlaşılmaktadır…Taraflar hazır bulunup, bizzat anlaştıklarını açıklamaz veya hakim tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup, toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının anılan Kanunun 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı ve davalı asil dinlenilmeksizin taraf vekillerinin beyanları ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır…"(www.turkhukuksitesi.com-erişim tarihi: 7.3.2012); Y 2 HD, 12.1.2005, 16916/363:" …Davacının akıl hastalığı nedeniyle vesayet altın alındığı anlaşılmaktadır. Hâkim huzurunda vasinin iradesini boşanma doğrultusunda açıklamış olması, boşanma isteğinin şahsa bağlı haklardan olması sebebiyle sonuç doğurmaz. Asilin dinlenme olanağı da yoktur. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp TMK'nin 166. maddesinin 1 ve 2. fıkralarına göre değerlendirme yapmalıdır…(Tutumlu, s. 1067, 1068).

420 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 118.

421 Gençcan, s. 595.

422 Tutumlu, s. 1052.

423 Bkz. Y 2 HD, 17.1.1991, 7288-9704(Gençcan, s. 598, dn. 2149).

görüşünü[424] sergilemiştir. Ancak, Yargıtay son tarihli kararlarında tekrar görüş değiştirerek saike ilişkin düşüncelerin serbest iradeyi ortadan kaldırabileceğini söylemiştir.[425]Bu anlamda Yargıtay'ın bu konuda yerleşmiş bir içtihatının bulunmadığı söylenebilir.

Öğretide bir kısım yazarlar[426], Yargıtay'ın yukarda ortaya konulan kararına uygun olarak, anlaşmalı boşanma davalarında saikin bir öneminin olmayacağını savunmuştur. Buna göre, hâkimin tarafların boşanmayı istemelerindeki gerçek niyetlerini başka bir anlatımla boşanma konusundaki amaçlarını araştırma yükümlülüğü ve yetkisi yoktur. Zira tarafların mahkemeye birlikte başvurmaları yâda bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu noktasında aksinin ispatlanması mümkün olmayan kesin bir karine oluşur. Hâkim yalnızca eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbest bir şekilde ortaya koyup koymadıklarının üzerinde durmalıdır.

Kanaatimizce hakim saik araştırması yapmamalıdır. Ancak eğer taraflar dilekçelerinde veya duruşmadaki sözlü beyanlarında yetim aylığı alabilmek veya alacaklılardan mal kaçırmak gibi amaç ve niyetlerle boşanmak istediklerini beyan etmişler ve bu beyanları tutanağa geçirilmişse hakim boşanma talebinin reddine karar vermeli, kanuna karşı hile teşkil edecek bir işleme göz yummamalıdır.[427]

Taraf iradelerinin serbestçe açıklanması noktasında Yargıtay, tarafların anlaşmalı boşanma taleplerine ve bu yönde hüküm almalarına rağmen, davacının hukuki ve fiili bir engeli olmadığı halde; iki yıl sekiz ay evliliği sürdürdükten sonra davalıya kararın tebliğini istemesini davacı için bir hak olmakla birlikte; Türk Medeni Kanunu'nun 2. maddesinde yer alan dürüstlük kuralına aykırı ve hakkın kötüye kullanılması niteliğinde görmüş ve hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni

---

424 Bkz. Y 2 HD, 20.10.1993, 8625-9559(Gençcan, s. 598, dn. 2150).

425 Bkz. Y 2 HD, 30.1.2006, 21176/499(Gençcan, s. 599, dn.2152).

426 Y 2 HD, 30.1.2006, 21176/499sayılı kararın karşı oy gerekçesinde Gençcan: "…Anlaşmalı boşanma davasında tarafların boşanmanın sebebini açıklama zorunluluğu yoktur. Boşanma taraflara kalmış bir konudur. Boşanma iç nedeni boşanma hakimin ilgilendirmez…"demektedir(Gençcan,s. 599); Benzer olarak bkz. Özdemir, s. 151; Aksi görüş olarak bkz. İpek, s. 110, 111.

427 Benzer olarak bkz. Tutumlu, s. 1063.

korumayacağından, eşlerin boşanma iradelerini samimi bulmayarak boşanma hükmünün bozulmasına karar vermiştir.[428]

5. Eşlerin Uzlaştıkları Şartların Hâkimce Yerinde Görülmesi

TMK 166/3'de hâkimin anlaşmalı boşanmaya karar verilmesi için aranan bir diğer şart tarafların evliliğin mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin yaptıkları anlaşmanın hâkimce uygun bulunmasıdır.

Boşanma davalarında bir an önce boşanma kararı alabilmek için gerek davacı ve gerek davalı aceleci tavırlarıyla hem kendilerinin hem de ortak çocuklarının geleceklerini tehlikeye atabilecek olduklarından, Kanunkoyucu bu şekilde bir düzenleme yapmayı uygun bulmuştur.[429]

Burada taraflarca varılan anlaşmanın yazılı bir metne dökülmüş olarak mahkemeye sunulmasına gerek olmasa da anlaşmanın infaz edilecek şekilde hüküm fıkrasında yer alması ve eşler tarafından imzalanması gerekecektir.[430]

Farklı olarak Yargıtay, evliliğin mali sonuçları ve çocukların durumuna ilişkin anlaşma onaylanırsa, sözleşmenin mutlaka hüküm fıkrasında gösterilmesini zorunlu görmemektedir. Zira Yargıtay'a göre, boşanmaya karar verilmiş ve protokol bütünüyle karara alınmışsa, hüküm fıkrasına geçirilmemiş olmasının önemi yoktur. Anlaşmanın karar metnine olduğu gibi alınması örtülü onay niteliğindedir.[431]

Boşanma sebeplerinin herhangi birisiyle son bularak kesinleşen boşanma davalarında dava sürecinde eşlerden biri maddi ve manevi tazminat ya da yoksulluk nafakasına ilişkin herhangi bir istemde bulunmamışsa, kararın kesinleşmesinden itibaren bir yıl içinde bu yöne ilişkin taleplerde bulunabilir. Gerçekten Medeni Kanunumuzun m. 178. de; "evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava

---

428 Y 2 HD, 2009/16037-2010/17586(www.turkhukuksitesi.com-erişim tarihi: 7.3.2012).

429 Gençcan, s. 602.

430 Akıntürk/Karaman, s. 271; Gençcan, s. 1432.

431 Y 2 HD, 21.06.1995, 6497/7237(Gençcan, s. 1432, dn. 683).

hakları boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar" biçiminde bir düzenleme yapılmıştır.

Yargıtay'ın 1.3.2004 tarih, 1717-2494[432] sayılı eşlerin boşanmanın mali sonuçları konusunda anlaşamadıklarında, hakimin tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplayıp TMK 166/1, 2, 4 fıkralarına göre değerlendirme yapması gerektiğini, TMK 166/3'e göre boşanmaya karar verilmesinin usul ve yasaya aykırı olduğunu belirttiği kararından yola çıkarak, tarafların boşanmanın mali sonuçları[433] olan maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası konularında bir anlaşmaya varmaları gerektiği söylenebilirse de Yargıtay'daki mevcut çoğunluk maddi ve manevi tazminat haklarını saklı tutarak eşlerin anlaşmalı olarak boşanabilecekleri görüşündedir. Yani bu durumda eşler anlaşmalı olarak boşandıktan ve bu boşanma hükmü kesinleştikten sonra ayrıca açacakları davalar ile maddi ve manevi tazminat talep edebileceklerdir.[434]

Yargıtay'daki çoğunluk görüşüne karşı çıkan Gençcan'a[435] göre ise tarafların TMK 166/3 maddesi uyarınca düzenledikleri ve hâkime sundukları protokolde "birbirlerindeki maddi ve manevi tazminat haklarını saklı tuttuklarını" belirtmeleri durumunda TMK 166/3 gereğince boşanmaya hükmedilemez. Zira, hakkın saklı tutulması, bu konuda anlaşma sağlanamadığını, çekişmenin devam ettiğini ihtilafın ileriye atıldığını gösterir ve boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili çekişme giderilemeden boşanma kararı verilemez. Öte taraftan tarafların boşanma sebebinin taraflardan birinin kusurlu davranışı değil, eşlerin boşanma konusunda anlaşmış olmaları ve taraflardan birinin kusuru ile boşanmaya karar verilmediği konusunda kesin hüküm bulunması karşısında; mahkemenin tarafların kesin hüküm sonrası

---

432 Gençcan, s. 603, dn. 2170.

433 Yargıtay mal rejimine ilişkin olarak mallar konusunda da taraflarca bir anlaşmaya varılmasını aradığı kararlar için bkz. Y 2 HD, 12.1.2005, 15214/330; Y 2 HD, 21.10.2004, 10763/12274(Gençcan, s. 622, 623).

434 Y 2 HD, 28.1.2009, 19916-959 sayılı kararı için bkz. Gençcan, s. 603, dn.2171; Benzer şekilde Tutumlu da boşanmanın mali sonuçları hakkında anlaşma sağlanması beklenmeden veya tarafların bu konudaki talepleri konusunda olumlu ya da olumsuz bir karar verilmeden boşanmaya hükmedilmesi durumunda, ortada mali konulara ilişkin kesin hüküm bulunmadığından mali taleplerin yeni bir davada ileri sürülmesine engel bulunmadığını belirtmektedir(Tutumlu, s. 1060).

435 Gençcan, s. 603 vd; Benzer görüş için bkz. Özdemir, s. 160-162.

açtıkları dava ile tekrar TMK 174 ve 175 hükmü gereğince kusur araştırmasına girmesi kabul edilemez.

Hâkimin, çocuğa iştirak nafakası verilip verilmeyeceği[436], çocuğun velayetinin kime verileceği[437] ve velayet kendisine verilmeyen eşin çocukla ne şekilde kişisel ilişki kuracağına ilişkin taraflarca yapılan anlaşmayı da uygun bulması gerekir.[438] Tarafların anlaşma hükümleri kapsamında müşterek çocuklar bakımından iştirak nafakası kararlaştırmamaları ve protokolün böylece hâkimin onayından geçerek anlaşmalı boşanmaya ilişkin kararın kesinleşmesi durumu, çocuklara ilişkin konuların kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, bir önem taşımayacak; sonradan çocuklarla ilgili hususlara ilişkin olarak her zaman dava açılabilecektir. Boşanma sonrası verilmiş velayet ve şahsi ilişki tesisine ilişkin mahkeme kararları da TMK'nin 183. maddesindeki "Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması halinde hâkim, re'sen veya ana babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır" şeklindeki hüküm doğrultusunda her zaman değiştirilebilir.

Boşanma sonrası velayet hakkının verilmesi ve diğer tarafın çocukla kişisel ilişki kurmasına ilişkin olarak mevcut TMK Md. 182 hükmüne göre mahkeme boşanma ya da ayrılığa karar verirken olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ya da vesayet dairesinin düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocukla olan kişisel ilişkisini düzenler. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş çocuğun bakım ve giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.

---

436 Anlaşmalı boşanma yapılırken çocuk için iştirak nafakası istenilmemiş olmasının, nafakanın daha sonra istenilmesine engel olmayacağı konusunda bkz. Y 2 HD, 10.1.2005, 14860-176(Gençcan, s. 609, dn. 2185).

437 Anayasa Md. 43'e 07/05/2010-5982 S.K./4. md. İle getirilen ek üçüncü fıkraya göre: "Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir."

438 Özdemir/ Oktay, Saibe: "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı"(Dinlenme Hakkı), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, İstanbul 2009, s. 1240.

Bu hükümde hâkime çocuğu dinleme ve onun fikrini alma gibi yükümlülük getirilmiş bulunmamakla birlikte uluslararası mevzuatta buna ilişkin düzenlemeler bulunmaktadır.[439]Benzer şekilde Yargıtay da uluslararası mevzuat hükümleri doğrultusunda velayet düzenlenirken ana babalık duygularının tatmin edilmesi yanında ve hatta ondan daha önemlisi, çocuğun yararının göz önünde bulundurulması ve bu yönde çocuğun dinlenilmesi gerektiğine ilişkin kararlar vermekte ve bu gereklilik yerine getirilmiş olmadığı takdirde ilk derece mahkemesi kararını bozmaktadır.[440]

Her ne kadar anlaşmalı boşanma prosedürü içinde hâkimin eşler arasında varılan anlaşmanın uygun olup olmadığını belirlemek için çocuğun görüşünü öğrenmesi ve bu amaçla çocuğu dinlemesi gerekse de; uygulamada bu yola sıklıkla başvurulmadığı görülmektedir.[441] Ancak, her türlü yararın üzerinde tutulan çocuğun yararı ilkesi doğrultusunda uygulamanın bu konudaki eksikliği gidermesi gerekmektedir.

---

439 Türkiye tarafından 1994 tarihinde kabul edilen 20 Kasım 1989 tarihli Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi Md. 12'ye göre: "Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendisini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar. Bu amaçla çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa özellikle sağlanacaktır."(Özdemir(Dinlenme Hakkı), s. 1221).

Türkiye tarafından 18.1.2001 tarihinde kabul edilen Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre: "Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce: a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır. b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda, 1)çocuğun gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır. 2)çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk ve için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır. 3) Çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir. c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir."(Özdemir(Dinlenme Hakkı), s. 1221, 1222).

440 Bkz. Y HGK 1.10.2003 tarih 2003/2-513E., 2003/521K. (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI); Y 2 HD 20.2.2007, 2007/2045E., 2007/2362K.: "…velayet düzenlenmesinde ve değiştirilmesinde aslolan çocuğun yüksek çıkarına, bedensel ve zihinsel gelişimini sağlamaya en uygun çözüme ulaşmaktır. Bu bakımdan yeterli idrake sahip olduğu anlaşılan çocuğun, duruşmaya getirtilerek, dava konusu hakkında bilgilendirilmesi ve kendi görüşünü ifade etme olanağının tanınması Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi Md.3-6 gerektiğinde uzmanlardan bu konuda yardım alınması ve tüm deliller birlikte değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre karar verilemesi gerekir."(Özdemir(Dinlenme Hakkı), s. 1233).

441 Özdemir(Dinlenme Hakkı), s. 1240.

Hâkim tarafların yaptığı düzenlemeyi uygun bulmazsa tarafların ve çocukların menfaatini göz önünde bulundurarak gerekli değişiklikleri yapabilirse de bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanma gerçekleşebilecektir.[442] Yani hâkim uygun gördüğü değişiklikleri taraflara dayatamayacak, kendini tarafların yerine koyarak değişikliği kendiliğinden gerçekleştiremeyecektir.

Peki hâkim tarafından gerekli görülen değişiklikler taraflarca benimsenmezse ne olacaktır? Kanunun lafzından davanın reddedilmesi gerekeceği sonucu çıkmakla birlikte bu durumda Yargıtay'ın TMK 166/3'e göre boşanma kararı verilemeyeceğini kabul etmekle birlikte, TMK 166/1, 2'ye göre boşanmaya karar verileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır.[443]

Anlaşmalı boşanma davasında boşanmaya karar verilebilmesi için taraflar arasında kararlaştırılan düzenlemenin uygulanabilir olması da gerekir. Bunun için öncelikli olarak kararlaştırılan düzenlemenin tamamının hüküm fıkrasına yazılması gerekecektir. Bu anlamda hüküm fıkrasında salt düzenlemeye atıf yapılmış olması yeterli değildir.[444] Zira anlaşmalı boşanmaya ilişkin hüküm, tespit hükmü olmadan öteye bir eda hükmü niteliğindedir.[445]

---

442 Y 2 HD, 2004/9760 E., 2004/11194: " …Taraflar 18.5.2004 tarihli son oturumda mahkemeye sundukları 15.5.2004 tarihli protokol uyarınca boşanmalarına karar verilmesi istemişlerdir. Mahkemece üçüncü kişileri verilerek, protokolde gösterilen diğer hususlara uygun boşanma hükmü kurulmuştur. Üçüncü kişileri ilgilendirdiğinden bahisle, protokolün 3.3 ve 3.4 maddelerine hükümde yer verilmemesi, protokolde değişiklik yapılması niteliğindedir. Bu konuda tarafların beyanlarının alınması zorunludur. Mahkemece yapılan bu değişiklik hakkında taraflardan bir beyan alınmamış olması nedeniyle Türk Medeni Kanununun 166/3. madde koşulları gerçekleşmediğinden, yazılı şekilde hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir…"(www.turkhukuksitesi.com-erişim tarihi: 7.3.2012).

443 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 119; Y 2 HD, 11.11.2004, 12141/13507: "…Hakimin yaptığı değişiklik önerileri taraflarca kabul edilmemiştir….Taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar bile TMK 166/3 maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp, TMK 166/1, 2, 4 fıkralarına göre değerlendirilme yapılmalıdır. TMK'nin 166/3 maddesi şartları oluşmadan tarafların delilleri sorulmadan ve gösterilen deliller getirilip, tanıkları dinlenmeden olayların varlığının kabulü sonucu boşanmaya karar verilmesi usul ve yasa hükümlerine aykırıdır."(Gençcan, s. 618, dn. 2210).

444 Y 2 HD, 21.10.2004, 10734/12314: "…Davacının açtığı boşanma davası sonucunda TMK 166/3 maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmiştir. Eşler, 12.12.2003 tarihli protokolü düzenleyip mahkemeye ibraz etmişlerdir. Mahkemece bu protokolün tamamı hüküm fıkrasına infazda karışıklık yaratmayacak şekilde geçirilmesi gerekir. Bu yön üzerinde durulmadan yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."(Gençcan, s. 625, dn. 2240).

445 Gençcan, s. 624.

Düzenlemenin uygulanabilirliği, uygulamada özellikle taşınmazların devrine ilişkin durumlarda önem kazanmaktadır. Şöyle ki; taraflar kendi mülkiyetlerindeki bir taşınmazı diğer eşe vermeye razı olabilecekleri gibi, devir konusu malın üçüncü kişiye ait olması durumu da söz konusu olabilir. Bu durumda hâkimin dikkatli olması, taşınmazı devretmeyi kabul eden eşin bu taşınmaz üzerinde devir yetkisine sahip olup olmadığını gerekli kayıtları da getirerek araştırması, kendisine verilen yetki doğrultusunda ihtilaf çıkarabilecek nitelikteki düzenlemelerde değişikliklere gidilmesini sağlaması gerekir.[446] Öte taraftan hakimin kuracağı taşınmazın devrine ilişkin eda hükmü "…parsel sayılı taşınmazın tapu kaydının iptali ile… adına tesciline" şeklinde olmalıdır.[447]

Yargıtay 2 HD 2010/5101 E., 2010/8238 K. sayılı ilamında[448] tarafların anlaşma protokolüne, mülkiyeti üçüncü kişiye ait bulunan taşınmazın tapuda tescilini amaçlayan madde koymalarının mülkiyet sahibi üçüncü kişiyi infaza zorlama olanağı bulunmadığından doğru olmadığını, boşanma protokolüne uygulama açısından duraksama yaratacak, yeni davaların açılmasına neden olabilecek hükümlerin konulmamasının asıl olduğunu belirtmiş, infaz imkansızlığı nedeniyle uygulanması mümkün olmayan protokol hükümleri nedeniyle sorumluluğu ve bu nedenle uğranılacak zararı sadece taraflardan birine yüklemenin adalete, hakkaniyete uygun olmayacağını, taşınmazı üçüncü kişi konumunda olan kendi kardeşinden alıp çocukları adına tescil ettirmeyi ve evin kullanımını davacıya bırakmaya kabul eden davalının da sorumlu olacağına, davacının protokolün uygulanamaması nedeniyle ortaya çıkan zararının giderilmesini istemeye hakkı olduğuna hükmetmiştir.

Kanun kapsamında anlaşmalı boşanmaya ilişkin bir düzenlenme yapılmış olmasına karşın, anlaşmalı ayrılığa ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bir bakıma "evliliğin askıya alınması" anlamına gelecek olan anlaşmalı ayrılık statüsüne ilişkin olarak TMK'de herhangi bir hüküm yer almaması, ayrılığa hükmedebilmek için boşanma sebebinin gerçekleşmesini arayan bir kanunun sistematiği açısından

---

446 Bkz. Y 2 HD, 26.10.2001, 13316/14753; Y 2 HD, 13.1.2010, 18985/469(Gençcan, s. 621, dn. 2220).

447 Gençcan, s. 622.

448 (www.turkhukuksitesi.com-erişim tarihi: 7.3.2012).

makul kabul edilebilirse de çağın yaşam anlayışı doğrultusunda yapılacak yasa değişikliklerinde bu husus da göz önünde bulundurulabilir.[449]

Son olarak, anlaşmalı boşanma davasında hâkimin ayrılık kararı verip veremeyeceği üzerinde durulabilir. TMK 170 gereğince hâkim boşanma sebebi ispatlandığında boşanma veya ayrılığa karar verme yetkisine sahiptir. Bu hükme göre hâkim ortak hayatın yeniden kurulma olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa hükmedebilecektir. Acaba aynı şey TMK 166/3'te öngörülen, yani şiddetli geçimsizliğin fiilen ispat edilmediği, sadece bu geçimsizliği gösteren kesin bir varlığının kabul edildiği durumlar için de söylenebilir mi? Hâkimin tüm koşulları gerçekleşmiş bir boşanma davasında kesin karineyi bir kenara bırakarak, ayrılık kararı vermesi TMK 166/3 maddesine uygun olmayacağı düşünülür.[450] Zira, TMK 166/3 maddesinde öngörülen koşullar gerçekleştiğinde ispat faaliyetine girişilemeyecek, delil toplanmayacaktır. Dolayısıyla hâkimin ortak hayatın yeniden kurulma olasılığının bulunup bulunmadığını değerlendirme yetkisi ve görevinin bulunmadığı bir davada, bu olasılığın gerçekleşmesi ihtimaline binaen ayrılığa hükmetmesi mümkün olmayacaktır.

III. ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI NEDENİYLE BOŞANMA

A. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Kavramı

TMK 166/4 hükmüne göre: "Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden

---

449 Tutumlu, s. 1122.

450 Tutumlu, s. 1067; Öztan,(Boşanma), s. 725; Hatemi/Serozan, s. 238; İpek, s. 121; Kocayusufpaşaoğlu, EMK 134/3'e dayanılarak açılan boşanma davalarında ilke olarak hâkimin ayrılık kararı vermesinin mümkün olmadığını, zira o dosyada bir barışma ümidi veren herhangi bir dayanak bulamayacağını; bunun tek istisnasının ise hâkimin tarafları bizzat dinlediği vakit, onların boşanmaya ilişkin özgür beyanlarında kesin bir boşanma isteğinden çok bir kararsızlık durumu görmesi olduğunu, böyle bir durumda onun EMK 138/3'e göre bir ayrılık kararı verebileceğini belirtmektedir(Kocayusufpaşaoğlu, s. 118).

kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir."

Ortak hayatın yeniden kurulamaması olgusu[451], EMK'nin 134. maddesinde 1988 yılında 3444 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik sonucu genel boşanma sebepleri arasına girmiştir. Kanunkoyucu fiilen çözülmüş olan evlilikleri zorla sürdürmenin bir anlamı olmayacağını düşünerek bu hükmü getirmiş, "maddesel olarak çökmüş evliliklerin hukuksal yönden de sona ermesine imkan sağlamıştır.[452]Ancak salt ortak hayatın kurulamamasını değil, bunun yanında bir takım şartları da aramıştır. 4721 sayılı TMK'de de bu boşanma sebebinin değişikliğe uğramadan korunduğu söylenebilir.[453]

Bu hükme göre boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılan davanın reddi, red kararının kesinleşmesi üzerinden üç yıl geçmesine rağmen ortak hayatın kurulamaması ve taraflardan birinin mahkemeye başvurusu üzerine boşanma kararı verilecektir. Burada hâkimin boşanma kararı verebilmesi için eşlerin kusur durumlarını araştırması gerekmemektedir.[454] Zira, nasıl eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin bir karine teşkil

---

451 Doktrinde "eylemli ayrılık" veya " fiili ayrılık" olarak da isimlendirilmektedir(Bkz. Oğuzman/Dural, s. 129; Gençcan, s. 629; Tutumlu, s. 1078).

452 Oğuzman/Dural, s. 130; 3444 sayılı kanun madde gerekçesine göre:"Maddeye eklenen son fıkra ile uzun süre fiilen ayrı yaşayan eşlerin boşanmalarına imkan sağlanmış bulunmaktadır. Bu günkü toplum hayatımızda beş hatta on yıl ve daha fazla bir süre ayrı yaşamakta olan karı kocalara rastlanmaktadır. Boşanma davası açan tarafın davası red olduğunda o taraf müşterek hayata geri dönmek istemediği takdirde kanuni müeyyideler hiçbir zaman onu bu hayata geri dönmeye zorlayamayacaktır. Buna çare olarak maddeye sözü edilen son fıkranın ilavesi uygun görülmüştür…"(ABD 1988, sayı:3, s. 375(Tutumlu, s. 1078'den naklen)).

453 EMK'nin Md. 134/son'a göre: "Boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun müşterek hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir."

454 Y. 2 HD, 17.12.2008, 17762/17188: "…Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebeplerinden herhangi biri ile açılmış ve reddedilmiş olan davada kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç yılın geçmesi ve evlilik birliğinin yeniden kurulamaması yeterlidir. Boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının araştırılması söz konusu değildir. Davacı koca tarafından açılan ve reddedilen dava 15.4.2003 tarihinde kesinleşmiş olup, bu dava üç yıllık fiili ayrılık süresi sonunda açılmıştır. Bu durumda TMK 166/son maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Boşanmaya karar verilmesi gerekirken yasak olmayan gerekçeyle davanın reddi doğru olmamıştır."(Gençcan, s. 662, dn.2388).

ediyorsa, eşlerin üç yılı fiili olarak ayrı geçirmeleri de evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin bir karine teşkil edecektir.[455]

Yine redle sonuçlanan boşanma davasında, eşlerden birinin diğerine göre daha az, daha fazla kusurlu olması veya tamamen kusursuz olmasının da açılacak dava bakımından bir özelliği bulunmayacaktır. Örneğin, eşlerin 3 yıllık ayrılık süresi içinde başka kadın ve erkeklerle cinsel ilişkiye girmiş olmalarının da yeni davanın kabulüne engel olmayacağı düşünülmektedir.[456]

Ancak diğer eşin maddi ve manevi tazminat hakları ile nafaka talep hakkı saklıdır.[457]Şöyle ki bu durumda hâkimin kusur durumunu dikkate alarak, ortaya çıkan istemler bakımından bir karar vermesi gerekir. Buna göre, kusuru daha fazla olan eş, karşı eşten maddi ya da manevi tazminat isteyemez. Kusurun eşit olduğu hallerde de aynı durum söz konusudur. Maddi ya da manevi tazminat isteyen eşin kusuru, diğer eşe göre mutlaka daha az olmalıdır. Yoksulluk nafakasında ise durum değişiklik gösterir. Şayet eşler eşit kusurlu iseler ekonomik yönden durumu zayıf olan eşin nafaka isteyebilmesi mümkündür. Buna karşın kusuru daha fazla eşin yoksulluk nafakası isteyebilmesi mümkün değildir. Belirtelim ki, tedbir nafakası bakımından durum farklıdır. Tedbir nafakasında eşlerin kusurunun bir önemi yoktur. Hâkim gerekli gördüğü takdirde re'sen mali yönden durumu kötü olan eş adına davanın açılmasından kararın kesinleşmesine kadar tedbir nafakasına hükmedebilir. Gerek

---

455 Tutumlu, s. 1097; Öztan, (Değişiklikler), s. 136; Kılıçoğlu, (Değişiklikler), s. 382-390; Kocayusufpaşaoğlu, s. 121; BGB Pr.1566'da da "Eşler üç yıldan beri ayrı yaşamakta iseler, evliliğin temelinden sarsıldığı kesin karinesi varsayılır" denmektedir(Bkz. yukarıda s. 43.

456 Y 2 HD, 11.12.1998, 11779/13542(Tutumlu, s. 1091, dn. 268'den naklen).

457 Y HGK, 13.4.2011, 2010/7-251E., 2011/96K.:"…O halde, toplanan deliller ve özellikle davalıya ait telefon kayıtlarının dökümünden davalının yabancı uyruklu bir kadın adına kayıtlı telefon ile yaptığı yoğun telefon görüşmeleri ve davacı tanıkları ile gerekse bir kısım davalı tanıklarının beyanları uyarınca davalının yabancı uyruklu kadın ile evlilik dışı ilişkisi bulunduğu, bu durumun 4721 Sayılı Kanun'un 185. maddesinde düzenlemesini bulan sadakat yükümüne aykırı davranış teşkil ettiği, bu nedenle davalı kocanın boşanmaya neden olan olaylarda ağır kusurlu olduğu, davalı kocasının sadakat yükümüne aykırı davranışı karşısında davacı kadının davalıya karşı sözlerinin tepki olarak söylendiğinin kabulü gerekir ve sarf ettiği sözler nedeniyle eşit kusurlu sayılması olanaklı değildir. Hal böyle olunca boşanma sonucu diğerinin desteğini yitirecek olan davacı kadın yararına tazminata hükmedilmesi ve ayrıca davalının ağır kusur teşkil eden sadakatsizliğin davacı kadının kişilik haklarına teşkil etmesi nedeniyle kişilik hakları saldırıya uğrayan ve eşit kusurlu olmayan kadın lehine manevi tazminata da hükmedilmesi gerektiği açıktır. Yukarıda belirtilen olgular dikkate alındığında yerel mahkemenin davalı kocanın boşanmaya sebep olan olaylarda ağır kusurlu olduğuna ve davacı kadın yararına maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin direnme kararı uygun ve yerindedir."(www.meşe mevzuat.com, erişim tarihi: 14.3.2012).

maddi ve manevi tazminata, gerekse de yoksulluk nafakasına kararın kesinleştiği tarihten itibaren hükmedilir[458]

Ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı açılan boşanma davasıyla ortak hayatın kurulamamasına dayalı boşanma davasının aynı anda açılması mümkündür. Ancak bu durumda hüküm kısmında her iki neden bakımından ayrı ayrı hüküm kurulması gerekir.[459]

B. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasının Unsurları

1. Öncesinde Herhangi Bir Hukuksal Nedene Dayalı Olarak Açılan Davanın Reddedilmesi

Hangi eş tarafından hangi nedene dayalı olarak açıldığı önemli olmaksızın, açılmış bir davanın reddedilmiş olması aranmaktadır.[460] Yani önemli olan daha önce bir boşanma davasının açılmış ve mahkemece reddedilmiş olmasıdır.[461] Hatta reddedilen davanın ortada hiçbir boşanma sebebi yokken açılmış bir dava olmasının da bir önemi bulunmamaktadır.[462]Ancak, burada davanın esasa ilişkin nedenlerle reddedilmiş olması gerekir. Örneğin yetkisizlik kararı verilmesi sonucu reddedilen

---

458 Ayrıntılı bilgi için bkz. Akıntürk/Karaman, s. 293-310; Gençcan, s. 676-724.

459 2. HD., 19.1.2004, 72-395, "…Davacı koca evlilik birliğinin temelinden sarsılması müşterek hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşanma davası açmıştır. Mahkeme Türk Medeni Kanunun 166/son maddesindeki şartların oluşmadığından bahisle davanın reddine karar vermiştir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılan dava bakımından olumlu ya da olumsuz bir karar vermemiştir. Davacının evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açmış olduğu dava bakımından delillerin toplanıp değerlendirilerek olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi bozmayı gerektirmiştir"(Gençcan, s. 387, dn. 2386).

460 Gençcan, s. 634; Dava niteliğinde olmayan örneğin bir ihtar veya delil tespiti kararının bu maddenin uygulanmasında esas alınması mümkün değildir(Tutumlu, s. 1079); Dava niteliğine sahip olmakla birlikte evliliğin butlanı veya feshi davalarının reddine ilişkin karar üç yıllık fiili ayrılık süresinin başlangıcına esas alınamaz (Tutumlu, s. 1084).

461 Akıntürk/Karaman, s. 273; Gençcan, "reddedilmiş ve kesinleşmiş boşanma kararı" yerine " dayanak dava" tabirini kullanmaktadır(Gençcan, s. 629, dn. 2259).

462 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 120.

dava, TMK 166/son anlamında redle sonuçlanan dava olarak olarak kabul edilmeyecektir.[463]

Taraflar arasında reddedilip kesinleşen birden fazla dava bulunması durumunda hâkimin üç yıllık süreyi hangi kararı esas alarak hesaplayacağı sorusuna verilecek cevap önemlidir. Yargıtay, üç yıllık bekleme süresinin geçmiş olması koşulunu gerçekleştiren herhangi bir ret kararına dayanılarak boşanma davası açılabileceğini düşünmektedir.[464] Bekleme süresinde dava açılmış olması tarafların bir araya gelmediklerinin de delili sayılacaktır.[465]

Uygulamada, üç yıllık bekleme süresini bir an önce başlatabilmek için bir pilot boşanma davası açılmakta ve ilk oturumda boşanma davasından feragat edilmektedir.[466] Zira Yargıtay feragat sebebiyle davanın reddine karar verilmiş olması durumunu TMK 166/4 anlamında "red ile sonuçlanan dava" olarak kabul etmektedir.[467]Üç yıllık süreyi, feragatin şeklen kesinleşmesini beklemeksizin mahkemeye ulaşma tarihinden itibaren hesaplamaktadır.[468]

---

463 Y 2 HD, 13.6.1995, 4259/6934(Bkz. Tutumlu, s. 1106).

464 Y 2 HD, 28.9.2004, 9695-10824: "…Türk Medeni Kanununun 166/son maddesi uyarınca boşanmaya karar verilebilmesi için boşanma sebeplerinden herhangi biri ile açılmış ve reddedilmiş olan davada kararın kesinleşme tarihinden itibaren üç yılın geçmesi ve evlilik birliğinin yeniden kurulamaması yeterlidir. Reddedilen davanın taraflar arasındaki son dava olması koşul değildir. Reddedilen ilk dava 6.5.2000 tarihinde kesinleşmiş olup, bu dava fiili üç yıllık ayrılık süresi sonunda açılmıştır. Evlilik birliği yeniden kurulamadığından davanın kabulü gerekir. Daha sonra açılmış olan davanın kesinleşme tarihine göre üç yıllık sürenin dolmadığından söz edilerek davanın reddi bozmayı gerektirmiştir."(Gençcan, s. 630, dn. 2260); Benzer olarak Tutumlu, s. 1083.

465 Gençcan, s. 637.

466 Gençcan, s. 632.

467 Y 2 HD, 8.5.2006, 957/6992: "…Davacının temyiz itirazı yönünde yapılan incelemeye gelince; feragat tek yanlı bir irade açıklaması olup, feragat tarihinde kesin hükmün sonuçlarını doğurur. Dava TMK 166/4 maddesine dayalıdır. Bu davaya dayanak oluşturan 2000/218 esas sayılı boşanma davasında davacı Mükerrem 4.1.2002 tarihinde davasından feragat etmiş ve temyize konu dava da yasal üç yıllık süre geçtikten sonra 28.1.2005 tarihinde açılmıştır. Toplanan kanıtlara göre de ilk davadan sonra evlilik birliğinin yeniden kurulamadığı da belirlenmiştir. TMK 166/son madde koşulları oluştuğu halde davanın kabulü yerine yazılı gerekçeyle reddi doğru değildir."(Gençcan, s. 632, dn.2268).

468 Y 2 HD, 6.5.2009, 6462/8832: "Davacı koca 17.12.2003 tarihinde boşanma davası açmış, 10.5.2004 tarihinde feragat etmiş, dava feragat sebebiyle reddedilmiştir. Feragat bu iradenin mahkemeye ulaştığı ve açıklandığı tarihte kesin bir hükmün sonuçlarını doğurur. Feragat üzerine verilen kararın şeklen kesinleşmesini beklemeye gerek yoktur. TMK 166/4 maddesine dayalı bu dava ise 21.5.2007 tarihinde açılmıştır. Önceki davada feragatten itibaren 3 yıllık süre geçmiştir.

Dural/Öğüz/Gümüş[469], Yargıtay'ın açılmış olan boşanma davasının feragatle sonuçlanması halinde de, üç yıl içinde ortak hayatın kurulamaması durumunda da TMK 166/4'e göre boşanma davası açılabileceğine ilişkin görüşünü doğru bulmamaktadır. Zira kanun açılmış olan davanın reddini aramaktadır. Oysa davadan feragat davanın reddi değildir. Tam aksine, boşanma davasından feragat çoğunlukla boşanma sebebinin ortadan kalktığını gösterir.

Ancak burada Yargıtay feragatle sonuçlanan her davayı, sağlayacağı dava hakkı bakımından birbirinden farklı değerlendirmektedir. Şöyle ki; açtığı ilk boşanma davası feragat nedeniyle reddedilen eş, 3 yıl sonra açacağı ikinci boşanma davasından da feragat ederse, açacağı yeni, üçüncü davada feragat nedeniyle reddedilen ilk davayı esas alarak boşanma isteğinde bulunamayacaktır. Zira ilk davadaki feragat nedeniyle doğan dava hakkından, ikinci davada vazgeçmiş olacaktır.[470]

Bizce, feragat nedeniyle davanın reddine şeklinde karar verildiğinde, bu karar esasa ilişkin bir red kararı olacağından, üç yıllık sürenin feragat tarihinden itibaren başlatılmasında hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Toplanan delillerden feragatten sonra tarafların bir araya gelmedikleri anlaşılmaktadır. TMK 166/son koşulları oluşmuştur…"(Gençcan, s. 633, 634, dn. 2274).

469 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 120; Aksi görüşte Gençcan, s. 633.

470 Y 2 HD, 28.6.2006, 3861-9924: " Davacı koca tarafından Sandıklı Asliye Hukuk Mahkemesine açılan ilk boşanma davası, davacının 17.11.1998 tarihli duruşmadaki feragat beyanından dolayı reddedilmiştir. Bu red kararından itibaren tarafların üç yıl süreyle bir araya gelemedikleri gerekçesiyle 3.1.2003'te açılan ikinci boşanma davası da yine davacı kocanın feragat nedeniyle reddedilmiş ve red kararı 13.9.2004 tarihinde kesinleşmiştir. Davadan feragat eden taraf, feragat ettiği dava ile istediği maddi haktan talep sonucundan vazgeçmektedir. Feragat iradesi mahkemenin ve diğer tarafın kabulüne bağlı bulunmamaktadır. Tek taraflı hukuki işlemdir, feragatle düşen hak taraflar arasında yeni bir davanın konusunu oluşturamaz. Koca tarafından TMK 166/son maddesine dayalı olarak 3.11.2003 tarihinde açılan dava 5.4.2004'te feragat sebebiyle reddedilmiş, koca yeniden 23.2.2005 tarihinde, 17.11.1998'de reddedilen davayı esas alarak boşanma isteğinde bulunmuştur. Oysa 5.4.2004'teki feragatla 17.11.1998 gün 1998/348 sayılı dava ile doğan haklarından vazgeçilmiştir. 5.4.2004 tarihinden itibaren yasanın aradığı üç yıllık fiili ayrılık süresi de dolmamıştır. Mahkemece davanın reddi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır."(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

2. Redde İlişkin Kararın Kesinleşmesinden İtibaren Üç yıl Geçmesi ve Bu Süre İçinde Evlilik Birliğinin Yeniden Kurulamaması

Kanunkoyucu eşlerin önceki davanın reddi sonrasında üç yıl bir araya gelmemiş olmalarını istemektedir. Burada üç yıllık süre ilk davada verilen red kararının kesinleşmesinden itibaren hesaplanacak ve yeni boşanma davası açıldığı zaman bu sürenin dolmuş olması aranacaktır.[471]

Burada Kanunkoyucunun neden kesinlikle boşanmanın reddi kararının kesinleşmesini istediği hususunda maddenin gerekçesinde herhangi bir açıklama olmasa da, O'nun üç yıllık sürenin hesabında hâkime bir kolaylık sağlama amacı güttüğü söylenebilir.[472]

Reddedilen davaya ait karar Türk mahkemelerinden alınmış bir karar olabileceği gibi, bir yabancı mahkeme kararı da olabilir.[473]Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, üç yıllık sürenin, yabancı mahkeme kararının yetkili Türk mahkemeleri tarafından tanındığına ilişkin kararın kesinleştiği tarihten itibaren hesaplanacak olmasıdır.[474]

Ancak bu üç yıl içinde eşlerin çocuklar amacıyla ara sıra bir araya gelmiş bulunmaları[475], aralarında ortak hayatın yeniden kurulmuş olduğunu göstermeyecektir. Benzer şekilde gidecek yeri olmadığı için zorunlu sebeplerle eşlerin bir araya gelmeleri de ortak hayatın yeniden kurulmuş sayılmasını

---

471 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 120; Tekinay, s. 273.

472 Öztan, (Değişiklikler), s. 135.

473 Akıntürk/Karaman, s. 273.

474 Y 2 HD, 16.11.2006, 8764-15758: "…Boşanmaya ilişkin yabancı mahkeme ilamı Türk Mahkemelerince tenfiz ve tanınması yapılmadıkça hüküm ifade etmez…"(Gençcan, s. 634, dn. 2276); Y 2 HD, 27.12.1994, 1994/11911 E.,1994/13053K. (http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=69720-erişim tarihi: 11.3.2012).

475 Y 2 HD, 14.6.2004, 6987/7717: "...Tarafların …yılından beri ayrı yaşadıkları, davacı kocanın başka kadınla ilişkisinin sürdüğü, özellikle okular tatil olduğunda çocukların davalı anneleriyle görüşmelerini sağlamak amacıyla bir, iki günlüğüne davacının davalının evinde kaldığı anlaşılmaktadır. Yasanın aradığı şekilde eşler arasında ortak hayatın yeniden kurulduğunu gösteren dosyada bir kanıt bulunmamaktadır. TMK 134/son madde koşulları oluşmuştur. Davanın kabulüyle boşanmaya karar verilecek yerde, davalı tanık beyanları ile yanlış yorumlanarak davanın reddi, usul ve yasaya aykırıdır."(Gençcan, s. 643, dn. 2310).

gerektirmez.[476] Ancak bu üç yıllık dönem içinde kısa süreli de olsa "karı koca olarak birlikte yaşamak" evliliğin devam etmesi ihtimali bulunduğunu göstereceğinden, süreyi kesecek ve bu sebebe dayalı olarak boşanmayı engelleyecektir.[477]Yargıtay'ın getirdiği ölçüt ile burada karı kocanın evlenmenin genel hükümlerinde tanınan hakların kullanılması, yükletilen görevlerin yerine getirilmesini üstlenecek şekilde bir araya gelip gelmedikleri hususu araştırılacaktır.[478]

Ancak uygulamada ortak hayatın hangi durumlarda kurulmuş olduğu konusunun tespiti güçlük arzetmektedir. Kuşkusuz her bir araya gelme ortak hayatın yeniden kurulduğu anlamını taşımayacak; bir araya gelmenin tabak(masa), ocak(konut) birliği yanında yatak birliğini de sağlaması durumunda ortak hayatın kurulmuş olduğu sonucu çıkacaktır.[479]Burada Yargıtay'ın ayrılık süresi içinde eşlerin cinsel ilişki kurmaları durumunu, yani arızi cinsel ilişkileri ortak hayatın yeniden kurulduğunun göstergesi olarak kabul etmediğini belirtmek isteriz.[480]

Üç yıllık süre hakkın varlık şartı yani dava şartı olduğu için hâkim bunu re'sen göz önünde bulundurur.[481] Hâkim öncelikle dosyayı ilgili mahkemesinden getirtmeli, reddedilen boşanma davasına ilişkin ret kararının kesinleşip kesinleşmediğini,

---

476 Y 2 HD, 5.4.2005, 4782/5442: "…Toplanan delillerden bu üç yıllık fiili ayrılık sırasında aynı evin farklı odalarında yaşadıkları, davalı kadının gidecek yeri olmadığı için mecburen evden ayrılamadığı, ancak hiçbir zaman bir araya gelmedikleri anlaşılmaktadır. Eşlerin bu yaşam biçimleri ortak hayatı yeniden kurdukları şeklinde yorumlanamaz. Mahkemece boşanmaya karar verilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile davanın reddedilmesi yerinde değildir(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

477 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121.

478 Y 2 HD, 19.6.1991, 6070/9558(Gençcan, s. 637, dn. 2287); 3444 sayılı kanun madde gerekçesinde de şu ifadelere yer verilmiştir:"Bu fıkradaki ortak hayatın yeniden kurulmasındaki maksat karı-kocaya evlenmenin umumi hükümlerinde tanınan hakların kullanılması, yükletilen vazifelerin yerine getirmesini üstlenecek şekilde eşlerin bir araya gelmesidir. Fiilen ayrı yaşayan eşlerin zaruri sebeplerle, çocuklar yüzünden veya bazı münferit nedenlere dayalı olarak bir araya gelmesinin ortak hayatın yeniden kurulması anlamına gelmeyeceği açıktır."(ABD 1988, sayı:3, s. 375(Tutumlu, s. 1078'den naklen)).

479 Gençcan, s. 640.

480 Bkz. 17.12.2007, 3770/17648(Gençcan, s. 638, dn. 2291); Ancak Gençcan'a göre yatak birliği ortak hayatın kurulduğunun en büyük göstergesidir(Gençcan,s. 638).

481 Tutumlu, s. 1087; Öztan, (Boşanma), s. 727; Y 2 HD, 13.6.1995, 5770/6944(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

tebligatın usulüne uygun olup olmadığını dikkatle incelemeli, reddedilen boşanma davası kesinleşmemişse davayı reddetmelidir.[482]

1.10.2011 itibariyle yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK'nin 31/03/2011 tarih 6217 sayılı kanunun 30. maddesi ile değişik Geçici 3. maddesine göre Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî Gazete'de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunacağından boşanma davalarında verilen kararlara karşı temyiz süresi 15 gündür (1086 sayılı HUMK Md. 432/1).

Temyiz süresi kararın taraflara tebliğ edildiği günden başlar(6100 sayılı Md. HMK 91). Sürenin hesaplanmasında tebliğ yapılan gün hesaba katılmaz(HMK Md. 92). Tatil günleri süreye dahildir. Ancak müddetin son günü tatile rastlarsa tatilin ertesi gününe rastlayan günün mesai saatinin sonunda temyiz süresi biter(HMK Md. 93)

Bu ilkeler göz önünde bulundurularak yapılan hesaplama sonucu, boşanma davasını reddine ilişkin karar taraflarca temyiz edilmezse kesinleşmiş olacak ve 3 yıllık süre bu tarihten itibaren başlayacaktır. Süre, red kararı temyiz edilmiş ve onanmışsa, bu kararın taraflara tebliğinden itibaren 15 günlük karar düzeltme süresinin bitiminden itibaren hesaplanacaktır.[483] Red kararının temyiz edildiği, Yargıtay'ca esastan bozulduğu ve mahkemece de bu karara uyulduğu ihtimalde ise;

---

482 Y 2 HD, 22.3.2004, 2803/3621: "…Çan Asliye Hukuk Mahkemesi'nin ….esas …karar sayılı dosyasında gerekçeli kararın davalı kadına Tebligat Kanunu 21. maddesine göre tebliğ edildiği, tebligat parçasında davalının evde bulunmama sebebi belirtilmediği gibi, komşu imzasının da alınmadığı, yapılan karar tebliğinin geçersiz olup, kararın kesinleşmediği anlaşılmıştır. Davada TMK 166/son şartları oluşmadığı halde duruşmaya devamla yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."(Gençcan, s. 636, dn. 2282); Y 2 HD, 2.5.2002, 4969/5775: "…Davacı tarafından açılan …esas…karar sayılı dava ret edilmiş, kararı karşı davacı temyiz yoluna gitmiş, davalı temyiz etmemiştir. Karar Yargıtay'ca onanmış bu karar davacıya 27.1.1998 tebliğ edilmiş, karar düzeltme yoluna gidilmemek suretiyle 11.2.1998 tarihinde kesinleşmiştir. Yargıtay kararının davalıya tebliğ edilmemiş olması, kararın kesinleşmesine etkili olmaz. Zira temyiz yoluna gitmemiş olanın karar düzeltme istemede hukuki yararı olmadığından bu yolu kullanamaz. Bu yön dikkate alınmadan …esas sayılı davaya ait kararın kesinleşmediğinden söz edilerek davanın reddi doğru görülmemiştir."(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

483 Y 2 HD, 8.12.1994, 11159/12243(KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

uyma kararı sonucu boşanmaya karar verileceğinden, süre hesaplamasının önemi kalmayacaktır.

Ancak hâkim, boşanma davası ilk davanın reddedilmesinden itibaren üç yılın geçmesiyle açılsa bile, dava anında evlilik birliğinin kurulu olması dolayısıyla davayı reddedebilecek midir? Dural/Öğüz/Gümüş[484] bu durumda boşanma davasının açılamayacağını kabul etmek gerektiğini zira fıkradaki boşanma davasının dayandığı fikrin bunu gerektiğini belirtmektedir.

Burada önem taşıyan bir başka mesele de; eşlerden birinin açtığı boşanma davasında, hâkimin ayrılık kararı vermesi halinde, ayrılık süresi sona erdiğinde TMK'nin 166/4 uyarınca dava açılıp açılamayacağıdır.[485] Fıkrayı dar yorumlayarak, sadece boşanma davasının reddinin kesinleşmesinin önem taşıdığı, dolayısıyla ayrılık kararına bu fıkranın uygulanamayacağı ileri sürenler[486] bulunmakla birlikte maddenin dar yorumundan vazgeçerek, amaçsal yorum metodu ile fıkrayı yorumlamanın daha isabetli olacağını düşünenler de vardır.[487] Bizce de amaçsal yorumla hâkimin ayrılık kararı verdiği durumları da boşanmanın reddi olarak düşünmek ve ayrılık süresince bir araya gelememiş eşlere TMK 166/4'e dayanarak dava açma imkanı tanımak daha yerinde olacaktır.

TMK 166/4 hükmüne göre açılan davada hâkim üç yıllık süre şartının gerçekleştiğini tespit ederek işin esasına girdikten sonra, ortak hayatın yeniden kurulup kurulmadığı konusunda davacı ispat yükü altına girecektir.[488]Bu konuda

---

484 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121.

485 Davacının isteği veya hâkimin barışma ihtimali görmesi dolayısıyla " ayrılığa" hükmedilmiş ise, TMK Md. 172/2 uyarınca bu sürenin sonunda ortak hayat yeniden kurulamamışsa eşlerden her biri boşanma davası açabilir.

486 Hatemi/Serozan, s. 239.

487 Öztan, (Boşanma), s. 727, 728; Kocayusufpaşaoğlu EMK 134/son gereği açılmış bir davada hâkimin ayrılığa karar verip veremeyeceği sorusuna cevap ararken, Kanunkoyucunun bu hükümde öngörülen üç yıllık fiili ayrılığı, hiç değilse sürenin bitiminde doğacak sonuçlar açısından hakim kararı ile gerçekleşen ayrılık ile bir tutmakta olduğunu belirtmektedir.(Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 121).

488 Y 2 HD, 29.4.2004, 4358/5562: "…Davacıya delilleri sorulmadan fiili ayrılık süresinde evlilik birliğinin yeniden kurulmadığı kanıtlanmadan davacının iddiası esas alınmış, 3 yıl içinde ortak hayatın yeniden kurulamadığının sabit kabul edilerek, yazılı şekilde eksik tahkikat sonucu hüküm kurulması doğru değildir."(Gençcan, s. 647, dn. 2323); Öztan, davacının ispat yükünden bahsetmeyerek, evlilik birliğinin kurulduğunun ispatını davalı tarafa yüklemiş, bu husus ispat

davacı, tanık anlatımları, zabıta araştırması, nafaka, icra ve ceza dosyaları…gibi daha bir çok ispat aracına başvurabilecektir.[489]

Yer ve zaman gösterimli, somut olgu ya da olay içerikli ve görgüye dayanan ve birbiriyle çelişmeyen tanık anlatımlarının önemli bir delil olduğu gerçeği herkes tarafından bilinmekle birlikte, biz burada esas olarak eşler arasında görülen ve görülmekte olan nafaka, nafaka artırım davaları ile nafakanın tahsiline ilişkin icra dosyalarının ortak hayatın yeniden kurulamaması davalarındaki rolüne değinmek istiyoruz. Zira eşlerden birinin sürekli ve düzenli olarak tedbir ya da yoksulluk nafakası alması ve bu durumun da icra kayıtlarından kuşkuya mahal vermeyecek şekilde anlaşılması halinde, evlilik birlikteliğinin devam ettiğine ilişkin tanık anlatımlarına değer verilmeyecektir.[490] Eşlerden birinin birlikte yaşadığı ve ortak hayatı yeniden kurduğu eşi için icra veznesine nafaka yatırması ve bu paranın diğer eşçe alınması, hayatın olağan akışına uygunluk göstermeyeceğinden, hâkimin ilgili nafaka ve icra dosyalarını getirerek gerekli incelemeyi yapması gerekir.[491]

Davalı davacının iddia ettiği gibi, 3 yıldır bir araya gelmediklerini ve ortak yaşamın yeniden kurulamadığını kabul veya ikrar ederse, bu beyan ile fiili ayrılık vakıası ispat edilmiş sayılacak mıdır, yoksa TMK'nin 184/3 maddesi gözetilerek, davacıdan söz konusu vakıayı delil ile ispat etmesi istenecek midir?

Bu konuda Yargıtay 2 HD ile Yargıtay HGK'nin içtihatları arasında farklılık bulunmaktır. Şöyle ki, 2 HD kararlarına göre, fiili ayrılık olgusunun davacı tarafından delil ile kanıtlanması gerekir. Y 2 HD'nin 23.09.1993 tarih ve 7098/8174 sayılı kararında bu durum şöyle ifade edilmiştir: "Dava, Medeni Kanun'un 134/son (TMK. Md. 166/son) maddesine dayanılarak açılmıştır. Cevap layihasında, davanın reddi

---

edilemediği takdirde hakimin boşanmaya karar vereceğini belirtmiştir(Bkz. Öztan, (Değişiklikler), s. 135).

489 Ayrıntılı bilgi ve örnek Yargıtay kararları için bkz. Gençcan, s. 647 vd.

490 Y 2 HD, 24.1.2008, 5525-491: "Kocanın açtığı boşanma davası redle sonuçlanmış ve 20.12.2001'de kesinleşmiştir. Bu dosya ile kadına nafaka da takdir edilmiştir. Aradan üç yıl geçtikten sonra bu dava 4.2.2005'te açılmıştır. Kadın tarafından reddedilen boşanma davasındaki nafaka 10.1.2002'de icraya konulmuş, 3.9.2004 tarihine kadar nafaka tahsil edilmiş, takip devam edilmiştir. İcra takibine ilişkin bu bilgiler karşısında davalı tanıklarının aksi yöndeki beyanlarına değer verilemez…o halde davanın kabulü gerekirken reddi doğru olmamıştır."(Gençcan, s. 652, dn. 2344).

491 Gençcan, s. 653.

istenmiş, 9.3.1993 günlü duruşmada davalı vekili, "retle sonuçlanan boşanma davasından sonra eşler bir araya gelmemişler" demiştir. Boşanma davasında ikrarın kural olarak hakimi bağlayıcı olmadığı ve boşanma davasının delillerle kanıtlanması gerektiği göz önüne alınmadan; davalı vekilinin ikrarının HUMK 151/son maddesince davayı sonuçlandırıcı nitelikte bir ikrar olmadığı düşünülmeden boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."[492]

Yargıtay HGK ise, fiili ayrılık olgusuna ilişkin davalının veya vekilinin ikrar veya kabul beyanının hukuki sonuç doğuracağını benimseyerek, bu tür beyanları esas olarak boşanmaya karar veren ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Y HGK 15.3.1995 tarih, 2-26/171 sayılı kararına göre: "...Önce görülen şiddetli geçimsizlik hukuksal nedenine dayalı boşanma davasında verilen red kararı 12.2.1991 tarihinde kesinleşmiştir. Temyize konu dava ise redden itibaren ve 3 yıllık süre geçtikten sonra 25.2.1994 tarihinde açılmıştır. TMK'nin 134/son uygulamasında davanın kabul edilebilmesi için yasanın amaçladığı biçimde üç yılı aşan bir süre içerisinde müşterek hayatın yeniden kurulamaması, fiili ayrılık vakıasının gerçekleşmiş olması gerekir. Taraflar arasında temyize konu davadan önce açılıp görülen ve redle sonuçlanan iki boşanma davası ile üç nafaka davası mevcuttur. Bu dosyalar temyize konu davanın muhakemesi aşamasında getirilmiş durumdadır. 28.3.1994 günlü duruşmada davalı vekili açıkça "retle sonuçlanan boşanma davasından sonra eşler bir araya gelmemişlerdir, takdir mahkemenindir" demiş ve beyanı duruşma tutanağına aynen alınarak imzası ile teyit ettirilmiştir. Getirtilen, taraflar arasında önce görülüp kesinleşmiş dava dosyaları içeriği ve fiili ayrılık vakıasına ilişkin olarak davalı vekilinin aksi kanıtlanamayan beyanı karşısında TMK'nin 134/son maddesindeki koşulların gerçekleştiğinin kabulü gerekir."[493]

Tutumlu,[494] redle sonuçlanan davanın kesinleşmesinden itibaren üç yıl boyunca evlilik birliğinin yeniden kurulamadığı, eşlerin bir araya gelmediği vakıasının her iki tarafça ifade ve kabul edilmesine rağmen, davacıyı delil ile ispata zorlamanın TMK'nin 184/3. maddesinin şekli ve katı bir yorumu anlamına geleceğini

492 (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

493 (KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

494 Tutumlu, s. 1096.

ve bu durumun TMK'nin 166/4 maddesinin amacına uygun düşmeyeceğini düşünmektedir.

3. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açması

Yukarıdaki şartlar gerçekleştiği takdirde eşlerden herhangi biri dava açarak boşanma isteminde bulunabilecektir. Daha önce reddedilen davada davacı ya da davalı olmak, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ya da ortak hayatın kurulamamasında kusurlu ya da kusursuz olmak davayı açmak yönünden önem arzetmez.[495]

Davalı eşin, TMK166/1'e dayalı olarak açılan boşanma davasındakinin aksine burada davacı eşin daha kusurlu olduğu yönünde bir def'i hakkına sahip olmaması karşısında; boşanmaya yol açan olguların sorumlusu olan eşin daha önce açtığı boşanma davası reddedildikten sonra, yine kendisi ortak hayatı kurmaktan kaçınsa dahi üç yıllık sürenin sonunda yeniden bir boşanma davası açabileceği söylenebilir. Hatta eğer tüm şartlar gerçekleşmişse hâkim de boşanma kararı vermek zorundadır.[496]

Doktrinde bu hükmün yerindeliği tartışma konusu olmuş, hüküm bir kısım yazarlar tarafından ciddi şekilde eleştirilmiştir.[497]

Dural/Öğüz/Gümüş[498] bu hükmün yerinde olmadığına ilişkin görüşlerini şöyle ifade etmiştir: "Doğrusu bu hükmün yerinde olup olmadığı tartışılabilir. Çünkü bir ölçüde boşanmaya sebep olan olaylarda kusurlu olan eşe prim verilmektedir. Şöyle ki, daha kusurlu, örneğin zina yapan eşin daha önce TMK 166/1'e göre açtığı dava, davalının, onun daha kusurlu olduğu def'ini ileri sürdüğü için reddedilmesinden sonra zina yapan eş, üç yıl bekleyip, TMK 166/4'e göre dava açarak, boşanmayı elde edebilir.

---

495 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121; Oğuzman/Dural, s. 131; Bkz. Y 2 HD, 8.1.1990, 1989/9499 E., 1990/25 KAZANCI BİLİŞİM, İÇTİHAT BANKASI).

496 Oğuzman/Dural, s. 131.

497 Hatemi/Serozan bu hükmü yerinde bulmaktadır(Bkz. Hatemi/Serozan, s. 239).

498 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 121, 122.

Tekinay[499] da benzer şekilde, ne kadar haksız ve kusurlu olursa olsun boşanmak isteyen tarafa, sadece belli bir sürenin geçmesi üzerine, mutlak olarak boşanma imkanı sağlayan bu hükmün ülkemizde kocanın keyfi olarak karısını boşayabilme geleneğini canlandıracağına ilişkin endişelerini dile getirmiş, hatta bu hükmün Anayasanın 41/2 maddesine aykırı olduğunu belirtmiştir.[500]

Öztan[501] ise yerleşik içtihatlarında, davacı eşin sırf kendi kusuruna ve TMK 166/1, 2 fıkrasına dayanarak açtığı davaları reddeden Yargıtay'ın; aynı kişinin(tamamen kusurlu eşin) TMK 166/4 fıkrasına göre açacağı davayı kabul ettiğini, her iki fıkranın uygulanmasında da aynı ilkenin benimsenmesi gerektiğini belirtmiştir. Ona göre kendi haksız fiiline dayanan bir kimsenin kendisi için elverişli bir durum yaratmasının hükme bağlandığı bu fıkra TMK Md. 2/2 gözönünde bulundurularak yorumlanmalı, tüm şartların varlığına rağmen, çok istisnai durumlarda-çocuklar ve kadın söz konusu olduğunda- taraflardan birinin talebine

---

499 Tekinay, s. 196, 197.

500 AM, 8.4.1997 tarih, 1997/22 E., 1997/44 K. sayılı kararıyla 743 sayılı "Türk Kanunu Medenisi"nin 3444 sayılı Yasa ile değişik 134. maddesinin son fıkrasının, Anayasa'ya aykırı olmadığına karar vermiştir. Karara göre: "Anayasa'nın "Ailenin korunması" başlıklı 41. maddesinde, aile Türk toplumunun, temeli sayılmış; Devletin, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli önlemleri alacağı ve örgütleri kuracağı belirtilmiş, böylece aile kurumu anayasal güvenceye bağlanmıştır. Maddenin gerekçesinde de, "... ailenin korunması fikrinin her şeyden önce Medenî Yasa anlamında evliliklerin kurulmasını kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir... Millet hayatı bakımında aile kutsal bir temeldir. Bu nedenle, Devlet ailenin refahını ve huzurunu koruyacaktır" denilmektedir. Medenî Yasa'da yapılan değişiklik sonucu, itiraz konusu kurala göre, herhangi bir boşanma nedenine dayanmak suretiyle açılan davanın reddedilip kesinleşmesinden başlayarak üç yıl içerisinde eşlerin evlilik birliğini devam ettirmek amacıyla bir araya gelmemeleri durumunda eşlerin her birine boşanma davası açma hakkı tanınmaktadır. Aile hukukundaki yeni görüşlere göre Yasa'da belirlenen süre kadar, eşler ayrı yaşamış ve bir araya gelememişlerse, evlilik birliğinin tekrar kurulamayacak ölçüde sarsılmış olduğu kabûl edilir. Kimi ülkeler, yasalarında 1974 yılından başlayarak ayrılık sürelerini bir ile on yıl kabul ederek bu yönde değişikliklere gitmişlerdir. Zaman içinde değişen toplumsal gereksinmeleri karşılamak, kişi ve toplum yararının zorunlu kıldığı düzenlemeleri yapmak, toplumdaki değişikliklere koşut olarak bu yönde alınan önlemleri güçlendiren, geliştiren, etkilerini daha çok artıran ya da tam tersine bunları hafifleten veya tümüyle ortadan kaldıran işlemlerde bulunmak yetkisi, Yasakoyucunun görevidir. İtiraz konusu kuralla, boşanmaya karar verilebilmesi için, eşlerden birinin evlilik birliğini devam ettirmeme kararında olması, boşanma davasının reddinden sonra üç yıl bir araya gelmemeleri koşulları getirilmiştir. Reddedilip kesinleşen bir boşanma davasından sonra eşlerin bir araya gelmemeleri için öngörülen üç yıllık süre Yasakoyucunun takdir alanına girmektedir. Üç yıllık sürenin geçmesine karşın eşlerin bir araya gelememesi ve evlilik birliğini sürdürememeleri durumunda, aile birliğinin korunması yönünden kişisel ve toplumsal bir zararın varlığından söz edilemez. Bu nedenle, itiraz konusu kural Anayasa'nın 41. maddesine aykırı görülmemiştir."(http://www.anayasa.gov.tr/index.php?l=manage_karar&ref=show&action=karar&id=1338&content=, erişim tarihi: 11.3.2012).

501 Öztan, (Boşanma), s. 728; Öztan, (Değişiklikler), s. 137.

rağmen hâkime evliliği sona erdirmeme yönünde yetki verilerek bu hüküm esnekleştirilmelidir.[502]

Bizce eşler üç yıl süre içerisinde kısa süreli de olsa bir araya gelmemişlerse, gerek şekli gerekse esas olarak son bulmuş bir evliliği devam ettirmenin gerek fertler gerekse de toplum açısından bir getirisi olmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında ise, konulan hükmün yerinde bir hüküm olduğu ortaya çıkmaktadır.

[502] BGB Pr. 1568'deki benzer nitelikteki hüküm için bkz. yukarıda s. 44.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

BOŞANMA YARGILAMASINA İLİŞKİN USUL KURALLARI VE UYGULAMADAKİ SORUNLAR

I. BOŞANMA DAVALARINDA UYGULANACAK OLAN USUL KURALLARI

A. Genel Olarak

Aile Mahkemeleri Kanunu(AMK)'de, aile mahkemelerinde hangi yargılama usulünün uygulanacağı açıkça ifade edilmemiştir. Bununla birlikte TMK'nin aile hukukuna ilişkin ikinci kitabında da aile mahkemelerinde hangi yargılama usulünün uygulanacağı konusunda açıklık yoktur. Bu nedenle aile mahkemelerinde uygulanacak yargılama usulünü HMK'ye göre tespit etmek gerekecektir. Bu bağlamda, AMK'ın 2. maddesinde belirtildiği üzere, aile mahkemeleri, asliye hukuk mahkemesi derecesinde kurulduklarından, bu mahkemelerde uygulanacak yargılama usulünün HMK'nin yazılı yargılama usulüne ilişkin hükümlere göre belirleneceği sonucuna varmak mümkündür.[503]

Bu sonuca AMK'ın 7/2 maddesinin "Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medeni Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır." hükmünden de ulaşılabilir.

Bu hüküm doğrultusunda aile mahkemelerinde görülen boşanma davalarında uygulanacak yargılama kurallarını ayrı ayrı başlıklar altında incelemeye başlamadan önce, özellikle aile hukukundan doğan uyuşmazlıkların nitelikleri göz önünde bulundurulduğunda aile mahkemesinin önüne gelen dava ve işlerde uygulayacağı yargılama usulü açısından özel bir önem taşıyan, medeni yargılama hukukuna hakim olan ilkelere genel olarak değinmekte yarar görüyoruz.

---

503 Tercan, Erdal: "Türk Aile Mahkemeleri", AÜHFD, sayı:3, Ankara, Mart 2003, s. 43.

B. Tasarruf İlkesi- Re'sen Hareket İlkesi

Medeni Usul Hukukumuzda kural olarak geçerli olan tasarruf ilkesi; genel anlamda tarafların yargılamanın başlangıcını, konusunu ve sona ermesini belirleyebilmeleri, dava konusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeleri, hakimin tarafların talepleri ile bağlı olması anlamına gelir.[504]

HMK'nin "Yargılamaya Hakim Olan İlkeler" başlıklı Birinci Kısmındaki Md. 24'e göre: "Hakim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder."

Medeni Usul Hukukunda davanın kendiliğinden açılamayacağına ilişkin kuralın istisnası bulunmamaktadır.[505] Nitekim boşanma davaları açısından da hakim kendiliğinden eşler adına boşanma davası açamayacak ve davaya bakamayacaktır. Boşanma sebepleri gerçekleşse bile, kusursuz eş boşanma davası açmaya zorlanamayacaktır.[506] Oysa taraf iradesine öncelik verilmesi ve tarafın talebinin esas alınması, sadece davanın açılmasında değil, yargılama sırasında da kendini gösterir. Ancak boşanma davalarında davanın açılmasından sonra kamu yararı gereği re'sen hareket ilkesinin de uygulama alanı bulduğu, tasarruf ilkesine re'sen hareket ilkesi ile çeşitli sınırlamalar getirilmiş olduğu söylenebilir.[507]

Şöyle ki; davanın kabulü hâkimi bağlamaz. Boşanma davalarında sulh olunarak uzlaşma yoluna gidilemez, ancak boşanmanın fer'i sonuçlarına ilişkin olarak

---

504 Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 245; Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 16. baskı, Ankara 2005, s. 399.

505 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 248; İstisnai olarak (özellikle aile mahkemesinin görev alanı içine giren) bazı konularda kamu yararı düşüncesiyle devlet adına cumhuriyet savcısına da dava açma yetkisi tanınmışsa da, bu mahkemenin kendiliğinden bir uyuşmazlığı çözdüğü anlamına gelmez(Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 247).

506 Petek, Hasan: "Medeni Usul Hukukunda Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları", İzmir Barosu Dergisi, S. 3, 2000, s. 12.

507 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 400, 401.

geçerliliği hâkimin onayına bağlı sözleşmeler akdedilebilir.[508] Tarafların ikrarı hâkimi bağlamaz.[509] Yemin boşanma davalarında kesin delil niteliğini haiz değildir.[510]Dava açılarak boşanma talep edilmiş olsa bile, hâkim eşler arasında barışma ümidi gördüğü ve evlilik birliğinin devam edebileceğine ilişkin bir kanaate sahip olduysa, o takdirde, re'sen hareket ilkesi gereğince, tarafların boşanma taleplerine rağmen, ayrılığa hükmedebilecektir.[511] Özellikle çocuklar hakkında önemli bir takdir yetkisine sahip olan hakim, çocuğun çıkarları neyi gerektiriyorsa, eşlerin talepleri ile bağlı olmaksızın karar verir.[512]

C. Taraflarca Getirilme İlkesi- Araştırma İlkesi

Dava malzemelerinin mahkemeye kimin tarafından getirileceği, davanın temelini oluşturan vakıaların ve delillerin temini hakkındaki sorumluluğun nasıl dağıtılacağı hukuk politikası ile ilgili bir sorundur. Bu konuda "kendiliğinden araştırma ilkesi" ile "taraflarca getirilme ilkesi" adı altında iki temel ilkenin bulunduğu söylenebilir.[513]

Taraflarca getirilme ilkesine göre, iddia ve savunmanın dayanağı olan olayların ve delillerin taraflarca mahkemeye bildirilmesi gerekir. Dava malzemelerinin mahkemeye tam olarak getirilmesi sorumluluğunu taraflara yükleyen, hakime ancak tarafların dava için öne sürmüş oldukları olaylar ve delilleri inceleme yetkisi veren bu ilke, tasarruf ilkesinin doğal bir tamamlayıcısıdır.[514]

---

508 Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 166.

509 Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 162.

510 Ayrıntılı bilgi için bkz. aşağıda s. 161.

511 TMK Md. 170 hükmüne göre, boşanma sebebi ispatlanmış olursa, hâkim boşanmaya veya ayrılığa karar verir. Dava yalnız ayrılığa ilişkinse, boşanmaya karar verilemez. Dava boşanmaya ilişkinse, ancak ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı bulunduğu takdirde ayrılığa karar verilebilir. Ancak, eğer eşler ayrılık davası açmış ve ayrılık talep etmişlerse, o takdirde hâkim boşanmaya karar veremeyecek ve tarafların ayrılık taleplerine ilişkin bir karar verecektir(Petek, s. 14).

512 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 248.

513 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 250.

514 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 401.

Medeni usul Hukukumuzda asıl olarak geçerli olan ilke taraflarca getirilme ilkesidir.[515]HMK'nin "Taraflarca Getirilme" başlıklı 25. maddesine göre: " Kanunda öngörülen istisnalar dışında, hâkim, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamaz ve onları hatırlatabilecek davranışlarda dahi bulunamaz. Kanunla belirtilen durumlar dışında, hâkim, kendiliğinden delil toplayamaz." Ancak hakimin bilirkişi ve keşif delillerine kendiliğinden başvurabilme imkanı vardır.[516]

Dava malzemesinin hazırlanmasında taraflar yanında hakimin de görevli olduğu taraflarca getirilme ilkesinin karşıtı olan ilke ise kendiliğinden araştırma ilkesidir.[517]Bu ilkenin uygulandığı kamu düzenine ilişkin davalarda tarafların talepleriyle bağlı olmayan hakim, kendisi de vakıa araştırabilir, delilleri inceleyebilir.[518] Bu ilkenin uygulandığı davalarda hakimin kararını tarafların bildirmiş oldukları vakıalara dayandırabilmesi için, onların varlığına kanaat getirmiş olması lazımdır.

Boşanma davalarında kural olarak, dava malzemesinin getirilmesine ilişkin olarak uyuşmazlığın tarafları sorumludur ve dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesi yargılamaya yön vermektedir. Buna göre, hâkim, tarafların bildirmediği vakıaları kendiliğinden inceleyemez ve onları hatırlatacak imalarda dahi bulunamaz.[519] Örneğin, terk sebebiyle açılmış bir boşanma davasında, hâkim, terk süresince eşin zina yapıp yapmadığını kendiliğinden araştıramaz, fakat evi terk etmesine, eşi tarafından dövülmesinin etkisinin bulunup bulunmadığını araştırmakla görevli olması gerekir.[520]

Kural olarak, hâkim uyuşmalığın tarafları arasında çekişmeli olmayan hususları araştırmaz, zira bu hususlar çekişmeli olmadıklarından dolayı kesinlik kazanmışlardır ve hâkim bu vakıaların doğru olduğu kanısından hareket etmek

---

515 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 250.

516 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 402.

517 Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 402.

518 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 255.

519 Petek, s. 30.

520 Petek, s. 30.

zorundadır.[521] Ancak boşanma davalarında bu genel kural uygulama alanı bulmaz. Taraflar bir konu üzerinde görüş birliğine varmış olsalar dahi, hâkim söz konusu bu vakıaları araştırmakla yükümlüdür.[522]

Boşanma davalarında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin sınırlı bir şekilde uygulandığı söylenebilir.[523] Şöyle ki her ne kadar TMK Md. 184/bent 1 hükmü ile aile mahkemesi hakimi, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe bunları ispatlanmış sayamayacak ise de; boşanma sebeplerinde herhangi birisinin varlığıyla açılan boşanma davası reddedildikten sonra, kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun müşterek hayatın yeniden kurulamadığı durumlarda taraflardan birinin istemi üzerine hakimin boşanmaya karar vermek zorunda olmasına ilişkin hüküm göz önünde bulundurularak, boşanma davasının ne tam olarak kendiliğinden araştırma ilkesi ne de tam olarak taraflarca getirilme ilkesinin mutlak olarak uygulandığı bir dava olduğu sonucuna varılabilir.[524]

D. Teksif İlkesi

Usul ekonomisi ile yakından ilgili olan bu ilke gereğince taraflar bütün iddia ve savunma nedenlerini, belli bir usul kesitine kadar ileri sürmelidir.[525] Tarafların belli bir usul kesitine kadar iddia ve savunmalarını ileri sürmeleri ve bu belirlenen kesit sona erdikten sonra ise, iddia ve savunmaların ileri sürülememesini ifade eden teksif ilkesi, Türk yargılama hukukunda uygulama alanı bulmaktadır. Şöyle ki; HMK Md. 141'e göre: "Taraflar, cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleri ile serbestçe; ön inceleme aşamasında ise ancak karşı tarafın açık muvafakati ile iddia veya savunmalarını genişletebilir yahut değiştirebilirler. Ön inceleme duruşmasına taraflardan biri mazeretsiz olarak gelmezse, gelen taraf onun muvafakati

521 Petek, s. 31.

522 Petek, s. 31.

523 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 255; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 403.

524 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 256.

525 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 256; Alagonya, Yavuz/ Yıldırım, Kâmil/ Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2006, s. 204.

aranmaksızın iddia veya savunmasını genişletebilir yahut değiştirebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. İddia ve savunmanın genişletilip değiştirilmesi konusunda ıslah ve karşı tarafın açık muvafakati hükümleri saklıdır."

Görüldüğü üzere; taraflar dayandıkları vakıaları davanın başında, en geç cevaba cevap ve ikinci cevap dilekçeleriyle ileri sürmek zorundadırlar. Daha sonra yeni vakıaların ileri sürülmesine karşı taraf açıkça izin vermezse, hakim yeni vakıaları inceleyemeyecektir. Öte taraftan Kanunkoyucu, tarafların hak kaybına uğramalarını önlemek üzere teksif ilkesini yumuşatmış ve bu ilkeye "ıslah" kurumuyla önemli bir istisna getirmiştir.[526]

Yargıtay da tarafların boşanma ve ayrılık davalarında davayı ıslah edebilecekleri görüşündedir.[527] Buna göre, taraflar ıslahla dilekçelerinde belirttikleri vakıaları bu anlamda boşanma sebebini değiştirebilecekleri[528] gibi, talep sonucunu da değiştirebilirler.[529]Ancak bozmadan sonra, tarafların ıslah isteminde bulunmalarına imkan yoktur.[530]

Yargılamanın sürüncemede kalmasını önlemek ve mahkemelerin yükünü azaltmak için getirilmiş olan bir diğer düzenleme de HMK Md. 240'de yer alan ikinci delil listesi verme yasağıdır.[531] Bu hükme göre tanık gösteren taraf, tanık dinletmek istediği vakıayı ve dinlenilmesi istenen tanıkların adı ve soyadı ile tebliğe elverişli adreslerini içeren listeyi mahkemeye sunar. Bu listede gösterilmemiş olan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir liste verilemez.

---

526 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 258.

527 Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 17, 25, 28.

528 Gençcan, s. 1481.

529 Boşanma davasının ıslahla tedbir nafakasına dönüştürülebileğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. Gençcan, s. 1481.

530 Y 2 HD, 18.12.2008, 17857/17257: "…Bir davanın soruşturulması ve yargılaması sonunda verilen hükmün Yargıtay'ca bozulmasından sonra, tarafların ıslah isteminde bulunmalarına imkan olmadığı 4.2.1948 gün ve 10/3 sayılı İBK ile kabul edilmiştir. Bu durumda bozmadan sonra ıslah yapılamayacağı göz önüne alınmadan, ıslah isteminin kabulü ile akıl hastalığından dolayı boşanma hükmü kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir."(Gençcan, s. 1482, dn. 898).

531 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 498.

Kamu düzenine ilişkin olarak getirilmiş olan ikinci delil listesi verme yasağı taraflarca hazırlama ilkesinin uygulandığı davalar içindir, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda ikinci bir tanık listesi verilebilmelidir.[532]

Boşanma davalarında hakime davanın dayandığı olgulara vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış saymama(TMK Md. 184) hükmü nedeniyle ikinci bir tanık listesinin verilmesi uygun olacaktır, çünkü ancak bu şekilde maddi gerçeğe ulaşılabilir.[533]Ancak Yargıtay boşanma ve ayrılık davalarında delil listesinde yer almayanların tanık olarak dinlenemeyeceği gibi ikinci bir tanık listesi verilemeyeceğini düşünmektedir.[534]

E. Alenilik İlkesi

Bu ilkeye göre yargılama herkese açıktır; kural olarak gizli yapılamaz.[535] HMK Md. 28'e göre duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir. Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut resen mahkemece karar verilebilir.[536]

Bu ilke, kamunun yargı erkine olan güvenini kuvvetlendirici rol oynamakta, yargının objektifliğinin sağlanması kontrol edilmektedir.[537]Taraflar açısından da davanın tarafları dışındaki üçüncü kişilere de davayı izleme hakkı tanınması ile yalan beyanın engellenmesi amaçlanmışsa da günümüzde taraflar dışında dava ile ilgilenen

---

532 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 498.

533 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 498, Petek, s. 34.

534 Y 2 HD, 18.02.2008, 4817/1686: "…Davacı tarafından …tarihli delil listesinde yer almayan kimseler tanık olarak dinlenemez ve ikinci bir şahit listesi verilemez.(HUMK Md. 274) Birinci tanık listesinde yer almayan Aysel ve Zelal'ın dinlenmesi ve beyanlarının değerlendirilmesi usul ve yasaya aykırıdır."(Gençcan, s. 1491, dn. 941).

535 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 280.

536 Anayasal temel için bkz. Anayasa Md. 141.

537 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 280.

insan sayısının pek az olması sebebiyledir ki, bu ilke her zaman yalan beyanı engelleyecek nitelikte değildir.[538]

Duruşmaların aleni olarak yapılacağı ilkesi boşanma davalarında da geçerlidir. Buna göre, davanın tarafı olsun ya da olmasın, üçüncü kişiler boşanma yargılamasını izleyebileceklerdir. Ancak, eğer bir boşanma davası genel ahlaka veya kişilerin şeref ve haysiyetlerine dokunur nitelikte ise, söz konusu boşanma davasının gizli yapılmasına hâkim karar verebilecektir. Bu durumda, boşanma yargılamasının gizli olarak yapılması, aleniyet ilkesine zarar vermeyecektir.[539]

F. Doğrudanlık İlkesi

Doğrudanlık ilkesi, yargılamanın araya başkaca bir makam ya da kişi girmeden kararı verecek mahkeme önünde ve onun tarafından yürütülmesi ve karar verilmesi anlamına gelir.[540] HMK Md. 197'ye göre kanunda belirtilen hâller dışında, deliller davaya bakan mahkeme huzurunda, mümkün olduğu kadar birlikte ve aynı duruşmada incelenir. Zorunlu hâllerde, bazı delillerin incelenmesi başka bir duruşmaya bırakılabilir.

Hâkimin dava malzemesini üçüncü bir kişi araya girmeden incelemesi, değerlendirmesi ve karar vermesini ifade eden doğrudanlık ilkesi de boşanma davalarında uygulama alanı bulacaktır.

Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirebilmesi ve doğruluğuna vicdanen kanaat getirebilmesi hususunda özel bir önem taşıyan bu ilke, gerçeğin tespiti ve maddi gerçeğe ulaşılması bakımından önem taşımaktadır.[541]

---

538 Yıldırım, Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s. 97.

539 Petek, s. 35.

540 Pekcanıtez/Atalay/Özekes, s. 262.

541 Petek, s. 38.

II. TARAF EHLİYETİNE İLİŞKİN SORUNLAR

A. Genel Olarak

Taraf ehliyeti, medeni(maddi) hukuktaki hak (medeni haklardan yararlanma) ehliyetinin usul hukukundaki karşılığını oluşturur.[542] TMK gereği hak ve borçlara ehil olan gerçek ve tüzel kişiler, davada taraf olma ehliyetine de sahiptirler. Taraf ehliyeti dava şartlarındandır. Tarafların, taraf ehliyetine sahip olmaları, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden araştırılan, giderilemediği takdirde davayı "dava şartı yokluğundan usulden red"de götürebilecek bir husustur.[543]

Boşanma davalarında sadece eşler birbirlerine karşı dava açabilirler. Burada evliliğin butlanı ya da evlatlık ilişkisinin kaldırılması gibi kamu düzenini ilgilendiren davalarda olduğu gibi, Cumhuriyet Savcısının, ilgililerin veya yasal temsilcinin dava açma imkanı yoktur.[544]

Taraf ehliyetine genel boşanma sebepleri açısından bakıldığında, ister genel boşanma sebebi olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması halinde, isterse eşlerin anlaşması veya ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde olsun, eşlerin her ikisinin de kusur durumları göz önünde bulundurulmaksızın dava açma hakkının bulunduğu görülür.[545] Ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan, şiddetli geçimsizliğin doğmasında daha fazla kusurlu olan eşin açmış olduğu boşanma davasında davalı eşin TMK Md. 166/2 gereğince itiraz hakkına sahip olduğu hususu da unutulmamalıdır.[546]

Doktrinde genel olarak kabul edilen tanıma göre; başkasına devredilemeyen, miras yoluyla geçmeyen, hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren, bizatihi mali bir değer taşımayan ve kural olarak yasal temsilci tarafından kullanılmayıp, bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gereken haklara kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar

---

542 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, s. 260; HMK Md. 50: "Medenî haklardan yararlanma ehliyetine sahip olan, davada taraf ehliyetine de sahiptir."

543 Bkz. HMK Md. 114, 115.

544 Akıntürk/ Karaman, s. 277.

545 Kusurun dava şartı olup olmadığına ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 60 vd.

546 Davalı tarafa tanınan bu hakkın hukuki niteliği ve ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 64 vd.

denir. Tanımdan da anlaşılacağı üzere, doktrinde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların bizzat hak sahibi tarafından kullanılması gerektiği ve bu nedenle de yasal temsilci tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı kabul edilmektedir.[547]

Kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğu için, bizzat kullanılması gereken boşanma davasında taraf olma ehliyeti, tarafların ölümüyle son bulur.[548] Mirasçıları, ölen eş adına diğer eşe dava açamayacakları gibi; sağ kalan eş tarafından da ölen eşin mirasçılarına karşı boşanma davası açılmaz. Eşlerden birinin ölümünden sonra boşanma davası açılmışsa dava şartı bulunmadığından açılan dava reddedilmelidir.[549] Benzer şekilde boşanma davası devam ederken davacı veya davalı ölürse evlilik birliği yine ölümle sona erdiğinden, boşanma davasının konusu kalmadığından hakimin "dava konusuz kaldığından esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına" karar vermesi gerekir.[550] Zira, görülmekte olan bir davada taraflardan birinin ölmesi durumunda davaya mirasçılarla devam edilmesi şeklindeki genel kural[551] boşanma davalarında uygulanmamaktadır.

Ancak TMK Md 181/2 hükmü boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarından birine davaya devam etme ve davalının kusurunu ispatlayarak davalı eşin mirasçılık haklarını sonlandırabilme yetkisi vermektedir. Ölüm zaten evliliği sona erdireceğinden, ölen davacının mirasçısının devam ettireceği bu davanın niteliği, bu hakkın davalı tarafa da tanınıp tanınmadığı hususları önem arzetmektedir.

---

547 Dural, Mustafa/Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2010, s. 144; Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2008, s. 66, 67.

548 TMK Md. 28/1: "Kişilik, çocuğun sağ olarak tamamıyla doğduğu anda başlar ve ölümle sona erer."

549 Gençcan, s. 1287.

550 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 262.

551 6100 sayılı HMK Md. 55: "Taraflardan birinin ölümü hâlinde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Bununla beraber hâkim, gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir."

B. Taraflardan Birinin Ölmesinin Davaya Etkisi, Davanın Mirasçılarla Sürdürülmesi

TMK'nin 181. maddesine göre: "Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal temsilcisi olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler. Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması halinde de bu hüküm uygulanır."

TMK 181. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesinde şu açıklamalara yer verildiği görülmektedir: "…Maddenin ikinci fıkrasında, boşanma davası devam ederken, davacı eşin ölümü halinde davalının buna rağmen mirasçı olabilmesi belli koşullar altında engellenmektedir. Buna göre ölen davacının mirasçılarından herhangi birisinin davayı devam ettirmesi ve davalının kusurlu olduğunun sabit olması halinde, davalı eş birinci fıkra hükmünde olduğu gibi davacıya mirasçı olamayacaktır. Davacı eşin ölümü halinde evlilik kendiliğinden son bulur. Bu nedenle davacının ölümüne rağmen, mirasçılardan birinin davaya devam ettirdiği bu dava, eşlerin boşanmasına yönelik olmayacak, devam edilen bu davada boşanmada davalının kusurlu olup olmadığı karar bağlanacak, hangi eşin kusurlu olduğu saptanacaktır. Bu durum özellikle zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılmış boşanma davasında davacının ölümü halinde bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına da neden olabilecektir. İşte bu haksız durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır."[552]

Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarından birisinin davaya devam etmesi durumunda evlilik ölüm nedeniyle sona ermiş olduğundan "konusuz kalan boşanma davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde

---

552 Gerekçe, s. 373; Benzer düşünceler için bkz. Gürdoğan, Burhan: "Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 209.

hüküm kurulup kusur tespiti yönünde olumlu ya da olumsuz bir karar vermek gerekir.[553]

Mahkemece verilecek hükmün hukuki niteliğinin ne olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Baskın görüş, hakimin vereceği hükmün davalı sağ kalan eşin kusur durumunun tespitine ilişkin olacağını kabul etmektedir.[554]

Farklı olarak Doğan[555] açıkça TMK 'nin Md. 181/2 maddesi çerçevesindeki bir davada verilecek kararın davalı eşin mirasçı olamayacağı hükmünü de içermesi gerektiği bu anlamda hakimin vereceği hükmün tespit hükmünden öteye geçmesi gerektiğini savunmuştur.

Burcuoğlu[556] da olağan bir boşanma davasında mahkemece boşanmaya karar verildiğinde, nasıl bu karar kendiliğinden ve ayrıca hüküm verilmesine gerek olmaksızın, eşlerin birbirlerine mirasçılığına son veriyor ve yapılmış olan ölüme bağlı tasarrufları geçersiz kılıyorsa, 181. maddenin 2. fıkrası uyarınca verilen karara da aynı sonuçların bağlanmasının yadırganmaması gerektiğini belirtmiş, davalının kusurlu olduğunun tespitinin, onun mirasçılığını da engellemesinin mümkün olduğuna değinmiştir.

Yargıtay'ın, ölen davacının mirasçısının TMK Md. 181/2'de düzenlenen hakkını kullanırken talebinin davalının boşanmada kusurlu olduğunun tespitinden ibaret olduğu,a bunun yanında davalının da mirasçı olamayacağının da tespitinin

---

553 Y 2 HD, 16.01.2008, 2674/185: "….Davanın devamı sırasında davacı koca ölmüştür. Evlilik ölüm nedeniyle sona ermiştir. Konusuz kalan boşanma davası hakkında karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulup kusur tespiti yönünde karar vermek gerekirken, yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı bulunmuştur."(Gençcan, s. 1318, dn. 216).

554 Bkz. Öztan, (Yeni Aile), s. 463; Akıntürk/Karaman, s. 293, Dural/Öğüz/Gümüş, s. 134 vd.

555 Doğan, İzzet: "Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı(TMK 181. Madde)" Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2006, s. 1032.

556 Burcuoğlu, Haluk: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası ile İlgili Gözlemler", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 383.

istenemeyeceği şeklindeki kararlarına rağmen[557] daha sonra bu görüşünden döndüğü söylenebilir.[558]

Gerekçede örnek mahiyetinde sayılan zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürme bir kenara bırakılırsa, ölen davacının açtığı dava kusur konusunun tartışılmasına gerek olmayan bir boşanma sebebine dayandırıldığında, anlaşmalı veya ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davalarında dava sürecinde henüz karar kesinleşmeden davacının ölmesi halinde, davacı mirasçılarının davalının ağır kusurlu olduğunun tespitini isteme ve bu yolla davalının davacıya mirasçı olmasını engelleme imkânlarının olup olmadığı hususu tartışmalıdır.

Yargıtay 2. HD. , 11.5.2004, E. 2004/3103, K. 2004/6104[559] sayılı oyçokluğu ile alınan bir kararında davacı mirasçılarının bu imkândan yararlanabileceklerine değinmiştir. Bu kararın karşı oy yazısı ise: "…Türk Medeni Kanununun 166/son maddesiyle ilgili davada öncelikli koşul üç yıllık fiili ayrılık süresinin geçmesi ve bu süre içerisinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır. Boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının araştırılması söz konusu değildir. Önceki dava reddedilmiş bu davada davalı kadının kusurlu olmadığı kabul edilmiş ve karar kesinleşmiştir. Davacı koca Türk Medeni Kanunun 166/ son maddesi uyarınca açtığı bu davada üç yıllık fiili ayrılık süresinin dolması nedenine dayanmış, davalı kadının kusurlu olduğuna ilişkin bir iddiaya yer vermemiştir. Ölümü üzerine davaya devam eden mirasçılarının kocanın boşanma nedeni yapmadığı olaylara dayanarak kadının kusurlu olduğunu kanıtlama olanakları bulunmamaktadır. Kusur durumuna ilişkin tanıkların dinlenmesi sonuca etkili olmayacaktır. Bu nedenle yerel mahkeme kararının onanması gerektiği düşüncesiyle sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum."şeklindedir.[560]

---

557 Y 2 HD, 14.2.2005, 497/2038: "…Mahkeme, davalının kusur durumunun tespiti ile yetinilmesi gerekir ise de; görev aşılarak yasal mirasçı olamayacağının da tespitine karar verilmesi doğru bulunmamıştır."(Gençcan, s. 1318, dn. 219).

558 Gençcan, s. 1328.

559 (KAZANCI BİLİŞİM İÇTİHAT BANKASI).

560 Gençcan, s. 661, dn. 2387'den naklen.

Burcuoğlu,[561] Yargıtay 2 HD çoğunluğunun görüşünün daha doğru olduğu kanaatindedir. Zira TMK 181/2 ile ölen davacının mirasçısına doğrudan özel bir hak tanınmakta, mirasçı burada külli halef sıfatıyla hareket etmemekte, doğrudan kendisine tanınan hakkı kullanmaktadır. Davacının ölümü ile her ne kadar hükmün metninde davaya devamdan söz ediliyorsa da, mirasçının bu hüküm uyarınca talebinin boşanma ile ilgili olmadığı dikkate alındığında, ölen davacının açtığı boşanma davasının dayandırıldığı sebebin önemli olmayacağı sonucuna varılacaktır. Kaldı ki, hükmün metninde boşanma davaları arasında bir ayrım yapılmamıştır.

Aksi görüşte olarak Gençcan[562] ise, anlaşmalı boşanma ve eylemli ayrılık sebebiyle açılan boşanma davalarında TMK 181/2 hükmünün uygulanmayacağını düşünmektedir. Zira, bu tür boşanma davalarında davalının kusurunu davacı bile "tartışamazken" davacının mirasçılarının bunu gerçekleştirmesi düşünülemez. Boşanma, davacının ölümü ile kendiliğinden son bulacağına ve davalının kusurunun ispatlanması bağımsız bir dava ile istenemeyeceğine göre; kusur araştırmasının yapılmadığı akıl hastalığına dayanan boşanma davaları ile anlaşmalı veya eylemli ayrılık sebebine dayanan boşanma davalarında aile mahkemesi hakiminin "boşanma davası konusuz kaldığından karar verilmesine yer olmadığı" kararı ile yetinmesi, kusur tespiti yönünden olumlu ya da olumsuz bir karar vermemesi gerekir.

Bir başka görüş olarak Öztan[563] ise, ölen davacının açtığı davanın TMK Md. 166/4'e dayanması ile Md. 166/3'e dayanması arasında bir ayrım yaparak; Md. 166/3'e dayanılan davalarda ölen davacının mirasçısının davaya devam hakkının olmadığını, Md. 166/4'e dayanılan davalarda ise mirasçıların davalının daha fazla kusurlu olduğunun tespitini isteyebileceğini kabul etmektedir.

Bu hakkın neden sadece ölen davacı eşin mirasçılarına tanındığı sorusu akla geldiğinde gerekçe olarak Kanunkoyucunun, boşanma davasında davalının daima

---

561 Burcuoğlu, s. 386.

562 Gençcan, s. 1296vd.; Benzer olarak bkz. İpek, s. 128, 129.

563 Öztan, (Yeni Aile), s. 463, 464.

kusurlu olduğu, davacının ise kusursuz olduğu şeklinde bir anlayışa sahip olduğu söylenebilir.[564]

Dural/Öğüz/Gümüş[565] bu hakkın sadece davacının mirasçılarına tanınmasını hem tehlikeli hem de eşitlik kurallarına aykırı görmekte; özellikle TMK Md. 166/2'nin davalıya davacının kusurlu olduğunu ileri sürme hakkını veren hükmü karşısında TMK Md. 181/2'deki hakkın salt davacıya tanınmasını çelişkili bulmaktadır.

Davalının daima kusurlu olduğu şeklinde bir kabulün, uygulamada boşanma davalarının çok önemli bir yüzdesini evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davalarının oluşturduğu bir sistemde kabulü mümkün değildir. Taraflar arasında yaratılan bu farklılığın hukuki bir izahı bulunmamaktadır.

III. DAVA EHLİYETİNE İLİŞKİN SORUNLAR

A. Genel Olarak

Dava ehliyeti, bir kimsenin bir davayı davacı ya da davalı olarak bizzat veya atayacağı bir temsilci ile takip edebilme yeteneğidir. Fiil ehliyetine sahip olan bütün gerçek ve tüzel kişiler, dava ehliyetine de sahiptir. Yani dava ehliyeti, medeni hakları kullanma ehliyetinin[566] medeni usul hukukunda büründüğü şekildir.[567] Zira dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetine göre belirlenir.[568] Dava ehliyeti bulunan herkes, davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir.[569] Dava ehliyeti dava şartlarındandır. Tarafların, dava ehliyetine sahip olmaları, davanın her aşamasında mahkemece kendiliğinden araştırılan,

564 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 134 vd.

565 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 138.

566 TMK Md. 9: "Fiil ehliyetine sahip olan kimse, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir."

567 Kuru/ Arslan/ Yılmaz, 269.

568 Bkz. HMK Md. 51.

569 Bkz. HMK Md. 71.

giderilemediği takdirde davayı "dava şartı yokluğundan usulden red"de götürebilecek öneme haizdir.[570]

Kısıtlı olmayan karı ve koca, tam dava ehliyetine sahip olduklarından birbirlerine karşı dava açabilirler ve bu davayı kendileri veya vekilleri aracılığıyla takip edebilirler. Benzer şekilde kısıtlanmaları için yeterli sebep bulunmamakla birlikte korunmaları için kendilerine yasal danışman atanan sınırlı ehliyetlilerin de, TMK 429. maddesinde belirtilen 9 husus içerisinde boşanma davası açmaktan bahsedilmemiş olması ve Yargıtay'ın fiil ehliyetlerinin bulunduğu yolundaki uygulaması doğrultusunda dava ehliyetlerinin tam olduğu söylenebilir.[571] Ancak sınırlı ehliyetsizler ile tam ehliyetsizlerin dava ehliyetleri konusunda özellik arzeden durumlar bulunmaktadır.

B. Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu

TMK Md. 16 hükmü yasal temsilcilerinin rızası olmaksızın, kendi işlemleriyle borç altına giremeyen ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlıların kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanırken bu rızaya ihtiyaçları olmadığını belirtmektedir. Bu anlamda sınırlı ehliyetsizlerden "ayırt etme gücüne sahip kısıtlılar" yasal temsilcilerinin iznine tabi olmadan bu haklarını bizzat kullanabilirler. Ayırt etme gücüne sahip küçükler ise evlendikleri takdirde TMK Md. 11/2 gereğince ergin sayılacaklarından, boşanma konusunda dava ehliyetleri tamdır.[572]

Öğretide boşanma davası açma hakkı kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olduğundan ayırt etme gücüne sahip kısıtlı karı ve kocanın yasal temsilcisinin iznine

---

570 Bkz. HMK Md. 114, 115.

571 "….Davacı kocaya yasal danışman atanmış olup, fiil ehliyeti bulunmaktadır. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda tarafların eşit kusurlu bulundukları anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında davalı-karşı davacı kadının da davasının kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi bozmayı gerektirmiştir."(Y 2 HD, 06.12.2004, 13360-14474(Gençcan, s. 1321, dn. 229)).

572 Akıntürk/Karaman, s. 278; Gençcan, s. 1321.

bağlı olmaksızın bu haklarını bizzat kullanabileceği gibi açılan boşanma davasında da bizzat yer alabileceği konusunda görüş birliği bulunmaktadır.[573]

Oysa Yargıtay, ayırt etme gücüne sahip kısıtlıların boşanma davalarını bizzat takip edemeyecekleri görüşündedir.[574] Benzer şekilde Gençcan[575] da boşanmanın, salt kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımı şeklinde dava açmaktan ibaret olmadığını, davaya bağlı olarak veya karşılık dava sebebiyle davanın taraflarına bir takım mali yükler getireceğinden, dolaylı yoldan davanın yasal temsilci aracılığıyla takibinin uygun olacağına değinmiştir.

C) Tam Ehliyetsizlerin Durumu

Tam ehliyetsiz, yani ayırt etme gücü bulunmayan eşin dava ehliyeti bulunmayacağından boşanma davasını bizzat açamayacaktır. Öte taraftan boşanma davası açma hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı haklardan olması nedeniyle yasal temsilcinin de bu hakkı tam ehliyetsiz adına kullanamaması gerekir. Bir başka deyişle, boşanmada dava açma konusunda temsil hükümleri olmaz.[576]

Ancak doktrinde[577], kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların tam ehliyetsizlik durumunda hiçbir istisna olmaksızın kullanılmamasının, gerek kişiliğin saygınlığı, gerekse tam ehliyetsizin korunma ihtiyacı açısından elverişli olmayan sonuçlara yol açabileceği ihtimali göz önünde bulundurularak, dava açma hakkının tam ehliyetsizin

---

573 Akıntürk/Karaman, s. 278; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 124; Öztan, (Yeni Aile) s. 437; Tekinay, s. 245.

574 Y 2 HD, 24.5.2001, 2001/6587 Esas 2001/8135: "….Boşanma münhasıran şahsa bağlı haklardan ise de, Hukuk sistemimiz ancak dava yolu ile boşanmaya imkan verdiğinden boşanma davasını münhasıran bu şahsi hakkın kullanılması niteliğinde kabul etmek mümkün değildir. Davaya bağlı olarak veya karşılık dava sebebiyle davanın taraflarına bir takım mali külfetin yönelmesi muhtemeldir. İşte bu sebeple mümeyyiz mahcurlar dahi boşanma davasını bizzat (MK.405) (Y.2.H.D.nin 8.10.1985 günlü ve 7164/7948 sayılı-22.2.1994 günlü 1417-1882 sayılı kararları) takip edemezler. Hele kendilerini vekil ile temsil ettirmeleri söz konusu olduğunda mutlaka akti ilişkinin vasileri tarafından kurulması zorunludur. (MK.16.) (Y.2.H.D.nin 23.10.1992 tarihli 8875/10177 ve 9.12.1992 tarihli 11697/12235 sayılı kararları)…" (http://www.turkhukuksitesi.com/showthread.php?t=77905(erişim tarihi: 26.01.2013).

575 Gençcan, s. 1322.

576 Akıntürk/Karaman, s. 278.

577 Akıntürk, Karaman, s. 278; Öztan, s. 438, 439; Dural/ Sarı, s. 145; Oğuzman/ Dural, s. 135; Gürdoğan, s. 211.

yasal temsilcisi tarafından kullanılması gerektiğine ilişkin görüşler bulunmaktadır. Anılan gerekçelerle doktrinde[578], kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların ikiye ayrılarak değerlendirilmesi gerektiği ve sadece mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda yasal temsilin mümkün olamayacağının kabulü savunulmaktadır. Buna karşılık, nispi anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda yasal temsil yolunun açık olması en başta tam ehliyetsizin menfaatleri açısından gerekli görülmektedir.

Mutlak kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda, yasal temsil kesin olarak işlemez. Bu bakımdan ayırt etme gücünün yokluğu halinde, yasal temsilci bu hakları tam ehliyetsiz adına kesin olarak kullanamaz. Mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak; nişanlanma, evlenme, evlilik dışı doğan çocuğun tanınması, babalık davası açma, soybağının reddi ölüme bağlı tasarruf yapma ve bunu geri alma, zina yapan eşi af, evlat edinme gibi haklar verilmektedir.

Nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklarda durum farklıdır. Şöyle ki; bu hakları, ayırt etme gücüne sahip olması halinde hak sahibi bizzat kullanır. Buna karşılık, hak sahibi ayırt etme gücüne sahip değilse, hak, yasal temsilci tarafından onun adına kullanılır. Nisbi kişiye sıkı sıkıya bağlı haklara örnek olarak, kişiliğin korunmasına ilişkin dava açma, ergin kılınma istemi, tanımaya itiraz ve evlat edinme örnek gösterilmektedir.

Diğer yandan, doktrinde mutlak anlamda kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların çevresinin geniş tutulmasının tam ehliyetsizi hak ehliyetinden yoksun hale getireceği gerekçesi ile, kanunda aksine açık hüküm olmayan hallerde kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların yasal temsilci tarafından kullanılması da kabul görmektedir[579].

Dural/Öğüz/Gümüş[580] burada boşanma sebeplerinden yola çıkarak; zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış, suç işleme, haysiyetsiz hayat sürme ve terk sebeplerinden biri varsa, yasal temsilcinin boşanma davası açabilmesi gerektiğini belirtmiştir. Öte taraftan, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin boşanma sebeplerinde ise farklı bir sonuca ulaşarak; her iki eşin hakim huzurunda boşanmayı

578 Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay – Özdemir, Saime: Kişiler Hukuku, İstanbul 2005, s. 68.

579 Oğuzman/ Seliçi/ Oktay – Özdemir, s.68 ve dipnot 195'te anılan yazarlar.

580 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 125.

serbest iradeleri ile istediğine yönelik beyanda bulunmaları gerekeceğinden, yasal temsilcinin anlaşmalı boşanma davası açamayacağını, boşanma için fiili bir durumun arandığı ortak hayatın kurulamaması nedeniyle boşanma davasının ise yasal temsilci tarafından açılmasına bir engel bulunmadığını söylemiştir.

Ayırt etme gücüne sahip olmayan, vesayet altında bulunan kişinin adına yasal temsilcisinin dava açabilmesi için, TMK Md. 462/ bent 8 uyarınca Sulh Hukuk Mahkemesinin iznini alması gerekir. Vasi, Sulh Hukuk Mahkemesinin kontrolünden geçmeden boşanma davası açmamalıdır. Bu husus dava şartıdır.[581]

Tam ehliyetsiz eşe karşı ayırt etme gücüne sahip diğer eş tarafından boşanma davası açılmasında hiçbir sorun yoktur. Bu durumda davalı eşin yasal temsilcisi açılan davayı yürütür. Yasal temsilci yoksa davayı takip için bir kayyım atanır.[582]

Yargıtay da tam ehliyetsizler aleyhine açılan boşanma davalarında yasal temsilcilerin davalı konumundaki tam ehliyetsizi temsil etmesinin bir zorunluluk olduğunu belirtmekte[583], yine doktrinle paralel olarak tam ehliyetsizin yasal temsilcisinin tam ehliyetsiz adına boşanma davası açabileceğini de kabul etmektedir.[584]

---

581 Öztan, (Yeni Aile), s. 439.

582 Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 26 vd.

583 Y 2 HD, 07.06.2007, 20487-9650: "…Davacı kadın akıl hastalığı sebebine dayanarak boşanma isteminde bulunmuştur. Davalının akıl hastası olup olmadığının resmi sağlık kurulu raporuyla tespit edilmesi, akıl hastası olduğunun anlaşılması durumunda davalıya vasi atanması konusunda vesayet makamına bildirimde bulunulması, vesayet makamı tarafından atanacak olan vasiye davanın yöneltilmesi, tarafların kanıtlarının toplanması ile sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken eksik inceleme ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır."(Gençcan, s. 274, dn. 834).

584 Y 2 HD, 08.03.2005, 2495-3499: "…Davacı Gülüzar vesayet altında olup, dava açılması için Türk Medeni Kanunu'nun 462/8. maddesine göre vesayet makamının izni gerekir. Bu husus dava şartıdır. Dava açma yetkisine ilişkin izin belgesi alınmadan yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir…"(Gençcan, s. 1325, dn. 249).

IV. 4728 SAYILI AMK'DEKİ "UYUŞMAZLIKLARIN SULH YOLUYLA ÇÖZÜMLENMESİ" SORUNU

A. Genel Olarak

4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun(AMK) ile kurulmuş olan aile mahkemeleri aile hukukundan kaynaklanan dava ve işleri görmek üzere kurulmuştur.

AMK'nin "Usul Hükümleri" başlıklı 7. maddesi ile aile mahkemelerinde görülecek dava ve işlerin çözümünde geçerli olacak usul kuralları düzenlenmiştir.

AMK'nin 7. maddesine göre: "Aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder. Sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak esas hakkında karar verilir.

Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır."

Buna göre, aile mahkemelerinde görülecek anlaşmazlıklarda haklı ve haksızın belirlenmesinde uygulanacak usul hükümleri sıralaması şöyle olmalıdır[585]:

1- Özel kanunlardaki hükümler

2- AMK ile düzenlenmiş olan usul kuralları

3- Medeni Kanun'un Aile Hukukuna ilişkin usul hükümleri (MK m. 138, 146, 160, 168, 177, 182, 184, 201, 207, 214, 222, 241, 243, 245, 261, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 294, 297, 298, 299, 301, 302, 326,

585 Baktır, Selma: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 66.

329, 365, 388, 400, 411, 419, 420, 421, 422, 430, 433, 436, 437, 446, 461, 464, 469, 484)

4- Hukuk Muhakemeleri Kanunu(HMK) hükümleri

B. Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlenmesi

4787 sayılı AMK'deki bu usul kuralı ile bu mahkemenin kuruluş amacına uygun olarak aile birliğinin öncelikle devamını sağlamaya yönelik yöntemlerin gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılmak suretiyle kullanılması ve bunların başında sulh yolunun aranması zorunluluğu getirilmiştir.

Sulh yoluna başvurulmasının zorunlu olup olmadığı konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre; " Sulh yoluyla çözüme teşvikle ilgili usul kuralı (AMK, md.7/1) aile mahkemelerinin görevine giren tüm dava ve islerde geçerli olduğundan bu usul kuralına uyulmadan karar verilmiş olması yasaya aykırıdır ve bu nedenle yasa yolu denetiminde bozma nedenidir "denilmektedir.[586] Yine, bu görüşe göre kanunun lafzından, bu usul kuralına uymamanın, yani aile mahkemesinde cereyan eden yargılamada uyuşmazlığın "sulh yoluyla çözümü" için girişimde bulunulmadan hüküm verilmesinin yaptırımının, mutlak bozma sebebi olarak kabul etmek gerektiği anlaşılmaktadır.[587]

Başka bir görüşe göre ise, kanun burada bir zorunluluk getirmemiş olup, mahkemeye gelen dava işlerin niteliğine göre hakime tanınmış bir takdir yetkisi söz konusudur. Aile mahkemesi hakimi, bu kanundaki takdir yetkisini kullanırken önce araştırma ve incelemede bulunarak, tarafların sulh olma konusunda kesin olarak

586 Baktır, s. 77; Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, TBB, Ankara 2004, s. 132.

587 Karagülmez, Ali/ Ural, Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003, s. 177.

istekleri yoksa davayı sürüncemede bırakmamak için bu yola başvurmayabilecektir.[588]

Yargıtay uygulamasında da aile mahkemesince sulha teşvik ve yanlar arasındaki uyuşmazlık konuları ile ilgili olarak uzman görüşüne başvurulması zorunluluk değildir.[589] Y 2 HD, 17.11.2003 tarih, 14804/15740 sayılı kararında yer alan ve emsal diğer dosyalarda ısrar edilmeyen karşı oy ise dikkat çekicidir: "…4787 sayılı AMK 7. maddesinde ise, aile mahkemelerinin önüne gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, sorunların sulh yoluyla çözümünü gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik edeceği, sulh sağlanamadığı takdirde yargılamaya devam olunarak, esas hakkında karar vereceği belirtilmiştir. Kanun özü ve sözüyle bir bütün olarak değerlendirildiğinde, sulha teşvik ve uzman görüşüne başvurma, yasadan beklenen amacın gerçekleşmesinde önemli unsurlardır. Bu hususların takdire bırakılmayıp, uyulması zorunlu kurallar olarak getirildiği kanaatindeyim. Somut olayda tarafların sulha teşvik edildiğine ilişkin bir hususa rastlanmadığı gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlık konuları ile ilgili olarak uzman görüşüne de başvurulmamış, bu konularla ilgili herhangi bir açıklamaya da yer verilmemiştir. Hükmün yukarıda belirtilen nedenlerle bozulması gerektiği düşüncesindeyim."[590]

C. Benzer Kurumlarla Karşılaştırılması

Aile mahkemesine, ilk olarak eşleri sulhe teşvik etme görevi verilmiş, bu yolda başarı sağlanamazsa, esas hakkında hüküm verilebileceği düzenlenmiştir. Bu

---

588 Akıntürk/Karaman, s. 280(HUMK'un sulh teşebbüsü ile ilgili maddeleri yürürlükten kaldırılmış olduğundan, bugün artık boşanma davası açmadan önce "sulh teşebbüsü"nde bulunmaya ihtiyaç yoktur. Dava hakkı olan eş boşanma davasını doğruya doğruya yetkili aile mahkemesinde açabilir.); Dural/Öğüz/Gümüş, s. 126(Hakim işin niteliğine göre uygun gördüğü hallerde, yani tarafları uzlaştırma imkanı görürse sulh teşebbüsüne başvuracağından TMK Md. 166/3 ve 4'e göre açılan boşanma davalarında sulh teşebbüsü söz konusu olamayacaktır. Öte taraftan bu iki neden dışındaki hallerde de hakimin sulh teşebbüsü yapamadan esasa girip boşanma davasına bakması verilen hükmü sakatlamayacaktır. Zira, AMK Md. 7 hükmü maddi hukuka ilişkin olmayıp, sadece özel bir mahkemenin işleyişine yani şekli hukuka ilişkin kural getirmiş ve ayrıca hakimin işin özelliğine göre sulh teşebbüsüne gitmesini öngörmüştür.)

589 Aynı yönde Gençcan, s. 1510.

590 Gençcan, s. 1510, dn. 996.

maddede geçen sulhe teşvik, teknik anlamda sulh değildir. Buradaki durum, 1963 tarihinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'ndan çıkarılan sulh teşebbüsüne benzemektedir. Çünkü aile hukuku uyuşmazlıklarında tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkileri bulunmadığı için teknik anlamda sulh mümkün değildir.[591] Burada kastedilen tarafların barıştırılmaya ve uzlaştırılmaya çalışılmasıdır.[592]

Ülkemizde 1963 yılına kadar HUMK Md. 494 uyarınca boşanma davası açılmadan önce eşlerin sulh hakimi önüne davet edilmeleri gerekmekteydi. Sulh hakimi her iki tarafın da hazır bulunduğu gizli bir oturumda eşleri barıştırmaya gayret eder, eğer bunda başarılı olamazsa ancak o takdirde boşanma davası açılabilirdi. Buna sulh teşebbüsü denirdi.[593]

Buna göre; davacı, boşanma veya ayrılık davası açmadan önce, öncelikle sulh mahkemesinde sulh teşebbüsü başlatmak zorunda idi. Sulh hâkimi, her iki tarafın katıldığı gizli bir oturumda eşleri barıştırmaya ve bu yolla evlilik birliğinin devamını sağlamaya çalışırdı. Sulh teşebbüsü başlatılmadan ve sulh mahkemesinden bu teşebbüsün başarısız olduğuna dair bir karar getirilmeden boşanma veya ayrılık davası açılması mümkün değildi. Ancak eğer sulh hâkimi eşleri barıştırma hususunda başarılı olamazsa o takdirde, boşanma davası açılabilirdi. Sulh teşebbüsünün sonuçsuz kalması halinde, üç ay içinde dava açılması gerekiyordu, aksi takdirde sulh hâkimi bu sürenin geçmesinden dolayı tarafların barışmış olduklarını varsayarak, boşanma davasının reddine karar vermek zorundaydı. HUMK m.187/6 hükmü gereğince sulh teşebbüsünün yapılmadığı itirazı bir ilk itiraz teşkil etmekteydi[594]

HUMK'nin sulh teşebbüsü ile ilgili 494-499. maddeleri, sulh teşebbüsüne ilişkin düzenlemenin, işleri fazlalaştırdığı ve herhangi bir fayda sağlamadığı ve bu yüzden boşanma davalarının uzamasına sebep olarak evlilik dışı birlikteliklerin ve

---

591 Akil, Cenk: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sayı: 4, s. 6.

592 Önen, Ergin, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh Ankara, 1972, s. 104, Ayan, s. 132; Kuru/Arslan/Yılmaz s. 499 vd.

593 Akıntürk/Karaman, s. 280.

594 Önder, Akil: "Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanunda Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır? ", AD 1942, S. 9, s. 1039.

evlilik dışı çocukların sayısının artmasına neden olduğu gerekçesiyle,[595] 26.09.1963 tarih ve 338 sayılı Kanun ile yürürlükten kaldırılıncaya kadar uygulanmıştır. Daha sonra 4.2.2011 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak, 1.10.2011 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK ile ise sulh teşebbüsünün tarafların serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda yeniden uygulamaya konulduğu söylenebilir.

1.10.2011 tarihi itibariyle yürürlüğe giren 6100 sayılı HMK Md. 137 gereğince: "Dilekçelerin karşılıklı verilmesinden sonra ön inceleme yapılır. Mahkeme ön incelemede; dava şartlarını ve ilk itirazları inceler, uyuşmazlık konularını tam olarak belirler, hazırlık işlemleri ile tarafların delillerini sunmaları ve delillerin toplanması için gereken işlemleri yapar, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda onları sulhe[596] teşvik eder ve bu hususları tutanağa geçirir.

Ön inceleme tamamlanmadan ve gerekli kararlar alınmadan tahkikata geçilemez ve tahkikat için duruşma günü verilemez."

Maddenin gerekçesinde[597] ise "Birinci fıkra, ön incelemenin kapsamını belirlemektedir. Ön incelemede hangi işlemlerin yapılacağı açıklanmıştır. Bunlar, usule ilişkin hususlarla, tahkikata hazırlık işlemleri, tarafların delillerini sunmaları ve toplanması için gerekli işlemlerdir. Bu aşamanın önemli bir amacı da tarafları 'sulh'e ve özünde 'sulh'ü hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak suretiyle, uyuşmazlığın daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir. İkinci fıkra ile uygulamadaki eski alışkanlıkların devam etmesinin kesin olarak önüne geçilmesi amaçlanmıştır. Ön inceleme işlemleri tamamlanmadan ve bu konuda gerekli kararlar verilmeden tahkikata başlanamaz ve tahkikat için duruşma günü tespit edilemez. Bu fıkra, ön inceleme aşamasının işlevini yerine

---

595 Önder, s. 1044.

596 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'nun "Değiştirilen Hükümler" başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrası gereğince HMK'nin 137. maddesinin birinci fıkrasına "sulhe" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa" ibaresi eklenmiş, bu değişikliğin yayım tarihinden itibaren 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

597 THS şerhi (http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=10155(erişim tarihi: 27.01.2013)).

getirmesi ve beklenen sonucu gerçekleştirmesi için açık bir emri içermektedir. Bu safhada tanık dinleme, belge inceleme, bilirkişi görüşü alma, keşif yapma ve yemin teklif etme gibi tahkikat işlemleri yapılamaz. Bu açık Kanun hükmüne aykırı davranış, hâkimin sorumluluğunu gerektirir." denilmiştir.

HMK m.137-142 hükümleri arasında düzenlenen "ön inceleme", HMK' nun yeni getirdiği en önemli müesseselerin başında yer almaktadır.[598] Kanun koyucu bu hüküm sayesinde, hâkimlerin önlerine gelen uyuşmazlık dosyasını (dilekçelerin tamamlanmasından sonra) okumasını ve tahkikatı ona göre belirlemesini amaçlamıştır. Bu aşamanın önemli bir amacı da tarafları sulhe ve özünde sulhü hedefleyen bir kurum olan arabuluculuğa gitmeye teşvik etmek; böylelikle onlar arasında bir anlaşma sağlanmasına uygun ortamı yaratmak suretiyle, uyuşmazlığın daha ileriki aşamalara gitmeden çözüme kavuşturulmasını gerçekleştirmektir.[599]

HMK'nin ön inceleme başlıklı 140. maddesinde göre de hâkim, ön inceleme duruşmasında, dava şartları ve ilk itirazlar hakkında karar verebilmek için gerekli görürse tarafları dinler; daha sonra, tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususları tek tek tespit eder. Uyuşmazlık konularının tespitinden sonra hâkim, tarafları sulhe[600] teşvik eder; bu konuda sonuç alınacağı kanaatine varırsa, bir defaya mahsus olmak üzere yeni bir duruşma günü tayin eder. Ön inceleme duruşmasının sonunda, tarafların sulh faaliyetinden bir sonuç alıp almadıkları, sonuç alamadıkları takdirde anlaşamadıkları hususların nelerden ibaret olduğu tutanakla tespit edilir. Bu tutanağın altı, duruşmada hazır bulunan taraflarca imzalanır. Tahkikat bu tutanak esas alınmak suretiyle yürütülür.

---

598 Yılmaz, Ejder: "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Değişiklikler",(http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmkyenilikler.pdf)(Değişiklik-er), s. 27.

599 Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 377.

600 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK)'nun "Değiştirilen Hükümler" başlıklı 35. maddesinin ikinci fıkrası gereğince HMK'nin 140. maddesinin ikinci fıkrasına "sulhe" ibaresinden sonra gelmek üzere "veya arabuluculuğa ibaresi eklenmiş, bu değişikliğin yayım tarihinden itibaren 1 yıl sonra yürürlüğe gireceği belirtilmiştir.

Bu maddede düzenlenen "ön inceleme oturumu"nun işlerliğinin sağlanabilmesi ve özellikle tarafların sulhe veya arabuluculuğa özendirilmesi için; hâkim bu aşamada tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde önüne gelen uyuşmazlık hakkında objektif olarak hukukî açıklamalarda bulunabilmeli, tarafların avukatı bulunması halinde onları Avukatlık K. m.35/A hükmünün[601] işletilebilmelerine özendirmeli ve hâkimin bu davranışının, hâkimi red sebebi olmayacağı Kanuna yazılmalıdır.[602]

Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlenmesinin; ön plânda taraflar ve geri plânda da toplumsal barış açısından büyük önem taşıdığı muhakkaktır. Ancak bugüne kadarki uygulamada sulh, çeşitli nedenlerle istisnaî haller olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun nedenlerinin başında, hâkimlerin (iş çokluğuna bağlı olarak) zamanlarının darlığı, yapacakları girişimin hâkimi red sebebi oluşturabileceği çekincesi ile bu konuda bilgi ve deneyim eksikliği gibi nedenler gelmektedir.[603]

Oysa günümüzde alternatif uyuşmazlık çözümü açısından, gelişmiş ülkelerde uyuşmazlıkların uzlaşma (sulh) yoluyla çözümlenmesi üzerinde önemli bir şekilde durulmaktadır.[604]

Yukarıda değinilen hükümlerle "sulh teşebbüsü"nün AMK'deki düzenleme yanında artık HMK'de de düzenleme altına alınmış olduğu; üstelik AMK'nin hakime takdir hakkı tanıyan lafzına rağmen; HMK'nin tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği davalarda sulhe teşvik konusunda hakimi zorladığı, onu hukuki yönden sorumlu tutarak, aksine davranışa ise ön inceleme aşamasının tamamlanmış

---

601 Avukatlık Kanunu md. 35/A: "Avukatlar dava açılmadan veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara inhisar etmek kaydıyla, müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilirler. Karşı taraf bu davete icabet eder ve uzlaşma sağlanırsa, uzlaşma konusunu, yerini, tarihini, karşılıklı yerine getirmeleri gereken hususları içeren tutanak, avukatlar ile müvekkilleri tarafından birlikte imza altına alınır. Bu tutanaklar 09/06/1932 tarihli ve 2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 38 inci maddesi anlamında ilam niteliğindedir."

602 Yılmaz, (Değişiklikler), s. 24.

603 Ayrıntılı bilgi için bkz. Filiz, Orhan ve Diğerleri: "Türkiye'de Aile Mahkemeleri Uygulaması ve Uygulamanın Değerlendirilmesi", Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2009, s. 98 vd.

604 Ayrıntılı bilgi için bkz. Filiz ve diğerleri, s. 90; . Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabulucuğu" Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 7, Sayı : 2, 2005, s. 81, 87.

sayılamayacağı ve tahkikat aşamasına geçilemeyeceği sonucunu bağladığı söylenebilir. Bu bağlamda HMK'nin kaleme alınış tarzına benzer şekilde AMK'de de yeni bir düzenlemeye gidilmesi uygun olabilir.

AMK Md. 7'de düzenlenen "uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlemesi" kavramı HMK Md. 313-315'te düzenlenen sulh kavramıyla karıştırılabilir. Medeni Usul Hukuku kapsamında, sulh, görülmekte olan bir davanın taraflarının, karşılıklı anlaşma ile dava konusu uyuşmazlığa son vermeleridir. Uygulamada genellikle, davacı talep sonucunun bir kısmından feragat eder; davalı da bir kısmını kabul eder ve böylece sulh (anlaşması) meydana gelir.[605] HUMK'da ayrı bir müessese olarak düzenlenmeyen sulhe ilişkin olarak HMK Md. 313-315 yeni hükümler getirilmiştir.[606] Buna göre sulh, görülmekte olan bir davada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir. Sulh, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir. Dava konusunun dışında kalan hususlar da sulhun kapsamına dâhil edilebilir ve şarta bağlı olarak da yapılabilir. Sulh, hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir. Sulh, ilgili bulunduğu davayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukuki sonuç doğurur.

AMK m.7'de düzenlenen uyuşmalıkların sulh yoluyla çözümlenmesi, evlilik birliğinin korunması sağlayan bir araç niteliği taşımaktayken, Medeni Usul yargılamasında uygulanan sulh kurumu ise ihtilafın sonuçlandırılmasına ilişkin bir amaç niteliğindedir. Uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümü bir prosedürü ifade ederken, sulh ise, bu prosedür sonucunda elde edilen sonucu ifade eder.[607]

HMK Md. 313-315'de düzenlendiği üzere taraflar aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda sözleşme yapabilirler. Mahkeme, taraflar sulhe göre karar verilmesini isterlerse, sulh sözleşmesine göre; sulhe göre karar verilmesini istemezlerse, karar verilmesine yer

---

605 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 623.

606 "Sulh" HUMK'de düzenleme altına alınmamış olsa da o dönem doktrinde kabul edilmiş bir kavramdı. Ayrıca HUMK'un 63, 151, 213, 513–515 maddelerinde de "sulh"dan söz edilmekteydi. Ayrıntılı bilgi için bkz. Önen, s. 19.

607 Ercan, İbrahim: "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlenmesi", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 85.

olmadığına karar verir. AMK m.7'de düzenlenen hükme göre ise, hâkim davada esasa girmeden önce, tarafları sulhe teşvik eder. Bu iki düzenleme arasındaki farklardan biri, HMK'da yer alan "sulh"un tarafların iradesi ile hüküm kesinleşinceye kadar, her zaman yapılabileceğidir. Oysa AMK'de yer alan düzenlemeye göre, hâkim tarafları ancak ve ancak davanın esasına girişilmeden önce sulhe teşvik edecektir. Ayrıca HMK'da hâkimin HMK Md. 313 anlamında sulhe teşvik gibi bir zorunluluğu bulunmamakla birlikte, AMK'de aile mahkemesi hâkimine böyle bir takdir hakkı tanınmamış ve hâkimin tarafları sulhe teşvik etmesi zorunlu tutulmuştur.[608]

AMK Md. 7'de düzenlenen "uyuşmazlıkların sulh yoluyla çözümlemesi"nin karıştırılabileceği bir başka kavram da "arabuluculuk"tur. Arabuluculuk, meydana gelen uyuşmazlığın, tarafların iradi olarak başvurmaları sonucu, arabulucu(veya uzlaştırmacı) olarak adlandırılan tarafsız ve güvenilir bir üçüncü kişi yardımıyla, üzerinde anlaştıkları yöntem ve esaslara göre, karşılıklı iletişimle, iki tarafın ortak menfaati esas alınarak çözümlenmesidir.[609]

AMK Md.7, aile mahkemesi hâkimine davanın esasına girişilmesinden evvel tarafları uyuşmazlığın sulh yoluyla çözülmesine teşvik ödevi getirirken, bu girişimin başarıya ulaşabilmesi için gerektiğinde uzmanlardan da yararlanılabilmesi imkânını düzenlemiştir. Burada ihtisas mahkemesi niteliğinde olan Aile mahkemelerinin ağırlıklı olarak sulhun sağlanması konusunda uzmanlara başvurmaları isabetli olacaktır.[610] Ancak bir görüşe göre bu uzlaştırıcı hukukçu olmalıdır.[611]

Aslında, Aile Hukukunda, uyuşmazlıkların çözümünde uzman yardımından yararlanılması ilk kez 4787 sayılı Kanun ile getirilen bir düzenleme değildir. Zira, TMK Md. 195'de evlilik birliğinin korunmasına ilişkin olarak hakimin, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarması, onları uzlaştırmaya çalışması ve eşlerin ortak rızasıyla uzman kişilerin yardımını isteyebilmesi öngörülmüştür. Yine TMK Md.

---

608 Ayan, s. 132–133; Bahattin Aras, Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki, Yargıtay Dergisi, C.31, S. 3, 2005, s. 304; Ercan, s. 86.

609 Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 764.

610 Sirmen, Lale/ Koçhisarlıoglu, Cengiz/ Tanrıver, Süha/ Süral, Nurhal/ Tercan, Erdal: Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 29.

611 Baktır, s. 77.

316'da evlat edinmeye her türlü durum ve koşulların kapsamlı araştırılmasında, evlat edinen ile edinilenin dinlenilmesinden ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verileceği düzenlenmektedir.

Arabuluculuk yoluyla uyuşmazlığın çözümlenmesinde uygulanacak usul ve esasları düzenleyen pozitif bir düzenleme 22.06.2012 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanan 6325 sayılı Hukuk Uyuşmazlıklarında Arabuluculuk Kanunu (HUAK) ile hukukumuza girmiş bulunmaktadır. Bu kanunun yabancılık unsuru taşıyanlar da dahil olmak üzere tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edecekleri iş ve işlemlerden doğan özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümünde uygulanacağı belirtilmekle birlikte, aile içi şiddet iddiasını içeren uyuşmazlıkların arabuluculuğa elverişli olmadığı şeklinde isabetli bir düzenleme getirilmiştir. Zira özellikle aile içi şiddet olaylarının sıklıkla yaşandığı ülkemizde, aile ilişkilerinde şiddete yönelik bir geçmişi bulunan eşler arasında arabuluculuğun uygun bir usul olması ihtimalini kendiliğinden ortadan kaldırmaktadır.

Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin de bu konuda bir tavsiye kararı vardır.[612] Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde avukatlara uzlaşma yetkisinin tanınıp bunun da ilam niteliğinde belge sayılması hususu da uzlaşmayı ve arabulucuğu teşvik edici olarak görülebilir. Benzer şekilde HUAK'ın "Değiştirilen Hükümler" başlıklı 35. maddesinin birinci fıkrası gereğince 1316 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 12. maddesinin birinci fıkrasının "d" bendine "hakemlik" ibaresinden sonra gelmek üzere "arabuluculuk" ibaresinin de eklenmesi ile avukatlık ve arabuluculuk mesleklerinin birlikte icrasının önündeki engelin kalkmış olmasının da olumlu bir gelişme olduğu söylenebilir.[613]

---

612 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabulucuğu" konulu tavsiye kararı çevirisi ve "aile arabulucuğu"nun temel ilkeleri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabulucuğu" Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 7, Sayı : 2, 2005, s.71-102.

613 Ayrıntılı bilgi için bkz. Demir, Şamil: "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", Ankara 2011, s. 354, 355; Farklı olarak Özbek'in, arabulucunun bir tarafın adına ve hesabına hareket eden bir avukattan farklı olarak, taraflardan hiçbirinin görüşlerini temsil etmemesi, taraflarla geçmişte veya arabuluculuk sırasında mesleki veya kişisel bir ilişkiye de sahip olmaması gerektiğine ilişkin görüşü için bkz. Özbek, s. 89.

AMK m.7 hükmü ile aile mahkemesi hâkimine yüklenmiş olan görev arabuluculuk olarak değerlendirilemeyecektir, çünkü arabuluculuk kurumunda tarafların kendi istekleri ile tarafsız bir üçüncü kişinin yardımını talep etmeleri söz konusu olmaktadır. Ancak bu üçüncü kişi uyuşmazlığa ilişkin karar verme yetkisine sahip değildir. Oysa taraflar boşanma istemiyle aile mahkemesine başvurdukları zaman barışmak isteğinde ve amacında değildirler. Ayrıca, taraflar barışmadıkları takdirde aile mahkemesi hâkimi, davanın esasına girişerek hüküm verme yetkisini haizdir. Bu anlamda Aile mahkemesi hâkimine "aile arabulucusu" gibi hareket etme görevinin verilmiş olduğu söylenebilirse de, aile hâkiminin tarafsız bir arabulucudan çok daha fazla yetkilerle donatılmış olduğunu belirtmek gerekir.

V. 4721 SAYILI TMK'DEKİ USUL KURALLARININ UYGULANMASI SORUNU

A. Genel Olarak

Bir hukuk yargılamasında hakim maddi hukuka ilişkin sorunu, yani boşanma konusunu çözümlerken, yargılamada, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun hükme bağladığı usul kurallarına riayet edecektir. Bu kurallar, genellikle bütün hukuk davaları için uygulanması zorunlu olan temel esaslardır. Ancak, boşanma konusunda maddi hukuka ilişkin kuralları belirleyen Türk Medeni Kanunu, yer yer Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu dışında ve nitelikleri itibariyle usul hukuku kuralları olan hükümleri içermektedir.[614] Bu anlamda TMK'ın 184. maddesinin kamu düzeni düşüncesiyle evliliğin keyfi şekilde sonlandırılmasını önleyen yargılama kuralları getirdiği söylenebilir.[615]

HMK Md. 198'e göre: "Kanuni istisnalar dışında hâkim delilleri serbestçe değerlendirir." TMK bu genel takdir hakkından ayrılarak hakime çok daha geniş

614 Öztan, s. 440; Gençcan, s. 1422.

615 Oğuzman/ Dural, s. 134.

nitelikte bir takdir hakkı vermiştir.[616]

4721 sayılı Medeni Kanun'da aile mahkemelerinde uygulanacak olan yargılama usulüne ilişkin kurallar "Boşanma"ya ilişkin bölümde 184. madde ile düzenlenmiştir. Bu maddeye göre:

"Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tabidir:

- Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe bunları ispatlanmış sayamaz.

- Hâkim, bu olgular hakkında gerek re'sen gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez.

- Tarafların bu konudaki her türlü ikrarı hâkimi bağlamaz.

- Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder.

- Boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.

- Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.

B. TMK Md. 184'de Düzenlenen Özel Yargılama Kuralları ve Uygulaması

1. Hâkimin Vicdanen Kanaat Getirmiş Olması

Hâkim, TMK Md. 184/I, bent 1'e göre, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe bunları ispatlanmış sayamaz.

---

616 Gençcan, s. 1422.

Vicdanen kanaat getirmiş olma, ispat ölçüsüne ait esaslardan biridir. Hâkimin bir vakıayı ispat edilmiş sayabilmesi için, o vakıanın doğruluğu hakkında bir kanaate sahip olması gerekmektedir. Bu kanaate sahip olma derecesini ise, ispat ölçüsü belirlemektedir.[617]

Hâkimde oluşması gereken kanaatin derecesine göre ikili bir ayrım yapılmaktadır. Buna göre, bu hususta objektif ölçü söz konusu olabileceği gibi, sübjektif ölçü de söz konusu olabilir. Objektif ölçü, pratik hayatta kullanılan makul olan bütün şüpheleri bertaraf edecek derecede bir kesinliğin aranmasını gerektirmekteyken, sübjektif ölçü ise, şahsen emin olma, vicdani kanat getirme gibi temellere dayanmaktadır.[618]

Medeni Usul Hukukumuz, genel olarak delil sistemlerinden serbest delil sistemini benimsemiştir, zira deliller Kanunda belirtilmiş olmakla birlikte, bu konuda bir sınırlandırılmaya gidilmemiş, HMK Md. 192'de de düzenlendiği üzere Kanunda düzenlenmemiş bulunan delillerin değerlendirilmesi de mümkün kılınmıştır.[619] Kabul edilen delil sitemine göre delillerin nasıl değerlendirileceği hususunda ise Usul Hukukumuzda Kanunda belirtilen istisnalar dışında hakim delilleri serbestçe değerlendirecek; kanunda senet(HMK Md. 200 vd), yemin(HMK Md. 225 vd) ve kesin hüküm (HMK Md. 303) olarak belirtilen delillerin ise gerçeği temsil edip etmediğini serbestçe değerlendiremeyecek "kanuni delil sistemi gereği" bu delillerle bağlı olacaktır.[620]

Türk Hukuku'nda geçerli olan "kanuni delil sistemi"ne rağmen, TMK Md. 184/bent 1 hükmü, "kanuni delil" yerine "vicdani delil" sisteminin kabul edildiğini göstermektedir.[621]

---

617 Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s. 454.

618 Alangonya/ Yıldırım/ Deren-Yıldırım, s. 328.

619 HMK Md. 192: "Kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğunu öngörmediği hâllerde, Kanunda düzenlenmemiş olan diğer delillere de başvurulabilir."; Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s. 473.

620 Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s. 474.

621 Tekinay, s. 243; Hatemi/Serozan, s. 240; Farklı olarak Gürdoğan'a göre, ispatın konusunu maddi olayların teşkil ettiği tüm davalarda, hâkim vicdanen kanaat getirmedikçe, maddi olayları sabit sayamayacaktır. Vicdanen kani olmak bütün hukuk davaları için geçerli bir olaydır. Kanuni delil

Bu hükme göre, hâkim, boşanma davasının taraflarınca ileri sürülen vakıalar şeklen kanıtlanmış olsa bile, tanıkların açıkladıkları olayların varlığına vicdanen inanmıyorsa davayı reddedebilecektir.[622] Nitekim Yargıtay'ın da benzer birçok kararında[623] hakimin boşanma için gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça onları sabit kabul edemeyeceği, boşanma davalarında hâkime geniş takdir yetkisi tanındığı ve onun evlilik birliğinin gerçekten onarılamaz şekilde temelinden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorunda bulunduğuna değindiği görülmektedir.

Ancak bu hüküm hakime dilediği gibi hareket etme serbestliği de tanımamakta, sadece onu vicdanen kani olmadığı kanıtlara bağlı kalma zorunluluğundan kurtarmaktadır.[624]

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılarak açılmış bulunan bir boşanma davasında hakimin taraflarca dayanılan olguların varlığına vicdanen kanaat getirmesi gerektiğine ilişkin bir tereddüt bulunmamaktadır. TMK'de anlaşmalı boşanmaya ilişkin Md. 166/3 hükmü ile hâkime tarafları bizzat dinleme, bu anlamda hakimin eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını belirleme zorunluluğu getirilmesi karşısında; anlaşmalı boşanma davalarında da bu hükmün uygulanacağı söylenebilir. Ancak, ortak hayatın fiilen kurulaması nedenine dayalı olarak açılan boşanma davalarında "vicdanen kanaat" ilkesinin uygulanabilirliği açısından bu ölçüde net cevap vermek mümkün değildir. Zira, boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılacak ve eşlerden birinin istemi üzerine hakim boşanmaya karar vermek zorunda kalacaktır.

---

kuralı, konusunu hukuki işlemlerin oluşturduğu davalarda geçerli olan bir kuraldır(Gürdoğan, s. 213).

622 Akıntürk/Karaman, s. 281.

623 Y 2 HD, 04.10.2005, 7995/13482/Gençcan, s. 1423, dn. 640); Y 2. HD, 20.10.2003, 12310/13890(KAZANCI BİLGİ VE İÇTİHAT BANKASI).

624 Akıntürk/Karaman, s. 281.

2. Hâkimin Boşanma Davalarında Yemin Öneremeyecek Olması

HMK'de açık bir şekilde ayrım yapılmamış olmasına rağmen, hukukumuzda deliller, kesin delil- takdiri delil ayrımı esas alınarak incelenmekte, özellikle delillerin değerlendirilmesinde hakimin bağlılığı ve Kanun'da her bir delile bağlanan sonuçlar, böyle bir ayrım yapılmasını zorunlu kılmaktadır.[625]

Kesin delillere ilişkin olarak hâkime bir takdir yetkisi tanınmış değildir ve hâkim, taraflarca hazırlanma ilkesinin geçerli olduğu davalarda kesin delillerle ispat edilen bir vakıayı, ispat edilmiş kabul etmek zorundadır.[626] HMK'ye göre kesin deliller senet(HMK Md. 200 vd.), yemin(HMK Md. 225 vd.), kesin hüküm (HMK Md. 303) olmak üzere üç tanedir.[627]

Takdiri deliller ise, hâkimin sunulan delilin değerlendirilmesine ilişkin takdir hakkına sahip olduğu delillerdir. Buna göre, hâkim mahkemeye sunulan takdiri delillerle bağlı değildir.[628] HMK'ye göre takdiri deliller tanık (HMK Md. 240-265), bilirkişi (HMK Md.266–287), keşif (HMK Md. 288-292) olmak üzere üç tanedir.

Kesin delil nitelindeki yemin, davanın çözümünü ilgilendiren bir olayın doğru olup olmadığı konusunu kanunda belirtilen usule uyarak, mahkeme önünde, kutsal sayılan değerlerle teyit eden sözlü açıklamalardır.[629] Tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edemeyeceği vakıalar, bir işlemin geçerliliği için, kanunen iki tarafın irade açıklamalarının yeterli görülmediği hâller ile yemin edecek kimsenin namus ve onurunu etkileyecek veya onu ceza soruşturması ya da kovuşturması ile karşı karşıya bırakacak vakıalar yemine konu olamaz.[630]

---

625 Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 475.

626 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 429.

627 HUMK'de "Deliller ve İkamesi" başlığı altında düzenlenmiş bulunan "ikrar" HMK'de deliller arasında sayılmamış, "İspat ve Deliller" başlıklı kısmın, "İspatın Konusu" kenar başlıklı 187. maddesinde düzenlenmiştir.(Ayrıntılı bilgi için bkz. Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 429).

628 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 492.

629 Yasal yemin formülü, "Allah ve namus üzerine" (HUMK Md. 339) yemin iken; HMK (Md. 323) yemin edenin inancını göz önünde bulundurarak, "namus, şeref ve kutsal sayılan bütün inanç ve değerler üzerine" formülünü benimsemiştir(Yılmaz, (Değişiklikler), s. 29).

630 HMK Md. 226.

Boşanma davaları da tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkilerinin kısıtlı olduğu davalar olduğundan boşanma davalarında yemin geçerli olmayacaktır.[631] Bu davalar yemine konu olamayan hallerden birisidir ve yeminin kesin delil teşkil etmesinin istisnasını oluştururlar. Yine yeminin yerine getirilmesinin hukuki sonucu ikrar olduğundan, ikrarın delil olarak kabul edilmediği durumlarda yemine de başvurulamaması gerekir.[632]

Anılan nedenlerle, HMK Md. 225- 239'da düzenlenen taraf yemini[633] boşanma davalarında hem davacıya hem de davalıya önerilemeyecek, boşanma davaları ile diğer davalar arasında farklı bir durum ortaya çıkacaktır. Örneğin, zina sebebiyle açılan davada hakim, zina yaptığı iddia olunan eşe, zina yapmadığına ilişkin yemin teklifinde bulunamayacaktır.[634]

Yargıtay 2 HD de, 14.05.2005 tarih, 5888/8162[635] no'lu kararında boşanma davalarında davanın dayandığı olgular hakkında gerek re'sen gerek istem üzerine taraflara yemin önerilemeyeceğini belirmiş, davacının talebi üzerine davanın dayandığı olgular hakkında davalıya yemin önerilmiş olması ve davalının da yemini eda etmiş olmasını usul ve yasaya aykırı bulmuştur.

3. Tarafların İkrarının Hâkimi Bağlamayacağı

HMK Md. 188'de düzenlenen ikrar, taraflardan birinin veya vekilinin mahkeme önünde kendi aleyhine olan bir vakıanın doğru olduğunu beyan etmesi, böylece bu vakıayı çekişmeli olmaktan çıkarmasıdır.[636]Bu beyan diğer tarafı ispat yükünden kurtaracağından, bu anlamda ikrar davanın kabulüne benzetilebilirse de;

631 Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 255.

632 Petek, s. 39.

633 HMK, sadece bir tarafın diğerine yemin teklifini kabul etmiş; yeminin karşı tarafın vicdanına bırakılan bir durum olması ve bu riski sadece isterlerse tarafların alabileceği gerekçesiyle hakimin kendiliğinden yemin teklifine izin vermemiştir(Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 504).

634 Dural/Öğüz/Gümüş, s. 127.

635 Gençcan, s. 1424, dn. 646.

636 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 432.

davanın kabulünde istem sonucu kabul edildiği halde, ikrarda talep sonucunu haklı kılan olaylara ilişkin bir kabul beyanı vardır.[637]

TMK Md. 184/1, bent 3'e göre, tarafların boşanma davasının dayandığı olgu ve olaylara yönelik her türlü ikrarı hâkimi bağlamaz. Kanun, bu hükmüyle, tarafların önceden anlaşmak suretiyle boşanmak istemelerine engel olmak istemiştir. Örneğin, evlilik birliğinin sarsılmasına dayalı olarak açılan bir davada davalının "evet, ben dövdüm", zina sebebiyle açılan davada davalının "evet, ben zina yaptım", haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle açılan bir davalının "evet, ben haysiyetsiz sürüyorum" şeklindeki ikrarı hukuki sonuç doğurmayacak; hakim davalının gerçekten dövüp dövmediğini, zina yapıp yapmadığını, haysiyetsiz hayat sürüp sürmediğini davacıdan kanıtlamasını isteyecek, boşanma konusu olay ve olguların gerçekten mevcut olduğuna vicdanen kanaat getirdikten sonradır ki, boşanmaya karar verecektir. [638]

Boşanma davalarında hâkimin ikrarla bağlı olmaması, tarafların dava konusu üzerinde tasarruf yetkisini yeterince haiz olmamalarından ileri gelmektedir. Taraflara, ikrarda bulunma haklarını kullanarak, yargılamada etkili olma imkânı sağlanmamıştır.[639]

Özel boşanma sebepleri ile evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebine dayanan boşanma davalarında bu kuralın uygulanması bakımından bir sorun bulunmamaktadır. Ancak TMK 166/son cümlede bizi anlaşmalı boşanma davasında, hâkimin tarafların ikrarı ile bağlı olacağı sonucuna götüren istisna hükmü ne şekilde anlamak gerekecektir? Burada kanun hükmünü anlaşmalı boşanma davasında hakimin, boşanma konusu olay ve olguların gerçekliğinden ziyade, tarafların boşanma konusundaki iradeleri ile bağlı olduğu şeklinde anlamanın daha doğru olacağını düşünüyoruz.[640]

---

637 Pekcanıtez/ Atalay/ Özekes, s. 428.

638 Gençcan, s. 1425; Akıntürk/Karaman, s. 281.

639 Petek, s. 42.

640 Benzer olarak bkz. Dural/Öğüz/Gümüş, s. 281; Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 103, 104.

Zira, Yargıtay da böyle bir ayrıma giderek boşanma davasında tarafların her türlü ikrarının hakimi bağlamayacağını kabul etmekle birlikte[641]; TMK Md. 166/3 maddesinin koşulları gerçekleştiği durumda davalının boşanmayı kabul beyanına hukuki sonuç bağlanacağını ve boşanmanın gerçekleşeceğini kabul etmektedir.[642]

Ortak hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle açılan boşanma davalarında anlaşmalı boşanma davalarında olduğu gibi kanunen getirilmiş bir istisna hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle Yargıtay'ın 743 sayılı Türk Kanuni Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemden, yakın zamanlara kadar tarafların ilk boşanma davasının kesinleşmesinden sonra geçen üç yıllık süre içinde bir araya gelmediklerine yönelik ikrarının hakimi bağlamayacağını kabul ettiği söylenebilirse de, Yargıtay şimdiki uygulamasında davalının bu yöndeki ikrarını kabul etmektedir.[643]

4. Delillerin Serbestçe Değerlendirilmesi

Bir hakimin dosyada bulunan tüm delilleri serbestçe değerlendirmesinin mümkün olup olmadığı, davanın ve dava konusu olaylara ilişkin delillerin niteliğine göre değişecektir. Zira, kesin delillerle ispatın geçerli olduğu davalarda hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi mümkün olmayacaktır, çünkü kesin deliller hâkimi bağlayıcı niteliktedir.[644] Hâkimin delilleri serbestçe değerlendirmesi ilkesi ancak, takdiri delillerle ispatın söz konusu olduğu durumlarda geçerlidir.[645] Ancak bu kabul sadece dava malzemesinin taraflarca getirilmesinin uygulandığı ve dava

---

641 "…Boşanma davalarında, tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz.(TMK Md. 184/3). Taraflara delilleri sorulup, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken taraf beyanları ile yetinilerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir."(Y 2 HD, 1.6.2009, 8577-10443(Gençcan, s. 1425, dn. 653)).

642 "…Davalının boşanmayı kabul beyanı sonuç doğurmaz. Türk Medeni Kanunu'nun 166/3 maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Davanın reddi gerekirken kabulü doğru görülmemişse de bu yön temyiz edilmediğinden bozma nedeni yapılmamış, yanılgıya işaret etmekle yetinilmiştir."(Y 2 HD, 20.07.2009, 12484-14401(Gençcan, s. 1426, dn. 659)).

643 Gençcan, s. 1426; Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 123 vd.

644 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 429.

645 Pekcanıtez/ Atalay/Özekes, s. 264.

malzemesinin getirilmesine ilişkin tüm sorumluluğun taraflara ait olduğu davalar için geçerli olacaktır.[646]

Oysa re'sen araştırma ilkesinin geçerli olduğu boşanma davalarında, kanuni delillerin bağlayıcılığı kuralı söz konusu olmayacaktır.[647] Re'sen araştırma ilkesinin uygulama alanı bulduğu davalarda kanuni delil kuralları uygulanmayacaktır. Bu davalarda, medeni usul hukukunun gerçeğe ulaşma amacının sağlanabilmesi, hâkimin tarafların getireceği delillerle bağlı kalmaması yolu ile sağlanabilecektir.[648]Çünkü kanuni delil, hâkimin maddi gerçeğe ulaşmasını sınırlar.[649]

Boşanma davalarına özgü olarak TMK'de düzenlenen, hâkimin delilleri serbestçe değerlendireceği hususu, esasen HMK'de de düzenlenmiş olan bir hükümdür. Bu husus kanun koyucu tarafından özel olarak TMK' de boşanma davalarında uygulanacak olan usul kuralları kapsamında düzenlenmiş olmasaydı da, hâkimin delilleri serbestçe takdir edeceği hükmü, HMK' de yer alan genel kural sebebiyle boşanma davalarında uygulama alanı bulacaktı.[650]

Bununla birlikte boşanma ve ayrılık davalarında hakimce HMK Md. 255'de düzenlenen genel kural gereğince tanıkların gerçeği söylemiş oldukları kabul edilecek, taraflar bu durumun aksini iddia ve ispat edebileceklerdir. Bu anlamda dosyada tanıkların olmamışı olmuş gibi ifade ettiklerini kabule yeterli kanıt ve olgu yoksa, hakim tanık beyanlarına değer vermek durumunda kalacaktır.

Hakimin hükmün hangi nedenlere dayandığını, ileri sürülen olguların varlığı ya da yokluğuna ilişkin vicdani kanaatini oluştururken hangi delillere itibar edip, hangi delillere hangi gerekçeyle itibar etmediği hususlarını gerekçeli kararında açıklamış olması gerekmektedir. Aksi durum mahkeme kararlarının gerekçeli

646 Kuru/Arslan/Yılmaz s. 429; Yıldırım, s. 207.

647 Yıldırım, s. 207.

648 Yıldırım, s. 207.

649 Yıldırım, s. 207.

650 Petek, s. 42.

olmasını öngören Anayasa'nın 141/3 maddesine ve HMK 297. maddesinin (c) bendine aykırılık oluşturacaktır.[651]

5. Boşanmanın Fer'i Sonuçlarına İlişkin Anlaşmaların Ancak Hâkimin Onaylamasından Sonra Geçerli Olacağı

TMK'nin Md.184/5 hükmüne göre; boşanma veya ayrılığın fer'i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.

Boşanmanın asli sonucu, evliliğin sona ermesidir.[652] Boşanmanın ve ayrılığın fer'i sonuçlarına nelerin dahil olduğu, eşlerin yapacakları sözleşmede hangi konulara değinmeleri gerektiği sorusuna Yargıtay bir kararında[653] yapılacak sözleşmenin 743 sayılı TMK'nin 143-148 maddelerinde düzenlenen konularla sınırlı olması gerektiği şeklinde açıklık getirmiştir ki o halde boşanmanın fer'i sonuçlarının maddi tazminat(TMK Md. 174/1), manevi tazminat(TMK Md. 174/2)i yoksulluk nafakası(TMK Md. 175), velayet(TMK Md. 336/3), kişisel ilişki(TMK Md. 182/1, 323), iştirak nafakasından ibaret olduğu söylenebilir(TMK Md. 182/2).[654]

TMK Md. 184/bent 5 hükmündeki "boşanmanın fer'i sonuçları" deyimiyle, TMK Md. 166/3'de düzenlenen "boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu" deyimi aynı şeyi ifade etmektedir.[655]

Boşanma durumunda olan eşler, aralarında yapacakları bir sözleşme ile boşanmanın fer'i sonuçlarını saptayabilirler. Taraflar kendi aralarında anlaşarak hazırlamış oldukları sözleşmeyi mahkemeye sunarlar. Sözleşmenin geçerlilik

---

651 Konuya ilişkin Y HGK, 2009/19-285 E., 2009/319 K. no'lu karar için bkz. Türk Hukuk Sitesi/ Anayasa Şerhi/ Madde 141/3(http://www.turkhukuksitesi.com/serh.php?did=6261(erişim tarihi: 10.02.2013).

652 Öztan, s. 458.

653 Y 2 HD, 14.02.1995, 925/1772(Gençcan, s. 1430, dn. 676).

654 Gençcan, s. 1430.

655 Gençcan, s. 1430.

kazanabilmesi, hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır.[656]Hakimin rızası anlaşmanın geçerlilik koşuludur.[657]

Yargıtay'ın aksi yöndeki görüşüne rağmen, bizim de katıldığımız doktrindeki hakim görüşe[658] göre hakimin onayladığı sözleşmelerin hukuki sonuç doğurabilmesi için boşanma kararının hüküm fıkrasında yer alması gerekmektedir.

6. Taraflardan Birisinin İstemi Üzerine Boşanma Davasına İlişkin Duruşmaların Gizli Yapılabileceği

Genel usul kurallarına yönelik HMK Md. 28 doğrultusunda bir düzenleme TMK Md. 184/bent 6 hükmü ile Türk Medeni Kanunu hükümleri arasında da yerini alınmış, boşanma veya ayrılık davasının duruşmasının taraflardan birinin istemiyle gizli yapılmasına karar verilebileceği ayrıca düzenlenmiştir.

Hakim, tarafların kişilik haklarını doğrudan ilgilendiren konularda bu yetkisini özellikle kullanmalıdır.[659]

656 Akıntürk/Karaman, s. 282.

657 Öztan, s. 417, 418.

658 Ayrıntılı bilgi için bkz. yukarıda s. 107.

659 Gençcan, s. 1433.

SONUÇ

İçinde yaşadığımız toplumun temel dayanağı olan aile, insanların birlikte yaşamak üzere bir araya geldikleri toplulukların en küçüğü ve eskisidir. İnsanoğlunun dünyaya gözünü açtığı anda kendisini içinde bulduğu ve ilişkiye geçtiği ilk toplumsal birim ailedir. İnsanlar bu birim içerisinde yaşamlarını başlatır ve sürdürürler. Bilhassa kişinin topluma kazandırılmasında ve hazırlanmasında ailenin yadsınamaz bir önemi olduğu muhakkaktır. Bu bakımdan aile yaşamı ve bu yaşamda yer alanların davranış ve ilişkileri ne kadar sağlıklı ve düzenli olursa, onların topluma kazandıracakları bireyler de o kadar sağlıklı ve yararlı kişiler olurlar.

Evlilik sözleşmesinin doğası ve hukuksal niteliği gereği sözleşmenin kurulmasıyla eşler tamamen farklı ve yeni hukuksal bir statüye tabi olmaktadırlar. Eşlerin tabi olduğu bu farklı ve yeni hukuksal statü, evlilik sözleşmesinin sona ermesine kadar kural olarak devam eder. Evlilik sözleşmesi, en tabii olarak ölümle sona erebileceği gibi, günümüzde en az ölüm kadar tabii görülen boşanmayla da sona erebilir.

Boşanma kavramı ve boşanma konusundaki sistemler incelendiğinde, boşanmaya bakış açısında toplumun dini, ahlaki, siyasi eğilimlerinin ve aileye tanıdığı rollerin etkili olduğu görülmüştür. Birey-devlet ilişkisinde bireyin rolünün etkinleşmesi boşanmayı da kolaylaştırmış, bireyselleşme ile birlikte evlilik kamu düzeni ile ilgili olmaktan çıkmıştır. Evliliğin sürekliliği düşüncesi, yerini eşlerin kişiliklerini serbestçe geliştirmesi düşüncesine bırakmış, geçmişte boşanma yasağı sistemini katı şekilde uygulayan Katolik ülkelerde bile boşanma serbestisi sistemi getirilmiştir.

Türk hukukunda boşanma nedenleri bakımından sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir. Buna göre hâkim, eşlerin boşanmalarının sağlanması noktasında, kanunda öngörülmeyen bir nedene dayalı olarak boşanmaya karar veremez. Boşanma

sebepleri, Medeni Kanunumuzun m. 161–166 arasında düzenleme bulmuştur. Bu düzenlemeye bağlı olarak ise, hukukumuzda boşanma sebepleri genel ve özel sebepler olarak ikiye ayrılmıştır. Genel boşanma sebepleri evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması olmak üzere üçe ayrılmaktadır.

Anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması sebeplerinin genel boşanma sebeplerinden olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, bu iki nedenin MK m. 166' da düzenlenmiş olması ve bu maddenin lafzında kanun koyucunun evlilik birliğinin sarsılmış olduğunu karine olarak kabul etmiş olması karşısında bu iki nedenin de genel boşanma sebeplerinden olduğu kanaatine varılmıştır. Ancak anlaşmalı boşanma ile ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinde hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı yönünde herhangi bir araştırma yapma yetki ve görevinin olmaması, bu duruma bağlı olarak tarafların bu yönde ispat yükümlülüklerinin bulunmaması, buna karşın; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında birliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığının dosya kapsamında ispatlanması gereğinin zorunluluk olarak ortaya çıkması göz önünde bulundurulduğunda anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin farklı maddelerde toplanmasının daha yerinde bir düzenleme olacağı söylenebilir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında belli olgu ya da olay söz konusu olmayıp her türlü olayın geçimsizliğe sebebiyet vermesi mümkündür. Buna karşın özel boşanma nedenlerinde ise, ancak kanun koyucunun öngörmüş olduğu olayların geçimsizliğe esas alınabilmesi söz konusudur. Kaldı ki suç işlemek haysiyetsiz hayat sürme ve akıl hastalığında olduğu gibi boşanmaya karar verilebilmesi için kanun koyucunun öngördüğü olayların meydana gelmiş olmasının yanında, aynı zamanda evlilik birliğinin çekilmez hale de gelmiş olması aranır. Bunlara bağlı olarak, genel boşanma nedenlerinin özel boşanma nedenlerini kapsadığı ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılması için öngörülmüş olan çekilmezlik koşulunun bir kısım özel boşanma nedenleri bakımından da öngörüldüğü söylenebilir.

Uygulamada genel boşanma nedenlerinden evlilik birliğinin temelinden sarsılması aynı zamanda özel boşanma nedenlerini de kapsamına aldığından, özel boşanma nedenlerine dayalı olarak açılan davaların nadir olarak ortaya çıktığını görmekteyiz. Nitekim, Başbakanlık Devlet İstatistik Enstitüsü"nün yaptığı boşanma nedenlerine dayalı araştırmaya göre 1997-2003 yılları arasında Türkiye"de boşanmaların ortalama % 94'ü evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı olarak gerçekleşmiştir. Bu nedenle özel boşanma sebeplerinin nispileştirilmesi eğiliminin sonucu olarak Alman ve İsviçre Hukuklarında özel ve genel boşanma sebeplerinin aynı çatı altında toplanması Türk Hukukunda da hukuki işleyiş açısından çok daha uygun olacaktır.

Eski Medeni Kanunu'muzda 1988 yılında kabul edilen 3444 sayılı yasayla yapılan değişikliğe kadar daha ağır kusurlu eşe evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak dava açma imkânı tanınmamıştı. Anılan yasayla yapılan değişiklikten sonra kusur evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı davalar bakımından tali planda tutularak daha ağır kusurlu eşe de dava açma hakkı tanınmıştır. Bu düzenleme geçerliliğini yeni Medeni Kanunumuzda aynen korumuşsa da Yargıtay uygulamada tamamen kusurlu olan eşe dava açma hakkı tanımamaktadır. Yargıtay'a göre evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi davalının az da olsa kusurlu olmasına bağlıdır.

Önceki Medeni Kanun zamanında doktrinde oldukça tartışmalı olan eşlerden birinin diğerinden daha fazla kusurlu olmasına karşın dava açmış olması halinde, davacının daha fazla kusurlu olduğunun def'i yoluyla mı ileri sürüleceği yoksa itiraz olarak hâkim tarafından kendiliğinden mi dikkate alınacağı tartışmasının; 3444 sayılı kanunla EMK Md. 134'de itirazın doğrudan doğruya davalıdan gelmesi gerektiği, bu anlamda esas olarak bir def'i olduğu sonucu çıkacak şekilde yapılan düzenlemenin 4271 Türk Medeni Kanunumuzca 166/II. maddede aynen korunması karşısında, artık bir anlam ifade etmediği, burada bir def'inin bulunduğu söylenebilir.

Hâkim, davacı daha kusurlu olsa bile, şu ya da bu sebeple boşanmak istemeyen, sırf davayı uzatmak ya da karşı tarafı bıktırıp ondan çıkar sağlamak için

def'i hakkını kullanan davalının, bu hakkını kötüye kullanıldığını görürse, boşanmaya karar verebilecektir.

TMK Md. 166/1, 2 uygulamasında "evlilik birliğinin sarsılmış olması" olgusu ile "ortak hayatın çekilmez oluşu" olgusunu ayırmak kolay değildir. Burada, "ortak hayatın çekilmez hale gelmesi" nin,"evlilik birliğinin temelden sarsılması"na eklenen bir şart değil, sarsılmanın "şiddet derecesi" olduğunu söylemek yerinde olacaktır. Zira, bir madalyonun iki yüzü olarak da adlandırabileceğimiz bu iki kavram birbirlerinin yerlerine de kullanılmaktadır. Şöyle ki evlilik birliğinin ne ölçüde sarsıldığını anlayabilmek için bu evlilikte ortak hayatı sürdürmenin davacıdan beklenip beklenemeyeceğine bakmak gerekirken; davacı eşten ortak hayatı sürdürmesinin beklenebilip beklenemeyeceğinin anlayabilmek için de evlilik birliğinin ne ölçüde sarsılmış olduğuna bakmak gerekecektir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebiyle boşanma davasında, evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek dereceye getiren davranışlar ise bugüne kadar olan uygulama ile Yargıtay 2. Hukuk Dairesi tarafından içtihatlarla belirlenmiştir.

Öğretide bir takım olayların varlığının "çekilebilirlik karinesi"ni gündeme getireceği ve evliliğin boşanmayla kural olarak sona ermeyeceği kabul edilir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabilecek olaylardan sonra eşlerin bir araya gelmiş olması halinde eşlerin önceki olayları affetmiş sayılacaklarına ilişkin Yargıtay uygulamasına şüpheyle yaklaşılabilir. Zira gösterilen barışma girişimlerine rağmen evlilik birliğinde düzelme yolunda herhangi bir aşama kat edilememişse, artık evlilik birliğinin temelinden şiddetli olarak sarsıldığının kabulü gerekir.

Yargıtay HGK ve 2 HD'nin boşanma kararı verilip kesinleşmediği sürece sadakat ve/veya yardım yükümlülüğüne aykırı bütün davranışların boşanma sebebi olarak kabul edilip değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin görüşü, boşanma davalarının açıldığı tarihteki hukuki ve maddi vakıalara göre çözüleceğine ilişkin vazgeçilmez usul ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması konusunda ispat araçlarından en yoğun kullanılanı tanık anlatımlarıdır. Tanıkların taraflardan biriyle olan akrabalık ilişkisinin, tek başına tanık anlatımlarının hükme esas alınmasını engellemeyeceği,

aksine ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar yoksa tanıkların gerçeği söylemiş olduğuna ilişkin genel kuralın uygulanacağı söylenebilir.

Yargıtay'ın evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin olarak açılan boşanma davasında, eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığının önem ve öncelik taşıdığı düşüncesiyle davacı-davalı koca tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, ses kayıtlarına ilişkin CD'nin, davalının "özel hayatının gizliliği" ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiğine ilişkin itirazı kabul etmediği kararı dikkat çekicidir.

Her ne kadar Alman Medeni Kanunu(BGB)'ndan farklı olarak, TMK'nin lafzında "kesin karine" tabiri yer almasa da, TMK Md. 166/4. fıkrasındaki koşulların varlığı halinde hakimin boşanmaya karar vermek zorunda olması karşısında; ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olan bu boşanma sebebinin Türk Hukukunda uygulaması oldukça fazla olan bir kesin karine niteliğinde olduğu söylenebilir. Öte taraftan, TMK'nin 166/3 maddesi hükmünde hakimin birlikte başvuran eşlerin saiklerini araştırma gibi bir yükümlülüğü olmadığından burada da esas kesin bir karine vardır.

Anlaşmalı boşanma hukuk sistemimize 1988 tarihinde 3444 sayılı yasayla 743 sayılı Medeni Kanunumuzda yapılan değişiklikle getirilmiştir. Anlaşmalı boşanmada evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine ilişkin boşanma davasındakinin aksine, tarafların ikrarı hâkimi bağlar. Eşlerin birlikte başvurmaları halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu yönünde aksinin öngörülmesi mümkün olmayan kanuni bir karine ortaya çıkar.

Ancak burada hâkimin tarafların ikrarıyla bağlı olacaklarına ilişkin kural evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğinin tespiti bakımındandır. Hâkim çocukların durumu ile mali hükümler bakımından tarafların ikrarı ile bağlı değildir. Anlaşmalı boşanmada hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı hususunda araştırma yapma yetkisi ve yükümlülüğünün olmamasına karşın, tarafların boşanma konusundaki iradelerini serbestçe ortaya koyup koymadıklarını denetleme yükümlülüğü vardır. Bu nedenle eşler bizzat davanın açıldığı mahkeme hâkimi

tarafından dinlenmelidir. Buna bağlı olarak akıl hastalarının anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verilemez.

Hâkimin çocukların durumu ve mali hükümler bakımından ortaya çıkan protokolü yerinde görmemesi halinde protokol üzerinde gereken değişiklikleri yapması mümkündür. Protokolün kabul edilebilirliği noktasında uluslar arası ve ulusal mevzuatta belirlendiği üzere çocuğun dinlenilme hakkı önem taşımaktadır. Ancak anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için tarafların hâkimin yapmış olduğu protokole ilişkin değişiklerin eşlerce de kabul edilmiş olması gerekir.

Çocukların durumuna özellikle de velayete ilişkin hususlarla iştirak nafakası ile ilgili konular girer. Mali sonuçlara ise maddi, manevi tazminat ile yoksulluk nafakası girer. Bu kalemler dışındaki hususlar hâkim tarafından yerinde görülmese bile boşanmaya karar verilebilir. Zira protokol hükümlerinin uygun görülmesine ilişkin zorunluluk sadece çocukların durumu ve mali sonuçlarla sınırlıdır. Ayrıca tarafların bu kalemler dışındaki hususlar bakımından herhangi bir belirleme yapmaları mümkündür.

Anlaşmalı boşanmada saikin önemli olup olmadığına ilişkin olarak Yargıtay'ın eski tarihli kararlarıyla yeni tarihli kararları arasında bir birlik yoktur. Ancak Yargıtay'ca verilmiş olan son tarihli kararlar saikin önemli olduğu yönündedir. Uygulamada ortaya çıkan anlaşmalı boşanma davalarının büyük bir çoğunluğu kadının dul maaşı alması ya da kocanın yurt dışına gitmesi amacına dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Hakim saik araştırması yapmayacaktır. Ancak eğer taraflar dilekçelerinde veya duruşmadaki sözlü beyanlarında yetim aylığı alabilmek veya alacaklılardan mal kaçırmak gibi amaç ve niyetlerle boşanmak istediklerini beyan etmişler ve bu beyanları tutanağa geçirilmişse hakim boşanma talebinin reddine karar vermeli, kanuna karşı hile teşkil edecek bir işleme göz yummamalıdır.

Yargıtay uygulamasına göre anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartların yerine gelmemesi halinde dava reddedilmemeli, davaya kaldığı yerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası olarak devam edilerek, bu yöndeki taraf deliller toplanmalıdır.

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi için, daha öncesinde herhangi bir nedene dayalı olarak açılan boşanma davasının herhangi bir nedenle retle sonuçlanması, buna ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren üç yılın geçmesi ve bu süre içerisinde eşlerin evlilik birliğinin kendilerine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmekten ve hakları kullanmaktan kaçınma sonucunu doğuracak bir biçimde bir araya gelmemiş olmaları gerekir.

Üç yıllık süre hakkın varlık şartı yani dava şartı olduğu için hâkim bunu re'sen göz önünde bulundurur. Eşlerin üç yıllık süre boyunca kesintisiz olarak bir araya gelmemiş olmaları gerekmektedir.

Burada hâkimin boşanma kararı verebilmesi için eşlerin kusur durumlarını araştırması gerekmemektedir. Zira, nasıl eşlerin boşanma konusunda anlaşmaları evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin bir karine teşkil ediyorsa, eşlerin üç yılı fiili olarak ayrı geçirmeleri de evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin bir karine teşkil eder. Benzer şekilde redle sonuçlanan boşanma davasında, eşlerden birinin diğerine göre daha az, daha fazla kusurlu olması veya tamamen kusursuz olmasının da açılacak dava bakımından bir özelliği bulunmayacaktır.

Ancak hakim, ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davasında boşanmanın eki niteliğindeki maddi ve manevi tazminat hakları ile nafakaya ilişkin talepler bakımından kusura ilişkin olguları araştırarak olumlu ya da olumsuz bir karar vermelidir.

Belirtelim ki aynı dilekçede fiili ayrığa ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına aynı anda dayanılması mümkündür. Ancak bu durumda her iki neden bakımından araştırma yapılarak ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır.

Anlaşmalı veya ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davalarında dava sürecinde henüz karar kesinleşmeden davacının ölmesi halinde, davacı mirasçılarının davalının ağır kusurlu olduğunun tespitini isteme ve bu yolla davalının davacıya mirasçı olmasını engelleme imkânları bulunmalıdır. Zira, ölüm

nedeniyle zaten son bulmuş bir evliliğin ardından davacı mirasçılarına tanınan ve kusurlu eşin tespitine yönelik bu hakkın boşanma sebepleri arasında herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanabilmesi gerekir.

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına ilişkin davaya esas alınacak retle sonuçlanan boşanma davasının feragatle sonuçlanması durumunda da bu şartın yerine geldiğinin kabulü gerekir. Zira, feragat nedeniyle davanın reddine şeklinde karar verildiğinde, bu karar esasa ilişkin bir red kararı olacağından, üç yıllık sürenin feragat tarihinden itibaren başlatılmasında hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır.

Boşanma davalarında dava malzemesinin taraflarca getirilmesi ilkesinin sınırlı bir şekilde uygulandığı söylenebilir. Zira her ne kadar TMK Md. 184/bent 1 hükmü ile aile mahkemesi hakimi, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe bunları ispatlanmış sayamayacak ise de; TMK Md. 166/4 hükmünün varlığı bizi boşanma davasının ne tam olarak kendiliğinden araştırma ilkesi ne de tam olarak taraflarca getirilme ilkesinin mutlak olarak uygulandığı bir dava olduğu sonucuna götürür.

KAYNAKÇA

1. Akıntürk, Turgut/ Ateş Karaman, Derya: Türk Medeni Hukuku Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. 2, 12. Bası, İstanbul 2010.

2. Akil, Cenk: Boşanma Davalarında Vakıaların İleri Sürülmesi Meselesinin Yargıtay Kararlarındaki Görünümü, http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz12-1/cenkakil.pdf(erişim tarihi: 16.02.2013).

3. Akil, Cenk: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Sulh ve Sulh Yoluyla Şarta Bağlı Hüküm Verilip Verilemeyeceği Meselesi, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. XVI, Y. 2012, Sayı: 4, s.1-18.

4. Alagonya, Yavuz/ Yıldırım, Kâmil/ Deren-Yıldırım, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2006.

5. Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı(Çev.:Hanswerner Odendahl, Burcu Uslu)", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 2, Ankara 2010, s. 1499-1513.

6. Anıl, Yaşar Şahin: Boşanma Sebebi Olarak Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması: Geçimsizlik, 2008 İstanbul.

7. Aras, Bahattin: Aile Mahkemelerinde Tarafların Sulh Yoluyla Çözüme Teşviki, Yargıtay Dergisi, C.31, S. 3, 2005, s. 304.

8. Ayan, Serkan: Evlilik Birliğinin Korunması, TBB, Ankara 2004.

9. Ayan, Serkan: "Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet", Legal Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 38, Şubat 2006, s. 415-445

10. Ayiter, Nuşin: "Medeni Kanun Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 165-174.

11. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü**,** Aile İçi Şiddetle Mücadele El Kitabı.

12. Boşanma Nedenleri Araştırması, TC. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2009.

13. Baktır, Selma: Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.

14. Başpınar, Veysel: "Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz", AÜHFD, C. 52, S. 3, s. 79-102.

15. Baygın, Cem: "4721 Sayılı Yeni Medeni Kanunun Evlenme, Boşanma ve Evliliğin Genel Hükümleri Konusunda Getirdiği Değişiklikler", Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul 2003, s. 437-461.

16. Burcuoğlu, Haluk: "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İÜHFM, C. XLVIII-XLIX, S. 1-4, İstanbul 1983. (Alman Boşanma Sistemi).

17. Burcuoğlu, Haluk: "Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, Boşanma Davasında Talep Edilen Maddi, Manevi Tazminat ve Aile Mahkemelerinin Görev Alanı Konularında Somut Kararlardan Hareketle Yapılması Zorunlu Görülen Bazı Gözlemler", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, C. I, İstanbul 2010, s.593-610(Gözlemler).

18. Burcuoğlu, Haluk: "4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası ile İlgili Gözlemler", Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Reyegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 381-391.

19. Cansel, Erol: "Türk Ailesinin Anayasanın 41. Maddesine Göre İncelenmesi", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s.405-415.

20. Cansel, Erol: "Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 67-111.

21. Ceylan, Ebru: Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.

22. Ceylan, Ebru: "Türk ve İsviçre Hukukunda Boşanma Davasıyla İlgili Usul Kuralları", MÜHFD, İstanbul 2006/2.

23. Cin, Halil: Eski Hukukumuzda Boşanma, Konya 1988.

24. Cin, Halil: "Tarih Boyunca Kadının Hukuki Statüsü Açısından Türk Kadınının Durumuna Kısa Bir Bakış", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 1-25.

25. Çakın, Akın: Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 2007.

26. Demir, Şamil: "Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi", Ankara 2011.

27. Doğan, İzzet: "Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı(TMK 181. Madde)" Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2006, s. 1032 vd.

28. Dural, Mustafa/ Sarı, Suat: Türk Özel Hukuku C. I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2010.

29. Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku C. III Aile Hukuku, İstanbul 2010.

30. Ercan, İbrahim: "Aile Mahkemesinde Uyuşmazlıkların Sulh Yoluyla Çözümlenmesi", Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.

31. Ergün, Ömer: "TMK'nin 166. Maddesinde Düzenlenen Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi(SBArD), Diyarbakır 2005, s. 431-457.

32. Feyzioğlu Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku Dersleri, İstanbul 1971.

33. Filiz, Orhan ve Diğerleri: "Türkiye'de Aile Mahkemeleri Uygulaması ve Uygulamanın Değerlendirilmesi", Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü, Ankara 2009.

34. Gençcan, Ömer Uğur: Boşanma Tazminat ve Nafaka Hukuku, Ankara 2010.

35. Gençcan, Ömer Uğur:"Boşanma Davalarında Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu", Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. 1, Ankara 2010, s. 1017-1039.(Delillerin Değerlendirilmesi)

36. Gönenç, Fulya İlçin: "Roma Hukukunda Boşanma", EÜHFD, C. VII, S. 1-2, Haziran 2003, s. 645-654.

37. Gümüş, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.

38. Gürdoğan, Burhan: "Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 205-219.

39. Gürsoy, Kemal Tahir: "Eşlerin Anlaşması Suretiyle Boşanma", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. III, Ankara 1977, s. 127-163.

40. Gürsoy, Kemal Tahir: "Boşanma Hukukunun Tarihî Gelişimine Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Gelişmeler", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. II, Ankara 1977, s. 1-45.

41. Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona: Aile Hukuku, İstanbul 1993.

42. Hausheer, Heinz: "Yeni İsviçre Boşanma Hukuku'nun Yenilikleri", İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 32 (Çev.: Dr. İur Ali Çivi, Lic. İur. Denise Unkan).

43. Helvacı, Serap: "İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, s.1151-1169.

44. İpek, Ali İhsan: Türk Hukukunda Genel Boşanma Sebepleri, Konya 2007.

45. Kaçak, Nazif: Açıklamalı ve İçtihatlı Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007.

46. Karagülmez, Ali/ Ural, Sezai: Aile Mahkemelerinin Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2003.

47. Karahasan, Mustafa R.: "Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı", İBD, C. 36-37, S. 3, İstanbul 1967.

48. Kılıçoğlu, Ahmet: Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. B., Ankara 2004.

49. Kılıçoğlu, Ahmet: "Boşanmayla İlgili Olarak Medeni Kanunumuzda Yapılan Son Değişiklikler", ABD, 1988/3, s. 383-392(Değişiklikler).

50. Kocayusufpaşaoğlu, Necip: "Medeni Kanunun 3444 Sayılı Kanunla Değiştirilmiş 134. Maddesinin 3. Ve 4. Fıkraları Çerçevesinde Açılan Boşanma Davalarında Hâkim Ayrılığa Hükmedebilir mi?", Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 113-121.

51. Koçhisarlıoğlu, Cengiz: "İsviçre'de Evlilik Birliği Hukukundaki Son Gelişmeler", Prof. Dr. Jale Akipek'e Armağan, Konya 1991, s. 431-452.

52. Koçhisarlıoğlu, Cengiz: "Aile Hukuku Kavramlarının Farklılığı", AÜHFD, C. 53, S. 3, Ankara 2004, s. 19-28.

53. Köprülü, Bülent: Medeni Hukuk Genel Prensipler, Kişinin Hukuku, Aile Hukuku, İstanbul 1970-1971.

54. Köseoğlu, Bilal: "Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi", Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 1, S. 1, 2006, s. 7-13.

55. Kuntalp, Erden: "Mutlak Boşanma Nedenleri", AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. III, Ankara 1977, s. 113-125.

56. Kuru, Baki/ Arslan, Ramazan/ Yılmaz Ejder: Medeni Usul Hukuku, Genişletilmiş 16. baskı, Ankara 2005.

57. Oğuzoğlu, Cahit: Medeni Hukuk II Aile Hukuku, Ankara 1958.

58. Oğuzman, Kemal/ Dural, Mustafa: Aile Hukuku, İstanbul 1994.

59. Oğuzman, Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay – Özdemir, Saime: Kişiler Hukuku, İstanbul 2005.

60. Oktay, Saibe: "İsviçre'de Yasal Değişiklikler ve Mahkeme İçtihatları Işığında Evlenme ve Boşanma Hukukunda Gelişmeler", GÜSBD, Kış 1996, 53vd.

61. Önen, Ergin, Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara, 1972.

62. Önder, Akil: "Sulh Teşebbüsü ve İhtar Davalarını Mevzuatımızdan Çıkarmak Suretiyle Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Medeni Kanunda Tadilat İcrasına İhtiyaç Var mıdır? ", AD, 1942, S. 9.

63. Özbek, Mustafa: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "Aile Arabulucuğu" Konulu Tavsiye Kararı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi Cilt : 7, Sayı : 2, 2005, s.71-102.

64. Özdemir, Nevzat: Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.

65. Özdemir/ Oktay, Saibe: "Boşanma Davalarında Çocuklara İlişkin Kararlar Bakımından Çocuğun Dinlenme Hakkı"(Dinlenme Hakkı), Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, C. 2, İstanbul 2009, s. 1219-1242.

66. Özden, Salih: Boşanma Sebepleri Bakımından Aile İçi Şiddet, İstanbul 2010.

67. Özer, Ahmet: "İsviçre'de Aile Rejiminde Son Gelişmeler", YD, 1988, C. 14, s. 114 vd.

68. Öztan, Bilge: Aile Hukuku, Ankara 1979.

69. Öztan, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004(Yeni Aile).

70. Öztan, Bilge: "Türk Medeni Kanununa Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma", Prof. Dr. Turgut Kalpsüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 713-728(Boşanma).

71. Öztan, Bilge: "3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun 134. Maddesi", Prof. Dr. Haluk Tandoğan'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 110-137(Değişiklikler).

72. Öztan, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, Ankara 2008.

73. Öztürk, Özge: Genel Boşanma Sebepleri, İstanbul 2010.

74. Özuğur, Ali İhsan: Evlilik Birliğini Sona Erdiren Sebepler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2008.

75. Pekcanıtez, Hakan/ Atalay, Oğuz/ Özekes, Muhammet: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 11. Bası, Ankara 2011.

76. Petek, Hasan: "Medeni Usul Hukukunda Hâkim Olan İlkeler Işığında Boşanma Davaları", İzmir Barosu Dergisi, S. 2, 2000, s.25–40.

77. Schwarz, Andreas: Aile Hukuku I, 2. Bası, çev.: Bülent Davran, İstanbul 1946.

78. Sirmen, Lale/ Koçhisarlıoglu, Cengiz/ Tanrıver, Süha/ Süral, Nurhal/ Tercan, Erdal: Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Prof. Dr. Turhan Esener'e Armağan, Ankara 2000, s. 1–32.

79. Demir, Şamil: Avukatın Uzlaşma Sağlama Yetkisi, Ankara 2011.

80. Şıpka, Şükran: "Avrupa Birliği Aile Hukuku ve CEFL", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 10, 2006/2, s. 163-172.

81. Tandoğan, Haluk: Aile Hukuku Ders Notları, Ekleme ve Sınıflandırma Yapan: Nuşin Ayiter, Ankara 1965.

82. Tekinay, Selahattin: Türk Aile Hukuku, 7. B., İstanbul 1990.

83. Tercan, Erdal, "Türk Aile Mahkemeleri", AÜHFD, sayı 3, Ankara, Mart, 2003.

84. Topuz, Gökçen: Medeni Usul Hukukunda Karinelerle İspat, Ankara 2012.

85. Tur, İsmail Hakkı: "Medeni Kanunumuzdaki Boşanma Sebeplerinin Kanun ve İçtihat Bakımından Mukayeseli bit Tetkiki", Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1944.

86. Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ankara 2002.

87. Tutumlu, Mehmet Akif: Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, Ankara 2009.

88. Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Ankara 2002(Gerekçe).

89. Uçar, Mehmet Ali: Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara 2003.

90. Umar, Bilge/ Yılmaz, Ejder: İsbat Yükü, İstanbul 1980.

91. Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

92. Uyar, Talih: "Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1229-1281.

93. Uyar, Talih/Uyar, Alper/Uyar, Cüneyt Gerekçeli İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 2006.

94. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1960(Aile Hukuku).

95. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: "Türk Evlilik Hukukunun Bugünkü Meseleleri Üzerine Düşünceler", Medeni Kanunun XV. Yıldönümü İçin, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1944.

96. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: "Boşanma Sebeplerinin, hukuk tarihi, kilise hukuku ve hukuku politikası bakımından umumi surette tetkiki", Cemil Bilsel'e Armağan, İstanbul 1939, s. 667-693.

97. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet: "İmtizaçsızlık nedeniyle Boşanmada Kusur Mefhumu", İstanbul 1943.

98. Yıldırım, Kamil: Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990.

99. Yılmaz, Ejder: "Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Değişiklikler",(http://www.muglabarosu.org.tr/upload/UserUpload/file/hmkyenilikler.pdf)(Değişiklikler).

KULLANILAN BİLGİ BANKALARI VE İNTERNET SİTELERİ

KAZANCI İÇTİHAT BİLGİ BANKASI http://www.kazancı.com.tr

http://www.turkhukuksitesi.com

http://www.muglabarosu.org.tr

http://www.tuik.gov.tr

http://web.deu.edu.tr

http://www.muglabarosu.org.tr

http://dosyalar.hurriyet.com.tr

http://www.takvim.com.tr

ÖZET

Bu çalışmanın konusu, genel boşanma sebebi olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması kavramının açıklanması, kavramın içeriğinin belirlenmesinde dikkat edilecek hususlar, diğer boşanma sebeplerinden farkları, kusur ilkesinin bu boşanma sebebine etkisi, bu davalarda uygulanacak usul kuralları ve Yargıtay uygulamasının neler olduğudur. Bu çalışma giriş, dört bölüm ve sonuç kısmından oluşmaktadır.

Giriş bölümünde; genel olarak aile ve boşanma kavramları, birinci bölümde; boşanma hukukunda benimsenen sistemler, boşanmanın dayandığı temel ilkeler ve Türk Hukukunda özel boşanma sebepleri, ikinci bölümde; boşanma nedeni olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılması, üçüncü bölümde; yasal karineler ve dördüncü bölümde ise, usul ilkeleri ve uygulamadaki sorunlar incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Boşanma, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması

ABSTRACT

The objective of this study is to define the serious undermining of the marriage union which is declared as the basis for dissolution of marriage as well as the issues to be considered during specifying the content of this concept, its difference from other divorce bases, the effects of the fault principle in this divorce basis, the procedural rules which shall be applied in these law suits and the details of Supreme Court of Appeal decrees on this law suit type.

Family and divorce concepts are generally mentioned in the introduction part of this paper. In the first part, the systems that are adopted in divorce law, the basic principles which divorce refers to and the special bases for divorce in Turkish Law are mentioned. In the second part, the dissolution of marriage due to serious undermining of the marriage union and in the third part; the legal dates; and in the fourth part; the procedural principles and the problems encountered during its application are mentioned.

Key Words: Divorce, Divorce due to serious undermining of marriage union.