

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİ İLE BOŞANMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ahmet Gökçen

1204010003

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Cem AKBIYIK

HAZİRAN 2021

T.C. İSTANBUL KÜLTÜR ÜNİVERSİTESİ
LİSANSÜSTÜ EĞİTİM ENSTİTÜSÜ

SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİ İLE BOŞANMA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Ahmet Gökçen

1204010003

Anabilim Dalı: Özel Hukuk

Programı: Özel Hukuk

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Cem AKBIYIK

Jüri Üyeleri: Dr. Öğr. Üyesi Cüneyt BELLİCAN

Dr. Öğr. Üyesi Mustafa Cahit GÜNEL

HAZİRAN 2021

ÖNSÖZ

Yüksek lisans tez çalışmamın her aşamasında değerli katkılarda bulunan ve desteklerini esirgemeyen tez danışmanım Sayın Doç. Dr. Cem Akbıyık'a sonsuz teşekkürlerimi arz ederim.

Ayrıca bugünlere gelmemde sonsuz emekleri olan ve her zaman desteklerini yanımda hissettiğim aile üyelerime ek olarak varlığıyla her zaman güç veren değerli dostum Av. Mert Doğan'a teşekkürlerimi sunarım.

Haziran 2021

Ahmet GÖKÇEN

Üniversite : T.C. İstanbul Kültür Üniversitesi
Enstitü : Lisansüstü Eğitim Enstitüsü
Anabilim Dalı : Özel Hukuk
Programı : Özel Hukuk
Tez Danışmanı : Doç. Dr. Cem AKBIYIK
Tez Türü ve Tarihi : Yüksek Lisans – Haziran 2021

ÖZ

SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİ İLE BOŞANMA

Ahmet GÖKÇEN

Çalışmamızda, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesinde düzenlenmiş olan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davası, doktrindeki tartışmalar ve Yargıtay kararları ışığında ele alınmıştır. Çalışmamızın ilk bölümünde, aile ve boşanma kavramlarına yer verilmiş olup boşanma kavramı, tarihçesi ve dayandığı temel prensipler çerçevesinde incelenmiştir. Sonrasında asıl tez konumuz olan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma kavramları ayrıntılarıyla açıklanmış, ayrıca her iki özel boşanma sebebi de Türk Medeni Kanunu hükümlerinde yer verilmiş diğer bütün boşanma sebepleriyle mukayese edilerek incelenmiştir. Çalışmamızın son bölümünde ise boşanma davasındaki genel usul kurallarına yer verilerek boşanma davasının gerek çocuklarla gerekse eşlerle ilgili şahsi ve mali sonuçları incelenmiştir.

Anahtar Sözcükler: Boşanma, Özel Boşanma Sebepleri, Yüz Kızartıcı Suç, Haysiyetsiz Hayat Sürme.

University : T.C. İstanbul Kültür University
Institute : Department of Postgraduate Education
Department : Private Law
Program : Private Law
Thesis Supervisor : Assoc. Prof. Dr. Cem AKBIYIK
Degree Awarded and Date : Master Degree – June, 2021

ABSTRACT

DIVORCE DUE TO COMMITTING CRIME OR LIVING A DISHONOURABLE LIFE

Ahmet GÖKÇEN

In our study, the divorce case on the ground of delinquency or living a dishonourable life, regulated in the article 163 of the Turkish Civil Code, was tackled in the light of discussions on the doctrine and the decisions of the Supreme Court. The first chapter of the study has been focused on the concepts of family and divorce, and the concept of divorce has been examined within the framework of its history and fundamental principles. Thereafter, the concepts of delinquency and having a dishonourable life in such divorce cases, which is the main subject of our dissertation, were explained in detail, and in addition to that, both special grounds for the divorce were examined by comparing them with all grounds for the divorce stated under provisions of Turkish Civil Code. In the last chapter of the study, the personal and financial consequences of the divorce case in terms of both children and spouses were examined by addressing the rules of practice and procedure for divorce cases.

Keywords: Divorce, Special Grounds for Divorce, Delinquency, Living a Dishonourable Life.

İÇİNDEKİLER

ÖNSÖZ.....	i
ÖZ.....	ii
ABSTRACT.....	iii
İÇİNDEKİLER.....	iv
KISALTMALAR.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AİLE, EVLİLİK VE BOŞANMA KAVRAMLARINA TOPLU BAKIŞ

1. AİLE VE EVLİLİK KAVRAMI.....	2
2. BOŞANMA KAVRAMI.....	6
3. TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDE BOŞANMA VE BOŞANMADA BENİMSENEN SİSTEMLER.....	8
3.1. Boşanma Kavramının Tarihçesi.....	8
3.1.1. İslamiyet'ten Önceki Türk Hukukunda Boşanma.....	11
3.1.2. İslam Hukukunda Boşanma.....	11
3.2. Boşanmada Benimsenen Sistemler.....	14
3.2.1. Boşanmayı Kabul Eden Sistem.....	14
3.2.2. Boşanmayı Reddeden Sistem.....	15
3.2.3. Boşanmanın İlli ve Hükme Bağlı Olduğu Sistem.....	16
4. BOŞANMA KAVRAMININ DAYANDIĞI TEMEL PRENSİPLER.....	16
4.1. Kusur İlkesi.....	16
4.2. İrade İlkesi.....	18
4.3. Temelden Sarsılma İlkesi.....	19
4.4. Elverişsizlik İlkesi.....	20
4.5. Fiili Ayrılık İlkesi.....	20
4.6. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki Yaklaşım.....	21

İKİNCİ BÖLÜM
KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME
SEBEBİYLE BOŞANMANIN GENEL ÇERÇEVESİ VE DİĞER BOŞANMA
SEBEPLERİYLE İLİŞKİSİ

1. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMANIN GENEL ÇERÇEVESİ.....	22
2. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME SEBEBİYLE BOŞANMA.....	25
2.1. Genel Olarak.....	25
2.2. Küçük Düşürücü Suç İşleme Sebebiyle Boşanmanın Koşulları.....	26
2.2.1. Suç Fiilinin Mevcut Olması.....	26
2.2.1.1. Suç Kavramı.....	26
2.2.1.2. Küçük Düşürücü Suç Kavramı.....	31
2.2.2. Suç Kasten İşlenmelidir.....	38
2.2.3. TCK Anlamında Hukuka Uygunluk Sebeplerinden Biri Bulunmamalıdır.....	40
2.2.4. Suç Evlilik Birliğinin Başlangıcından Sonraki Bir Tarihte İşlenmiş Olmalıdır.....	45
2.2.5. Küçük Düşürücü Suç İşlenmesi Sebebiyle Ortak Hayat Çekilmez Hale Gelmiş Olmalıdır.....	46
2.3. Dava Hakkının Ortadan Kalkması.....	47
2.3.1 Suç Tarihinin Üzerinden Uzun Süre Geçtikten Sonra Dava Açılması.....	47
2.3.2. Eşin Suç Fiiline Müsamaha Göstermesi.....	48
2.4. Küçük Düşürücü Suç İşleme Sebebiyle Boşanmanın Diğer Boşanma Sebepleriyle İlişkisi.....	48
2.4.1 Zina Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	48
2.4.2. Hayata Kast ve Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	50
2.4.3. Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	51
2.4.4. Terk Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	51
2.4.5. Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	52
2.4.6. Evlilik Birliğinin Sarsılması Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	53

3. HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMA.....	57
3.1. Genel Çerçevesi ve Boşanma Sebebi Açısından Kategorize Edilmesi.....	57
3.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanmanın Koşulları.....	57
3.2.1 Haysiyetsiz Hayat Sürülmesi.....	57
3.2.1.1. Haysiyet ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Kavramları.....	58
3.2.1.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme Kavramının Varlığını Sabit Kılan Çeşitli Örnekler.....	59
3.2.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme Süreklilik Göstermelidir.....	61
3.2.3. Haysiyetsiz Hayat Kusura Dayanmalıdır.....	62
3.2.4. Haysiyetsiz Hayatın Evlenmeden Sonra Sürdürülmesi Gerekliliği.....	63
3.2.5. Haysiyetsiz Hayatın Varlığı Nedeniyle Ortak Hayat Çekilmez Hale Gelmiş Olmalıdır.....	64
3.3. Dava Hakkının Ortadan Kalkması.....	65
3.3.1. Uzun Süre Geçtikten Sonra Dava Açılması.....	65
3.3.2. Eşin Duruma Müsamaha Göstermesi.....	65
3.4. Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanmanın Diğer Boşanma Sebepleriyle İlişkisi.....	66
3.4.1 Zina Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	66
3.4.2. Hayata Kast ve Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	66
3.4.3. Küçük Düşürücü Suç İşleme Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	67
3.4.4. Terk Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	68
3.4.5. Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	68
3.4.6. Evlilik Birliğinin Sarsılması Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi.....	68

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASINDA USUL KURALLARI VE BOŞANMANIN SONUÇLARI

1. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASINDA USUL KURALLARI.....	70
--	-----------

1.1 Boşanma Davasının Konusu.....	70
1.1.1. Ayrılık ve Boşanma Kavramlarının İlişkisi ve Mahiyeti.....	70
1.2 Boşanma Davasında Taraflar ve Dava Ehliyeti.....	73
1.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	75
1.3.1. Görevli Mahkeme.....	75
1.3.2. Yetkili Mahkeme.....	76
1.4. Yargılama Usulü Kuralları.....	76
1.4.1 Vicdani Kanaat İlkesi.....	77
1.4.2. Yemine Yer Verilmemesi.....	77
1.4.3 İkrar.....	77
1.4.4. Hâkimin Delilleri Takdir Hakkı.....	78
1.4.5 Fer'i Sonuçlara Yönelik Anlaşmaların Hâkim Onayına Tabi Olması.....	78
1.4.6. Boşanma Davası Duruşmasında Gizlilik Hususu.....	79
1.5. Boşanma Davasında Alınacak Geçici Tedbirler.....	79
1.5.1 Eşler Açısından Alınabilecek Geçici Tedbirler.....	79
1.5.2. Çocuklar Açısından Alınabilecek Geçici Tedbirler.....	84
1.5.3. Diğer Tedbirler.....	86
1.5.4. 6284 Sayılı Kanun'daki Tedbirler.....	86
2. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARI.....	86
2.1. Boşanmanın Eşlerle İlgili Şahsi Sonuçları.....	87
2.1.1. Evliliğin Son Bulması.....	87
2.1.2. Taraflar Açısından Yeniden Evlenme İmkânının Gündeme Gelmesi ve İddet Süresi.....	88
2.1.3. Kişisel Durumların Değişimi.....	89
2.1.4. Eşlerin Birbirlerine Mirasçı Olamaması.....	91
2.1.5. Zamanaşımının İşlemeye Başlaması.....	92
2.2. Boşanmanın Eşlerle İlgili Mali Sonuçları.....	92
2.2.1 Mal Rejiminin Tasfiyesi.....	93
2.2.2. Maddi Tazminat İstemi.....	93
2.2.3 Manevi Tazminat İstemi.....	95
2.2.4. Yoksulluk Nafakası.....	97
2.3. Boşanmanın Çocuklarla İlgili Sonuçları.....	101

2.3.1. Velayet ve Kişisel İlişki.....	101
2.3.2. İştirak Nafakası.....	103
2.3.3 Alınan Önlemler Açısından Değişiklik Yapılabilmesi.....	105
SONUÇ.....	106
KAYNAKÇA.....	111



KISALTMALAR

AİHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
B.	: Baskı
BM	: Birleşmiş Milletler
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
DMK	: Devlet Memurları Kanunu
E.	: Esas
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
K.	: Karar
KabK	: Kabahatler Kanunu
m.	: Madde
MK	: 743 Sayılı Medeni Kanun
M.Ö.	: Milattan önce
s.	: Sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
Y.	: Yargıtay
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YİBK	: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı
TDK	: Türk Dil Kurumu
vd.	: Ve devamı
vs.	: Vesaire
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Aile, toplumların bugünleri ve yarınları açısından olmazsa olmaz bir öneme sahiptir. Her birey, benliğini aile kavramıyla bulur ve kendisini ilk olarak aile içerisinde gerçekleştirerek toplumsal yaşama dahil olur. GÜDÜLEN gaye, ailenin sürekli biçimde devamı olsa da her zaman amaçlanan sonuç gerçekleşmez ve işte bu ihtimalde boşanma kavramı gündeme gelebilir.

Boşanma kavramı, köklerini tarihin derinliklerinde bulur ve tarihin ilk dönemlerinden günümüze değin güncelliğini muhafaza etmiştir. Öyle ki, M.Ö. 1760 yıllarında ortaya çıkan ve tarihin en eski kanunlarından biri olan Hammurabi Kanunlarında dahi boşanmaya ilişkin düzenlemeler mevcuttur. Bu kanundaki hükümlere benzer aile hukuku hükümlerini günümüz modern hukuklarında dahi görmektediriz.

Boşanma sebepleri, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 161 ila 166. maddelerinde düzenlenmiştir. Boşanma sebepleri, temelde belli ayrımlara tabi tutulur. İlk olarak belli bir olgunun varlığının aranması veya belli bir olguya işaret edilmemesi açısından özel ve genel boşanma sebepleri ayrımına gidilir. Bundan başka, evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi unsurunun hâkim tarafından dikkate alınması açısından da nisbi ve mutlak boşanma sebebi ayrımı yapılır.

Tezimizin ikinci bölümünde incelediğimiz ve ana tez konumuz olan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, TMK 163 hükmünde tek bir maddede düzenlenmiş olsa da aslında hükümde iki ayrı, özel ve nisbi nitelikli boşanma sebebi mevcuttur.

Küçük düşürücü suç işleme, eşlerden birinin diğer eş dışındaki üçüncü kişilere karşı işlediği yüz kızartıcı nitelikteki suçları esas alır. 4721 sayılı TMK'da, 743 sayılı MK'dan farklı olarak küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma, mutlak değil, nisbi boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir.

Haysiyetsiz hayat sürme ise TMK 163 hükmünde düzenlenmiş bir başka özel ve nisbi boşanma sebebidir. Eşlerden birinin genel sosyal ve toplumsal normlara aykırı bir yaşamı sürekli biçimde devam ettirmek suretiyle bunu artık bir yaşam stili haline getirmesi haysiyetsiz bir yaşam sürdüğü anlamına gelir.

Tezimizin son bölümünde ise küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma özelinde uygulanan usul kurallarına ve boşanma davasının gerek eşler gerekse çocuklar yönünden hukuki sonuçlarına yer verilmiştir.

BİRİNCİ BÖLÜM

AİLE, EVLİLİK VE BOŞANMA KAVRAMLARINA TOPLU BAKIŞ

1. AİLE VE EVLİLİK KAVRAMI

Aile, TDK'deki genel tanımına göre; “Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik” tir.¹ Sözlükteki genel tanımının ötesine geçecek olursak aile, dünya üzerinde geçmişte var olmuş ve şu an var olan bütün toplumların özünü teşkil eder.² Nasıl ki bir bitki su olmadan varlığını sağlıklı şekilde sürdüremezse bir toplum da aile olmadan sağlıklı şekilde ilerleyemez. Aile kavramı, her zaman günümüzde anlaşıldığı şekliyle tezahür etmemiştir. Tarihin eski dönemlerinde aile, çok daha geniş bir topluluğu ifade ederken günümüzde aile kavramıyla ilgili akla ilk gelen, anne, baba varsa çocukları da kapsayan çekirdek aile kavramıdır.³

Türk Medeni Kanunu hükümleri çerçevesinde kanun koyucu, kanun hükümleri içerisinde aile kurumunun ne olduğuna, neyi ifade ettiğine, türlerinin neler olduğuna yönelik herhangi bir açıklamada bulunmamıştır.⁴ Kanun yapma stili açısından aileye dair herhangi bir ifadeye açıkça yer verilmese de kanun koyucu, toplumsal dinamikleri nazara alarak aile kavramını üç ayrı anlamda kategorize etmiştir.⁵ Böylelikle dar anlamda aile, yalnızca evlilik birliğini oluşturan kadın ve erkekten, geniş anlamda aile, yalnızca eş ve çocuklardan ve en geniş anlamda aile ise kayın hısımları ve hizmet ya da iş sözleşmesiyle çalışanlar da dahil aynı hanede hayatını sürdüren tüm kişileri ifade eder.⁶ Örneğin; evlat edinilen ile evlat edinen arasında bir kan bağı olmasa dahi ya da yukarıda bahsedildiği üzere ev içerisinde çalışan hizmetçi ile eşler arasında kan

¹ <https://sozluk.gov.tr/> e.t. 05.12.2020.

² Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz I, B. 2, (İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1949) s. 6. Benzer yönde bkz. Ali Naim İnan, Türk Medeni Hukuku, B. 3, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014) s. 219; Şaban Kayıhan, Mustafa Ünlütepe, Medeni Hukuk Bilgisi, B. 4, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017) s. 248; Mehmet Erdem, Aile Hukuku, B. 2, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019) s. 19; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Medeni Hukuk, B. 25, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2019) s. 225 (Medeni); Ahmet Kılıçoğlu, Medeni Hukuk Temel Bilgiler, B. 7, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018) s. 245; Serap Helvacı, Fulya Erlüle, Medeni Hukuk, B. 6, (İstanbul: Legal Yayınevi, 2020) s. 141; Turgut Akıntürk, Derya Ateş Karaman, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, B. 14, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2012) s. 3. (Aile 1).

³ Selahattin Sulhi Tekinay, Türk Aile Hukuku, B. 2, (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982) s.1.

⁴ Bilge Öztan, Aile Hukuku, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi yayınları, 1979) s. 2 (Eski Aile).

⁵ Akıntürk/Ateş s. 226 (Medeni).

⁶ Bilge Könezoğlu, Aile ve Ailenin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: 2006) s. 4-5.

bağı olmasa dahi hukuk, kişilerin haklarını korumak amacıyla bu şahısları kalıtsal bağlarını dikkate almaksızın aile saymıştır.⁷ En geniş anlamda aile, daha çok büyük ölçekli topluluklar yönünden uygulama alanı bulduğundan günümüz aile yapısı açısından bu kavram silikleşmeye başlamıştır.⁸

Ailenin önemi, 1982 Anayasası'nın "Ailenin korunması ve çocuk hakları" başlıklı 41. maddesinde ve Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde⁹ vurgulanmıştır. "*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. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.*"¹⁰ Böylelikle aile kavramı anayasal düzeyde koruma altına alınarak, ailenin huzur ve refahının sağlanması için türlü tedbirlerin alınıp teşkilatların kurulmasının devletin mutlak bir görevi olduğu, kanun koyucu tarafından açıkça ifade edilmiştir. Yine Anayasanın 41. maddesinde zikredilen hak, kişilerin aile kurma haklarını da temin edeceğinden, örneğin; bir şirketin maktu hizmet sözleşmesine, "Bu firmada sözleşme hükümleri uyarınca çalışanlar şirkette çalıştıkları süre boyunca evlenmeyeceklerini yazılı olarak taahhüt ederler." şeklinde bir hüküm koyması direkt olarak anayasaya aykırılık teşkil edecektir.¹¹

Evlenme, aynı cinsiyetten olmayan iki gerçek kişinin, taraflarca önceden belirlenmiş bir süreyle sınırlandırılmayacak surette bir müşterek yaşamı meydana getirip, bu yaşamı birlikte ileriye götürmek maksadıyla birbirleriyle kurdukları sui generis bir bağıdır.¹² Evlenme hakkı, AİHS 12. maddesinde doğrudan düzenlenmiştir. Buna göre; "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın bu hakkın kullanımını*

⁷ TMK 367 hükmüne göre birden fazla kişi aile halinde yaşıyorsa ve sözleşmeye göre ya da teamülen bir ev başkanı mevcutsa evi yönetme yetkisi ondadır ve bu yetki ev halkı olarak evde iş sözleşmesiyle çalışanları dahi kapsar.

⁸ Feyzi Necmeddin Feyzioğlu, Aile Hukuku, B. 2 (İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979) s.5; Öztan s. 2 (Eski Aile).

⁹ AİHS 8'e göre "*Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*" <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> e.t. 06/12/2020.

¹⁰ Necmi Yüzbaşıoğlu, Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, B. 8, (İstanbul: Beta Kitabevi, 2012) s. 149.

¹¹ Zafer Gören, "Evlilik ve Ailenin Korunması ve Desteklenmesi", İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1, 2016, s.329.

¹² Velidedeoğlu s.41.

düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.”

Anayasal düzeyde irdelendiğinde görülmektedir ki; 1982 Anayasası’nda evlenme hakkını kişilere doğrudan tanıyan bir hükme yer verilmemiştir. Yorum yoluyla incelendiğinde, Anayasanın 20. ve 41. maddelerinden evlenme hakkının tanındığı çıkarılabilmektedir.¹³ Kaldı ki burada yapılacak yorum, normlar hiyerarşisi yönünden anayasa ve yasalar arasında çıkabilecek bir çatışma açısından da elzemdir. 4721 sayılı yasada bizzat düzenlenmiş evlilik hükümleri mevcutken anayasada doğrudan doğruya bir evlilik hakkı tanınmadığından bahisle Anayasa Mahkemesi’ne bu yönde bir başvuru yapılması da bu yorum yoluyla önlenmiş olacaktır.¹⁴

Evlilikle beraber yukarıda bahsetmiş olduğumuz dar anlamda aile kavramı kendini gösterecek ve evlilik birliğinden bir çocuk dünyaya geldiğinde ise geniş anlamda aile meydana gelecektir.¹⁵ Evlilik birliği, tek başına bir cinsel münasebet olmanın çok ötesinde bir hayat arkadaşlığı, toplumsal bakış açısının da saygı duyduğu güçlü bir hissi bağı ifade eder.¹⁶ Ancak evlilik birliğinde eşler arasındaki müşterek hayattan, sıkı bir duygusal bağdan söz edilse de, bu kavramlar katı şekilde yorumlanmamalıdır. Örneğin; bir eş, diğer eşin gerek dini gerekse siyasal her türlü fikrine mutlak olarak saygı duyma yükümlülüğü altındadır. Böylelikle evliliği kavramsallaştırmak açısından kişisel alanlara saygı duyulan bir müşterek yaşam birliği demek daha doğru olabilir.¹⁷

Bilindiği üzere, özel hukukta temel ilke irade özgürlüğü prensibi olsa da bu ilke evlilik kavramı açısından çok sınırlı olarak uygulanır. Örneğin taraflar evlenmenin sonuçları üzerinde sözleşme serbestisi prensibi doğrultusunda bir protokol akdederek kanundaki emredici hükümleri değiştiremezler. Aynı şekilde, belediyenin belirlediği¹⁸

¹³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Ulaş Karan, “Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı”, BAUHFD, Cilt 13, Sayı 163-164, 2018, s.138-139.

¹⁴ Karan s.139.

¹⁵ Andreas B. Schwarz, Aile Hukuku 1, Türkçeye çeviren: Bülend Davran (İstanbul: Ülkü Matbaası 1942) s.27; Velidedeoğlu s.41. Benzer yönde bkz. Bilge Öztan, Medeni Kanun’un Kabulünün 70’inci Yılında Aile Hukuku, A.Ü.H.F.D., C: 44, (Ankara: 1995) s. 104-105 (70. Yıl); Ahmet Kılıçoğlu, Aile Hukuku, B. 4 (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019) s. 35 (Aile); İnan s.228; Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.59; Erdem s. 49.

¹⁶ Öztan, (70. Yıl) s.104-105; Tekinay, evlilik kavramının tanımında klasik unsurlara ek olarak kamusal vicdan kavramına da yer verir. Böylelikle evlilikteki kamusal yönden ahlakilik unsuru Tekinay’ın tanımında ön plandadır. Tekinay s.67.

¹⁷ Öztan, (Eski Aile) s.60.

¹⁸ Evlendirme Yönetmeliği 7. Maddesi uyarınca “*Evlendirme memuru, belediye bulunan yerlerde belediye başkanı veya bu işle görevlendireceği memur, köylerde muhtardır. (Değişik ikinci cümle: 28/11/2017-2017/11079 K.) Bakanlık; il nüfus ve vatandaşlık müdürlüklerine, nüfus müdürlüklerine, il ve ilçe müftülüklerine ve ilgili dış temsilciliklere evlendirme memurluğu görev ve yetkisi verebilir*” <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/3.5.859747.pdf> e.t. 26/12/2020.

bir evlendirme memuru¹⁹ önünde yapılan evlilik merasiminde, kanunun öngördüğü şartların arkasından dolanarak yeni bir şekil şartı ortaya koyamazlar.²⁰ Kanun koyucu, evlilik işlemine,²¹ aile kavramının önemini dikkate alarak sıkı şekli şartlar ve emredici hükümler getirmiş ve aile yapısının keyfî kurallarla zedelenmesi ihtimalini sıfıra indirmek düşüncesiyle hareket etmiştir.²²

Aile ve evlilik kavramlarına metafizik ya da kutsal manalar atfeden teorilerden öteye geçip daha realist ve özgürlükçü bir zemin üzerinde hareket etmek toplum açısından çok daha yararlı olacaktır. Öyle ki; yıllarca evliliğin dini önemi, töre, görücü usulü uygulaması, mahalle baskısı, aile baskısı gibi sebeplerden ötürü ülkede birçok başarısız evlilik yapılmış ve toplum refahı zamanla arttıkça boşanma oranları da aynı oranda artmıştır. Baskıcı görüşleri hâkim kılan toplumların mutsuz ailelerden başka ortaya koyabilecekleri hiçbir şey yoktur. Mutsuz aile, mutsuz toplum anlamına gelir ki mutsuz bir toplum sosyal ya da bilimsel tabanda herhangi bir ilerleme de gösteremeyecektir. Bu doğrultuda özgürlükçülüğü esas aldığımızda, resmi nikahla evlenmek istemeyen ancak beraber yaşayarak kendini gerçekleştirebilen kişiler

¹⁹ 2017 yılında getirilen değişiklikle artık müftüler de evlendirme memurları arasına katılmışlardır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Özlem Tüzüner, “Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması Hakkında Güncel Hukuki Gelişmeler ve Öneriler”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:2, (2019): s.616 vd.

²⁰ Örneğin imam nikahı resmi nikahın hükümlerini doğuracaktır şeklinde yeni bir şart düzenlenemez.

²¹ Evliliğin hukuki mahiyetinin ne olduğu yönünde çeşitli görüşler ortaya konmuştur. İlk olarak Fransız hukukçular tarafından ortaya konan ve oldukça eski dönemlerde geliştirilen müessese görüşüne göre evlilik kavramı şahsi çıkarları göz önüne almayan sadece bir kurumsal yapıdan, müesseseden (company) ibarettir. Bu görüşe göre evlilik birliği bir kurumu ifade ettiğinden evlilik birliğinde şahsi değil umumi faydalar esas alınır. Öztan’ın belirttiği üzere bu prensip daha çok bireyciliği geri planda tutan faşist ve nasyonal sosyalist rejimlerde kendini göstermiştir. Burada şahsi olarak eşlerin evlilikten elde ettikleri yarardan öte kamunun iktisap ettiği fayda ön plandadır. Evlenmenin mahiyetine dair bir diğer görüş ise şart-tasarruf teorisidir. Buna göre evlilik merasimi sonucunda kişi bir statüden başka bir statüye adım atmaktadır. Ve bu statünün bütün hüküm ve sonuçları daha önceden hukuk düzenince belirlenmiş durumdadır. Böylelikle kişi bu hüküm ve sonuçlar üzerinde herhangi bir serbesti alanına sahip değildir. Konuya dair üçüncü ve son görüş sözleşme teorisidir. Doktrinde hâkim olan bu teori uyarınca kadın ve erkeğin evlendirme memuru önünde evliliğe dair olumlu iradelerini açıklamaları ile artık bir sözleşme gerçekleştirilmiş olur ve sözleşmenin muteber şekilde kurulduğu andan itibaren taraflar açısından çeşitli hak ve borçlar doğar. Ancak her ne kadar evlilik bir sözleşmedir dense de taraflar evliliği istedikleri anda serbestçe sona erdiremeyecekleri gibi evlilik akdini bir cezai şarta bağlı da kılamazlar yine boşanma hakkından süresiz feragat edilecektir gibi bir hüküm içeren protokol de imzalayamazlar. Bu bilgiler ışığında evliliğin borçlar hukuku anlamında bir sözleşme değil nev-i şahsına münhasır özellikleri olan bir sözleşme olduğu söylenebilir. Yargıtay’da evlenmenin bir akit olduğu görüşünü içtihadı birleştirme kararları ışığında benimsemiştir. “*Evlenme akdinin geçerli olarak meydana gelmesi için evlenecek kişilerin yetkili memur önünde bu amaca uygun irade bildiriminde bulunmalarının yeterli olduğuna ... karar verildi.*” Yg. İçt. Birl. Kar. 14.06.1965. E.1965/3, K.1965/3 S:12049. Bu husustaki görüşler için bkz. Schwarzs s.54; Tekinay s.68-69; Velidedeoğlu s.41; Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s. 60-61; Helvacı/Erlüle s. 155; Kayıhan/Ünlütepe s.257-258; Zafer Zeytin, Ömer Ergün, Türk Medeni Hukuku, B. 5 (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020) s. 161.

²² Tekinay s.68. Benzer yönde bkz. Velidedeoğlu s.41; Öztan, (70. Yıl) s.108; Kayıhan/Ünlütepe s.257; Helvacı/Erlüle s.159.

açısından veya sadece dini nikahla hayatını sürdürmek isteyen kişiler açısından çeşitli hukuki düzenlemeler getirerek bir çözüm üretmek toplumun refahı açısından daha yararlı olacaktır.²³

2. BOŞANMA KAVRAMI

Evlilik birliği ölüm²⁴, gaiplik²⁵, cinsiyet değişikliği ve evlenmenin hükümsüzlüğü gibi durumlarla sona erebileceği gibi bunlardan ayrı olarak 4721 sayılı TMK hükümleri uyarınca boşanma ile de sona erebilir.²⁶ Ölümün gerçekleşmesi halinde evlilik akdi, kişilerce başka herhangi bir işlem yapılmasına ihtiyaç bulunmaksızın kendiliğinden mevcudiyetini yitirecektir.²⁷

Yukarıdaki açıklamalarımızda aile ve evlenme kavramlarının gerek bireysel gerekse toplumsal öneminden bahsetmiştik. Aile, anayasal zeminde korunsa da aile birliği her zaman sonsuza dek sürmez. Evlilik akdinin tarafı olan kadın ve erkek arasında çeşitli problemler baş gösterebilir. Problemler çözülemediğinde, artık gerek eşler gerekse kamusal düzen açısından evliliğin devamı, sona ermesinden daha zararlı bir hal alabilir. Hatta boşanma, kişilerin refahı için çok daha elzem olabilir. İşte hal böyle olduğunda gündeme, çalışmamızın da esas konusunu teşkil eden boşanma kavramı gelecektir.

Boşanma kavramının özü açısından Schwarz 2 teoriden bahseder. Bireyci görüşe²⁸ göre; eşlerin irade uyuşmalarıyla kurulan evlilik akdi, eşlerin evlilik birliğinden bekledikleri yararları veya menfaatleri bulamadıkları zamanda, eşlerin isteği doğrultusunda sona erebilmelidir.²⁹

²³ Rona Serozan, Başak Başoğlu, Berk Kapancı, “Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi”, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:2-2, 2016, s.557-558.

²⁴ Y. 2. HD., E. 2008/20287, K. 2008/17882, T. 25/12/2008 “Dosyada mevcut nüfus kayıt örneğinden davacı M.Ö’nün 04.07.2008 tarihinde öldüğü anlaşılmaktadır. Evlilik ölümle son bulduğundan, davanın konusu kalmamıştır.” www.kazanci.com.tr e.t. 06/12/2020.

Y. 2. HD., E. 2007/6404, K. 2007/6924., T. 30/04/2007 “Boşanma kararının oluşmasından sonra davacı koca ölmüştür. Davacının mirasçılarının temyizi üzerine bozma kararı TMK 181/2 maddesi gereğince, davalının kusurlu olup olmadığının tespitine ilişkindir. Bu durumda davacının mirasçılarının bozmadan sonra yeniden delil gösterme hakkı bulunmamaktadır.” www.kazanci.com.tr e.t. 06/12/2020.

Y. 2. HD., E. 2004/16016, K. 2005/634., T. 24/01/2005 “Karar kesinleşmeden önce davacı koca 14/11/2004 tarihinde ölmüştür. Evlilik ölümle sona ermiştir. Bu konuda bir karar verilmek üzere hükmün bozulması gerekmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 06/12/2020.

²⁵ Gaiplik halinde evlilik diğer hallerde olduğu gibi kendiliğinden sona ermemekte sadece diğer eşe bir başvuruyla evliliği sona erdirmeye imkânı tanınmaktadır. Helvacı/Erlüle s. 167; Benzer yönde bkz. Hüseyin Hatemi, Kişiler Hukuku Dersleri, B. 2 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001) s.103.

²⁶ Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.235.

²⁷ Serap Helvacı, Gerçek Kişiler, B. 4 (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012) s.32.

²⁸ *Individualiste*.

²⁹ Schwarz s.129.

Bu görüş bizce kamusal menfaatleri hatta kişilere rağmen kişisel menfaatleri koruyamaması açısından problemler yaratabilecektir. Öyle ki; ailenin toplumun özü olması nedeniyle aile birliğini kolaylıkla çözülebilir bir sisteme oturtmak kamusal riskler doğurabilir. Hatta evliliğin bu kadar kolaylıkla sonlandırılabilir olması, eşlerin tek bir fevri davranış sonrası ani boşanmalarına sebebiyet vererek bireyler açısından da geri dönülemez pişmanlıklara yol açabilecektir.

Öztan, bu noktada bireyci görüşün, gerçek bir evlenme ve bağlılık hissiyatı olmadan sadece evliliği tatma amaçlı yapılan evlilikler ortaya çıkarabileceğini belirtir.³⁰

Toplumcu görüşe³¹ göre; (ki bu görüş temelini Katolik Hristiyanlıktan alır)³², su damlaları bir araya gelerek nasıl ki denizi oluştuyorsa aileler de bir araya gelerek toplumu oluştururlar. Kamusal yarar da nazara alınarak evlilik birliğini sona erdirmek kolay bir şekilde gerçekleşmemelidir; çünkü boşanmak ne kadar kolay olursa, boşanma oranları da doğru orantılı şekilde artarak topluma zarar verecek seviyeye gelebilecektir.³³ Ancak diğer yönden, bu görüş doğrultusunda evlilik birliği kolay bir şekilde sonlandırılmayacağından şahıslar, evlilik dışı bir arada yaşama gibi yollara yönelebileceklerdir ki bu durum toplum nezdinde fazlaca artarsa, örneğin evlilik dışı bir arada yaşayan kişiler çocuk sahibi olurlarsa, ortada herhangi bir evlilik dahi bulunmayacağından çocukların hukuki olarak korunmaları da güçleşecektir. Bunun sonucunda kamusal düzen de sarsılacak seviyeye gelebilir.³⁴

Konuyu ülkemiz açısından incelediğimizde görülmektedir ki 4721 sayılı TMK, boşanma kavramı yönünden hem individualist hem altruist-social görüşleri nazara alarak boşanmada katı şekli koşullar öngörmüş, ancak diğer yandan anlaşmalı boşanmayı da pozitif hukuka dahil etmiş ve iki teoriyi kendi bünyesinde eriterek bir sonuca ulaşmıştır. Boşanma kavramı, gerçekten de pozitif hukukta düzenlenme yöntemi açısından reaksiyonunu toplum tabanında derhal bulmaktadır. Örneğin, bakanlıkça yapılmış eski bir toplum araştırmasında, boşanmanın kanun koyucu eliyle güçleştirilmiş oluşunun toplum tabanında dini nikahlarda büyük bir patlamaya neden olduğu sonucuna varılmıştır. Böylelikle aile hukukuna ilişkin düzenlemelerin

³⁰ Öztan, (Eski Aile) s.213.

³¹ Altruist-Social.

³² Schwarz s.131. İncil, Markos, Bölüm 10/7-8-9- “Bu nedenle adam annesini babasını bırakıp karısına bağlanacak, ikisi tek beden olacak.” “Şöyle ki, onlar artık iki değil, tek bedendir.”, “O halde tanrının birleştirdiğini insan ayırmasın.” <https://incil.info/kitap/Markos/10> e.t. 06.12.2020.

³³ Schwarz s.129.

³⁴ Ömer Uğur Gençcan, Boşanma Hukuku, B.9 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2020) s.92.

devrimsel bakış açısı bir yana, gerçekten de toplumun her kesiminin ihtiyaçları göz önüne alınarak sosyolojik çerçeve göz ardı edilmeden yapılması gerektiği net olarak anlaşılmaktadır.³⁵

3. TARİHSEL SÜREÇ İÇERİSİNDE BOŞANMA VE BOŞANMADA BENİMSENEN SİSTEMLER

3.1. Boşanma Kavramının Tarihçesi

Yukarıda temel yönleriyle kısaca felsefi temellerine de değindiğimiz boşanma hususu tarihin çok eski zamanlarına dayanır. Gerçekten de insanın sosyal bir varlık olması sonucu, bir arada yaşama ihtiyacının varlığı gibi bu sosyal ilişkilerin bir noktada çözülmesi de tarihin her döneminde var olmuş ve gerek göçebe gerekse yerleşik kavimlerde boşanmaya ilişkin düzenlemelere gidilmiştir.³⁶

Tarih içerisinde, kavimler ya da devletler boşanmaya ilişkin sorunları çözerken konuyu farklı şekillerde ele almışlardır. Örneğin, bazı kavimler kendi hukuk sistemlerinin dinamikleri içerisinde boşanmaya cevaz verirken, bazı kavimler ise boşanma kavramını reddetmişlerdir. Hatta kendi hukuk sistemlerinde boşanmaya dair hiçbir düzenlemeye gitmemiş topluluklar da mevcuttur. Bu sistemlerin oluşturulmasında pek tabii ki siyaset, din gibi kavramlar büyük rol oynar. Örneğin, Katolik Hristiyanlarda İncil'in etkisiyle boşanma mutlak olarak reddedilmekteydi.³⁷ Oysa Kur'an, boşanmayı serbest kıldığından³⁸ tarih boyunca Müslüman kavimlerde boşanma kurumu uygulanagelmıştır.³⁹ Yine dinin etkisiyle Musevi kavimler yönünden de boşanma kurumuna, her ne kadar boşanan kişiye iyi gözle bakılmasa da cevaz verilmekteydi.⁴⁰

Kısaca eski medeniyetlerde boşanma kurumuna değinecek olursak, Sümerlerde evlilik hukuku açısından monogami⁴¹ ilkesi benimsenmekteydi. Böylelikle kişiler, sadece tek bir kişiyle evlenebilmekte, birden fazla kişiyle evlilik birliği kurulmasına sistem cevaz vermemekteydi. Sümerlerde hem kadının hem de erkeğin boşanma hakkı

³⁵ Öztan, (70. Yıl) s.114-115.

³⁶ Namık Yalçınkaya, Şakir Kaleli, Yeni Boşanma Hukuku, C. 1, B. 2 (Ankara: 1988) s. 42-43.

³⁷ Bkz. İncil, Markos, 10/7-8-9.

³⁸ Bkz. Bakara 2/229, Talak Suresi 1. vd.

³⁹ Halil Cin, Eski Hukukumuzda Boşanma, B.2 (Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1988) s. 16.

⁴⁰ Bkz. Talmud, Gittin 90b “: *With regard to anyone who divorces his first wife, even the altar sheds tears over him.*”

⁴¹ Yun. Monos: tek Gamos: evlenme.

bulunmaktaydı.⁴² Ek olarak sümer hukukunda özellikle malvarlığı hakları yönünden düzenlemeler mevcuttu.⁴³

Asur uygarlığında, hukuk düzeni kocaya sınırları olmayan bir boşanma hakkı tesis etmişti. Koca, herhangi bir sebep öne sürerek karısından boşanabilir hatta sebep göstermeden bile boşandıklarını bildirebilirdi. Asurlarda, kadının boşanma hakkı ise talidir. Kadın sadece belli sebepleri öne sürerek boşanabilirdi.⁴⁴ Esaret durumunda ise kocanın esareti sona erer ya da geri dönerse koca, karısını geri alabilme hakkına sahipti.⁴⁵

Hititlerde, toplum nezdinde uygulanmak üzere oluşturulmuş bir boşanma kurumuna rastlanmamıştır. Yani Hitit toplumunda boşanma, kurumsal bir olgudan öte sadece fiili bir statüyü ifade etmekteydi. Her iki eşe de boşanma hakkı tanınmıştı. Ek olarak boşanma kavramı Hititlerde sadece toplum nezdinde değil soylu kesimde de görülmekteydi.⁴⁶

Babillerin Hammurabi kanunlarında da boşanma olgusuna rastlanmıştır. Babil toplumunda gerek erkeğin gerekse kadının boşanma hakkı mevcuttu. Örneğin erkek, kadını çocuk dünyaya getirememesi, savurganlığı gibi gerekçelere dayanarak boşayabilirdi. Kadın ise erkeğin savaşta esir olması, gaip olması gibi hallerde boşanma isteyebilirdi. Hammurabi yasalarına göre kadının boşanması açısından erkekten farklı olarak geçerli bir sebep ileri sürmesi şarttır. Sebebin haklı olmadığı sonucuna varılır ise bunun cezası o kadın için ölüme kadar varabilmekteydi.⁴⁷ Babil hukukunda boşanmanın mali sonuçlarına yönelik çeşitli düzenlemeler de mevcuttu.⁴⁸

Eski Mısır'da koca, mutlak olarak boşanma hakkına sahipti. Eski Mısır hukuku nafaka kavramına çok yakın bir düzenleme getirerek kocaya, mutlak olarak boşanma hakkını tanıması yanında bir de nafaka yükümlülüğü getirmiştir. Eski Yunan uygarlığında ise katı şekilde erkek hakimiyeti öngörülmüştü. Kadının evden izinsiz çıkma yetkisi dahi bulunmamaktaydı. Bu katı uygulamanın sonucu olarak da pek tabii ki erkeğe mutlak bir boşanma hakkı tanınmaktaydı.⁴⁹

⁴² Müge Vatansever, "Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırması", Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (İzmir: 2011) s. 18-19.

⁴³ Yalçinkaya/Kaleli s.48.

⁴⁴ Örneğin kocasının savaşta esir düşmesi ya da kayıplara karışması durumu.

⁴⁵ Yalçinkaya/Kaleli s.49.

⁴⁶ Başak Yıldız, "Hititlerde Aile Hukuku", Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Ankara: 2006) s.41.

⁴⁷ Yalçinkaya/Kaleli s.50.

⁴⁸ Yalçinkaya/Kaleli s.51.

⁴⁹ Vatansever s.23.

Roma Hukuku'nda evlilik açısından *consensus prensibi* esastır. Böylece kadın ve erkek arasında evlenme yönünde bir irade örtüşmesi mevcut olduğunda evlenme bu şekilde serbestçe gerçekleşecektir.⁵⁰ Ancak kişiler *patria potestas* altında iseler evliliğin gerçekleşebilmesi için bu ihtimalde hakimiyetinde bulunulan kişiden de icazet alınması şarttır. Ek olarak evliliğin roma toplumu nezdinde geçerli olduğuna karine teşkil eden *Honor Matrimonii* (Evlilik Şerefi) ve *Deductio*⁵¹ kavramları önemlidir. Roma'da evlilik tek eşlilik esasına dayanırdı ve günümüz hukukundan farklı olarak eşler arasında bir eşitlik bulunmamaktaydı. Böylece manuslu bir evlenme sonucunda artık kadın, eşinin mutlak hakimiyeti altında yaşamını idame ettirmektedir.⁵²

Evliliğin serbestisi prensibine paralel olarak Roma'da eşlerin boşanmalarında da serbesti esası kabul olunmuştur.⁵³ Evlenme maksadı (*affectio maritalis*) eşler açısından yok olduğunda, artık herhangi bir sebebe dayanılması şartı dahi olmaksızın boşanma gündeme gelebilecektir. Roma'nın eski devirlerinde boşanma beyanında bulunabilecek olan taraf sadece erkek iken, ileriki devirlerde sadece manussuz evlilikler yönünden kadın da boşanma iradesini ortaya koyarak boşanma sonucunu elde edebilmektedir. Manuslu evlenmede kadın, kocasının *patria potestası* altına gireceğinden kadının boşanma iradesi sadece manussuz evlenmelerde geçerli kabul edilmiştir.⁵⁴

Boşanma özel bir usule dayanmadığından sırf irade açıklaması ile boşanma sonucu alınabilmektedir. Boşanma isteğini karşı tarafa ileten ve şekli şartlardan bütünüyle bağımsız olan bu irade açıklamasına Roma terminolojisinde *Repudium* ismi verilmiştir.⁵⁵ Böylelikle Roma'da devletin evlenmeye de boşanmaya da bir müdahalesinin bulunmadığı, zaten kendiliğinden işleyen bir çarkı bozmaya gerek olmadığı fikrinin benimsendiği sonucuna varılabilir.⁵⁶ Iustinianus devrinde ise boşanmaya yönelik belirli bazı boşanma sebepleri kodifike edilmiştir.⁵⁷

⁵⁰ Bülent Tahiroğlu, Belgin Erdoğmuş, Roma Hukuku Meseleleri, B. 5, (İstanbul: Der Yayınları, 2010) s.218; Benzer yönde bkz. Şahin Akıncı, Roma Hukuku Dersleri, (Konya: Sayram Yayınları, 2020) s.227-228.

⁵¹ Roma'da Evliliğin gerçekleştiğine delalet eden bir seremoni.

⁵² Tahiroğlu s.219.

⁵³ Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.236.

⁵⁴ Cin s.18.

⁵⁵ Fulya Kocakuşak, "Antik Roma'da Aile Hukuku", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Bursa: 2011) s.40.

⁵⁶ Bahattin Aras, Roma Hukukunda Evlenme ve Boşanma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, (2010) s.230.

⁵⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. Vatansever s.27.

3.1.1 İslamiyet'ten Önceki Türk Hukukunda Boşanma

İslamiyet öncesi Türk hukukunun incelenmesi hususunda hukuk tarihini aydınlatmak açısından elde çok yararlı kaynaklar bulunmamakta, bu noktada daha çok Eski Çin Uygarlığı kaynakları esas alınmaktadır. İslamiyet öncesindeki Türk hukukunda kadına gerçekten de yüksek haklar tanınmış, kadınla erkek hukuki yönden birbirine denk haklara sahip olmuşlardır.⁵⁸

Kadının erkekle denk konumda olmasının doğal sonucu olarak evlilik birliği içinde hem erkek hem de kadın boşanma iradesini ortaya koyabilirdi. İslamiyet öncesi Türk hukukunda erkeğin zinası, erkeğin eşine kötü muamelede bulunması veya iktidarsızlığı kadın yönünden boşanma sebebi oluşturmaktaydı.⁵⁹

İleride daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz 4721 sayılı TMK'nın 161. maddesinde belirtilen zina, 162. maddesinde belirtilen pek kötü veya onur kırıcı davranış ve 166. maddesinde belirtilen evlilik birliğinin temelinden sarsılması hükümlerinin binlerce yıl önce eski Türklerde karşılık bulduğunu görmekteyiz. Eski Türklerde, koca yönünden özel bir sebep gösterilmesine gerek olmaksızın boşanma iradesi ortaya konabilirdi. Tarafların ortak irade açıklamaları sonucu anlaşmalı olarak boşanmaları da gündeme gelebilmekteydi. Bu husus da TMK 166'da düzenlenen anlaşmalı boşanma hükmünün bir yansıması niteliğindedir.⁶⁰

3.1.2. İslam Hukukunda Boşanma

İslam hukuku, boşanmayı koşulsuz şartsız kabul eden bir sistemi benimser. Böylelikle Katolik Hristiyanlığın aksine, din temelli bir hukuk sistemi olan İslam hukukunda boşanma serbestisi prensibi hükmünü sürdürmüştür. Her ne kadar ilke olarak boşanma serbestisi uygulansa da sistemin özünde amaçlanan boşanmak değil evlilik birliğinin devamıdır. Bu amaç Kur'an'da⁶¹ ve peygamberin sözlerinde ortaya konmuştur ve hukuken muteber işlemler içerisinde en arzu edilmeyenin boşanmak olduğu dile getirilmiştir.⁶²

⁵⁸ Cin s.27.

⁵⁹ Cin s.28.

⁶⁰ Cin s.29.

⁶¹ Bkz. Nisa Suresi 34 “(Eğer eşleriniz kötü huylarından vazgeçer ve artık) Size itaat (hürmet ve muhabbet) ederlerse aleyhlerinde bir yol aramayın (iyi geçinmeye bakın)”
<https://www.kuranmeali.com/AyetKarsilastirma.php?sure=4&ayet=34>.

⁶² Tekinay s. 181; Cin s.34-35.

İslam boşanma hukukunun özünde erkek egemen bir rejim izlenir. Bu doğrultuda da erkek, boşanma hakkını mutlak olarak haiz kılınmıştır. Erkeğin tek taraflı olan mutlak boşanma yetkisine talak⁶³ adı verilir.⁶⁴

Talak kavramı erkeğin, örneğin; “boş ol, artık karım değilsin” gibi sözleri söylemesiyle gerçekleşir. Talakı, kişinin şaka maksadıyla söylemesi de boşanma sonucunu değiştirmez; çünkü islam, ailevi işlemlerin şakasının yapılmayacağı düsturıyla hareket eder. Ancak bu yaklaşım her ne kadar erkeği cezalandırma amacı gütsede bir noktada kadının da evliliğini sona erdirerek onu kusursuz yere cezalandırmak anlamına da gelecektir; çünkü boşanma, eğer ki talak-ı bayin niteliğinde ise hem kadının kurulu düzeni bozulacak hem de bakım ihtiyaçları açısından problemler yaşayabilecektir. Böylelikle ancak iddet süresi, yani 3 ay boyunca nafaka alabilecektir. Yine kişinin kendi iradesiyle alkol alıp talaka yönelik beyanlar sarf etmesi de boşanmayla sonuçlanacaktır. Ancak kişinin iradesi dışında iradeyi sakatlayan bir madde alması halinde talak geçerli sonuç doğurmayacaktır.⁶⁵

İslam hukukunda talakın türleri mevcuttur. Bunların ilkinde Talak-ı Rici adı verilir. Talak-ı Rici dönülebilir boşanma anlamındadır ve kural Talak-ı Rici’dir. Talak-ı Rici’ye göre evlilik derhal sona ermez ve 3 aylık iddet süresinin bitimine kadar muteber olarak hükümlerini doğurur. Buna göre, bu 3 aylık süre içerisinde koca talaktan dönebilir ve evlilik geçerli şekilde ileriye etkili devam eder. Talak-ı Rici’nin 3 aylık iddet süresi içinde eşler arasında evliliğin tüm sonuçları doğacağından mirasçılık sıfatları zedelenmeyecek ayrıca kocanın kadına bakma yükümlülüğü de aynen devam edecektir.⁶⁶ Asıl kural Talak-ı Rici olmasına rağmen bir diğer talak türü de Talak-ı Bayin’dir. Talak-ı Bayin dönülebilir olmayan boşanmadır. Talak-ı Bayin sonucunda artık direkt olarak boşanma gerçekleşir. Talak-ı Bayin kural değil istisna olduğundan, burada erkeğin iradesinin Talak-ı Bayin’e yönelik olduğunu göstermek açısından “seni sonsuza dek boşadım”, “dağ gibi uzaksın” gibi cümlelerin varlığı gerekir. Talak-ı Rici’den farklı olarak burada mirasçılık sıfatı derhal sona erecektir.⁶⁷

Hem Talak-ı Rici hem de Talak-ı Bayin yönünden koca dilerse tek seferde, dilerse ayrı zaman dilimlerinde üç kere boşanmaya ilişkin sözleri sarf etsin, artık

⁶³ *Repudiation*.

⁶⁴ Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, Türk Hukuk Tarihi, B. 21 (Ankara: Turhan Kitabevi, 2019) s. 111.

⁶⁵ Üçok/Mumcu/Bozkurt s.113; Cin s.47-48.

⁶⁶ Cin s.54; Benzer yönde bkz. Üçok/Mumcu/Bozkurt s.112.

⁶⁷ Cin s.55.

üçüncü defa boşanma anında Talak-ı Selase devreye girer.⁶⁸ Talak-ı Selase sonucunda artık erkeğin eski karısıyla yeniden evlenmesi için uzun bir prosedür izlenmesi gerekecektir. İlk olarak kadının iddet süresini doldurması, sonrasında başkasıyla evlilik birliği kurması, o kişi ile boşanması ve ondan boşandıktan sonraki iddet süresini de geçirmesi ardından eski kocasıyla yeniden evlilik birliği kurması gerekir. Bu işlem islam terminolojisinde “hülle” ismiyle nitelendirilir. Bu noktada haklı olarak, kadının eski kocasıyla yeniden evlenmesini sağlayabilmek için kadınla geçici olarak ivaz karşılığı muvaazalı evlilik yapanların evlilikleri geçerli sayılmaz.⁶⁹ Boşanmaya dair bir başka usul ise Tefviz-i Talak’tır. Burada koca, kendi elinde mutlak olarak bulundurduğu talak hakkını kadına devretmektedir. Diğer bir usul anlaşmalı boşanmadır. Buna terminolojide “muhalea” adı verilir. Böylelikle koca, özellikle boşanma sonrasındaki nafaka sorumluluğundan kurtulmak için karısıyla anlaşarak boşanma yoluna başvurabilir. Burada hukuki anlamda bir ibralaşmadan söz edebiliriz.⁷⁰

Bu usullere ek olarak, dolaylı olarak boşanma sonucunu ortaya çıkaran bazı özel usuller de bulunur. Bunlar “lian”⁷¹, “ila”⁷² ve “zihar”⁷³dır.

Son olarak İslam hukukunda, günümüzdeki boşanma kavramına en benzer yol fesih usulüdür. Burada aslında günümüzdeki anlamına benzer bir şekilde hâkim kararıyla boşanmadan bahsedilebilir. Örneğin, erkeğin iktidarsızlığı, akıl hastası olması, bulaşıcı hastalığı olması gibi hallerde kadıya başvurularak evliliğin feshi talep edilebilmektedir. Ancak çoğu konuda olduğu gibi feshin uygulanması açısından gerçekten de mezhepler arasında büyük yorum farklılıkları mevcuttur.⁷⁴

⁶⁸ Üçüncü seferdeki ayrılığa Beynün-i Kübra adı verilir. Cin s.55.

⁶⁹ Üçok/Mumcu/Bozkurt s. 113. Benzer yönde bkz. Cin s.56; Tekinay s.181.

⁷⁰ Cin s.71.

⁷¹ Lian, karısının zinaya bulaştığını düşünüp de karıya isnat ettiği bu zina filini 4 erkek şahit huzurunda ispat edemeyen erkeğin özellikle çocuğun soybağını reddetmek amacıyla gündeme getirdiği özel bir yoldur. Lianda koca 5 kere yemin eder ve kadın da aksi yönde 5 kere yemin ederse lian işlemi son bulur ve böylelikle kadı kararıyla taraflar arasındaki evlilik sona ereceği gibi erkek de soybağını reddetmiş olur. Ayrıntılı bilgi için Bkz. Cin s.79-83.

⁷² İla kocanın karısıyla 4 ay boyunca cinsel münasebette bulunmayacağına dair söz vermesi işlemidir. Koca Allah adını da vererek 4 ay boyunca cinsel ilişkide bulunmayacağına dair bir yemin eder ve ila böylelikle başlar. Süre 4 aydan az ise ila hiç başlamamış olur 4 aydan fazla ise kadı kararıyla 4 aya indirgenebilir. 4 aylık müddet aslında bir nevi talak-ı rici sonucu doğurur böylelikle koca 4 ay içinde cinsel münasebette bulunmama sözüne riayet etmezse ila bozulur. Ancak 4 aylık söze riayet ederse artık evlilik sona erecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cin s.83-85.

⁷³ Zihar erkeğin karısının herhangi bir uzvunu kendisine haram olan kadınlardan birinin bir uzvuna benzediğini ileri sürmesidir. Zihar da bazı mezheplere göre evliliği sona erdiren usullerdendir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Cin s.85-87.

⁷⁴ Üçok/Mumcu/Bozkurt s.114-115.

3.2. Boşanmada Benimsenen Sistemler

3.2.1. Boşanmayı Kabul Eden Sistem

Bilindiği üzere eşlerin ortak iradelerinin birbiriyle örtüşmesi sonrası, nişanlılığın devamı olan evlilik müessesesi sonucunda artık eşler arasında aile birliği kurulur. Boşanmayı kabul eden sisteme göre; eşler nasıl ki öz iradeleriyle evlilik birliğini meydana getirebiliyorlarsa bu yaklaşıma bütünüyle paralel olarak, tek taraflı bir irade beyanıyla ya da karşılıklı mutabakat sonucunda, sebep göstermeksizin hali hazırda kurulmuş olan aile birliğini sona erdirebilmelidirler. Bireyciliği ön planda tutan felsefi teoriler bu sistemin çekirdeğini oluşturur. Burada, kamunun aile birliğinden beklediği menfaatler bir kenara konularak salt bireyin yararı esas alınır. Dolayısıyla bireyin üstün yararı teorisinin özünü oluşturduğundan devlet yapısı, bireyin meydana getirdiği evliliği sona erdirmeye iradesine herhangi bir müdahalede bulunamayacaktır. Tarihte bu sistemin örnekleri mevcuttur. Örneğin; Babillerde, Eski Mısır'da, İbranilerde ve Roma'da boşanma serbestisi sistemi esastı. Yine yukarıda genel esaslarını ortaya koyduğumuz İslam hukukunda da kocaya, sebep sunmaksızın tek taraflı ve mutlak bir boşanma yetkisi tanındığından, Tefviz-i Talak gibi bir durum olmadığı sürece kadının boşanma yetkisi bulunmamaktaydı. Günümüzde TMK 166 hükmündeki anlaşmalı boşanma, sınırlı olarak bir yönüyle bu sistemin yansımasıdır.⁷⁵

Bu sistem, bireyciliğin tabii sonucu olarak ilk etapta şahsın iradesini koşulsuz şartsız yansıtması açısından özgürlükçü görünse de yukarıdaki açıklamalarımızda önemle üzerinde durduğumuz aile kavramı böylesine pamuk ipliğine bağlı bir sistem üzerine oturtulmamalıdır. Aile, ulusun atar damarıdır ve fertlere sadakat, yardım gibi çeşitli yükümlülükler yükler. Bu yükümlülük altına kendi iradesiyle giren şahsın, eşe ve çocuklara da sirayet eden bu yükümlülüklerden sebebe dahi dayanmayan tek bir irade beyanı sonucu kurtulması kabul edilebilir olmaktan çok uzaktır.⁷⁶

⁷⁵ Ferit H. Saymen, Halid K. Elbir, Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku (İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1957) s.236; Bülent Köprülü, Selim Kaneti, Aile Hukuku, (İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1985-1986) s.150; Schwarz s.130; Velidedeoğlu s.171-172; Tekinay s.181; Cin s.18-19; Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.238-239; Gençcan s.94.

⁷⁶ Aydın Zevkliler, Beşir Acabey, Emre Gökyayla, Medeni Hukuk, B. 5 (Ankara: Savaş Yayınları, 1997) s. 916.

3.2.2 Boşanmayı Reddeden Sistem

Bu sistem, temelde Roma'daki boşanma serbestisi sistemine bir karşı refleks olarak kendine yer edinmiştir. Bilindiği üzere Roma'da boşanma, tek yanlı irade beyanı sonucunda başka bir işleme gerek olmaksızın meydana gelebilmekteydi. Roma'da, Hristiyanlığın devletin dini olmasının akabinde 10. yüzyılda hukuki muameleler üzerinde de kilisenin tesiri iyiden iyiye artmaya başlamıştı. Katolik hukuk, İncil'de geçen ve İsa'nın söylediği bazı sözleri boşanma yasağı amacı doğrultusunda yorumlayarak, evlenen kişiler arasındaki boşanmayı mutlak surette yasaklamıştı ve evlilik müessesesinin metafizik ve ruhani seviyede bir kurum olduğu fikrini yaymaktaydı. Burada mutlak olarak uygulanan, süreden bağımsız bir boşanma yasağından bahsetmekteyiz. Katolik hukukunda hiçbir ihtimalde boşanmadan bahsedilemez.⁷⁷

Bu boşanma yasağının mutlaklığı insan doğasına öylesine aykırıydı ki, kilise dahi bunu çeşitli yollarla daraltmak yoluna gitmiştir. Bazı hallerin varlığı halinde, Hristiyan terminolojisindeki haliyle “*yatak, masa ve hane ayrılığı*” (*seperatio tori, mensae et habitationis*) gündeme gelmekteydi. Yani eşler, birlikte dahi yaşamıyorlar ancak hukuken evli görünüyorlardı. Boşanmayı reddeden sistem Schwarz'a göre aslında o dönem Hristiyan toplumundaki yıkılmış seviyedeki ahlak mefhumunun yeniden tesisi açısından bir kısım faydalar sağlamıştı. Boşanma kesinlikle yasak olduğundan, kişiler büyük bir titizlik göstererek evleniyorlar ve bu yasak, evliliğin yürütülmesi anlamında onlara bir motivasyon sağlıyordu. Yine Schwarz, bu küçük faydayı sistemin felsefi temellerini haklı çıkarmak açısından yeterli görmemekte ve kusurlarını eleştirmektedir; çünkü birlikte yaşamları çekilmez hale gelen kişiler, bu evliliği yürütmeye çalışmak yerine boşanmaları da yasak olduğundan evli olmalarına rağmen zina yapıyor ve aslında kilisenin getirdiği bu yasak da toplumdaki zedelenmiş ahlak kavramını yeniden tesis etmeye yetmiyordu.⁷⁸

⁷⁷ Cin s.16-17.

⁷⁸ Schwarz s. 131-132. Benzer yönde bkz. Andreas Egger, Aile Hukuku, Çeviren: Tahir Çağa, (İstanbul: Kenan Matbaası, 1943) s.138; Saymen/Elbir s.235-236; Velidedeoğlu s. 170-171; Cin s.16-17; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s. 915-916; Köprülü/Kaneti s.149; Tekinay s.182; Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.237-238; Gençcan s.93-94.

3.2.3. Boşanmanın İlli ve Hükme Bağlı Olduğu Sistem

Boşanmayı reddeden sistemi incelerken bu sistemin Roma'da, boşanmayı koşulsuz şartsız serbest kılan sisteme karşı bir refleks olduğundan bahsetmiştik. Aynı şekilde, boşanmanın illi ve hükme bağlı olduğu sistem de Protestan Hristiyanlık sistemi içinde felsefi temelleri aydınlanma çağı hukukçularınca atılmış ve Katolik hukukuna karşı refleks olarak kendini göstermiştir. Bu sisteme göre; boşanma ne Roma'da ne İbrani hukukunda ya da İslam hukukunda uygulandığı haliyle koşulsuz şartsız serbest kılınmalı ne de Kilise hukukunun tatbik ettiği şekilde katı olarak yasaklanmalıdır. Burada artık evliliğin ruhaniliği ve sonsuzluğuna yönelik fikirler bir kenara atılarak boşanmayı mutlak olarak kabul eden ve mutlak olarak reddeden radikal sistemler birbirleri içinde eritilmiş, adeta her ikisinin kesişim kümesi oluşturulmuştur. Bu sisteme göre, boşanma sadece belli sebeplerle sınırlı olarak yargı görevini ifa eden bir merciin vereceği bir hüküm sonucu mümkündür. Türk hukuku da dahil olmak üzere modern hukuklar işte bu sistemi temel alırlar. Gerçekten de bu sistemle beraber evlilik birliğinin zamanla çözülebileceğinin doğal olduğu fikri desteklenerek hem toplumsal realiteler nazara alınmış hem de evlilik birliğinin kolaylıkla yıkılmasını önlemek açısından kamusal menfaatler de göz ardı edilmeyerek uygun bir sonuca varılmıştır.⁷⁹

4. BOŞANMA KAVRAMININ DAYANDIĞI TEMEL PRENSİPLER

Yukarıda evlilik birliği kavramından ve evlilik birliğinin taraflar açısından artık sürdürülemez olduğu durumlarda boşanma kavramının gündeme geleceğinden bahsetmiştik. Bilindiği üzere hukukumuzda boşanma, aile hakiminin vereceği nihai hükme dayanmalıdır. İşte boşanma hukukunun fikri yapısı açısından bu sistem benimsendiğinde de boşanma sebeplerinin hangi düstura dayandırılacağı sorusu gündeme gelir.⁸⁰ Bu soruyu cevaplamak açısından aşağıda inceleyeceğimiz çeşitli prensipler ortaya atılmıştır.

4.1. Kusur İlkesi

Bu ilkenin özünde taraflardan sadece birine isnat edilebilecek bir kusur kavramı yatar. Evlilik birliği içerisindeki eşlerden her biri, aile olmanın doğal sonucu olarak birliğin sağlıklı ve tertipli bir şekilde yürütülmesinden mesuldür. Kişi, nasıl ki

⁷⁹ Schwarz s.132-133; Saymen/Elbir s.237; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.917; Köprülü/Kaneti s.150; Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.239; Cin s.21; Velidedeoğlu s.174-175; Gençcan s.98-99.

⁸⁰ Schwarz s.136.

aile olmanın nimetlerinden faydalanacaksa bunun külfetlerinden de sorumlu olacaktır. İşte bu fikrin yansıması olarak evlilik birliğinin sonlanmasına sebep olacak davranışlarda bulunan kusurlu eşe, bu sonuca neden olduğu için bir müeyyide uygulanmaktadır.⁸¹

Burada kusur mutlak olarak esas alındığından boşanma davasını açma hakkı da sadece kusurlu olmayan tarafa aittir. Örneğin, eşine fiziksel şiddet uygulayan bir eş, boşanma davası açamayacaktır. Kusur ilkesinin kabulü halinde, kusura dayanmayan herhangi bir sebebe dayalı olarak boşanma talep edilemez. Örneğin; eşin akıl hastası olması, eşlerin ortak bir hayat görüşünü paylaşamamaları, eşlerden birinin zamanla sebebini anlayamadığı bir şekilde diğer eşten soğuması, eşin evlilik birliğinin devamını engelleyecek amansız bir hastalığa tutulması gibi haller bu ilkeye göre boşanma sebebi olamaz. Bu örneklerle beraber düşünüldüğünde boşanma sistemi açısından kusurun mutlak şekilde benimsenmesi çok çeşitli sorunları da beraberinde getirmiştir. Özellikle akıl hastalığı, bulaşıcı hastalık gibi ihtimallerde boşanma hakkının verilmemesi nedeniyle kişiler, sırf boşanma sonucuna ulaşabilmek için hasta eşlerine asılsız isnatlarda bulunarak onları karalama yoluna gidebilmektedirler. Yine bu ilke, kusurun varlığını zorunlu kıldığından tarafları kusur isnadına zorlayarak, boşanma davasında asıl boşanma sebebinin ortaya çıkmasına dahi engel olabilmesi sebebiyle adaletin tesisi bakımından da olumsuz sonuçlara neden olmaktadır. Kusur prensibi hukukumuzda TMK 161 ila 164 maddelerinde belirtilen boşanma sebepleri yönünden uygulanmaktadır.⁸²

Günümüzde pozitif hukuk yönünden kusur kavramının tesiri hafifletilmiş olsa da kusurlu olan tarafın boşanması hala kolayca gerçekleşmemektedir. Bu da bir yönüyle bitmiş bir evlilikte, kişileri yıkılmış bir binanın içinde yaşamaya mahkûm etmek anlamına gelir.⁸³ Yargıtay, kusur ilkesi yönünden tamamen kusurlu eşe dava hakkı tanınmaması gerektiği; çünkü kimsenin kendi kusuruna dayalı olarak bir menfaat elde edemeyeceği görüşündedir. TMK 166 doğrultusunda daha fazla kusurlu

⁸¹ Erol Cansel, “Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977) s.77.

⁸² Egger s.146-147. Benzer yönde bkz. Schwarz s.146; Velidedeoğlu s.176; Cin s.22-23; Saymen/Elbir s.238-239; Köprülü/Kaneti s.151-152; Zevkililer/Acabey/Gökyayla s.918-919; Gençcan s.107; Ebru Ceylan, Yeni Türk Medeni Kanunu’na Göre Kadının Durumu, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, (2016) s.101; Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.240.

⁸³ Haluk Burcuoğlu, “Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler”, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, (2018) s.4.

eş dahi, daha az kusurlu eşe boşanma davası açabilecektir. Böylelikle Yargıtay tarafından kusur ilkesinin yumuşatılarak uygulandığı sonucuna varabiliriz.⁸⁴

4.2. İrade İlkesi

İrade ilkesi, tüm ilkeler içerisinde, bireyci felsefeyi ve özgürlükçülüğü en yüksek şiddette destekleyen prensiptir. Bu ilkeye göre; evlilik birliği içerisindeki eşler nasıl ki evliliği kendi iradeleri sonucu meydana getiriyorlarsa, boşanma da aynı usule bağlanabilmelidir. Böylece bu ilke, eşlerin ortak iradelerinin uyuşmasıyla (*consensus*) ya da tek taraflı bir irade açıklaması sonrasında boşanma sonucuna ulaşılabilmesini ifade eder. Yukarıda da açıkladığımız üzere İslam hukukunda, Musevi hukukunda ve Roma hukukunda bu ilke doğrudan uygulanmaktaydı.⁸⁵

Burada dikkat edilmesi gereken nokta, irade beyanının bir *consensus*a mı yoksa tek taraflı irade beyanına mı dayandığıdır. Eşlerin iradesi boşanma yönündeki ortak bir açıklamaya dayanıyorsa, burada sistem boşanma serbestisi prensibine göz kırpar. Boşanmaya yönelik irade tek taraflı ise artık doğrudan doğruya boşanma serbestisi prensibi uygulanıyor demektir.⁸⁶

İrade ilkesi, özellikle aile birliğinin çok basit şekilde çözülmesine yol açması sebebiyle öğretilere eleştirilere konu olmuştur. Bireyci felsefeyi temel alan bu ilke, sadece eş iradelerini esas aldığından çocukları, diğer bireyleri ve kamusal menfaatleri geri planda tutar. Evlilik birliğini eşler kurduğundan eşler sona erdirebilmelidir görüşü bu eleştirilere göre hatalardan ibarettir; çünkü evlilik bir akittir denilse de hükümleri ve sonuçları yönünden bütünüyle kendine has bir nitelik taşır.⁸⁷

TMK 166/3 de yer alan anlaşmalı boşanma hükmü, bir yönüyle irade ilkesine göz kırpsa da hukukumuzda anlaşmalı boşanma müessesesi hâkim hükmüne bağlanmıştır. Hâkim, boşanmanın sonuçlarına yönelik protokolü inceleyerek bir sonuca varacağından ve tarafların boşanma hususundaki iradesi, hâkim kararı olmaksızın sonuç doğurmayacağından, irade ilkesinin pozitif hukukumuzda tam olarak uygulandığından bahsedebilmek mümkün değildir.⁸⁸

⁸⁴ Y. 2. HD., E. 2020/3901, K. 2020/4354, T. 05.10.2020. Kararda tamamen kusurlu eşe boşanma davası açma hakkının tanınmaması gerektiği, bunun kimsenin kendi kusurundan menfaat elde edemeyeceği ilkesine aykırılık oluşturacağı vurgulanmıştır. www.kazanci.com.tr e.t. 14/01/2021.

⁸⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.920; Ceylan s.101.

⁸⁶ Köprülü/Kaneti s.151; Schwarz s.138; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.920; Gençcan s.107.

⁸⁷ Velidedeoğlu s.175; Saymen/Elbir s.238; Cin s.23; Turgut Akıntürk, Derya Ateş, Aile Hukuku, C. 2, B. 22 (İstanbul: Beta Yayınları, 2020) s. 240-241. (Aile 2)

⁸⁸ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.920.

4.3. Temelden Sarsılma İlkesi

Evlilik birliği eşlerin, varsa çocukların mutlulukları, huzurları ve bu birlik içerisindeki refahları için vardır. Bu kavramı çalışmamızda her ne kadar hukuki yönleriyle incelesek de evlilik, psikolojiden, sosyolojiden ve sair birçok beşerî bilimden bağımsız olarak incelenemez. Evlilik birliği, kusur dahi bulunmaksızın sayısız ihtimaller dahilinde, eşler için katlanılmaz hale gelebilir. İşte bu halde temelden sarsılma ilkesi devreye girer. Temelden sarsılma ilkesinde kusurla ilgili bir saptama yapılmasına ihtiyaç yoktur. Burada önemli olan, kusurlu olsun ya da olmasın evlilik birliğinin eşler için çekilmez hale gelip gelmediğidir. Örneğin, eşlerden birinin zührevi hastalığı olması durumunda ortada hiçbir kusur yoktur. Ancak bu durum evlilik birliğini çekilmez hale getirebilir. Yine başka bir örnekte, hasta olmasa bile bir eşin artık diğer eşe sebepsiz olarak duygusal yakınlık duymaması dahi evliliği çekilmez kılabilir. Görüldüğü üzere burada önemli olan fiil değil durumdur. Aile hâkimi, burada kişiler arasındaki hadiselerle dayalı sübjektif konulardan öte objektif olarak evlilik birliğinin çekilmezliğini araştıracağından, TMK 4 uyarınca geniş bir takdir yetkisini haizdir. Böylelikle bu ilkede taraflar, kusur ilkesinde olduğu gibi birbirlerine kusura dayalı fiil isnat etmeden, sadece evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kanıtlayarak boşanma sonucunu elde edebileceklerdir.⁸⁹ Hâkim, takdir yetkisini özellikle müşterek çocuk olması durumunda mevcut hali çok daha hassas bir terazide tartarak kullanmalıdır.

Evlilik birliği, eşler için gerçekten radikal boyutlarda çekilmez hale gelmiş olabilir. Hatta bu durum bağırışma, kavga veya örneğin eşi tehdit amaçlı havaya silah açma, araç ile trafikte seyrederken kavga etmek suretiyle trafik güvenliğini tehlikeye atma vb. fiillerle kamuyu dahi rahatsız eder duruma gelmiş olabilir. İşte bu uç ihtimallerde bile boşanma sonucuna ulaşmak için eşlerden birinin aile mahkemesinde dava ikame etmesi gerekir. Örneğin, cumhuriyet savcısı kamu düzeninin korunmasını sağlamak amacıyla mutlak butlan davasını ikame edebilirken, taraflar adına hiçbir ihtimalde boşanma davası açamaz.⁹⁰

TMK 166/1 hükmü uyarınca hâkim, sübjektif koşulları bir tarafa bırakarak deliller sonucu objektif olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını

⁸⁹ Saymen/Elbir s.239. Benzer yönde bkz. Egger s.147-148; Schwarz s.138; Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.241; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.919; Cin s.24; Gençcan s.121-122; Ceylan s.101-102.

⁹⁰ Velidedeoğlu s.177. Benzer yönde bkz. Egger s.147-148; Ejder Yılmaz, “Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:29, (1972) s.265.

TMK 4 sınırları içerisinde değerlendirecektir. TMK 166/1 bütünüyle temelden sarsılma ilkesini benimsemiştir.⁹¹

4.4. Elverişsizlik İlkesi

Bu ilke, kronolojik olarak diğer ilkelerden daha sonraki tarihlerde ortaya atılmıştır. Evlilik birliği içerisindeki eşlerden birinde, evlilik birliğinin devamı açısından sorun yaratacak seviyede çeşitli tıbbi ya da zihinsel problemler baş gösterebilir. Hal böyle olduğunda artık evlilik birliğinin devamı sağlıklı olmayacaktır. Örneğin, eşlerden birinde genetik hastalığın varlığı halinde artık gelecek kuşaklar açısından bir tehlike söz konusu olacaktır. Elverişsizlik ilkesine örnek olarak kısırlık, zührevi hastalıklar, alkol veya uyuşturucu bağımlılığı verilebilir.⁹²

Bu ilke, hukukumuzda TMK 165 hükmünde düzenlenen akıl hastalığı sebebiyle boşanma yönünden uygulanmaktadır.⁹³

Elverişsizlik ilkesi çerçevesinde verilmiş bir kararda Yargıtay, temporal tipte sara hastalığının, hastalığın niteliği itibariyle eşler arasındaki ortak yaşamı dayanılmaz kılacak bir boşanma sebebi olamayacağına hükmetmiştir. Bu noktada hasta eşin tedaviden kaçınıp kaçınmadığı da bir değerlendirme sebebidir.⁹⁴

4.5 Fiili Ayrılık İlkesi

Evlilik birliği içerisinde eşler açısından hayatı fiilen bir arada yaşama çabası ve iradesi artık yok olmuşsa ve eşler mütemadiyen ayrı çatılar altında hayatlarını devam ettiriyorlarsa, artık fiili ayrılık kavramı gündeme gelecektir. Burada önemli olan, kanun koyucunun fiili ayrılığa dayalı boşanma davası yönünden belirleyeceği süredir. Süre kısa olursa, bu bir nevi hakkın kötüye kullanılması niteliğinde boşanmaları gündeme getirebilecektir. Süre çok uzun olursa da kişiler fiilen sona ermiş bir evliliği tek başlarına yürütmeye, adeta yıkılmış bir bina enkazında tek başlarına yaşamaya mahkûm edilmiş olacaklardır.⁹⁵ Fiili ayrılık ilkesine dayalı boşanma sebebi hukukumuzda TMK 166/4 hükmünde düzenlenmiştir.

⁹¹ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.919.

⁹² Nuşin Ayiter, “MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977) s.165. Benzer yönde bkz. Zeytin/Ergün s. 200; Gençcan s.122-123; Ceylan s.102.

⁹³ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.921.

⁹⁴ Y. 2. HD, E. 2004/4941, K. 2004/7899, T. 15.06.2004 www.kazanci.com.tr. e.t. 15/01/2021.

⁹⁵ Akıntürk/Ateş Karaman, (Aile 1) s.242.

4.6. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki Yaklaşım

İlkeler yönünden incelendiğinde, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda yukarıda açıklamalarını yaptığımız ilkelerin tek birine bağlı kalınması yerine, boşanma hükümleri çerçevesinde hepsine ayrı ayrı yer verildiğinden, karma bir sistemin benimsendiğini vurgulayabiliriz. Ancak ağırlıklı olarak benimsenen ilke, temelden sarsılma ilkesi olarak kabul edilir. Bu noktada zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme ve terke dayalı boşanmalarda kusur ilkesi⁹⁶, akıl hastalığı sebebiyle boşanmada elverişsizlik ilkesi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanmada temelden sarsılma ilkesi, anlaşmalı boşanmada tamamen olmasa da bazı yönleriyle irade ilkesi ve eylemli ayrılık sebebine dayalı boşanmada da fiili ayrılık ilkesi uygulanır.⁹⁷

⁹⁶ Kusur prensibi sakıncaları göz önüne alınarak özellikle mehzat kanun olan ZGB'de bütünüyle terkedilmiştir. Ancak hukukumuzda hala hakimiyetini sürdürmektedir. Saibe Oktay Özdemir, "Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, (2015) s.31-32.

⁹⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.921.

İKİNCİ BÖLÜM

KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSIYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMANIN GENEL ÇERÇEVESİ VE DİĞER BOŞANMA SEBEPLERİYLE İLİŞKİSİ

Birinci bölümdeki açıklamalarımızda boşanma hukukunun genel hatlarına, tarihçesine, temel ilkelerine ve gözettiği değerlere yer vermiştik. Çalışmamızın ikinci bölümünde ise TMK 163 hükmünde düzenlenmiş iki ayrı boşanma sebebi olan “küçük düşürücü suç işleme” ve “haysiyetsiz hayat sürme” sebebiyle boşanmaya ayrıntılı olarak yer vereceğiz.

Her ne kadar TMK 163 hükmü karışıklığa sebep olabilecek bir şekilde “Suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme” başlığı altında “ve” bağlacıyla düzenlenmiş olsa da burada birbirinden tamamen ayrı iki farklı boşanma sebebi ele alındığından “veya” bağlacı kullanılması daha uygun düşecektir.⁹⁸

1. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSIYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMANIN GENEL ÇERÇEVESİ

Kadın ve erkek arasında vuku bulan nişanlılık statüsünün sonrasında evlenme kavramı gündeme gelir. Böylelikle kişiler, kamusal olarak da saygı duyulan sürekli bir hayat arkadaşlığı kurmak, evliliğin yüklediği nimet ve külfetleri de sırtlayarak hep birlikte olmak maksadıyla yetkili evlendirme memuru önünde evlilik akdini meydana getirirler.⁹⁹ Evlilik birliği gerçekten de sadece cinsel bir ilişki olmanın çok ötesinde bir kader ve hayat birliğidir. İnsanlar, bu birlik içerisinde varlıklarını gösterip sonrasında toplumsal yaşamda kendilerini gerçekleştirirler. Bu birlik, insanın sosyal bir varlık olmasının sonucu olarak yapay değil doğal bir kurumdur. Doğal kurum olan evlilik içerisindeki aile ne kadar güçlü olursa toplumlar da o derece güçlü olacak ve doğru orantılı olarak gelişim göstereceklerdir.¹⁰⁰

Aile kavramı, anayasal olarak da muhafaza edilerek ona toplumun çekirdeği nitelendirmesi yapılır. Aileye bu derece önem verilmesinin yansıması olarak TMK 185 hükmünde, evlenme sonucunda evlilik birliğinin meydana geleceği düzenlenerek

⁹⁸ Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.252.

⁹⁹ Köprülü/Kaneti s.65; Tekinay s.66.

¹⁰⁰ Şakir Berki, “Boşanma ve Ayrılık”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı 1-4, Cilt 30, (1973) s.135-136.

eşlerin her birine sadakat, yardım, birlikte yaşam, çocukların ve birliğin refahını gözetme gibi yükümlülükler yüklenmiştir. “Mutluluğu sağlamak” gibi bir borcun düzenlenmesi, ancak aile hukuku alanında rastlanabilecek bir durumdur. Bu da aile hukukunun ne derece nevi şahsına münhasır niteliklere sahip olduğuna tek başına delalet eder. Evlilik birliğinden kanun koyucunun ve kamunun beklentisi sürekli bir yaşam ortaklığı olsa da eşler arasında birtakım problemler, belli anlaşmazlıklar baş gösterebilir ve evlilik birliğinin sonlanması gündeme gelebilir. Bu noktada artık evlilik birliğinin devamında hiçbir yarar kalmayabilir.¹⁰¹

Genel görüşe göre evlilik kavramı bir akit olsa da *sui generis* niteliği gereği onu diğer bütün hukuk sözleşmelerinden bağışık tutmak gerekir. Borçlar hukukunda genel prensip sözleşme serbestisi olsa da aile hukukunda evlilik ve boşanma, kamusal denetimden ayrı olarak şekli şartlar yerine getirilmeden meydana getirilemez.¹⁰²

Evlilik birliğinin devamında hiçbir yarar kalmadığında artık eşler, kanunun TMK 161-166 maddelerinde düzenlenmiş ve *numerus clausus* prensibi uyarınca tahdidi sayılmış sebeplerden birine dayanarak aile hâkimi hükmüyle boşanabilirler.¹⁰³ İşte evliliğin sona ermesine sebep olan nedenlerden biri de küçük düşürücü suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmadır.

TMK 163 hükmüne göre; “*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 163. maddesinin gerekçesine göre ise; “*Yürürlükteki Kanunun 131 inci maddesini karşılamaktadır. Maddedeki "terzil edici cürüm" kavramı yerine "küçük düşürücü suç" kavramı kullanılmıştır. Bu kavram hem yüz kızartıcı hem de bu nitelikte olmayan diğer cürümleri kapsar mahiyette geniş bir kavramdır. Yürürlükteki maddede "terzil edici cürüm" işleme mutlak bir boşanma sebebi, buna karşılık haysiyetsiz hayat sürme nisbi bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Bir başka ifadeyle terzil edici cürümde çekilmezlik şartı aranmadan boşanmaya hükmedilebildiği hâlde, haysiyetsiz bir yaşam sürme hâlinde bu durum tek başına boşanma için yeterli olmayıp, bu sebeple eşler için birlikte yaşama çekilmez hâle gelmiş olmalıdır. Değişiklik sonucu her iki sebep de nisbi boşanma sebebi hâline getirilmiştir. Buna göre ister küçük düşürücü*

¹⁰¹ Berki s.136.

¹⁰² Turgut Akıntürk, “Türk Medeni Kanunu’nun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:29, Sayı:1, (1972) s.45.

¹⁰³ İnan s.239.

suç işlenmiş olsun, ister haysiyetsiz bir hayat sürülmüş olsun, boşanmaya hükmetmek için bu durumların diğer eş için birlikte yaşamayı çekilmez hâle getirmesi zorunlu olacaktır.”

TMK 163 hükmü, 743 sayılı MK dönemindeki 131. maddeyi karşılamaktadır. Eski kanundaki hükme göre; *“Karı kocadan her biri, terzil edici bir cürüm işleyen yahut kendisiyle birlikte yaşamayı çekilmez bir hale koyacak derecede haysiyetsiz bir hayat süren diğeri aleyhine her zaman boşanma davası ikame edebilir.”*

743 sayılı MK döneminde sadece haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, nisbi boşanma nedeni iken terzil edici cürüm mutlak boşanma nedeni olarak sayılmıştı. Böylelikle o dönemde eşin terzil edici bir cürüm, yani küçük düşürücü suç işlemesi başlı başına boşanma kararı verilmesini sağlıyor, ayrıca evliliğin diğer eş için çekilmez hale gelmesi şartı aranmıyordu. Oysa 4721 sayılı kanunda hem küçük düşürücü suç işlemesi hem de haysiyetsiz hayat sürme nisbi boşanma sebebi olarak kodifike edilmiştir.¹⁰⁴

Bizce de kategorizasyon açısından yapılan değişiklik yerinde olmuştur. Burada boşanma sonucuna neden olan fiiller örneğin; zinadan ya da hayata kasttan farklı olarak diğer eşin kendisine yönelmemekte bizzat eşin şahsından doğmaktadır. Dolayısıyla burada boşanma sebebi, sadakat yükümlülüğüne ağır şekilde aykırı olan zinadan ya da bizzat diğer eşin yaşam hakkına yönelen bir öldürmeye teşebbüs fiilinden farklı olarak, üçüncü kişilere yönelmiş bir suçtan ya da eşin yaşam stilinden doğduğundan, bu durumları direkt olarak çekilmezliğe karine teşkil etmek hatalı olacaktır.¹⁰⁵

“Bonnie & Clyde Sendromu” da denen *Hibristofili*, uyuşturucu baronu, insan taciri, seri katil vs. gibi suç işleyen kişilere sırf suçlu kimlikleri sebebiyle özel bir cinsel çekim ya da duygusal yakınlık duyulmasını ifade eder.¹⁰⁶ Hibristofil bir kişi,

¹⁰⁴ Veysel Başpınar, “Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı:3, (2003) s.84; Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.253; Mustafa Dural, Tufan Ögüz, Mustafa Alper Gümüş, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, B. 15 (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020) s.112; Mustafa Kırmızı, Boşanma Davaları, B. 2 (Ankara: Bilge Yayınevi, 2020) s.68; Y. 2. HD, E. 2009/16080, K. 2010/17409, T. 21/10/2010 *“Dava, davalının küçük düşürücü suç işlemesi sebebiyle boşanmaya ilişkindir. Yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenisi’ndeki düzenlemeden (md. 131) farklı olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, küçük düşürücü suç işlemeyi mutlak boşanma sebebi olmaktan çıkarmış, bu sebepten ötürü suç işleyenle birlikte yaşamayı davacı eşten beklenmeyecek derecede evliliğin çekilmez hale gelmiş olmasını da aramıştır (md. 163). O halde, küçük düşürücü suç işlenmesi tek başına boşanma kararı verilmesi için yeterli olmayıp, bu sebeple onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemez derecede çekilmez hale gelmiş olması koşulu da gerçekleşmiş olmalıdır.”*

¹⁰⁵ Tekinay s.222.

¹⁰⁶ Hybristophilia. <https://medical-dictionary.thefreedictionary.com/Hybristophilia> e.t. 26/12/2020.

eşiyile sırf seri katil ya da dolandırıcılık şebekesi lideri olduğu için bir evlilik yapmış olabilir. İşte bu uç ihtimalde evlilik birliğini ayakta tutan unsur, eşin hibristofil olması olduğundan, diğer eşin TMK 163 uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı bir dava açması da pek tabii ki beklenemez. Buna ek olarak hibristofil bir eşin, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde TMK 163 hükmüne dayalı açacağı bir davanın da çekilmezlik şartının yokluğu sebebiyle reddi gerekir; çünkü evliliğin suç kavramı nedeniyle çekilmez hale gelmesi bir yana dursun, kanunun saydığı özel ve nisbi boşanma sebebi tek başına evliliğin devamını sağlamaktadır.

Yine haysiyetsiz hayat sürme açısından çekilmezlik şartını aramak da yerindedir. Eşin alkol bağımlılığı, alkol kullanan diğer eş için evliliğin devamına olumlu katkı sağlayabilecekken, diğer yönden dinine bağlı bir eş için direkt olarak evliliği çekilmez hale getirebilir. Yine, her iki eşin de kumar bağımlısı olması durumunda evliliğin çekilmez hale geldiğini söyleme imkânı bulunmayacaktır.¹⁰⁷

TMK 163 hükmünün nisbi boşanma sebebi olarak düzenlenmesi, bu yönde ikame edilebilecek kötü niyetli boşanma davalarını da engellemektedir. Şöyle ki; eğer kanun, TMK 163’ü mutlak boşanma nedeni olarak düzenleseydi hırsızlık yapan bir eş, sırf sevgilisiyle evlenebilmek için aynı şekilde hırsız olan eşine boşanma davası açarak suç olgusunu ispatla boşanmayı sağlayabilirdi. Yine başka bir örnek verecek olursak bir eş, kumardan büyük kazanç sağlayan eşinin kumar düşkünlüğünden rahatsız olmamasına rağmen yüksek nafaka alıp yalnız yaşamak amacıyla boşanma davası açarsa kumar düşkünlüğünü ispatlayarak kötü niyete dayalı amacına ulaşabilirdi.¹⁰⁸

2. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME SEBEBİYLE BOŞANMA

2.1. Genel Olarak

TMK 163 hükmü uyarınca “Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.”

Boşanma sebepleri kategorizasyonu açısından TMK 163 hükmünde düzenlenen küçük düşürücü suç işleme, hem eşin küçük düşürücü suç fiillerini esas alması nedeniyle kusur ilkesini esas alan, hem çekilmezlik şartını araması nedeniyle

¹⁰⁷ Gençcan s.320.

¹⁰⁸ Tekinay, 743 sayılı MK döneminde de suç işleme sebebiyle boşanmanın mutlak boşanma sebebi olmasının sakıncalarını ileri sürerek çekilmezlik şartının aranması gerektiğini ifade etmiştir. Tekinay s.224-225.

nisbi, hem de önceden belirlenmiş bir olgunun gerçekleşmesini şart kılması yönünden özel boşanma sebeplerindendir.¹⁰⁹ Yargıtay, 743 sayılı kanundan farklı olarak 4721 sayılı kanunda hükmün nisbiliğine vurgu yaptığı bir kararında “*Dava, davalının küçük düşürücü suç işlemesi sebebiyle boşanmaya ilişkindir. Yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenisindeki düzenlemeden farklı olarak, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, küçük düşürücü suç işlemeyi mutlak boşanma sebebi olmaktan çıkarmış, bu sebepten ötürü suç işleyenle birlikte yaşamayı davacı eşten beklenmeyecek derecede evliliğin çekilmez hale gelmiş olmasını da aramıştır. O halde, küçük düşürücü suç işlenmesi tek başına boşanma kararı verilmesi için yeterli olmayıp, bu sebeple onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemez derecede çekilmez hale gelmiş olması koşulu da gerçekleşmiş olmalıdır.*” İbarelerine yer vermiştir.¹¹⁰ Başka bir kararda da TMK 163 hükmüne dayalı açılmış bir boşanma davasında yine nisbilik ilkesine vurgu yapılarak, çekilmezlik koşulu kanıtlanamayan davada temyiz isteği reddedilerek ilk derece mahkemesi kararı onanmıştır.¹¹¹

2.2. Küçük Düşürücü Suç İşleme Sebebiyle Boşanmanın Koşulları

2.2.1. Suç Fiilinin Mevcut Olması

TMK 163 hükmü doğrultusunda boşanma davası ikame edilebilmesi için eşlerden biri tarafından bir suçun işlenmiş olması şartı aranmaktadır. Ancak her suç değil, sadece küçük düşürücü nitelikte olan suçlara dayalı olarak boşanma davası ikame edilebilir.¹¹²

2.2.1.1. Suç Kavramı

Suç işleme sebebiyle boşanma, kusura dayalı bir boşanma sebebi olduğundan dolayı öncelikle suç kavramını irdelemek yerinde olacaktır. Düşüncede kalmayıp dış dünyaya yönelen bir hareket ya da bir fiil açısından ortada iki ihtimal bulunur. Fiil ya hukuka uygundur ya da hukuka aykırıdır. Hukuka uygun bir fiil pek tabii ki ceza hukukunun konusu olamayacağından suç da olamaz. Böylelikle TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası da açılmaz. Hukuka aykırı fiiller yönünden de karşılaşılabilecek ancak iki ihtimal bulunur. Buna göre; bir hukuka aykırı fiil suç teşkil

¹⁰⁹ Dural/Öğüz/Gümüş s.111.

¹¹⁰ Y. 2. HD, E. 2009/16080, K. 2010/17409, T. 21/10/2010. www.kazanci.com.tr e.t. 17/01/2020.

¹¹¹ Y. 2. HD, E. 2004/1653, K. 2004/2888, T. 08/03/2004. Gençcan s.277.

¹¹² Oğuz Ersöz, Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, (2018) s.115. (Boşanma)

edebilir ya da suç teşkil etmeyebilir. Hukuka aykırı ve suç teşkil etmeyen fiillere dayalı olarak da TMK 163'e dayalı boşanma davası açılmaz. Ancak küçük düşürücü nitelikte, hukuka aykırı ve suç teşkil eden fiillere dayanarak TMK 163'e dayalı boşanma davası ikame edilebilir.¹¹³ Böylelikle suç; failin düşüncede kalmayıp dışa yönelen fiiliyle TCK ve diğer kanunlardaki ceza hükümleri arasındaki bir çelişme olarak ifade edilebilir.¹¹⁴ Başka bir tanıma göre ise suç; tipe uygun olan ve ceza hukuku manasında müeyyide gerektiren harekettir.¹¹⁵ TMK 163 anlamında bir boşanma davası ikame edilebilmesi için fiilin suç oluşturması gerektiği ön koşulundan bahsetmiştik. Böylelikle bir hukuka aykırı fiilin suç teşkil edebilmesi açısından belli unsurların varlığı aranır. İlk olarak aranan unsur tipikliktir. Buna göre; bir fiil, pozitif hukuk anlamında kanunlarda suç olarak sayılmamışsa suç olarak kabul edilemez. İkinci unsura göre; fiilin hukuk düzenine aykırılık niteliği taşıması gerekir ki bu, hukuka aykırılık unsurudur. Maddi unsura göre; fiilin düşünce aşamasını geçmesi ve dış dünyada bir başkalık oluşturması gerekir. Maddi unsur gerek ihmali gerekse icrai bir davranışla gerçekleşebilir. Son olarak manevi unsur ise; fiilin, kusura dayalı iradi bir davranışla ortaya konmasını ifade eder.¹¹⁶

Kısaca değindiğimiz bu unsurların tamamının bir arada bulunması halinde suç kavramı gündeme gelecektir. Suç kavramına ek olarak hukuka aykırı olan çeşitli türde başkaca fiiller de mevcuttur. İşte bu türdeki fiiller yönünden TMK 163 hükmünün ne şekilde değerlendirileceğine de değinmek yerinde olacaktır.

- Haksız Fiiller

Hukuka aykırı olup suç teşkil etmeyen fiillerden ilki haksız fiillerdir. Haksız fiiller, köklerini roma hukukundan alan, borçlar hukuku anlamında tazminat sorumluluğu doğuran borç kaynaklarından biridir. Genel bir davranış aykırılığını ifade eder.¹¹⁷ Burada önemli olan, haksız fiiller ile suçların ayrımının ne şekilde yapılacağıdır. Öncelikle haksız fiillerde kanunilik unsuru bulunmaz. Suçlar, TCK'da ve diğer ceza kanunlarında tahdidi olarak tek tek sayılmışken haksız fiiller yönünden

¹¹³ Bahri Öztürk, Mustafa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 13 (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013) s.143.

¹¹⁴ Ayrıntılı bilgi için bkz. Emin Hüseyinoğlu, "Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı", Ankara Barosu Dergisi, Cilt:76, Sayı:1, (2018), s.124.

¹¹⁵ Öztürk/Erdem s.143.

¹¹⁶ Uğur Alacakaptan, Suçun Unsurları, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1975) s.8-10.

¹¹⁷ M. Kemal Oğuzman, M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 10, C. 2 (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013) s.1.

böyle bir yaklaşım bulunmamaktadır. Yine suçlar kusursuz olarak işlenemezken haksız fiiller yönünden kusursuz sorumluluk gündeme gelebilecektir. Örneğin; adam çalıştırmanın sorumluluğu ya da hayvan bulunduranın sorumluluğu hallerinde istihdam eden ya da hayvan bulunduran, müstahdemlerin veya hayvanların verdikleri zararlardan kusursuz olarak sorumlu olacaklardır. Ancak örneğin, ceza hukuku açısından bir çalışanın mesai saatinde çok kızıp birini öldürmesi halinde istihdam eden bundan ceza hukuku anlamında sorumlu olamaz. Dolayısıyla çalışanın verdiği zarardan borçlar hukuku anlamında haksız fiil kaynağına dayalı bir tazminat sorumluluğu meydana gelirken, istihdam edenin eşi, eşinin yanında çalışan şahsın işlediği suç nedeniyle eşine boşanma davası açamaz. Ancak çoğu ihtimalde suç ve haksız fiil bir arada bulunabilir. Örneğin, bir kişi, sokakta gördüğü bir kişiyi kasten yaralayıp uzuv kaybı nedeniyle çalışamamasına sebep olmuşsa, burada cezai sorumluluk ve haksız fiile dayalı tazminat sorumluluğu bir arada bulunacağından eş, yaralama suçu işleyen eşe karşı eğer şartları oluşmuşsa TMK 163'e dayalı boşanma davası açabilir. Bazı ihtimallerde de hukuka uygunluk unsuruna dayalı olarak suç ortadan kalkabilir. Örneğin, bir kişi depremde kaçmak amaçlı diğer bir kişinin balkonuna atlayıp onun yaralanmasına neden olmuşsa, burada ıztırar haline dayalı olarak suç ortadan kalkar ancak haksız fiil sorumluluğu devam edebilecektir. Yine bu ihtimalde de haksız fiil mevcut olmasına rağmen ıztırar haline dayalı olarak suç oluşmayacağından, diğer eş yaralama suçunu gerekçe göstererek boşanma davası ikame edemez.¹¹⁸

Böylelikle görmekteyiz ki sadece haksız fiillere dayalı olarak küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma davası açılmayacak, ancak haksız fiille suçun bir arada bulunduğu ihtimallerde boşanma davası ikame edilebilecektir.¹¹⁹

- Güvenlik Tedbiri Gerektiren Fiiller

Hukuka aykırı olan ancak suç teşkil etmeyen fiillerden bir diğeri de güvenlik tedbiri uygulanmasını gerektiren fiillerdir. Ceza hukukunun temelindeki prensip kusursuz suç ve ceza olmaz ilkesidir. Suçun unsurlarından manevi unsuru karşılayan bu kıstasa göre bir kişinin fiilinin suç teşkil edebilmesi için iradi olması gerekir. İradi

¹¹⁸ Öztürk/Erdem s.144; Ersöz, (Boşanma) s.116; Gençcan s.278.

¹¹⁹ Ersöz, (Boşanma) s.116. Benzer yönde bkz. Gençcan s.278.

olmayan fiil sonucu gerçekleşen hareket sonucunda suç oluşamayacağından burada ancak güvenlik tedbirleri hükümlerine gidilebilir.¹²⁰

Öncelikle suça dair verilen ceza ile güvenlik tedbirleri farklı şeyleri ifade ederler. Prensipde her ikisi de bir kişinin ıslahını hedeflese de cezalar bir bedel ödetme amacı taşıırken, güvenlik tedbirleri bir kamusal tehlike rizikosunu bertaraf etme gayesi güderler.¹²¹ Bu doğrultuda TCK hükümlerine bakacak olursak TCK 31'e göre *"Fiili işlediği sırada on iki yaşını doldurmamış olan çocukların ceza sorumluluğu yoktur. Bu kişiler hakkında, ceza kovuşturması yapılamaz; ancak, çocuklara özgü güvenlik tedbirleri uygulanabilir."* Yine TCK 32 hükmüne göre *"Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez. Ancak, bu kişiler hakkında güvenlik tedbirine hükmolunur."* İşte kanunun öngördüğü yaşlarda suç işleyen ya da ayırtım gücü olmadan suç işleyen kişilere ceza değil güvenlik tedbirleri uygulanır.

Böylelikle evli ve aynı zamanda akıl hastası olan bir kişinin ceza yaptırımını gerektiren bir fiil işlemesi sonucu hâkimin güvenlik tedbirlerine hükmetmesi halinde bir suç değil, güvenlik tedbiri gerektiren fiil bulunacağından diğer eş, TMK 163 ışığında küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı boşanma davası ikame edemez.¹²² Burada olsa olsa TMK 165 akıl hastalığı hükmüne ya da TMK 166 evlilik birliğinin sarsılması genel sebebine dayalı bir dava açılarak boşanma sonucu elde edilebilecektir.

-Disiplin Cezası Gerektiren Fiiller

Disiplin cezası gerektiren fiiller daha çok kamu görevlileri nezdinde kendini gösterir. Örneğin, bir memurun gerçekleştirdiği bir fiil nedeniyle geçirdiği disiplin soruşturması sonucunda uyarma, aylıktan kesme, kınama, kademe ilerlemesini durdurma, memuriyetten çıkarma gibi cezalarla karşılaşması durumunda ortada bir suç değil sadece bir disiplin cezası bulunur. Disiplin cezalarından murat edilen, bir kurumun iç düzenini, sağlığını muhafaza etmek iken, suçlarda kamunun genel düzeninin muhafazası amaçlanır. Bu bağlamda bir memura ceza soruşturmasında

¹²⁰ Öztürk/Erdem s.145.

¹²¹ Mehmet Emin Artuk, "Güvenlik Tedbirleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, (2008) s.475.

¹²² Ersöz, (Boşanma) s.116. Benzer yönde bkz. Gençcan s.278.

kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilmesi o memur için disiplin cezası verilmesine engel teşkil etmez.¹²³

Böylelikle bir devlet memuru, görevi sırasında, hizmet almaya gelen bir kişiyi dövmeye kalkarsa burada hem TCK anlamında yaralama suçu hem de 657 sayılı DMK yönünden disiplin cezası gerektiren fiil oluşabilir. Bu noktada suç, disiplin cezasıyla birlikte bulunduğundan diğer eş, suç işleyen eşe karşı TMK 163 ışığında küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı boşanma davası açabilir. Diğer bir ihtimalde; kişi, memuriyet yaptığı devlet kurumuna sürekli geç geliyor ya da sürekli olarak kanundaki şartlara aykırı giyiniyorsa bu durumda suç değil sadece disiplin cezası gerektiren bir fiil oluşacağından diğer eş disiplin cezasına dayalı olarak küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı boşanma davası açamaz.¹²⁴

- İdari Yaptırım Gerektiren Kabahatler

Kabahatler, terim anlamı olarak yakışık almayan davranışlar olarak nitelendirilebilir. Kabahatler ile amaçlanan, toplum sağlığını, kamusal düzeni, genel ahlakı, sosyal yaşam dinamiklerini muhafaza etmektir.¹²⁵ Suçlar açısından katı bir şekilde kanunilik ilkesinin tatbik edildiğinden bahsetmiştik. Böylelikle Türk kanunlarında var olmayan hiçbir fiile dayalı olarak ceza verilemeyecektir. Kabahatlerde ise kural olarak kanunilik ilkesi tatbik edilse de idarenin düzenleyici işlemleriyle de hükmün muhtevası doldurulabilmektedir.¹²⁶ Kabahatler hem kast hem taksirle işlenebilmektedirler.¹²⁷ Ek olarak kabahatler de suçlar gibi hem icrai hem ihmali davranışlarla işlenebilirler. Örneğin KabK 40. Maddesi uyarınca görevliye kimlik bildirmeme, kabahatin ihmali davranışla işlenmesine örnek teşkil eder.¹²⁸

Kabahatler Kanunu'nun özel hükümlerine de kısaca değinecek olursak örneğin; KabK 33 uyarınca dilencilik yapmak, KabK 34 uyarınca kumar oynamak, KabK 35 uyarınca sarhoş olup kamunun huzurunu bozucu davranışlarda bulunmak, KabK 41 uyarınca çevreyi kirletmek, KabK 43 uyarınca ruhsatsız silah taşımak kabahatlere çeşitli örneklerdir. Böylelikle örneğin, kumar oynayan veya dilenciliği

¹²³ Öztürk/Erdem s.146.

¹²⁴ Ersöz (Boşanma) s.116. Benzer yönde bkz. Gençcan s.278.

¹²⁵ Elif Bekar, Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2, (2011) s.1035.

¹²⁶ Bekar s.1039. Benzer yönde bkz. Öztürk/Erdem s.147.

¹²⁷ Öztürk/Erdem s.147.

¹²⁸ Selçuk Gişi, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, (2017) s.136.

alışkanlık haline getirmiş bir eşe TMK 163 hükmü uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı bir boşanma davası açılamaz; çünkü kabahatler, ceza hukuku anlamında suç teşkil eden fiiller değildir.¹²⁹ Burada eş, diğer eşe ancak TMK 163 hükmünde düzenlenen haysiyetsiz hayat sürme hükmüne dayalı bir boşanma davası açabileceği gibi TMK 166 hükmündeki genel sebebe dayalı bir boşanma davası da açabilir. Ayrıca her iki sebebi birlikte göstererek tek bir dava da açabilir.

2.2.1.2. Küçük Düşürücü Suç Kavramı

Yukarıdaki açıklamalarımızda gerek suç kavramını gerekse hukuka aykırı olan diğer fiilleri ayrıntılı olarak incelemiştik. Bütün bunlarla beraber suçu eşin işlediği sabit olsa bile bu durum başlı başına TMK 163 hükmüne dayalı olarak boşanma davası açılabilmesi için yeterli değildir.

TMK 163 hükmüne göre “Eşlerden biri küçük düşürücü suç işler..... ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.” Görüldüğü üzere kanun koyucu, hükümde sadece suç işlenmesinden öte, işlenen bir suçun küçük düşürücü niteliğine vurgu yaparak her türlü suç açısından değil, sadece küçük düşürücü suçlar açısından TMK 163 hükmüne dayalı dava ikame edilebilmesini öngörmüştür.

Suçların tamamı yüksek seviyede bir ahlaki yıkımı ifade etmez veya toplumsal ayıplanmayı gerektirmez. Örneğin, kendisine silah doğrultulan bir kişinin bundan kurtulmak amacıyla diğer kişiye levyeyle vurup, aslında öldürme kastı olmadan ölümüne sebebiyet vermesi durumunda gerçekten de ahlaki bir yıkımdan, bayağı ve adi bir davranış stilinden bahsedilemez. Yine başka bir örnek olarak, trafikte hususi aracıyla seyir halinde olan ve trafik kurallarına uyan bir kişinin aracının önüne bir anda yayanın atlaması ve trafik kazası sonrasında kast bulunmadan ölümüne sebebiyet verilmesi durumunda da suç fiilinde bir bayağılık, ahlaki bir çöküşten söz edilemez. Böylelikle küçük düşürücü nitelik bulunmayan fiiller yönünden TMK 163 hükmüne başvurulamayacaktır. Ancak bu ihtimallerde dahi diğer eş, evliliğin çekilmez hale geldiğini gerekçe göstererek TMK 166 hükmündeki evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayanarak boşanma davası ikame edebilir.¹³⁰

Burada önemli olan nokta, küçük düşürücü suç ile küçük düşürücü nitelikte olmayan suç ayrımının nasıl yapılacağıdır. Her şeyden önce belirtmek gerekir ki TMK

¹²⁹ Ersöz, (Boşanma) s.116. Benzer yönde bkz. Gençcan s.278.

¹³⁰ Egger s.166.

163 hükmüne karşılık gelen 743 sayılı MK döneminde “*Karı kocadan her biri, terzil edici bir cürüm işleyen yahut kendisiyle birlikte yaşamağı çekilmez bir hale koyacak derecede haysiyetsiz bir hayat süren diğeri aleyhine her zaman boşanma davası ikame edebilir.*” hükmü yer almaktaydı. Hükümdeki terzil edici cürüm kavramındaki terzil sözcüğü rezil kelimesini karşılar. Yani terzil edici cürüm, rezil eden, utanca düşüren suç manasında kullanılmıştır. Bu kavram da öğretilde çoğunlukla yüz kızartıcı suç kavramıyla paralel olarak ele alınır.¹³¹

Bu noktada pozitif hukukta daha çok karşılaşılan, küçük düşürücü suça da paralel olarak uygulanabilecek yüz kızartıcı suç kavramına değinmek gerekir.¹³² Her şeyden önce gerek öğretilde gerekse ceza hükmü içeren yasalarımızda “yüz kızartıcı suç” şeklinde bir suç kategorisi bulunmamaktadır. Bu kavram Türk hukuk teorisinde, bilimsel ve mantıklı bir dayanağı olmaması sebebiyle gerek geçmişte gerekse günümüzde büyük tartışmalara yol açmıştır. Yüz kızartıcı suç deyişi hukukumuzda Fransız doktrinindeki ağır ve hafif nitelikli suç ayrımının eksik yorumlanmasının sonucunda dahil olmuştur.¹³³

Yüz kızartıcı suç kavramı, Türk hukukuna ilk olarak Osmanlı döneminde dahil olmuştur. 1914 tarihli “Kır Bekçileri Hakkında Kanun’un 2. maddesine göre göreve kabul için “*Bekçilerin... bir guna cinayet ve muhilli namus ve iffet cünha ile mahkum bulunmaması*” gibi koşulların varlığı gerekliydi. Yine o dönemde çarşı bekçileri için de bu tür suçlardan mahkumiyetin bulunmaması şartı aranıyordu. İşte o dönemde insanların mal ve can güvenliği için var olan bekçiler yönünden aranan şartlar, günümüzde milletvekilleri açısından aynen aranmaktadır. Böylece Milletvekili seçilme yeterliliği başlıklı 1982 Anayasası’nın 76/2 hükmüne göre “*En az ilkokul mezunu olmayanlar, kısıtlılar, yükümlü olduğu askerlik hizmetini yapmamış olanlar, kamu hizmetinden yasaklılar, taksirli suçlar hariç toplam bir yıl veya daha fazla hapis ile ağır hapis cezasına hüküm giymiş olanlar; zimmet, ihtilas, irtikap, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlarla, kaçakçılık, resmi ihale ve alım satımlara fesat karıştırma, Devlet sırlarını açığa vurma, (Değişik ibare: 27/12/2002-4777/1 md.) terör eylemlerine katılma ve bu*

¹³¹ Gençcan s.282.

¹³² Ayşe Kübra Karabalut, “Türk Medeni Kanunu’nun 162. Ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları”, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Erzurum: 2018) s.34.

¹³³ İsmail Malkoç, “Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 4, (1989) s.586.

gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar, affa uğramış olsalar bile milletvekili seçilemezler.” Yine Anayasa’ya ek olarak 5819 sayılı Milletvekili Seçimi Kanunu’nun 11. maddesi uyarınca da *“Basit ve nitelikli zimmet, irtikâp, rüşvet, hırsızlık, dolandırıcılık, sahtecilik, inancı kötüye kullanma, dolanlı iflas gibi yüz kızartıcı suçlar ile istimal ve istihlak kaçakçılığı dışında kalan kaçakçılık suçları, resmî ihale ve alım satımlara fesat karıştırma veya Devlet sırlarını açığa vurma suçlarından biriyle mahkûm olanlar...”* ibareleriyle bu suçları işleyenlerin milletvekili olamayacakları vurgulanmıştır.¹³⁴

Bütün bunlara ek olarak yukarıda bahsettiğimiz hükümlere dikkat edilirse, bütün bu suçlar sayılmakla beraber “gibi” ibaresi de eklenerek yüz kızartıcı suçların kapsamı sınırsız bir biçimde genişletilmektedir. Öyle ki TCK’da dahi olmayan bir suç kategorisi, “gibi” ibaresiyle genişletilerek uçsuz bucaksız bir uygulama alanı kazandırılmaktadır.¹³⁵

Yüz kızartıcı suçlar, özellikle ahlaki bir çöküntüyü, toplum nazarında hicap duymayı, bir tür davranış düşüklüğünü nitelerler. Ancak bütün bu durumlar objektif değil sübjektif bir yorumun ürünüdür. Bir kişinin herhangi bir suçtan yüzü kızarabileceği gibi, başka bir kişi aynı durumda umursamaz olabilir. Yüz kızartıcı suçlar kronolojik olarak öncelikle yukarıda da “Kır Bekçileri Hakkında Kanun” dan örnek verdiğimiz şekilde cinsel suçlar açısından kendini göstermiş daha sonra hırsızlık, zimmet, dolandırıcılık gibi suçlarla uygulama alanı genişletilmiştir.¹³⁶

Yüz kızartıcı suçların, örneğin malvarlığına karşı suçlar gibi bir suç kategorisi olmaması nedeniyle bu suçların kapsamı açısından mahkemeler nazarında bir içtihat birliği de bulunmamaktadır. Danıştay, bu konudaki çoğu kararında “gibi” ifadesine vurgu yaparak benzer türdeki suçların da bu kapsama alınabileceğini savunmuştur. Yine başka bir kararda Danıştay 10. Dairesi, yüz kızartıcı suçların cinsel suçlar yönünden de uygulanacağını belirtirken, Danıştay 5. Dairesi, eski tarihli başka bir kararında o dönemde suç olarak kabul edilen zina fiilini yüz kızartıcı suç saymamıştır.¹³⁷

¹³⁴ Selami Turabi, “Hukukumuzda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı ve Bir Öneri”, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:19 (2012) s.155-156.

¹³⁵ Hüseyin Avsallı, Zimmet Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi (2006) s.148.

¹³⁶ Turabi s.155.

¹³⁷ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Turabi s.166 vd.

Aile hâkimi, TMK 163 kapsamında açılmış bir davada yüz kızartıcı suçları (paralel olarak küçük düşürücü suçları) ceza hukukundan farklı bir perspektifle inceleyecektir. Her şeyden önce, evliliğin temelinde eşlerin birbirlerine olan saygısı yatar. Bu saygı gerek eşlerin iç ilişkisinde gerekse kamusal alanda kendini gösterecektir. Örneğin, eşin bir kişiyi öldürmesi halinde etraftaki kişilerin eşe; “senin eşin katil” şeklinde söylemlerde bulunması gibi bir ihtimalde eş, diğer eşe temelde saygı ve bağlılık duysa bile eşin kamusal alanda bu şekilde damgalanması hali, evlilik birliğini diğer eş için çekilmez hale getirebilir. İşte TMK 163 hükmünün temelinde yatan prensip budur.¹³⁸

Küçük düşürücü suçlar düşük bir davranışın, ahlaki bir yıkımın, anormal bir zihin yapısının mahsulüdür. Yukarıda da belirttiğimiz üzere bu suçlara dair bir suç kategorisi olmadığından, suçun küçük düşürücü niteliğinin takdiri bizzat, TMK 4 uyarınca aile hakimine bırakılmıştır. Hâkim, burada ceza hukukundan farklı olarak suçun unsurlarından ve objektif olarak varlığından öte, suçun işlenmesinde güdülen gayeye, suçun işlenmesinin nedenlerine bakacaktır. Hâkim, suçun genel toplum nezdinde bir ayıplanma yaratıp yaratmadığını, suçun bir ahlaki çöküntünün ürünü olup olmadığını kıstas olarak kullanabilir. Ek olarak suçun varlığı, boşanma davasını ikame eden eş açısından da sosyal hayatta problemler yaratıyor ve eşi nedeniyle küçük görülmesine neden oluyorsa bu da suçun küçük düşürücü olduğuna delalet eder.¹³⁹

Kast olmadan orman yangını çıkartmak, taksirle trafik kazasında bir kişiyi yaralamak, cinsel saldırıdan kaçmak için bir kişiyi öldürmek hallerinde fiiller, ceza hukuku anlamında bir suçu ifade edebilseler de boşanma hukuku anlamında TMK 163 uyarınca boşanmayı gerektirecek nitelikte değildir; çünkü burada kişinin suç işlemekte güttüğü gaye sebebiyle suçun temelinde kast ve ahlaki bir bayağılık olmadığından, küçük düşürücü suç niteliği de yoktur. Ek olarak büyük bir kışkırtma sonrası öfke krizine girme sonucu birine sertçe vurup şahsı kasten yaralama durumunda dahi küçük düşürücü suç niteliği yoktur.¹⁴⁰

¹³⁸ Tekinay s.223.

¹³⁹ Malkoç s.590; Erdem s.109; Y. 2. H.D., E. 1983/4692, K. 1983/4961, T. 31/05/1983 “Yüz kızartıcı suç deyimi, herhalde hırsızlık ve benzeri gibi belli suçlara münhasır değildir. Ahlaki rediet ve kötü bir karakter ürünü olan bütün eylemler, bu deyimine içine girer. Onun için bu davalarda suçun nev'i sebebi ve saiki, işlendiği şartlar da göz önünde tutulmalıdır. Davalı, başkasını öldürmeye tam teşebbüs etmek suçundan 16 yıl ağır hapse mahkum edilmiş olup, az önce açıklanan ilkeler karşısında yüz kızartıcı (terzil edici) suç olarak kabulü zorunludur. Öyle ise boşanmaya karar verilmesi gerekirken davanın reddedilmesi Usul ve Kanun'a aykırıdır.” www.kazanci.com.tr e.t. 07/02/2021.

¹⁴⁰ Tekinay s.223.

Sahtecilik, hırsızlık, uyuşturucu ticareti yapma, güveni kötüye kullanma, kasten adam öldürme, kaçakçılık, dolandırıcılık gibi suçlar küçük düşürücü suç niteliğinde kabul edilirler. Ancak bu gibi suçlarda dahi eşin suç işlemekteki amacı incelenmelidir.¹⁴¹ Doktrinde mutlak görüş, hırsızlığın toplum nezdinde bayağı bir davranış kabul edilmesi nedeniyle küçük düşürücü suç olduğudur. Örneğin; işten çıkartılması, uzun zamandır aramasına rağmen iş bulamaması ve bu nedenle yiyecek alacak parası olmaması sebebiyle çocukları açlıktan ölümün eşiğine gelen eş, lokantadan bir tabak yemek çalarsa bu, temelde ceza hukuku anlamında bir hırsızlık suçu oluşturur. Fakat kişinin suçu işlemesindeki gaye; çaresizlik ve ölüm döşeğindeki çocuğunun hayatını kurtarmak olduğundan aile hâkimi, TMK 163 çerçevesinde, işlenen bu suçu küçük düşürücü suç olarak kabul etmeyebilir. Dolayısıyla boşanma hukuku açısından suçun ana başlığından öte suçun işlenmesindeki gayeye odaklanılması gerektiği görüşüne mutlak olarak katılmaktayız.¹⁴²

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar ise, doğrudan küçük düşürücü suç olarak kabul edilirler. Yargıtay, verdiği bir kararında *“Davalının, on iki yaşında bir kız çocuğuna cinsel tacizde bulunduğu, suçu sabit görülerek bundan dolayı ceza aldığı yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Mahkemece, "... davalının bu suçu bir kere işlemiş olmasının tek başına boşanmaya neden olmayacağı vicdani kanaatine varıldığı, bu durumun evliliği diğer eş bakımından çekilmez hale getirdiğinin ispatlanması gerektiği, bu yolda delil getirilmediği...", gerekçesiyle dava reddedilmiştir. Dava Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesinde yer alan "küçük düşürücü suç işleme" sebebine dayanılarak açılmıştır, işlenen suçun niteliğine göre davacının dava açması karşısında onunla birlikte yaşaması kendisinden beklenemeyeceği açık ve tartışmasızdır. Boşanma sebebi gerçekleşmiştir. Davanın kabulü gerekirken, isteğin reddi doğru görülmemiştir.”*¹⁴³ İbarelerine yer vererek cinsel tacizi doğrudan TMK 163 anlamında küçük düşürücü suç olarak kabul etmiştir.

Aile hakiminin yapacağı inceleme ceza hukukundan bağışık olduğundan, burada suçun ceza kanunlarında öngörülen cezasının fazlalığı da bir önem arz etmez. Önemli olan, suçun düşük bir fikir yapısının ürünü olmasıdır. Kısaca eş, o suç

¹⁴¹ Malkoç s.591.

¹⁴² Tekinay s.223.

¹⁴³ Y. 2. H.D., E. 2014/20560, K. 2015/4947, T. 19/03/2015. www.kazanci.com.tr e.t. 07/02/2021.

nedeniyle toplumda haysiyetsiz ve aşağı bir insan olarak bilinecekse o suç küçük düşürücü suçtur.¹⁴⁴

Siyasi suçlar için gerçekten de TCK'da çok ağır cezalar öngörülmüş olmasına rağmen boşanma hukuku doktrininde bu suçlar, genel olarak bir ideoloji uğruna işlenen suçlar olduklarından bahisle küçük düşürücü suç olarak kabul edilmezler.¹⁴⁵

Siyasal suçlar bir devletin varlığına, işleyişine karşı işlenen suçlardır. Bir suç direkt olarak siyasi varlığa yönelik olarak işlenebileceği gibi bundan farklı olarak siyasi amaca ulaşmak için adi suç kisvesi altında da işlenebilir.¹⁴⁶ Örneğin TCK 310 hükmüne göre; *“Cumhurbaşkanına suikastta bulunan kişi, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile cezalandırılır. Bu fiile teşebbüs edilmesi halinde de suç tamamlanmış gibi cezaya hükmolunur.”* Bu suç ile mevcut rejime ve anayasal düzene karşı bir siyasal suç işlenmektedir. Yine 1632 sayılı Askeri Ceza Kanunu'nun 59. maddesine göre *“Milli Müdafaaı ihlal kastiyle müdafaaaya yarayan vasitalardan birini veya herhangi bir tesisi tahrip eden, yok eden, terk eden, kullanılmayacak hale getiren veya kusurlu olarak imal, teslim veya tesellüm eden veya bunlara herhangi bir suretle zarar verenler sekiz seneden aşağı olmamak üzere ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.”* Hükmüyle milli müdafaa vasıtalarını tahrip edenler cezalandırılmaktadır. İşte bu gibi siyasi saikle hareket hallerinde bizce suç belli bir dava uğruna işlense bile kişi, bu suçlar sonrasında toplumda haysiyetsiz ve dürüst olmayan bir kişi olarak bilinecek ve toplum nezdinde damgalanacaktır. Dolayısıyla bu gibi hallerde TMK 163 doğrultusunda siyasi suçlara da küçük düşürücü bir nitelik verilmelidir. Bu noktada Yalçinkaya/Kaleli, değişen siyasi iktidarlarla toplumsal ideolojiler de değiştiğinden siyasi suçların yüz kızartıcı niteliklerinin de iktidarla beraber değiştiğini, bu nedenle boşanma sebebi sayılmamaları gerektiğini savunsa da¹⁴⁷ siyasi bir iktidarın çok uzun süre iktidardaki yerini koruduğu durumlarda suçun yüz kızartıcı niteliği çok uzun yıllar boyu değişmeyeceğinden bizce bu ihtimal de gözetilerek, bu suçlar da TMK 163'ün kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir.

Küçük düşürücü suçun incelenmesi açısından ceza hukuku anlamında bir takip yapılması, zarar görenin şikayetinden vazgeçmesi, ön ödeme yapılması, hatta kişinin

¹⁴⁴ Egger s.166.

¹⁴⁵ Schwarz s.147. Benzer yönde bkz. Velidedeoğlu s.192; Bilge Öztan, Aile Hukuku, B. 6, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2015) s.663. (Aile); Saymen/Elbir s.248.

¹⁴⁶ Haluk Çolak, “Siyasi Suçların 3005 Sayılı Kanuna Göre Yargılanabilmeleri Sorunu”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2, (1998) s.581.

¹⁴⁷ Yalçinkaya/Kaleli s.737.

bu suç nedeniyle dava sonunda mahkûm olması gibi bir şart da aranmaz. Genel af halinde dahi aile hâkimi suç olgusunu inceleyebilir.¹⁴⁸ Bunun aslında masumiyet karinesine ters düştüğü düşünülebilirse de cezai takibatın yapılmış olması gibi bir şart aransaydı, özellikle şikayete bağlı bir suçta, fiilin şikayet edilmemesi ve bu nedenle kovuşturma yapılamaması sebebiyle boşanmanın da gerçekleşmemesi sonucu doğabilirdi.¹⁴⁹

-Cezai Takibatın Yapılmış Olması Durumu

Burada aile hâkimi, ceza hukukundan bağışık bir inceleme yapsa da bazı ihtimallerde bir ceza takibatı da yapılmış olabilir. İşte bu ihtimalde hukuk hakiminin ceza hakimince verilen kararlar nasıl bir ilgisinin olacağını irdelemek yerinde olur. Bu husus 6098 sayılı TBK'nın 74. maddesinde düzenlenmiştir. Buna 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.”*

Suç iddiası sonucu ceza mahkemesinde açılan bir davada ceza hâkimi beraat kararı vermiş olabilir. Ceza hakimince verilen beraat kararı hukuk hakimini bağlamayacaktır. Bu temel prensip fiilin suç oluşturmadığı ya da nedensellik bağının olmadığı hallerde uygulanır. Ancak failin beraatı o suçu işlemediği gerekçesine dayalıysa, hukuk hakimi bu kararla bağlı olacaktır. Diğer yönden, delil yetersizliği nedeniyle beraat kararı verilmişse, hukuk hakimi bu kararla bağlı değildir. Ancak hukuk hakimi kararla bağlı olmadığı ihtimalde ceza mahkemesinden farklı sonuçlara nasıl ulaştığını açıkça ortaya koymalıdır. Ceza hakimi faili cezaya mahkum etmişse, hukuk hakimi, fiilin suç oluşturduğu ve sanıkça gerçekleştirildiği konularıyla bağlıdır. Son olarak ceza hakimince zarar konusunda verilmiş bir hüküm varsa bu husus hukuk hakimini bağlamayacaktır.¹⁵⁰

Böylelikle görülmektedir ki; TMK 163 hükmü doğrultusunda açılmış bir boşanma davasında ileri sürülen suç fiili yönünden, ceza davasında ceza hakiminin suçu bizzat eşin işlediğine dair mahkumiyet ya da eşin işlemediğine dair beraat kararı

¹⁴⁸ Ersöz, (Boşanma) s.121; Gençcan s.281; Karabulut s.38.

¹⁴⁹ Tekinay s.225.

¹⁵⁰ Oğuzman/Öz s.81 vd.

ile hukuk hakimi bağı olacaktır. Böylece hem boşanma hem de ceza davaları derdest ise aile hakiminin ceza mahkemesi kararını bekletici mesele yapması gerekir. Bu durum iki mahkeme kararı arasında bir farklılık olmasını da engelleyerek hukuki güvenliği de tesise yarayacaktır.¹⁵¹

Son olarak önemle belirtmek gerekir ki; TMK 163 hükmünde bahsedilen suç işleme kavramı eşe değil, üçüncü kişilere yönelen suçlar açısından uygulanır. Bu husus TMK 162. maddesini 163. maddesinden ayıran en büyük özelliktir. Doğrudan eşin şahsına yönelen suçlar TMK 162. maddesinin konusudur ki bu nedenle kanun koyucu TMK 162 hükmünü mutlak boşanma sebebi sayarak bizzat eşe yönelen fiillerin evlilik birliğini çekilmez hale getirdiğine karine olarak kabul etmiştir.¹⁵²

2.2.2. Suç Kasten İşlenmelidir

Küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma, kusur ilkesini esas alır. Böylelikle TMK 163 doğrultusunda boşanma, sadece eşin kusurlu davranışı sonucu işlediği küçük düşürücü bir suç sonucunda meydana gelebilir.¹⁵³

Bu noktada ilk olarak, suç işleyen eşin fiilinin eş ayırtım gücüne sahipken gerçekleşmiş olması gerekir. Örneğin, akıl hastası bir eşin işlediği bir suçta, ayırtım gücünün yokluğu sebebiyle kast unsurunun varlığı düşünülemeyeceğinden TMK 163 hükmüne dayalı bir boşanma davası da ikame edilemez. Kaldı ki TCK 32 hükmü uyarınca; *“Akıl hastalığı nedeniyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.”* Hükmü bulunduğu için akıl hastalığı aynı zamanda cezai ehliyeti de ortadan kaldıracaktır. Bu ihtimalde akıl hastası eşe karşı TMK 165 hükmüne dayalı olarak akıl hastalığı sebebiyle boşanma davası açılabilir.¹⁵⁴

Diğer yönden, hükmün ikinci fıkrasına göre; *“Birinci fıkrafta yazılı derecede olmamakla birlikte işlediği fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği azalmış olan kişiye, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası yerine yirmi beş yıl, müebbet hapis cezası yerine yirmi yıl hapis cezası verilir.”* Böylelikle eş, akıl hastası olmakla beraber davranışlarını yönlendirme yeteneği mevcut ise cezai sorumluluk gündeme gelecektir. Bu noktada cezai sorumluluk gündeme gelse dahi aile hâkimi, ceza

¹⁵¹ Ersöz, (Boşanma) s.121 vd.

¹⁵² Kılıçoğlu, (Aile) s.97. Benzer yönde bkz. Ersöz (Boşanma) s.136; Tekinay s.222.

¹⁵³ Gençcan s.277.

¹⁵⁴ Gençcan s.277.

hukukundan bağımsız olarak, suçun küçük düşürücü niteliğinin olup olmadığını ortaya çıkartabilmek için suçun işlenme amacına yönelik incelemeleri yapma yükümlülüğündedir.¹⁵⁵

Diğer yönden TCK 34 uyarınca “Geçici bir nedenle ya da irade dışı alınan alkol veya uyuşturucu madde etkisiyle, işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayan veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneği önemli derecede azalmış olan kişiye ceza verilmez.” Kişi, irade dışı alkol veya uyuşturucu etki altında bir suç işlemişse cezai ehliyeti ortadan kalkmaktadır. Böylelikle irade dışı alınan alkol ya da uyuşturucu madde sonucu bir suç işlendiğinde de ayırtım gücünden ve buna paralel olarak suç işleme kastından bahsedilemeyeceğinden diğer eş, küçük düşürücü suç işlendiğinden bahisle bir boşanma davası açamaz. Ek olarak hükmün ikinci fıkrasına göre; “İradi olarak alınan alkol ve uyuşturucu madde etkisinde suç işleyen kişi hakkında birinci fıkra hükmü uygulanmaz.” Böylelikle iradi olarak alkol veya uyuşturucu madde alarak ayırtım gücünü kendi iradesiyle ortadan kaldıran kişinin cezai sorumluluğu devam edeceğinden, bu kişinin işlediği suç fiili sonucunda TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası da ikame edilebilir.¹⁵⁶

TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası açılabilmesi için suçun direkt olarak kast ile işlenmesi şarttır. Kastın bulunmadığı, taksirle işlenen suçlar yönünden TMK 163 hükmüne başvurulamaz. Bilindiği üzere taksirle işlenebilmesi öngörölmüş suçlar yönünden ceza hukukunda taksir sorumluluğu mevcuttur. Ancak boşanma hukuku, suçun ceza hukuku anlamındaki varlığını değil suçun genel ahlak yönünden işleniş amacını ve bunun diğer eş nezdindeki sonuçlarını inceler. Örneğin, trafik kazası sonucunda taksirle bir kişinin ölümüne sebebiyet verilmesi halinde, bu durum ceza hukuku anlamında bir taksirle öldürme suçuyken, TMK 163 anlamında küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı bir boşanma nedeni olamaz; çünkü ortada kast bulunmadığından küçük düşürücü nitelikte bir suç da yoktur. Bu ihtimalde diğer eş olsa olsa eşinin hapiste olması sebebiyle TMK 166’daki genel sebebe dayalı bir boşanma davası ikame edebilir.¹⁵⁷

Yargıtay’ın bir kararında; “Davacı kadın, kocasının adam öldürme suçu nedeniyle mahkûm olduğunu beyanla TMK 163 hükmü uyarınca boşanma talebinde bulunmuştur. Toplanan delillerden, davalı kocanın 27/09/2003 tarihinde, eşinin

¹⁵⁵ Gençcan s.284.

¹⁵⁶ Gençcan s.281.

¹⁵⁷ Saymen/Elbir s.248. Benzer yönde bkz. Gençcan s.278; Egger s.166; Öztan, (Aile) s.663.

ilişkisi olduğu yönündeki tanık beyanlarının tahrikiyle kasten adam öldürdüğü, aynı gün nezarete alındığı, tutuklu şekilde yargılanarak Balıkesir Ağır Ceza Mahkemesinin 2003/377 esas sayılı dosyasıyla cezalandırıldığı anlaşılmaktadır. TMK 163 uyarınca kocanın adam öldürmesi davacı kadını küçük düşürücü bir suç olduğu, bu nedenle birlikte yaşamının kadından beklenemeyeceği, bu durumdaki eş tarafından her zaman boşanma davası açılabileceği göz önüne alınarak.....boşanma davasının kabulüne karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmamıştır.¹⁵⁸ İbarelerine yer verilerek tahrik sonucu kasten adam öldürmenin küçük düşürücü suç olduğuna vurgu yapılarak boşanmaya hükmedilmesi gerektiğine karar verilmiştir. Bu dosyada adam öldürme fiili kasten değil de taksirle gerçekleştirilmiş olsaydı, bu husus, kastın yokluğu nedeniyle TMK 163 hükmü uyarınca boşanma kararı verilmesine engel olacaktı.

2.2.3. TCK Anlamında Hukuka Uygunluk Sebeplerinden Biri Bulunmamalıdır

TMK 163 doğrultusunda boşanmaya hükmedilebilmesi için küçük düşürücü nitelikteki suçun kasten işlenmesi gerektiğinden bahsetmiştik.¹⁵⁹ İşte bu noktada ceza kanunlarında öngörülmüş bir suç bakımından hukuk düzeni her zaman ve her ihtimalde kişiyi cezalandırıcı, ona müeyyide uygulanmasını şart kılan düzenlemelerde bulunmaz. Fiildeki hukuka aykırılığı ortadan kaldıran, bu nedenle fiilin hukuka uygun olarak nazara alınmasını gerektiren düzenlemeler de mevcuttur. Bu ihtimalde TCK anlamında suçun unsurları mevcut olsa dahi hukuka uygunluk sebebi varsa suçtaki haksızlık kavramı ortadan kalkacaktır.¹⁶⁰ Hukuka uygunluk nedenleri konumuzla kısmen bağlantılı olduğundan, aşağıda türlerine ve özelliklerine kısaca değinerek küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma davasıyla ilişkilerini değerlendireceğiz.

-Kanunun Hükmünü Yerine Getirme ve Amirin Emrini Uygulama

Bu hukuka uygunluk nedeni TCK 24 hükmünde düzenlenmiştir. Madde hükmüne göre; “*Kanunun hükmünü yerine getiren kimseye ceza verilmez.*” Örneğin, İİK uyarınca fiili haciz yapan icra memurunun zor kullanma yetkisi mevcut olduğundan, memurun zor kullanma yetkisi dahilinde gerçekleştirdiği fiiller bu

¹⁵⁸ Y. 2. H.D., E. 2009/10161, K. 2010/11493, T. 10/06/2010. Gençcan s.279.

¹⁵⁹ Bkz. s.38 vd.

¹⁶⁰ Elvan Keçecioğlu, “Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK’nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:87, (2010), s.301.

kapsamda fiili hukuka uygun kılacağından suç da oluşmayacaktır. Böylelikle ortada küçük düşürücü bir suç varsa ve bu suç bir kanun hükmünün ifası niteliğindeyse hukuka uygunluk sebebi nedeniyle TMK 163 hükmüne dayalı boşanma kararı da verilemeyecektir.¹⁶¹ TCK 24/2 hükmü uyarınca “Yetkili bir merciden verilip, yerine getirilmesi görev gereği zorunlu olan bir emri uygulayan sorumlu olmaz. Konusu suç teşkil eden emir hiçbir surette yerine getirilemez. Aksi takdirde yerine getiren ile emri veren sorumlu olur. Emrin, hukuka uygunluğunun denetlenmesinin kanun tarafından engellendiği hallerde, yerine getirilmesinden emri veren sorumlu olur.” Böylelikle bir hiyerarşi ilişkisi içerisinde alt kademede ki kişinin, üstünden aldığı emri ifa etmesi halinde sorumluluğu gündeme gelmez. Ancak üstün verdiği emir suç teşkil ediyorsa ve alt buna rağmen emri yerine getiriyorsa TCK 24 kapsamında bu durum hukuka uygunluk nedeni olarak nitelendirilemez.¹⁶²

İşte böyle bir ihtimalde örneğin bir polis memuru eş, hiyerarşik olarak üstünün suç teşkil eden bir emrini bilerek yerine getirerek bir kişiyi kasten öldürüyorsa, bu ihtimalde hukuka uygunluk nedeni devreye girmeyeceğinden suç mevcut olacaktır. Böylelikle suç sabit olduğundan ve kasten öldürme, küçük düşürücü suç kapsamında değerlendirileceğinden diğer eş, TMK 163 uyarınca küçük düşürücü suç işlenmesi sebebiyle boşanma davası açabilecektir.¹⁶³

-Meşru Savunma

TCK 25 uyarınca “Gerek kendisine ve gerek başkasına ait bir hakka yönelmiş, gerçekleşen, gerçekleşmesi veya tekrarı muhakkak olan haksız bir saldırıyı o anda hal ve koşullara göre saldırı ile orantılı biçimde defetmek zorunluluğu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.” Her canlı, kendisine karşı yapılan bir saldırıya doğal olarak karşı bir tepki verecektir. İşte meşru savunma hükmü bu düşüncenin bir sonucu olarak kendini gösterir. Böylelikle karşı fiil, meşru müdafaa kapsamında değerlendirilebiliyorsa hukuka uygunluk sebebinin varlığı nedeniyle ortada bir suç mevcut olmayacağından TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası da açılmaz.¹⁶⁴

Meşru savunmada özellikle, saldırıyı defetmenin orantılılığı prensibi önem arz eder. Orantılılık, özellikle saldırının defedilmesinde kullanılan araçlar yönünden

¹⁶¹ Gençcan s.279.

¹⁶² Öztürk/Erdem s.214.

¹⁶³ Gençcan s.279.

¹⁶⁴ Gençcan s.280.

kendini gösterir. Örneğin, üzerine yürüyen çok cüsseli birine karşı, zayıf ve cılız bir kişinin bıçak kullanması örneğinde orantılılık prensibi mevcut olacaktır.¹⁶⁵ Ancak diğer yönden her iki kişi de çok cüsseliyken ve saldırı fiziksel güçle gerçekleşmesine rağmen, av tüfeğiyle karşılık vermek orantısızlık yaratacağından meşru savunma kapsamına girmeyebilecektir. İşte orantısızlığın olduğu bir ihtimalde örneğin, öldürme veya yaralama fiili gerçekleştiğinde hukuka uygunluk sebebi devreye girmeyeceğinden diğer eş, TMK 163 kapsamında küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma davası açabilir.¹⁶⁶

- İztırar Hali

TCK 25/2 hükmü uyarınca “*Gerek kendisine gerek başkasına ait bir hakka yönelik olup, bilerek neden olmadığı ve başka suretle korunmak olanağı bulunmayan ağır ve muhakkak bir tehlikeden kurtulmak veya başkasını kurtarmak zorunluluğu ile ve tehlikenin ağırlığı ile konu ve kullanılan vasıta arasında orantı bulunmak koşulu ile işlenen fiillerden dolayı faile ceza verilmez.*” Zorunluluk haline kısaca değinecek olursak bu durum, bilhassa ağır ve gerçekleşeceği kesin olan tehlike hallerinde işlenen fiiller açısından kendini gösterir.

Kötü sonuçlara neden olacak derecede yüksek bir tehlikenin gerçekleşme ihtimali kesinse, tehlikeye kasten neden olunmamışsa, tehlikeyi bertaraf etme yükümlülüğü bulunmuyorsa, tehlike kişinin kendisine zarar verebilecek nitelikteyse, mevcut tehlikeden suç niteliğindeki fiil gerçekleştirilmeden kurtulma ihtimali yoksa ve fiille ağır tehlike arasında belli bir orantı mevcutsa bu şartların beraber gerçekleşmesi halinde zorunluluk halinin varlığı kabul edilecektir. Örneğin, sobalı evde misafir olan bir kişi, o gece sobayı söndürmeyi unutup uyuyakalmış ve soba tütmüşse, daha sonrasında uyanıp zehirlenmekten kurtulmak amacıyla evdeki levyeyi alıp odanın penceresini kırıp levyeyle beraber evden kendini dışarı atmışsa, işte bu ihtimalde ıztırar halinin varlığından söz edilebilir.¹⁶⁷

Böyle bir ihtimalde, şahsın levyeyi alması TMK 163 anlamında küçük düşürücü suç olan hırsızlık fiili olarak nitelendirilebilirse de fiil ıztırar haline

¹⁶⁵ Öztürk/Erdem s.221 vd.

¹⁶⁶ Gençcan s.279-280.

¹⁶⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. R. Murat Önok, Işık Önay, “Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği”, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:77, Sayı:2, (2019) s.881 vd.

dayandığından, suç kasten işlenmiş olsa bile hukuka uygunluk sebebi bulunacağından küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı boşanma kararı verilemez.¹⁶⁸

- Hakkın Kullanılması ve İlgilinin Rızası

TCK 26 hükmü uyarınca “*Hakkını kullanan kimseye ceza verilmez. Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” Burada diğer bir hukuka uygunluk nedeni olan kanun hükmünü yerine getirmeden farklı olarak kanunlarca tanınmış bir yetkinin değil, bir hakkın kullanımı ön plandadır. Hakkın kötüye kullanılması olarak nitelendirilemeyecek bir durumda, suç teşkil edebilecek fiil ile hak arasında bir sebep sonuç ilişkisi varsa ve hak, hukuk düzenince tanınmışsa, bu durumda hakkın kullanılması TCK anlamında hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir.¹⁶⁹

Örneğin, doktorların özel kanunların verdiği yetkiler çerçevesinde hastayı muayene ya da ameliyat etme hakları mevcuttur. Hastanın muayeneye rızası varsa ve örneğin, ürolojik bir muayene ya da ameliyat esnasında doktorun fiziken hastaya teması tıbbi bir zorunluluk ve bu bağlamda kanunlarca tanınmış bir hak olduğundan cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç da meydana gelmeyecektir.¹⁷⁰ Bu ihtimalde, TMK 163 kapsamında küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı boşanma davası da ikame edilemez. Ancak bu hususta başka bir örnek olarak, hastanın iradesi dışında ve rızası olmadan yapılan bir temas halinde, hak kötüye kullanılmış olacağından hukuka uygunluk sebebi devreye girmeyecektir. Bu ihtimalde işlenen suç küçük düşürücü nitelikteyse TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası da açılabilir.¹⁷¹

Diğer bir hukuka uygunluk sebebi de ilgilinin rızasıdır. TCK 26/2 hükmüne göre “*Kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez.*” Bu hukuka uygunluk sebebinde, latife beyanı şeklinde veya ciddiyetsiz olan rızalar geçerli kabul edilmez. Ek olarak rıza açık olabileceği gibi zımni olarak da gösterilebilir. Rıza tek taraflı olarak beyan edilir, karşı tarafın kabulüne bağlı değildir.¹⁷² Örneğin, evli bir

¹⁶⁸ Gençcan s.280.

¹⁶⁹ Öztürk/Erdem s.228.

¹⁷⁰ Öztürk/Erdem s.233.

¹⁷¹ Gençcan s.280.

¹⁷² Faruk Erem, “Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1, Ankara: 1990, s.13.

kişi, eşi dışında biriyle cinsel ilişkiye girerse ve ilişkiye girdiği kişinin de bu hususta rızası mevcutsa, cinsel dokunulmazlığa karşı bir suç meydana gelmeyeceğinden diğer eş TMK 163 uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı bir boşanma davası açamaz. Ancak bu ihtimalde eş, TMK 185/3 hükmü açısından sadakat yükümlülüğünü ağır şekilde ihlal ettiğinden, diğer eş dilerse TMK 161 hükmüne dayalı olarak zinaya ya da ek olarak bu durum süreklilik arz ediyorsa TMK 163 uyarınca haysiyetsiz hayat sürmeye dayalı boşanma davası açabilir. Bunun haricinde dilerse TMK 166 hükmündeki genel sebebe dayanabilir. Ek olarak her üç sebebe dayalı tek bir dava da açabilir. Aile hâkimi, bu ihtimalde önce özel boşanma sebebi olan zinayı, sonrasında da genel boşanma sebebi olan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını inceleyecektir.¹⁷³

-Cebir, Şiddet, Korkutma ve Tehdit

TCK 28 uyarınca *“Karşı koyamayacağı veya kurtulamayacağı cebir ve şiddet veya muhakkak ve ağır bir korkutma veya tehdit sonucu suç işleyen kimseye ceza verilmez. Bu gibi hallerde cebir ve şiddet, korkutma ve tehdidi kullanan kişi suçun faili sayılır.”* Bu ihtimalde de hüküm gereği suçun faili, cebir, şiddet, korkutma ya da tehdit fiillerini gerçekleştiren kişi sayılacağından, suç meydana gelmeyecektir. Burada TMK 163 hükmü uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı bir boşanma davası ikame edilemez.¹⁷⁴

¹⁷³ Y. 2. H.D., E. 2014/3225, K. 2014/15341, T. 03/07/2014 *“Boşanma talepli açılan bir davada; iki ayrı boşanma sebebine dayanılabilir. Davacı-davalı kocanın dava dilekçesindeki açıklamalarından boşanma talebinin haysiyetsiz hayat sürme (MK 163 md.) yanında Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine de dayandığı anlaşılmaktadır. Haysiyetsiz hayattan söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş olması ve bu şekilde yaşamının az veya çok devamlılık göstermesi gerekir. Davalı-davacının başka erkeklerle cep telefonu ve sanal ortamda çok sayıda görüşmeler yaptığı, yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Davalı-davacının gerçekleşen bu davranışları ve toplanan deliller haysiyetsiz hayat sürdüğünü kabule yeterli görülmemiştir. Davada Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesi koşulları oluşmamış ise de, davalı-davacının bu davranışlarının Türk Medeni Kanununun 185. maddesinde yer alan evlilik birliğinin mutluluğunu sağlama ve eşine sadık kalmak yükümlülüğünü ihlal ettiği ve evlilik birliğini ve ortak hayatı sürdürmesi diğer eşten beklenmeyecek derecede temelinden sarstığı da açık ve tartışmasızdır. O halde Türk Medeni Kanunu'nun 166/1. maddesi koşulları davacı-davalı koca lehine oluşmuştur. Kocanın şiddetli geçimsizlik hukuki sebebiyle açılan boşanma davasının kabulü gerekirken bu hususta olumlu olumsuz hüküm kurulmaması usul ve yasaya aykırıdır.”* www.legalbank.net e.t. 13/02/2021.

¹⁷⁴ Gençcan s.280.

-Hata

TCK 30 uyarınca *“Fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.”* Böylelikle suçun maddi unsurları açısından esaslı bir hataya düşen kimse, kasten hareket etmiş sayılmayacağından ve TMK 163 hükmü sadece kasten işlenmiş küçük düşürücü suçları kapsadığından, diğer eş, küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı bir boşanma davası ikame edemeyecektir.¹⁷⁵

2.2.4. Suç Evlilik Birliğinin Başlangıcından Sonraki Bir Tarihte İşlenmiş Olmalıdır

Küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı boşanma davası ikame edilebilmesi için davacı eşin ileri sürdüğü suç fiilinin evliliğin başlangıcından sonraki bir dönemde gerçekleşmiş olması şarttır. Aksi ihtimalde TMK 163 hükmüne dayalı boşanma kararı verilemez.¹⁷⁶

Bu husus öğretide çeşitli tartışmalara neden olmuştur. Öğretideki hâkim görüşe göre; küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı boşanma davası açılabilmesi için davaya konu suçun evlilikten sonraki bir tarihte işlenmiş olması mutlak koşuldur. Dolayısıyla evliliğin gerçekleştiği tarihten önceki bir aşamada suç işlenmesi sebebiyle TMK 163 hükmüne dayalı dava açılmaz. Bu ihtimalde koşulları oluşmuşsa diğer özel sebeplere ya da doğrudan genel sebebe dayalı bir boşanma davası açılabilir veya nisbi butlan hükümlerine de başvurulabilir¹⁷⁷ Öğretideki diğer bir görüşe göre ise; evlilikten önceki bir aşamada işlenen suç fiili sebep gösterilerek de TMK 163 hükmüne dayalı bir dava ikame edilebilir. Öztan; bu yorumu yaparken hükmün koruduğu hukuki yarardan yola çıkmaktadır.¹⁷⁸ Biz de bu noktada doktrinadaki hâkim görüşe katılmaktayız.

Bu konuya dair bir Yargıtay kararında;¹⁷⁹ *“Davacı kadın Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesi uyarınca, “suç işleme” hukuki sebebine dayalı olarak boşanma talebinde bulunmuş, mahkemece davanın kabulü ile unsurları oluştuğundan Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesi uyarınca tarafların boşanmalarına karar*

¹⁷⁵ Gençcan s.280.

¹⁷⁶ Saymen/Elbir s.249.

¹⁷⁷ Dural/Öğüz/Gümüş s.112. Benzer yönde bkz. Gençcan s.293; Ali Öztürk, Aile Hukuku’nda Ayrılık, B. 1 (İstanbul: Seçkin Yayınları, 2015) s.89; Ersöz, (Boşanma) s.123.

¹⁷⁸ Öztan, (Aile) s.663.

¹⁷⁹ Y. 2. H.D., E. 2017/2624, K. 2017/14983, T. 20/12/2017. www.legalbank.net e.t. 13/02/2021.

verilmiştir. Yapılan yargılama ve toplanan delillerden davalı erkeğin işlediği iddia edilen suçların tarihlerinin evlenme tarihinden önceki döneme ait olduğu anlaşılmaktadır. Anılan madde koşulları oluşmamıştır. O halde, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde kabulüne karar verilmesi doğru olmayıp bozmayı gerektirmiştir.” İfadelerine yer verilerek davaya konu suçun evlilik tarihinden önceki bir tarihte işlendiği ifade edilmiş ve TMK 163 hükmünün koşullarının oluşmadığına karar verilerek doktrindeki hâkim görüş desteklenmiştir.

Başka bir Yargıtay kararında ise; davacının evlenmeden önceki bir tarihte işlenen suçu bilerek evlendiği, bu nedenle çekilmezlik şartının gerçekleşmediği ifade edilmiştir.¹⁸⁰ Bu ihtimalde davacı, evliliği, evlilik tarihi öncesindeki suçtan haberi olmadan yapmış olsa dahi bu durumda TMK 163 hükmüne dayalı bir boşanma kararı verilemez; çünkü burada boşanma açısından esas olan, suçun diğer eş tarafından bilinip bilinmemesinden öte suçun işleniş tarihidir. Eğer ki suç, evlilikten önce işlenmişse TMK 163 hükmüne kesinlikle başvurulamaz. Bu ihtimalde suç, evlilikten önce işlenmiş ancak eş bunu evlilikten sonra öğrenmişse bu noktada butlan hükümlerine başvurulabilir.¹⁸¹

2.2.5. Küçük Düşürücü Suç İşlenmesi Sebebiyle Ortak Hayat Çekilmez Hale Gelmiş Olmalıdır

743 sayılı kanun döneminden farklı olarak hakim, küçük düşürücü bir suç işlendiğine kanaat getirdikten sonra TMK 163 hükmünün nisbi bir boşanma sebebi olması nedenine dayalı olarak evliliğin çekilmez hale gelip gelmediğini inceleyecektir. Çekilmezlik hususunun tarafların her ikisi açısından da varlığı aranmaz. Çekilmezlik,

¹⁸⁰ Y. 2. H.D., E. 2012/7802, K. 2012/27583, T. 20/11/2012. “Davacı hem Türk Medeni Kanunu’nun 166/1. maddesi hem de Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesine dayanarak boşanma davası açmıştır. Boşanma davasının Türk Medeni Kanunu’nun 163 ve 166/1. maddelerine dayanılarak birlikte açılması mümkündür. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davacının davalının evlenmeden önce işlediği suçu bilerek davalı ile evlendiği anlaşılmaktadır. Bu halde; Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesindeki boşanma kararı verilebilmesi için gerekli “işlenen suç nedeniyle diğer eş için birlikte yaşamının beklenemez hale gelmesi” koşulu gerçekleşmediğinden mahkemece davacının Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesine dayalı boşanma davasının reddine karar vermek gerekirken; bu yönden açılan davanın da kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiştir.” www.legalbank.net e.t. 13/02/2021.

¹⁸¹ Gençcan s.294; Y. 2. H.D., E. 2015/13025, K. 2016/3369, T. 23.02.2016 “Küçük düşürücü suç işlemenin Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesi hükmüne göre boşanma sebebi olabilmesi için suç teşkil eden eylemin evlendikten sonra işlenmiş olması gerekir. Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden tarafların, davalının işlediği suç tarihinden sonra evlendikleri anlaşılmaktadır. Bu halde; Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesindeki boşanma kararı verilebilmesi için gerekli “işlenen suç nedeniyle diğer eş için birlikte yaşamının beklenemez hale gelmesi” koşulu gerçekleşmediğinden mahkemece davacının davasının reddine karar vermek gerekirken; kabulüne karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” www.legalbank.net e.t. 13/02/2021.

davacı açısından sabitse boşanmaya hükmedilmelidir. Burada aile hakimi, TMK 4 çerçevesinde takdir yetkisini kullanarak titiz bir inceleme yapma yükümlülüğü içerisinde. ¹⁸²

İncelemenin titizlikle yapılması önem arz eder. Eğer ki davalı eş suç işlemiş ancak davacı eş de paralel şekilde suça iştirak etmişse bu durumda çekilmezlik koşulunun varlığından bahsedilemez. ¹⁸³ Yine önceki açıklamalarımızda verdiğimiz *Hibristofili* örneğinde de olduğu gibi eğer ki eşinin suçlu kimliği, davacı eş için evliliği ayakta tutan bir unsursa, bu ihtimalde de çekilmezlik unsurundan pek tabii ki bahsedilemez.

Bu noktada hakim, özellikle kişilerin sosyal ve ekonomik durumlarına, toplumdaki konumlarına göre bir irdeleme yapacaktır. Örneğin, ekonomik sıkıntı sebebiyle ailesine bakamayan bir kişinin senette tahrifat yoluyla küçük düşürücü suç işlemesi halinde hakim, suçu sabit bulsa bile suçun işleniş amacı sebebiyle evliliğin devamı açısından çekilmezlik unsurunu sabit görmeyebilir. ¹⁸⁴

2.3. Dava Hakkının Ortadan Kalkması

4721 sayılı TMK 163 hükmünde açıkça bahsedilmese de öğretide eşin dava hakkını ortadan kaldıran çeşitli nedenler ileri sürülmüştür.

2.3.1 Suç Tarihinin Üzerinden Uzun Süre Geçtikten Sonra Dava Açılması

TMK 163 hükmüne göre “*Eşlerden biri küçük düşürücü bir suç işler veya haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşamayı diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.*” Görüldüğü üzere kanun koyucu, TMK 161 ve 162 hükümlerinden farklı olarak küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma yönünden herhangi bir hak düşürücü süre öngörmemiştir. Dolayısıyla TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası açmak süreye tabi değildir. Ancak bu hususta doktrinde ortaya atılan bir görüş uyarınca eş, diğer eşin suç fiilini öğrenmesine rağmen makul sürenin üzerinden çok uzun bir zaman geçtikten sonra dava ikame etmişse, burada artık çekilmezlik şartının silikleştiği, suçun evliliğin devamı açısından bir rahatsızlık yaratmadığı ileri sürülerek boşanma davası reddedilmelidir. Burada davanın reddine sebep olan asıl husus, davanın uzun süre

¹⁸² Helvacı/Erlüle s.173.

¹⁸³ Öztan, (Aile) s.664.

¹⁸⁴ Kılıçoğlu, (Aile) s.99.

sonra açılması değil, aksine suçu öğrenmenin üzerinden uzun süre geçmesi nedeniyle evlilik birliğinin çekilmez hale geldiği iddiasının dayanaksız kalmasıdır. TMK 163 hak düşürücü süre öngörmediğinden sürenin geçmesi sebebine dayalı bir ret kararı kesinlikle verilemez.¹⁸⁵

2.3.2. Eşin Suç Fiiline Müsamaha Göstermesi

TMK 161 ve 162 hükümleri incelendiğinde her iki hükmün son fıkralarında “*Affeden tarafın dava hakkı yoktur.*” ibaresini görmekteyiz. Her iki hüküm açısından kanun koyucu, af kavramına direkt olarak sonuç bağlamıştır. Oysaki TMK 163 hükmünde kanun koyucu affa açıkça bir sonuç bağlamış olmasa da doktrinde, affeden eşin dava hakkının olmadığı genel kanaattir.¹⁸⁶

Af, bu noktada açıkça ya da zımnen gerçekleştirilebilir. Örneğin, eş, suç işleyen eşe; “Her ne kadar bu suçu işlemiş olsan da çocuklarımızın geleceği için seni affediyorum.” şeklinde açık bir sözlü beyanda bulunabilir. Diğer bir ihtimalde açık bir af beyanında bulunmasa dahi eşinin suç işlediğini öğrenen diğer eş, eşiyle tatillere gidiyor ve eşine eskisi kadar sıcak davranıyorsa, bu ihtimalde de zımni olarak eşin affedildiği ve bu nedenle TMK 163 hükmüne dayalı bir dava açılmayacağı sonucuna varılmalıdır.

2.4. Küçük Düşürücü Suç İşleme Sebebiyle Boşanmanın Diğer Boşanma Sebepleriyle İlişkisi

2.4.1 Zina Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Zina kavramının en eski boşanma sebeplerinden biri olarak TMK 185 hükmünde belirtilen sadakat yükümlülüğüne ağır şekilde aykırılık oluşturduğunu önceki açıklamalarımızda belirtmiştik. Sadakat yükümlülüğü, cinsel manadaki sadakatten de öte, sır saklama, eşe karşı dürüst olma gibi hususları da kendi bünyesinde barındırır. Eşin küçük düşürücü bir suç işlemesi, doğrudan doğruya olmasa da geniş anlamda sadakat yükümlülüğünü ihlal edebilir. Örneğin, bir eşin, kendisine maddi menfaat sağlamak amacıyla işlemiş olduğu bir sahtecilik ya da hırsızlık suçunu kasten

¹⁸⁵ Gençcan s.294; Öztan, (Aile) s.664; Ersöz, (Boşanma) s.132; Öztürk s.90; Egger s.167; Schwarz s.148; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.935.

¹⁸⁶ Gençcan s.294; Ersöz, (Boşanma) s.131; Öztan, (Aile) s.664.

eşinden gizlemesi, yine geniş anlamda TMK 185 uyarınca sadakat yükümlülüğünün ihlalidir.¹⁸⁷

Diğer yönden zina sebebiyle boşanma, boşanma sebeplerinin kategorizasyonu açısından özel, mutlak ve kusur ilkesini esas alan bir boşanma sebebidir. Böylelikle aile hakimi, zina fiilini sabit bulduğunda ayrıca çekilmezlik hususunu incelemeden direkt olarak boşanmaya hükmedecektir. Küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma ise özel ve nisbi boşanma sebebidir. Ek olarak kusur ilkesini esas alır. Hakim, küçük düşürücü suç fiilinin varlığını sabit görse bile evliliğin davacı eş açısından çekilmez hale gelip gelmediğini incelemek zorundadır. Böylelikle zina ve küçük düşürücü suç işleme, özel boşanma sebebi olmaları ve kusur ilkesini esas almaları yönünden benzer, biri nisbi diğeri mutlak boşanma sebebi olmaları yönünden ise farklıdır.¹⁸⁸

Cinsel dokunulmazlığa karşı suçların küçük düşürücü nitelikte suçlar olduklarından bahsetmiştik. Eşin cinsel ilişkiye girdiği kişinin rızasının olduğu ihtimalde bir hukuka uygunluk sebebi doğacağından, bu durumda küçük düşürücü suç değil zina meydana gelecektir. Zina sebebiyle boşanma, eşin boşanma sebebini öğrenmesinden itibaren 6 ay ve her halde fiilin üzerinden 5 yıllık dava sürelerine tabi iken küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanmada kanun koyucu herhangi bir dava açma süresi öngörmemiştir.¹⁸⁹

Davacı eş, dava dilekçesinde hem TMK 161 uyarınca zina sebebini hem de TMK 163 hükmü uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebini gösterebilir.¹⁹⁰ Bu noktada aile hâkimi, kararında, talep edilen her boşanma sebebini ayrı ayrı inceleyerek her biri hakkında ayrıca karar vermekle yükümlüdür. Örneğin, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanmanın koşulları mevcutken zinanın koşulları oluşmamışsa

¹⁸⁷ Emel Badur, Gamze Turan Başara, “Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:1, (2016), s.107.

¹⁸⁸ Ersöz, (Boşanma) s.135.

¹⁸⁹ Ersöz, (Boşanma) s.135.

¹⁹⁰ Y. 2. H.D., E. 2014/3225, K. 2014/15341, T. 03/07/2014 “Boşanma talepli açılan bir davada; iki ayrı boşanma sebebine dayanılabilir. Davacı-davalı kocanın dava dilekçesindeki açıklamalarından boşanma talebinin haysiyetsiz hayat sürme (MK 163 md.) yanında Türk Medeni Kanunu’nun 166/1. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebine de dayandığı anlaşılmaktadır. Haysiyetsiz hayattan söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş olması ve bu şekilde yaşamının az veya çok devamlılık göstermesi gerekir.” www.kazanci.com.tr e.t. 14/02/2021.

zinanın koşullarının neden oluşmadığını özellikle belirtip ayrıca küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma üzerine hüküm kurmalıdır.¹⁹¹

2.4.2. Hayata Kast ve Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Bir eş, doğrudan doğruya diğer eşin yaşam hakkına kasteder ya da onun vücut bütünlüğüne ya da cemiyet içerisindeki saygınlığına karşı çeşitli fiillerde bulunursa, burada artık TMK 162 hükmü ışığında özel boşanma sebebine dayalı bir dava ikame edebilme hakkı doğacaktır.¹⁹²

Boşanma sebeplerinin sınıflandırılması açısından karşılaştırdığımızda TMK 162 hükmü kusur prensibini esas alan mutlak ve özel bir boşanma sebebi olarak karşımıza çıkar. TMK 163 hükmü ise yine kusur prensibini temel almasına rağmen nisbi ve özel bir boşanma sebebidir. Böylelikle TMK 162 hükmü çerçevesinde ikame edilmiş bir boşanma davasında aile hâkimi, çekilmezlik şartını incelemeksizin fiilin varlığına kanaat getirdiğinde doğrudan boşanmaya hükmedebilecekken TMK 163 hükmü uyarınca açılmış bir davada, birliğin, davacı eş için çekilmez hale gelip gelmediğini incelemek zorundadır.¹⁹³

Bu noktada TMK 162 ve 163 hükümleri arasındaki en önemli fark fiilin kime yöneldiğidir. TMK 162 uyarınca dava açılabilmesi için hayata kast ya da pek kötü veya onur kırıcı davranış fiilleri bizzat diğer eşe yönelmelidir. TMK 163 hükmünde ise işlenen küçük düşürücü suç üçüncü kişilere yöneliktir. Böylelikle örneğin, eşin üçüncü bir kişiyi kasten yaralaması halinde küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı bir boşanma davası açılabilirken, aynı eşin, diğer eşini kasten yaralaması halinde TMK 162 hükmüne dayalı bir dava açılabilir. Eşe yönelen fiiller açısından TMK 162 ve TMK 163 hükümleri bir arada bulunamazlar. Örneğin, eşin diğer eşini bıçakla yaralaması halinde hem hayata kast hem de küçük düşürücü suç işleme hükmüne gidilemez. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere burada iki hükmü birbirinden ayıran temel fark fiilin yöneldiği kişinin kim olduğu noktasında ortaya çıkar. Ancak eş, diğer eşini kasten yaralamış ayrıca üçüncü bir şahsın malını da çalmışsa bu ihtimalde iki hüküm bir arada bulunabilir.¹⁹⁴

¹⁹¹ Gençcan s.295.

¹⁹² Cahit Oğuzoğlu, Medeni Hukuk I Şahsın Hukuku, (Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1963) s.96.

¹⁹³ Ersöz, (Boşanma) s.136.

¹⁹⁴ Ersöz, (Boşanma) s.137.

TMK 162 hükmü, dava açılması için, eşin boşanma sebebini öğrenmesinden itibaren 6 ay ve her halde fiilin üzerinden 5 yıllık süreler öngörmüşken, TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası her zaman açılabilir. Süreyle sınırlandırılmamıştır.¹⁹⁵

Bu noktada TMK 162 hükmü açısından eş, diğer eşi bağışlarsa dava açma hakkının ortadan kalkacağı bizzat kanunda düzenlenmişken, TMK 163 açısından bu durum kanunda düzenlenmemiş olsa da öğretide kabul edilmektedir.¹⁹⁶

2.4.3. Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Her iki sebep de aynı hüküm içerisinde yer alsa da küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme birbirlerinden farklı boşanma sebepleridir. Gerek küçük düşürücü suç işleme gerekse haysiyetsiz hayat sürme kusur ilkesine dayanan nisbi ve özel boşanma sebepleridir. Aile hakimi, her iki sebep açısından da evlilik birliğinin davacı eş açısından çekilmez hale gelip gelmediğini inceleme yükümlülüğü altındadır.¹⁹⁷

Küçük düşürücü suç işleme, eşin, üçüncü kişilere karşı olan suç fiillerini esas alırken, haysiyetsiz hayat sürme, eşin genel ahlak kurallarına aykırı yaşam stilinden kaynaklanır. Her ikisi sebep açısından kanun, özel bir dava açma süresi öngörmediğinden bu sebeplere dayalı boşanma davası her zaman ikame edilebilir. Ek olarak, doktrinde belirtildiği üzere eş, diğer eşi bağışlamışsa ya da dava, makul bir sürenin üzerinden çok uzun bir süre geçtikten sonra açılmışsa, davanın çekilmezlik şartının bulunmaması sebebiyle reddi gerekecektir. Bu noktada çok uzun bir sürenin geçmesi de affa karine teşkil eder.¹⁹⁸

2.4.4. Terk Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

TMK 164 hükmüne göre “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 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

¹⁹⁵ Kırmızı s.67-68.

¹⁹⁶ Gençcan s.294; Kırmızı s.67.

¹⁹⁷ Kırmızı s.68; Zeytin/Ergün s.201; Bilal Köseoğlu, Köksal Kocaağa, Aile Hukuku ve Uygulaması, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009) s.38.

¹⁹⁸ Köseoğlu/Kocaağa s.38.

engelleyen eş de terk etmiş sayılır.” Terk sebebiyle boşanma, sınıflandırma açısından özel, mutlak boşanma sebebidir ve kusur prensibini esas alır. Hakim tarafından çekilmezlik şartı incelenmez.¹⁹⁹ TMK 163 hükmü ise kusur prensibine dayalı özel ve nisbi boşanma sebebi olduğundan hakim çekilmezlik şartını inceleyecektir.²⁰⁰

Terk sebebiyle boşanma ile küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma aynı boşanma davasında ileri sürülemez; çünkü terk hükmünde bulunan ihtar şartı gerçekleştirildiğinde, ihtardan önceki her fiil affedilmiş sayılacaktır. İhtardan önceki dönemde bir küçük düşürücü suç fiili mevcut ise, bu artık ihtar ile affedilmiş sayılacağından ve TMK 163 hükmünde açıkça düzenlenmese de öğretideki genel kanaate göre çekilmezlik koşulunun ortadan kalkması sebebiyle dava hakkı ortadan kalkacağından terk ile küçük düşürücü suç işleme bir arada bulunamaz.²⁰¹ Ancak küçük düşürücü suç, ihtar isteminden sonraki bir dönemde vuku bulmuşsa artık bu ihtimalde terk ve küçük düşürücü suç işleme bir arada bulunabilir.²⁰²

2.4.5. Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

TMK 165 hükmü doğrultusunda *“Eşlerden biri akıl hastası olup da bu yüzden ortak hayat diğer eş için çekilmez hâle gelirse, hastalığın geçmesine olanak bulunmadığı resmî sağlık kurulu raporuyla tespit edilmek koşuluyla bu eş boşanma davası açabilir.”* Evliliğin anayasası olarak adlandırabileceğimiz TMK 185 hükmü uyarınca eşlerin birbirlerine karşı yükümlülükleri bulunur. Böylece eşler, evliliğin nimetlerinden yararlandıkları gibi külfetlerine de katlanarak zor anlarda birbirlerine destek olmalıdırlar. Bu nedenle hastalıklar kural olarak boşanma sebebi olamasalar da evlilik birliğinin devamına engel teşkil edecek derecedeki iyileşemez akıl hastalıklarına dayanarak boşanma talep edilebilir. Akıl hastalığı özel, nisbi ve elverişsizlik ilkesine dayanan bir boşanma sebebidir.²⁰³ Küçük düşürücü suç işleme ise özel ve nisbi boşanma sebebidir ve ek olarak kusur ilkesine dayanır. Gerek akıl hastalığı sebebiyle boşanma gerekse küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma nisbi sebepler olduklarından her ikisinde de aile hakimi çekilmezlik şartının gerçekleşip gerçekleşmediğini incelemekle yükümlüdür.²⁰⁴

¹⁹⁹ Öztürk s.94; Nurşen Ayan, "Terk Nedeniyle Boşanma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1, (2007), s.41.

²⁰⁰ Kırmızı s.68.

²⁰¹ Ersöz, (Boşanma) s.139; Gençcan s.297.

²⁰² Gençcan s.297.

²⁰³ Köseoğlu/Kocaağa s.40; Öztürk s.99; Dural/Öğüz/Gümüş s.117.

²⁰⁴ Ersöz, (Boşanma) s.141.

TMK 165 kapsamında akıl hastalığı sebebiyle boşanma, akıl hastalığına dayalı olarak temyiz kudretinin yokluğu sonucunda talep edilir. Oysaki küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma kasten işlenen küçük düşürücü nitelikteki suçlar açısından uygulanabileceğinden ve akıl hastası kişinin kasten bir suç işlemesi de düşünülemeyeceğinden TMK 163 ve 165 hükümleri bir arada bulunamazlar.²⁰⁵

2.4.6. Evlilik Birliğinin Sarsılması Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Uygulama açısından en önemli nokta, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma ile evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanmanın ilişkisinin açıklığa kavuşturulmasıdır; çünkü, iki özel sebebin bir arada gösterilmesinden öte uygulamada özel boşanma sebebiyle genel boşanma sebebinin bir arada gösterildiği durumlarla sıklıkla karşılaşılmaktadır. Genel sebep ile özel sebep açısından çeşitli ihtimaller gündeme gelebilir.

- Davanın sadece TMK 163 uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı olarak açılması

Davacı eş, sadece diğer eşin küçük düşürücü suç işlemesi sebebine dayanmış ve TMK 166 hükmünde işaret edilen evlilik birliğinin sarsılması sebebini dava dilekçesinde göstermemişse durum bu şekildedir. Bu ihtimalde taleple bağlılık ilkesi gereği davaya bakan hakim, kesinlikle evlilik birliğinin sarsılması gerekçesine dayalı bir boşanma kararına hükmedemez. Kurulacak hüküm sadece TMK 163 çerçevesinde olmak zorundadır.²⁰⁶

- Dava dilekçesinde sadece genel sebebin gösterilmesi

Daha önceki açıklamalarımızda da belirttiğimiz üzere özel bir boşanma sebebi kapsamındaki fiilin mevcudiyeti halinde dahi özel sebebe dayalı boşanma talep edilmek zorunda değildir. Böylelikle örneğin, bir eş zina yapsa ya da diğer eş kasten bıçakla yaralasa dahi davacı olacak eş, özel sebeplere gitmeden dilekçesinde sadece genel sebebi gösterebilir. Bu duruma kanunen herhangi bir engel yoktur. Örneğin, diğer eş tarafından üçüncü bir kişiye karşı hırsızlık ya da sahtecilik suçu işlenmiş ve

²⁰⁵ Gençcan s.297; Ersöz, (Boşanma) s.141.

²⁰⁶ Y. 2. H.D., E. 2010/5178, K. 2011/5973, T. 04/04/2011 “Davacı-davalı kadının boşanma davası TMK 162 ve 163 maddelerine dayalı olarak açıldığı halde TMK 166/1 maddesi gereğince boşanmaya hükmedilmesi doğru değil ise de bu husus taraflarca temyiz edilmediğinden bozma nedeni yapılmamış yanlışlığa işaret etmekle yetinilmiştir.” Gençcan s.298.

eş de bunu öğrenmişse, ortada küçük düşürücü nitelikte bir suç fiili mevcuttur. Davacı olacak eş, dilekçesinde sadece TMK 166/1 hükmüne dayanırsa, hakim, yine taleple bağlılık ilkesinin yansıması olarak küçük düşürücü suç işlendiğini fark etse dahi, hükmü sadece TMK 166/1 hükmüne dayalı olarak kurmak zorunluluğu içerisinde dir.²⁰⁷

- Davanın hem küçük düşürücü suç işleme hem de evlilik birliğinin sarsılması sebebine dayalı açılması

Boşanma davasında TMK 161 ila 166 maddeleri arasında gösterilen sebeplerden sadece birine dayanılması gibi bir zorunluluğun olmadığını, istenirse birden fazla sebebe dayanılabileceğini belirtmiştik.²⁰⁸ Bu doğrultuda davacı eş, TMK 163 uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebini ve TMK 166/1 uyarınca da evlilik birliğinin sarsılması sebebini aynı dava dilekçesinde bir arada gösterebilir.²⁰⁹ Davacının her iki sebebi de aynı dilekçede talep ettiği ihtimalde aile hakimi, gerek

²⁰⁷ Y. 2. H.D., E. 2014/8735, K. 2014/19994, T. 16/10/2014 “Münhasıran genel boşanma sebebine dayalı olarak açılan bir boşanma davasında özel boşanma sebebine dayalı olarak karar verilmesi mümkün değildir. Zira hakim tarafların talep sonuçlarıyla bağlıdır. Davacı kocanın delillerinin evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayalı dava çerçevesinde değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde TMK 161. Maddesi uyarınca zina sebebiyle boşanma hükmü kurulması doğru görülmemiştir.” Gençcan s.299.

²⁰⁸ Y. 2. H.D., E. 2014/3225, K. 2014/15341, T. 03/07/2014 “Boşanma talepli açılan bir davada; iki ayrı boşanma sebebine dayanılabilir. Davacı-davalı kocanın dava dilekçesindeki açıklamalarından boşanma talebinin haysiyetsiz hayat sürme (MK 163 md.) yanında Türk Medeni Kanunu’nun 166/1. maddesinde düzenlenen evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebine de dayandığı anlaşılmaktadır. Haysiyetsiz hayattan söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkisinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş olması ve bu şekilde yaşamının az veya çok devamlılık göstermesi gerekir.” www.kazanci.com.tr e.t. 14/02/2021.

²⁰⁹ Y. 2. H.D., E. 2009/8440, K. 2010/12941, T. 29/06/2010 “Davalı, müteakıl boşanma davası açmış, müteakıl boşanma davasında; zina, olmazsa hayata kast, bu da olmazsa pek kötü davranış, bunun da kabul edilmemesi halinde haysiyetsiz hayat sürme, bu da kabul edilmediği takdirde evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebiyle boşanmalarına karar verilmesini istemiştir. Zina, hayata kast, pek kötü muamele ve haysiyetsiz hayat sürme özel boşanma sebebi yanında genel boşanma (TMK m. 166/1) sebebi de oluşturur. Böyle bir durum karşısında kalan eş, dilerse bu özel sebeplerin yanında genel sebebe, dilerse birine veya birkaçına birlikte dayanarak boşanma talep edebilir. Hem özel hem de genel sebebe dayanılarak boşanma davası açılmış ise, doğuracakları hukuki sonuçlar farklı olacağından öncelikle özel boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak, özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi veya özel sebebe dayalı dava hakkının düşmüş olması halinde, deliller, genel boşanma sebebi çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Toplanan delillerin öncelikle özel boşanma sebepleri bakımından değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.” www.kazanci.com.tr e.t. 14/02/2021.

Y. 2. H.D., E. 2012/19722, K. 2013/6974, T. 14/03/2013. “Davacı, TMK 166/1 maddesine dayanan şiddetli geçimsizlik yanında TMK 163. Maddesinde öngörülen suç işleme nedenine dayanarak da boşanma isteminde bulunmuştur. Toplanan delillerden davalının hırsızlık suçu işlediği ve bu suçtan mahkum olduğu, işlenen suçun küçük düşürücü suçlardan olduğu anlaşılmaktadır. Bu sebeple birlikte boşanması diğer eşten beklenemez hale gelmiştir. Davacının TMK 163. Maddesine dayalı davasının kabulüne karar vermek gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” www.legalbank.net e.t. 14/02/2021.

TMK 163 gerekse TMK 166 hükümleri açısından her iki sebebe ilişkin hüküm kurmak suretiyle karar vermek zorundadır. Sadece özel sebebe dayalı hüküm kurulup nihai kararda genel sebebe değinilmemesi bozma sebebi olduğu gibi, diğer yönden sadece genel sebebe dayalı hüküm kurulup hükümde özel sebebe hiç yer verilmemesi de bozma sebebi teşkil eder.²¹⁰

Bir davada birden fazla talep mevcut olduğunda, talepler arasında bir öncelik sıralaması mevcutsa, diğer bir deyişle (X) talebi kabul edilmediği takdirde (Y) talebi hakkında bir hüküm kurulsun anlamında bir durum söz konusuysa yani aslilik - ferilik ilişkisi varsa burada terditli dava kavramı gündeme gelir.²¹¹ Boşanma davaları da terditli olarak açılabilir.²¹²

İddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı sonucu yapılamayan işlemler ıslah yoluyla yapılabilir.²¹³ Boşanma davalarında da mevcut talepler bu yolla değişikliğe uğratılabilir.²¹⁴ Örneğin, Yargıtay uygulaması doğrultusunda özel sebebe dayalı açılmış bir boşanma davasında anlaşmalı boşanma ıslah yoluyla gerçekleştirilebilir.²¹⁵

Bunlardan hariç olarak TMK 166 ile TMK 163 hükümleri arasındaki farklara da değinecek olursak, evlilik birliğinin temelinden sarsılması davasında gösterilecek

²¹⁰ Gençcan s.299 vd.

²¹¹ Hakan Pekcanitez, Oğuz Atalay, Muhammet Özekes, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 2 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014) s.260 vd.

²¹² Gençcan s.300 vd.; Y. 2. H.D., E. 2016/10328, K. 201/2053, T. 15/02/2018 “Dava; hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, (TMK m.162), suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme (TMK m. 163) belirtilen özel boşanma sebepleri ile bu kabul edilmediği takdirde evlilik birliğinin sarsılması (TMK m.166/1) sebebiyle boşanma talebine ilişkindir. Hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme fiilleri özel boşanma sebebi yanında genel boşanma (TMK m. 166/1) sebebi de oluşturur. Böyle bir durum karşısında kalan eş dilerse bu özel sebeplerin yanında genel sebebe, dilerse birine veya birkaçına birlikte dayanarak boşanma talep edebilir. Davacı öncelikle özel boşanma sebeplerine dayanarak boşanma davası açmış olduğundan, öncelikle özel boşanma sebeplerinin bulunup bulunmadığı belirlenmeli, özel sebep varsa, bu sebebe dayanılarak özel boşanma sebeplerinin gerçekleşmemesi halinde, deliller genel boşanma sebebi (TMK m. 166/1-2) çerçevesinde değerlendirilerek sonucuna göre karar verilmelidir. Toplanan deliller öncelikle özel boşanma sebepleri bakımından değerlendirilip, sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, bu husus gözetilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” www.legalbank.net e.t. 14/02/2021.

²¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.346.

²¹⁴ Gençcan s.301; Y. 2. H.D., E. 2015/10793, K. 2016/530, T. 14/01/2016 “6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 177. maddesinde de belirtildiği üzere ıslah, yazılı veya sözlü olarak tahkikatın sona ermesine kadar yapılabilir. Karşı taraf duruşmada hazır değilse veya ıslah talebi duruşma dışında yapılıyorsa, bu yazılı talep veya tutanak örneği, haber vermek amacıyla karşı tarafa bildirilir. Olayda, davacı tarafından usulüne uygun yapılmış bir ıslah işlemi bulunmamaktadır. O halde, Türk Medeni Kanunu’nun 166/son maddesine dayalı bir boşanma davasının bulunduğundan söz edilemez. Mahkemece, delillerin 166/1 maddesi gereğince değerlendirilerek hasıl olacak sonuca göre bir karar verilmesi gerekirken, davanın yanlış nitelendirilmesi suretiyle yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozmayı gerektirmiştir.” www.legalbank.net e.t. 14/02/2021.

²¹⁵ Gençcan s.330.

boşanma sebebi, kural olarak evlilik birliğinin kurulmasından sonraki olaylara dayanmalıdır. Ancak evlilik birliğinin kurulmasından önce, örneğin nişanlılık döneminde gerçekleşen bir olay evlilik birliğinin kurulduğu tarihten sonraki bir döneme de sirayet ediyorsa bu durum, TMK 166/1 uyarınca boşanmaya esas alınabilir.²¹⁶ Ancak öğretideki genel kanaate göre TMK 163 hükmündeki küçük düşürücü suç işleme yönünden, suçun evlilik birliğinin kurulduğu dönemden sonra işlenmesi esastır. Evlilik birliğinin kurulduğu dönemden önce işlenen suçlar yönünden ise TMK 163 hükmüne dayalı bir boşanma davası açılamaz.²¹⁷

Evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma, genel, nisbi ve temelden sarsılma ilkesini esas alan bir boşanma sebebiyken, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma, özel, nisbi ve kusur ilkesini esas alan bir boşanma sebebidir. Her iki boşanma sebebi yönünden de hakim, çekilmezlik unsurunu dikkate almak zorundadır. Ek olarak TMK 166/1 genel boşanma sebebi olduğundan belli bir olguya işaret etmez çok çeşitli sebeplere dayanılarak boşanma davası açılabilir. TMK 163 ise özel bir boşanma sebebi olduğundan sadece küçük düşürücü suç işleme sebebine dayalı olarak dava ikame edilebilir. TMK 166/1 hükmü kusur ilkesini değil temelden sarsılma ilkesini benimsediğinden, burada kusurlu eş dahi boşanma davası açabilirken, TMK 163 hükmü, kusur ilkesini benimsediğinden küçük düşürücü suçu işleyen eşin, diğer eşe TMK 163 çerçevesinde bir dava açma hakkı bulunmamaktadır.²¹⁸

Evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanma için kanun herhangi bir hak düşürücü süre öngörmemiştir. Aynı şekilde TMK 163 uyarınca küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma davasında da bir hak düşürücü süre öngörülmediğinden dava her zaman açılabilir. Meğerki eş affedilmiş ya da suç fiili üzerinden çok uzun bir zaman geçmiş olsun.

²¹⁶ Ali İhsan İpek, Genel Boşanma Sebepleri, B. 1 (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008) s.39.

²¹⁷ Dural/Öğüz/Gümüş s.112; Öztürk s.89; Ersöz, (Boşanma) s.123.

²¹⁸ Ersöz, (Boşanma) s.133.

3. HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMA

3.1. Genel Çerçevesi ve Boşanma Sebebi Açısından Kategorize Edilmesi

TMK 163 hükmünde yer verilmiş olan diğer bir boşanma sebebi de haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmadır. Küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme kavramları temelde birbirinden bütünüyle farklı kavramlar olarak karşımıza çıksalar da boşanma sebebi olarak aynı madde içerisinde düzenlenmeleri çeşitli sebeplere dayanır.

Gerek küçük düşürücü suç işleme gerekse haysiyetsiz hayat sürmeye dayalı boşanma sebeplerinde eşin fiili bizzat diğer eşe yönelmemekte, tamamen ondan bağımsız olarak vuku bulmaktadır. Örneğin, bizzat eşe karşı bir suç işlenmesi TMK 162 hükmü kapsamına girerken, üçüncü kişilere karşı işlenen bir suç ise TMK 163 kapsamında değerlendirilir. Diğer bir yönden, TMK 163 hükmünde yer alan her iki boşanma sebebinin ortak noktası, toplumsal zeminde genel ahlaki normlara aykırı davranışları esas almalarıdır. TMK 185 hükmünün evlilik kavramının genel hatlarını çizdiğinden bahsetmiştik. Bu doğrultuda, TMK 163 hükmünde gösterilen boşanma sebepleri geniş anlamda sadakat mükellefiyetine aykırılık oluşturur. Böylece haysiyetsiz hayat sürme açısından TMK 185 hükmünde işaret edilen yükümlülüğe aykırılık teşkil eden nokta, eşin toplumsal ahlaka ve genel yaşam kurallarına aykırı bir hayatı sürdürüyor olmasıdır.²¹⁹

Haysiyetsiz hayat sürme, boşanma sebeplerinin sınıflandırılması yönünden özel, kusur ilkesini temel alan, nisbi bir boşanma sebebi olarak kategorize olunur. Bu doğrultuda açılan bir davada pek tabii ki çekilmezlik unsurunun varlığı irdelenecektir.²²⁰

3.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanmanın Koşulları

3.2.1 Haysiyetsiz Hayat Sürülmesi

TMK 163 hükmü uyarınca *“Eşlerden biri Haysiyetsiz bir hayat sürer ve bu sebeplerden ötürü onunla birlikte yaşaması diğer eşten beklenemezse, bu eş her zaman boşanma davası açabilir.”* Böylelikle eşin, genel ahlaki normlara aykırı, toplum tarafından ayıplanacak nitelikte bir hayatı sürdürmesi halinde haysiyetsiz hayat

²¹⁹ Yalçınkaya/Kaleli s.723-724.

²²⁰ Oğuz Ersöz, “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış, The Journal Of Science”, Cilt:3, Sayı:5, (2019), s.238 (Sebepler).

sürme sebebine dayalı boşanma davası gündeme gelebilecektir.²²¹ Bu noktada kanun koyucu, TMK 163 hükmünde haysiyetsiz hayatın tam olarak ne anlama geldiği konusunda bir ibareye yer vermediğinden bu konu büyük ölçüde doktrin tarafından aydınlatılmıştır. Zina, akıl hastalığı, terk, küçük düşürücü suç işleme gibi özel boşanma sebeplerinde boşanma isteğine yol açan fiilin niteliği net iken, haysiyetsiz hayat sürme kavramının ne manaya geldiği hususunda bir belirsizlik söz konusudur. Genel değil, özel sebebe dayalı bir boşanma sebebinde daha net ifadelere yer verilmesinin uygulamadaki olası karışıklıkları engellemek adına çok daha faydalı olacağı görüşüne katılmaktayız.²²²

3.2.1.1. Haysiyet ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Kavramları

Haysiyet kavramı lafzi anlamıyla “*değer, itibar, saygınlık*” anlamlarını taşır.²²³ Başka bir anlatımla, kişinin genel toplumsal kurallara uyarak ahlaki ilkeler doğrultusunda bir hayat sürdürmesi onun toplum nezdindeki prestijini destekleyerek değer görmesini sağlar. Bunun tam tersi ihtimalde ise ahlak ve şeref kavramlarına aykırı şekilde bir yaşam sürdürülmesi toplum nezdinde haysiyetsiz bir yaşamı ifade edecektir. Haysiyet kavramı belli bir evrensel kıstasla belirlenemeyeceğinden ve mutlak olarak toplumsal dinamiklere bağlı olduğundan her devrin ruhuna göre nazara alınmalıdır.²²⁴ Örneğin, eski devirlerde bir kişinin homoseksüel bir yaşam sürdürmesi haysiyetsiz bir yaşam olarak değerlendirilmekteyken günümüzde artık bu durum haysiyetsiz hayat sürme kavramına alınacak bir şekilde değerlendirilmemektedir.

Yargıtay’da, haysiyetsiz hayat kavramına yer verdiği bir kararında; “*Davacı kocanın boşanma davası münhasıran “haysiyetsiz hayat sürme” sebebine dayanmaktadır. Haysiyetsiz hayat sürmenin varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için; eşin, sosyal hayatta toplumun genel değer yargılarıyla çatışan, olumsuz nitelikte kabul edilen davranışının süreklilik göstermesi ve bu davranışın diğer eş için birlikte yaşamayı ondan beklenemez hale getirmesi gereklidir.*”²²⁵ İbarelerine yer vererek haysiyetsiz hayat sürmeyi oluşturan davranışların genel toplumsal normlarla çatışması gerektiğine vurgu yapmıştır.

²²¹ Harun Bulut, Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar, B. 1 (İstanbul: Beta Yayınevi, 2007), s.21.

²²² Erdem s.110.

²²³ <https://sozluk.gov.tr/>.

²²⁴ Gençcan s.313.

²²⁵ Y. 2. H.D., E. 2011/22536, K. 2012/17686, T. 26/06/2012 www.kazanci.com.tr e.t. 15/02/2021.

Diğer bir yönden haysiyet kavramı bizzat eşin kendi şahsından doğabileceği gibi üçüncü kişilerle olan ilişkilerinin sonucu olarak da tezahür edebilir. Örneğin, bir kişinin kendi rızasıyla sürekli olarak alkol alıyor olması halinde haysiyetsiz hayat bizzat eşin kendi şahsından doğmuşken, başka bir örnek olarak, eşin kendi ortaklarıyla beraber uyuşturucu ticaretini meslek edinmesi ihtimalinde haysiyetsiz hayat, eşin üçüncü kişilerle olan etkileşiminin sonucunda meydana gelecektir. Burada teorik açıklamaların ötesinde, haysiyetsiz hayat sürmeye dayalı boşanma davası yönünden haysiyetsizliğin kaynağı önem taşımaz. Hakim, her ihtimalde toplumsal yargı ve normları nazara alarak durumu irdelemelidir.²²⁶

Davranışsal normlar devirden devire devinim içinde olmalarının ötesinde, aynı zaman diliminde farklı aile yapıları arasında dahi çeşitlilik gösterebilirler. Örneğin, bir ailede her gece alkol alınması ve bu nedenle çeşitli taşkınlıklar çıkartılması durumun doğal sonucu olarak karşılanabilirken, başka bir ailede bu durum katı bir şekilde tepki gösterilmesini gerektirebilir. Bu nedenle aile hakimi, haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı açılmış bir davada, somut olgulara ek olarak haysiyet kavramını titizlikle irdelemelidir.²²⁷

3.2.1.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme Kavramının Varlığını Sabit Kılan Çeşitli Örnekler

Hangi hallerin doğrudan haysiyetsiz hayat sürme kavramı altında değerlendirileceğine yönelik doktrinde çok çeşitli örnekler verilmiştir. Örneğin; muhabbet tellallığı yapmak, alkol bağımlılığı, uyuşturucu bağımlılığı, normal yollarla gerçekleşmeyen sürekli cinsel ilişki, kumar düşkünlüğü²²⁸, ahlaka mugayir işle uğraşmak²²⁹, insan ticareti veya uyuşturucu ticareti yapmak²³⁰, evli şahsın başkalarıyla sürekli şekilde münasebetlerde bulunması²³¹, teşhircilik gibi durumlarda haysiyetsiz hayatın var olduğu net olarak kabul olunur. TMK 163 hükmünde bu konuda bir sayım yapılmadığından hangi hallerin haysiyetsiz hayat sürme kavramına dahil olacağını TMK 4 ışığında hakim takdir edecektir.²³²

²²⁶ Kılıçoğlu, (Aile) s.98.

²²⁷ Yalçınkaya/Kaleli s.741. Benzer yönde bkz. Gençcan s.313.

²²⁸ Bulut s.21.

²²⁹ Dural/Öğüz/Gümüş s.112.

²³⁰ Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.253.

²³¹ Feyzioğlu s.309.

²³² Kılıçoğlu, (Aile) s.98.

YHGK tarafından verilen bir kararda “*Davanın konusu haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanma isteğinden ibarettir. Haysiyetsiz hayat sürme nisbi boşanma sebeplerinden biri olup toplumun değer yargılarına göre değişen bir nitelik taşır. Olayda toplanan delillerin birlikte değerlendirilmesinden evli olan davalı kadının başka bir erkekle sürekli ilişki kurduğu ve bundan dolayı davacı koca için birlikte yaşamanın çekilmez hal aldığı anlaşılmaktadır. O halde boşanmaya karar verilmekle ve bu nedenlerle de Özel Daire bozma ilamına uyulmak gerekirken direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bozulmalıdır.*”²³³ İbarelerine yer verilerek evli bir kişinin başka bir şahısla sürekli ilişki kurması halinde haysiyetsiz hayatın var olduğu kabul olunmuştur.

Yüksek mahkemece verilmiş başka bir kararda “*Davalının Erdemli 2. Asliye Ceza Mahkemesinin 14.11.2007 tarihinde kesinleşen ilamıyla resmî belgede sahtecilik suçundan mahkûm olduğu anlaşılmaktadır. Ceza dava dosyasının incelemesinde; Davalının E. U. kimliğini kullandığı, G. U. ve F. P. ile bir müddet evlilik dışı birlikte yaşadığı, bu nedenle haysiyetsiz yaşam sürmenin koşullarının gerçekleştiği ve onunla birlikte yaşaması davacıdan beklenemeyecek hale geldiği sabit olduğu halde, yazılı gerekçeyle davanın reddi doğru görülmemiştir.*”²³⁴ Hükmüyle bir kişinin başka bir kişiyle evlilik dışı birlikte yaşaması da haysiyetsiz hayat sürme kavramı kapsamında değerlendirilmiştir.

Haysiyetsiz hayat sürme kavramının birden fazla şahsa yönelmesi de şart değildir. Bu doğrultuda yüksek mahkemece verilen başka bir kararda “*Davalının dört yıldır C. isimli bir şahısla ilişki içinde bulunduğu onunla seviştiği, kocası evden ayrıldığında onunla buluşup sokaklarda öpüştüğü görgüye dayalı tanık beyanları ile belirlenmiştir. Haysiyetsizlik nedeniyle boşanma davasında kusurlu tarafın birden çok kişi ile onur kırıcı temaslarda bulunması şart değildir. Davalının boşanmaya neden olan eylemlerinin onur kırıcı, görevler üzerinde etki yapacak herkesçe kabul edilemeyecek nitelikte olmasıdır.*”²³⁵ İbarelerine yer verilmiştir.

Yüksek mahkemece verilen başka bir kararda “*Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş ve bu şekilde yaşamanın devamlılık göstermesi gerekir. Davalı-davacı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve*

²³³ YHGK., E. 1982/2-814, K. 1984/791, T. 05/10/1984 www.legalbank.net e.t. 18/02/2021.

²³⁴ Y. 2. H.D., E. 2009/16450, K. 2009/19112, T. 09/11/2009 www.legalbank.net e.t. 18/02/2021.

²³⁵ Y. 2. H.D., E. 1995/772, K. 1995/1889, T. 16/02/1995 www.legalbank.net e.t. 18/02/2021.

*mesajlaştığı toplanan delillerle ve dinlenen tanık beyanlarıyla anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu eylem koca bakımından, eşiyle birlikte yaşamayı çekilmez hale getirirse de haysiyetsiz yaşam olarak kabul edilemez. Öyleyse davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesindeki boşanma sebebi sabit kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.”*²³⁶ İfadeleriyle eşin, karşı cinsten biriyle süreklilik ifade etmeyecek şekilde telefonlaşıp mesajlaşması haysiyetsiz yaşam sürme kapsamında değerlendirilmemiştir.

Doktrinde, haysiyete aykırı mesleklerin toplumsal ahlaka aykırı iseler kanuna uygun ya da aykırı olmalarının haysiyetsiz hayat sürme açısından bir öneminin olmadığı ifade edilmektedir.²³⁷ Haysiyete aykırı mesleklerden uyuşturucu tacirliği, muhabbet tellallığı zaten kanuna aykırı olduklarından doğrudan haysiyetsiz hayat sürme kapsamına da alınacaklardır. Ancak randevu evi işletmeciliği, kanuna uygun olarak vergi levhasıyla icra edilir. Başka bir deyişle kanun koyucu randevu evi işletmeciliğini bir meslek olarak tanımlayıp bu mesleğin icrasına da müsaade etmektedir. Doktrindeki genel görüşe göre, kanunlarca izin verilse de mesleğin özü gereği haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilmelidir.²³⁸ Diğer bir görüşe göre ise mesleğin icrasına bizzat kanun koyucu tarafından izin verilmiş olduğundan, bu mesleğin haysiyetsizliği ileri sürülerek boşanılamaması gerekmektedir.²³⁹ Biz de bu noktada ilk görüşe katılmaktayız. Kanunlarca izin verilse dahi ahlaka aykırı bir mesleğin icrası haysiyetsiz hayat olarak nitelendirilmelidir. Açılmış davada hâkim, mesleğin ahlaka aykırılığını nitelendirdikten sonra zaten her koşulda çekilmezlik unsurunu inceleyecektir.

3.2.2. Haysiyetsiz Hayat Sürme Süreklilik Göstermelidir

Eş tarafından gerçekleştirilen haysiyetsiz hayat sürme fiilleri, her ne kadar toplumsal normlarla çatışma halinde ve toplum fertleri nezdinde ayıplanmaya yol açacak nitelikte olsa da TMK 163 hükmüne dayalı bir boşanma kararı verilebilmesi için bu davranışların sürekli bir nitelik arz etmesi mutlak koşuldur. TMK 163 hükmünde yer verilen “*haysiyetsiz hayat sürer*” ibaresi de davranışın süreklilik göstermesi gerektiğine özellikle işaret etmektedir.²⁴⁰ Böylelikle örneğin, toplumsal

²³⁶ Y. 2. H.D., E. 2011/1829, K. 2011/23825, T. 28/12/2011 www.legalbank.net. e.t. 18/02/2021.

²³⁷ Erdem s.110.

²³⁸ Saymen/Elbir s.249; Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.253.

²³⁹ Gençcan s.316.

²⁴⁰ Bulut s.21.

normlara bütünüyle aykırı olan uyuşturucu kullanımı tek bir defa gerçekleşmişse ya da eş, tek bir defa insan ticareti fiili gerçekleştirmişse süreklilik unsurunun yokluğu nedeniyle haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı bir boşanma kararı verilemez.²⁴¹ Fiil suç teşkil ediyorsa ve küçük düşürücü nitelikteyse küçük düşürücü suç işleme sebebine dayanılabilir ya da genel sebebe dayalı bir dava da ikame edilebilir.

Yüksek mahkeme, bir kararında “*Davacı kocanın boşanma davası münhasıran “haysiyetsiz hayat sürme” sebebine dayanmaktadır. Haysiyetsiz hayat sürmenin varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için; eşin, olumsuz nitelikte kabul edilen davranışının süreklilik göstermesi ve bu davranışın diğer eş için birlikte yaşamayı ondan beklenemez hale getirmesi gereklidir.*”²⁴² İfadeleriyle haysiyetsiz hayat sürme olgusunun sürekliliği şartını vurgulamıştır.

Yüksek mahkeme verdiği başka bir kararda da “*Davacı-davalı kocanın boşanma davası münhasıran “haysiyetsiz hayat sürme” sebebine dayanmaktadır. Haysiyetsiz hayatın varlığından söz edilebilmesi ve bu sebeple boşanma kararı verilebilmesi için, başkalarıyla ilişkinin bir yaşam tarzı olarak benimsenmiş ve bu şekilde yaşamının devamlılık göstermesi gerekir. Davalı-davacı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığı toplanan delillerle ve dinlenen tanık beyanlarıyla anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu eylem koca bakımından, eşiyle birlikte yaşamayı çekilmez hale getirirse de haysiyetsiz yaşam olarak kabul edilemez. Öyleyse davanın reddi gerekirken, yetersiz gerekçe ile Türk Medeni Kanunu'nun 163. maddesindeki boşanma sebebi sabit kabul edilerek yazılı şekilde hüküm kurulması doğru bulunmamıştır.*”²⁴³ İfadeleriyle süreklilik gösteren haysiyetsiz yaşama yönelik davranışların artık bir yaşam stili, o eş için vazgeçilmez bir davranış kalıbı haline gelmesi gerektiğine vurgu yapmıştır.²⁴⁴

3.2.3. Haysiyetsiz Hayat Kusura Dayanmalıdır

TMK 163 kapsamında haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmanın kusur ilkesini esas alan bir boşanma sebebi olduğundan bahsetmiştik. Haysiyetsiz hayat süren eşin bu hayatı sürdürmek yönünde bir kusuru yoksa, bu ihtimalde artık TMK 163 kapsamında bir boşanma kararı verilemez. Örneğin, ayırtım gücü bulunmayan bir

²⁴¹ Feyzioğlu s.308. Benzer yönde bkz. Karabulut s.38.

²⁴² Y. 2. H.D., E. 2011/22536, K. 2012/17686, T. 26/06/2012 www.kazanci.com.tr. e.t. 19/02/2021.

²⁴³ Y. 2. H.D., E. 2011/1829, K. 2011/23825, T. 28/12/2011 www.kazanci.com.tr. e.t. 19/02/2021.

²⁴⁴ Köseoğlu/Kocaağa s.38.

eş, iradesi dışında başka insanların zorlamasıyla sürekli kumar masasına oturtuluyorsa ya da yine ayırtım gücü bulunmayan bir eşe iradesi dışında üçüncü kişilerce düzenli olarak alkol verilip eş sarhoş edilmeye çalışıyorsa, burada eş haysiyetsiz hayat sürme yönünde atfedilebilecek bir kusur bulunmadığından TMK 163 kapsamında boşanmaya hükmedilemeyecektir.²⁴⁵ Bu noktada kusur, kast olarak tezahür etmelidir.²⁴⁶

3.2.4. Haysiyetsiz Hayatın Evlenmeden Sonra Sürdürülmesi Gerekliliği

Haysiyetsiz hayat stilinin hangi zaman diliminde var olması gerektiğine ilişkin öğretide farklı görüşler öne sürülmüştür.

Bu hususta ortaya konan ilk görüşe göre; haysiyetsiz hayat, evlenmenin gerçekleştiği tarihten sonraki bir tarihte başlayıp devam etmeli ve bir yaşam tarzı halini almalıdır. Bu ihtimalde haysiyetsiz hayat sürme hali evlenmeden önce mevcutsa bu ancak bir butlan sebebi olarak değerlendirilmelidir.²⁴⁷

Öğretide ortaya konan ikinci görüşe göre ise; haysiyetsiz hayat stili, hem evlilik öncesindeki safhada hem de evlenmeden sonraki dönemde mevcut olabilir. Burada önem arz eden nokta, haysiyetsiz hayat stilinin evliliğin başladığı andan sonraki döneme sirayet etmesi, sonraki dönemde sürdürülmesidir.²⁴⁸ Evlenmeden önce var olan haysiyetsiz hayat tarzına evlenmeden sonra son verilmişse burada artık aldatma hükümleri uygulanabilecektir ya da TMK 166 hükmüne dayalı bir boşanma davası ikame edilebilir.²⁴⁹

Öztan tarafından ortaya konan bir fikre göre; diğer eşin, evlilik öncesindeki safhada eşinin haysiyetsiz yaşam stilinin varlığından haberdar olması, TMK 163 hükmüne dayalı boşanma davası açılması yönünden bir önem arz etmemektedir.²⁵⁰ Ancak eşin evlenme akdine, haysiyetsiz yaşam olgusunu bilerek ve bunu adeta kabullenerek imza atması bir noktada bu davranışları affedip kabullenerek kendisi açısından evlilik birliğinin devamını zedeleyici bir durum oluşturmadığını beyan ettiği anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu ihtimalde nisbi boşanma sebebinin çekilmezlik şartı gerçekleşmeyeceğinden boşanma kararı verilmemelidir.²⁵¹

²⁴⁵ Gençcan s.319; Karabulut s.39.

²⁴⁶ Öztürk s.93.

²⁴⁷ Saymen/Elbir s.249; Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.253.

²⁴⁸ Egger s.167; Feyzioğlu s.309; Dural/Öğüz/Gümüş s.112; Velidedeoğlu s.194.

²⁴⁹ Feyzioğlu s.309. Benzer yönde bkz. Ersöz, (Boşanma) s.127.

²⁵⁰ Öztan, (Aile) s.665.

²⁵¹ Ersöz, (Boşanma) s.127.

3.2.5. Haysiyetsiz Hayatın Varlığı Nedeniyle Ortak Hayat Çekilmez Hale Gelmiş Olmalıdır

TMK 163 hükmünde düzenlenen haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmanın gerek 743 sayılı MK döneminde gerekse 4721 sayılı TMK döneminde nisbi bir boşanma sebebi olduğuna vurgu yapmıştık. Bu husus Yargıtay kararlarında da vurgulanmıştır. Yüksek mahkemece verilen bir kararda “*Türk Medeni Kanunu’nun 163. maddesi gereğince ister küçük düşürücü suç işlenmiş olsun, ister haysiyetsiz hayat sürülmüş olsun boşanmaya hükmolunması için bu durumların diğer eş için birlikte yaşamayı çekilmez hale getirmesi zorunlu olacak bu hususun kanıtlanması gerekecektir. O halde mahkemece yapılacak iş bu konuda taraf delillerini sorup, gösterdikleri takdirde toplamak, sonucuna göre bir karar vermekten ibarettir.*”²⁵² İfadelerine yer verilerek çekilmezlik şartının mutlak olarak aranması gerektiğine hükmedilmiştir.

Hakim, haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı açılmış bir boşanma davasında, haysiyetsiz hayat sürme olgusunun var olup olmadığını irdelemeli, buna ek olarak nisbilik prensibinin sonucunda bu durumun varlığının ortak hayatı diğer eş için çekilmez kılıp kılmadığını da TMK 4 hükmündeki takdir yetkisi doğrultusunda değerlendirmelidir. Bu değerlendirme, kişilerin sosyal statülerine, yaşadıkları çevreye, şahsi durumlarına göre yapılacaktır.²⁵³

Dava açan eşin kendisi de diğer eş gibi haysiyetsiz hayat sürdürmekteyse, evliliğin kendisi için çekilmez hale geldiği olgusu ileri sürülemeyeceğinden boşanmaya hükmedilemez. Örneğin, eşlerden biri alkol, diğeri uyuşturucu bağımlısıysa ya da eşlerden biri kumarbazsa diğeri de sürekli olarak karşı cinsle ahlaka mugayir ilişki içerisindeyse burada her iki eş de haysiyetsiz hayat sürmekte olduğundan ve buna dayalı olarak çekilmezliği ileri süremeyeceklerinden boşanmaya hükmedilemez.²⁵⁴ Ek olarak her iki eşin şerefe ve haysiyete aykırı bir işi birlikte icra etmeleri de sonuca etkili değildir. Örneğin, eşler birlikte yasadışı alkol ticareti yapmakta iseler yine çekilmezlik şartını ileri sürebilmeleri olanaklı değildir.²⁵⁵

²⁵² Y. 2. H.D., E. 2003/2300, K. 2003/3448 T. 13/03/2003 www.legalbank.net. e.t. 24/02/2021.

²⁵³ Köprülü/Kaneti s.164; Karabulut s.43.

²⁵⁴ Kırmızı s.68-69.

²⁵⁵ Gençcan s.320.

3.3. Dava Hakkının Ortadan Kalkması

3.3.1. Uzun Süre Geçtikten Sonra Dava Açılması

TMK 163 hükmüne dayalı açılacak davalar yönünden öğretide, dava hakkını ortadan kaldıran çeşitli sebepler öngörülmüştür. Her şeyden önce haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı boşanma davası ikame edilebilmesi için kanunda herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Dolayısıyla dava, süreye bağlı olmadan her zaman açılabilir.²⁵⁶

Eşin haysiyetsiz hayat sürme davranışlarının son bulması sonrasında diğer eş, makul kabul edilebilecek bir süreden çok daha uzun süre sonra boşanma davası ikame etmişse bu durum artık affa karine teşkil edeceğinden, ek olarak zaten ortada güncel bir haysiyetsiz hayat sürme davranışı da mevcut olmadığından dava açma hakkı ortadan kalkacaktır. Örneğin eş, eskiden uyuşturucu bağımlısıyken bu alışkanlığını bırakmış, diğer eş de alışkanlık bırakıldıktan çok uzun bir süre sonra dava açmışsa burada artık davanın kabul edilmemesi gerekecektir.²⁵⁷

3.3.2. Eşin Duruma Müsamaha Göstermesi

Af kavramı, çoğunlukla kamu hukuku alanında uygulama alanı bulsa da özel hukukta genelde boşanma ve miras hukuku alanlarında uygulanır. Özellikle TMK 161 ve 162. maddelerinde düzenlenmiş olan boşanma sebeplerinde af doğrudan düzenlenmiştir. Af, belli bir durumun sonucunda bir hakkın kullanılmayacağını bildiren bir irade beyanıdır.²⁵⁸ Af beyanı açık olarak ya da zımnen gerçekleştirilebilir. Örneğin, haysiyetsiz hayat süren eşe karşı doğrudan af beyanında bulunulması açık şekilde yapılan affa örnek teşkil eder. Diğer yönden haysiyetsiz hayat süren eş hiçbir tepki gösterilmeden aynı sıcaklıkla yaklaşılması da zımni affa örnek teşkil edecektir.

TMK 163 hükmünde affa doğrudan bir sonuç bağlanmamış olsa da doktrinde, affeden eşin boşanma davası açamayacağı görüşü hakimdir. Eşin, haysiyetsiz hayata meyilli olan diğer eş i sırf kendisine maddi çıkar sağlamak amacıyla ahlaka aykırı işlere, kumara ya da uyuşturucu ticaretine yönlendirmesi halinde açacağı dava çekilmezlik şartının yokluğu sebebine dayalı olarak reddedilmelidir.²⁵⁹

²⁵⁶ Zeytin/Ergün s.202.

²⁵⁷ Öztan, (Aile) s.666; Benzer yönde bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.935.

²⁵⁸ Hasan Dursun, “Af Kavramına Genel Bir Bakış”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:85, (2009), s.373.

²⁵⁹ Schwarz s.148; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.935; Öztan, (Aile) s.666; Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.254.

3.4. Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanmanın Diğer Boşanma Sebepleriyle İlişkisi

3.4.1 Zina Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Zina, kusura dayalı, özel ve mutlak boşanma sebebi iken haysiyetsiz hayat sürme kusura dayalı, özel ve nisbi boşanma sebebidir. Yine zina sebebine dayalı boşanma davası eşin zina fiilini öğrenmesinden itibaren 6 ay ve her halde fiilin üzerinden 5 yıllık sürelerle tabi iken haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davası herhangi bir hak düşürücü süreye bağlanmamıştır.²⁶⁰

Haysiyetsiz hayat sürme, eşin genel toplumsal ve ahlaki normlara aykırı davranışlarından kaynaklanırken zina, eşin bir başka bireyle cinsel münasebette bulunmasından kaynaklanır. Bu noktada, eşin birden fazla defa tekrarlanan ve artık bir yaşam stili haline gelmiş cinsel ilişki fiilleri aynı zamanda haysiyetsiz hayat sürme kavramı altında da değerlendirilebilir. Özellikle fiilin tam olarak zinayı karşılayıp karşılamadığı konusunda tereddüt varsa hem zina hem de haysiyetsiz hayat sürme aynı dava dilekçesinde birlikte gösterilebilir. Ek olarak TMK 166 hükmündeki genel sebebe de dayanılabilir.²⁶¹ Örneğin, eşin diğer bir kişiyle cinsel ilişki seviyesine varmayan ancak devamlılık arz eden flörtü, öpüşme vs. fiilleri zina kavramında değerlendirilemese de haysiyetsiz hayat sürme olarak değerlendirilebilir.²⁶²

Boşanma davası birden fazla boşanma sebebine dayalı olarak açılmışsa, örneğin hem zina hem haysiyetsiz hayat sürme hem de evlilik birliğinin sarsılması sebepleri dilekçede gösterilmişse aile hakimi, tarafların ileri sürdüğü her bir boşanma sebebi hakkında ayrı ayrı hüküm kurmakla yükümlüdür.²⁶³

3.4.2. Hayata Kast ve Pek Kötü veya Onur Kırıcı Davranış Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

TMK 162 ve TMK 163 hükümleri açısından asıl fark, fiilin yöneldiği şahıs yönünden kendini gösterir. TMK 162 hükmünde gösterilen her bir fiilin boşanma sebebi olabilmesi için fiil bizzat diğer eşin şahsına yönelmelidir. Oysa haysiyetsiz hayat sürme davranışlarında bizzat diğer eşin vücut bütünlüğüne ya da onur ve şerefine

²⁶⁰ Ersöz, (Boşanma) s.135.

²⁶¹ İsmail Dede, “Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 3, (2017), s.655.

²⁶² Ersöz, (Boşanma) s.136.

²⁶³ Gençcan s.322.

yönelmiş bir fiil yoktur. Bundan dolayıdır ki; kanun koyucu TMK 162 hükmünde düzenlenen sebepleri çekilmezlik şartından bağışık tutarak mutlak boşanma sebebi olarak düzenlemişken, haysiyetsiz hayat sürme, diğer eşin şahsına yönelmediğinden nisbi boşanma sebebi olarak kodifike edilmiştir.²⁶⁴

Hem TMK 162’de gösterilen sebepler hem de haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma aynı dilekçede gösterilebilir. Bu durumda hakim, her bir sebep hakkında ayrı ayrı hüküm kurmak zorundadır.²⁶⁵

TMK 162 hükmü, özel, mutlak ve kusur prensibini esas alan boşanma sebeplerini içerirken, haysiyetsiz hayat sürme, özel, nisbi ve kusur ilkesini benimseyen boşanma sebebidir. TMK 162 hükmünde yer alan boşanma sebepleri, fiilin öğrenilmesinden itibaren 6 ay ve her halde fiilin üzerinden 5 yıllık sürelerle bağlanmışken haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle açılacak boşanma davası herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir.²⁶⁶

3.4.3. Küçük Düşürücü Suç İşleme Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Aynı maddede yer alan küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, özel, nisbi ve kusur ilkesini esas alan boşanma sebepleridir. Her iki boşanma sebebi açısından da kanunda herhangi bir hak düşürücü süre öngörülmemiş olduğundan dava her zaman açılabilir. Küçük düşürücü suç işleme, eşin diğer eşten başka kişilere karşı işlediği küçük düşürücü nitelikteki suçları temel alırken, haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, eşin genel ahlaka mugayir olan ve devamlılık arz eden yaşantısını konu alır. Her iki boşanma sebebi açısından da eşin affedilmesi veya durumun üzerinden uzun süre geçtikten sonra dava açılması dava hakkını düşüren sebeplerdir.²⁶⁷

Hem küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma, hem haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma birbirinden farklı boşanma sebepleri olduklarından dava dilekçesinde ayrı ayrı olarak gösterilebilirler. Bu durumda her ne kadar iki sebep de TMK 163 hükmünde düzenlenmiş olsa da aile hâkimi her iki boşanma sebebi açısından ayrı ayrı hüküm kurmak zorundadır.²⁶⁸

²⁶⁴ Yalçınkaya/Kaleli s.723.

²⁶⁵ Gençcan s.322.

²⁶⁶ Ersöz, (Boşanma) s.136.

²⁶⁷ Kırmızı s.68.

²⁶⁸ Gençcan s.323.

3.4.4. Terk Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Terk; özel, mutlak ve kusur ilkesini esas alan bir boşanma sebebiyken haysiyetsiz hayat sürme, özel, nisbi boşanma sebebidir ve kusur prensibini esas alır. Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmada af beyanına sonuç bağlandığından, terk ile ilişkisinde özel bir durum kendini gösterir. Şöyle ki; haysiyetsiz hayat sürme fiillerine rağmen diğer eş terk hükmü doğrultusunda bir ihtarda bulunmuşsa bu durum, ihtardan önceki tüm fiilleri af anlamına gelecektir. Dolayısıyla ihtarın sonucunda, önceden gerçekleşmiş haysiyetsiz hayat sürme davranışları da affedilmiş sayılacağından terk ve haysiyetsiz hayat sürme, doğaları gereği bir arada bulunamayacak boşanma sebepleridir.²⁶⁹

3.4.5. Akıl Hastalığı Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Akıl hastalığı sebebiyle boşanma, elverişsizlik prensibini esas alan, özel ve nisbi bir boşanma sebebiyken haysiyetsiz hayat sürme kusura dayalı, nisbi ve özel bir boşanma sebebidir. Akıl hastalığı sebebiyle boşanma ile haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma bir arada bulunamaz. Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, kusur ilkesini temel aldığından haysiyetsiz hayata yönelik davranışların bütününe kasten gerçekleşmesi koşulu aranır. Örneğin, kendi rızası dışında sürekli sarhoş edilen birinin haysiyetsiz hayat sürdüğü iddiasında bulunulamaz. Akıl hastalarının temyiz kudretleri bulunmadığından, fiilleri de kasten gerçekleşmeyeceğinden kusurun yokluğu sebebiyle, kendilerine karşı haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma davası ikame edilemez.²⁷⁰

3.4.6. Evlilik Birliğinin Sarsılması Sebebiyle Boşanma ile İlişkisi

Bu konuya ve derdest bir boşanma davasında ne şekilde bağlantı kurulacağına, suç işleme sebebiyle boşanma ile ilişkisini açıklarken yukarıda ayrıntılı olarak değinmiştik. Dolayısıyla burada sadece haysiyetsiz hayat sürme ile olan bağlantılarına değinmekle yetiniyoruz.²⁷¹

²⁶⁹ Ersöz, (Boşanma) s.139.

²⁷⁰ Gençcan s.324.

²⁷¹ Bkz. s.53 vd.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması, temelden sarsılma prensibini esas alan, genel ve nisbi bir boşanma sebebiyken haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma, kusur ilkesini esas alan, özel ve nisbi boşanma sebebidir.²⁷²

TMK 166/1 hükmüne dayalı bir davada boşanmaya konu olaylar kural olarak evlilik birliğinin kurulmasından sonra gerçekleşmelidir. Ancak nişanlılık döneminde gerçekleşen bir olay, evliliğin kurulmasından sonraki safhaya da sirayet ediyorsa, bu noktada yine davaya konu olabilir. Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmada da davaya konu davranışlar ister evlilik öncesinde ister evlilik sonrasında başlasın, ahlaka mugayir yaşam stili evlilik sonrasında devam ediyorsa, TMK 163 uyarınca boşanma davasına konu olabilecektir. Gerek evlilik birliğinin sarsılması gerekse haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma için 4721 sayılı TMK'nın 163 ve 166. maddelerinde bir hak düşürücü süre öngörülmemiştir. Evlilik birliğinin sarsılmasının genel boşanma sebebi olmasının doğal sonucu olarak, davaya konu olabilecek fiil ya da davranışlar kanun koyucu tarafından önceden belirlenmiş değildir. Oysa haysiyetsiz hayat sürme nedeniyle boşanmada, boşanmaya konu durum, eşin toplum normlarına aykırı yaşamıdır.²⁷³

Ek olarak haysiyetsiz hayat sürme sebebine dayalı açılmış bir boşanma davasında HMK hükümleri doğrultusunda ıslah yapılarak anlaşmalı boşanma yoluna gidilebilir. Yargıtay uygulaması da bu yöndedir.²⁷⁴

²⁷² Ersöz, (Boşanma) s.133.

²⁷³ Dural/Öğüz/Gümüş s.118 vd.; Ersöz, (Boşanma) s.133 vd.; Öztan, (Aile) s.680.

²⁷⁴ Gençcan s.330.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASINDA USUL KURALLARI VE BOŞANMANIN SONUÇLARI

1. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMA DAVASINDA USUL KURALLARI

1.1 Boşanma Davasının Konusu

Boşanma sebeplerinin gerçekleşmesi sonucunda eğer ki eş, boşanma sonucuna ulaşmak istiyorsa açılacak olan dava pek tabii ki boşanma davasıdır. Boşanma davası, davaların sınıflandırılması yönünden bozucu yenilik doğuran dava statüsündedir.²⁷⁵

Davanın konusu, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 167. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre; “*Boşanma davası açmaya hakkı olan eş, dilerse boşanma, dilerse ayrılık isteyebilir.*”

Kanun hükmünde de belirtildiği üzere, kanunda öngörölmüş boşanma sebeplerinin en ağırlarından biri olarak nitelendirebileceğimiz zina mevcut olsa bile, eşin dava dilekçesinde ayrılık yerine boşanma talep etmesi gibi bir zaruret bulunmaz. Bu noktada diğere eş, boşanma sebebinin var olduğunu, bu nedenle ayrılığa hükmedilmemesi gerektiğini savunmak suretiyle davacı eşin ayrılık talebini geçersiz kılamayacaktır.²⁷⁶

1.2. Ayrılık ve Boşanma Kavramlarının İlişkisi ve Mahiyeti

Ayrılık kavramının kökleri Katolik hukukuna dayanır. O dönemde Katolik Hristiyanlarda, İsa'nın “*Tanrı'nın birleştirdiğini insan ayıramaz.*” Sözlerinin katı şekilde yorumu sonucunda doğan boşanma yasağının bir yansıması olarak bu durumu az da olsa gevşetebilmek adına ayrılık kavramı düzenlenmişti.²⁷⁷ İşte köklerini Katolik hukukundan alan bu kavram, günümüzde benzer şekilde Kıta Avrupası hukuklarında uygulanmaktadır. Türk hukukunda da ayrılık, TMK 170 vd. hükümlerinde düzenlenmiştir.

²⁷⁵ Hasan Erman, Medeni Hukuk Dersleri Başlangıç Bölümü, (İstanbul: Der Yayınları, 2010) s.100; Kemal Oğuzman, Nami Barlas, Medeni Hukuk, B. 18, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012) s.320; Turhan Esener, Hukuka Giriş, B. 10, (İstanbul: Alkım Yayınevi, 2012) s.169.

²⁷⁶ Berki s.151-152.

²⁷⁷ Cin s.16 vd.

TMK 170'e 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.”*

TMK hükümleri çerçevesinde hususi olarak ayrılık sebepleri düzenlenmiş olmadığından kanunun TMK 161 ile 166 hükümleri arasında düzenlenmiş boşanma sebepleri aynı zamanda ayrılık sebepleri olarak nitelendirilebilir. Bu noktada ister özel ister genel ya da ister mutlak ister nisbi boşanma sebepleri açısından hiçbir fark gözetilmeksizin dava dilekçesinde boşanma yerine ayrılık talep edilebilir.²⁷⁸

Ayrılık talebiyle açılmış bir davada aile hakimi, HMK 26'da düzenlenmiş olan taleple bağıllık ilkesi doğrultusunda boşanmaya hükmedemez. Burada kanun koyucu, konuya biraz da aile birliğinin korunması fikri doğrultusunda yaklaşmıştır. Diğer yönden dava dilekçesindeki talep boşanmaya ilişkinse, aile hakimi TMK 170/2 hükmü çerçevesinde talep boşanmaysa yönelik olsa bile *“ortak hayatın yeniden kurulabilmesi”* olasılığı görmekteyse boşanma yerine ayrılığa hükmedebilir. Burada taleple bağıllık ilkesinin net bir istisnasını görmekteyiz.²⁷⁹

Bu noktada tez konumuz olan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma açısından konuya yaklaşacak olursak; TMK'da gösterilmiş boşanma sebeplerinin her biri aynı zamanda ayrılık sebebi de olduğundan gerek suç işleme gerekse haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle açılmış bir davada davacı, boşanma yerine ayrılığa hükmedilmesini talep edebilir. Yine davacı, dava dilekçesinde boşanma talep etse dahi hakim, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı görürse boşanma yerine 1 ila 3 yıllık sürelerle sınırlı olarak ayrılık kararı da verebilir. Örneğin, sürekli alkol alıp eve sarhoş gelen (yani haysiyetsiz hayat süren) bir eş, davanın açıldığı sıralarda AMATEM'e bu bağımlılıktan kurtulmak amaçlı kaydolmuşsa ve rehabilitasyonunu aksatmadan gerçekleştiriyorsa hakim, evlilik birliğinin yeniden inşa edilebileceği izlenimi doğrultusunda ayrılık kararı verebilir.²⁸⁰

²⁷⁸ Berki s.149.

²⁷⁹ Berki s.152; Y. 2. H.D., E. 2012/5935, K. 2012/25503 T. 22/10/2012 *“Mahkemece, davalının sorunlarını çözebilecekleri konusundaki yoğun ısrarı konusundaki beyanlarına itibar edilerek, Türk Medeni Kanun'un 170 ve 171. maddeleri uyarınca tarafların bir yıl süre ile ayrılıklarına karar verilmiştir. Ayrılığa karar verilebilmesi için, ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının mevcut olması, bu hususun ciddi ve kabul edilebilir delillerle kanıtlanmış ve gerçekleşmeye yakın bir olasılıkta olması gerekir. Ortak hayatın yeniden kurulması olasılığı sağlam ve ciddi delil ve olgulara dayandırılmalıdır. Barışma ihtimali mümkün olmayan hallerde ayrılığa karar verilemez”* www.kazanci.com.tr e.t. 20/03/2021.

²⁸⁰ Berki s.146 vd.

Kanun koyucu ayrılık kurumunu süreye bağılı olarak düzenlemiştir. Buna göre, TMK 171 doğrultusunda asgari 1 yıl azami 3 yıl süreyle ayrılığa hükmedilebilecektir. Ayrılık süresi, özellikle eşlerin sosyal durumlarına, ruh yapılarına, yaşanan olayların ağırlığına göre takdir edilmelidir. Doktrinde, hâkimin ekstra bir durum olmadıkça 1 yıllık asgari süreye hükmetmesi gerektiği savunulmaktadır.²⁸¹ Biz de kanunda düzenlenmiş olan 3 yıllık azami sürenin çok fazla olduğu görüşüne katılmaktayız.

Ayrılık kararı üzerine yargıç, gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür. Bunlara ek olarak ayrılık süresince eşlerin aynı çatı altında ikamet etme gibi bir yükümlülükleri bulunmaz. Yine ayrılık hükmü bir boşanma hükmü sonucu doğurmayacağından eşlerden birinin vefatı halinde diğer eş mirasçı sıfatını haiz olabilir. Ayrılık sürecinde doğan çocuklar evlilik birliği içinde doğan çocuk olarak kabul edilirler. Evlilik birliği devam ettiğinden kadın, evlilik birliğinin kurulması sebebiyle aldığı soyadını taşımayı sürdürecektir. Bunlara ek olarak çocuğun velayeti eşlerden birine bırakılır. Böylece velayet kendisine bırakılan eş, iştirak nafakası talep etme hakkına sahiptir.²⁸²

Son olarak belirtmek gerekir ki, aile hakiminin takdir ettiği ayrılık süresinin sonunda iki ihtimal meydana gelebilir. İlk olarak ayrılıktan kanun koyucunun murat ettiği sonuç gerçekleşerek eşler bir araya gelmiş olabilirler. Böylece evlilik bütün hüküm ve sonuçları ile devam eder. Bir araya gelme sürekli bir şekilde meydana gelmelidir. Örneğin, eşlerin bir pastanede oturup konuşması ya da bir parkta yürüyüş yapıp sohbet etmeleri barışmanın gerçekleştiğine delalet etmez.²⁸³

Diğer ihtimalde eşler, hakimin takdir ettiği müddet çerçevesinde ortak hayatı inşa edememişlerse artık bu ihtimalde boşanma davası gündeme gelecektir.²⁸⁴ Bu noktada önem arz eden husus, ayrılık süresinin sonunda boşanma davasını kusurlu eşin dahi açabilmesidir. Diğer bir deyişle ayrılık süresi sonrasında ortak hayat yeniden inşa edilememişse, boşanma davasını ayrılık kararı verilen davayı ikame eden eşin açması gibi bir zorunluluk yoktur.²⁸⁵

Sonuç olarak davacı eş, dava dilekçesinde boşanma talep etmişse ve hakim, TMK 170/3 doğrultusunda ortak hayatın yeniden kurulması olasılığının bulunmadığı kanaatindeyse, artık ayrılık değil boşanma kavramı gündeme gelecek ve boşanma davasının usul ve esasları uygulama alanı bulacaktır. Bu noktada 4787 sayılı kanunun

²⁸¹ Hüseyin Hatemi, Aile Hukuku, B. 8 (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020) s.128 (Aile).

²⁸² Berki s.148-149.

²⁸³ Tekinay s.246.

²⁸⁴ Öztan, (Aile) s.711.

²⁸⁵ Öztürk s.205. Benzer yönde bkz. Tekinay s.246.

7. maddesinde “*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.*” Hükmü yer almaktadır. Böylelikle henüz dosya kapsamında esasa geçilmeden, aile hakimine, tarafları uzlaşma yoluyla sulhe davet etme yükümlülüğü getirilmiştir. Burada güdülen gaye, esasa geçilmemesi değil en azından küçük bir ihtimal dahi varsa durumun sulh yoluyla çözülmesini sağlayabilmektir. Her ihtimalde en kötü sulh en iyi davadan iyidir. Doktrinde, sulh yoluna özellikle TMK 161,162 ve 163 maddelerine dayalı boşanma talepleri yönünden başvurulmaması gerektiği vurgulanmaktadır.²⁸⁶

1.2 Boşanma Davasında Taraflar ve Dava Ehliyeti

Boşanma davalarında davanın tarafları pek tabii ki eşlerdir. Boşanma davalarının şahsa bağlı niteliğinin bir yansıması olarak dava, eşler dışındaki şahıslarca açılmayacağı gibi butlan davasından farklı olarak Cumhuriyet savcısı da eşler adına kamu düzenini korumak adına bir boşanma davası ikame edemez.²⁸⁷

İlk olarak davanın davacısı, özel boşanma sebepleri yönünden boşanma sebebinin meydana gelmesinde etkisi olmayan eştir. Örneğin, eşin üçüncü bir kişiye karşı suç işlemesi ya da haysiyetsiz bir hayatı sürdürüyor olması sebebiyle açılacak boşanma davasında davanın davacısı, suç işlemeyen ya da haysiyetsiz bir hayat sürdürmeyen diğer eştir. Genel boşanma sebepleri açısından eşlerin her biri kusura bakılmaksızın davacı olabilse de TMK 166/2 doğrultusunda kusuru daha az olan eş, kusuru çok olan eşin açtığı davaya itiraz edebilme hakkına sahiptir. Anlaşmalı boşanma, fiili ayrılık ya da hakimin ayrılık hükmünde verdiği süre sonrasında açılacak boşanma davalarında her iki eşin de davacı olabilmesi mümkündür. Davalı ise, özel boşanma sebepleri açısından boşanma sebebini meydana getirmiş olan eş iken genel boşanma sebepleri açısından kusur oranı daha fazla olan eştir.²⁸⁸

Dava ehliyeti açısından inceleyecek olursak öncelikle boşanma davası ikame etme hakkı münhasıran şahsa bağlı hak statüsündedir. Bu nedenle bu hakkın kişi adına

²⁸⁶ Öztan, (Aile) s.718-719.

²⁸⁷ Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.277.

²⁸⁸ Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.277; Köprülü/Kaneti s.182.

üçüncü kişilerce kullanılması mümkün kabul edilmemektedir. Boşanma davası ikame etme hakkının münhasıran şahsa bağlılık niteliğinin yansıması olarak bu hak, vefat sonrasında mirasçılara intikal edemez. Ancak bu noktada TMK 181/2 hükmü uyarınca ölen eşin mirasçıları, boşanma davasını miras haklarını korumak açısından takip edebileceklerdir.²⁸⁹

Medeni hukuk bağlamında fiil ehliyetini haiz olan bir kişinin dava ehliyeti de vardır.²⁹⁰ Tam ehliyetli kişiler, tartışmasız olarak boşanma davasını tek başlarına açabileceklerdir. Sınırlı ehliyetsizler, haklarını kullanabilmek açısından kural olarak yasal temsilci iznine muhtaç olsalar da TMK 16 hükmünde münhasıran şahsa bağlı haklar yönünden bir istisna getirilmiş olduğundan boşanma davasını tek başlarına ikame edebilirler. Tam ehliyetsizler yönünden ise boşanma davasında dava ehliyeti her zaman bir tartışma konusu olmuştur. TMK 15 doğrultusunda kural olarak tam ehliyetsizlerin fiilleri hukuki sonuç doğurmaz. Tam ehliyetsiz bir kişi bizzat dava açamayacağı gibi, münhasıran şahsa bağlı haklar yönünden temsile de cevaz verilmediğinden temsilcilerce de bir dava açamaz. Ancak evli olan tam ehliyetsizlerin gerek kendilerine gerekse kendi hesaplarına temsilcilerine dava hakkı tanınmaması çeşitli problemlere yol açabilir. Örnek olarak, bir tam ehliyetsiz, eşinden sürekli fiziki şiddet görebilir ya da tam ehliyetsiz olması sebebiyle durumun sonuçlarını anlayamayacak kişilerin eşleri, diğer boşanma sebeplerini gerçekleştirebilir. İşte bu gibi sakıncaları önlemek amacıyla istisna olarak ve bilhassa boşanma hukuku yönünden tam ehliyetsizlerin temsilcilerine, temsil olunan adına boşanma davası ikame etme yetkisinin verilmesi gerektiği öğretide mutlak şekilde savunulmaktadır.²⁹¹ Biz de öğretideki mutlak görüşü destekliyoruz. Aile kavramı, diğer bütün özel hukuk ilişkilerinden farklı bir statü taşıdığından genel kurallardan farklı istisnalara sahip olması da doğaldır.

Dural/Öğüz/Gümüş ise, tam ehliyetsizler açısından boşanma sebeplerinin her biri açısından ayırım yapılması gerektiğini savunarak, özellikle TMK 161 ve TMK 162 hükümlerindeki mutlak nitelikli sebepler gibi kişi onurunu alakadar eden boşanma sebepleri açısından tam ehliyetsizin temsilcisinin dava açabilmesi gerektiğini belirterek, kişi onurunu ilgilendirmeyen boşanma sebepleri yönünden daha farklı yorumların yapılması gerektiğini savunmaktadır. Bütün bunlara ek olarak boşanma

²⁸⁹ Dural/Öğüz/Gümüş s.130.

²⁹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes s.184.

²⁹¹ Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.278; Saymen/Elbir s.259; Köprülü/Kaneti s.182; Erdem s.153.

davası açmaya karar veren eşin, davada kendisini bir vekil aracılığıyla temsil ettirmesi açısından hiçbir sakınca yoktur. Önemli olan, eşin hür iradesi sonucu dava açma kararına ulaşmasıdır.²⁹²

1.3. Görevli ve Yetkili Mahkeme

Usul hukuku kavramı olarak karşımıza çıkan görev kavramı, bir davanın konusuna göre o davaya hangi mahkemenin bakacağını belirler. 6100 sayılı HMK 1. maddesine göre “*Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir.*” Böylece hakim, görevi re’sen nazara almakla yükümlüdür. Buna ek olarak yetki ise görevli mahkeme belirlendikten sonra HMK’da ve diğer kanunlarda gösterilen yetki kuralları çerçevesinde o davaya coğrafi olarak hangi yer mahkemesinin bakacağı ile ilgilidir.²⁹³

1.3.1. Görevli Mahkeme

4782 sayılı kanunun 2. maddesi uyarınca “*Aile mahkemeleri, Adalet Bakanlığınca Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun olumlu görüşü alınarak her ilde ve merkez nüfusu yüz binin üzerindeki her ilçede, tek hâkimli ve asliye mahkemesi derecesinde olmak üzere kurulur. Aile mahkemelerinin yargı çevresi, kurulduğu il ve ilçenin mülkî sınırlarıyla belirlenir. Ancak yargı çevresi, Adalet Bakanlığının teklifi üzerine Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca değiştirilebilir. Gerektiğinde birinci fıkradaki usule göre bir yerdeki aile mahkemesinin birden çok dairesi kurulabilir. Bu durumda daireler numaralandırılır. Aile mahkemesi kurulamayan yerlerde bu kanun kapsamına giren dava ve işlere, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemesince bakılır.*”

Böylelikle boşanma davaları açısından görevli mahkeme aile mahkemeleri, aile mahkemeleri kurulmayan bölgelerde ise asliye hukuk mahkemeleridir. Özellikle gerek anayasal gerekse yasal düzeyde vurgulanan ailenin önemi doğrultusunda, aile mahkemesi adı altında ihtisas mahkemelerinin kurulması ve kanunun ikinci maddesi doğrultusunda aile hakimlerinin evli, çocuklu ve 30 yaşını doldurmuş kişilerden seçilmesi yerinde düzenlemeler olmuştur.²⁹⁴

²⁹² Dural/Öğüz/Gümüş s.131-132.

²⁹³ Ayrıntılı bilgi için bkz. M. Serhat Sarıözen, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukumıza Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:96, (2011) s.339 vd.

²⁹⁴ İbrahim Cılca, “Aile Mahkemeleri Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme”, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Cilt:5, Sayı:5, (2002) s.5; Çağlar Özel, Erol Tatar, “Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Kararları

1.3.2. Yetkili Mahkeme

TMK 168 hükmüne göre “Boşanma veya ayrılık davalarında yetkili mahkeme, eşlerden birinin yerleşim yeri veya davadan önce son defa altı aydan beri birlikte oturdukları yer mahkemesidir.” TMK 168 doğrultusunda eşlerin yerleşim yerleri birbirinden farklı olduğu ihtimalde eşlerden her biri, davayı kendi yerleşim yeri mahkemesinde de ikame edebilecektir. TMK 168 hükmü emredici bir hukuk normu olduğundan, taraflarca aksi kararlaştırılamaz. Böylelikle TMK 161 ila 166 maddelerinde belirtilen hangi boşanma sebebine dayanılırsa dayanılsın TMK 168 hükmündeki yetki hükmü tüm sebepler açısından ortak olarak uygulanır.²⁹⁵

Yetki kavramı, HMK hükümleri çerçevesinde ilk itiraz statüsündedir. İlk itirazlar yargılamanın ilk aşamalarında gündeme getirilmezlerse sonraki aşamalarda kesinlikle ileri sürülemezler ve aile hakimi tarafından da dava devam ederken re’sen nazara alınamazlar. Böylelikle yetkisiz yerde açılmış bir boşanma davasında davalı, ilk itiraz olarak yetki itirazında bulunmazsa, yetkisiz yer mahkemesinde açılabilir ilk itiraz mevcut olmadığından dava o mahkemede görülür.²⁹⁶

1.4. Yargılama Usulü Kuralları

Kural olarak özel hukuk davalarında uygulanacak usul kuralları 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda düzenlenmiş olmalarına rağmen, özellikle belirli davalar kendilerine özgü nitelikleri ve korudukları hukuki değerler yönünden özel usul kurallarına tabi olabilirler. İşte boşanma davaları açısından da korunan hukuki değerler yönünden TMK 184 hükmünde özel usul kuralları düzenlenmiştir.

Üzerine Genel Bir Değerlendirme”, Sosyoekonomi, Cilt:7, Sayı:7 (2008) s.57; Y. 2. H.D., E. 2014/11284, K. 2015/2600 T. 24/02/2015 “Görev, kamu düzenine ilişkindir. Mahkemece yargılamanın her aşamasında kendiliğinden dikkate alınması gerekir. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunun, 5133 sayılı Kanunla değişik 4. maddesi; 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun ikinci kitabından üçüncü kısım hariç olmak üzere (m.118-395) kaynaklanan bütün davaların, aile mahkemeleri kurulan yerlerde bu mahkemelerce bakılacağını; aynı Yasanın 2. maddesi de, aile mahkemesi kurulmayan yerlerde bu kanun kapsamına giren dava ve işlerin asliye hukuk (aile) mahkemelerinde bakılacağını hükme bağlamıştır. Şu halde, Aile Mahkemesi kurulmayan yerlerde Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca belirlenen Asliye Hukuk Mahkemelerinde davanın Aile Mahkemesi sıfatı ile görülüp karara bağlanması gerekir. (H.G.K. 16.11.2005 tarih ve 2/673-617 sayılı kararı) Bu açıklama karşısında; davaya “Aile Mahkemesi” sıfatıyla bakılması gerekirken, bu husus düşünülmeden Asliye Hukuk Mahkemesi olarak yargılamaya devam edilip, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.” www.legalbank.net e.t.28/03/2021.

²⁹⁵ Öztan, (Aile) s.730.

²⁹⁶ Orhan Eroğlu, “Medeni Usul Hukuku’nda Davaya Cevap ve Cevap Dilekçesi Vermemenin Sonuçları”, Ankara Barosu Dergisi, Cilt:76, Sayı:2, (2018), s.35 vd.; Ejder Yılmaz, “Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler”, Journal Of Yaşar University, Cilt:8, Sayı: Özel, (2013) s.3185.

1.4.1 Vicdani Kanaat İlkesi

TMK 184/1 uyarınca “*Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe, bunları ispatlanmış sayamaz.*” Boşanma davalarının manevi niteliği de nazara alınarak hükümde, HMK’daki genel ilkelerden çok daha farklı bir ilkeye yer verilmiştir. Böylelikle dava içerisindeki bütün doneler belli bir olguya işaret etse dahi kanun koyucu burada hâkimin vicdani kanaatine bir sonuç bağlayarak ona geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.²⁹⁷ Burada davanın önemi açısından hâkime uydurma delillerle gelinmesi de önlenmek istenilmiştir.²⁹⁸

1.4.2. Yemine Yer Verilmemesi

HMK 229 hükmü uyarınca “*Yemin için davet edilen kimse, tayin edilen gün ve saatte mahkemede geçerli bir özürlü olmaksızın bizzat hazır bulunmaz yahut hazır bulunup da yemini iade etmez ya da yemini eda etmekten kaçınırsa yemin konusu vakıaları ikrar etmiş sayılır.*” Böylelikle görmekteyiz ki, HMK genel hükümleri çerçevesinde hakim, yemin teklif edebilir ve yemin edilmemesini ikrar olarak sayabilir.

TMK 184/2 hükmündeki özel usul düzenlemesine göre ise “*Hâkim, bu olgular hakkında gerek re’sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez.*” Böylece örneğin; küçük düşürücü suç işleme sebebiyle açılmış bir boşanma davasında hâkim, davalı eşe, hırsızlık suçunu işleyip işlemediğine dair yemin öneremez. Dolayısıyla yemin edilmemesi vakıanın zımni ikrarı da sayılamaz.²⁹⁹

1.4.3 İkrar

6100 sayılı HMK’nın 188. maddesine göre “*Tarafların veya vekillerinin mahkeme önünde ikrar ettikleri vakıalar, çekişmeli olmaktan çıkar ve ispatı gerekmez.*” HMK’daki genel prensipler ışığında ikrarın, ikrar eden şahsı bağlayıcılığı esastır.

TMK 184/3 hükmüne göre ise “*Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz.*” Hüküm doğrultusunda, boşanma davalarında tarafların dava esnasındaki ikrarları herhangi bir hukuki sonuç doğurmayacaktır. Örneğin, küçük

²⁹⁷ Kılıçoğlu, (Aile) s.156; Köprülü/Kaneti s.184.

²⁹⁸ Tekinay s.254.

²⁹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş s.133; Köprülü/Kaneti s.184; Tekinay s.254.

düşürücü suç işleme sebebine dayalı açılmış bir boşanma davasında davalının küçük düşürücü suçu bizzat işlediğine dair ikrarı hakimi bağlamaz. Yine başka bir örnek verecek olursak TMK 163 doğrultusunda haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle açılmış bir boşanma davasında, davalı eşin duruşma esnasında sürekli bir şekilde her gece kumarhanelerde kumar oynadığını ikrar etmesi sonucunda hâkim, ikrara dayalı bir hüküm kurmak zorunda değildir.³⁰⁰ Bu ilke ile kanun koyucunun ulaşmak istediği temel sonuç, özellikle muvazaalı ya da hileli boşanmalara engel olmaktır.³⁰¹

1.4.4. Hâkimin Delilleri Takdir Hakkı

TMK 184/4 uyarınca “*Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder.*” Böylelikle hakime deliller bağlamında uçsuz bucaksız bir değerlendirme yetkisi tanınarak sınırsız bir takdir hakkı getirilmiş olmaktadır.³⁰²

1.4.5 Fer’i Sonuçlara Yönelik Anlaşmaların Hâkim Onayına Tabi Olması

TMK 184/5 doğrultusunda “*Boşanma veya ayrılığın fer’i sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz.*”

Fer’i sonuçlar genel olarak çocukların durumu, çocukların velayeti ve boşanmanın mali sonuçlarına yönelik olarak meydana gelebilir. İşte taraflarca bu yönde yapılacak anlaşmalar, özellikle eşlerden birinin üstünlük kurup diğer eşin aleyhine olan hükümleri direktmesi ihtimaline binaen hakimin onayına tabi kılınmıştır. Aile hakimi, sunulan bir anlaşmayı dilerse uygun bulur dilerse değiştirilmesini talep edebilir. BM Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 3. Maddesi uyarınca “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.*” İşte bu prensibin yansıması olarak hâkim, protokolün hakkaniyete uygunluğunu temel almalı, çocuklarla ilgili hususlarda ise çocuğun üstün yararını gözeterek adil şekilde karar vermelidir.³⁰³

³⁰⁰ İbrahim Ercan, “Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri”, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı:2 (2014) s.256.

³⁰¹ Tekinay s.254.

³⁰² Tekinay s.254; Kılıçoğlu, (Aile) s.156; Köprülü/Kaneti s.185.

³⁰³ Kılıçoğlu, (Aile) s.157; Köprülü/Kaneti s.185.

1.4.6. Boşanma Davası Duruşmasında Gizlilik Hususu

HMK 28 hükmüne göre “*Duruşma ve kararların bildirilmesi alenidir.*” Böylelikle kural olarak duruşmalar gizli olarak yapılamaz.

TMK 184/6 hükmüne göre “*Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir.*” TMK 184/6 hükmüyle duruşmanın aile hayatının gizliliği gerekçeleriyle gizli yapılmasına hakim tarafından karar verilebilir. Bu konuda aslında HMK 28/2 hükmü de HMK 28/1 hükmündeki genel kurala, “*Duruşmaların bir kısmının veya tamamının gizli olarak yapılmasına ancak genel ahlâkın veya kamu güvenliğinin kesin olarak gerekli kıldığı hâllerde, taraflardan birinin talebi üzerine yahut re’sen mahkemece karar verilebilir.*” İbareleriyle bir istisna getirmektedir. Böylelikle TMK 184/6 hükmü olmasaydı da duruşmalar HMK 28/2 hükmüne dayalı olarak talep üzerine ya da re’sen hâkim kararıyla gizli olarak gerçekleştirilebilirdi. Örneğin, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle açılan bir davada davalı, iddia edilen suçun küçük düşürücü niteliği gereği hâkimden duruşmanın gizli yapılması talebinde bulunabilir. Hâkim, duruşmanın gizliliği doğrultusundaki talep ile bağlı değildir. İsterse bu yöndeki talebi reddederek duruşmanın aleniliği kuralını uygulayabilir.³⁰⁴

1.5. Boşanma Davasında Alınacak Geçici Tedbirler

Boşanma davalarında gerek eşler gerekse çocuklar açısından belli geçici tedbirlere hükmedilebilir. Aşağıda inceleyeceğimiz bu hususlar TMK 169 hükmünde düzenlenmiştir.

1.5.1 Eşler Açısından Alınabilecek Geçici Tedbirler

Özellikle çekişmeye dayalı boşanma davalarında, halin doğal sonucu olarak eşler arasında engellenmesi güç bir tansiyon vuku bulacaktır. Zamanında evlilik birliğini devam ettiren iki kişi, artık nizaya dayalı bir davada karşılıklı olarak çekişmektedirler. Hal böyle olduğunda, tarafların, problemleri normal davranış normları dahilinde çözmeleri pek olası olmadığından, hâkimin özellikle çocuklar, ek olarak da eşlerin kendileri açısından bazı tedbirleri alması şarttır. Bu tedbirleri hâkim kendiliğinden nazara alacaktır.³⁰⁵

³⁰⁴ Kılıçoğlu, (Aile) s.157-158.

³⁰⁵ Ekrem Kurt, “Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler”, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, (2013) s.98; Y. 2. H.D., E. 2019/223, K. 2019/849 T.

TMK 169 hükmüne göre “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re'sen alır.” Böylelikle hükümden de çıkarılacağı üzere kanun koyucu TMK 169 hükmünde, geçici önlemlerin neler olduğunu *numerus clausus* prensibi doğrultusunda sınırlı olarak saymamıştır. Barınma, geçinme gibi ibareler kullanılarak bilerek bırakılan kanun boşluğunun içeri hâkim, durumun gereğine göre dolduracaktır.³⁰⁶

Hakimin TMK 169 hükmü kapsamında alacağı tedbirlere ilişkin olarak, ileri sürülen boşanma sebebi açısından kusur değerlendirilmesi yapılmaz. Burada amaç, boşanma sebebinin dayandığı olguya kimin sebep olduğunun gün yüzüne çıkartılması değil, taraflar açısından yıpratıcı ve zor olan bu dava sürecinde, eşlerin ve çocukların himayesinin sağlanmasıdır. Ek olarak, alınacak tedbirler açısından hâkim, gerek mali gerekse sosyal değerlendirmeleri yaparak hakkaniyete uygun davranmalıdır. Örneğin, kişinin mali durumunun çok üstünde bir tedbir nafakasına hükmedilmesi TMK 169 hükmünün mantığı ile kesinlikle bağdaşmayacaktır.³⁰⁷

Hâkim, alacağı tedbirler yönünden halin icabı gerektiriyorsa değişikliğe gidebilir. Diğer bir deyişle, tedbirlerde değişiklik yapılamayacağına ilişkin bir kural olmadığı gibi bu tedbirlerin TMK'nın herhangi bir hükmünde bizzat sayılmış olması da şart değildir. Örneğin davalı, sırf tedbir nafakası miktarını azaltmak için kira gelirlerini düşük göstermiş ve daha sonra asıl kira geliri ispatlanmışsa hâkim, tedbir nafakası miktarında değişikliğe gidebilir. Bu noktada aile hâkimi, tedbirlere hükmetmek açısından kişilerin ekonomik durumlarını araştırma yetkisine re'sen sahiptir.³⁰⁸

Aile hakiminin vereceği boşanma hükmünün kesinleştiği andan itibaren geçici önlemler yürürlükten kalkacaktır. Yargıtay uygulamasına göre, geçici tedbirler

11/02/2019 “Boşanma veya ayrılık davası açılınca hakim, davanın devamı süresince, gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına (TMK m. 186/1), geçimine (TMK m. 185/3), malların yönetimine (TMK m. 223, 242, 244, 262, 263, 264, 267, 215) ve çocukların bakım ve korunmasına (TMK m. 185/2) ilişkin geçici önlemleri kendiliğinden (re'sen) almak zorundadır (TMK m. 169). Yine boşanma veya ayrılık vukuunda çocuk kendisine tevdi edilmemiş taraf gücüne göre onun bakım ve eğitim giderlerine katılmakla yükümlüdür (TMK. M. 182). Bu hususu hakim görevi gereği kendiliğinden dikkate alması gerekmektedir.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁰⁶ Dural/Öğüz/Gümüş s.134.

³⁰⁷ Öztan, (Aile) s.741-742.

³⁰⁸ Dural/Öğüz/Gümüş s.134.

boşanmanın mali sonuçlarına ilişkin ileride meydana gelebilecek dava süreçlerini kapsamayacak, doğrudan boşanma hükmünün kesinleşmesiyle ortadan kalkacaktır.³⁰⁹

Alınabilecek geçici tedbirlerden ilki, eşlerin barınma ihtiyacına yöneliktir. Eş, dava dilekçesinde boşanma da talep etse ayrılık da talep etse davanın ikame edildiği andan itibaren kanunda açık hüküm bulunmasa da eşler artık ayrı yaşama hakkına sahiptirler. Birbiriyle ihtilaflı iki kişinin kanun eliyle sırf henüz boşanma olgusunun gerçekleşmemiş olması gerekçe gösterilerek aynı çatı altında yaşatılması hayatın olağan akışına aykırı olacağından bu yaklaşım yerindedir. Hal böyle olduğunda ortak konuttan kimin ayrılacağı belirlenmesi şarttır.

Hakim, evde kimin barınacağını TMK 169 hükmünün verdiği yetki doğrultusunda belirlemekle yükümlüdür. Hâkim, geçici olarak aile konutunda kimin oturacağını belirlerken konutun tapusunun kimin üzerine düzenlenmiş olduğuna ya da evin kimin oransal olarak daha büyük katkısıyla edinildiğine ya da kira bedelinin hangi eş tarafından karşılandığına bakmadan sadece halin icabına göre kimin o konutta oturmasının hakkaniyet açısından elverişli olacağını inceleyecektir. Örneğin, evin mülkiyeti erkek eşin üzerineyken küçük ve anne bakımına muhtaç çocuklar mevcutsa ve doğum nedeniyle eş çalışmıyorsa bu ihtimalde aile konutunun kadın eşe bırakılması hakkaniyete daha uygundur. Ancak tam tersi bir ihtimalde eş, aile konutunu hem ev hem de işyeri olarak kullanıyor ve geçimini de tamamen buradan sağlıyorsa, bu ihtimalde aile konutunun işyeri sahibi olan eşe bırakılması hakkaniyete daha uygun düşebilir.³¹⁰

Barınma ihtiyacına yönelik geçici tedbir belirlenirken boşanma davasının dayandığı sebep de bir önem taşımaz. Örneğin, aile konutu sahibi eş, zina sebebine dayalı boşanma davası açsa bile halin icabı aile konutunun geçici tedbir olarak zina yaptığı iddia edilen eşe bırakılmasını gerektiriyorsa hâkim evi davalı eşe bırakacaktır. Yine tez konumuz olan küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme yönünden de dava, davalının üçüncü bir kişiye karşı dolandırıcılık suçu işlediği iddiasıyla açılabilir bile durum, aile konutunun dolandırıcılık suçunu işlediği iddia edilen eşe bırakılmasını gerektirmekteyse, hâkim, geçici tedbir olarak evi suç işlediği iddia edilen eşe bırakacaktır. Sonuç olarak bu hususta önem arz eden nokta kusur, mülkiyet sahipliği ya da sahip olunan ekonomik güç değil tamamen hakkaniyetin gereğidir.³¹¹

³⁰⁹ Y. 2. H.D., E. 2004/16329, K. 2004/273 T. 14/01/2004. Öztan (Aile) s.744.

³¹⁰ Kurt s.99.

³¹¹ Tekinay s.260.

Hakim, aile konutuna ek olarak aile konutunda mevcut olan eşyalar yönünden de bunların geçici tedbir olarak kimin kullanımına sunulacağını takdir edecektir.³¹²

TMK 169 hükmü kapsamında alınabilecek diğer bir geçici tedbir ise eşlerin geçimine yönelmektedir. TMK 185 hükmü kapsamında eşlerin bakım yükümlülükleri mevcuttur. Boşanma davasının ikame edildiği dönemde, boşanma henüz gerçekleşmemiş olduğundan bakım yükümlülüğü devam edecektir. Dolayısıyla hakim, boşanma davasının açılması nedeniyle ekonomik yönden sarsılacak, yoksullukla boğuşacak olan kişilerin bu durumlarla karşı karşıya kalmalarını önlemek amacıyla geçime ilişkin tedbirlere hükmedebilir. Bu önlemlere tedbir nafakası denmektedir. Tedbir nafakası, boşanma davasının devam ettiği süreç içerisinde hem eş hem de çocuklar için verilecek nafakanın genel adı, adeta üst başlığıdır. Dolayısıyla yoksulluk nafakası ile iştirak nafakasının boşanma davasının ikame edildiği andan kararın kesinleştiği ana kadar geçici tedbirlere hükmedildiği dönemdeki ismi tedbir nafakası olarak isimlendirilmektedir.³¹³

Tedbir nafakası, bütünüyle kusur kavramından bağımsızdır.³¹⁴ Örneğin, tez konumuz olan küçük düşürücü suç işleme ya da haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle açılmış bir boşanma davasında yüz kızartıcı suç işlediği iddia edilen eş, eğer ki dava sebebiyle yoksulluğa düşecekse onun lehine tedbir nafakasına hükmedilebilir. Tedbir nafakasına hükmedilirken pek tabii ki eşlerin ekonomik durumları, kazançları, varsa yatırımları, o iş koluna dair sektörel dalgalanmalar vs. göz önünde bulundurulur. Her iki eşin de ekonomik durumu çok iyiye burada boşanma davası ikame edilmesi sonucunda bir yoksulluk ile karşılaşmayacağından pek tabii ki tedbir nafakasına hükmedilmesi de gerekmez. Yine kazancı iyi olmamakla beraber eş, tedbir nafakası ödememek için sağlıklı ve dinç olmasına rağmen kasten çalışmıyorsa burada potansiyel kazanç hesaplanarak hakim yine nafakaya hükmedebilir.³¹⁵

Taraflardan birinin tedbir nafakasına yönelik bir talebinin olmadığı, duruşmada ya da ayrıca yazılı olarak beyan edilmişse hâkim, nafakaya ilişkin bir karar kurmayacaktır.³¹⁶

³¹² Öztan, (Aile) s.747.

³¹³ Kurt s.101.

³¹⁴ İzzet Doğan, “Türk Medeni Kanunu’nun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası”, Public and Private International Law Bulletin, Sayı:35, (2015), s.64.

³¹⁵ Schwarz s.168; Öztan (Aile) s.750-751.

³¹⁶ Kayıhan/Ünlütepe s.316.

Ek olarak Yargıtay uygulaması doğrultusunda, dava esnasında başkası ile evlilik dışı birliktelik sürdüren taraf lehine tedbir nafakasına hükmedilmemektedir.³¹⁷

Nafaka ile ilgili olarak, miktarda, değişen durumlar doğrultusunda değişiklik yapılması hususu da gündeme gelebilir. Öyle ki, bir taraf dava başında iyi miktarda kazanç elde edemezken, dava esnasında büyük kazançlar elde etmeye başlamış, finansal durumunu geliştirmişse burada nafakanın artırımı gündeme gelebilir. Diğer yönden dava başında finansal durumu iyi iken, dava devam ederken örneğin, eşin şirketinin iflasına karar verilmişse bu ihtimalde nafakanın düşürülmesi talep edilebilecektir. Yine diğer yönden finansal durumu iyi olmayan ancak bir işte asgari ücretle çalışan eş, kusuru olmaksızın, kriz sebebiyle işten çıkarılmışsa bu ihtimalde de nafakayı verecek olan diğer eşin finansal durumu da gözetilerek nafaka artırımına karar verilebilir. Ancak eş, sırf daha fazla tedbir nafakası talep edebilmek için iş yerinde taşkınlıklar çıkararak kasıtlı olarak işten çıkarılmasını sağlamışsa bu ihtimalde, hakim TMK 2 kapsamında bir değerlendirme yaparak karara varması yerinde olacaktır. Ek olarak, eşin sadece asgari ücretle geçinmesi tedbir nafakasına hükmedilmesine engel teşkil etmez.³¹⁸

Tedbir nafakasında geriye etkililik mevcuttur. Hâkim, tedbir nafakasına ilişkin tensip tutanağını davanın açılmasından ileriki bir tarihte tutacak olsa da nafakanın başlangıç tarihi davanın ikame edildiği tarihtir. Hakimin hükmü sonucunda bu geçici tedbir, artık bir nihai hüküm mevcut olduğundan ve bu bağlamda da artık bir tedbire ihtiyaç olmadığından boşanma hükmünün kesinleştiği tarih itibarıyla son bulur. Ek olarak nafakaya belli miktarda para olarak hükmedilir ve her ay peşin ödenir.³¹⁹

³¹⁷ Y. 2. H.D., E. 2014/27865, K. 2015/250 T. 13/01/2015 “*Davalı-karşı davacı kadının, 2007 yılının Ocak ayından beri bir başka erkek ile evliymiş gibi fiilen birlikte yaşadığı, infak ve iâşesinin bu kişi tarafından karşılandığı, yapılan soruşturma ve toplanan delillerden anlaşılmaktadır. Bu halde yararına tedbir nafakası (T.M.K. madde 169) tayin edilemez. Bu husus nazara alınmadan, kadın yararına tedbir nafakasına hükümlenmesi doğru bulunmamıştır.*” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³¹⁸ Kurt s.102; Tekinay s.261; Y. 2. H.D., E. 2008/10244, K. 2008/15023 T. 18/09/2008 “*Ancak, asgari ücretli olarak çalışmak tedbir nafakası verilmesine engel değildir. Nitekim yerleşik Yargıtay uygulamasına göre de asgari ücret yoksulluğu ortadan kaldırıcı bir gelir düzeyi olarak kabul edilmemiştir. Kaldı ki tedbir nafakasının niteliği, tarafların birlikte olduğu dönemde sürdürülen yaşam düzeyinin, ayrı yaşama halinde de olsun korunmasına yöneliktir.*” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³¹⁹ Dural/Öğüz/Gümüş s.136; Y.H.G.K., E. 2017/2-1578, K. 2018/791, T. 18/04/2018 “*TMK’nın 169 maddesi uyarınca takdir edilen tedbir nafakası, açılan boşanma davası kapsamında alınan geçici nitelikteki bir önlem olarak hâkim tarafından yargılama sırasında kaldırılmadığı takdirde boşanma davasında verilen kararın kesinleşmesi ile sona erer.*” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021; Y. 2. H.D., E. 2010/11447, K. 2011/11748 T. 07/07/2011 “*Türk Medeni Kanunu’nun 169. maddesi gereğince davacı lehine dava tarihinden geçerli olacak şekilde tedbir nafakası takdiri gerekirken, tedbir nafakasının buna ilişkin ara kararının verildiği 5.2.2009 tarihinden başlatılması da usul ve yasaya aykırıdır.*” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

Başkaca bir tedbir olarak aile hakimi, mameleki değerlerin yönetilmesine ilişkin geçici tedbirleri de düzenlemekle yükümlüdür. Bu noktada gerek varsa tasarruf yetkileriyle ya da mal rejimiyle ilgili çeşitli düzenlemeler gerçekleştirebilir.³²⁰

1.5.2. Çocuklar Açısından Alınabilecek Geçici Tedbirler

TMK 336 hükmü uyarınca “*Evlilik devam ettiği sürece ana ve baba velâyeti birlikte kullanırlar.*”

Boşanma davasının ikame edilip devam ettiği süreç içerisinde psikolojik ve davranışsal krizler en yüksek seviyede seyreder. Toplumun geleceği olan çocuklar bu dönemde aile bağlarının ağır şekilde zedelenmesinden dolayı aşırı tepkiler verebilirler. Bu durum, onların gerek sosyal hayattaki davranışlarını gerekse iç dünyalarındaki dengeyi zedeleyerek psikolojik anlamda travma yaşamalarına yol açabilir.³²¹ İşte boşanma davasının devam ettiği süreç içerisinde evlilik devam ediyor olsa da eşlerin aynı çatı altında yaşamaları gerekmediğinden bu zorlu dönemin masum mağdurları olan çocuklar açısından, durumu en hafif hasarla atlatmaları için çeşitli tedbirlerin alınması zaruridir.

Tedbirler, özellikle dava devam ederken çocuğun bakım giderlerinin kim tarafından karşılanacağına, çocuğun tarafların hangisi ile yaşamını sürdüreceğine, çocuğun bırakılmadığı tarafla ilişkilerinin ne şekilde kurulacağına yöneliktir. Hâkim, çocuklarla ilgili tedbirlere hükmederken, taraflar aralarında bu konuda bir anlaşmaya varmışlarsa bu anlaşmayı inceler ve çocuğun yararı açısından uygunsa, tedbirlere anlaşmadaki hükümler doğrultusunda karar verilir. Bu yönde bir anlaşma bulunmuyorsa yine hâkim, her ihtimalde çocuk için en yararlı olacak ihtimale re’sen hükmetmek zorundadır. Ek olarak eşin hükümlü olarak cezaevinde bulunması ve benzer ihtimaller çocuk yararına tedbir nafakası talep edilmesine bir engel teşkil etmez.³²²

³²⁰ Erdem s.158.

³²¹ Mert Geniş, Bengü Toker, Mehmet Şakiroğlu, “Boşanmanın Çocuklara Etkisi, Çocuğa Söylenmesi ve Ebeveyn Yabancılaşması Derleme Çalışması”, Adnan Menderes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:3 (2019) s.191.

³²² Dural/Öğüz/Gümüş s.136; Öztan, (Aile) s.756; Y. 2. H.D., E. 2019/223, K. 2019/849 T. 11/02/2019 “*Dosya kapsamından davalı erkeğin cezaevinde hükümlü olduğu anlaşılmaktadır. Davalının cezaevinde tutuklu veya hükümlü olması, tedbir ve iştirak nafakası ile sorumlu tutulmamasını gerektirmez. O halde; Türk Medeni Kanunu'nun 169, 182, 185/2 ve 186/3. maddeleri uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetilerek dava tarihinden geçerli olmak üzere velayeti davacı anneye verilen ortak çocuk 2002 doğumlu N. yararına davalının mali gücü oranında tedbir ve iştirak nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.*” www.kazanci.com e.t. 10/04/2021.

Önemle belirtmek gerekir ki, çocuğun bakımı için ödenecek miktarlar dava hala derdest olduğundan bir iştirak nafakası değil tedbir nafakası niteliğindedir. Bu noktada, çocuk için hükmedilecek tedbir nafakasını kimin ödeyeceğine yönelik bir kusur incelemesi yapılmaz. Nafaka belirlenirken özellikle, çocuğun eğitim giderleri, sağlıklı büyümesi için gerekli olan sosyal faaliyet giderleri, tarafların maddi durumları da hesaplanarak ortalama bir sonuca varılır. Çocuk için hükmedilecek tedbir nafakası, çocuk kendi yaşamını idame ettirecek oranda malvarlığına sahip olmadıkça kaldırılamaz.³²³ Ek olarak burada çocuğun kimde kalacağına dair verilen hüküm, velayetin o ebeveyne bırakıldığına yönelik bir karar değil, sadece çocuğun menfaati uyarınca kim ile yaşamını sürdüreceğine dair geçici bir tedbir ara kararıdır.³²⁴ Taraflardan biri bu süreçte vefat eder veya çocuk 18 yaşına gelip ergin statüsünü kazanırsa, çocuk kendisine bırakılmamış olan tarafın tedbir nafakası borcu çocuk yönünden ortadan kalkar.³²⁵ Çocuk için öngörülen tedbir nafakasının başlangıç tarihi, davanın ikame edildiği tarihidir. Böylelikle hakim, tedbir ara kararını daha sonra yazacak olsa bile burada geriye etkililik ilkesi esastır. Çocuk, derdest davanın devamı sırasında dünyaya gelmişse nafakanın başlangıç zamanı çocuğun doğduğu gündür.³²⁶

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12. maddesine göre “*Taraf Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırırlar. Bu amaçla, çocuğu etkileyen herhangi bir adli veya idari kovuşturmada çocuğun ya doğrudan doğruya veya bir temsilci ya da uygun bir makam yoluyla dinlenilmesi fırsatı, ulusal yasanın usule ilişkin kurallarına uygun olarak çocuğa, özellikle sağlanacaktır.*” Bu hüküm doğrultusunda çocuk açısından bir tedbire hükmedilirken, çocuk belli bir akli olgunluğa erişmişse kendi görüşünün de alınması zaruridir.

³²³ Köseoğlu/Kocaağa s.196-197.

³²⁴ Kurt s.103-104.

³²⁵ Doğan s.66.

³²⁶ Öztan, (Aile) s.760; Y. 2. H.D., E. 2018/2424, K. 2018/7076 T. 31/05/2018 “*O halde; Türk Medeni Kanunu’nun 185/3. ve 186/3. maddeleri uyarınca, tarafların ekonomik ve sosyal durumları da gözetilerek dava tarihinden geçerli olmak üzere ortak çocuklar yararına uygun miktarda tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı bulunmuştur.*” www.kazanci.com.tr. e.t. 10/04/2021.

1.5.3. Diğer Tedbirler

Diğer tedbirler, TMK 169 hükmünün *numerus clausus* prensibi uyarınca kodifike edilmemiş olmasının bir sonucudur. Yukarıda saydığımız tedbirlerin dışında, her boşanma davasının kendi nevi şahsına münhasır özelliklerine göre farklı tedbirlerin alınması gerekebilir. Örneğin, evde bulunan ve her iki eş açısından da manevi değeri çok yüksek bir eşyanın kime bırakılacağı ya da eşlerden her ikisinin de güzel sanat icracısı olması sonucunda ortak bir tablonun kimde kalacağı hususu gibi çok çeşitli ihtimaller mevcut olabilir. İşte bu hallerde de hâkim, TMK 169 hükmüne dayalı olarak çeşitli geçici tedbirlere hükmedebilir.³²⁷

1.5.4. 6284 Sayılı Kanun'daki Tedbirler

6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun, TMK'ya göre özel kanun statüsündedir. Gerek evli olsun gerekse olmasın şiddet görme ihtimali olan ya da şiddet gören bir kişi bu kanun doğrultusunda tedbir talep edebilir. Ek olarak aile hakimi de bu tedbirlere re'sen hükmedebilir. Kanunun 4. ve 5. maddelerinde, hakimce alınacak koruyucu ve önleyici tedbirlere yer verilmiştir. Bu doğrultuda, uzaklaştırma kararı alınması, ortak konutun korunan kişiye tahsis edilmesi, korunan şahsın çeşitli kanallarla rahatsız edilmesinin önlenmesi, kişi evli ise ayrı bir yerleşim yeri belirlenmesi, kişinin hayati tehlike altında olması halinde Tanık Koruma Kanunu hükümlerine dayalı olarak nüfus bilgilerinin değiştirilmesi ve kanunda yazılı diğer tedbirlere hükmedilebilir.³²⁸

2. KÜÇÜK DÜŞÜRÜCÜ SUÇ İŞLEME VE HAYSİYETSİZ HAYAT SÜRME SEBEBİYLE BOŞANMANIN HUKUKİ SONUÇLARI

Boşanma davası açma hakkı, hakların sınıflandırılması yönünden bozucu yenilik doğuran bir hak statüsündedir. Boşanma hükmüyle beraber, evlilik birliğinin sonuçları ortadan kalkacak ve boşanmanın sonuçları devreye girecektir. Eşlerin kurmuş oldukları ve hukuki açıdan onları bir anlamda homojen kılan evlilik kurumundan uzaklaştığında, boşanmayla beraber artık halin doğal yansıması olarak bu homojenliği ortadan kaldıracak çeşitli sonuçlar doğmak zorundadır.³²⁹

³²⁷ Öztan, (Aile) s.761-762.

³²⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kurt s.104 vd.

³²⁹ Schwarz s.172; Köprülü/Kaneti s.189.

Boşanma davası açılıp görüldükten sonra artık aile hâkimi, bir kabul ya da ret kararı vermekle yükümlüdür. Verilecek karar ret kararı ise burada pek tabii ki boşanmanın sonuçları gündeme gelmez. Ancak aksi ihtimalde hüküm, davacının murat ettiği şekilde boşanmaya yönelik ise burada artık boşanmanın gerçekleşmesi ile birtakım hukuki sonuçlar kendini gösterir. Bu sonuçlardan bazıları, hakimin verdiği hükümde maddi olarak var olmalarına lüzum olmadan *ipso iure* olarak hüküm doğururlar. Örneğin, TBK 153 uyarınca zamanaşımının yeniden işlemeye devam etmesi, yeniden evlenme olanağının gündeme gelmesi bu şekildedir. Bazı sonuçlar da hakimin kuracağı boşanma hükmü muhteviyatında bizzat yer almadıkları takdirde *ipso iure* olarak meydana gelmezler. Örneğin, çocukları ziyaret hakkı, mal rejimi, tazminat, nafaka gibi sonuçlar bu şekildedir.³³⁰

2.1. Boşanmanın Eşlerle İlgili Şahsi Sonuçları

Eşlerle ilgili şahsi sonuçlardan kasıt daha çok boşanmanın mamelek haklarına yönelik olmayan sonuçlarıdır.

2.1.1. Evliliğin Son Bulması

Daha önceden kurulmuş olan evlilik birliği, boşanma hükmüyle ortadan kalkar. Bu durum, boşanma kavramından murat edilen en doğal sonuçtur ve diğer sonuçlar da bir anlamda bu sonucun dallanıp budaklanmasıyla kendilerini gösterirler. Bu noktada evlilik birliği son bulduğundan, daha önceki açıklamalarımızda da sıkça yer verdiğimiz evliliğin anayasası niteliğindeki TMK 185 hükmünde yer alan evlilik birliğinden doğan yükümlülükler de son bulur. Böylelikle sadakat yükümlülüğü, yardım yükümlülüğü ve diğer yükümlülükler sona erer. Ek olarak, hâkimin aldığı geçici tedbirler de yürürlükten kalkar.³³¹ Ancak birlikte yaşama yükümlülüğü, boşanma davasının karakterinin doğal sonucu olarak davanın açılması anında ortadan kalkar.

³³⁰ Turgut Akıntürk, “Boşanmanın Hukuki Sonuçları”, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası, (Ankara: Sevinç Matbaası, 1977) s.176 (50. Yıl); Tekinay s.300.

³³¹ Saymen/Elbir s.269; Tekinay s.300; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.957; Dural/Öğüz/Gümüş s.140.

2.1.2. Taraflar Açısından Yeniden Evlenme İmkânının Gündeme Gelmesi ve İddet Süresi

Aile hâkimi, boşanmaya hükmettiğinde artık taraflar “evli” statüsünden “boşanmış”³³² statüsüne geçeceklerinden, başkaca bir evlenme engelleri yoksa yeniden evlenebilirler. Boşanmış eşlerin, birbirleriyle yeniden evlenmeleri konusunda da bir yasak bulunmamaktadır. Ancak yeniden evlilik konusunda kadınlara yönelik olarak özellikle nesep hukuku açısından bir istisna bulunur.

Kadın, boşandığı kişiyle her ihtimalde yeniden evlenebilirken başka bir kişiyle ancak TMK 132 hükmündeki üç yüz gün olarak belirlenmiş iddet süresini bekleyerek evlenebilmektedir.³³³ Kadın doğurduğunda, üç yüz günlük iddet süresi TMK 132/2 hükmü doğrultusunda doğumla son bulur ve süre sonunda kadın yeniden evlenebilir. TMK 132/3 hükmüne göre “*Kadının önceki evliliğinden gebe olmadığına anlaşılması veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hâllerinde mahkeme bu süreyi kaldırır.*” Boşanmış eşler, iddet süresinin henüz son bulmadığı bir dönemde yeniden evlenmeyi dilerlerse bu yönde bir dava ikame etmeleri şarttır. Diğer yönden kadın, gebe olmadığı gerekçesiyle iddet süresini kaldırmaya yönelik bir dava açarsa bu noktada gebelik halinin bulunmadığını ispat edecek güncel bir belge ibraz etmesi şarttır.³³⁴

TMK 132 hükmündeki bekleme süresi, özellikle modern tıbbın gelişiminin sonucu olarak ve AİHS kapsamında temel insan haklarını muhafaza edebilmek amacı güdülerek çoğu ülkede uygulanmamaktadır ya da süre azaltılmaktadır. Bu süre, özellikle nesep karışıklığını önlemek açısından getirilmişken sürenin varlığı, temel hak niteliğindeki evlenme hakkını kısıtladığı, tıptaki güncel gelişmeler ışığında artık gereksiz olduğu ve kadın erkek eşitliğini zedelediği gerekçeleri ileri sürülerek eleştirilere de tabi tutulmaktadır.³³⁵

³³² Nüfus Hizmetleri Kanunu Madde 55; “*Mahkeme yazı işleri müdürleri, aile kütükleri üzerinde tescil yapılmasını gerektirecek bütün karar ve işlemleri, kesinleştirme işlemi veya düzenleme tarihinden itibaren on gün içerisinde o yerin nüfus müdürlüğüne bildirmekle görevlidirler.*”

³³³ Akıntürk, (50. Yıl) s.178.

³³⁴ Seda Gayretli Aydın, “Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:31, Sayı:136, (2018), s.277-278.

³³⁵ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Nüket Paksoy Erbaydar ve Aysun Balseven Odabaşı “Medeni Kanun’un Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi”, Fe Dergi, Cilt:10, Sayı:1, (2018), s.112-119.

2.1.3. Kişisel Durumların Değişimi

TMK 173/1 hükmüne göre “*Boşanma hâlinde kadın, evlenme ile kazandığı kişisel durumunu korur.*” Kadın, evlilik ile çeşitli hukuki statüler edinmiş olabilir. Örneğin TMK 11/2 uyarınca evlenmeyle ergin olan kişi veya evlilik sonucunda vatandaşlık³³⁶ kazanan kişi ya da evlilik ile kayın hısımlarına sahip olan kişinin durumu bu şekildedir. Bu üç statü de evlilik dolayısıyla kazanılmıştır. İşte bu statüler TMK 173/1 bağlamında korunacak ve boşanma hükmüne rağmen bu statülerde bir değişiklik olmayacaktır. Yani evlenmeyle ergin olan kişi 18 yaşına basmadan boşansa bile erginliği devam edecek, evlenme yoluyla Türk vatandaşlığı kazanan kişi daha sonra boşansa dahi vatandaşlık statüsü korunacak, evlenme nedeniyle kayın hısımlarına sahip olan kişiler boşansalar dahi kayın hısımlığı devam edeceğinden TMK 129/2 uyarınca birbirlerinin alt ve üst soylarıyla evlenemeyeceklerdir.³³⁷

Yukarıda saydığımız statüler yönünden, evlenmeyle kazanılan durumun hukuken boşanmadan sonra da korunacağından bahsetmiştik. Kanun koyucu, bu temel kurala yine TMK 173 hükmünde kadının soyadı yönünden farklı bir düzenleme öngörmüştür. TMK 173/1 hükmü doğrultusunda kural olarak kadın, boşanma hükmü ile beraber evlilikten önceki soyadını yeniden alacaktır. Ancak diğer bir ihtimalde kadın, son boşandığı eşinden önce dul ise diğer bir deyişle boşandığı eşinden önceki eşi vefat etmiş ve önceki evliliği, eşinin vefatı sonucunda son bulmuşsa, kadının vefat etmiş eşinin soyadını yeniden almak istememesi psikolojik açıdan çok doğal karşılanabilecek bir durumdur. İşte bu durumdaki kadınlar, hâkimden, bekarlık dönemlerindeki soyadlarının verilmesini talep edebilirler. Ancak bu kural emredici bir hukuk normu olmadığından kadın, vefat eden eşinin soyadını geri almak konusunda bir üzüntü duymamaktaysa ya da eşinin anısını yaşatmak gibi bir isteğe sahipse hâkimden herhangi bir talepte bulunmayıp doğrudan vefat eden eski eşinin soyadını alabilir.³³⁸

Soyad konusunda diğer bir husus ise TMK 173/3 ve 173/4 fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre “*Kadının, boşandığı kocasının soyadını kullanmakta menfaati bulunduğu ve bunun kocaya bir zarar vermeyeceği ispatlanırsa, istemi*

³³⁶ Evlenme ile vatandaşlık kazanılması için çeşitli şartlar öngörülmüştür. Buna göre ilk olarak en az 3 yıldır devam eden bir evlilik mevcut olmalı, evlilik aile birliği içinde devam etmeli, yabancı kişi evlilik birliğiyle bağdaşmayacak bir yaşam sürdürmemeli ek olarak kamu düzeni ve milli güvenlik yönünden aykırı bir hali bulunmamalıdır. İşte bu yolla kazanılan vatandaşlık boşanmaya rağmen korunur. Ergin Nomer, Türk Vatandaşlık Hukuku, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014) s.95 vd.

³³⁷ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.957.

³³⁸ Akıntürk, (50.Yıl) s.179.

üzerine hâkim, kocasının soyadını taşımasına izin verir. Koca, koşulların değişmesi hâlinde bu iznin kaldırılmasını isteyebilir.” Bu durum, özellikle toplum nezdinde şöhret sahibi olan ya da çeşitli sektörlerde bilinip isim yapmış kişilerin boşanmaları nedeniyle ortaya çıkacak soyadı değişikliklerinin getireceği olumsuz durumları önlemek amaçlı ortaya çıkar. Örneğin, eşinin soyadıyla isim yapmış bir pop yıldızı veya yine eşinin soyadıyla sanat çevrelerince bilinen ünlü bir yağlı boya ressamı boşandığında, soyad durumundaki değişiklik kişinin şöhretine zarar verebilecektir. Bu kişilerin sergi afişlerinde ya da albüm kapaklarında farklı bir soyad ile yer almaları, hitap edilen kitle nezdinde karışıklıklara yol açacaktır. İşte bu ihtimali öngören kanun koyucu, soyadın kullanılmasındaki üstün yararın ispatı ve bu durumun erkeğe zarar vermeyeceğinin belirlenmesi halinde hâkimin, kadının eski kocasının soyadını taşımasına izin verebileceğini öngörmüştür. Ancak yine de her ihtimalde, hakim izin vermiş olsa dahi koca, durumun değişikliğe uğraması halinde hakimden, verilen iznin kaldırılmasını talep ederek soyadının kullanılmasına engel olabilir. Bu durum da kadını yeniden soyad değişikliğine mahkûm edecektir.³³⁹ Diğer yönden kadın, eski eşinin soyadını kullanmak için hakimden izin alıp örneğin, bu soyad ile kumarhane işletiyor ya da bu soyad ile yasadışı uyuşturucu kaçakçılığı yapıyorsa veya bu soyadı kasten lekelemeye çalışıyorsa, işte böyle bir ihtimalde verilen iznin kaldırılmasına yönelik talep pek tabii ki yerinde olacaktır. Kadının eski eşinin soyadını kullanmak istediğine dair davayı boşanma kararının kesinleşmesinden sonra 1 yıllık zamanaşımı süresi içerisinde ikame etmesi mutlak kuraldır. Ayrıca bu talep, boşanma davası açılırken verilen dilekçede de belirtilebilir.³⁴⁰

Kamu düzeni açısından kanun koyucunun, kadının boşandığı eşinin soyadını kullanmasını zorlaştırması, özellikle velayeti kadın ebeveyne bırakılmış çocuklar

³³⁹ Nazan Moroğlu, “Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, (2012), s. 256-257; Y. 2. H.D., E. 2013/6259, K. 2013/26355, T. 14/11/2013 “*Toplanan delillerden; davalı kadının, 03.06.2009 tarihinde kesinleşen anlaşmalı boşanma kararı gereğince boşandığı kocasının “N...” olan soyadını taşımasına izin verildiği, bu iznin kaldırılmasını gerektirecek Türk Medeni Kanununun 173/3. maddesi anlamında bir durumun kanıtlanamadığı anlaşılmaktadır. Davacı kocanın, davalı kadının “N...” soyadını taşımasına iznin kaldırılması davasının reddi gerekirken, yazılı gerekçe ile kabulü doğru bulunmamıştır.*” www.legalbank.net e.t. 28/03/2021; Y. 2. H.D., E. 2007/19005, K. 2009/5094, T. 19/03/2009 “*Toplanan delillerden, tarafların 26 yıl evli kaldıkları, davacı kadının bu süre içinde çeşitli üniversitelerden mezun olduğu ve diplomalarında, yüksek lisans tezlerinde, katılım belgelerinde, sertifikalarında, bankacılık işlemleri ile emeklilik işlemlerinde evlilik soyadını kullandığı anlaşılmaktadır. Toplanan delillerle davacının davalının soyadını kullanmasının davalıya bir zarar vermeyeceği, davalının soyadını kullanılmasında davacının menfaatinin bulunduğu kanıtlanmıştır. Türk Medeni Kanunu’nun 173/2. maddesi koşullar gerçekleşmiştir. Davanın kabulüne karar verilmesi gerekirken yetersiz gerekçe ile reddi doğru bulunmamıştır.*” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁴⁰ Öztan, (Aile) s.766-767.

açısından problemler yaratabilmektedir. Bu durumlarda çocuk, babasının soyadını taşıırken anne, bekarlık soyadını taşıyacağından, özellikle çocuğun arkadaşları tarafından bu durum soruşturulabilmekte ve çocuğa travmalar yaşatılabilmektedir. Doktrinde, bu sakıncayı önlemek açısından çocuğun üstün yararı gözetilerek ortaya atılmış bir fikre göre; velayetin anneye bırakıldığı çocuklar yönünden anneye velayet sonuna kadar kocanın soyadını taşıma izni verilmesi gerektiği önerilmektedir.³⁴¹ Biz de boşanmanın kusursuz mağdurları olan çocukların bir de bu durum nedeniyle sosyal hayatta zorluklar çekmelerinin önlenmesi gerektiği düşüncesine dayanarak ortaya atılan bu fikri desteklemekteyiz.

2.1.4. Eşlerin Birbirlerine Mirasçı Olamaması

TMK 181 hükmü uyarınca *“Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.”* Böylelikle boşanma gerçekleşikten sonra eşlerin birbirlerine mirasçı olamayacakları hüküm altına alınmıştır. Bu hüküm hem vasiyetnameleri hem de miras sözleşmelerini kapsamaktadır. Örneğin, eşlerden biri, ölümünden sonra arabasının eşe kalacağına ilişkin bir vasiyetname düzenlemişse, ancak ölüm gerçekleşmeden eşler boşanmışlarsa işte bu halde TMK 181 doğrultusunda kural olarak ölüme bağlı tasarruf olan vasiyetname de geçersiz kalacaktır.³⁴²

Doktrinde, ölüme bağlı tasarrufların geçersizliğine çeşitli eleştiriler yöneltmiştir. Örneğin, bir kişi evini vasiyetnameyle eşine bırakmış daha sonrasında boşanma gerçekleşmiş ancak boşanmanın üstünden 30 sene geçmiş ve vefat etmişse burada vasiyetnamenin olduğu gibi bırakılmış olması, vasiyet edilen evin boşanmaya rağmen eski eşe bırakıldığına karine teşkil edecektir. Böyle bir iradeyi kanun eliyle kısıtlamak yerinde görülmemiştir. Bu noktada TMK 181 hükmünde *“aksi tasarruftan anlaşılmadıkça”* ibaresi yer aldığından ve hüküm bir karineye dayandığından, eğer ölüme bağlı tasarrufun içeriğinden yorum yoluyla, boşanma gerçekleşmesine rağmen bu tasarrufun yine de yapılmak istendiği anlamı çıkıyorsa tasarruf ayakta tutulabilecektir.³⁴³

³⁴¹ Akıntürk, (50. Yıl) s.179.

³⁴² Tekinay s.301-302; Benzer yönde bkz. Köprülü/Kaneti s.192.

³⁴³ Tekinay s.302.

TMK 181/2 hükmüne göre “Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.” Burada özellikle kusur prensibine dayanan boşanma sebepleri yönünden hakkaniyet ilkesini koruyucu nitelikte bir hüküm düzenlenmiştir. Böylelikle örneğin, eşin küçük düşürücü suç işlediği ya da haysiyetsiz sürdüğü iddiasına dayalı açılmış bir boşanma davası derdest iken davacı eş ölür ve mirasçılar da davalı eşin TMK 163 kapsamındaki fiilleri gerçekleştirdiğini, bu yöndeki kusurunun varlığını ispatlarsa davalı eşin mirasçılık sıfatı mevcut olmayacaktır. Bu ihtimalde dava sadece kusurun tespiti ile ilgili olacaktır.³⁴⁴

2.1.5. Zamanaşımının İşlemeye Başlaması

TBK 153 hükmü doğrultusunda zamanaşımını durduran sebeplerden biri de evliliğindir. Böylece evlenme gerçekleştiğinde eşlerin birbirlerine karşı olan alacak ve borçları yönünden zamanaşımı kendiliğinden duracaktır. Hüküm, zamanaşımının durması açısından evliliğin devamını şart kıldığından ve evliliğin boşanma sebebiyle sona erdiği ihtimalde zamanaşımını durduran sebep de ortadan kalkmış olduğundan durmuş zamanaşımı işlemeye başlayacaktır.³⁴⁵

2.2. Boşanmanın Eşlerle İlgili Mali Sonuçları

Eşlerin boşanmaları sonrasında ortaya çıkacak olan şahsi sonuçlara ek olarak bir de mali sonuçlar gündeme gelecektir. Evlilik, pek tabii ki TTK anlamında mali hedefleri gerçekleştirmek için kurulmuş bir şirkete benzemese de eşlerin hayat hedeflerinin yöneldiği, kendilerini ve birlikteliklerini her anlamda gerçekleştirmek istedikleri bir hayat ortaklığıdır. Bu amaçlarla inşa edilmiş bir hayat ortaklığının da ekonomik araçlardan ve mali kavramlardan bağışık olması beklenemez. Örneğin, eş rızası olmadan yapılan kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır veya aile konutu eş rızası olmadan satılamayacaktır.

Boşanma ile beraber mal rejiminin tasfiyesi ile ilgili hükümler devreye girecek, ek olarak boşanma kararı sonrasında yoksulluğa düşecek tarafa belli miktarda nafaka verilmesi gerekebilecek ya da boşanma nedeniyle murat edilen mali çıkarları zedelenen veya kişilik haklarına zarar verilen taraf tazminat talep edebilecektir.

³⁴⁴ Öztan, (Aile) s.773.

³⁴⁵ Dural/Öğüz/Gümüş s.144.

2.2.1 Mal Rejiminin Tasfiyesi

TMK 179 hükmüne göre; “*Mal rejiminin tasfiyesinde eşlerin bağlı olduğu rejime ilişkin hükümler uygulanır.*” Mal rejimi, eşlerin gerek evlilik öncesi gerekse evlilik döneminde edinip mülkiyetine sahip oldukları mameleki değerlerin evlilik açısından nasıl icra edileceğini ortaya koyar. Bu noktada eşler herhangi bir mal rejimi seçmemişlerse kanuni mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaklardır.³⁴⁶ Eğer ki eşler, TMK 242 hükmü uyarınca mal ayrılığı rejimini belirlemişlerse bu anlamda mameleki değerler açısından hiçbir ortaklık olmayacağından TMK 179 hükmünün icrasına da gerek kalmayacaktır. Eşler kanuni mal rejimine tabi iseler boşanma ile beraber, tabi oldukları mal rejiminin kendi hükümleri çerçevesinde rejimin tasfiyesi sağlanacaktır.³⁴⁷

2.2.2. Maddi Tazminat İstemi

Boşanma davalarında özellikle kusursuz veya daha az kusurlu olan eşin, evlilik birliğinin sona ermesinden dolayı uğradığı zararlar yönünden kanun koyucu, maddi tazminat talep edilebilmesini uygun görmüştür. Böylelikle kusuru olmayan ya da daha az kusurlu eşin boşanma nedeniyle gördüğü mali hasarın en aza indirgenmesi hedeflenmektedir.

Boşanma nedeniyle talep edilecek maddi tazminat bir haksız fiil tazminatı değil hukuka aykırı fiile dayalı kendine özgü bir niteliğe sahiptir.³⁴⁸

Aile hâkimi, boşanma davası sonucunda re’sen maddi tazminata hükmedemez. Bu nedenle usul hukukumuzdaki tasarruf ilkesi gereği maddi tazminat mutlaka talep edilmelidir. Bu talep, derdest boşanma dava dilekçesinde yer alabileceği gibi, hükmün lafzında “eş” değil “taraf” ibaresinin kullanılmasının bir sonucu olarak boşanma hükmü kesinleştikten sonra ayrı bir tazminat davası niteliğinde de 1 yıllık süre içerisinde ileri sürülebilir.³⁴⁹ Tazminat alacağı, aile hakiminin vereceği boşanma hükmünün kesinleşme tarihinden itibaren talep edilebilir hale gelir. Faiz de bu tarihten itibaren işlemeye başlar³⁵⁰ Hâkim, aksi bir mutabakat bulunmuyorsa tazminatı Türk lirası üzerinden kurmakla yükümlüdür.³⁵¹

³⁴⁶ Öztan, (Aile) s.397.

³⁴⁷ Öztan, (Aile) s.775.

³⁴⁸ Schwarz s.173.

³⁴⁹ Kayıhan/Ünlütepe s.320.

³⁵⁰ Akıntürk/Ateş, (Aile 2) s.298.

³⁵¹ Öztan, (Aile) s.824.

Hâkimin hükmedeceği tazminat, nafakadan farklı bir nitelik taşır. Nafakanın özellikle sosyo-ekonomik durumlar çerçevesinde azaltılması ya da arttırılması talep edilebilirken tazminat miktarında değişiklik talebinde bulunulamaz.³⁵²

Maddi tazminat talebi açısından davacının kusursuz ya da daha az kusurlu olması temel prensiptir. Bu noktada incelenecek olan husus, boşanmaya neden olan olayın meydana gelişine ilişkin olan kusurdur. Öğretide ifade edildiği üzere davanın doğası gereği mutlak kusursuzluğu şart kılmak, maddi tazminat hükmünün uygulama alanını büyük derecede daraltır. Eğer ki maddi tazminat talep eden tarafın kusuru, boşanma sebebinin meydana gelişi açısından diğer tarafa nazaran arka planda kalıyorsa işte burada TMK 174 hükmü doğrultusunda maddi tazminatın şartının gerçekleştiği söylenebilir. Ancak bu ihtimalde hâkim, TBK 52 hükmünü dikkate alarak tazminat talep edenin de boşanma sonucuna diğer tarafa nazaran az da olsa tesiri olduğuna hükmederek tazminat miktarını TMK 4 hükmüne dayalı takdir yetkisi ışığında indirebilir.³⁵³

Tarafların kusurlarının eşit olduğu durumlarda ise aile hâkimi maddi tazminata karar veremez.³⁵⁴

Eşlerin her ikisi de kusursuzken TMK 174 hükmü uygulama alanı bulmaz. Maddi tazminat, kusur esaslı bir hukuki kurum olduğundan, kusur prensibine dayanmayan boşanma sebepleri yönünden gündeme gelemez. Örneğin, iyileşemez nitelikteki şizofreni hastalığı sebebiyle TMK 165 çerçevesinde açılmış bir boşanma

³⁵² Akıntürk, (50. Yıl) s.187.

³⁵³ Egger s.229; Dural/Öğüz/Gümüş s.152; Benzer yönde bkz. Akıntürk, (50. Yıl) s.186; Öztan, (Aile) s.807; Saymen/Elbir s.276; Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.965; Y. 2. H.D., E. 2020/4728, K. 2020/5981, T. 19/11/2020 “Davacı kadından kaynaklanan dava dosyasında ispatlanan bir kusur yoktur. Erkeğin mevcut kusurlarının yanında, eşini evden uzaklaştırdığı, manevi anlamda bağımsız ev temin etmediği kadının eğitim hakkının engellediği dosya kapsamında tanık beyanlarıyla ispatlanmıştır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında davalı erkek tam kusurludur. Yukarıda 3. bentte açıklandığı üzere; evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda tazminat isteyen davacı kadının ağır ya da eşit kusurlu olmadığı, bu olayların kadının kişilik haklarına saldırı teşkil ettiği anlaşılmaktadır. Boşanma sonucu bu eş, en azından diğerinin maddi desteğini yitirmiştir. O halde, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları (TMK m. 4) dikkate alınarak kadın yararına maddi ve manevi tazminata (TMK m. 174/1-2) karar vermek gerekirken, hatalı kusur belirlemesinin sonucu olarak yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.; Y. 2. H.D., E. 2017/6366, K. 2018/1236, T. 05/02/2018 “Tarafların tespit edilen ekonomik ve sosyal durumları, boşanmaya yol açan olaylardaki kusur dereceleri, paranın alım gücü, kişilik haklarına yapılan saldırı ile ihlâl edilen mevcut ve beklenen menfaat dikkate alındığında davalı-karşı davacı kadın yararına takdir edilen maddi ve manevi tazminat çoktur. Türk Medeni Kanunu’nun 4. maddesindeki hakkaniyet ilkesi ile Türk Borçlar Kanunu’nun 50 ve 52. maddesi hükmü dikkate alınarak daha uygun miktarda maddi ve manevi tazminat takdiri gerekir. Bu yönler gözetilmeden hüküm tesisi doğru bulunmamıştır.” www.kazanci.com.tr. e.t. 10/04/2021.

³⁵⁴ Kayıhan/Ünlütepe s.321.

davasında davalının kusuru ileri sürülerek davacı tarafından maddi tazminat istenmesi hukuka aykırı olacaktır.³⁵⁵

Maddi tazminat talebi için diğer bir husus da davacının halihazırda var olan ya da ileride gerçekleşeceği muhtemel olan bir menfaatinin ortadan kalkmasıdır. Önemli olan, var olan ya da beklenen bu menfaatlerin ortadan kalkma sebebinin boşanma hükmü olmasıdır.³⁵⁶

Hâkim, maddi tazminat miktarına hükmederken tarafların sosyo-ekonomik durumlarına ve kusurlarının oranlarına bakacaktır. Hükümde “uygun” ibaresi olduğundan halihazırda var olan ya da beklenen menfaatlerin maddi tazminat miktarıyla birebir karşılanması gibi bir yükümlülüğten bahsedilemez.³⁵⁷

2.2.3 Manevi Tazminat İstemi

Boşanma davası sonucundaki manevi tazminat istemi açısından kusur hususu maddi tazminat ile benzer niteliktedir. Manevi tazminat isteminde bulunacak tarafın kusursuz ya da davalıya oranla daha az kusurlu olması gerekir. Yine benzer şekilde müterafık kusur yönünden hâkim, TBK hükümleri doğrultusunda indirime gidebilirse de tarafların kusurları aynı oranda ise veya davacının kusuru oransal düzlemde daha yüksekse bu ihtimalde manevi tazminata hükmedilemeyecektir.³⁵⁸

743 sayılı MK 143 hükümden ve TBK 51 genel hükmünden farklı olarak TMK 174/2 açısından kusurun ağırlığı değil varlığı yeterlidir. Ek olarak burada amaçlanan, maddi bir menfaatten yoksun kalınmasının kanun hükmüyle tazmini değil, kişilik

³⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş s.153; Y. 2. H.D., E. 2020/3944 , K. 2020/6744, T. 22/12/2020 “...Bu sebeple bozmaya uyularak yapılan yargılama sonucunda usuli kazanılmış hakka aykırı şekilde davalı-davacı erkeğin eşine birden fazla kez fiziksel şiddet uyguladığı, ve hakaret ettiği vakıalarının kusur olarak yüklenilmesi doğru bulunmamış, yapılan yargılama ve toplanan delillere göre davalı-davacı erkeğin birlik görevini ihmal ettiği, evlilik birliği içerisinde kadının ve ortak çocuğun konuşmalarını ses kaydına almak suretiyle güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, davacı-davalı kadının ise eşine fiziksel şiddet uyguladığı, gerçekleşen kusurlu davranışlarına göre, boşanmaya sebebiyet veren olaylarda tarafların eşit kusurlu olduğu gözetilmeden davalı-davacı erkeğin ağır kusurlu olduğunun kabulü doğru olmamış ve bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁵⁶ Saymen/Elbir s.277.

³⁵⁷ Dural/Öğüz/Gümüş s.153.

³⁵⁸ Kılıçoğlu, (Aile) s.130; Y. 2. H.D., E. 2019/7404, K. 2020/3460, T. 30/06/2020 “Yukarıda 2. bentte açıklandığı üzere evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda, taraflar eşit kusurludur. Boşanma sebebiyle manevi tazminata hükmedilebilmesi için, tazminat talep eden tarafların kusursuz veya diğer tarafa göre daha az kusurlu olması gerekmektedir. Eşit kusurlu eş yararına tazminata hükmedilemez. Mahkemece, davalı kadının tam kusurlu kabul edilmesi ve bu yanlışlı kusur belirlemesine bağlı olarak davacı erkeğin manevi tazminat (TMK m.174/2) isteğinin reddi gerekirken, yazılı şekilde kadın lehine maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

hakkı ihlalinin yarattığı psikolojik travmaların parasal bir karşılıkla hafifletilmesi düşüncesidir.³⁵⁹

Manevi tazminat talebi, münhasıran şahsa bağlı hak statüsünde olduğundan devri yasaktır ve bu hak pek tabii ki mirasçılara intikal etmez.³⁶⁰ Hâkim, re'sen manevi tazminata hükmedemez. Manevi tazminatın talep edilmesi gerekir. Ek olarak davacı TMK 174/2 özel hükmüne başvurabileceği gibi tazminat istemi açısından 6098 sayılı TBK 58 genel hükmüne dayalı bir tazminat davası da açabilir. TMK 174 açısından boşanma hükmünün varlığı şart olduğundan boşanmanın henüz gerçekleşmediği dönemdeki kişilik hakkı ihlallerinde TBK 58 hükmüne dayalı bir dava ikame edilebilir.³⁶¹

Maddi tazminattan farklı olarak manevi tazminatta, boşanmayla bağlantılı bir kişilik hakkı ihlali aranır. Örneğin, TMK 162 hükmündeki mutlak boşanma sebepleri, bizzat eşin vücut bütünlüğüne, şeref ve haysiyetine yöneldiğinden bu sebeplere dayalı taleplerde manevi tazminat doğrudan gündeme gelebilir. Yine TMK 161 hükmüne dayalı zina sebebiyle boşanma halinde de eşin kişilik haklarına bir saldırı gerçekleşeceğinden manevi tazminat talebinde bulunulabilecektir. Meğerki eş zihinsel ya da ahlaki yapısı gereği böyle durumları umursamaz bir kişi olsun. Ek olarak akıl hastalığına dayalı açılmış bir boşanma davasında kusurdan bahsedilemeyeceğinden manevi tazminat talebi de gündeme gelemaz. Yine zina sebebiyle boşanma durumunda, eşin zina yaptığı kişiden de o kişinin kötü niyetli olması durumunda manevi tazminat talep edilebileceği görüşü ileri sürülmüştür.³⁶² Ancak Yargıtay, eşin, diğer eşin zina yaptığı kişiden manevi tazminat talep edemeyeceği görüşündedir.³⁶³

³⁵⁹ Mine Uzun, "Türk Medeni Kanunu Kapsamında Boşanmadaki Tazminat Hükümlerinin Şartlarına Genel Bakış", İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 89, Sayı 3, (2015) s. 272; Dural/Öğüz/Gümüş s.155.

³⁶⁰ Öztan, (Aile) s.828.

³⁶¹ Öztan, (Aile) s.829; Kılıçoğlu, (Aile) s.131.

³⁶² Velidedeoğlu s.234; Y. 2. H.D., E. 2019/7936, K. 2020/4655, T. 13/10/2020 "Boşanmaya sebep olan olaylarda yukarıda 2. bentte açıklandığı üzere davacı-karşı davalı erkek ağır kusurludur. Gerçekleşen kusurlu davranışlar aynı zamanda kadının kişilik haklarına saldırı teşkil eder niteliktedir. Davalı-karşı davacı kadın yararına TMK'nın 174/1-2 maddesi koşulları oluşmuştur. O halde davalı-karşı davacı kadın lehine tarafların sosyal ve ekonomik durumları, kusurun ağırlığı ve hakkaniyet ilkesi (TMK m. 4, TBK m. 50 ve 51) dikkate alınarak uygun miktarda maddi ve manevi tazminat takdir edilmesi gerekirken yanlış kusur belirlemesine bağlı olarak kadının maddi ve manevi tazminat isteklerinin reddi doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021; Y. 2. H.D., E. 2020/40, K. 2020/3237, T. 23/06/2020 "Dosyaya yansıyan olaylar bir bütün olarak değerlendirildiğinde, boşanmaya sebep olan olaylarda; erkek eşin bölge adliye mahkemesince belirlenen ve gerçekleşen kusurlu davranışlarının yanında ayrıca güven sarsıcı davranışlar sergilediği anlaşılmaktadır. Bu kusurlu davranışlar aynı zamanda kadının kişilik haklarına saldırı teşkil eder niteliktedir. Hal böyle iken, hatalı kusur belirlemesine bağlı olarak kadının manevi tazminat isteğinin reddi doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir." www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁶³ Y.İ.B.K. E. 2017/5, K. 2018/7, T. 06/07/2018. "Evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eş manevi tazminat isteminde

Konumuz olan suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma açısından da eşin küçük düşürücü suç işlemesi veya sürdürdüğü haysiyetsiz yaşam stili, diğer eşi toplum nezdinde küçük düşürüyorsa, onun kişilik haklarını zedeleyip onu derin bir üzüntü haline sevk ediyorsa bu ihtimalde manevi tazminat talebi gündeme gelebilir.

Manevi tazminatın miktarı belirlenirken hâkim, özellikle kişilerin yaşadığı sosyal çevre ve kişilik hakkı ihlalinin bu sosyal çevre açısından ihlal olarak algılanıp algılanmadığını, kişilerin eğitim ve kültür durumlarını, kusur miktarlarını irdeler.³⁶⁴

Önemle belirtmek gerekir ki, hükümlerin lafzındaki farklılıktan da anlaşılacağı üzere maddi tazminattan farklı olarak manevi tazminatta, farklı bir zarar giderim şekline hükmedilemez. Hükmedilen mutlaka belli bir meblağ para olmalı ve toplu olarak ödenmelidir. İrat usulü yasaktır.³⁶⁵

2.2.4. Yoksulluk Nafakası

Yoksulluk nafakası, özellikle hakimin boşanma kararından sonra mali yönden acze uğrayacak taraf yönünden getirilmiş bir hukuk kurumu olup ilkesel olarak TMK 185 hükmünde düzenlenmiş olan evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin, evliliğin sona ermesinden sonra da kısmen devam etmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Diğer bir deyişle kanun koyucu, yoksulluk nafakası hükmünde eşler arasındaki bağları bütünüyle koparmamakta, mali yönden devam ettirmektedir.³⁶⁶

Her şeyden önce hâkim, yoksulluk nafakasına re'sen hükmedemeyeceğinden tasarruf prensibi gereği nafakanın talep edilmesi mutlak koşuldur.³⁶⁷ Talep, fer'i nitelikte bir beyanla dava dilekçesi ekinde sunulabileceği gibi boşanma davasında duruşma anında da beyan edilebilir. Nafaka isteğinin duruşma tutanağına geçirilmesi

bulunamayacaktır. Üçüncü kişinin fiilinin haksız fiil olarak nitelendirilebilmesine olanak bulunmadığından sadece aldatma fiiline iştirak etmesi nedeniyle, aldatan eşle birlikte TBK'nın 61. maddesi çerçevesinde müteselsilen sorumlu tutulabilmesi mümkün değildir. Evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişinin, aldatılan eşe karşı manevi tazminat sorumluluğu ile ilgili olarak kanunlarımızda özel bir tazminat hükmü yer almamasına rağmen, haksız fiile ilişkin genel koşulları da taşımayan eyleminden dolayı üçüncü kişi aleyhine yargı kararıyla tazminat sorumluluğu ihdas edilmesi, evlilik birliğinin ve aile bütünlüğünün korunması gibi saiklerle dahi kabul görmemelidir.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁶⁴ Öztan, (Aile) s.831.

³⁶⁵ Dural/Öğüz/Gümüş s.155.

³⁶⁶ Egger s.232.

³⁶⁷ Burak Tuncay, “Yoksulluk Nafakası”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, (2019) s.197.

şarttır.³⁶⁸ Bunlara ek olarak, yoksulluk nafakası talebi için derdest boşanma davası sonuçlandıktan sonra ayrıca bir dava ikame edilmesinde de bir sakınca yoktur.³⁶⁹ Nafaka, boşanma davası esnasında talep edilmişse boşanma davasında verilecek kararın kesinleşme tarihi, yoksulluk nafakasının başlangıç tarihidir.³⁷⁰

Nafaka talebinde bulunacak tarafın kusursuzluğu aranmaz. Diğer tarafa oranla kusur oranının daha az miktarda olması yeterlidir. Burada kusur açısından önemli olan ve yoksulluk nafakası kavramını maddi ve manevi tazminat kavramlarından ayıran en önemli nokta, nafakaya hükmedilmesi açısından nafaka talep edilecek tarafın kusurunun önem arz etmemesidir. Yukarıdaki açıklamalarımızda maddi ve manevi tazminat davalarında davalının kusurunun mevcut olması gerektiğinden bahsetmiştik. Burada ise tam tersi bir durum mevcut olduğundan, örneğin, TMK 165 hükmü uyarınca akıl hastalığına dayalı açılmış bir boşanma davasında tazminat talep edilemeyecek ancak diğer şartları varsa yoksulluk nafakası talep edilebilecektir. Bu anlamda tazminatlar, hukuka uygun olmayan davranışlar sonucu ortaya çıkan zararların mameleki anlamda giderimi fikrine dayanırken, nafaka, sadece zorunlu olan ihtiyaçların karşılanmasını ifade eder. Bunlara ek olarak kusurların oransal anlamda denk olduğu durumda da tazminat talep edilemezken yoksulluk nafakası talep edilebilir. Nafaka talep edenin kusuru daha fazla ise nafakaya hükmedilemez.³⁷¹

³⁶⁸ Köseoğlu/Kocaağa s.230.; Y. 2. H.D., E. 2019/840, K. 2019/9338, T. 30/09/2019 “Taraflar dava, 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 aranmaksızın iddia ve savunmasını genişletebilir. Ön inceleme aşamasının tamamlanmasından sonra iddia veya savunma genişletilemez yahut değiştirilemez. Islah veya karşı tarafın açık muvafakati saklıdır (HMK m.141). Davalı-davacı kadın ilk defa 22/06/2016 tarihli duruşmada yoksulluk nafakası (TMK m.175) talebinde bulunmuş, davacı-davalı erkek ise bu taleple ilgili olarak açık bir muvafakat beyanında bulunmamıştır. Durum böyleyken, davalı-davacı kadının talep ettiği yoksulluk nafakası talebi ile ilgili olarak "Karar verilmesine yer olmadığına" şeklinde karar verilmesi gerekirken, kadın aleyhine kesin hüküm oluşturacak şekilde ret kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır. İlk inceleme sırasında bu hususun gözden kaçırılmış, değişik gerekçe ile bozulmuştur. Açıklanan nedenle davacı-davalı erkeğin karar düzeltme talebinin kısmen kabulüne Dairemizin 09/10/2018 tarihli bozma ilamının 2. bendinin kaldırılarak hükmün yukarıda açıklandığı üzere değişik gerekçe ile bozulmasına karar vermek gerekmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁶⁹ Büşra Odabaşı, “Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:94, Sayı:2, (2020) s.55.

³⁷⁰ Yağmur Ünsal, “Nafaka Çeşitleri ve Koşulları”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:90, Sayı:5, (2016) s.216.

³⁷¹ Dural/Öğüz/Gümüş s.156; Y. 2. H.D., E. 2019/8028, K. 2020/1364, T. 20/02/2020 “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz (TMK m. 175). Yukarıda 2/a bentte açıklandığı üzere; evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olan olaylarda yoksulluk nafakası talep eden davalı-karşı davacı kadın ağır kusurlu olup, kadının yasal şartları oluşmayan yoksulluk nafakası isteğinin reddine karar vermek gerekirken hatalı kusur belirlemesinin sonucu olarak bu talebin kabulüne yönelik yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

Yoksulluk nafakası talebi için, talep edenin, illiyet bağı kurulacak şekilde, boşanma nedeniyle mali olarak yoksulluk içinde kalması gerekir. Diğer bir deyişle boşanma yoksulluğun sebebi, yoksulluk da boşanmanın sonucu olmalıdır. Ek olarak, yoksulluk kasten yaratılıyor olmamalıdır. Kasten yaratılan yoksulluk sonucunda nafaka talebi reddedilmelidir. Evlilik birliğinin varlığı sebebiyle çalışmayıp ev işleri ile ilgilenen bir eşin maddi geliri yoksa, bu durumda boşanma ile yoksulluğa düşeceği sabittir. Yoksulluk nafakasında asgari ücret standardında bir yaşamın sağlanmasından öte, subjektif kıstaslar esas alınarak o kişinin evlilik döneminde yaşadığı temel standartlar esas alınmalı, ancak her ihtimalde yoksulluk nafakası ile talep edene lüks ve şatafat içerisinde bir yaşam sağlanmamalıdır. Burada amaç, ağır bir kusur varmışçasına bu kusurun yarattığı olumsuzlukları gidermek değil, dava sebebiyle oluşacak mali aciz durumunu hakkaniyet prensibi dahilinde hafifletmektir. Lüks bir yaşamın sağlanması isteniyorsa, bu, tarafların anlaşması ve anlaşmayı aile hakiminin kabul etmesi halinde ancak anlaşmalı boşanma protokolünün konusu olabilir.³⁷²

Hükmedilecek nafaka, nafaka borçlusunun mali kuvveti ile orantılı olmalıdır. Bu anlamda nafaka borçlusunun mali gücünden çok daha yüksek miktarda bir nafakaya hükmedilmesi uygun olmazken, yüksek mali standartlara sahip bir kişi yönünden çok düşük bir miktara hükmetmek de yoksulluk nafakasının mantığıyla bağdaşmaz. Nafaka borçlusu, asgari düzeyde sadece kendi geçimini sağlayabiliyorsa burada nafakaya hükmedilmemesi gündeme gelebilir. Nafakaya hükmedilirken tarafların yaşları, eğitim durumları, çalışma geçmişleri, kişisel durumları nazara alınarak bir sonuca varılır.³⁷³

³⁷² Tuncay s.200-201; Egger s.232; Köseoğlu/Kocaağa s.226 vd.; Y. 2. H.D., E. 2020/1095, K. 2020/2213, T. 16/03/2020 “Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek olan taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz nafaka isteyebilir (TMK m.175/1). Toplana n delillerden davalı-karşı davacı kadının sürekli bir işi ve kendisini yoksulluktan kurtaracak düzenli bir gelirinin olmadığı, boşanmakla yoksulluğa düşeceği anlaşılmaktadır. Boşanmaya sebebiyet veren olaylarda davacı-karşı davalı erkeğin davalı-karşı davacı kadına oranla ağır kusurlu olduğuna göre TMK’nın 175 maddesi koşulları gerçekleşmiştir. Davalı-karşı davacı kadın yararına uygun miktarda yoksulluk nafakası takdiri gerekirken bu yön gözetilmeden isteğin reddine karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁷³ Odabaşı s.60.; Y.H.G.K., E. 2017/2-2208, K. 2020/575 T. 09/07/2020 “Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; taraflara ait mali ve sosyal durum araştırma tutanakları, tanık ifadeleri, dosyada mevcut tapu kayıtları ve taraf beyanları dikkate alındığında davalı-karşı davacı erkeğin, babasına ait elektrikçi dükkanında babası ile birlikte çalıştığı, buradan elde edilen gelirden kazanç sağladığı, başkaca bir malı veya gelirinin olmadığı ve ailesinin yanında yaşadığı, davacı-karşı davalı kadının ise ev hanımı olup, ailesinin yanında yaşadığı anlaşılmış olup tarafların bu sosyal ve ekonomik durumları ile nafakanın niteliği, günün ekonomik koşulları ve hakkaniyet ilkesi gözetildiğinde davacı-karşı davalı lehine takdir edilen yoksulluk nafakası miktarı fazladır.” www.kazanci.com.tr e.t. 11/04/2021.

Diğer nafaka türlerinin talep edilebildiği durumlarda da yoksulluk nafakası talep edilmesi mümkündür.³⁷⁴

743 sayılı kanun döneminde 1 yıllık süreyle talep edilebilen yoksulluk nafakası, 4721 sayılı TMK ile süresiz olarak istenebilmektedir. Bu anlamda, gerçek olmayan, diğer bir deyişle kasten yaratılan yoksulluk durumunda nafakaya hükmedilemeyeceğinden, yoksulluk nafakasının süreden bağışık tutulmasında pratik bir problem bulunmayacaktır.³⁷⁵

Boşanma hükmü kesinleştikten sonraki dönemde ortaya çıkabilecek yoksullaşma ihtimallerinde de nafaka talep edilebilir.³⁷⁶ TMK 178 hükmüne göre “*Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.*” Eğer ki eş, yoksulluk nafakasına hükmedilmesine yönelik talebini boşanma kararı verilen davada ileri sürmemişse, bu doğrultuda yoksulluk nafakasına yönelik talebini TMK 178 hükmü uyarınca ancak boşanma kararının kesinleşme tarihinden itibaren 1 yıl içerisinde ileri sürmek durumundadır. Ek olarak kanundaki süre bir zamanaşımı süresi niteliği taşıdığından aile hakimi bu süreyi *ex officio* olarak nazara alamayacaktır.³⁷⁷

TMK 176/1 hükmüne göre “*Maddi tazminat ve yoksulluk nafakasının toptan veya durumun gereklerine göre irat biçiminde ödenmesine karar verilebilir.*” Böylelikle aile hâkimi, TMK 4 hükmü gereği takdir yetkisine göre her somut olayı kendi standartlarında değerlendirerek nafakanın ödenme biçimini kararlaştırabilir. Örneğin, eşlerden biri düzenli gelir sağlamak amacıyla bir dükkân açacaksa veya çok önemli bir durum için toplu bir para ödenmesi şartsa, bu noktada istisna olarak toplu ödemeye hükmedilebilir. Ancak uygulamada da sıklıkla karşılaşıldığı şekilde, kural nafaka borcunun her zaman irat usulüyle ifa edilmesidir.³⁷⁸

Yoksulluk nafakası miktarında gerek nafaka borçlusunun gerekse nafaka alacaklısının ekonomik durumlarının değişmesi çerçevesinde değişikliğe gidilebilir. Örneğin; nafaka borçlusunun kusuru olmaksızın, iyi gelir elde ettiği işinden çıkartılması, çok önemli bir hastalık nedeniyle çalışamaz hale gelmesi gibi hallerde borçlunun talebiyle indirim ya da nafakanın tamamen ortadan kaldırılmasına gidilebilecekken, nafaka alacaklısının sürekli gelir sağlayacak seviyede çok iyi bir işe

³⁷⁴ Erdem s.202.

³⁷⁵ Erdem s.206.

³⁷⁶ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.981.

³⁷⁷ Odabaşı s.71.

³⁷⁸ Saymen/Elbir s.285.

girmesi, bir yerden lüks yaşam sağlayacak derecede toplu gelir elde etmesi gibi hallerde de indirimde gidilebilir. Nafaka miktarındaki değişiklikler yönünden ÜFE/TÜFE oransal değerleri esas alınır.³⁷⁹

Yoksulluk nafakası kavramı çeşitli hallerin varlığı halinde sona erebilir. Gerek nafaka alacaklısı gerekse nafaka borçlusunun ölümü halinde nafaka *ipso iure* olarak sona erecektir.³⁸⁰ Nafaka alacaklısının evlenmesi halinde de yoksulluk nafakası kavramı yine *ipso iure* olarak son bulur. Nafaka borçlusunun evlenmesi ihtimalinde ise nafaka son bulmaz ancak kişinin evlenmesi bir anlamda indirim sebebi olabilir. Nafaka alacaklısının yasadışı alkol ticareti yapması, uyuşturucu bağımlılığının olması, vb. şekillerde süreklilik arz edecek bir yoğunlukta³⁸¹ haysiyetsiz bir hayat sürüyor olması, başka bir şahısla evlilik dışı hayat sürmesi, yoksulluk kavramının artık mevcut olmaması hallerinde ise nafaka ancak mahkeme kararıyla kaldırılabilir.³⁸²

2.3. Boşanmanın Çocuklarla İlgili Sonuçları

Boşanma hükmüyle beraber çocuklar açısından da gerek şahsi gerekse mali sonuçlar vuku bulacaktır. Bu anlamda özellikle çocukların boşanma sonrasında ebeveynleriyle olan şahsi ilişkilerinin ne şekilde idame ettirileceği ve çocukların bakım, eğitim, sosyalleşme vb. giderlerinin ne miktar ve ne şekilde karşılanacağı hususları önem arz eder.

2.3.1. Velayet ve Kişisel İlişki

Evlilik birliğinin devam ettiği dönemde, velayet kural olarak ortak kullanılır. TMK 336 hükmü doğrultusunda boşanma ile beraber, velayetin prensipte birlikte kullanılma imkanının bulunmadığından bahsedilebilirse de Yargıtay'ın 2017 yılında verdiği bir karar doğrultusunda ortak velayet uygulanabilir hale gelmiştir.³⁸³

³⁷⁹ Öztan, (Aile) s.849.; Y. 3. H.D., E. 2018/2938, K. 2018/8499, T. 13/09/2018 “.....Sözü edilen yasal düzenlemeye göre iradın artırılması veya azaltılması için ya tarafların mali durumlarının değişmesi veya hakkaniyetin bunu zorunlu kılması gerekmektedir. Bu doğrultuda yerleşen Dairemiz uygulamasına göre; nafaka alacaklısı davacının ihtiyaçları ile nafaka yükümlüsü davalının gelir durumunda, nafakanın takdir edildiği tarihe göre olağanüstü bir değişiklik olmadığı takdirde; yoksulluk nafakası TÜİK'in yayınladığı ÜFE oranında artırılmalı ve böylece taraflar arasında önceki nafaka takdirinde sağlanan denge korunmalıdır.” www.kazanci.com.tr e.t. 10/04/2021.

³⁸⁰ Hatemi, (Aile) s.136.

³⁸¹ İsmail Dede, “Yoksulluk Nafakasının Fiili Birliktelik ve Haysiyetsiz Yaşam Sürme Sebebiyle Sona Ermesi,” İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:2, (2016) s.565.

³⁸² Erdem s.209-210.

³⁸³ Y. 2. H.D., E. 2016/15771, K. 2017/1737, T. 20/02/2017. “Yukarıda değinilen iç hukukumuz ve kamu düzeni kavramıyla ilgili açıklamalara göre somut olay değerlendirildiğinde "ortak velayet" düzenlenmesinin, Türk kamu düzenine "açıkça" aykırı olduğunu ya da Türk toplumunun temel yapısı ve

B.M. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesine göre “Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar veya yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yararı temel düşüncedir.” Burada çocuğun velayetinin hangi tarafa bırakılacağı konusunda temel prensip, istisnasız olarak çocuğun üstün yararıdır. İncelenecek olan husus, tarafların yararı değil bizzat çocuğun menfaatidir.³⁸⁴

Yeni doğmuş bir bebeğin anneye bırakılması, okul çağındaki bir çocuğun ilk okul mezunu olan anne yerine doçent babaya bırakılması, çocuk açısından daha yararlı olacaktır. Çocuğun yararı gerektiriyorsa, zina sebebiyle boşanmaya neden olan eşe dahi bırakılabilmesinde bir sakınca bulunmaz.³⁸⁵ Doktrinde, eşlerin boşanmaya rağmen anlaşma içinde oldukları ve çocuğun menfaatlerini birlikte gözetebildikleri ihtimallerde yine çocuğun üstün yararı ilkesi yönünden velayete birlikte sahip olabilmeleri gerektiği görüşü ileri sürülmektedir. Hâkim, bu ihtimalde olası kötüye kullanmaların önüne geçmek adına fazlasıyla ihtimamlı olmakla yükümlüdür.³⁸⁶

Özellikle TMK 165 çerçevesinde akıl hastalığı sebebiyle boşanma ve tez konumuz olan küçük düşürücü suç işleme ve haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmaya ilişkin davalarda, çocuğun akıl hastası eşe veya TMK 163 hükmü doğrultusunda kusuruyla küçük düşürücü suç işleyen ya da haysiyetsiz hayat süren eşe bırakılmaması gerekir.³⁸⁷

Velayet sahibi tarafın vefatı durumunda, velayetin *ipso iure* olarak diğer tarafa geçmemesi esastır; çünkü bazı ihtimallerde çocuğun diğer tarafa bırakılmasındansa çocuğa bir vasi atanması daha uygun olacaktır. Örneğin, annenin vefatının ardından çocuğun velayetinin sürekli alkol bağımlılığı sebebiyle haysiyetsiz hayat süren ya da hırsızlık suçunu işleyen bir babaya bırakılmasındansa, çocuğa bir vasi tayin edilmesi daha faydalı sonuçlar doğuracaktır.³⁸⁸

temel çıkarlarını ihlal ettiğini söylemek mümkün değildir O halde mahkemece, MÖHUK m. 17/1 gereğince, İngiliz vatandaşı olan tarafların müşterek milli hukuklarındaki velayete ilişkin düzenlemeler dikkate alınarak, işin esasına girilip tüm deliller birlikte değerlendirilerek "ortak velayet" istemine ilişkin davayla ilgili bir karar vermek gerekirken, istemin Türk kamu düzenine aykırı olduğu belirtilmek suretiyle, yazılı şekilde hüküm kurulması, bozmayı gerektirmiştir.” www.legalbank.net e.t. 20/05/2021.

³⁸⁴ Bilge Öztan, “Boşanmada Velayetin Tevdii”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, (2016) s.484.

³⁸⁵ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s.984.

³⁸⁶ Özden Özer Taşkın, “Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi”, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı:1, (2020), s.248. Benzer yönde bkz. Erdem s.173.

³⁸⁷ Egger s.252. Benzer yönde bkz. Velidedeoğlu s.241.

³⁸⁸ Taşkın s.246.

TMK 182/1 uyarınca “*Mahkeme boşanma veya ayrılığa karar verirken, olanak bulundukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ve vesayet makamının düşüncesini aldıktan sonra, ana ve babanın haklarını ve çocuk ile olan kişisel ilişkilerini düzenler.*” Böylelikle bir şahsi hak olarak velayet kendisine bırakılmamış olan tarafın, müşterek çocukla, hakimin belirlediği çerçeve dahilinde görüşmesi mümkündür. Kişisel ilişki, şahıs bizzat velayete sahipmişçesine fazla olmamalı, aynı zamanda şahsın bir ebeveyn olduğu hissini zihinden siler derecede de düşük seviyede seyretmemelidir.³⁸⁹ Kişisel ilişkiler saptanırken yine çocuğun üstün yararı esas alınır. Bu bağlamda örneğin, her hafta sonu tıp merkezinde özel tedavi görmesi gereken çocuk ile hafta sonları için kişisel ilişki düzenlenmesi yerinde değildir.³⁹⁰ Kişisel ilişki düzenlenirken aklı ermekte ise mutlaka çocukların da görüşlerinin alınması gerekmektedir.³⁹¹

TMK 324 hükmü kapsamında, çocuğa birtakım zararlar verilmesi hali vuku bulursa kişisel ilişki kurma hakkı tümünden ortadan kaldırılabilir.³⁹²

2.3.2. İştirak Nafakası

TMK 182/2 hükmü uyarınca “*Velâyetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocuk ile kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde, çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlâk bakımından yararları esas tutulur. Bu eş, çocuğun bakım ve eğitim giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır.*” Böylelikle, velayet kendisine bırakılmamış eş, çocuğun bakımı, giderleri, eğitimi ve diğer ihtiyaçları yönünden belli bir meblağ nafaka ödemekle yükümlüdür.

İştirak nafakası, temelde müşterek çocuğun mameleki bir alacağı statüsü taşısa da kendisinin dava ehliyeti yokluğu sebebiyle, velayete sahip olan tarafça talep edilir. Buna ek olarak çocuğun yüksek yararı prensibine göre; velayet taraflardan birine verilmeyip vasi atanmışsa her iki taraf da iştirak nafakası ödemekle yükümlüdür. Velayet hakkı sahibinin iştirak nafakasından feragati yasaktır.³⁹³

³⁸⁹ Remzi Demir, “Türk Medeni Kanunu’na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması”, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 42, (2020) s.185.

³⁹⁰ Zevkliler/Acabey/Gökyayla s. 985.

³⁹¹ Y. 2. H.D., E. 2020/2328, K. 2020/3581, T. 01/07/2020 “*Çocukların uzmanlara beyanları, alınan raporun üzerinden uzun bir zaman geçmesi ve geçen zamanda değişikliklerin olabileceği göz önüne alınarak mahkeme huzurunda idrak çağındaki çocukların kişisel ilişki konusundaki görüşlerinin alınması, gerekirse yeniden uzman raporu alınması ve kişisel ilişki yönünden tüm deliller birlikte değerlendirilerek sonucu uyarınca bir karar verilmesi gerekirken, bu hususta eksik incelemeyle hüküm tesisi usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir.*” www.kazanci.com.tr e.t. 11/04/2021.

³⁹² Demir s.188; Erdem s.181.

³⁹³ Velidedeoğlu s.243-244; Egger s.259.

Nafaka miktarı, nafaka borçlusunun geliri ile orantılı olmalıdır. Bu noktada hâkim, mali durumları inceleyecek ve TMK 4 kapsamındaki takdir yetkisi doğrultusunda bir hükme varacaktır. Örneğin, hiç geliri olmayan ve çalışma imkanı da bulunmayan bir kişi yönünden iştirak nafakasına hükmedilmeyecektir. Tarafların iştirak nafakasının miktarına yönelik yaptığı anlaşmalar hakim onayına bağlıdır.³⁹⁴

Yoksulluk nafakasından farklı olarak iştirak nafakasına *ex officio* olarak hükmedilir. Taraflarca talep edilmese dahi hâkim, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği bu meblağa re'sen karar verir. Bu yönde belirli bir meblağ talep edilmiş olsa bile mevcut talep çocuğun giderlerini net olarak karşılamamaktaysa, hâkim, talep edilenden fazla bir miktara dahi karar verebilir.³⁹⁵

İştirak nafakası, velayet kararının kesinleşmesinden başlayıp çocuğun ergin olmasıyla son bulur. Ancak çocuk, eğitime devam ediyorsa nafaka borcu TMK 328/2 hükmü doğrultusunda devam edecektir.³⁹⁶

Ender ihtimallerde çocuk, hayatını sahip olduğu mallarla idame ettirebilir nitelikte bir mameleki varlığa sahip olabilir. TMK 355 hükmü doğrultusunda çocuğun sahibi olduğu bu değerler, ana baba tarafından öncelikle çocuğun yararına kullanılmak zorundadır. İşte bu ihtimallerde çocuk kendi geçimini sağlayabilir seviyede bir maddi seviyedeysen iştirak nafakası gündeme gelmeyecektir.³⁹⁷

³⁹⁴ Egger s.259; Velidedeoğlu s.243; Y. 3. H.D., E. 2016/21426, K. 2017/10610, T. 21/06/2017 “Mahkemece, taraflar hakkında yaptırılan sosyal ekonomik durum araştırmasında, davacının hemşire olup aylık 1.800TL gelirin olduğu, davalının ise sağlık memuru olup yaklaşık 4.000TL gelirin olduğunu, müşterek çocuğun 2008 doğumlu olup, ilköğretim 2. sınıfa gittiği tespit edilmiştir. Buna göre mahkemece; nafakanın niteliği, müşterek çocuğun yaşı, eğitim durumu, ihtiyaçları ile tarafların tespit edilen ve gerçekleşen ekonomik ve sosyal durumlarına göre TMK 4. Maddesinde vurgulanan hakkaniyet ilkesine uygun bir miktar nafakaya hükmedilmesi gerekirken, yazılı şekilde yüksek miktarda nafakaya hükmedilmesi hatalı olup, bu husus bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 11/04/2021; Y. 3. H.D., E. 2016/12743, K. 2017/2238, T. 01/03/2017 “Somut olayda; davacının özel bir hastanede kadın doğum uzmanı olarak çalıştığı, aylık ortalama gelirin 7.800TL civarında olduğu, davalının ise yine özel bir hastanede kardiyolog olarak çalıştığı ve aylık ortalama gelirin 10.000TL olduğu, müşterek çocuk Sena'nın 10.03.2000 doğumlu olup, ... Lisesinde 9.sınıfta olduğu ve okul ücretinin yıllık 12.300 EURO olduğu anlaşılmaktadır. Somut olayda mahkemece; davalının sosyal ve ekonomik durumu ile çocuğun ihtiyaçları arasında orantısız şekilde düşük nafakaya hükmedilmiştir. O halde mahkemece; çocuğun ihtiyaçları ile ana ve babanın hayat koşulları ve ödeme güçleri göz önünde bulundurularak daha yüksek bir nafakaya hükmetmek gerekirken, davalının gelir-gideri ve çocuğun ihtiyaçları ile orantısız şekilde düşük nafakaya hükmedilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.” www.kazanci.com.tr e.t. 11/04/2021.

³⁹⁵ Kayıhan/Ünlütepe s.319; Egger s.258.

³⁹⁶ Saymen/Elbir s.272; Egger s.259.

³⁹⁷ Öztan, (Aile) s.796.

2.3.3 Alınan Önlemler Açısından Değişiklik Yapılabilmesi

TMK 183 hükmünde yeni olguların yaratabileceği değişikliklerden bahsedilmektedir. Buna göre “*Ana veya babanın başkasıyla evlenmesi, başka bir yere gitmesi veya ölmesi gibi yeni olguların zorunlu kılması hâlinde hâkim, re’sen veya ana ve babadan birinin istemi üzerine gerekli önlemleri alır.*” Her şeyden önce maddede sayılan durumlardan sonra “gibi” ibaresi kullanılmış olduğundan, TMK 183 hükmünün *numerus clausus* prensibi doğrultusunda düzenlendiğinden bahsedilemez. Bu nedenle, ortaya çıkabilecek ve boşanmanın çocuklar yönünden sonuçlardan biri veya tamamı yönünden değişiklik yapılmasını gerektirecek dozdaki her durum için hâkime başvurulabilir. Ek olarak hâkim, bu tedbirleri re’sen de alabilir. Örnek verecek olursak, velayet kendisine bırakılmış tarafın daha sonra uyuşturucu bağımlısı haline gelmesi halinde değişikliğe gidilmesi yerinde olacaktır. Yine başka bir ihtimalde nafaka borçlusunun şirketinin iflası halinde nafakada indirimde gidilmesi talep olunabilir.³⁹⁸

Değişiklikler açısından nafaka borçlusunun evlenmesi ihtimali tek başına nafakada indirim sebebi olamaz.³⁹⁹ Daha önce de belirtmiş olduğumuz üzere velayet sahibinin vefatı halinde velayet doğrudan diğer ebeveyne intikal etmeyecek bunun için bir dava ikame edilmesi gerekecektir.⁴⁰⁰

³⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. Kılıçoğlu, (Aile) s.153 vd.

³⁹⁹ Öztan, (Aile) s.798-799.

⁴⁰⁰ Erdem s.187.

SONUÇ

Boşanma kavramı, tarihsel süreç içerisinde belli ihtiyaçların sonucunda zaruri olarak doğmuştur. TMK 185 hükmü doğrultusunda kanun koyucu, eşlerden her ikisine evlilik birliğinin mutluluğunu ortaklaşa sağlama yükümlülüğü getirmiş olduğundan, kanun koyucunun evlilik birliğinden beklentisinin bu birliğin eşlerce devam ettirilmesi yönünde olduğu ve evlilik birliğinin sona erdirilmesinin kamusal menfaatler de göz önüne alınarak çok da arzulanmadığı çıkarımında bulunabiliriz. Ancak kişisel ilişkiler her zaman kanun koyucunun murat ettiği şekilde ilerleyemez. İnsan ilişkileri, sonsuz ihtimaller dahilinde çeşitlilik içerisindedir. Bu fikirler ışığında, evlilik birliğinin zamanla bir enkaz haline gelmesi de pek tabii ki doğaldır. Bir enkazı kaldırıp yeni bir sayfa açmanın, kişilerin enkaz içerisinde hayatlarını sürdürmelerinden daha insani ve faydalı olacağı hususunun farkında olan kanun koyucu, TMK 161 vd. hükümlerinde boşanma kurumunu düzenlemiştir.

Boşanma, eşlerin kendi iradeleri sonucu meydana getirdikleri evlilik birliğinin bir sebebe dayalı olarak ve yetkili bir yargı mercii hükmüyle sona erdirilmesini ifade eder. TMK 161 ila 166. maddeleri arasında boşanma sebepleri düzenlenmiştir. Boşanma sebepleri çeşitli sınıflandırmalara tabi tutulur. Kanun koyucunun önceden belirlenmiş bir olgunun gerçekleşmesi şartını araması ya da önceden belirlenmiş bir olguya işaret etmemesi yönünden özel-genel boşanma sebepleri ayrımı yapılırken, yine kanun koyucunun çekilmezlik unsurunun mevcudiyetini arayıp aramaması yönünden de mutlak-nisbi boşanma sebepleri ayrımı yapılır.

Tez konumuz olan TMK 163 hükmünde, aynı madde içerisinde düzenlenmiş olan birbirinden farklı, iki ayrı boşanma sebebi bulunur. Bunlardan ilki, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma, ikincisi ise haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmadır. Konuya ilk olarak boşanma sebeplerinin sınıflandırılması yönünden yaklaşacak olursak; 743 sayılı MK döneminde, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma mutlak boşanma sebebi olarak düzenlenmişti. Böylece o dönemde, eşin küçük düşürücü suç işlemiş olması aile hakiminin boşanmaya hükmetmesi açısından yeterli oluyor, evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi hususu incelenmiyordu. 4721 sayılı TMK'da ise gerek küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma gerekse haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanma nisbi boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Böylelikle aile hâkimi, derdest davada her iki boşanma sebebi açısından da somut olguları inceleyecek, buna ek olarak evlilik birliğinin davacı eş açısından çekilmez hale gelip gelmediği hususunu da irdeleyecektir. Çekilmezlik

unsuru açısından hâkim, tarafların sosyal statülerini, toplumdaki konumlarını da irdeleyerek TMK 4 hükmünün verdiği takdir yetkisi doğrultusunda bir karara varacaktır. Bu hususta, eşlerin her ikisinin de küçük düşürücü bir suç işlemesi ya da her ikisinin de haysiyetsiz hayat sürmesi gibi ihtimallerde çekilmezlik şartı ileri sürülemeyeceğinden TMK 163 hükmüne başvurulamaz.

TMK 163 hükmünde yer alan ilk boşanma sebebi, küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanmadır. Küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma açısından ilk olarak eşlerden birinin suç işlemesi mutlak koşuldur. Bu noktada her suç değil, sadece küçük düşürücü nitelikteki suçlar TMK 163 hükmünün konusu olabilir. Küçük düşürücü suçlar yönünden TCK sistematigi içerisinde bir suç kategorisi bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu suçlar, herhangi bir kanunda *numerus clausus* prensibi doğrultusunda tahdidi olarak da sayılmadıklarından küçük düşürücü suçların ve buna paralel olarak yüz kızartıcı suçların net bir uygulama alanı bulunmamaktadır. Küçük düşürücü suçlar, bir suç fiilinin işlenişindeki bayağı bir zihin yapısını, ahlaki bir düşüklüğü, aşağı bir davranış kalıbını ifade ederler. Örneğin cinsel saldırı suçları, zimmet, irtikap, rüşvet gibi suçlar doğrudan küçük düşürücü nitelikte kabul edilirler. Öldürme, hırsızlık, güveni kötüye kullanma gibi suçlar ise her ihtimalde küçük düşürücü nitelik taşımayabilirler. Bu suçlar açısından hâkim, her ihtimalde suçun kanundaki ana başlığına değil, eşin suçu işlemesindeki temel gayeye odaklanmalıdır. Eşin işlediği iddia olunan suçun kanunlarda öngörülen cezasının ağırlığı ya da suç hakkında soruşturma ya da kovuşturma yapılması da boşanma hükmü verilmesi açısından önem arz etmez.

Küçük düşürücü suç işleme açısından önem arz eden diğer bir husus ise eşin işlediği küçük düşürücü nitelikteki suçun üçüncü kişilere yönelmesi gerekliliğidir. Bizzat diğer eşe yönelen suçlar açısından TMK 163 hükmüne başvurulamaz. Diğer eşe karşı işlenen suç fiilleri yönünden TMK 162 hükmüne dayanılabilir.

Küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma açısından kastın varlığı mutlak kuraldır. Taksirle işlenen suçlar yönünden TMK 163 hükmü uygulanamaz. Ek olarak hukuka uygunluk sebepleri mevcut ise bu durum, suç fiilindeki hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığından, hukuka uygunluk sebeplerinin mevcudiyeti halinde de küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma kararı verilemez. Yine haksız fiiller, güvenlik tedbirleri, disiplin cezası gerektiren fiiller ve kabahatler tek başlarına bir suçu ifade etmediklerinden bu fiillere dayalı olarak da TMK 163 hükmü uygulanamaz. Fakat bu

fiiller suçlarla bir arada bulundukları ihtimallerde pek tabii ki TMK 163 hükmü uyarınca boşanma kararı verilebilir.

Davaya konu küçük düşürücü suç, doktrindeki hâkim görüş ve Yargıtay uygulaması doğrultusunda her ihtimalde evlilik birliğinin meydana geldiği tarihten sonraki bir tarihte işlenmelidir. Evlilik birliğinin kurulduğu tarihten önce işlenen suçlara dayalı olarak TMK 163 hükmüne başvurulamaz.

TMK 163 hükmünde kanun koyucu tarafından açıkça ifade edilmese de küçük düşürücü suç işleme sebebiyle boşanma açısından davacı eşin, boşanma davasını suç fiilini öğrenmesinin üzerinden makul edilebilecek bir süreden çok daha uzun bir süre sonra açması ihtimalinde veya diğer eşin suç fiilini açıkça ya da zımnen affetmesi halinde de dava hakkı ortadan kalkacaktır.

TMK 163 hükmünde düzenlenmiş olan diğer bir boşanma sebebi ise haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmadır. Öncelikle kanunlarda, haysiyetsiz hayat kavramının neyi ifade ettiğine dair herhangi bir açıklama yapılmamıştır. Haysiyetsiz hayat, bir kişinin toplumun genel ahlak normlarına aykırı bir yaşamı sürdürüyor olmasını ifade eder. Bu bağlamda, bir kişinin sürekli alkol kullanması, sürekli kumar oynaması gibi haller haysiyetsiz hayat kavramına örnek teşkil ederler. Haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmaya hükmedilebilmesi için haysiyetsiz hayatın süreklilik göstermesi şarttır. Tek bir sefer kumar oynanması ya da tek bir sefer uyuşturucu madde kullanılması hallerinde haysiyetsiz bir hayattan değil sadece haysiyetsiz bir davranıştan bahsedilebilir. Bunlara ek olarak haysiyetsiz hayat, eşin kendi kusurundan doğmalıdır. Eşe, kendi iradesi dışında sürekli alkol verilmesi gibi bir ihtimalde haysiyetsiz hayat sürdürülmesi yönünde bir kusur atfedilemeyeceğinden, hâkim, burada TMK 163 hükmüne dayalı bir boşanma kararı da veremez.

Haysiyetsiz hayat fiilleri, evlilik birliğinin başladığı tarihten sonra sürdürülmelidir. Yine haysiyetsiz hayat sürme sebebiyle boşanmanın nisbi bir boşanma sebebi olmasına paralel olarak aile hâkimi, evlilik birliğinin bu sebeplerle davacı eş açısından çekilmez hale gelip gelmediği hususunu da TMK 4 hükmünde kendisine verilmiş takdir yetkisi doğrultusunda incelemekle yükümlüdür.

Eş, diğer eşin haysiyetsiz hayat sürmeye yönelik fiilleri sona ermesine rağmen davayı makul kabul edilebilecek bir süreden çok daha uzun bir süre sonra ikame etmişse veya açıkça ya da örtülü olarak diğer eşin haysiyetsiz hayat sürmeye yönelik fiillerini affetmişse bu hallerde dava açma hakkı ortadan kalkacaktır. Hâkim, bu

ihtimaller dahilinde açılmış bir davayı çekilmezlik unsurunun yokluğu sebebiyle reddetmelidir.

Eş, dava dilekçesinde TMK 163 hükmünde gösterilen boşanma sebeplerinden birine veya her ikisine dayanabileceği gibi, bu sebeplerle birlikte TMK 166 hükmündeki genel boşanma sebebine ya da kanundaki tüm sebeplere dayanabilir. Hâkim, böyle bir ihtimalde talep edilmiş her bir boşanma sebebi yönünden ayrı ayrı hüküm kurmak zorundadır. Hâkimin bu hususu yerine getirmemesi Yargıtay uygulaması doğrultusunda bozma sebebi teşkil eder.

Boşanma davası, bozucu yenilik doğuran bir dava statüsü taşır. Hâkim, derdest bir boşanma davasında TMK 169 hükmü doğrultusunda her somut olay açısından alınması gereken geçici tedbirleri almak zorundadır. Bu tedbirler, özellikle eşlerin barınması, geçimi, varsa ortak çocuk lehine tedbir nafakasına hükmedilmesiyle ilgilidir.

Boşanma davası sonucunda, hâkimin boşanmaya yönelik hükmüyle beraber çeşitli şahsi sonuçlar doğacaktır. İlk olarak hükümle beraber, eşler arasındaki evlilik birliği son bulur ve bu doğrultuda eşlerin TMK 185 hükmünden doğan yükümlülükleri de sona erer. Eşler açısından boşanma hükmüyle beraber yeniden evlenme imkânı da kendini gösterir. Ancak kadının bu noktada iddet süresine ilişkin hükümlere dikkat etmesi gerekecektir. Evlilikle beraber kazanılmış olan vatandaşlık, erginlik gibi kişisel statüler boşanmaya rağmen korunur. Ancak soyad bu kuralın istisnasıdır. Boşanma hükmüyle beraber eşler, artık birbirlerine mirasçı olamazlar ve yine eşlerin birbirlerinden olan alacakları açısından evlilik nedeniyle durmuş olan zamanaşımı kaldığı yerden işlemeye devam edecektir.

Boşanma hükmü sonucunda şahsi sonuçlara ek olarak bir de mali sonuçlar kendini gösterir. İlk olarak eşler, hangi mal rejimine tabi iseler o mal rejimi hükümleri devreye girer. Bunun dışında, daha az kusurlu eş daha fazla kusurlu eşten maddi veya manevi tazminat talep edebilir. Yine boşanma hükmü sebebiyle yoksulluğa düşecek olan ve diğer tarafa nazaran daha az kusurlu taraf açısından yoksulluk nafakası talebi de gündeme gelebilir. Hâkim, yoksulluk nafakasına re'sen hükmedemez.

Aile hakiminin vereceği boşanma hükmü sonucunda çocuklar açısından da çeşitli sonuçlar doğar. İlk olarak hâkim, çocuğun velayetinin kime bırakılacağını ve velayet kendisine bırakılmamış olan eş ile çocuğun kişisel ilişkisinin ne şekilde düzenleneceğini takdir eder. Burada her ihtimalde BM Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesi uyarınca çocuğun üstün yararı esas alınmak zorundadır. Yine hâkim, ortak

ocuk mevcutsa çocuğun giderleri açısından da re'sen iştirak nafakasına hükmetmek zorundadır.



KAYNAKÇA

- AKINCI, Şahin.** Roma Hukuku Dersleri, Konya: Sayram Yayınları, 2020.
- AKINTÜRK, Turgut.** Türk Medeni Kanunu'nun Evlilik Hukukuna İlişkin Hükümlerinde Yapılması Öngörülen Değişiklikler, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:29, Sayı:1, 1972.
- AKINTÜRK, Turgut.** Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977. (50. Yıl)
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya.** Aile Hukuku, C. 2, B. 22 İstanbul: Beta Yayınları, 2020. (Aile 2)
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ, Derya.** Medeni Hukuk, B. 25, İstanbul: Beta Yayınevi, 2019. (Medeni)
- AKINTÜRK, Turgut/ ATEŞ KARAMAN, Derya.** Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, B. 14, İstanbul: Beta Yayınevi, 2012. (Aile 1)
- ALACAKAPTAN, Uğur.** Suçun Unsurları, Ankara: Sevinç Matbaası, 1975.
- ARAS, Bahattin.** Roma Hukukunda Evlenme ve Boşanma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:18, Sayı:2, 2010.
- ARTUK, Mehmet Emin.** Güvenlik Tedbirleri", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Sayı:1, 2008.
- AVSALLI, Hüseyin.** Zimmet Suçu, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Doktora Tezi, 2006.
- AYAN, Nurşen.** Terk Nedeniyle Boşanma, Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:1, 2007.
- AYDIN, Seda Gayretli.** Kadın ve Kanuni Bekleme Süresi, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Cilt:31, Sayı:136, 2018.
- AYİTER, Nuşin.** MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.
- BADUR, Emel/ BAŞARA, Gamze Turan.** Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:65, Sayı:1, 2016.

BAŞPINAR, Veyssel. Türk Medeni Kanunu ile Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:52, Sayı:3, 2003.

BEKAR, Elif. Kabahatler Kanunu'nun Genel Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:69, Sayı:1-2, 2011.

BERKİ, Şakir. Boşanma ve Ayrılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 30, Sayı 1-4, 1973.

BULUT, Harun. Aile Hukukunda Boşanma Davaları ve Yabancı Unsurlu Davalar, B. 1, İstanbul: Beta Yayınevi, 2007.

BURCUOĞLU, Haluk. Boşanmada Kusur ve Yoksulluk Nafakası ile İlgili Gözlemler, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, 2018.

CANSEL, Erol. Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar, Ankara Hukuk Fakültesi Ellinci Yıl Armağanı Cilt II Boşanma Hukuku Haftası, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.

CEYLAN, Ebru. Yeni Türk Medeni Kanunu'na Göre Kadının Durumu, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:2, Sayı:1, 2016.

CİN, Halil. Eski Hukukumuzda Boşanma, B.2, Konya: Selçuk Üniversitesi Basımevi, 1988.

CILCA, İbrahim. Aile Mahkemeleri Tasarısı Üzerine Bir Değerlendirme, Sosyal Politika Çalışmaları Dergisi, Cilt:5, Sayı:5, 2002.

ÇOLAK, Haluk. Siyasi Suçların 3005 Sayılı kanuna Göre Yargılanabilmeleri Sorunu, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:2, 1998.

DEDE, İsmail. Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt: 23, Sayı: 3, 2017.

DEDE, İsmail. Yoksulluk Nafakasının Fiili Birliktelik ve Haysiyetsiz Yaşam Sürme Sebebiyle Sona Ermesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:15, Sayı:2, 2016.

DEMİR, Remzi. Türk Medeni Kanunu'na Göre Çocukla Kişisel İlişki Kurulması, Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 25, Sayı: 42, 2020.

DOĞAN, İzzet. Türk Medeni Kanunu'nun Düzenlemelerine Göre Tedbir, Yoksulluk ve İştirak Nafakası", Public and Private International Law Bulletin, Sayı:35, 2015.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Mustafa Alper. Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, B. 15, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2020.

DURSUN, Hasan. Af Kavramına Genel Bir Bakış, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:85, 2009.

EGGER, Andreas. Aile Hukuku, Çeviren: Çağa Tahir, İstanbul: Kenan Matbaası, 1943.

ERBAYDAR, Nüket Paksoy/ BALSEVEN ODABAŞI, Aysun. Medeni Kanun'un Bekleme Süresi (İddet Müddeti) ile İlgili 132. Maddesinin Kadın Hakları ve Modern Tıptaki Gelişmeler Işığında Değerlendirilmesi, Fe Dergi, Cilt:10, Sayı:1, 2018.

ERCAN, İbrahim. Boşanma Davalarında Geçerli Olan Yargılama İlkeleri, Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 4, Sayı:2, 2014.

ERDEM, Mehmet. Aile Hukuku, B. 2, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.

EREM, Faruk. Ceza Hukukunda Hakkın Kullanılması, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 41, Sayı: 1, Ankara: 1990.

ERMAN, Hasan. Medeni Hukuk Dersleri: Başlangıç Bölümü, İstanbul: Der Yayınları, 2010.

EROĞLU, Orhan. Medeni Usul Hukuku'nda Davaya Cevap ve Cevap Dilekçesi Vermemenin Sonuçları, Ankara Barosu Dergisi, Cilt:76, Sayı:2, 2018.

ERSÖZ, Oğuz. Suç İşleme ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Sebebiyle Boşanma, İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:2, 2018. (Boşanma)

ERSÖZ, Oğuz. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nda Düzenlenen Boşanma Sebeplerine Genel Bakış, The Journal Of Science, Cilt:3, Sayı:5, 2019. (Sebepler)

ESENER, Turhan. Hukuka Giriş, B. 10, İstanbul: Alkım Yayınevi, 2012.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin. Aile Hukuku, B. 2, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1979.

GENÇCAN, Ömer Uğur. Boşanma Hukuku, B.9, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020.

GENİŞ, Mert/ TOKER, Bengü/ ŞAKİROĞLU, Mehmet. Boşanmanın Çocuklara Etkisi, Çocuğa Söylenmesi ve Ebeveyn Yabancılaşması Derleme Çalışması, Adnan Menderes Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi, Cilt:3, Sayı:3, 2019.

GİŞİ, Selçuk. Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Kabahatler Kanunu, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:8, Sayı:1, 2017.

GÖREN, Zafer. Evlilik ve Ailenin Korunması ve Desteklenmesi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı: 1, 2016.

HATEMİ, Hüseyin. Aile Hukuku, B. 8, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2020. (Aile)

HATEMİ, Hüseyin. Kişiler Hukuku Dersleri, B. 2, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2001.

- HELVACI, Serap.** Gerçek Kişiler, B. 4, İstanbul: Legal Yayıncılık, 2012.
- HELVACI, Serap/ ERLÜLE, Fulya.** Medeni Hukuk, B. 6, İstanbul: Legal Yayınevi, 2020.
- HÜSEYİNOĞLU, Emin.** Suçun Biçimsel ve Maddi Anlayışı Açısından Rusya Federasyonu Ceza Hukukunda Suç Kavramı, Ankara Barosu Dergisi, Cilt:76, Sayı:1, 2018.
- İNAN, Ali Naim.** Türk Medeni Hukuku, B. 3, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2014.
- İPEK, Ali İhsan.** Genel Boşanma Sebepleri, B. 1, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2008.
- KARABULUT, Ayşe Kübra.** Türk Medeni Kanunu'nun 162. ve 163. Maddelerine Dayanılarak Açılan Boşanma Davaları, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzurum: 2018.
- KARAN, Ulaş.** Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 13, Sayı 163-164, 2018.
- KAYIHAN, Şaban/ ÜNLÜTEPE, Mustafa.** Medeni Hukuk Bilgisi, B. 4, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2017.
- KEÇECİOĞLU, Elvan.** Kusurluluğu Ortadan Kaldıran Sebeplerle Hukuka Uygunluk Sebepleri Arasındaki Ayrımın TCK'nın Uygulanması Bakımından Pratik Sonuçları, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:87, 2010.
- KILIÇOĞLU, Ahmet.** Aile Hukuku, B. 4, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019. (Aile)
- KILIÇOĞLU, Ahmet.** Medeni Hukuk Temel Bilgiler, B. 7, Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- KIRMIZI, Mustafa.** Boşanma Davaları, B. 2, Ankara: Bilge Yayınevi, 2020.
- KOCAUŞAK, Fulya.** Antik Roma'da Aile Hukuku, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Bursa 2011.
- KÖNEZOĞLU, Bilge.** Aile ve Ailenin Korunması, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/ KANETİ, Selim.** Aile Hukuku, İstanbul: Özdem Kardeşler Matbaası, 1985-1986.
- KÖSEOĞLU, Bilal/ KOCAAĞA, Köksal.** Aile Hukuku ve Uygulaması, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2009.
- KURT, Ekrem.** Boşanma Davasında Hakimin Alacağı Geçici Önlemler, Antalya Bilim Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:1, 2013.
- MALKOÇ, İsmail.** Kanunlarımızda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 4, 1989.

MOROĞLU, Nazan. Kadının Kimlik Sorunu “Kadının Soyadı, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı: 99, 2012.

NOMER, Ergin. Türk Vatandaşlık Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2014.

ODABAŞI, Büşra. Yoksulluk Nafakasında Süre Sorunu, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:94, Sayı:2, 2020.

OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami. Medeni Hukuk, B. 18, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2012.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, M. Turgut. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B. 10, C. 2, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.

OĞUZOĞLU, Cahit. Medeni Hukuk I Şahsın Hukuku, Ankara: Yeni Desen Matbaası, 1963.

ÖNOK, R. Murat/ ÖNAY, Işık. Hukuk Düzeninin Birliği İlkesi Çerçevesinde Zorunluluk Hâlinin Hukukî Niteliği, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt:77, Sayı:2, 2019.

ÖZDEMİR, Saibe Oktay. Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt:35, Sayı:1, 2015.

ÖZEL, Çağlar/ TATAR, Erol. Aile Mahkemelerinin Yapısı ve Kararları Üzerine Genel Bir Değerlendirme, Sosyoekonomi, Cilt:7, Sayı:7, 2008.

ÖZTAN, Bilge. Aile Hukuku, B. 6, Ankara: Turhan Kitabevi, 2015. (Aile)

ÖZTAN, Bilge. Aile Hukuku, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1979. (Eski Aile)

ÖZTAN, Bilge. Boşanmada Velayetin Tevdii, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, 2016.

ÖZTAN, Bilge. Medeni Kanun’un Kabulünün 70’inci Yılında Aile Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 44, Ankara: 1995. (70. Yıl)

ÖZTÜRK, Ali. Aile Hukuku’nda Ayrılık, B. 1, İstanbul: Seçkin Yayınları, 2015.

ÖZTÜRK, Bahri/ ERDEM, Mustafa Ruhan. Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, B. 13, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.

PEKCANITEZ, Hakan/ ATALAY, Oğuz/ ÖZEKES, Muhammet. Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 2, Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.

SARIOZEN, M. Serhat. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Medeni Usul Hukukumuzda Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı:96, 2011.

SAYMEN, Ferit H./ ELBİR, Halid K. Türk Medeni Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Cilt: 3, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1957.

SCHWARZ, Andreas B. Aile Hukuku 1, Türkçeye çeviren: Davran Bülend, İstanbul: Ülku Matbaası 1942.

SEROZAN, Rona/ BAŞOĞLU, Başak/ KAPANCI, Berk. Aile Hukukunun Özellikleri, İlkeleri ve Gelişimi, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 15, Sayı 2-2, 2016.

TAHİROĞLU, Bülent/ ERDOĞMUŞ, Belgin. Roma Hukuku Meseleleri, B. 5, İstanbul: Der Yayınları, 2010.

TAŞKIN, Özden Özer. Velayet Hakkının Kullanılması, Velayetin Değiştirilmesi, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı:1, 2020.

TEKİNAY, Selahattin Sulhi. Türk Aile Hukuku, B. 2, İstanbul: Fakülteler Matbaası, 1982.

TURABİ, Selami. Hukukumuzda Yüz Kızartıcı Suç Kavramı ve Bir Öneri, Ceza Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:19, 2012.

TUNCAY, Burak. Yoksulluk Nafakası, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:4, Sayı:1, 2019.

TÜZÜNER, Özlem. Müftülerin Evlendirme Memurları Arasına Katılması Hakkında Güncel Hukuki Gelişmeler ve Öneriler, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:10, Sayı:2, 2019.

UZUN, Mine. Türk Medeni Kanunu Kapsamında Boşanmadaki Tazminat Hükümlerinin Şartlarına Genel Bakış, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:89, Sayı:3, 2015.

ÜÇOK, Coşkun/ MUMCU, Ahmet/ BOZKURT, Gülnihal. Türk Hukuk Tarihi, B. 21, Ankara: Turhan Kitabevi, 2019.

ÜNSAL, Yağmur. Nafaka Çeşitleri ve Koşulları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt:90, Sayı:5, 2016.

VATANSEVER, Müge. Eski Türk Hukukunda Boşanma ve Günümüz Hukukuyla Karşılaştırması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İzmir: 2011.

VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet. Türk Medeni Hukuku Cilt II Aile Hukuku Cüz I, B. 2, İstanbul: İstanbul Matbaacılık, 1949.

YALÇINKAYA, Namık/ KALELİ, Şakir. Yeni Boşanma Hukuku, C: 1, B: 2, Ankara: 1988.

YILDIZ, Başak. Hititlerde Aile Hukuku, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara: 2006.

YILMAZ, Ejder. Hukuk Muhakemeleri Kanununda Süreler, Journal Of Yaşar University, Cilt:8, Sayı: Özel, 2013.

YILMAZ, Ejder. Savcıların Hukuk Davalarındaki Görevleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı:1, Cilt:29, 1972.

YÜZBAŞIOĞLU, Necmi. Anayasa Hukukunun Temel Metinleri, B. 8, İstanbul: Beta Kitabevi, 2012.

ZEVLİLİLER, Aydın/ ACABEY, Beşir/ GÖKYAYLA, Emre. Medeni Hukuk, B. 5, Ankara: Savaş Yayınları, 1997.

ZEYTİN, Zafer/ ERGÜN, Ömer. Türk Medeni Hukuku, B. 5, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.danistay.gov.tr

www.dergipark.org.tr

www.jurix.com.tr

www.kazanci.com

www.legalbank.net

www.medical-dictionary.thefreedictionary.com

www.mevzuat.gov.tr

www.sozluk.gov.tr