

**T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA
GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ**

Yüksek Lisans Tezi

**Danışman
Prof. Dr. Mehmet AYAN**

**Hazırlayan
Ali İhsan İPEK**

KONYA 2007

**T.C.
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK BİLİM DALI**

**TÜRK HUKUKUNDA
GENEL BOŞANMA SEBEPLERİ**

Yüksek Lisans Tezi

**Danışman
Prof. Dr. Mehmet AYAN**

**Hazırlayan
Ali İhsan İPEK**

044233001002

KONYA 2007

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER	I
KISALTMALAR	IV
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EVİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI

EVİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI KAVRAMI, EVİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASININ UNSURLARI 10

§1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Kavramı	10
§2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasının Unsurları	24
I. Genel Olarak	24
II. Eşler Arasında Geçimsizlik ve Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına Neden Olan Olaylardan Bazıları.....	32
A. Ekonomik Nedenler.....	36
B.Cinsel İlişkinin Elverişsizliği ya da İmkânsızlığı.....	41
C. Hastalıklar	43
D. Sadakatsizlik	47
E.Güven Sarsıcı Davranışlar	50
F.Şeref ve Saygınlığa İlişkin Davranışlar	54
G. Dini İnanca İlişkin Davranış Ve Haller	60
III. Ortak Hayatın Çekilmez Hale Gelmesi.....	61

EVİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASINDA KUSURUN

ROLÜ.....70

§ 3. Kusur Sorunu.....	71
§ 4. İtiraz-Def'i.....	74

§ 5. Hakkın Kötüye Kullanılması.....	77
--------------------------------------	----

İKİNCİ BÖLÜM

ANLAŞMALI BOŞANMA

EŞLERİN BOŞANMA KONUSUNDA ANLAŞMALARI KAVRAMI, ANLAŞMALI BOŞANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI.....	88
§ 6Eşlerin Boşanma Konusunda Anlaşmaları Kavramı	89
§ 7Anlaşmalı Boşanmanın Hukuki Niteliği	94
§ 8. Anlaşmalı Boşanmanın Unsurları.....	97
I. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması	99
II. Eşlerin Birlikte Başvurması.....	103
III.Hâkimin Tarafları Bizzat Dinlemesi.....	106
IV.Eşlerin Uzlaştıkları Şartların Hâkimce Yerinde Görülmesi.....	111

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI

ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI KAVRAMI VE ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI	123
§ 9. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Kavramı	123
§ 10. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasının Hukuki Niteliği.....	127
§ 11 . Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasının Unsurları.....	129
I. Genel Olarak	129
II. Öncesinde Herhangi Bir Hukuksal Nedene Dayalı Olarak Açılan Davanın Reddedilmiş Olması.....	131
III. Redde İlişkin Kararın Kesinleşmesinden İtibaren Üç Yıl Geçmiş Olması Şartı Ve Bu Süre İçerisinde Evlilik Birliğinin Yeniden Kurulamamış Olması.	134
IV. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması.....	142

SONUÇ	143
KAYNAKÇA	151

KISALTMALAR

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AD.	: Adalet Dergisi
Art.	: Artikel (madde)
AÜEHFD.	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
b.	: Bent
BGB.	: Bürgerlichesgesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
çev.	: çeviren
E.	: Esas
EMK	: Eski Medeni Kanun
f.	: fıkra
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurulu
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeler Kanunu
İBD.	: İstanbul Barosu Dergisi
İFM	: İsviçre Fedaral Mahkemesi
İKD	: İçtihat Kararlar Dergisi
İMK	: İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
m.	: madde
MÜHFD	: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
n	: Numara
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SSK	: Sosyal Sigorta Kurumu
T.	: Tarih
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TMK.	: Türk Medeni Kanunu

vd.	: ve devamı
Y.	: Yıl
YD.	: Yargı Dünyası
Yarg.	: Yargıtay
YİBBK.	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Kurulu
YİBK.	:Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu
YKD.	: Yargıtay Kararları Dergisi
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)

GİRİŞ

Anayasanın 03.10.2001 tarih ve 4709 sayılı kanunla değişik “Ailenin Korunması” kenar başlıklı 41/1. maddesine göre; “Aile Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır teşkilatı kurar”. Bu düzenlemeden açıkça anlaşıldığı üzere, aile Türk hukukunda önemli bir kurum olarak ortaya çıkmıştır.

Aile Hukuku öğretisinde belirli bir aile tanımlaması yapılmamış olup birbirinden farklı olarak ortaya çıkan aile tanımlamalarına yer verilmiştir. Buna göre dar anlamda aile; yalnızca eşlerin oluşturduğu birlik anlamına gelir. Geniş anlamda aile; eşlerin yanında, çocukların da beraberinde oluşturduğu birlikteliktir. En geniş anlamda aile ise; aralarında kan bağı olması zorunlu olamayan otoriter bir kimsenin başkanlığında, aynı çatı altında yaşayan birliği ifade eder. En geniş anlamda aile tanımlamasında, kan bağı ya da evlilik bağı önemli olmayıp, herhangi bir işverenin emri altında çalışmasını sürdüren işçiler de bu tanımlamaya girebilir¹.

Anayasamızın benimsediği aile tanımlamasının, en geniş anlamda aile tanımlamasına uygunluk sağladığını, buna ilişkin Anayasa hükmünün koruyucu amacından çıkarmak mümkündür. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin aileyi değerlendiren 8. maddesindeki hükmünün de Anayasal tanımlama yönünde olduğu, bu anlamda, sözleşmedeki aile tanımlamasının aralarında evlilik bağı bulunmayan boşanmış eşleri ya da aralarında resmi evlilik bağı hiç kurulmamış birliktelikleri de kapsadığı sonucuna varmamız mümkündür².

¹ **AYAN, Serkan**, Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, LEGAL Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 38, Şubat 2006, s. 417- 418.

² **AKGÜN, Zerrin M.**, Boşanma Hukuku, İstanbul 1949, s. 73; **AYAN**, Makale, s. 418. “Evlilik devamlı ve şümüllü bir hayat ve mukadderat birliğidir”; “Aile, içinde insan türünün belli bir biçimde üretildiği, topluma hazırlama sürecinin belli bir ölçüde ilk ve etkili biçimde cereyan ettiği, cinsel ilişkilerin düzenlendiği, eşler ve anne ve babalarla çocuklar arasında belli bir ölçüde içten sıcak güven verici ilişkilerin kurulduğu, yine içinde bulunulan toplumsal düzene göre ekonomik etkinliklerin az ya da çok bir ölçüde yer aldığı toplumsal bir kurumdur” (**OZANKAYA, Özer**, Toplum Bilimine Giriş, Ankara 1979, s. 233). “Aile tanımlaması toplumlar değiştikçe değişikliğe uğramış, ancak yüzyıllar geçmesine karşın önemini artırarak devam ettirmiştir. İlk çağlarda aile, sosyal, ekonomik, kültürel anlamdaki görevleri bünyesinde barındırmasına karşın, ilerleyen yüzyıllarda insan topluluklarında meydana gelen değişim nedeniyle bu görevlerini topluma devretmiş ve toplumun en önemli özü halini

Evlenme bir erkekle bir kadının sürekli olarak ortak hayatlarını birleştirdikleri manevi, iktisadi ve hukuki bir birlikteliktir³. Evlilik, sevgi, şefkat, paylaşma ve duygu beraberliğini içerir. Evliliğin en önemli amacı, eşlerin birlikte yaşayarak hayatlarını idame ettirmelerini sağlamaktır. Evliliğin yüklediği ödevlerin eşler tarafından yerine getirilmemesi, birlikte yaşam ve hayat ortaklığının benimsenmemesi, doğrudan doğruya evlilik birliğine cephe almak anlamına gelir⁴.

Boşanma, eşler henüz hayatta iken, eşlerden birinin kanunda öngörülmüş olan sebeplerden birine dayanarak açacağı dava sonucunda, evlilik birliğine hâkim kararı ile son verilmesidir⁵.

Eşlerin serbest iradeleriyle başlayan evlilik birlikteliği, çeşitli sebeplere dayalı olarak son bulabilir. Evlilik birliğinin son bulma nedenlerini ölüm, ölüm karinesi, gaiplik nedeniyle feshe karar verme, nispi ya da mutlak butlan nedenlerine dayalı olarak son bulma ve boşanma olarak sıralamak mümkündür⁶.

Boşanmanın konusu ile boşanma sebeplerini birbirinden ayırmak gerekir. Kural olarak boşanmanın söz konusu olabilmesi için, ortada hukuken geçerli ve devam eden bir evliliğin mevcut olması gerekir. Ancak mutlak butlanla ya da nispi butlanla batıl evlilikler, hâkim kararı ile sona erdirilene kadar geçerli bir evliliğin hüküm ve

almıştır. Ancak aile kavramı tüm toplumlarda belli fonksiyon ve tanımlamayı değişmeden bünyesinde barındırmıştır. Bu anlamda yüzyıllar boyu aile denince akla; 1- Toplumun devamı için çoğalmayı sağlayacak cinsel ilişki, 2- Eşler arasındaki bu ilişkiyi kuran ve devam ettiren bir evlenme şekli, 3- Çocuk yetiştirme ve doğan çocukları tanıma usulü, 4- Ekonomik ihtiyaçların karşılanması, 5- Çatısı altında beraberce yaşanan ortak konut anlamları akla gelmiştir” (UÇAR, Mehmet Ali, Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara 2003, s. 21-23).

³ **AYAN, Serkan**, Evlilik Birliğinin Korunması, Ankara 2004, s. 10.

⁴ “Endüstri düzeni insanı yalnızdır, toplumda huzursuzdur, yorgundur, bedbahttır. Tedirginlikler içinde yaşayan bugünün modern dünyasının modern insanını aktivist insan halinde yetiştirmek onu sıkıntılardan kurtaracak, ona yön kazandıracak olan aile yuvası o insana aradığı huzuru da verecektir. Huzur aile yuvası dışında bulunmaz. İnsanlar felsefede, güzel sanatlarda, edebiyatlarda huzur aradılar, fakat gerçek huzuru aile yuvasında buldular” (NİRÜN, Nihat, Sistematik ve Sosyolojik Yönden Aile ve Kültür, Ankara 2004, s. 56).

⁵ **AKINTÜRK, Turgut**, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. 2, 9. Baskı, İstanbul 2004, s. 231. Ancak kanun koyucu evliliğin feshine bile sıcak bakmazken, boşanmayı evveliyatla sıkı şartlara bağlamıştır (AKGÜN, s. 73).

⁶ **HATEMİ, Hüseyin**, Aile Hukuku I, İstanbul 2005, s. 100. Öğretide bir görüş ise, buna ilişkin halleri gaiplik, butlan ve boşanma nedenleri olmak üzere üç başlık altında toplamıştır (ÖZTAN, Türk Medeni Kanununa Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler Özellikle Boşanma, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 713).

sonuçlarını doğurduğu için, bu evliliklerle ilgili boşanma davası açılabilir. Yok hükmünde olan ya da yurt dışında yapılmış ama Türk Hukukuna göre geçerli olmayan bir evlilik için boşanma davası açılmaz. Genel olarak boşanma sebepleri evlilikten sonra ortaya çıkar. Bazı durumlarda nadirde olsa evlilikten önce doğmuş olan olaylar da boşanmaya neden olabilir. Örneğin; devam eden akıl hastalığında söz konusu durum geçerlidir. Evliliğin yapılmasından önce olup da, evliliğin geçersiz olması sonucunu doğuran sebepler, evlilikten sonra boşanma sebebi olarak değerlendirilemez. Fakat bu sebepler evlilik sürecinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını doğurabilir⁷.

Boşanma, dava yoluyla kullanılması gereken, bozucu yenilik doğurucu⁸ ve

⁷ **ÖZTAN**, Aile, s. 372. Boşanma davası devam ederken davacının ölümü halinde evlilik birliğinin son bulma şeklinin ne olacağı önem arz eder. Bu durumda, boşanma kararı bulunmadığından, ya da böyle bir karar olsa bile, buna ilişkin karar henüz kesinleşmediğinden, evliliğin ölüm sonucu son bulduğunun kabulü gerekir. Ancak yeni Medeni Kanunumuz bu durumda, bir özellik ortaya koymaktadır. Gerçekten, Medeni Kanunun m. 181/1. fıkrasına göre; “ Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçıları olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölümle ilgili tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybederler. Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılardan birisinin, davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması halinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır”. Maddenin açık ifadesinden de anlaşılacağı üzere, boşanma hükmü kesinleşmeden ölüm meydana gelirse, evlilik ölümle son bulur. Bu durumda ölen eşin mirasçılarına bir imkân tanınmıştır. Buna göre, mirasçılar davanın kaldığı aşamasından devam ederek davalının kusurlu olduğunu ispatlarsalar, davalının murise mirasçı olmasına engel olabilirler. Ancak söz konusu imkânın sadece davacının ölümü haline münhasır olarak tanınması, davalı mirasçılarına böyle bir imkânının tanınmaması adalet ve eşitlik kurallarına aykırılık teşkil eder (**ÖZTAN**, Boşanma, s. 716). Diğer yandan da davalının miras hakkından mahrum kalması, davacıdan daha ağır kusurlu olmasına bağlıdır. Davalının daha az ya da eşit kusurlu olduğu durumlarda miras hakkına hâlel gelmez (**DOĞAN**, İzzet, “Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı”, *LEGAL Hukuk Dergisi*, Y. 4, S. 40, Nisan 2006, s. 1033). Bu durumda hâkimin, davacının mirasçılarını re’sen davaya dâhil etme yükümlülüğü bulunmadığı gibi, bu yönde mirasçılara bilgilendirme vazifesi de yoktur. Ayrıca hâkim nihai hükmünde, boşanma talebi bakımından, ölüm nedeniyle dava konusuz kaldığından “karar verilmesine yer olmadığına”, mirasçılar talebi bakımından ise, davalının “kusurlu olduğunun tespiti” ya da “kusurlu olmadığının tespiti” şeklinde bir karar vermesi gerekir (**DOĞAN**, s. 1035). Yargıtay 2. HD., 22.6.2004, E. 2004/4988, K. 2004/8234 sayılı bir kararında, “...boşanma veya evlilik birliğinin iptali davası açan davacının davanın devamı sırasında ölümü halinde, mirasçıları veya mirasçılardan biri davayı devam ettirebilecek, davada sadece eşlerin kusur durumları belirlenecek, hâkim boşanmaya karar vermeyecek sadece eşlerin hangisinin tamamen veya daha fazla kusurlu olduğunu belirleyecektir. Davacı, (koca) 18.02.2002 tarihinde boşanma davası açmış, 23.12.2002 tarihinde ölmüştür. Türk Medeni Kanununun 181. maddesi gereğince evlilik birliği ölümle sona erdiğinden boşanma konusunda karar verilmesine yer olmadığına ve Türk Medeni Kanununun 181. maddesi gereğince toplanan delillere göre hangi tarafın kusurlu olduğu veya tamamen kusurlu olduğunun tespitine karar verilmesi gerekirken davacı (koca) sağlamış gibi kesin hüküm oluşturacak şekilde davanın reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir” demiştir (YAYINLANMAMIŞTIR). Burada hâkimin kusurluluğun tespiti yanında davalının davacıya mirasçı olamayacağının da hüküm altına alması gerekir (**DOĞAN**, s. 1035).

⁸ Yenilik doğuran hak, usulüne uygun olarak kullanılmasıyla tek taraflı olarak yeni bir durum oluşturan, mevcut hukuki durumu değiştiren ya da ortadan kaldıran haklardır. Yenilik doğuran haklar; kurucu, bozucu ve değiştirici yenilik doğuran haklar olmak üzere üçe ayrılır. Kurucu yenilik doğuran haklar, yeni bir hukuki durum oluşturan, değiştirici yenilik doğuran haklar, mevcut hukuki durumda

münhasıran kişiye bağlı⁹ bir hak¹⁰ niteliğindedir¹¹.

Boşanma, toplumdan topluma farklılık göstermiş ve farklı tarihlerde farklı sistemler çerçevesinde kabul görmüştür. Genel olarak; serbesti sistemi, yasaklama sistemi ve hâkim kararı ile boşanma sistemi olmak üzere üç sistem vardır. Belirtelim ki modern hukukların benimsediği sistem hâkim kararı ile boşanma sistemidir. Medeni Kanun da bu sistemi benimsemiştir¹².

Serbesti sisteminde, eşler nasıl ki kendi iradeleri ile evliliği meydana getirebiliyorlar ise, yine ortak iradeleri ile evliliği ortadan kaldırabilirler. İslam Hukuku'nda, Roma-Cermen Hukuku'nda ve 1944'e kadar Rusya'da bu sistem geçerlidir. Yasaklama sisteminde ise, evlilik gerçekleşince eşler bu evliliği sona erdirememektedirler. Özellikle, Katolikliğin etkili olduğu yerlerde bu sistemin etkileri görülür. Bu sistemde en fazla ayrılığa karar verilebilirdi. Hâkim kararı ile boşanma sisteminde, boşanma sebepleri ve boşanmanın sonuçları kanunda düzenlenir. Boşanma sebeplerinin varlığı ancak hâkim kararı ile tespit olunur. Eşler kendi aralarında anlaşmış

değişiklik meydana getiren, bozucu yenilik doğuran haklar ise, kurulmuş olan bir hukuki durumu ortadan kaldıran haklardır. Kurucu yenilik doğuran haklara örnek olarak, şüfa, vefa ve iştirak haklarını, değiştirici yenilik doğuran haklara, ayıplı mal üzerinde alıcının sahip olduğu seçimsel haklarından birini kullanmasıyla oluşan hukuki durumu, bozucu yenilik doğuran haklara ise, boşanma davasıyla ortaya çıkan hukuki durumu gösterebiliriz. Yenilik doğuran hakların özelliklerine değinirsek; kural olarak, kullanma biçimi şekle tabi değildir. Ancak boşanma halinde olduğu üzere, bazı yenilik doğuran haklar, ancak, dava yoluyla kullanılabilir. Bir defa kullanıldıktan sonra, artık yeniden eski hali sağlamak mümkün değildir. Bu halde, eski duruma dönmek için işlemin yenilenmesi gerekir. Tek taraflı olarak yapılan irade beyanı, karşı tarafa ulaşmasıyla sonuçlarını doğurur. Şarta bağlı tutulamazlar. Genellikle hak düşürücü sürelerle tabidir (**AYAN, Mehmet**, Medeni Hukuka Giriş, 2. Bası, Konya 2005, s. 91–94).

⁹ “Münhasıran kişiye bağlı hakla kastedilen, buna ilişkin hakların bizzat kişinin kullanabilmesi, başka bir deyişle, kullanma özgürlüğüne sahip olmasıdır. Bu anlamda, kişi, hakkın kullanılıp kullanılmayacağına kendisi karar verir (Geniş bilgi için bkz. **AYAN**, Giriş, s. 83).

¹⁰ Hak kavramı üzerinde, üç temel teori ortaya atılmıştır. Bu teoriler; irade teorisi, menfaat teorisi ve karma teori olarak ortaya çıkmıştır. İrade teorisine göre, hak; hukuk düzeninin kişilere sağlamış olduğu irade gücüdür. Menfaat teorisine göre, hak; hukuk düzeninin kişilere sağlamış olduğu menfaattir. Karma teoriye göre ise, hak; hukuk düzeninin kişilere sağlamış olduğu hem irade gücü, hem de menfaattir (**AYAN**, Giriş, s. 75–76).

¹¹ **AYAN**, Giriş, s. 93; **HATEMİ**, s. 100; **ÖZTAN**, Boşanma, s. 716.

¹² **YALÇINKAYA, Namık / KALELİ, Şakir**, Boşanma Hukuku, 2. Bası, Ankara 1988, s. 15–30; **KANDİL, Seher**, Türk Hukukunda Terk Sebebi İle Boşanma, Ankara 2006, s. 20–22; **ÖZDEMİR, Nevzat**, Türk-İsviçre Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003, s. 2–6; **ÖZTAN**, Aile, s. 367–368.

olsalar bile, hâkim boşanmaya karar vermedikçe bu anlaşma hüküm ifade etmez¹³.

Boşanmanın dayandığı ilkeler genel olarak beş tür olarak karşımıza çıkar. Buna göre; birinci ilke, kusur ilkesidir. Bu ilkede boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olması durumunda mümkündür. İkinci ilke, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasıdır. Bu ilkeye göre, eşler arasındaki ortak yaşam, hangi nedenle olursa olsun, artık taraflardan evlilik birliğini sürdürmelerini isteyemeyecek derecede temelinden sarsılmış ise boşanmaya karar verilebilir. Üçüncü ilke irade ilkesidir. Bu ilkeye göre, eşler ortak iradeleri ile kurdukları evliliği, yine ortak iradeleri ile sona erdirebilmelidirler. Dördüncü ilke, elverişsizlik ilkesidir. Bu ilkeye göre, eşlerden biri bedeni, psikolojik ya da sağlık sorunları sebebi ile evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getiremiyor ise, bu durumda elverişsizlik söz konusudur. Beşinci ilke, fiili ayrılık ilkesidir. Bu ilkeye göre, eşler ortak hayatı birlikte sürdürme istek ve inancını yitirmiş iseler ve birbirlerinden ayrı yaşamaları sürekli ve kökleşmiş bir hal almış ise, eşlerden biri fiili ayrılık ilkesine dayanarak boşanma talep edebilir¹⁴.

Türk Medeni Kanununda tek bir ilke ile bağlı kalınmayıp, belirtilen ilkelerden oluşan karma bir model benimsenmiştir. Örneğin, evlilik birliğinin sarsılmasında, evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi; akıl hastalığında, elverişsizlik ve evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkeleri; zina, hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme ve terkte, kusur ilkesi; eşlerin anlaşmasında, irade ilkesi; ortak hayatın yeniden kurulamamasında, fiili ayrılık ilkesi benimsenmiştir¹⁵.

Eski Türk hukukunda, tek evlilik esası benimsenmişti. Aile reisi olarak erkek belirlenmişti. Boşanma belli durumların oluşması hallerinde mümkün olabiliyordu. Boşanma bakımından yasaklılık söz konusu olmamakla birlikte, esas olan evlilik

¹³ Geniş bilgi için bkz. **GÜRSOY, Kemal Tahir**, “Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış Ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yılı Armağanı, Ankara 1977, s. 1–5.

¹⁴ Ancak hemen belirtelim ki, sayılan bu ilkelerden irade, kusur ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkeleri çok eski dönemlerden beri geçerliliğini korumuştur (**VELİDEDEOĞLU**, Makale, s.10).

¹⁵ **KARAHASAN, Mustafa Reşit**, “Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı”, İBD, C. 36-37, S. 3, İstanbul 1962, s. 14-20; **TEKİNAY, S. Sulhi**, Türk Aile Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1990, s. 178-186; **SCHWARZ, Andreas B.**, Aile Hukuku, (çev. DAVRAN, B.), C. I, 2. Bası, İstanbul 1946, s. 138; **ÖZTAN**, Aile, s. 366–373; **CANSEL**, s. 70–79; **ÖZDEMİR**, s. 2–9; **YALÇINKAYA / KALELİ**, s. 30–45.

birliğin devamıydı¹⁶.

Türklerin İslamiyet'i kabul etmeleriyle birlikte boşanma erkeğin tek taraflı iradesiyle mümkün hale geldi. Erkeğin boşanma iradesini ortaya koyması herhangi bir şarta ya da duruma bağlı tutulmamıştı. Erkeğin kadına “boş ol” demesiyle boşanma gerçekleşebiliyordu. Talak denen bu durum, sonuçları bakımından belli şartlara tabi bağlanmıştı. Kadının boşanma hakkı, oldukça dar anlamda kabul edilmişti¹⁷. Osmanlı döneminde ise, İslam hukuku etkisini devam ettirmekle birlikte, eşler arasında ortaya çıkan geçimsizliklerin çözümü için aile meclisleri kurulmuştu.

Cumhuriyet döneminde 17.2.1926 tarihinde kabul edilip 4.10.1926 tarihinde yürürlüğe giren kaynağı İsviçre Medeni Kanunu olan 743 sayılı Medeni Kanunu kabul edilerek İslam Hukuku terk edilmiştir. Anılan yasanın boşanmaya ilişkin 134. maddesinde 1988 tarihinde 3444 sayılı yasayla belli değişiklikler yapılmıştır. 1926 yılında iktisap edilen Medeni Kanunla getirilen yeniliklerden bazılarını, tek eşlilik ilkesi, her iki eşe de boşanma davası açma hakkı tanınması, evlenmenin resmi memur huzurunda yapılması şartı, boşanma bakımından mahkeme hükmü aranması, evlenmede temsil olanağının yasaklanması, evlenme bakımından belli yaş sınırının getirilmiş olması, boşanmada serbesti sistemine son verilmesi, karı ve kocanın eşit haklara sahip olması, kadınlara da velilik sıfatının tanınması olarak gösterebiliriz¹⁸.

Medeni Kanununda boşanma sebepleri, m. 161–166 arasında düzenlenmiştir. Burada tahdidi bir yöntem tercih edilmiştir. Eşler sayılan sebeplerin dışında bir sebep öngöremezler. Türk hukuk sisteminde boşanmanın sebebe, başka bir ifadeyle hâkim hükmüne dayanması ilkesi benimsenmiştir. Buna göre boşanma ne tarafların serbest

¹⁶ **CEYLAN, Ebru**, Türk İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İSTANBUL 2006, s. 15. Roma Hukuku'nda boşanma, “taraflar arasındaki evlilik niyetinin sona ermesi sonucu evlilik bağının ortadan kalkması” olarak tarif edilmekte idi. Evlilik karşılıklı rızaya dayandığından, evlilik konusunda consensus sona erdiğinde, evlilik bağının boşanma ile ortadan kalkacağı kabul edilirdi. Evlilik konusundaki consensusun eşlerden biri bakımından ya da her ikisi bakımından ortadan kalkmasının bir farkı yoktu. Her iki durum da boşanma olarak değerlendirilirdi. Roma Hukuku'nda yerleşmiş ve yüzyıllar boyu değişikliğe uğramamış olan, hukuki ilişkinin tarafların iradelerinin aynı amaç doğrultusunda uyuşması olarak belirtebileceğimiz consensus, evlenmede de boşanmada da belirleyici olmuştur. Tarafların evlilik için gereken irade uyuşması eğer eşlerden en az biri için sona ermişse, söz konusu evlilik serbestçe sona erdirilebilirdi (**GÖNENC, Fulya İ.**, “Roma Hukukunda Boşanma”, AÜEHFD, C. 7, S. 1–2, 2003, s. 646–647).

¹⁷ Geniş bilgi için bkz., **CİN**, Halil, Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. Baskı, Konya 1988, s. 58 v.d.

¹⁸ Geniş bilgi için bkz., **CİN**, s. 41 v.d.

iradelerine bırakılmış, ne de boşanmanın imkânsızlığı öngörülmüştür. Boşanma sebeplerinin varlığı ya da yokluğu hâkim tarafından tespit edilir. Boşanma ancak hâkim kararı ile gerçekleşir. MK. boşanma sebeplerini özel ve genel boşanma sebepleri olarak düzenlemiştir. Özel boşanma sebepleri zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığıdır. Tartışmalı olmakla birlikte genel boşanma nedenleri, evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması olarak üçe ayrılmaktadır.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında esas olan evlilik birliğinin herhangi bir nedene dayalı olarak sarsılmış olması olup, sarsılmanın oluşması bakımından belli nitelikli olayların ortaya çıkması öngörülmemiştir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının oluşması şartıyla, meydana gelen her türlü olay boşanmaya esas alınabilir.

Anlaşmalı boşanmada tarafların iradeleri yanında sıkı bir hâkim denetimi de öngörülmüştür. Burada hâkim, özellikle boşanmanın mali sonuçlarıyla, çocukların her türlü durumlarına müdahale edebilir ve bu konularda gerekli değişiklikleri yapabilir.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması halinde önemli olan durum ise, herhangi bir sebebe dayalı olarak reddedilen boşanma davasına ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren eşlerin belli bir süre ayrı olarak yaşamış olmalarıdır.

Özel boşanma nedenlerinde önemli olan husus, belli nitelikli olayların meydana gelmiş olmasıdır. Kanunda öngörülen olgu ya da olayların meydana gelmemesi halinde boşanmaya karar verilemez.

Boşanma sebepleri mutlak boşanma sebepleri ve nisbi boşanma sebepleri olarak da sınıflandırılabilir. Mutlak boşanma sebeplerinde temel kıstas, boşanmaya sebep olan ve kanunda belirtilen olgu veya olayın ispat edilmesi durumunda hâkimin, bu durumun diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırmaksızın boşanmaya karar verebilmesidir. Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, terk, eşlerin anlaşması ve ortak hayatın yeniden kurulamaması mutlak boşanma sebepleridir.

Nispi boşanma sebeplerinde ise, boşanmaya sebep olan ve kanunda belirtilen olgu ya da olayın ispat edilmesi boşanma için yeterli değildir. Burada hâkim, ortaya çıkan olayların diğer eş için ortak hayatı çekilmez hale getirip getirmediğini araştırarak; ancak bu şart gerçekleşmiş ise, boşanmaya karar verebilecektir. Suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılması nispi boşanma

sebepleridir¹⁹.

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

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

Bu bölümde özellikle de, fiili ayrılığın tek başına evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olup olmadığını, kusurun tamamının davacıda olması durumunda, davanın kabul edilebilip edilemeyeceğini, akıl hastalarına karşı evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanma davası açılıp açılmayacağını, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabilecek tanık anlatımlarının niteliğinin nasıl olması gerektiğini, bu anlamda akrabaların ifadelerinin hükme esas alınıp alınamayacağını, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olarak ortaya çıkan olaylardan sonra eşlerin bir araya gelmeleri halinde, önceki olayların hükme esas alınıp alınamayacağını ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabilecek önemli olgu ve olayların Yargıtay uygulamalarına yansıyan özelliklerini inceleyeceğiz.

İkinci bölümde ise, hukukumuzda anlaşmalı boşanma sistemini ayrıntılarıyla ele almaya çalışacağız. Bu bölümde anlaşmalı boşanmaya ilişkin, kanun kapsamında ortaya çıkan şartları tek tek ayrıntılarıyla işleyeceğiz. Özellikle de anlaşmalı boşanmada tarafların saiklerinin önemli olup olmadığını, anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartların yerine gelmemesi halinde davaya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı

¹⁹ AKINTÜRK, s. 240; KÖPRÜLÜ, Bülent / KANETİ, Selim, Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1986, s. 144; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 589-590; HATEMİ/SEROZAN, s. 217-218; ÖZTAN, Boşanma, s. 717.

olarak devam edilip edilemeyeceğini, anlaşmalı boşanmanın devam eden tüm boşanma nedenleri bakımından mümkün olup olmadığını, hâkimin tarafların ikrarıyla bağlı olup olmadığını, mali hükümlerle çocukların durumuna hangi kalemlerin girdiğini, akıl hastalarının anlaşmalı olarak boşanmalarının mümkün olup olmayacağını değerlendirmeye çalışacağız.

Son olarak üçüncü bölümde, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeninin şartlarını ve hukuki niteliğini ele almaya çalışacağız. Bu bölümde, özellikle de dava dilekçesinde aynı anda ortak hayatın yeniden kurulamaması ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılmasının mümkün olup olmayacağını, ortak hayatın yeniden kurulamamasına esas olmak üzere bulunması gereken önceki tarihli davanın mahiyet ve hüküm niteliğinin ne olduğunu, buna ilişkin sürenin ne zaman başladığını, eşlerin hangi nitelikteki birlikteliklerinin öngörülen üç yıllık süreyi keseceğini, davanın reddinin sağlanması bakımından davalının elinde olan ispat araçlarının neler olacağını, buna ilişkin olarak ne türlü delillerin hükme esas alınabileceğini ayrıntılarıyla ortaya koymaya çalışacağız.

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASI KAVRAMI, EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASININ UNSURLARI

§ 1. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Kavramı

4721 sayılı yeni Medeni Kanunun 166. maddesine göre ; “ Evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkra da belirtilen hallerde davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber, bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir²⁰.

Eski Medeni Kanunumuzun genel boşanma nedenlerini düzenleyen imtizaçsızlık²¹ başlıklı 134. maddesinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılması tek

²⁰ Eski Medeni Kanunun 134. maddesine göre, “ Evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkra da belirtilen hallerde davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber bu itiraz, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir“ (**12 Mayıs 1988 tarih ve 19812 sayılı RG**). Anılan maddenin 1988 yılında yapılan değişikliktir önceki orijinal hali ise, “ Aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde karı kocadan her biri boşanma davasında bulunabilir. Eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir” şeklindedir. Görüleceği üzere 743 sayılı EMK. 134. maddesinde 3444 sayılı yasayla 1988 yılında yapılan değişikle ağır kusurlu eşe de dava açma hakkı tanınmıştır. Oysaki maddenin ilk halinde, ağır kusurlu eşe evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenine dayalı olarak boşanma davası açma hakkı tanınmamıştı. Diğer yandan eski Medeni Kanunun 1988 yılında yapılan değişikle ortaya çıkan 134. maddesi yeni Medeni Kanun kapsamında değişikliğe uğramadan geçerliliğini korumuştur. Belirtelim ki Medeni Kanunun 166. maddesi tasarıdaki haliyle değişikliğe uğramaksızın hem alt komisyonda hem de genel kurulda aynen kabul edilmiştir (**Adalet Bakanlığı Tutanaklarla Türk Medeni Kanunu Türk Medeni Kanunun Yürürlüğü Ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ankara 2002, s. 528–531**).

²¹ EMK döneminde, öğretide imtizaçsızlık kavramı, evlilik birliğinin temelinden sarsılması olarak tanımlanmıştı (**AKINTÜRK**, s. 253). Eski Medeni Kanunumuz döneminde evlilik birliğinin temelinden sarsılması kavramını imtizaçsızlık kavramı karşılıyordu. Almanca ve İtalyanca kanun metinlerinde bizdeki imtizaçsızlık kavramını “evlilik birliğinin kökünden sarsılması” terimi, Fransızca metinlerde ise “gayrimuayyen” sözcüğü karşılıyordu. İmtizaçsızlık kavramının anlamı ise, tab’an ve hissen muafik ve mutabık olma manasına geliyordu. Bizce Türk hukukunda kullanılan imtizaçsızlık kavramı anlam olarak daha etkin ve daha geniş anlam içeren bir nitelik taşıyordu (**VELİDEDEOĞLU**, Makale, s. 8).

genel boşanma nedeni olarak düzenlenmişti. Anılan maddede 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı kanunla yapılan değişiklikle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının yanında anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması da genel boşanma nedeni olarak düzenlendi²². Tartışmalı olmakla birlikte genel boşanma nedenleri, evlilik birliğinin sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması şeklinde ortaya çıkmıştı.

Yukarda ortaya konulan 166. maddenin lafzından, sayılan bu üç nedenin yeni Medeni Kanun kapsamında da, değişikliğe uğramadan geçerliliğini aynen koruduğunu görmekteyiz. Buna göre, tartışmalı olmakla birlikte genel boşanma nedenleri yeni Medeni Kanunumuzda; “evlilik birliğinin temelinden sarsılması“, “anlaşmalı boşanma” ve “ortak hayatın yeniden kurulamaması” olarak düzenlenmiştir²³.

Hemen belirtelim ki, öğretilerde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının genel boşanma nedeni olduğunda birlik olmasına karşın, MK 166 II ve III fıkralarında düzenleme bulan anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin genel boşanma nedenlerinden olup olmadığı tartışmalıdır. Anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin genel boşanma nedenleri arasında olduğunu kabul eden yazarların ortak olarak dayandıkları gerekçe, bu iki nedenin MK. 166. madde çatısı altında düzenlenmiş oluşu ve madde lafzında kanun koyucunun evlilik birliğinin temelinden sarsılmış oluşunu karine olarak kabul etmesidir²⁴.

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

²² 12 Mayıs 1988 tarih ve 19812 sayılı RG.

²³ TEKİNAY, s. 172; OĞUZMAN, Kemal / DURAL, Mustafa, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 123; ÖZDAMAR, Demet, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002, s. 357.

²⁴ HELVACI, s. 1156–1168; AKINTÜRK, s. 241–274; TEKİNAY, s. 194; OĞUZMAN /DURAL, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 113; ÖZTAN, Boşanma, s. 717. Aksi fikir için bkz., HATEMİ, Hüseyin/SEROZAN, Rona, Aile Hukuku, İstanbul 1993, s. 217–218.

kurulamaması nedenlerinde hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı yönünde herhangi bir araştırma yapma yetki ve görevinin olmaması, bu duruma bağlı olarak tarafların bu yönde ispat yükümlülüklerinin bulunmaması, buna karşın; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında birliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığının dosya kapsamında ispatlanması gereğinin zorunluluk olarak ortaya çıkması göz önünde bulundurulduğunda anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin farklı maddelerde toplanması daha yerinde bir düzenleme olurdu. Ayrıca kanun koyucunun anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamamasında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını karine olarak kabul etmiş olmasının, yargılama süreci bakımından pratik bir etki doğurmaması nedeniyle evlilik birliğinin temelinden sarsılması ile aynı maddede düzenlemesi yönüyle haklı bir gerekçe ortaya koymaz. Zira evlilik birliğinin temelinden sarsılması hâkimin birliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırma yükümlülüğünün olması nedeniyle nisbi niteliklidir. Buna karşın anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamamasında bu tür bir araştırma öngörülmediğinden bu iki neden ise mutlak niteliklidir.

Yeni Medeni Kanunun genel boşanmayı düzenleyen m.166 hükmü ile eski Medeni Kanunumuzun buna ilişkin 4.5.1988 tarih ve 3444 sayılı yasayla değişik m.134 arasındaki tek fark madde başlıklarında kendini göstermektedir. Buna göre, yeni Medeni Kanunumuzun m.166 hükmünün kenar başlığı “evlilik birliğinin sarsılması”, buna karşın eski Medeni Kanunumuzun m.134 hükmünün kenar başlığı ise, “evlilik birliğinin sarsılması ve müşterek hayatın yeniden kurulamaması” şeklinde ortaya çıkmıştır²⁵.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması, genel nitelik taşır. Ortaya çıkan her türlü olgu ya da olay boşanmaya sebebiyet verebilir. Burada belli olgu da olaydan bahsetme imkânı yoktur. Her türlü olay evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet verebileceğinden kanun kapsamında bu nitelikteki olgu ve olayları sayma yoluna gidilmemiştir. Eş söyleyişle geçimsizliğe sebebiyet verebilecek olay ve hadiseler çok çeşitli olduğundan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet verebilecek olaylar tahdidi olarak kanunda düzenlenmemiştir²⁶.

²⁵ AKINTÜRK, s. 253.

²⁶ CEYLAN, s. 24; ÖZTAN Boşanma, s. 718; SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Medeni Kanunu, C. 3, İSTANBUL 1957, s. 254; UYAR, Talih, “Yargıtay Kararlarında Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma”, Prof. Dr. Kemal

Öğretide Birsen, buna ilişkin durumu öz olarak şu şekilde ortaya koymuştur; ”Zinaya kadar gitmese bile eşlerin bir başkası ile yaptığı aşk ve şehvet oyunlarından tutunuz, karşılıklı yardım vecibelerinden, seçilen meskenin ailenin sosyal durumuna uygun olmayışından, kısırlık, yuvaya ihanete birer karine teşkil eden zührevi hastalıklara yakalanmaktan, iktidarsızlığa kadar olan çeşitli olaylar evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni oluşabilir. Bütün bunların tek tek sayılıp tespit edilmesinin mümkün olmaması nedeniyle bu nedeni genel boşanma çatısı altında toplamak gerekmiştir”²⁷.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması aynı zamanda özel boşanma nedenlerini de kapsar. Özel boşanma nedeni oluşturabilecek herhangi bir olay, aynı zamanda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına da konu olabilir. Özel boşanma nedenleri kanun koyucunun öngördüğü belli olayların meydana gelmesi halinde ortaya çıkmasına karşın, önceden belirlenmesi mümkün olmayan çok çeşitli ve belirsiz olaylardan her biri evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilir. Bu nedenle de evlilik birliğinin temelinden sarsılması uygulanabilirliği en fazla olan ve en önemli boşanma nedeni olarak ortaya çıkar²⁸.

Diğer yandan evlilik birliğinin temelinden sarsılması nispi nitelik taşır²⁹. Evlilik birliğinin temelinden sarsılabilmesi için, salt olarak belli bir olayın meydana gelmesi yeterli değildir. Boşanmaya karar verilebilmesi için, evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede sarsılmış olması gerekir. Evlilik birliği çekilebilir nitelikte ise, boşanmaya karar verilemez³⁰. Ortaya çıkan her olayın mutlaka evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olacağına ilişkin bir kural koyma imkânı

Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 1237; **VELİDEDEOĞLU, H.Veldet**, “İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Mefhumu”, İstanbul 1943 ,s.4. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine ilişkin ortaya çıkan sarsılmanın derecesinin, evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede ortaya çıkmasına bağlı tutulması, anılan boşanma nedeninin aynı zamanda nisbi nitelikli boşanma nedeni olarak ortaya çıkmasına neden olmuştur (**HATEMİ**, s. 109).

²⁷ **BİRSEN, Kemalettin**, Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1966, s. 328.

²⁸ **FEYZİOĞLU, Feyzi N.**, Aile Hukuku, 3. Bası, İSTANBUL 1986, s. 301–302; **ÖZDAMAR**, s. 357; **VELİDEDEOĞLU**, Makale, s. 8.

²⁹ **ÖZTAN**, Boşanma, s. 718; **FEYZİOĞLU**, s. 306. Bu anlamda temelden sarsılma ile çekilebilirlik bir madalyonun iki yüzü gibidir (**HATEMİ/ SEROZAN**, s. 228).

yoktur³¹. Geçimsizliğin belirlenmesinde hâkime takdir yetkisi tanınmıştır. Hemen belirtelim ki hâkimin evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğini tespit etmesi halinde, boşanmaya karar verip vermemekte takdir yetkisi bulunmayıp, bu sonuca ulaşması durumunda boşanmaya karar verme yükümlülüğü vardır³².

Ortaya çıkan olaylar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet vermesi bakımından her bir eş için değişiklik ortaya koyar. Herhangi bir olay, eşlerden birisi için evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni oluşturabilirken, diğer eş için aynı sonuçları doğurmayabilir. Hâkimin her somut olaya ilişkin olarak, sarsılmanın derece ve kapsamını belirlemesi gerekir. Söz konusu durumu ise kişisel karakter farklılıkları ve hayat anlayışında ortaya çıkan çeşitlilikler belirler³³. Burada eşlerin karakterleri, eğitim düzeyleri, davranış biçim ve düzeyleri, olayları algılama yetenekleri subjektif ölçütler çerçevesinde değerlendirilmelidir³⁴. Hiç kuşkusuz ki, evlilik birliğinin eşlere yüklediği yükümlülüklerin özellikle de iradi olarak, sebepsiz yere yerine getirilmemesi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilir³⁵. Hâkim hangi olayın evlilik birliğini sarsmış olduğuna her olayın özelliklerini genel tecrübesiyle değerlendirerek karar vermelidir.

Sarsılmanın ve çekilmezliğin belirlenmesinde, hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir³⁶. Gerek Medeni Kanunun boşanma yargılamasına ilişkin olarak ortaya çıkan

³¹ **VELİDEDEOĞLU, H. Veldet**, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1960, s. 180. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma sebebinin özünü “düzen bozukluğu” oluşturmaktadır. Buna göre evlilik birliği sürecinde, eşler arasında olması gereken mutluluk ve sevginin yerini üzüntü ve keder almışsa, düzenin bozulduğunu kabul etmek gerekir (**KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 173).

³² **ÖZTAN**, Makale, s. 718; **TEKİNAY**, s.172; **VELİDEDEOĞLU**, Makale, s. 4.

³³ **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 173.

³⁴ **AKINTÜRK**, s. 257; **FEYZİOĞLU**, s. 305.

³⁵ **AKGÜN**, s. 73.

³⁶ **OĞUZMAN/DURAL**, s. 124; **REŞİT, Mustafa**, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1931, s. 65; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 173; **UYAR**, Makale, s. 1237; **CEYLAN**, s. 24. Şiddetli geçimsizliğe neden olabilecek olay ve olguları ortaya çıkış şekline göre; Bedeni, fikri ve ekonomik nitelikli olgular olarak gruplandırmak mümkündür. Zira evlilik, bedeni fikri ve ekonomik bir birlikteliktir (**ÖZTAN**, Boşanma, s. 718). 2. HD., 10.1.2005, E. 2005/14833, K. 2005/53 , ”... hâkim boşanma için gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça sabit addetmez. İki tarafın bu konudaki kabulleri dahi hâkimi bağlamaz. Hâkim gösterilen delilleri serbestçe takdir eder. Boşanma davalarında hâkime geniş takdir yetkisi verilmiştir. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket imkânı yoktur. Hâkim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu, mümkün olduğu ölçüde

hükmünden, gerekse de madde kapsamında çekilmezlik koşuluna ilişkin somut bir düzenleme yapılmamış olmasından bu durum açıkça ortaya çıkmaktadır³⁷. Gerçekten Medeni Kanunun m.184 hükmüne göre; “Boşanmada yargılama, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere HUMK tâbidir; 1. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediği, bunları ispatlanmış sayamaz, 2. Hâkim, bu olgular hakkında gerek re`sen, gerek istem üzerine taraflara yemin öneremez, 3. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz<sup>38</sup>, 4. Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder, 5. Boşanma veya ayrılığın fer`î sonuçlarına ilişkin anlaşmalar, hâkim tarafından onaylanmadıkça geçerli olmaz, 6. Hâkim, taraflardan birinin istemi üzerine duruşmanın gizli yapılmasına karar verebilir”.

Hâkim evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olayların evlilik birliğini çekilmez hale getirip getirmediğini vicdani kanaatini esas tutarak serbestçe takdir eder³⁹. Ortaya çıkan olayların boşanmaya sebep olduğuna vicdanen kanaat getirilmediği boşanmaya karar verilemez.

Burada hâkimin takdir yetkisi sınırsız değildir. Verilen karar kapsamında, evlilik

korumakla yükümlüdür. Toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin korunması ön planda tutulur. Ancak evliliğin devamı toplumun düzenini zedeler hale gelmiş, toplum için sorun oluşturmaya başlamış ve evlilik sosyal ve ahlaki yönden çökmüş ise, bu durumda evliliğin korunmasında gerek eşler ve gerekse de çocuklar yönünden bir yarar kalmamış demektir. Hâkimin böyle bir evliliği sürdürmemesi en uygun çözüm tarzı olacaktır. Hâkim belirtilen ilkeleri irdelemek, bunlar hakkında yeterli bilgi toplamak, evlilik birliğinin gerçekten onarılmaz şekilde temelden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorundadır...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, 157–158). Zira her türlü olay evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep oluşturabileceğinden, önceden hangi olayın şiddetli geçimsizliğe konu olabileceğini tespit etmek suretiyle kazaüstik bir yöntem takip etmek mümkün değildir (VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 181). Hâkim geçimsizliğe konu olayları belirlemede hakkaniyet ve nısfıyet kurallarını esas almalıdır (EGGER, August, Zürcher Kommentar, Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, (Art. 90–251, ZGB.), Zürich, 1936, (Çev. Tahir Çağa, İstanbul 1943), s. 186).

³⁷ VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 180.

³⁸ 2. HD., 29.12.2004, E. 2004/14571, K. 2004/16068; 2. HD., 31.1.2006, E. 2006/14629, K. 2006/655 “...tarafların ikrarı ve kabulü hâkimi bağlamaz...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 149–153). Hâkim ancak doğruluğuna ve samimi olduğuna kanaat getirdiği ikrarları hükme esas alabilecektir (TEKİNAY, s. 194). Kanaatimizce de ikrarın takdiri delil olduğunda şüphe yoktur.

³⁹ 2. HD., 4.3.1954, E. 1954/232, K. 1954/235, “...Medeni Yasa’nın 150. maddesi gereğince yargıç boşanmaya sebep gösterilen hadiselerin mevcudiyetine vicdanen kani olmadıkça boşanma kararı veremez...”; 2. HD., 22.7.1955, E. 1955/3666, K. 1955/3558, “...mahkeme tarafların gösterdiği delilleri dikkatle inceleyerek davalıya yüklenebilecek bir kusur sebebiyle eşler arasında boşanmayı gerektirecek nitelikte evlilik birliğinin temelinden sarsılması olduğuna kanaat getirirse ancak o zaman boşanmaya karar verebilir...” (İNAL, Nihat, Uygulamada Boşanma Davaları, Ankara 1992, s. 336).

birliğin temelinden sarsılmasına konu olayların Yargıtay denetiminin gerçekleşmesini sağlayacak bir şekilde somut dayanaklarıyla ortaya konulması gerekir. Ayrıca hâkim, takdir yetkisini kullanırken hissiyatına, şahsi düşüncelerine, serbest düşüncesine yer vermemelidir⁴⁰. Aksi bir düşünce mahkemelerin keyfiliğine yol açabileceği gibi Anayasa'nın mahkeme kararlarının gerekçeli olmasına ilişkin amir hükmüne de aykırılık teşkil eder. Hâkim evlilik birliğin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede olumsuz etkilediği kanaatine varmışsa boşanmaya karar vermekle yükümlüdür⁴¹.

Kural olarak evlilik birliğin temelinden sarsılması kusura⁴² dayanmaz. Daha ağır kusurlu eş dahi dava açabilir. Ağır kusur nedeniyle dava reddedilemez. Her iki taraf kusursuz dahi olsa, evlilik birliği temelinden sarsılmışsa boşanmaya karar verilebilir⁴³. Uygulamada evlilik birliğin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davaları, önemli bir yer tutar⁴⁴. Boşanma sebepleri arasında en önemlisi ve uygulanabilirliği en fazla olanı evlilik birliğin temelinden sarsılması nedenidir⁴⁵. Zira evlilik birliğin

⁴⁰ **ÖZTAN**, Aile, s. 404. Yargıtay HGK. , 16.2.1966, E. 1966/2, K. 1966/474-36, “...yargıcın ayrılığa ya da boşanmaya karar vermesi takdir hakkını serbestçe kullanabileceği bir alandır. Kocanın başka kadınlarla ilişki kurmasının yayılması üzerine karının tepki göstermesi ve kıskançlık yapması kadını suçlu göstermez. Evlilik birliğin temelinden sarsılması nedeniyle boşanma davasında yargıç takdir hakkında hata ederse, Yargıtay yargıcın takdir hakkına dokunur...” (**İNAL** s. 346).

⁴¹ **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 181.

⁴² **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 181. “...evlilik birliğini sarsan olguların ortaya çıkmasında her iki taraf da kusursuz ya da kusurlu olabilir. “kusurlu” denemeyecek bir olgu da evlilik birliğini sarsmış olabilir. Örneğin kısırlılık gibi” (**HATEMİ**, s. 109). 2. HD., 14.1.2004, E. 2004/16488, K. 2004/256; 2. HD., 6.3.2003, E. 2003/1914, K. 2003/3068; 2. HD., 19.03.2003, E. 2003/2480, K. 2003/3823; 2. HD., 4.2.2002, E. 2002/642, K. 2002/1150; HGK. , 2.4.1997, E. 1997/21, K. 1997/264, “...MK m.1166/ II gereğince davalı eş davacı eşin daha ziyade kusurlu olduğunu ileri sürebilecektir. Diğer yandan da kusurun tamamı davacı eşte ise, buna karşın davalıya hiçbir kusur yüklenemiyorsa davalı bu durumu ileri sürmese bile “kimse kendi kusurundan faydalanamaz” ilkesi gereğince açılan davanın kabulü mümkün olmayacaktır...” (**TUTUMLU, Mehmet A.** , Boşanma Yargılaması Hukuku, C. 2, Ankara 2005, C. 2, s. 992).

⁴³ **DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan / GÜMÜŞ, M. Alper**, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İstanbul 2005, s. 116; **AKINTÜRK**, s. 258; **UYAR**, Makale, s. 1229; **ÖZTAN**, Boşanma, s. 719; **HELVACI**, s. 1165. Bu açıdan yaradılış ya da fitrat farklılıklarından kaynaklanan olay ve olgular dahi boşanmaya neden olabilir (**UYAR, Talih**, Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli ve İçtihatlı) Aile Hukuku (MK m. 118-494), C. I, Ankara 2002, s. 1237-1238).

⁴⁴ **ÇAKIN, Akın**, Evlilik Birliğin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999, s. 26. Evlilik birliğin temelinden sarsılmasına dayanan boşanma davaları açılan boşanma davalarının % 90' ını teşkil etmektedir (**AKINTÜRK**, Aile, s. 254).

⁴⁵ **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 181.

temelinden sarsılması genel boşanma nedeni olduğundan, Medeni Kanun kapsamında ortaya çıkan diğer özel boşanma nedenlerini de kapsar⁴⁶. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında belli bir olay söz konusu değildir. Burada söz konusu olan temel olgu, birliğin temelinden sarsılması ve bu sarsılmanın evlilik birliğinin devamını eşlerden beklenemeyecek derecede olumsuz etkilemesidir⁴⁷.

Öğretide Feyzioğlu, buna ilişkin durumu öz olarak şu şekilde ortaya koymuştur; “Genel boşanma sebebi uygulamada en çok başvuru alan boşanma nedenidir. Özel boşanma sebeplerinin belirli kalıpları oluşu birçok olayların bu kalıplara uymasına imkân bırakmaz. Oysa önceden bilinmeyen sınırları çizilemeyen pek çok olaylar evlilik birliğini temelinden sarsabilir. Şiddetli bir geçimsizlik ortak hayatı çekilmez bir hale sokabilir. Boşanma sebeplerinin kanunen sayılı oluşuna eğer bir de her sebebin belirli olaylara hasredilmesi esası eklenmiş olsaydı evlilik birliğini kökünden sarsan birçok olayların boşanma yolunun dışında kalması zorunlu olurdu. MK. m. 134 işte bu yolu açık tutmakta ve diğer sebeplere katılamayan birçok durumların da boşanma davasına konu olmasını mümkün kılmaktadır”⁴⁸.

Yukarda ortaya konulan duruma bağlı olarak, öğretide bir görüş, boşanma nedenlerinin genel boşanma nedenleri çatısı altında toplanmasının kanun sistematigi açısından daha faydalı olacağını savunmuştur⁴⁹.

Esasında, komisyon çalışmaları sırasında özel boşanma sebeplerinin tamamen kaldırılarak genel boşanma nedenlerinin yürürlükte kalması yönünde tartışmalar yaşanmış, ancak önceki yasa döneminde özel boşanma nedenleri bakımından herhangi bir sorunun çıkmamış oluşu, zinanın özel boşanma nedeni vasfından çıkarılarak genel boşanma nedeni içerisine sokulmasının kamuoyu tarafından yanlış anlaşılmalara sebebiyet verebilmesi ihtimalinin olması nedenleriyle eski anlayıştan vazgeçilmemiş,

⁴⁶ **ÖZDEMİR**, s. 102–103. Yargıtay bir kararında davalının çeşitli suçlar nedeniyle ortaya çıkan sabıkasının aynı zamanda şiddetli geçimsizliğe de sebebiyet vereceğine değinmiştir, HGK. , 28.03.2001, E. 2001/2274, K. 2001/288 (MEŞE YAZILIM İÇTİHAT BİLGİ BANKASI <http://www.meşe.com.tr>,01.01.2006).

⁴⁷ **AKINTÜRK**, s. 253.

⁴⁸ **FEYZİOĞLU**, s. 310.

⁴⁹ **CEYLAN**, s. 27.

kanun sisteminde özel ve genel boşanma nedenleri yerini aynen muhafaza etmiştir⁵⁰.

Konuya ilişkin olarak bir sonuca varmadan önce Almanya ve İsviçre'deki boşanmaya ilişkin ortaya çıkan hukuki duruma göz atmakta fayda vardır. Buna göre; İsviçre Medeni Kanunu'nda 26.06.1998 tarihinde yapılan değişiklik ile özel boşanma sebepleri kanundan çıkarılmıştır. Kanundaki “boşanma sebepleri” başlığı “boşanma şartları” olarak değiştirilmiştir. Boşanma şartları olarak iki hal kabul edilmiştir. Bunlar: Anlaşmalı boşanma ve dava yolu ile boşanmadır. Anlaşmalı boşanma iki şekilde düzenleme alanı bulmuştur: Tam anlaşmalı boşanma ve kısmi anlaşmalı boşanma. Tam anlaşmalı boşanmada eşler ortak bir dava dilekçesi ile ve boşanmanın tüm sonuçları hakkında da anlaşmaya vararak boşanma talebinde bulunurlar (İMK. m. 111). Kısmi anlaşmalı boşanmada ise eşler yine ortak bir dava dilekçesi ile ve boşanmanın anlaşamadıkları sonuçları hakkında da hâkimin karar vermesini isteyerek boşanma davası açarlar (İMK. m. 112). Hâkim boşanmanın şartlarının oluşmadığı kanaatine varırsa, taraflara ortak dilekçelerini tek taraflı boşanma talebine çevirmeleri için süre verir (İMK. m. 113). Dava yolu ile boşanmada ise, iki boşanma hali düzenlenmiştir: Ortak hayatın kurulamaması ve evlilik birliğinin temelinden sarsılması. Eğer eşler en az iki yıl ortak hayatı kuramamışlarsa boşanma talebinde bulunabilirler (İMK. m.114). Eğer ciddi sebepler evlilik birliğinin devamını çekilmez hale getiriyorsa buna neden olmayan eş boşanma talebinde bulunabilir (İMK. m.115)⁵¹.

Almanya'da ise, 14.06.1976 tarihinde yayımlanarak 01.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren “Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Yasa” ile boşanma hukukuna büyük yenilikler getirilmiştir. Boşanmaya ilişkin hükümler, Alman Medeni Kanunu'nda 1564. ve 1587. madde hükümleri arasında düzenleme alanı bulmuştur. Genel olarak bakıldığında getirilen yeni düzenleme ile benimsenen kurallar şu şekilde özetlenebilir; boşanma eşlerden en az birinin dava açması sonucu hâkim kararı ile gerçekleşir. Boşanma konusunda eskiden beri kabul edilen kusur prensibi terk edilerek bunun yerine temelden sarsılma prensibi kabul edilmiştir. Özel boşanma sebepleri kaldırılarak bir tek genel boşanma sebebi kabul edilmiştir. Bu sebep evliliğin

⁵⁰ **KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 22–23.

⁵¹ Geniş bilgi için bkz. **HELVACI, Serap**, “İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’A 55. Yaş Günü Armağanı, C. II, İstanbul 2002, s. 1151–1156.

yürütülememesi yani başarısız olmasıdır. Taraflardan her biri bu sebebe dayalı boşanma davası açabilecektir (BGB. Art. 1565). Eğer aksi kanıtlanamaz ise iki durumda evlilik temelden sarsılmış demektir: 1. Eşler en az bir yıldır ayrı yaşıyor ve iki eş de aynı anda boşanma talebinde bulunuyorsa ya da eşler anlaşarak boşanmaya karar verdilerse evlilik temelden sarsılmış demektir. 2. Eşler üç yıldır ayrı yaşıyorlar ise anlaşmalarına gerek olmaksızın evliliğin temelden sarsılmış olduğu kabul edilir (BGB. Art. 1566). Fakat şunu belirtmek gerekir ki, m. 1566’da belirtilen durumlar gerçekleşmemiş ise hâkim evliliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırmak zorundadır. Bu durumda eşlerden hangisinin kusurlu ya da diğerine oranla daha fazla kusurlu olduğunun bir önemi yoktur. Özellikle eşlerin ayrı yaşamalarından ne anlaşılması gerektiği BGB. Art. 1567’da ayrıntılı düzenlenmiştir. Buna göre; eşler ortak konutta birlikte yaşamıyorlar ise veya eşlerden biri ortak yaşamı reddediyor ve ortak yaşamı kurmayı istemiyorsa eşler ayrı yaşıyor demektir. Eğer evliliğin devamı o evlilikten meydana gelen ergin olmayan çocukların menfaatlerine, özel nedenlerden dolayı zorunlu ise, boşanma buna karşı çıkan eşi olağanüstü koşullar nedeni ile büyük güçlüklerle maruz bırakacaksa, eşler henüz birlikte yaşama konusunda bir yıllarını doldurmamışlarsa dava boşanma ile sonuçlanmayacaktır. Ancak eşler henüz birlikte yaşama konusunda bir yıllarını doldurmamışlarsa fakat evliliğin devamı diğer eşin şahsından kaynaklanan nedenlerden katlanılmaz bir hal aldıysa boşanmaya karar verilebilir⁵².

Görüleceği üzere Almanya ve İsviçre’de boşanmaya ilişkin olarak ortaya çıkan eğilim boşanma sebeplerinin tek çatı altında toplanması yönündedir. Buna göre, her iki ülke hukukunda da özel boşanma sebepleri ortadan kaldırılarak, yerine genel boşanma nedenleri olarak ortaya çıkan evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin düzenleme bulduğunu görmekteyiz. Uygulamada özel boşanma nedenlerine dayalı olarak açılan davaların oldukça nadir olarak ortaya çıktığını görmekteyiz. Açılan davaların tamamına yakını evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu sonuç dikkate alındığında Türk Hukuk sisteminde de özel boşanma nedenlerinin tamamen kaldırılması yerinde bir düzenleme olacak, böylece uygulamada hukuki etkinlik ve yasal düzenlemelerde sadelik ve anlaşılabilirlik sağlanacaktır. Bu durum özellikle de yargı

⁵² **BURCUOĞLU, Haluk**, “ Alman Hukukunda yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İÜHFM., C. XLVIII-XLIX, S. 1-4, İstanbul 1983, s. 113-120.

kararlarının daha etkin ve kolay çıkmasına sebep olacaktır. Bizce tasarıda zina sebebine ilişkin tartışma da yerinde değildir. Nitekim Türk aile ve toplum yapısı dikkate alındığında zinanın ortaya çıkması halinde, her halükarda evlilik birliğinin çekilmez hale geldiğini kabul etmek gerekir. Zinanın mutlak boşanma nedeni olarak öngörülmüş olması boşanmaya karar verilebilmesi bağlamında önemli bir değişiklik ortaya koymayacaktır. Zira burada elde edilecek hukuki kolaylığa evlilik birliğinin temelinden sarsılması kapsamında da ulaşılabilecektir.

Aynı dilekçede hem evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına hem de özel boşanma nedenlerinden birine dayanılabilir⁵³. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında aynı dilekçede, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında, pek fena muamele ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerine dayanılabileceğine değinmiştir⁵⁴. Ancak, eşlerden birinin iki nedene birlikte dayanması, iyi niyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil etmemelidir. Bu durumda dayanılan olgu ya da olaylar, çelişkili bir durum ortaya koymamalı ve hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermemelidir⁵⁵. Örneğin eşlerden birinin aynı anda hem terk, hem de evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanması mümkün değildir⁵⁶. Yargıtay 2. HD., 13.11.2003, E. 2003/14499, K. 2003/15558 sayılı bir kararında, "...dava terk ve evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle boşanmaya ilişkin olarak açılmıştır. Davacı koca ihtar isteminde bulunmakla önceki olayları hoşgörü ile karşılamış ve ortak hayatın çekilebilir olduğunu kabul etmiş sayılır. İhtardan sonraki dönemde yeni olayların varlığı da iddia ve ispat olunmamıştır. Öte yandan eşi ile geçinemediğini evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürmeleri kendisinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığını ileri sürmek, boşanmak isteyen davacı kocanın, ortak hayatı sürdürmek üzere eşine ihtar göndermesi iyiniyet kuralı ile bağdaşmaz. Geçerli bir ihtardan söz edilemez. Açıklanan

⁵³ **TEKİNAY**, s. 248. Bu durumda yazara göre, hakların yarışması durumu ortaya çıkar. Ancak bu durumda her iki neden bakımından ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır (**GENÇCAN**, s. 387).

⁵⁴ HGK. , 27.3.1991, E. 1991/2-34, K. 1991/146 (İKD, S. 373, s. 8467). Bu anlamda dayanılan nedenler bakımından, eşlere seçimlik bir hak tanındığını görmekteyiz.

⁵⁵ **YALÇINKAYA / KALELİ**, s. 1511.

⁵⁶ 2. HD., 8.12.1981, E. 1981/7676, K. 1981/7962 (YKD. , C. 8, S. 5, 1982, s. 678-679).

nedenlerle davanın reddi gerekir...” demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir⁵⁷. Görüleceği üzere, ortaya konulan bu kararda aynı anda hem terk hem de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılmasının iyiniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı vurgulanmıştır.

Dava dilekçesinde, hem özel boşanma nedenlerinden birine, hem de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılması durumunda, hâkimin her iki durum bakımından delilleri araştırması ve değerlendirmesi gerekir⁵⁸. Zira genel boşanma sebepleriyle özel boşanma sebeplerinin birleşmesi mümkündür⁵⁹. Ancak hâkimin uyuşmazlığı öncelikli olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak sonuçlandırması gerekir.

Hemen belirtelim ki aynı dilekçede birden fazla özel boşanma nedenine dayanılması ise mümkün değildir⁶⁰. Dava dilekçesinde özel boşanma nedenlerine dayanılması halinde her bir sebep ayrı olarak değerlendirilmelidir. Nitekim özel boşanma nedenleri birbirinden bağımsız olup aralarında birleşme imkânı yoktur⁶¹. Bu durumun sonucu olarak hüküm fıkrasında her bir sebep bakımından ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır.

Dava dilekçesinde dayanan hukuki sebepler bakımından, özel boşanma nedenlerinden zina, hayata kast ve pek kötü muamele, onur kırıcı davranış ile evlilik

⁵⁷ **UYAR, Talih / UYAR, Alper / UYAR, Cüneyt**, Gerekçeli İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 2006, s. 1066–1067. 2. HD., 9.10.2004, E. 2004/10822, K. 2004/13319, “...davacı ve davalının 20.6.2002 tarihinden beri yaşadıkları hususunda ihtilaf yoktur. Davacı 7.1.2003 tarihinde ihtar isteğinde bulunmuş ihtar kararı, 23.1.2003 günü tebliğ edilmiştir. Davalı kadın usulüne uygun ihtar tebliğine ve gönderilen aracılara rağmen ortak konuta dönmemiştir. Davacı kocanın 15.4.2003 tarihinde terk sebebiyle boşanma davası açması üzerine davalı kadın da 28.5.2003 tarihinde evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma davası açmıştır. Davalı kadın haklı bir nedene dayanarak ortak konuta dönmediğini kanıtlayamamıştır. Davalının şiddetli geçimsizliğe dayalı boşanma davası açması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olup, terke dayalı boşanma davasını sonuçsuz bırakmaya yöneliktir. Bu nedenle kocanın açtığı davanın kabulü, kadını açtığı davanın ise reddi gerekir” (kararlar için bkz. **KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 263–264). Aynı yönde bkz., 2. HD., 14.3.2005, E. 2005/2764, K. 2005/3935 sayılı kararı (**UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1023).

⁵⁸ **ÇAKIN**, s. 93; **HATEMİ/SEROZAN**, s. 235–236.

⁵⁹ **BİRSEN**, s. 1966–331.

⁶⁰ **HATEMİ/SEROZAN**, s. 236.

⁶¹ **SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K.**, Türk Medeni Kanunu, C. 3, İstanbul 1957, s. 256; **BİRSEN**, s. 331.

birliğinin temelinden sarsılması arasında delillerin değerdendirilmesi açısından farklılıklar vardır⁶². Buna göre, zina, hayata kast ve pek kötü muamele, onur kırıcı davranışa konu olayların ortaya çıkması halinde, evliliğin çekilmez hale gelip gelmediği araştırılmaksızın boşanmaya karar verilebilir. Zira bu nedenler, mutlak boşanma nedenleridir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında ise, birliğinin temelinden sarsılmasına konu olayların ortaya çıkmasının yanında, ekilemezlik koşulunun da oluşması gerekir. Bu durumda, boşanmaya karar verilebilmesi için, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve oluşan sarsılmanın evlilik birliğinin devamını eşlerden beklenemeyecek derecede olumsuz etkilemesi gerekir⁶³. Örneğin, eşlerden birinin diğer eşin canına kast etmesi ve dava dilekçesinde cana kast ve pek fena muameleye dayanılması halinde, cana kast ve pek fena muameleye konu olayların meydana gelmesi durumunda başkaca bir husus araştırılmaksızın boşanmaya karar verilebilir. Aynı olayda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılması halinde ise, cana kast ve pek fena muameleye konu olayın meydana gelmesinin yanında, evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğinin de belirlenmesi gerekir.

Hâkim dava dilekçesinde belirtilen hukuki nedenlerle bağlı olmadığından, dava dilekçesinde dayanılmayan hukuki durumu re’sen dikkate almalıdır. Zira hâkim hukuki vasıflandırmayla bağlı deđildir⁶⁴.

Acaba hâkim davacının dilekçesinde dayanmadığı, ancak dosya kapsamına somut olarak yansıyan boşanmaya ilişkin diğer nedenleri taraflar ileri srmeseler bile, göz önünde bulundurabilecek midir? Öğretide aksi fikir olmasına karşın, Yargıtay’ a göre, hâkim dilekçede açık bir şekilde dayanılmayan, ancak dosya kapsamına yansıyan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olabilecek olayları re’sen dikkate almalıdır⁶⁵.

⁶² ÖZUĞUR, Ali İhsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Haller Boşanma Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerini Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2004, s. 40–45.

⁶³ ÖZUĞUR, s. 190–196.

⁶⁴ TEKİNAY, s. 248.

⁶⁵ Aksi fikir için bkz. ÇAKIN, s. 94. 2. HD., 4.11.2003, E. 2003/9795, K. 2003/14883, “ ...olayları açıklamak taraflara, hukuki nitelendirme ise hâkime aittir. Davacı dava dilekçesinde zina ve aile birliğinin temelinden sarsılması hukuki nedenlerine dayanmıştır. Toplanan delillere göre davalının

Bizce de, hâkim dava dilekçesinde dayanılan hukuki nedenlerle bağlı değildir. Hâkim dava dilekçesinde ya da yargılamanın diğer safhalarında taraflarca ileri sürülmeyen geçimsizliğe konu olguları re'sen dikkate alabilir. Zira usul hukukunda geçerli olan ilke, “vakıalara dayandırma ilkesi” olup, “hukuki sebep” ilkesi değildir. Hâkim yalnızca önüne gelen olayda ileri sürülen vakıalarla bağlıdır. Belirtelim ki, hâkim hukuki sebepler bakımından bir çelişkinin ortaya çıkması halinde Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun m. 75 hükmü gereğince çelişkili durumu yargılamanın tüm safhasında taraflara açıklatırabilir.

Ancak hemen belirtelim ki, ortaya konulan bu durum evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak açılan boşanma davalarında geçerlidir. Dava dilekçesinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanılmasına karşın, özel boşanma nedenlerinden herhangi birisine dayanılmamışsa yargılama safhasında özel boşanmaya ilişkin olaylar ortaya çıksa bile, dava evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak sonuçlandırılmalıdır. Örneğin; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak açılan bir davada, davalı eşin akıl hastası olduğu anlaşılrsa dahi, dayanılan hukuki neden ıslah edilmemişse ya da ıslah edilmekle birlikte sebep değişikliğine karşı taraf rıza göstermemişse, dava akıl hastalığına dayalı olarak sonuçlandırılmaz. Bu durumda akıl hastalığına dayalı olarak açılan bir dava bulunmadığından davanın reddine karar verilmelidir⁶⁶.

güven sarsıcı davranışları yanında, davacının da davalıyı dövdüğü anlaşılmaktadır...” (TALİH/ALPER/ CÜNEYT, s. 1054). Ayrıca Yargıtay bir başka kararında dava dilekçesinde şiddetli geçimsizliğe esas olayların hasredilmesinin gerekmediğini açıkça vurgulamıştır, bkz., 2. HD., 13.3.1997, E. 1997/1640, K. 1997/2806 (UYAR, Makale, s. 1243).

⁶⁶ Nitekim Yargıtay uygulamasına göre, davalının akıl hastası olduğunun anlaşılması durumunda davranışları iradi olmayacağından bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açılan bir davanın görülme olanağı yoktur.

§2. Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılmasının Unsurları

I.Genel Olarak

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma nedeni, 4721 sayılı yeni Medeni Kanunun m. 166/I ve II. f. düzenlenmiştir. Buna göre ; “ Evlilik birliği ortak hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olursa eşlerden her biri boşanma davası açabilir. Yukarıdaki fıkrada belirtilen hallerde davacının kusuru daha ağır ise, davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır. Bununla beraber, bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir”.

Yukarıda ortaya konulan maddenin birinci fıkra hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, somut olayda evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabul edilebilmesi için, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve oluşan bu sarsılmanın evlilik birliğinin devamını eşlerden beklenemeyecek derecede olumsuz etkilemesi gerekir⁶⁷.

O halde, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü için, birisi objektif, diğeri sübjektif olmak üzere iki şartın aynı anda yerine gelmiş olması gerekir. Buna göre, evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede olumsuz etkilenmesi şartı sübjektif şartı⁶⁸, evlilik birliğinin temelinden sarsılması ise objektif şartı, oluşturur. Maddenin lafzından bu iki şartın aynı anda meydana gelmesinin gerektiği açıkça anlaşılmaktadır⁶⁹. Burada objektif şartlar mahkemece tespit edilir,

⁶⁷ CEYLAN, s. 24; AKINTÜRK, s. 254. HGK. , 10.4.1991, E. 1991/2–104, K. 1991/204, “...öte yandan boşanma davası açıldıktan sonra, davacının müşterek çocuklarına ve diğer şahitlere bu davayı ilişki içinde olduğu kadının tazyiki ile açtığını, karısını sevdiğini, önemli bir olay olmadığını söylemiştir. Bu davranış evlilik birliğinde çekilmezlik unsurunun bulunmadığını gösterir niteliktedir ...” (KAZANCI İÇTİHAT BİLGİ BANKASI [http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

⁶⁸ ÖZTAN, Makale, s. 718; VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 182–183; ELBİR, s. 254; ÖZDAMAR, s.357; ARSEBÜK, A. Esat, Medeni Hukuk, C. 2, Ankara 1940, s. 747–748; CEYLAN, s. 24.

⁶⁹ HATEMİ/ SEROZAN, s. 228; ELBİR, s. 254. HGK. , 13.5.1978, E. 1978/2—458, K. 1978/373, “...Medeni Kanunun 134. maddesi hükmünce aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesinin mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde, karı kocadan her biri boşanma davasında bulunabilir. O halde imtizaçsızlığa dayanan boşanma davasının kabul edilebilmesi için, ortak hayatın çekilmez hale gelmesini gerektirecek derecede evlilik birliğinin

sübjektif şartlar ise hâkim tarafından değerlendirilir⁷⁰.

Hemen belirtelim ki, öğretide sübjektif şartın yerine geçmek üzere, “çekilmezlik”, “katlanmazlık”, “ortak yaşamın sürdürülmesinin davacıdan beklenmezliği” şeklinde kavramlar da kullanılmıştır⁷¹. 743 sayılı eski Medeni Kanunumuzun orijinal halinde ise madde başlığı, “imtizaçsızlık” olarak, evlilik birliğinin şiddetli olarak sarsılması şartı, “geçimsizlik” olarak, ortaya çıkan sarsılmanın evliliğinin devamını bekleyemeyecek derecede olumsuz etkilemesi ise, “çekilmezlik” olarak ifade ediliyordu⁷².

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olgu ve olayların eşler arasında meydana gelmiş olması ve ortaya çıkan geçimsizliğin düzelme ya da ortadan kalkması ihtimalinin kalmamış olması gerekir⁷³.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunu belirlemede göz önünde bulundurulacak en önemli kıstas, eşlerin evlilik birliğini devam ettirmede istek ve arzularının kalıp kalmadığıdır. Evliliğin devamı noktasında eşlerden herhangi biri ruh ve istekliliğini yitirmişse, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı sonucuna varmak gerekir⁷⁴.

Hâkim boşanmaya karar vermeden önce, ortaya çıkan geçimsizliğin ortadan kalkmasına çalışılması bakımından eşlerin, ellerinden gelen tüm çabayı gösterip göstermediklerini, bu anlamda fedakârlık ve hoşgörü sınırlarını zorlayıp zorlamadıklarını araştırmalı, salt eşlerden birinin ya da her ikisinin evliliğin devamı

temelinden sarsılmasının varlığı objektif delillerle ispat edilmelidir...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 289–290). Ortaya konulan bu içtihadattan da anlaşıldığı gibi, boşanmaya karar verilebilmesi için, evlilik birliğinin temelinden sarsılması yetmemekte, ayrıca bu sarsıntının birliğin devamının sürdürülmesine, makul ölçütler çerçevesinde engel olacak boyutta ortaya çıkması gerekmektedir. Bu cümleden olarak, taraflar bir araya gelmişler ve birliğin esasına ilişkin yükümlülüklerini devam ettirmeye başlamışlarsa artık önceki olaylara dayanarak dava açamayacaklardır. Zira artık eşlerin önceki olayları hoş gördüklerinin kabulü gerekir.

⁷⁰ ÖZTAN, Aile, s. 403.

⁷¹ HATEMİ/SEROZAN, s. 229.

⁷² HATEMİ, Aile s. 109.

⁷³ ÖZTAN Aile, s. 404.

⁷⁴ VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 182; SAYMEN/ELBİR, s. 255; Bu durumda düzen bozukluğunun kabulü gerekir (BİRSEN, s. 328).

noktasında arzu ve isteklerinin kalmadığı yönündeki beyanlarına itibar etmemelidir⁷⁵.

Oluşan sarsılmanın evlilik birliğinin devamını eşlerden beklenemeyecek derecede olumsuz derecede etkileyip etkilemediğinin belirlenmesinde kıstas alınacak diğer ölçüt, eşler bakımından evliliğin devamı halinde ortaya çıkan menfaat ile evliliğin son bulması halinde ortaya çıkabilecek menfaatin karşılaştırılmasıdır⁷⁶.

Öğretide Feyzioğlu, buna ilişkin olarak şunları söylemiştir; ”Evlilik birliği bu birliğin temelinden sarsılması yüzünden öylesine sarsılmıştır ki, ortak hayatı ayakta tutmak adeta imkânsızlaşmıştır. Bu çekilmezlik, belki tek bir sebebe bağlı olmayabilir. Fakat olaylar birbirini izlemiş, eşler arasındaki sevgi ve saygı bağları öylesine gevşemiş ve incelmıştır ki, en küçük bir müdahale ile birliğin tamamen kopması an meselesi haline gelmiştir. Bu halde boşanma kapısını açmaktan başka çare kalmamış demektir”⁷⁷.

Buna ilişkin olarak ortaya çıkan diğer ölçüt ise, ortaya çıkan olgu ve olayların insan kişiliğinin özünü zedeleyip zedelediğinin belirlenmesidir. Evlilik birliğinin devamı halinde, eşlerden birinin kişilik değerleri onarılmaz bir biçimde zedeleneneyecekse artık bu durumda evlilik birliğinin çekilemez boyuta vardığının kabulü gerekir⁷⁸.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması sonucu oluşan duruma ilişkin olarak İsviçre hukukçularından Rossel şu cümleleri ortaya koymuştur;”...öyle izdivaçlar vardır ki onlarda tabiatların uyuşmaması ve geçimsizlik netice itibariyle affedilebilen bir zinadan bir hakareten ve fena muamelelerden daha ziyade ihtilaf tohumu ekerler; karı kocayı daha devasız bir surette ayırırlar. Bu halde mecburi bir iştiraki hayat tahammül edilmez bir işkence olur ve çocuklar gözleri önünde daimi bir ahenksizlik ve kin misalleri bulurlar. Bu gibi ahvalde boşanmanın hususi bir sebebi bulunmadığı vesilesiyle boşanma yoktur demek keyfi bir surette hareket etmek hakikati ahvali görmekten çekinmek değil midir (Rossel, s. 402)⁷⁹.

Aynı şekilde Alman hukukçusu Kohler ise sözü edilen hususa ilişkin olarak

⁷⁵ ÖZTAN, Aile, s. 410.

⁷⁶ ÖZTAN, Aile, s. 409.

⁷⁷ FEYZİOĞLU, s. 302.

⁷⁸ CEYLAN, s. 24; ÖZTAN Aile, s. 411.

⁷⁹ VELİDEDEĞLU, Makale, s. 11–12.

şunları söylemiştir; "...geçinmelerine imkân olmayan karı koca arasında evlilik sadece bir azap ve işkence kaynağı olmakla kalmaz, ruhi tekâmüle bir mani teşkil edebilir ve büyük istidatları bir hiç menzilesine indirebilir" (Rechtsphilosophie, s.121)⁸⁰.

Görüşleri özetlenen bilim adamlarının düşüncelerinden yola çıkarak şunları söyleyebiliriz; temelinden sarsılarak eşler bakımından çekilmez hale gelmiş birlikteliklerin devamı eşler bakımından olduğu kadar toplum bakımından da büyük bir tehlike olarak ortaya çıkmaktadır. Zira bu nitelikteki evliliklerin devam etmemesi devam etmesine nazaran daha faydalı sonuçlar doğurabilir. Böyle hale gelmiş birlikteliklerin devamını sağlamaya çalışmak bazen toplumun geleceğini tehlikeye düşürebilir ve de telafisiz istidat körelmelerine neden olabilir. O halde hâkimin ya da hukukçukların meseleye salt evlik birliği olarak bakmamaları, konuyu toplumun genelini ilgilendirir bir husus olarak değerlendirmeleri kaçınılmaz bir durum olarak ortaya çıkar.

Kanun kuyucu, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının tespiti bakımından, resmi evlilik tarihinden itibaren, belli bir sürenin geçmesinin gerekeceğini öngörmemiştir. Hiç kuşkusuz ki, evlilik süresinin uzunluk ya da kısalığının evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının belirlenmesinde, göz önünde bulundurulması gereken önemli bir ölçüt olduğu gözden uzak tutulmamalıdır⁸¹.

Kural olarak, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınacak olayların, tarafların resmi evlilik yaptıkları tarihten sonra meydana gelmesi gerekir⁸². Resmi evlilikten önceki olaylar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olabilecek nitelikte olsa bile, hükme esas alınamaz⁸³. Ancak evlilik birliğinin kurulmasından önce meydana gelen olaylar etkisini, evliliğin kurulmasından sonra da devam ettiriyor ve bu

⁸⁰ **VELİDEDEĞLU**, Makale, s. 11.

⁸¹ **ÖZTAN**, Aile, s. 412.

⁸² 2. HD., 11.12.1998, E. 1998/11543, K. 1998/13541 ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

⁸³ **TEKİNAY**, s. 181. 2. HD., 19.03.2004, E. 2004/6238, K. 2004/9050, "...tarafların 17.03.2003 tarihinde evlendikleri anlaşılmaktadır. Davacı tanıklarının beyanlarında geçen olaylar, bu tarihten önceki tarafların nikâhsız yaşadıkları dönemde meydana gelen olaylardır. Nikâhsız yaşanan dönemde gerçekleşen olaylar boşanmaya esas alınamaz..." (YAYINLANMAMIŞTIR). Aynı yönde bkz., 2. HD., 6.7.2004, E. 2004/6238, K. 2004/9050 (**KAÇAK** Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 221–222).

durum evlilik birliğini çekilemez hale getiriyorsa evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınmalıdır⁸⁴.

Diğer yandan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak dava açılabilmesi, tarafların resmi evlilikten sonra bir araya gelmiş ve birlikte karı koca hayatı yaşamış olmalarına bağlı değildir. Zira eşler arasında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabilecek olayların ortaya çıkması için birlikte yaşamaya başlamış olmaları şart olmayıp, eşler bir araya gelmeden de bu nitelikteki olayların meydana gelmesi mümkündür. Bu nedenle de resmi evlilikten sonra eşler bir araya gelmemiş, hatta düğün merasimi yapmamış dahi olsalar, eşler arasında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olabilecek olayların ortaya çıkması halinde boşanma davası açılabilir⁸⁵. Gerçekten Yargıtay 2. HD., 30.3.1965, E. 1965/1051, K. 1965/1699 sayılı bir kararında, "...taraflar nikâh akdinden sonra birleşmeseler dahi, Medeni Yasanın m. 134 anlamında evlilik birliğinin temelinden sarsılması bahse konu olabilir. Evlilik birliği nikâh akdiyle tamamlanmış olur. Koca düğün merasiminin icrasına zorlanamaz..." demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir⁸⁶.

Uygulamada eşlerin merasim sonrası birlikte yaşamamış olmaları gerekçe gösterilerek evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak açılan davaların reddedildiği sık sık görülmektedir. Oysaki böyle bir durumda eşler, şartların oluşması durumunda ister evliliğin iptali sebeplerine, isterlerse de evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak dava açabilir. Belirtelim ki dava dilekçesinde dayanılan hukuksal nedenin hâkim tarafından nitelendirilmesinin mümkün olmaması ya da bu yönde net bir açıklık bulunmaması halinde, hâkimin davacı eşi dava dilekçesini

⁸⁴ İNAL, s. 331; ÖZTAN, Makale, s. 718; TEKİNAY, s. 181. O halde esas olan şiddetli geçimsizliğe konu olay ve olguların etkilerini davanın açılma anında devam ettirmesidir.

⁸⁵ FEYZİOĞLU, s. 306; TEKİNAY, s. 181.

⁸⁶ İNAL, s. 332. 2. HD. 31.3.1966, E. 1966/1825, K. 1966/1938, "...tarafların nikâhları akdettikleri halde bir araya gelmedikleri anlaşılmaktadır. Tanıkların davacının ana babasının zoru ile nikâha razı olduğunu ve davalı ile birleştiği takdirde intihar edeceğini söylediği ve taraflar arasında bu sebepten evlilik birliğinin temelinden sarsılması doğduğunu bildirmişlerdir. Ana baba tazyikiyle kurulan böyle bir aile birliğinin ilerisi için yararlı olabileceği düşünülemez. Bilakis birleştikleri takdirde taraflar arasında daha da evlilik birliğinin temelinden sarsılması husule geleceği tabii ve ileride doğacak çocukların da bundan zarar göreceği aşikârdır. Henüz birleşmeden evvel araları açılmış olan bu çiftin boşanmalarına karar vermek her bakımdan isabetli olacağından karar bozulmalıdır" (İNAL, s. 346347). Aynı yönde bkz. 2. HD., 18.3.1988, E. 1988/1716, K. 1988/3143 (YKD. ,1989, S. 4, s. 4187).

HUMK. m. 75 hükmüne göre açıklaması mümkündür.

Nisbi butlan nedenlerine dayalı olarak açılan davanın reddi halinde, aynı sebeplerle evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak da dava açılabilir. Bu durumda dayanılan hukuki nedenlerin farklılık gösterdiğinden bahisle kesin hüküm itirazında bulunulamaz. Ancak hemen belirtelim ki, söz konusu durum mutlak butlan hallerinde geçerli değildir.

Red kararıyla sonuçlanarak kesinleşen bir boşanma davasından sonra, aynı sebebe dayalı olarak yeni bir dava açılması halinde, bu davada dayanılan olguların ilk davanın açılmasından sonra meydana gelen olaylara dayanması gerekir⁸⁷. Bu nedenledir ki, aile mahkemesi hâkiminin taraflarca ileri sürülen olayların oluş zamanlarını titizlikle tespit etmesi gerekir.

Madde kapsamında hangi hallerin evlilik birliğinin temelinden sarsılması sebebini oluşturacağı sayılmamıştır. Hiç kuşkusuz ki, hangi olayların evlilik birliğini sarsacağıнын önceden kestirilmesi imkânsız olup, böyle bir belirleme maddenin uygulama sahasının sınırlandırılması sonucunu beraberinde getirir.

Öğretide Öztan, şiddetli geçimsizlik doğuran olgu ve olayları şu şekilde özetlemiştir; “Eşler arasında alakasızlık, lakaytlık birliğin sarsılmasına neden olur. Eşin dövülmesi, dini inançlarına saygı gösterilmemesi, yaptığı işin küçük görülmesi, kendisiyle alay edilmesi, kişiliğine saygısızlık gösterilmesi, eşin aksi ve kırıncı olması, eşe muhabbetsiz davranma, üçüncü şahıslar arasında küçük düşürme, fiziki ve ruhi yönden kaba davranma taraflar arasındaki manevi birliği sarsar. Aşırı kıskançlık, aile sırlarını etrafa yayma, başka bir kişi ile birlikte yaşama, hep eşler arasında evlilik birliğini sarsan manevi olgulara örnek olarak verilebilir. Aynı şekilde eşlerden birinin veya her ikisinin sadakat yükümlülüğünü ihlal etmesi, cinsi beraberlikten kaçınması, uyuşturucu bağımlısı olması, ekonomik açıdan evlilik birliğini sarsacak derecede birlik giderlerine katılmaması, çocukların bakım görevini yerine getirmemesi, evi terk gibi haller evlilik birliğini sarsan olgular olarak kabul edilmelidir”⁸⁸.

⁸⁷ 2. HD., 25.10.2005, E. 2005/8892, K. 2005/14843, ”...ilk boşanma davasının reddedilmesinden sonra dava tarihine kadar boşanmaya sebep olabilecek bir olayın varlığı kanıtlanamamıştır (KAÇAK Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 238–339). Aynı yönde bkz., 2. HD., 25.5.1964, E. 1964/2834, K. 1964/2734 (İNAL, s. 342).

⁸⁸ ÖZTAN, Makale, s. 719–720.

Öğretide Velidedeoğlu ise, buna ilişkin olarak şunları söylemiştir; “Cinsi sahada tam bir uygunsuzluk ve sevgi eksikliği veya erkeğin musap olduğu âdemi iktidar dolayısıyla eşinin tatminsizliği, eşinin iktisadi sahadaki ihtiyaçlarının nazarı itibara alınmaması ve bunun böyle devam etmesi, eş dost yanında onun haysiyetinin daima rencide edilmesi, eşinin dini ve milli hislerine saygısızlık, ana babasına ve içtimai muhitine hakaret gibi hususlar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep teşkil edebilir”⁸⁹.

Hemen belirtelim ki, buna ilişkin belirlemenin kanun lafzında yapılmamış olması, kural içi boşluğu ortaya çıkarmıştır⁹⁰. Kural içi boşluk ise, hâkimin takdir yetkisini ortaya çıkarır. MK m.1 hükmüne göre ; “ Kanun sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır. Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa hâkim örf ve adet hukukuna göre bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre bir karar verir. Hâkim karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından faydalanır”. Buna göre hâkim, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin belirlemeyi yaparken ilk olarak, örf ve adet hukukundan⁹¹ faydalanır. Acaba hâkim örf ve adet hukukunda bir çözüm tarzı belirleyemiyorsa hangi ölçütü kıstas alacaktır? Maddede buna ilişkin olarak, hâkimin öğretideki görüşlerden⁹² ve yargı içtihatlarından faydalanacağı belirtilmiştir. Hâkimin bu temel argümanların yanında

⁸⁹ **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 182–183.

⁹⁰ **ÖZTAN**, Makale, s. 720. Hemen belirtelim ki kural içi boşlukta, kanun boşluğundan farklı olarak konuyla ilgili olarak bir hüküm vardır; ancak kanun koyucu konuya ilişkin bütün durumları düzenlememiştir.

⁹¹ Toplumda ortaya çıkan herhangi bir kuralın örf ve adet hukukunu oluşturabilmesi, hâkimin bu kuralı kıstas olarak alabilmesi, belli şartların varlığı halinde mümkün olabilir. Buna göre, toplumun belli kesiminde oluşup, geneli ilgilendirmeyen günübürlük kurallar, bu anlamda örf ve adet kuralı olarak nitelendirilemez. Ortaya çıkan bir örf kuralının, somut olayda hâkim tarafından kıstas alınabilmesi, kuralın, herkesçe kabul görmüş olmasına, başka bir deyişle uyulmaması halinde belli müeyyidesi olacağı inancının oluşmuş olmasına ve toplumda bu kuralın uygulanması bakımından süreklilik oluşmasına bağlı olacaktır. Ayrıca devlet desteğinin olması gerekeceği ise, tartışmalı olmakla birlikte genel inanç ve sürekliliğe ilişkin şartların oluşması ve örf kuralının kanunun emredici kuralına aykırılık teşkil etmemesi şartıyla, devlet desteğine gerek olmayacaktır (**AYAN**, Giriş, s. 17–18).

⁹² “Eşlerin birbirlerini saymamaları, tahkir ve terzil etmeleri, evliliğin biyolojik icaplarına uymamaları, lüzumlu lüzumsuz birbirlerini terk etmeleri, iyi muamelede bulunmamaları, kocanın gelirini israf ederek veya çalışmayarak karı ve çocukların münasip bir şekilde iâşesini temin etmemesi, haklı bir sebep olmadığı halde, karısının herhangi bir işte çalışmasını menetmesi ve bunda ısrar etmesi, çocuklar üzerindeki velayet hakkını kötüye kullanması eşler arasında şiddetli geçimsizliğe mucip olabilecek güçtedir ” (**AKGÜN**, s. 72).

hukukun genel ilkelerinden⁹³ de faydalanabileceğinde kuşku yoktur. Zira MK. m. 1 hükmünde geçen “bilimsel görüş” ile m. 4 hükmünde düzenleme bulan “hakkaniyet” kavramları bu duruma imkân tanır⁹⁴. Hâkim söz konusu sorunu, hukukun genel ilkeleri kapsamında dahi çözememesi halinde kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl hareket edecek idiyse, çözüm tarzını buna göre tayin etmelidir. Hâkimin kanun koyucu gibi hareket etmesi aşamasında hangi ölçütleri kıstas alması gerekeceği önemli bir durum olarak karşımıza çıkar. Bu durumda hâkim, her olayın özellik ve niteliklerini tecrübesiyle değerlendirerek somut olayı çözüme kavuşturmalıdır⁹⁵.

Bu aşamada belirleme yapılırken, oluşturulan çözüm tarzı gerek eşlerin, gerekse de toplumun çıkarlarıyla ters düşmemeli, konulan kurallar genel geçer olmalı, kanundaki diğer benzer durumları düzenleyen hükümlerle çelişkili bir durum ortaya koymamalıdır. Belirlenecek ilkeler ya da ortaya konulan çözüm tarzı, kanun koyucu tarafından dahi benimsenebilecek nitelikte olmalıdır⁹⁶. Hâkim bu ilkeye uygun olarak boşanmaya konu olayların meydana geldiği toplumun özellik ve niteliklerini örf ve gelenek biçimini, eşlerin kültür seviyeleri ile olayları algılama seviyelerini değerlendirmelidir.

Hâkim, her somut olayın ortaya çıkış biçimini ve nedenlerini, ortaya çıkan davranışlara eşlerden hangisinin sebebiyet verdiğini, hangi eşin davranış ve söyleminin daha önce meydana geldiğini, ortaya çıkan söz ve eylemin sürekli olarak meydana gelip gelmediğini, davranışların etki tepki sonucu ortaya çıkıp çıkmadığını⁹⁷, ortaya çıkan olaylardan sonra eşlerin bir araya gelip gelmediğini titizlikle belirlemelidir.

⁹³ “Hukukun genel ilkeleri kanunlardaki münferit kuralların temelini teşkil eden ve bilerek veya bilmeyerek hukuki kanaatlerimizi etkileyen hukuk idesinden doğmuş büyük fikirler ve genel gerçekliklerdir. Bunlar “hukuki özdeyişlerde yer alan mantık ilkeleri”, veya” tümevarım yoluyla elde edilen ilkeler” şeklinde görülebilecekleri gibi, “ülkede geçerli siyasal rejim yapısından” da çıkarılabilirler” (EDİS, Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara 1983, s. 146). Diğer yandan hâkimin somut olayla ilgili hüküm olmadığından bahisle konuyu çözümsüz bırakması “hakkı yerine getirmekten kaçınma yasağı” nedeniyle hâkimin sorumluluğunu doğuracaktır (AYAN, Giriş s. 56).

⁹⁴ AYAN, Giriş, s. 56.

⁹⁵ ÖZTAN, Makale, s. 718.

⁹⁶ AYAN, Giriş, s. 56; ÖZTAN, Aile, s. 404.

⁹⁷ 2. HD., 28.2.2005, E. 2005/1087, K. 2005/2879 ; “...tepki niteliğindeki tek olay boşanma sebebi olarak kabul edilemez...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

Diğer yandan tanık anlatımlarının yer ve zaman gösterimli olup olmadığı, ortaya çıkan hadiselerin davanın açılmasından önce meydana gelip gelmediği, tanık anlatımlarının somut olgulara dayalı olarak ortaya çıkıp çıkmadığı, tanık ifadelerinin görgüye mi, yoksa duyuma mı dayandığı tespit edilmelidir.

II. Eşler Arasında Geçimsizlik ve Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına Neden Olan Olaylardan Bazıları

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının anlamı, eşler arasında ciddi boyutta fikri ve ruhi farklılıkların meydana gelmesi, başka bir anlatımla geçimsizliğin şiddetli bir şekilde ortaya çıkmasıdır⁹⁸.

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

Ancak eşler arasında ortaya çıkan olaylar, geçimsizliğe yol açmasa bile bazı özel durumlarda birlik temelinden sarsılmış olabilir. Örneğin, eşlerden birinin evlilik birliğinin gereklerini yerine getiremeyecek şekilde kaza geçirdiği hallerde, taraflar birbirlerini sevmeye devam etseler dahi, evlilik birliğinin devamı artık eşlerden beklenemeyeceğinden boşanmaya karar verilebilir. Bu sonuç, kazaya karışan eş bakımından da kaynaklanabilir. Zira diğer eş evlilik birliğinin devamına rıza gösterse bile, kaza geçiren eş bu durumu gurur meselesi yapabileceğinden, anılan sonucun ortaya çıkması muhtemel hale gelir⁹⁹.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin belirlemeler somut olaylara dayanmalıdır. Hükme esas alınan tanık anlatımları, inandırıcı ve şiddetli sarsılmasının meydana geldiğini açık bir şekilde ortaya koyar nitelikte olmalıdır. Bu duruma ilişkin

⁹⁸ AKINTÜRK, s. 254; OĞUZMAN / DURAL, s. 124.

⁹⁹ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 116.

olarak Yargıtay HGK. , 28.9.2005, E. 2005/2–498, K. 2005/531, sayılı bir kararında ;” ...Türk Medeni Kanununun 166/son m. koşulları oluşmadığı gibi ilk davanın reddinden sonra taraflar biraya gelememiş ve bu dönemde boşanmayı gerektirir bir olayın varlığı kanıtlanamamıştır. Türk Medeni Kanunun 166/1–2. m. uyarınca; boşanma kararı verilebilmesi için, evlilik birliğinin ortak hayatı sürdürebilmeleri eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılmış olması gerekir. Oysa dinlenen davacının tanıklarının sözlerinin bir kısmı, Türk Medeni Kanunun 166/1maddesinde yer alan temelinden sarsılma durumunu kabule elverişli olmayan beyanlar olup, bir kısmı ise, sebep ve saiki açıklanmayan ve inandırıcı olmayan izahlardan ibarettir. Bu itibarla davanın reddi gerekirken delillerin takdirinde hataya düşülerek yetersiz gerekçeyle boşanmaya karar verilmesi doğru görülmemiştir” demek suretiyle konuya ilişkin temel esasları ortaya koymuştur¹⁰⁰.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılabilmesi için birliğinin eşlerden biri bakımından sarsılmış olması yeterlidir¹⁰¹. Nitekim maddenin “ eşlerden her biri boşanma davası açabilir” şeklindeki ifade biçiminden bu durum ortaya çıkmaktadır¹⁰².

Evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı, her bir eş bakımından subjektif ölçütler çerçevesinde değerlendirilmelidir. Eşlerden biri bakımından evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep oluşturabilecek bir olayın başka bir eş bakımından aynı sonucu doğurmayabileceği gözden uzak tutulmalıdır¹⁰³.

Anlık tepkiler, fevri hareketler, süreklilik arz etmeyen davranış ve sözler, kırgınlık sonucu söylenmiş söz ve yapılan davranışlar, basit davranışlar ve itişmeler, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep oluşturmaz¹⁰⁴. Hemen belirtelim ki;

¹⁰⁰ **KAÇAK, Nazif**, Hukuk Davalarına İlişkin 2005 Yılına Ait Emsal İçtihatlar Külliyyatı, Ankara 2006, s. 1071. Aynı yönde bkz., 2. HD., 10.2.2005, E. 2004/16875, K. 2005/1818; 2. HD., 2.3.2005, E. 2004/16208, K. 2004/3155; 2.HD., 17.2.2004, E. 2003/1334, K. 2003/1710; 2. HD., 7.2.2005, E. 2004/16525, K. 2005/1418 (**UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1025). 2. HD., 7.4.2004, E. 2004/3301, K. 2004/4460 (**YAYINLANMAMIŞTIR**).

¹⁰¹ **EGGER**, s. 177.

¹⁰² **TEKİNAY**, s. 178; **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 182.

¹⁰³ **AKINTÜRK**, s. 257; **FEYZİOĞLU**, s. 305.

¹⁰⁴ **TEKİNAY**, s. 176; **AKINTÜRK**, s. 254; **EGGER**, s. 177; **SAYMEN/ELBİR**, s. 255; **ÖZTAN**, Aile, s. 405; **VELİDEDEOĞLU**, Aile , s. 182. Aynı yönde bkz., 2. HD., 14.7.2004, E. 2004/8447, K. 2004/9574 (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 213). ” Her olayı ufak bir kırgınlığı müşterek hayatın çekilmez bir hal aldığına delil saymamak gerekir. Hiddetli olmak,

tepki niteliğindeki olayların boşanmaya esas sayılmaması, tek olay niteliğinin bulunmasına bağlıdır. Birden fazla tekrarlanan hadiseler, tepki niteliğinde kabul edilemez¹⁰⁵.

Buna karşılık ortaya çıkan olaylar, eşler arasında fikir ayrılıklarına, görüş farklılıklarına neden oluyorsa, bu tip olaylar sevgi ve saygının zayıflamasına, eşlerin evlilikten nefret etmelerine sebebiyet veriyor, çocukların menfaatlerini önemli derecede etkiliyor ve evlilik birliği bakımından toplumsal beklentileri zedeliyorsa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü gerekir¹⁰⁶. Eşlerin evlilik birliğinin devamı noktasında istek ve arzularının kalmadığı, karı ve kocalık zihniyetinin yok olduğu hallerde de aynı sonuca varmak gerekir¹⁰⁷.

Bu anlamda Yargıtay cinsel doyumun sağlanamaması¹⁰⁸, etkili eylem¹⁰⁹, davacının evlilikten itibaren iki ayın geçmesine rağmen kızılığının bozulmaması¹¹⁰, karşılıklı zina, eşlerden birinin içkiye düşkünlüğü, yatak sırlarının ifşası¹¹¹, eşlerden birinin diğerini başkalarının bulunduğu bir ortamda küçük düşürmesi¹¹², yıkanmama¹¹³

kıskançlık, inatçılık, ekonomik yetersizlik, başlı başına boşanma nedeni olamazlar. Ortada ciddi ve önemli olaylar ve gerçekten müşterek hayatı çekilmez hale getirecek olaylar yoksa boşanmaya karar vermemek gerekir” (İNAL, s. 330). ”...bana öyle geliyor ki bizim içtihatlarımız boşanmayı güçleştirmekte kraldan daha çok kral taraftarlığı edenlerin durumuna düşmüş oluyor “ (VELİDEDEOĞLU, Makale, s.20). Bizce somut bir olayın evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenini oluşturabilmesi sıkı şartlara bağlı kılınmalıdır. Bu yönde ortaya çıkan neden evlilik birliğini temelinden sarsmalıdır. Bu durum, taraflardan evlilik birliğini sürdürmeleri beklenemeyecek derecede olmalıdır. Aksi takdirde tarafların boşanmaları kolaylaşacak, bu durum ise toplumun temelini zayıflaması sonucunu doğuracaktır. Bu açıdan bakıldığında madde düzenlemesi oldukça yerindedir.

¹⁰⁵ GENÇCAN, s. 353.

¹⁰⁶ TUTUMLU, s. 986; AKINTÜRK, s. 257; TEKİNAY, s. 176.

¹⁰⁷ AKINTÜRK, s. 255; EGGER, s. 177.

¹⁰⁸ HGK. , 7.5.1979, E. 1979/ 2–2441, K. 1979/3748 (TUTUMLU, s. 986).

¹⁰⁹ 2. HD.,5.4.2004, E. 2004/3450, K. 2004/4260, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının, davacıya şiddet kullandığı, evden kovduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹¹⁰ 2. HD., 19.11.1985, E. 1985/9308, K. 1985/9645 (TUTUMLU, s. 986).

¹¹¹ 2. HD., 15.10.1991, E. 1991/9770, K. 1991/12620 (TUTUMLU, s. 986).

¹¹² HGK. , 8.7.1991, E. 1991/2200, K. 1991/568 (YKD. , 1981, s. 1247). Aynı yönde bkz., 2. HD., 21.4.2004, E. 2004/3946, K. 2004/5056 (YAYINLANMAMIŞTIR).

, eğlence sınırı aşılarak kumar oynamak suretiyle aile fertlerinin ekonomik yönden sıkıntıya düşürülmesi¹¹⁴, karının kocasına mutfakta bulaşık yıkatması ve yemek yaptırması¹¹⁵, gereksiz yere aşırı biçimde kıskançlık gösterilmesi¹¹⁶ gibi halleri evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep teşkil edecek nitelikte saymıştır.

Sonuç olarak; evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıнын kabulü için, eşlerin aynı çatı altında yaşama noktasında birliktelik duygu ve isteklerini kaybetmiş olmaları gerekir¹¹⁷. Buna karşın ortaya çıkan davranış ve sözler eşlerin hoşgörü ve tahammül sınırlarını zorlamayacak nitelikte ise, çekilmezliğin oluşmadığı sonucuna varılmalıdır.

Hemen hemen her ailede ortaya çıkabilecek ufak tefek nitelikli tartışmalar, dargınlıklar, oluşan kızgınlıklar, evlilik birliğinin sarsılmasına sebebiyet verecek nitelikte görülmemelidir. Bu gibi hadiselerin, bu nitelikteki bir sonucu doğurması eşlerin evlilik birliğinden nefret etmiş olmaları halinde mümkündür¹¹⁸.

Yargıtay, ağır işitme, konuşma kusuru, kekeçlik, kadının erkekten yaşlı olması¹¹⁹, eşlerden birinin mesai arkadaşıyla sokakta görüşmüş olması¹²⁰, kadının kocasının kısıtlanmasını talep etmiş olması¹²¹, eşinin üçüncü kişilerce ırzına geçilmiş olması¹²², yurt dışında yaşayan eşin karısını yanına almadığı gibi karısına ilgisiz davranması¹²³,

¹¹³ HGK. , 11.3.1964, E. 1964/2604, K. 1964/195, “...yıkanma gibi bir medeni gereği haklı sebep olmaksızın yerine getirmeyen bir eş ile bu yüzden çıkan bir geçimsizlik evlilik birliğinin temelinden sarsılması sayılabilir...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 156).

¹¹⁴ 2. HD., 8.12.1975, E. 1975/9170, K. 1975/9320 (YKD. , 1976, S. 6, s. 800).

¹¹⁵ HGK. , 13.12.1972, E. 1972/71–2–168, K. 1972/1357 (UYAR, Makale, s. 1275).

¹¹⁶ HGK. , 26.4.1972, E. 1971/2–589, K. 1972/262 (UYAR, Makale, s. 1276).

¹¹⁷ ÖZTAN, Makale, s. 719.

¹¹⁸ AKINTÜRK, s. 257.

¹¹⁹ TEKİNAY, s. 181.

¹²⁰ 2. HD., 10.12.1996, E. 1996/36297, K. 1996/6865 (OLGAÇ, Senai, İlmî ve Kazai İçtihatlarla Türk Medeni Kanun Şerhi, İstanbul 1967, s. 148).

¹²¹ HGK. , 5.11.1958, E. 1958.2.59, K. 1958/59 (OLGAÇ, s. 148).

¹²² 2. HD., 1.3.1976, E. 1976/1414, K. 1976/1767 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 305).

¹²³ HGK. , 5.11.1997, E. 1997/2–706, K. 1997/902, “... tarafların evliliği dört yıl bulmasına, davacının

intihara teşebbüs¹²⁴ , kadının eşinden izinsiz olarak dini amaçlı da olsa yurt dışına gitmesi¹²⁵ , eşiyle olan yatak sırlarını başkalarına anlatması¹²⁶ , kadının eşinin cebinden izinsiz olarak para alması¹²⁷ , ihmalkâr davranılması¹²⁸ , kan uyuşmazlığı¹²⁹ , davalının evin yolunu şaşırarak derece içkili olarak eve gelmesi¹³⁰ , biçiminde ortaya çıkan hallerde evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kabul etmemiştir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olabilecek nitelikteki olgu ya da olayları, özellikle de istikrar kazanan Yargıtay içtihatlarını da dikkate alarak ekonomik nedenler, sadakatsizlik, güven sarsıcı davranışlar, cinsel elverişsizlik ya da imkânsızlık, dini inanç ve farklılıklar, hastalıklar şeklinde incelememiz mümkündür.

A. Ekonomik Nedenler

Eşler, birbirlerine kötü ve zor dönemlerde destek olmak zorundadır. Evlilik müessesinin özünde bu düşünce yatar. Bu itibarla, tek başına ekonomik şartlardaki yetersizlikler, boşanma nedeni kabul edilemez. Koca elinden gelen tüm özveri ve çabayı sarf etmesine karşın, ekonomik bakımdan yeterli seviyeyi yakalayamıyor; böylece ailesinin yoksulluğuna sebep oluyorsa, bu durum tek başına boşanma nedeni sayılamaz.

istemesine rağmen, davalının karısını yanına yurt dışına götürmediği, infak ve iâşesini sağlamadığı, Türkiye'ye senelik izne geldiğinde karısına ilgisiz kaldığı anlaşıldığından boşanmaya karar verilmelidir..." (GENÇCAN, s. 454-455).

¹²⁴ 2. HD., 15.7.1998, E. 1998/7688, K. 1998/8958 (GENÇCAN, s. 562).

¹²⁵ 2. HD., 13.3.1984, E. 1984/2257, K. 1984/2386 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 327).

¹²⁶ 2. HD., 24.10.1983, E. 1983/7132, K. 1983/7789 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 328).

¹²⁷ 2. HD., 12.4.1976, E. 1976/3033, K. 1976/3179 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 334).

¹²⁸ 2. HD., 19.10.1981, E. 1981/6250, K. 1981/6645 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 290).

¹²⁹ 2. HD., 25.9.1974, E. 1974/4-4451, K. 1974/5279 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 292).

¹³⁰ HGK. , 21.6.1995, E. 1995/2-501, K. 1995/653 (UYAR, Makale, s. 1247).

Yoksulluğun boşanma nedeni kabul edilebilmesi için, söz konusu durumun, eşin kazancını gereksiz yerlere sarf etmesinden ya da iradi olarak çalışmamasından kaynaklanması gerekir.

Örneğin iflas, eşin kusurundan kaynaklanmıyorsa boşanmaya sebep teşkil etmez. Zira eşler sevinçli günlerde olduğu gibi, sıkıntılı dönemlerde de birbirlerinin yanında olmalı, birbirlerine destek olmalıdırlar. Bu durumun aksine iflas, eşin tembelliğinden, çalışma istek ve arzusunu kaybetmesinden kaynaklanmış ve eş iflas ettikten sonra da bu özelliklerini devam ettirmişse boşanma sebebi teşkil etmelidir¹³¹. Yargıtay birçok kararıyla kocanın birlik görevlerini yerine getirmemesini evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni olarak görmüştür¹³².

Kadının çalışmak istemesine erkeğin karşı çıkması, bazı durumlarda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilir. Medeni Kanunumuzun m. 192 hükmüne göre; “ Eşlerden her biri meslek veya iş seçiminde diğerinin iznini almak zorunda değildir. Ancak meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur“. Anayasa Mahkemesinin 29.11.1990 tarihli 30/31 sayılı kararı¹³³ ile iptal edilen 743 sayılı eski Medeni Kanununun m.159 hükmüne göre ise ; “ Karı, koca mallarını idare için hangi usulü kabul etmiş olursa olsun karı, kocanın sarahaten veya zımnen müsaadesi ile bir iş veya sanat ile iştigal edebilir. Kocanın izinden imtinaı halinde, karı, kendisinin bir iş veya bir sanat ile iştigal etmesi birliğin veya bütün ailenin menfaati icabı olduğunu ispat ederse bu izin, hâkim tarafından verilebilir. Koca, karısını bir iş veya sanat ile iştigalden menettiği takdirde keyfiyet kâtibi adil marifetiyle ilan edilmedikçe hüsnüniyet sahibi üçüncü şahıslara karşı hüküm ifade etmez“.

Bu düzenlemeden anlaşılacağı üzere, kural olarak kadın kocanın rızasını

¹³¹ **VELİDEDEOĞLU**, Aile , s. 183; **AKGÜN**, s. 72. Aynı yönde bkz., 2. HD., 13.9.1941, E. 1941/1420, K. 1941/2974 (**İNAL**, s. 333).

¹³² 2. HD., 8.4.2004, E. 2004/3289, K. 2004/4575, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR). Aynı yönde bkz., 2. HD., 8.6.2004, E. 2004/4098, K. 2004/7451, “...boşanmaya neden olan olaylarda birlik görevlerini yerine getirmeyen ve eşinin hastalığı ile ilgilenmeyen davacı koca tamamen kusurludur...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹³³ RG. 2.7.1992, S. 21272.

almaksızın çalışmaya kendi özgür iradesiyle karar verebilir¹³⁴. Ancak, eşin çalışması evlilik birliğinin saadet ve mutluluğunu ciddi boyutta etkiliyor ve bu durum haklı nedenlerle ortaya çıkıyorsa, kadın çalışmaya kocasının iznini almaksızın karar veremez. Bu duruma bağlı olarak yapılan işin niteliği de önem taşır. Yapılan iş aile huzur ve saadetine zeval getirmeyecek nitelikte olmalıdır. Nitekim maddenin “ancak meslek ve iş seçiminde ve bunların yürütülmesinde evlilik birliğinin huzur ve yararı göz önünde tutulur” şeklindeki düzenlemesi bu durumu ortaya çıkarmaktadır¹³⁵.

Kocanın bağımsız bir konut temin etmeyerek, eşinin kalabalık aile ortamında kalmasına sebebiyet vermesi de boşanmaya sebep olabilir. Hiç kuşkusuz ki, buna ilişkin somut durumu belirlerken, eşlerin içinde bulundukları aile ve toplum yapısını dikkate almak gerekir. Eşlerin içinde yaşadıkları örf ve adet böyle bir durumu bünyesinde yaygın bir şekilde barındırıyor ve böyle bir duruma cevaz veriyorsa, bu durum tek başına boşanma sebebi teşkil etmez. Başka bir anlatımla, eşlerin bağımsız evde kalmamaları başka olaylarla desteklenmedikçe tek başına boşanma nedeni sayılamaz¹³⁶. Buna karşın bağımsız konut temin etmeme eşler arasında tatsız olayların baş

¹³⁴ 2. HD., 6.5.1997, E. 1997/3251, K. 1997/4830, “...mücerret kadının çalışmak istemesi boşanma nedeni yapılamaz...” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 294). Aynı yönde kararlar için bkz., 2. HD., 6.5.1997, E. 1997/3251, K. 1997/4830 (**UYAR**, Makale, s. 123). 2. HD., 29.3.1993, E. 1993/2408, K. 1993/2896 (YKD., 1993, S. 12, s. 1797).

¹³⁵ **AKINTÜRK**, s. 110. 2. HD., 20.12.1963, E. 1963/6368, K. 1963/6869, “...kaynanası ile birlikte oturmaya dahi zorlanamayacak kadının, akıl hastası olan kayın biraderi ile birlikte oturmaya zorlanması halinde, bu durum kocaya yükletilebilecek bir boşanma nedenidir...”; HGK., 9.12.1964, E. 1964/2-692, K. 1964/705; HGK., 14.10.1964, E. 1964/2777, K. 1964/620, “...koca, karısını ana ve babasından ayrı bir evde oturtmalıdır. Beraberce oturma yüzünden, karı ile kayınvalide ve kayınpeder arasında ve dolayısıyla koca ile karı arasında bir geçimsizlik meydana geldiği takdirde koca kusurlu sayılır...”; Aynı yönde bkz., 2. HD., 9.3.1965, E. 1965/606, K. 1964/1198; HGK., 15.11.1967, E. 1967/9662613, K. 1964/536 (kararlar için bkz. **İNAL**, s. 331-343). Aynı yönde bkz., HGK., 14.10.1998, E. 1998/2705, K. 1998/697, “...toplanan delillerden kocanın eşine bağımsız ev temin etmediği anlaşılmıştır ...”; 2. HD., 2.2.2001, E. 2001/15953, K. 2001/1726 (kararlar için bkz. **KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 231-281).

¹³⁶ 2. HD., 8.7.2004, E. 2004/7942, K. 2004/9158, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle, kocanın müşterek konut teminine yanaşmadığı, birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 21.10.1993, E. 1993/8682, K. 1993/9635, “... tarafların davacıların ebeveynleri ile birlikte, altı üstü dairelerde oturmalarından ve aynı mutfak paylaşımlarından başka, evlilik birliğini temelinden sarsan ve davalıdan kaynaklanan bir olay ya da iddia ispat edilememiştir. Davacının bağımsız bir ev tutması konusunda bir isteğin bulunduğu da ileri sürülmemiştir. Belirtilen birlikte mutfak paylaşma olayı, Anadolu’da uyulan geniş aile geleneğinin bir sonucudur. Bu olay başlı başına evlilik birliğinin temelinden sarsılması için yeterli değildir...” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 292). 2. HD., 9.10.1992, E. 1992/8664, K. 1992/9376 “...kocanın bağımsız konut sağlamamış olması, tek başına boşanma nedeni olamaz. Bu davada, müşterek evde, davalının diğer aile fertlerinin bulunduğu olgusundan başka bir olay ispatlanamamıştır. ...” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 299).

göstermesine sebebiyet veriyorsa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kabul etmek gerekir¹³⁷.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında annesiyle geçinemeyen karısına, bağımsız bir ev temin etmeyen kocanın davranışını, evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni saymıştır¹³⁸. Yargıtay’ca verilen bir başka kararda ise; kocasından bağımsız ev tutma talebinde bulunmayan kadının, birlikte oturduğu kaynana ya da kayınvalideden kaynaklanan geçimsizliğe konu bir olayı ortaya koyamaması halinde, bağımsız konut temin etmeme olgusunun tek başına boşanma kararı verilmesine yeterli olmayacağı vurgulanmıştır¹³⁹.

Belirtelim ki salt bağımsız konut temin etmeme, ortada geçimsizliğe esas teşkil edebilecek başkaca bir olay yoksa diğer eşe, ancak terke dayalı boşanma davasına esas teşkil etmesi bakımından ihtar çekme hakkını verir¹⁴⁰.

Konuya ilişkin sorun, genellikle kaynana – gelin ilişkilerinden kaynaklanmakta olup, bu durum özellikle de, Anadolu’nun kırsal kesitlerinde yaygın bir şekilde devam eden, baba-erkek ailelerde ortaya çıkmaktadır¹⁴¹. Şehirleşme artıkça, kültür seviyesi yükseldikçe, böyle durumlar nadir olarak ortaya çıkmaktadır¹⁴².

Kocanın çalışmaması, böylece ailesinin mağduriyetine sebebiyet vermesi de

¹³⁷ 2. HD., 5.7.2004, E. 2004/7976, K. 2004/8869, “...davacının, davalıyı köyde kendi anne ve babasıyla oturmaya zorladığı, bağımsız ev teminine yönelik davalının isteklerine olumlu yanıt vermediği ve davalıya şiddet kullandığı gerçekleşmiştir... “ (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 22.1.2003, E. 2003/31, K. 2003/811, “...toplanan delillerden davalının kendi ailesi ile birlikte, davacı arasında huzursuzluk olduğunu bildiği halde bağımsız ev temin etmediği anlaşılmaktadır...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 299–300).

¹³⁸ HGK., 29.1.1997, E. 1996/2–808, K. 1997/12; HGK., 7.1.1970, E. 1970/2681, K. 1970/11 (kararlar için bkz., UYAR, Makale, s. 1244).

¹³⁹ 2. HD., 18.5.1995, E. 1995/5193, K. 1995/5833 (UYAR, Makale, s. 1247).

¹⁴⁰ 2. HD., 9.10.1992, E. 1992/8664, K. 1992/9376 (YKD., 1992, S. 12, s. 1843).

¹⁴¹ 2. HD., 18.5.1995, E. 1995/5193, K. 1995/5833, “... tarafların davacı ebeveynleriyle oturmalarından başka evlilik birliğini temelinden sarsan ve davalıdan yine birlikte oturulan kişilerden kaynaklanan bir olaya iddia ve ispat edilmemiş olmasına göre, davacının da bağımsız ev tutması konusunda bir isteğinin de ileri sürülmemesine, belirtilen birlikte oturma olayı Anadolu’da uygulanan geniş aile geleneğinin bir sonucu olduğundan bu olay boşanma nedeni görülmemiştir...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 330–301).

¹⁴² Şunu ifade edelim ki, uygulamada ortaya çıkan şiddetli geçimsizliğe dayalı davalar arasında bu nedene dayalı olarak ortaya çıkan uyuşmazlıklar büyük yer işgal etmektedir.

evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak açılan davalar arasında önemli bir yer tutar. Böyle bir durumda da, belli bir ölçüt koyma imkânı yoktur. Eşin çalışmaması sonucunda ortaya çıkan mağduriyet, kişinin tembelliğinden, ya da sorumsuzluğundan kaynaklanıyor, böylece aile fertleri asgari ölçütler çerçevesinde ihtiyaçlarını gideremiyor ve eşler arasında tartışmalar ve huzursuzluklar baş gösteriyorsa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü gerekir¹⁴³. Gerçekten Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; “...çalışabilir durumda olduğu halde, eş ve çocuklarının bakımı ile ilgilenmeyen kocanın durumu evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenini oluşturur... “ demek suretiyle bu yöne değinmiştir¹⁴⁴.

Eşin aşırı bir şekilde borçlanması¹⁴⁵, kusuruyla evine haciz gelmesine sebebiyet vermesi¹⁴⁶, at yarışı oyunları oynamak suretiyle ailesini mağdur etmesi¹⁴⁷, kumar oynaması¹⁴⁸, eve bakamaması¹⁴⁹, çalışmak istememesi¹⁵⁰ gibi durumlarda evlilik

¹⁴³ **EGGER**, s. 180; **FEYZİOĞLU**, s. 304. 2. HD., 21.4.2004, E. 2004/3946, K. 2004/5056, “...toplanan delillerden eşin çalışmadığı, birlik görevlerini yerine getirmediği ve eşine küçük düşürücü sözler sarf ettiği anlaşılmıştır ...”; Aynı yönde bkz., 2. HD., 3.12.2003, E. 2003/15093, K. 2003/16241; 2.HD., 30.10.2003, E. 2003/11551, K. 2003/14587; 2. HD., 18.2.2003, E. 2003/669, K. 2003/2009 (kararlar için bkz. **UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1032–1043).

¹⁴⁴ 2. HD., 14.9.1976, E. 1976/5592, K. 1976/6226 (**UYAR**, Makale s. 1273). Aynı yönde bkz., 2. HD., 5.7.2004, E. 2004/7820, K. 2004/8943, ” ...yapılan soruşturma, toplanan delillerle, davalının güven sarsıcı davranışlar içersine girdiği, eşine hakaret ve tehditte bulunduğu, aile düzenini bozacak derecede aşırı borçlandığı anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁴⁵ 2. HD., 18.3.2004, E. 2004/2070, K. 2004/3481, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle, davalının birlik görevlerini yerine getirmediği, aşırı borçlandığı, borçlarını ödemediği, alacaklıların davacıyı rahatsız ettiği anlaşılmaktadır....” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁴⁶ 2. HD., 2.6.2004, E. 2004/6062, K. 2004/7170, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı kadının ödeme gücünün üzerinde borçlanması sonucu, müşterek konutta haciz yapılmasına neden olduğu ve eşine karşı ağır hakaretlerde bulunduğu anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁴⁷ 2. HD., 13.10.2004, E. 2004/10528, K. 2004/11777, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının at yarışı oynama alışkanlığını sürdürdüğü, evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevlerini ihmal ettiği, ailenin ekonomik durumunu tehlikeye düşürdüğü anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁴⁸ 2. HD., 25.5.2004, E. 2004/3512 K. 2004/6729, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının kumar oynadığı, birlik görevlerini yerine getirmediği, eşine “hayvan” diye hakaret ettiği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁴⁹ 2. HD., 13.6.2002, E. 2002/7103, K. 2002/7950, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle eşlerin ailenin huzuru için birbirlerine karşı yardımcı olmadıkları, saygı ve anlayış göstermedikleri, karşılıklı küçük düşürücü davranışlarda bulundukları, bu durumda birinin kusurunu, diğerinden ağır tutmanın mümkün olmadığı, her iki eşin de davasının kabulü gerektiği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁵⁰ 2. HD., 9.7.2002, E. 2002/7215, K. 2002/9155, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının

birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü gerekir.

B.Cinsel İlişkinin Elverişsizliği ya da İmkânsızlığı

Evlilik birliğinin, beraberinde getirdiği yükümlülüklerin yanında, insan fizik ve bütünlüğünü tatmine yönelik bir takım getirileri de vardır. Bu durumun sonucu olarak insan neslinin sağlıklı bir şekilde devamı sağlanmıştır.

Cinsel ilişki bakımından elverişsiz hale gelen bir evliliğinin devamını, eşlerden beklemek hayatın olağan akışına ve özellikle de insan doğasına aykırılık teşkil eder¹⁵¹. Gerçekten Yargıtay 2. HD. , 25.11.2004, E. 2004/1235, K. 2004/13957 sayılı bir kararında; “...evlenmenin sosyal amacı yanında cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeplerle de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları, kızkılık muayenesine dair rapordan anlaşılmaktadır. Bu hal, evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan cinsel ilişkinin başırlamamış olması karşısında, eşlerden birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Böyle bir durumu, davacı açısından bir kusur kabul etmek mümkün değildir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli olan cinsel yaklaşmayı beklemek için davacıyı zorlamak, açık bir haksızlıktır. Bu koşullar altında davacıdan evlilik birliğini devam ettirmesini beklemek mümkün değildir. Aile birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilerek boşanmaya karar verilmesi gerekirken, davanın yetersiz gerekçeyle reddedilmesi usul ve yasaya aykırıdır“ demek suretiyle bu yöne ilişkin temel esasları ortaya koymuştur¹⁵².

Cinsel ilişki anlamında ortaya çıkan elverişsizlik ya da imkânsızlık fiziksel

çalışmadığı, sorumsuz olduğu anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁵¹ AKGÜN, s. 72; ÖZTAN, Aile, s. 408.

¹⁵² UYAR/UYAR/UYAR, s. 1060–1061. Aynı yönde bkz., 2. HD., 14.7.2003, E. 2003/9555, K. 2003/10764; 2. HD., 2.6.2003, E. 2003/7228, K. 2003/8048; 2. HD., 20.3.2003, E. 2002/1552, K. 2003/2680; 2. HD., 20.1.2003, E. 2002/14849, K. 2003/660 (kararlar için bkz. UYAR/UYAR/UYAR, s. 1061). 2. HD., 3.10.1995, E. 1995/7117, K. 1995/9764 ([http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). 2. HD., 3.6.1963, E. 1963/2280, K. 1963/3438; HGK. , 23.1.1963, E. 1963/2, K. 1963/75–3, (İNAL, s. 339–343).

nedenlere¹⁵³ dayalı olabileceği gibi, ruhsal ve psikolojik nedenlerden de kaynaklanabilir. Hâkim somut olayda, cinsel elverişsizliğin ne zamandan bu yana devam ettiğini, hastalığın tedavi imkânının olup olmadığını araştırmalı, bu yönde aralarında psikoloji uzmanının da bulunduğu sağlık kurul raporunu savcılık aracılığıyla temin etmelidir¹⁵⁴. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, ortaya çıkan cinsel elverişsizliğin tedaviyle giderilebilir nitelikte olup olmadığıdır. Bu anlamda cinsel nedenler bakımından boşanma son çare olarak düşünülmelidir.

Belirtelim ki celp edilen doktor raporlarından, kadının bakire olduğunun anlaşılması davanın kabulü için yeterlidir¹⁵⁵. Yargıtay cinsel anlamda elverişsiz olan eşin, bu bakımdan kendisine hiçbir kusurun yüklenmesi mümkün olmayan diğer eşe karşı açtığı davanın, “kimsenin kendi kusuruyla bir menfaat elde edemez” ilkesi gereğince reddi gerekeceğine karar vermiştir¹⁵⁶.

Bizce Yargıtay’ın bu uygulaması eleştirilmelidir. Zira cinsel elverişsizlik kişinin kendi kusurundan kaynaklanmamakta olup, bu durumda kişileri kusurlu görmek hukukun genel ilkelerine aykırılık teşkil eder. Her şeyden öteye de böyle bir evliliğin, devamını savunmanın, gerek fertler gerekse de toplum açısından bir getirisinin kalmadığını da düşünmek gerekir.

Yargıtay uygulamasında ve öğretici düşüncesinde salt çocuk olmaması, tek başına boşanma nedeni kabul edilmemektedir. Bu durumlarda boşanmaya karar verilebilmesi için, dava açan eş bakımından çocuk olmaksızın evliliğe devamın kendisinden beklenemeyecek derecede ortaya çıkması ve çocuk istemindeki samimiyetin somut olarak ispatlanması gerekir¹⁵⁷.

¹⁵³ HGK. , 23.12.1967, E. 1967/2–1329, K. 1967/642 (İNAL, s. 352).

¹⁵⁴ 2. HD., 6.7.1967, E. 1967/2324, K. 1967/3719 (İNAL, s. 349).

¹⁵⁵ 2. HD., 25.1.1990, E. 1990/9839, K. 1990/405, “...kadının cinsel organı normal yapıda olmasına rağmen, sekiz aylık evlilik süresi içinde kızlığının bozulmamış olması, evlilik birliğini temelinden sarsar...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 296).

¹⁵⁶ 2. HD., 26.1.2004, E. 2004/176, K. 2004/932 (GENÇCAN, s. 284).

¹⁵⁷ TEKİNAY, s. 177–178; VELİDEDEOĞLU, Makale, s. 18; AKGÜN, s. 72. 2. HD., 11.12.1952, E. 1952/ 7171, K. 1952/6047 (İNAL, s. 330). Egger’e göre de, zürriyetsizlik her zaman boşanma sebebi olamaz (EGGER, s. 179). 2. HD., 3.2.1972, E. 1972/362, K. 1972/471 (UYAR, Makale, s. 1276).

Kadının rahminin ameliyatla alınmasının evlilik birliğini sarsıp sarmayacağını belirlemede esas alınacak kıstas, söz konusu durumun cinsel ilişkiyi engelleyici bir durum arz edip etmediğinin belirlenmesiyle ortaya çıkar. Söz konusu eksikliğin cinsel ilişkinin sıhhatli olarak ortaya çıkmasını engelleyici bir durum olarak ortaya çıkmaması halinde evlilik birliğinin sarsılmadığının sonucuna varmak gerekir¹⁵⁸.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararıyla, iki taraflı ve doğuştan kalça çıkığı rahatsızlığı nedeniyle, cinsel birleşmeyi kısmen engelleyici bir yapıya sahip olan kadın hakkında boşanma kararı verilemeyeceğine değinmiştir¹⁵⁹. Yargıtay bir diğer kararında ise, yıllardan beri felç olan kocanın cinsel ilişkide bulunamamasını evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni olarak saymamıştır¹⁶⁰. Eşyle ters ilişki kuran, eşin davranışı da evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni sayılmıştır¹⁶¹.

C. Hastalıklar

Hastalıkların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilmesi, oluşan hastalığın şiddetinin eşlerden evlilik birliğini devam ettirmelerinin beklenemeyecek derecede oluşmasına bağlıdır¹⁶². Nitekim eşlerin birbirlerini kötü zamanlarında yalnız bırakmamalarının, acılı ve zor günlerinde birbirlerine katlanmalarının gerekliliği evlilik birliğinin konuluş amacında vardır¹⁶³.

Bu anlamda verem, kanser, maluliyet gibi hastalıklar sürekli olarak tedaviyi gerektirse, diğer eşi yükümlülük altında bıraksa bile, boşanmaya sebebiyet verecek nitelikte görülemez. Zira eşler evlilik ile birlikte ortak bir kader birliğine girdiklerinden

¹⁵⁸ 2. HD., 21.11.1978, E. 1978/7923, K. 1978/8107 (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 275).

¹⁵⁹ 2. HD., 3.2.1997, E. 1997/308, K. 1997/2191 (**UYAR**, Makale, s. 1244). HGK. , 11.11.1992, E. 1992/2-626, K. 1992/648 (**UYAR**, Makale, s. 1255).

¹⁶⁰ 2. HD., 18.4.1983, E. 1983/3313, K. 1983/3372 (**UYAR**, Makale, s. 1268).

¹⁶¹ 2. HD., 16.7.2002, E. 2002/7664, K. 2002/9567 (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁶² 2. HD., 9.04.2002, E. 2002/2002, K. 2002/690, "...derideki et beni tek başına boşanma sebebi kabul edilemez..." ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004)).

¹⁶³ **EGGER**, s. 178; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 176.

felaketli ve saadetli anlarını birlikte paylaşmak zorundadırlar¹⁶⁴.

Ancak bu durum, eşlerin ortaya çıkan tüm hastalıklara her şeye rağmen katlanmaları anlamını taşımaz. Keza ortaya çıkan hastalıklar, eşleri yükümlü oldukları hayata dair vecibeleri yerine getirmekten alıkoyuyor, ya da diğer eşin ve müşterek çocukların sağlıklarını, iç huzur ve emniyetlerini büyük oranda tehlikeye düşürüyorsa boşanmaya karar verilmelidir¹⁶⁵. Bu nitelikteki hastalıklara örnek olarak; zührevi hastalıklar¹⁶⁶, sinir hastalıkları, bulaşıcı hastalıklar, uyuşturucu ve alkol bağımlılığı¹⁶⁷, sedef hastalığını¹⁶⁸ verebiliriz. Evlilik birliğini sarsıcı nitelikte görülmeyen hastalıklara ise; kanser, romatizma, sara¹⁶⁹ gibi hastalıkları örnek gösterebiliriz. Hemen belirtelim ki, belirtilen bu hallerde boşanmaya karar verilebilmesi, evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede sarsılmasına bağlıdır.

Hâkimin boşanmaya karar verebilmesi ancak, hastalığa yakalanan eşin tedavisinin mümkün olmadığının sağlık kurulu raporuyla tevsik edilmesine bağlıdır. Ortaya çıkan hastalığın tedavisi mümkün ise, hâkim hastalığa yakalanan eşin tedavi edilmesi yolunu tercih etmelidir. Gerçekten Yargıtay HGK. , 13.04.2005, E. 2005/2–208, K. 2005/262 sayılı bir kararında, ” ...ağız ve vücut kokusu başlı başına boşanma sebebi değildir. Davalıda var olduğu iddia edilen bu rahatsızlığın tedavisinin mümkün olup olmadığı, davalının tedaviden kaçınıp kaçınmadığı, bu rahatsızlığın evlilik birliğini davacı koca için çekilmez hale getirip getirmediğinin, uzman hekimlerden oluşan sağlık kurulu raporuyla belirlenmesi, sonucuna göre karar verilmesi gerekir. Mahkemece

¹⁶⁴ EGGER, s. 178; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 176; ÖZTAN, Aile, s. 405.

¹⁶⁵ EGGER, s. 178.

¹⁶⁶ HGK. , 9.1.1963, E. 1963/2–74, K. 1963/3 (İNAL, s. 339). Zührevi hastalıkların evlilik birliğini temelinden sarması hastalığın, hastalığa yakalanan eşin kusuruyla meydana gelmesine bağlı değildir. Bu hastalık ister sadakatsizlik sonucu meydana gelen cinsi münasebet nedeniyle, isterse de irsi olarak geçmiş olsun boşanmaya sebebiyet verecek niteliklidir (VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 182).

¹⁶⁷ Yargıtay’a göre, frengi, bel soğukluğu, cüzzam gibi neslin devamını önleyen, cinselliği ciddi oranda sekteye uğratan hastalıklar şiddetli geçimsizliğe neden olur, 2. HD., 24.12.1948, E. 1948/4372, K. 1948/5778 (İNAL, s. 329).

¹⁶⁸ HGK. , 15.10.1997, E. 1997/2–642, K. 1997/820 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 293).

¹⁶⁹ 2. HD., 15.6.2004, E. 2004/9491, K. 2004/7899, “...davalının sara hastası olduğu anlaşılmaktadır. Söz konusu hastalık başlı başına boşanma nedeni değildir. Hastalık durumu dışında şiddetli geçimsizliğe konu olabilecek somut bir durum dahi dosya kapsamına yansımamıştır” (UYAR/ UYAR / UYAR, s. 1063).

tebliğ edilen açıklamalı davetiye bu koşulları içermediği gibi, davalı kadın daha sonra duruşmaya gelip hastaneye sevkini istediği halde bu konuda işlem yapılmaması doğru değildir...” demek suretiyle bu yönü açık bir şekilde vurgulamıştır¹⁷⁰.

Yargıtay, ortaya konulan bu kararıyla ağız ve vücut kokusunu birebir boşanma için yeterli sebep görmemiştir. Ağız kokusunun boşanmaya sebep olmasını hasta eşin tedaviden bilerek kaçınmasına bağlamıştır. Bu halde hasta eşin tedaviye yanaşması kaydıyla, hastalığın ister tedavisi mümkün olsun isterse de olmasın, boşanmaya karar verilemez. Yargıtay hastalığın evlenmeden önce meydana gelmiş olması halinde ise, evliliğin iptal edilebilmesini tedavinin mümkün olmaması haline bağlamıştır. Diğer yandan tedavisi devam eden ya da düzelip düzelmeyeceği henüz belli olmayan bir hastalığa dayalı olarak açılan davanın reddi gerekir. Burada açılan davanın, tedavinin sonuçlanması bakımından bekletici mesele yapılabilmesi imkânı yoktur¹⁷¹.

Yargıtay, kadının hormon bozukluğu nedeniyle erkek gibi sakallanması sonucu ortaya çıkan rahatsızlığın, tedavisinin mümkün olup olmadığının usulüne uygun olarak araştırılmadan kurulan hükmün usul ve yasaya aykırı olduğuna karar vermiştir¹⁷².

Eşin bayılması nikâhtan önce mevcut olup da, tedavisinin mümkün olmaması halinde nikâhın feshi davası açılacaktır. Hastalığın nikâhtan sonra meydana gelip de tedavi imkânının bulunmaması halinde, diğer eş buna katlanmak zorundadır. Hasta eşin tedaviye yanaşmaması halinde ise boşanmaya karar verilebilir¹⁷³.

¹⁷⁰ **UYAR/ UYAR / UYAR**, s. 1023. 2. HD., 17.7.1973, E. 1973/1255, K. 1973/641, "...vücut ve özellikle de ağız kokusu yerine göre, akdin feshi yerine göre, boşanma sebebi olmakla beraber, bazen hiçbir davaya da imkân vermeyebilir. Şöyle ki: a-koku gerçekten rahatsız edici ve nikâhtan önce mevcut olup, tedavisi de mümkün değilse, bu durum nikâhın feshi davasına konu olabilir. b- koku evlenmeden sonra meydana gelmiş ve tedavisi de kabil bulunmamış ise, karşı taraf semavi afet niteliğini taşıyan bu üzücü duruma katlanmak zorundadır. Yani fesih ve boşanma davası açılmaz. c- Koku ister evlenmeden önce mevcut olsun ister sonradan meydana gelmiş bulunsun tedavisi mümkün değilse, elbirliğiyle bunun önlenmesine çalışılması asıldır. İşte kokuya tutulan eş bunu giderme çaresini arar ve tedaviye kalkışmaz ya da karşı tarafın bu konudaki uyarı ve isteklerine uymazsa boşanma davası açılabilir...” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 274).

¹⁷¹ 2. HD., 15.9.2004, E. 2004/8912, K. 2004/9954, "...eşler birlikte yaşamak, birbirlerine yardımcı olmak, saygı ve anlayış göstermek zorundadır. Davalının evlilik birliğinin kurulmasından sonra rahatsızlandığı, tedavisinin halen devam ettiği, dosyada mevcut raporlarla belirlenmiştir. Hastalığın gizlendiği kanıtlanmadığı gibi bu konuda süresinde evlenmenin iptali davası da açılmamıştır. Bu nedenle tedavisi devam eden hastalığın boşanma nedeni olarak kabulü olanaksızdır...” (**UYAR/ UYAR/ UYAR**, s. 1062).

¹⁷² 2. HD., 4.11.1997, E. 1997/10266, K. 1997/10751 (**UYAR**, Makale, s. 1255–1256).

Hastalığın ortaya çıkmasında eşin hiçbir kusuru yoksa evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kabul edilemez¹⁷⁴. Kural olarak salt hastalığa yakalanma boşanma nedeni değildir¹⁷⁵. Gerçekten HGK. , 11.2.1970, E. 1970/ 2–387, K.1970/85 sayılı kararında, “...yirmi beş yıllık evlilik hayatından sonra hastalanarak felç olan ve evlenmenin kendisine yüklediği görevleri yapamayan kadının durumu boşanma nedeni sayılamaz. Bu gibi durumda tarafların birbirine yardım ve ilgisi yasa gereğidir.” demiştir.

Ancak yukarda ortaya konulduğu gibi oluşan hastalık, neslin devamını etkiliyor, ya da eşler ve çocuklar bakımından tehlikeli bir durum ortaya koyuyorsa, hastalığın oluşumunda eşin hiçbir kusuru olmasa bile boşanmaya karar verilmelidir.

Sonuç olarak; şayet, ortaya çıkan hastalık, neslin devamını büyük ölçüde etkiliyor ya da aile bireylerinin sağlığına zarar veriyorsa, hastalığın oluşmasında hastalığa yakalanan eş kusurlu olsun ya da olmasın boşanmaya karar verilmelidir¹⁷⁶. Buna karşın, ortaya çıkan hastalık, bu gibi sonuçları doğurmuyor ve hastalığın oluşmasında hastalığa yakalanan eşin kusuru da yoksa boşanmaya karar verilemez. Kusur var ve söz konusu hastalık evlilik birliğini temelinden sarsarak müşterek hayatta çekilmezlik oluşturuyor, ayrıca tedavi de mümkün değilse ya da hastalığa yakalanan eş tedaviden kaçınıyorsa¹⁷⁷, boşanmaya karar verilmelidir. Nitekim hastalıklı eşin tedaviden tüm telkinlere rağmen kaçınması halinde artık evliliğin devamında eşler ve toplum açısından bir menfaatin kalmadığı sonucuna varılmalıdır¹⁷⁸.

Hastalıkların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilmesi iradi olarak ortaya çıkmasına bağlıdır. Gerçekten Yargıtay vermiş olduğu bir kararında , “...davalının iki uçlu mizaç bozukluğu rahatsızlığı olduğu, tanık beyanları ve sağlık kurulu raporu ile belirlenmiştir. Tanık beyanlarında geçen ve boşanmaya neden olarak

¹⁷³ 2. HD., 16.11.1973, E. 1973/6307, K. 1973/6606 (İBD. , 74/1–4,s.207) .

¹⁷⁴ 2. HD., 25.5.1964, E. 1964/ 2921, K. 1964/2744 (İNAL, s. 333).

¹⁷⁵ 2. HD., 26.11.1946, E. 1946/2347, K. 1946/469 (İNAL, s. 334).

¹⁷⁶ GENÇCAN, s. 349.

¹⁷⁷ 2. HD., 24.3.2005, E. 2005/2701, K. 2005/4731, “...eşini kovan, hakaret eden ve tedaviden kaçınan davalı-davacı koca tamamen kusurludur. Davacı-davalı kadının kusuru kanıtlanmamıştır” (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁷⁸ GENÇCAN, s. 349. 2. HD., 24.5.1976, E. 1976/ 976–2856, K. 1976/4411 (ABD, 1976, s. 926).

gösterilen olayların iradi olması gerekir. Mahkemece davalının bu davranışlarının iradi olup olmadığı, hastalığın etkisiyle yapılıp yapılmadığı, resmi sağlık kurulu raporu ile belirlenmeden eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir...” demek suretiyle bu yöne değinmiştir¹⁷⁹.

Eşlerden birinin evliliğin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmemesi iradi değilse, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanmaya karar verilemez. Buna bağlı olarak ev işlerini hastalığı nedeniyle yerine getiremeyen eşe dava açılamaz¹⁸⁰.

D. Sadakatsizlik

Eşler birbirlerine karşı kanunun kendilerine yüklemiş oldukları yükümlülükleri yerine getirmelidirler. Medeni Kanunun m. 185 hükmüne göre; “Evlenmeyle eşler arasında evlilik birliği kurulmuş olur. Eşler, bu birliğin mutluluğunu elbirliğiyle sağlamak ve çocukların bakımına, eğitim ve gözetimine beraberce özen göstermekle yükümlüdürler. Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar”.

Eşlerden her birisi, gerek birbirlerinin, gerekse de müşterek çocuklarının, maddi ve manevi bütün ihtiyaçlarını karşılamalı, sevinçli ve kederli günlerde birbirlerine destek olmalıdır.

Sadakatsizliğin kabulü için, cinsel ilişkinin gerçekleşmesi gerekmez. Cinsel ilişkiye varmayan, evli eşin üçüncü kişiye yakınlaşması anlamını taşıyacak hareket ve davranışlar da sadakatsizlik oluşturabilir¹⁸¹. Eşlerden birinin diğer eşi başkası ile aldatması¹⁸², üçüncü kişilerle metres hayatı yaşaması¹⁸³, zina ilişkisine girmesi¹⁸⁴, karı

¹⁷⁹ 2. HD., 12.4.2004, E. 2004/3804, K. 2004/4673 (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁸⁰ HGK., 2.5.1997, E. 1997/2-160, K. 1997/160, “... kadının ev işlerini yapamamasının hastalığından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. İradi olmayan bu davranış, tek başına boşanma sebebi sayılamaz...” (http:// www. kazanci. com.tr, 01.01.2004).

¹⁸¹ ÖZTAN, Aile, s. 408.

¹⁸² 2. HD., 11.6.2003, E. 2003/7405, K. 2003/8659, “...toplanan delillerden davalının Aysel isimli bir kişiyle yaşadığı ortaya çıktığına göre boşanmaya karar verilmesi gerekir (UYAR/ UYAR / UYAR, s.

koca hayatı yaşaması¹⁸⁵ gibi haller sadakatsizlik oluşturur¹⁸⁶.

Yargıtay istikrar kazanan kararlarıyla, eşlerden birinin sadakatsizlik yapan eşe tepki olarak sürekli olarak hakaret ya da darp eylemiyle karşılık vermesi halinde, her iki eşin eşit kusurlu olduğunu kabul etmiştir. Konuya ilişkin olarak 2. HD. , 5.11.2003, E. 2003/13207, K. 2003/14956 sayılı bir kararında; "... toplanan delillere göre davalının devamlı olarak davacıya karşı orospu çocuğu, pezevenk, soğan erkeği gibi sözlerle hakaret ederek kişilik haklarına ağır saldırıda bulunduğu gerçekleşmiştir. Bu haksız tutum ve davranış karşısında, davacı için boşanma davası açma hakkı doğmuştur. Davacının sadakatsizlik hali mahkemece ağır kusur olarak kabul edilerek dava reddolunmuştur. Oysa davacının sadakatsiz davranış içinde olması davalının ona karşı mütemadi bir surette saldırıda bulunmasına hak vermez. Davanın bu sebeple reddi, neticesi bakımından davalıya bundan sonra davacıya saldırıda bulunma imkânı verir. Böyle bir düşünüş bizzat ihkak-ı hakka imkân vermek sonucunu doğurur. Olayda bir tarafın kusurunu diğerinden ağır kabul etmek mümkün değildir. Evlilik birliği temelinden sarsılmış olup iki taraf yönünden de devamı beklenemez. Bu itibarla boşanma kararı verilmesi gerekirken davanın yetersiz gerekçeyle reddi doğru

1039–1040). HGK. , 1.6.1994, E. 1994/2–282, K. 1994/369, "...parklarda yabancı kişilerle oturan, kocası isteyken eve yabancı kişileri davet eden kişinin davranışı sadakatsizlik oluşturacak nitelikte görülmelidir (İKD, 1994, S. 415, s. 11170). 2. HD., 5.5.2004, E. 2004/4774, K. 2004/5812, "...boşanmaya neden olan olaylarda başka kadınla yaşayan davacı koca tamamen kusurludur" (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁸³ 2. HD., 13.11.2003, E. 2004/5784, K. 2004/6571, "...dosyadaki kanıtlardan davacının müşterek konut temin etmeye yanaşmadığı, başka kadınlarla gezerek sadakatsiz davranışlar içinde bulunduğu, davalının ise sürekli kocasına "sen erkek misin" dediği, çocuğa ve davacıya karşı "piç" şeklinde hakaretler ettiği anlaşılmaktadır. Bu durumda taraflardan birinin kusurunu diğerinden fazla kabul etmenin mümkün olmadığı, tarafların eşit kusurlu oldukları ortaya çıkmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁸⁴ 2. HD., 7.7.2003, E. 2003/9182, K. 2003/10299, "...davalının davadan önce 8.12.2001–22.12.2001 tarihleri arasında dört gün bir otel odasında Nesrin isimli bir kadınla beraber olduğu anlaşılmaktadır..." (UYAR/ UYAR / UYAR, s. 1038).

¹⁸⁵ 2. HD., 17.4.2003, E. 2003/4542, K. 2003/5593, "...toplanan delillerden davalının başka kadınla gayri resmi olarak yaşadığı ve o kadından çocuklarının olduğu anlaşıldığına göre şiddetli geçimsizliğe dayalı olarak karının açtığı davanın kabulü gerekecektir"; Aynı yönde bkz., 2. HD., 4.2.2002, E. 2002/632, K. 2002/1142 (UYAR/ UYAR / UYAR, s. 1041–1048).

¹⁸⁶ 2. HD., 2.4.1964, E. 1964/1794, K. 1964/1719; 2. HD., 2.12.1952, E. 1952/1997, K. 1952/5881; HGK. , 29.9.1950, E. 1950.2.125–27, K. 1950/45 (İNAL, s. 335–343). 2. HD., 8.7.2004, E. 2004/7947, K. 2004/9159, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının eşini sadakatsizlikle suçladığı, birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

görülmemiştir” demek suretiyle bu durumu açıkça ortaya koymuştur¹⁸⁷.

Bizce ortaya konulan bu karar boşanmaya karar verilmesine değinen yön bakımından doğru olsa da, eşlerin kusuruna ilişkin belirleme bakımından eleştirilmelidir. Şöyle ki; eşlerden birinin sadakatsiz biçiminde ortaya çıkan davranışına, diğer eşin devamlı bir surette hakaret, sövme ya da darp gibi eylemlerle karşılık vermesi halinde eşlerin en azından eşit kusurlu olarak kabul edilmesi gerekir. Bu düşüncenin aksinin kabulü ise, gerek Türk örf ve adetlerine, gerekse de genel hukuk ilkesi olarak kabul gören “kimse kendi kusuruna dayanarak bir menfaat elde edemez” şeklindeki düşünceye aykırılık teşkil eder. Konuyu hayatın olağan akışı ve insan doğası açısından değerlendirdiğimizde sadakatsizlik yapan eşe karşı yapılan haksız davranışın etkiye tepki niteliğinde sayılması gerekeceğinin, kabulü gerekir. Belirtelim ki, karşı eşi kusursuz sayma şeklindeki bir düşünce de doğru değildir. Ancak bu nitelikli bir olayda sadakatsizlik yapan eşin, daha ziyade kusurlu kabul edilmesinin boşanma hukukunun temel prensiplerine daha uygun olacağı kanısındayız. Aksi düşüncenin kabulü sadakatsizlik şeklinde ortaya çıkarak ailelerin dağılmasına sebep olan haksız bir davranışı desteklemek anlamını taşır.

Eşlerden birinin diğer eşin sadakatsizliğine karşı sürekli hale gelmeyen belli davranışlarını, etkiye tepki olarak kabul etmek gerekir. Bu nitelikli davranışlar ise, geçimsizliğe esas alınamaz¹⁸⁸.

Eşlerden birinin, diğer eşin sadakatsizliğine rıza göstermesi durumunda dahi, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının kabulü gerekir. Bu durumda ortaya çıkan hadiselerin karşı eş tarafından bağışlandığının ya da en azından hoş görüldüğünün kabulü mümkün değildir. Zira böyle bir kabul şekli, Türk aile anlayışı ve kültürüyle bağdaşmaz¹⁸⁹.

¹⁸⁷ **UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1036. 2. HD., 18.2.2003, E. 2002/15130, K. 2003/2002; 2. HD., 16.1.2003, E. 2002/14269, K. 2003/355; 2. HD., 28.1.2003, E. 2002/15116, K. 2003/1210; 2. HD., 18.11.2002, E. 2002/11158, K. 2002/12589 (kararlar için bkz. **UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1043–1059).

¹⁸⁸ 2. HD., 27.9.2005, E. 2005/7609, K. 12960, “...toplanan delillerden, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olan olaylarda sadakatsiz davranışlarda bulunan davacı kocanın tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır. Davalı kadının tepki niteliğindeki sözleri hükme esas alınamaz...” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 195–196).

¹⁸⁹ 2. HD., 5.6.1997, E. 1997/5269, K. 1997/6499, “...kadının sadakatsizliğini alışkanlık haline getirmesine karşılık, davalı kocanın bunu hoşgörüsüyle karşılaması Türk aile anlayışı ve manevi değerleriyle bağdaşmaz. Kamu düzenini bozan böyle bir beraberliğin kabulü olanaklı değildir...”

Eşlerin birbirlerine saygısız ve ilgisiz davranmaları, saygı yükümlülüğüne aykırılık teşkil eder. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, eşini hiçbir sebep yokken sevmediğini söyleyen ve aynı zamanda onu baba evine terk eden kocanın davranışının evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden oluşturacağına değinmiştir¹⁹⁰. Aynı şekilde Türk aile yapısı ve toplum anlayışının gerektirdiği bir sonuç olarak eşlerin birbirinin anne ve babalarına gereken sevgi ve saygıyı göstermemeleri de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olur.¹⁹¹.

E.Güven Sarsıcı Davranışlar

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

Evli eşin, bekâr erkeklerle gezmesi, piknik yapması, gaziroya gitmesi, senli benli konuşmak suretiyle samimi davranması, plaja gitmesi, metresi olan bir kişinin evine girip çıkması, eşini sevmediğini ya da istemediğini söylemesi¹⁹², eşine başkasını sevdiğini söylemesi¹⁹³, eşine kendisiyle zorla evlendiğini söylemesi¹⁹⁴, evi sık sık terk

(KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 289).

¹⁹⁰ 2. HD., 6.11.1992, E. 1992/10178, K. 1992/19105 (UYAR, Makale, s. 1256).

¹⁹¹ HGK., 26.4.1995, E. 1995/2-164, K. 1995/419, "...davacı ayrı evde oturan hasta ve bakıma muhtaç annesine karşı yardım görevini yerine getirmemiştir..." (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 335).

¹⁹² 2. HD., 30.04.2004, E. 2004/6582, K. 2004/9517, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının karısını sevmediğini söylediği, bana karı çok dediği anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁹³ 2. HD., 8.3.2005, E. 2005/1224, K. 2005/3516, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının, kocasına seni sevmiyorum, başka bir sevdiğim var dediği, kocasıyla aynı yatakta yatmadığı, davacının da davalıyı, kendi ebeveynleriyle birlikte oturttuğu, kayınbabasının davalıyı dövdüğü, davacının buna sessiz kaldığı anlaşılmaktadır ..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁹⁴ 2. HD., 6.4.2004, E. 2004/900, K. 2004/4373, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı kadının eşine beni zorla verdiler, seni istemiyorum, şerefsiz dediği anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

etmesi¹⁹⁵, eşine ilgisiz davranması¹⁹⁶, eşini evden uzaklaştırmak amacıyla babasının yanına bırakması¹⁹⁷, eşini eve almaması¹⁹⁸, eşinin hastalığıyla ilgilenmemesi¹⁹⁹, eşi hakkında cinsel nitelikli suçlamalarda bulunması²⁰⁰, düğün yapmaktan ortada haklı bir sebep yokken kaçınması²⁰¹ gibi hallerde güvenin sarsıldığının kabulü gerekir²⁰².

Eş hakkında zina dedikodularının çıkmış olması da güven sarsıcı sonuçlar doğurabilir. Nitekim Yargıtay 2. HD. , 15.6.1965, E. 1965/ 2476, K. 1965/3199 sayılı bir kararında ; "...koca zina suçundan beraat etmişse Borçlar Yasasının 53. m. göre ceza yargıcının beraat kararının hukuk yargıcını bağlamayacağının düşünülmesi gerekir. Hadisede zinaya delalet edecek bir nitelik olmasa bile, kocanın yuvaya sadakatsizliğine

¹⁹⁵ 2. HD., 27.1.2004, E. 2004/380, K. 2004/1006, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle tarafların üç ay evli kalmalarına rağmen davalının bu süre içerisinde 10 kez evi terk ettiği, kocasına karşı "seni sevmiyorum, miskin köpek, ne halin varsa gör, eve dönmeyeceğim" dediği, davacının da davalıyı evden kovduğu ve kapının kilidini değiştirdiği anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR). Belirtelim ki evin sürekli olarak terki şiddetli geçimsizliğe konu olamaz. Bu durumda ancak terk nedenine dayalı olarak boşanma davası açılabilir. Evin kısa süreli, ancak sık sık terki durumunda ise şiddetli geçimsizliğe dayanılabilir. Bu durumda ihtar sürelerinin uygulanabilirliği imkânsız olduğundan terke dayalı olarak dava açılması olanaksızdır (GENÇCAN, s. 270).

¹⁹⁶ 2. HD., 9.6.2004, E. 2004/6492, K. 2004/7486, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının birlik görevlerini yerine getirmediği, çocuğun doğumunda ve sonrasında eşi ile ilgilenmediği anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁹⁷ 2. HD., 5.4.2004, E. 2004/3622, K. 2004/4296, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı-davacı kocanın eşini doğumdan hemen sonra ailesi yanına bıraktığı, birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır ..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁹⁸ 2. HD., 23.11.2004, E. 2004/11441, K. 2004/13794, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının eşini eve almadığı ve ona karşı ağır hakaretlerde bulunduğu anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

¹⁹⁹ 2. HD., 5.10.2004, E. 2004/6485, K. 2004/11259, "...davalının eşine değişik yer ve zamanlarda aptal, salak gibi sözler söyleyerek hakaret ettiği hastalanıp hastaneye yatan eşi ile ilgilenmediği, davacının kardeşi Oya ve eniştesi Tevfik'in beyanlarından anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁰⁰ 2. HD., 27.1.2005, E. 2005/15900, K. 2005/885, "...eşinin bakire olmadığını söyleyen eş tam kusurludur..." (GENÇCAN, s. 281).

²⁰¹ 2. HD., 28.6.2004, E. 2004/7760, K. 2004/8517, "...toplanan delillerden, kocanın düğün yapmaya yanaşmadığı, eşini arayıp sormadığı, birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Kocanın bu davranışları sebebiyle de evlilik birliği temelinden sarsılmıştır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁰² 2. HD., 22.3.1956, E. 1956/1626 K. 1956/1748; HGK. , 17.2.1960, 1960.2.12, K. 1960/11; 2. HD., 20.1.1969, E. 1969/4040, K. 1969/450 (İNAL, s. 337-352). Yargıtay vermiş olduğu bir kararında kadının uzaktan akrabası olan bir erkekle bisiklete binerek tarlaya gitmesini, güven sarsıcı bir durum olarak nitelendirmiştir, HGK. , 26.3.1976, E. 1976.57.2-59, K. 1976/1178 (UYAR, Makale, s. 1274). 2. HD., 28.9.2004, E. 2004/7720, K. 2004/10788 , "...toplanan delillerle, davalının da güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu, Raşit isimli kişiyle ilişkisinin olduğu konusunda söylentiler olduğu, bu kişiyle kol kola görüldüğü gerçekleşmiştir..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

ve geçimsizliğe sebebiyet verici ahvaline delalet eylemesi bakımından kocayı kusurlu nitelemek mümkündür. Soyut zinadan beraat ettiği gerekçesiyle, kocanın boşanması doğru değildir...” demek suretiyle hakkında zina nedeniyle açılan ceza davasından beraat eden eş bakımından güvenin sarsıldığını kabul etmiştir²⁰³.

Zinanın ceza hukukunda suç olmaktan çıkarılmış oluşu göz önünde bulundurulduğunda ortaya konulan bu içtihadın, boşanmaya ilişkin davalarda bir öneminin kalmadığı düşünülse de, ceza hukuku anlamında suç teşkil edebilecek, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas teşkil eden diğer eylemlere emsal olması mümkündür. Bu nitelikte ortaya çıkan eylemlere dayalı olarak, hakkında açılan ceza davasından beraat eden eş bakımından sadakatsizliğe konu olabilecek bir durumun ortaya çıkıp çıkmadığını belirlemede, verilen beraat kararının “suçun işlenmediğinin sabit olmadığına” mı yoksa “suçun işlendiğine dair kesin bir delil elde edilememesine” mi dayandığının belirlenmesi gerekir. Verilen beraat kararı suçun işlendiğine dair kesin bir delil elde edilememesine dayanıyorsa, sadakatsizliğin oluştuğu kabul edilmeli, aksi halde ise, suçsuzluk hali kesin bir şekilde ortaya çıktığından sadakatsizliğin oluştuğundan bahsetmek mümkün olmamalıdır. Zira hakkında açılan dava bakımından kesin mahkûmiyet hükmüne kadar herkes masum sayılır. Ancak belirtelim ki, güven sarsıcı davranışın kabulü için, cinsel anlamda fiili bir eylemin bulunmasında zorunluluk bulunmadığından, ortada zina nitelikli bir eylem olmasa bile, bu yönde çevredeki insanlar bakımından kuşku uyandıran bir davranışın olması sadakatsizliğin kabulü için yeterlidir.

Eşlerden birinin, iş arkadaşıyla birlikte herkesin bulunabileceği sosyal bir ortamda sık sık olmamak kaydıyla ve makul görülebilecek ölçütler çerçevesinde konuşurken görülmesi, günümüzün sosyal ve ekonomik şartları göz önünde bulundurulduğunda boşanma nedeni sayılamaz.

Buna karşın, evli eşin insanların hiç olmadığı ya da nadir bulunduğu yerlerde mesai arkadaşıyla birlikte sık sık konuşurken görülmesi, güven sarsıcı davranış olarak değerlendirilmelidir. Zira Türk örf ve adet kurallarıyla, toplum yapısı böyle bir düşünceyi haklı kılar²⁰⁴.

²⁰³ İNAL, s. 345.

Eşler tarafından tutulan günlüklerin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabileceğinde kuşku yoktur. Ancak delil olarak sunulan günlüklerin, karşı eş tarafından tutulup tutulmadığı kesin bir şekilde ortaya çıkarılmalı, gerekirse bu hususta bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır. Günlüklerin hükme esas alınması, delil listesinde belirtilmesine bağlıdır. Delil listesinde belirtilmeyen günlükler hükme esas alınamaz²⁰⁵.

Telefon kayıtlarının evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabilmesi için yapılan konuşmaların karşı eş tarafından yapıldığının kesin bir şekilde tespit edilmiş olması gerekir. Gerekirse söz konusu durumun tespiti yönünde bilirkişi incelemesi yaptırılmalıdır²⁰⁶.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının çektirilen fotoğraflarla da ispatlanması mümkündür. Ancak dosya kapsamına sunulan fotoğrafların montaj olma ihtimali bulunacağından, sunulan fotoğrafın kime ait olduğu kesin ve net bir şekilde belirlenmelidir. Ayrıca davanın açıldığı tarihten sonra meydana gelen hadiseler, hükme esas alınamayacağından sunulan fotoğrafların, çektirilme anı kesin bir şekilde tespit edilmeli, bu hususta gerekirse taraflar isticvap edilmelidir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınan olayların hile tehdit ya da cebir yoluyla hukuka aykırı bir şekilde elde edilmesi halinde boşanmaya karar verilemez. Ancak geçimsizliğe esas alınan olaylar ve tespit edilen bulgular eşlerin müşterek çatı altında yaşamalarına dayalı olarak elde edilmişse bu nitelikli bulguların boşanmaya esas alınabileceğinde duraksama bulunmamalıdır. Gerçekten Yargıtay HGK 25.9.2002, E.2002/617,K.2002/648 sayılı bir kararında “...öncelikli olarak özel hayatın gizliliğinin korunması esas olmalıdır. Ancak somut olayın özelliği bu genel görüşten ayrılmayı gerektiren istisnalar içermektedir. Kullanılan deliller çalınmış tehdit ya da zorla elde edilmiş ise, burada hukuka aykırılık vardır. Hukuka aykırı yollardan elde

²⁰⁴ 2. HD., 28.10.1963, E. 963/6388, K. 1963/6869, “...kadının iş arkadaşıyla sokakta görülmesi bugünkü hayat şartları ve kadının erkekle yan yana topluma karışmış olması karşısında, mutlaka kadının iffetsizliğine ve o şahısla arasındaki yakın ve özel münasebetin mevcudiyetine delil teşkil etmez. Ancak bu hallerin devamı, karı koca arasında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının doğmasına sebep olabilir. Tenhadaki yalnız dolaşmaların açıklanmasını kadından istemek ve bu yapılmayınca da ağır bir itimatsızlığın doğduğunu ileri sürmek kocanın hakkıdır. Bu sebeplerle meydana gelen geçimsizliğe dayanan bu davanın cinsi münasebetin vukuunu gösteren yeterli deliller bulunmadığından reddedilmesi doğru değildir...” (UYAR/UYAR/UYAR, s. 340–341).

²⁰⁵ GENÇCAN, s. 318.

²⁰⁶ Telefon mesajları da aynı nitelikte değerlendirilmelidir (GENÇCAN, s. 320–322).

edilmemiş deliller ise yasak bir delil olarak değerlendirilemez. Boşanma davası zaten kişilerin özel yaşamını ilgilendiren bir davadır. Koca eşi ile birlikte yaşadıkları bir mekânda eşine ait fotoğrafları not defterini veya mektupları mahkemeye delil olarak verirse bu deliller hukuka aykırı yollardan elde edilmediğinden mahkemede delil olarak değerlendirilir. Aynı evde yaşayan kadın kocanın bu delilleri ele geçirebileceğini bilebilecek durumdadır. Kocanın yatak odasındaki bir dolabın içinde ya da yatağın altında kadın tarafından saklanan bir not defterini ele geçirmesi bu mekânın eşlerin müşterek yaşamlarını sürdürdükleri bir yer olduğundan kadın için gizli mekân kabul edilemez. Hiç kimse evindeki bir mekânda bulduğu bir delili hukuka aykırı yollardan ele geçirmiş sayılamaz” demek suretiyle eşlerden birinin yatak odasındaki dolapta ya da yatağın altında ele geçirdiği günlüklerin hükme esas alınabileceğine değinmiştir²⁰⁷.

F. Şeref ve Saygınlığa İlişkin Davranışlar

Aile birliği, eşlerin birbirine saygılı olmasını gerektirir. Eşler, birbirini rencide edecek, birbirinin kişilik haklarına saldırı mahiyetini taşıyacak²⁰⁸, tutum ve davranışlardan kaçınmak zorundadır. Aksi takdirde eşler arasındaki var olan sevgi ve saygı nefrete dönüşebilir. Bu sonuç ise, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olur. Burada ortaya çıkan davranışların ağırlık ve niteliği önemli olmadığı gibi, süreklilik arz etmesi de şart değildir.

Anlık olaylara karşı fevren söylenmiş sözler, geçici dargınlıklara sebebiyet veren olay ve hadiseler, karşılıklı olarak söylenmiş, ancak kalıcı rahatsızlık oluşturmeyen sözler geçimsizlik nedeni oluşturmaz²⁰⁹. Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, ”...her

²⁰⁷ 2.HD., 8.05.2000, E., 200/5665, K., 2000/5964, ”...davalının evlenmeden önce başka erkeklerle arkadaşlıklarını yazdığı hatıra defterini saklamak suretiyle güven sarsıcı davranışta bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında müşterek hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân veremeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir...” (Kararlar için bkz., **TUTUMLU**, s. 667-672).

²⁰⁸ 2. HD., 10.03.2003, E. 2003/327, K. 2003/3143, “... yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı kadının, davacı kocaya "yamuk, Allah belanı versin, sen sakatsın, yürüyemiyorsun, senden utaniyorum" dediği anlaşılmaktadır ...” ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). 2. HD., 8.4.2004, E. 2004/3268, K. 2004/4570 , ” ...boşanmaya neden olan hadiselerde eşini döven davalı -davacı koca tamamen kusurludur...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

akşam eve sarhoş gelen eşi ve çocuklarıyla ilgilenmeyen, aile fertlerini komşulara muhtaç bırakan kocaya karşı karısının söylediği sözlerin hakaret olarak değil, kocanın haksız hareketlerine tepki olarak algılanması gerekir...” demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir²¹⁰.

Eşlerden birinin, eşine hakarete bulunması²¹¹, tehdit etmesi²¹², dövmesi²¹³, kişilik haklarına saldırı teşkil edecek davranışta bulunması²¹⁴ ve sözler sarf etmesi gibi hallerde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının kabulü gerekir. Eşlerden birinin kayınvalidesi ya da kayın babasına karşı göstermiş olduğu benzer davranışlar da, evlilik birliğini temelinden sarsar²¹⁵. Bu durumda eşler arasındaki sevgi ve saygı bağları önemli

²⁰⁹ 2. HD., 13.10.2005, E. 2005/11384, K. 2005/14098, “...toplanan delillerden, davacı kocanın eşini dövdüğü güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu evden kovduğu ve ağır hareketlerde bulunduğu anlaşılmaktadır. Davalı kadını tek olaydaki sözleri tepki niteliğindedir...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 234–235).

²¹⁰ HGK., 4.11.1987, E. 2–430, K. 821; İKD, S. 335, s. 630.

²¹¹ 2. HD., 30.11.2004, E. 2004/11786, K. 2004/14212, “...toplanan delillerden davalının davacıya aptal, öküz, manyak dediği anlaşılmaktadır...” (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1028). HGK., 8.11.1995, E. 1995/2–743, K. 1995/934, “...davalının davacıya “horlama hayvan sıpası” dediği anlaşılmaktadır...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 289). Aynı yönde bkz., 2. HD., 28.4.2004, E. 2004/4699, K. 2004/5451 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²¹² 2. HD., 12.11.2003, E. 2003/14155, K. 2003/15414, “...yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalının davacıya “seni boğarım öldürürüm” diyerek tehdit ettiği anlaşılmaktadır...” (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1035).

²¹³ 2. HD., 13.1.2003, E. 2003/14142, K. 2003/58, s. 1046, “...yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalının davacının babasına tokat attığı anlaşılmaktadır...”; 2. HD., 9.10.2004, E. 2004/12090, K. 2004/13334, “...toplanan delillerden davalının davacıyı dövdüğü anlaşılmaktadır...” (UYAR/UYAR/UYAR s. 1029). Aynı yönde, 2. HD., 19.4.2004 E. 2004/4157, K. 2004/4915 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²¹⁴ HGK., 21.9.2005, E. 2005/2–482, K. 2005/486, “...yapılan soruşturma toplanan delillerle davalının davacı eşi eve kilitlediği ve birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır...” (KAÇAK, s. 108–109). 2. HD., 24.1.2006, E. 2006/15887, K. 2006/248, “...toplanan delillerden davalının davacıya şiddet uyguladığı, davacının “kız çıkmadığını ve kendisini istemediğini” söylediği, davacı için deli dediği anlaşılmaktadır...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 150). 2. HD., 15.4.2004, E. 2004/3683, K. 2004/4823, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının davacıya sürekli olarak şerefsiz, deyyus, yılan, seni eş olarak kabul etmiyorum dediği, davalıyı evden kovduğu ve birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 14.4.2004, E. 2004/3718, K. 2004/4766, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle kocanın karısına “ben seni evlendiğimizden beri kullandım, hevesimi aldım, bundan sonra seni kimse almaz” dediği ve birlik görevlerini yerine getirmediği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

²¹⁵ 2. HD., 15.6.2005, E. 2005/7055, K. 2005/9260, “...karısının ailesini eve kabul etmeyen, karısını ailesiyle görüştürmeyen eş kusurlu sayılmalıdır...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 190–191). Aynı yönde bkz., 2. HD., 3.2.2003, E. 2003/164, K. 2003/1430, “...davalının kayın validesini tehdit ettiği ve dövdüğü kesinleşen ceza dosyasıyla sabit olduğuna göre evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının kabulü gerekir...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin

ölçüde zedelenmiş sayılır.

Aynı şekilde kocanın, müşterek konutta kalan anne ya da babasının eşine karşı göstermiş olduğu evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas teşkil edebilecek olayları engellememesi ya da bu nitelikli hadiselerle duyarsız kalması da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olur²¹⁶.

Bu nitelikli eylemlerin, üvey çocuklara karşı gerçekleştirilmesi de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olur²¹⁷. Eşlerden biri ile üvey çocuklar arasında meydana gelen sıhrî ilişki bu durumu gerekli kılar. Gerçekten Yargıtay vermiş olduğu bir kararında; "...Türk Medeni Kanununun 338/1. maddesine göre;" Eşler, ergin

Temelinden Sarsılması, s. 302). 2. HD., 20.05.2004, E. 2004/5543, K. 2004/6501 (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 18.3.2004, E. 2004/2203, K. 2004/3462, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının birlik görevlerini yerine getirmediği, alkol alıp davacı ve ailesine hakaret ettiği anlaşılmaktadır ..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²¹⁶ 2. HD., 10.3.2003, E. 2003/1708, K. 2003/3181, "...kocanın ailesinin davacıyı dövdükleri, davalının bu olaya karşı duyarsız kaldığı gibi davacının annesinin ameliyatından sonra davalının davacıyı annesini ziyaret için göndermediği anlaşılmaktadır ..." (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1042). 2. HD., 8.3.2005, E. 2005/1224, K. 2005/3516, "...kayınbabasının, davalıyı dövdüğü davacının bu duruma sessiz kaldığı..." (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 172-173). 2. HD., 10.10.2005, E. 2005/11344, K. 2005/13762, "...tarafarla ayrı evde oturan davalı kocanın annesinin davacı kadını dövdüğü, davalı kocanın da bu duruma tepkisiz kaldığı anlaşıldığına göre, davalının kusuru nedeniyle boşanmaya karar verilmelidir" (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 224-225). Aynı yönde 2. HD., 1904.2004, E. 2004/3976, K. 2004/4994; 2. HD., 22.4.2004, E. 2004/4040, K. 2004/5183 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²¹⁷ "...özellikle çok hassas ve buruk bir ortamda, asıl annelerinden yoksun durumda yaşamlarını sürdürmek zorunda olan üvey çocuklarda, basit sayılan hırçınlıklar dahi çok daha derin yaralar açar ve akşam evine dönen koca yavrularının yüzlerinde ve hallerinde o boynu büküklüğü gördükçe ve sebebini de bildikçe karısı ile başlayan geçimsizliğin ortak hayatı çekilmez hale çıkmasını engelleyemez" (FEYZİOĞLU, s. 311). 2. HD., 20.12.2004, E. 2004/14115, K. 2004/15344, "...toplanan delillerden davalının üvey çocuğuna kötü davrandığı, kayınvalidesini merdivenden ittiği anlaşılmaktadır..." (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1040). HGK., 1.1.1969, E.1960/ 2-200, K. 1960/14, "...tanıklar davacı kadının yedi yaşında üvey çocuğunu babası evde olmadığı zaman, hatta soğuk havalarda, aç ve perişan halde sokakta bıraktığını, eve almadığını, çocuğun komşular tarafından karnının doyurulduğunu, söyledikleri gibi, davalının kocasını küçük görüp hakaret ettiğini de ilave etmişlerdir. Bir kimsenin evladına karşı bu şekilde muamele yapıldığını duyması, karşılıklı saygı ve sevgi bağlarının tamamen sarsılmasını ve yok olmasını ve bu surette taraflar arasında çıkmasını gerektiren hallerdir..." (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 255). 2. HD., 17.5.2004, E. 2004/5558, K. 2004/6378, "... toplanan delillerden davacının, davalının ilk eşinden olan kızını istemediği, onu rakip olarak gördüğü, bu çocuğa anne sevgi ve şefkati göstermediği, çocuğun devamlı olarak babaannesinin yanında kaldığı, davacının da babasının ameliyatı nedeniyle baba evinde bulunan davacıya telefon açarak davacıyı istemediğini, onu beğenmediğini söylediği ve bir süre sonra davacıya ait eşyaları gönderdiği gerçekleşmiştir. Boşanmaya sebep olan hadiselerde tarafların ikisi de kusurludur. Birinin kusurunu diğerinin kusurundan baskın kabul etmek mümkün değildir. Türk Medeni Kanununun 174/ 2. maddesi koşulları bulunmamaktadır. Davacının manevi tazminat isteğinin reddi gerekirken isteğin kabulü doğru görülmemiştir..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

olmayan üvey çocuklarına da özen ve ilgi göstermekle yükümlüdürler. Tanık beyanlarına göre üvey çocuklarına özen ve ilgi göstermeyen davalı kadın boşanmaya neden olan hadiselerde tamamen kusurludur” demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir²¹⁸. Ayrıca söz konusu durum eşlerin birbirlerine karşı göstermeleri gereken yardımlaşma ve dayanışma yükümlülüğünün de bir sonucudur.

Ancak eşlerden birinin üvey çocuklara karşı sergilemiş olduğu basit düzeydeki asabi davranışlara diğer eşin katlanması gerekir²¹⁹. Zira karşı eşten, üvey çocuklara kendi çocukları gibi davranmasını beklemek hayatın olağan akışına aykırılık oluşturur.

Eşler tarafından ortaya konulan davranış ve sözlerin ceza hukuku anlamında mahkûmiyet hükmüyle sonuçlanması şart değildir. Eşlerden birinin beraatla sonuçlanan haksız eyleminin, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olabilecek nitelikte olup olmadığını belirleme de, Borçlar Kanunun 53. maddesinin göz önünde bulundurulması gerekir. Anılan kanunun hükmüne göre, hukuk hâkimi ceza hâkiminin suçun işlendiğinin sabit olmamasına ilişkin beraat kararıyla bağlı değildir. Buna karşın mahkûmiyet hükmüyle²²⁰ ve suçun işlenmediğinin sabit olduğuna ilişkin beraat kararıyla ise bağlıdır.

Yargıtay 2. HD. , 15.5.2003, E. 2003/6547, K. 2003/7222 sayılı bir kararında, ”...davacı, hayata kast pek kötü veya onur kırıcı davranış yanında evlilik birliğinin sarsıldığını da ileri sürerek boşanmaya karar verilmesini istemiştir. Birden çok hukuki sebebe dayanılmıştır. Toplanan delillerden davalının eşini dövdüğü anlaşılmaktadır. Ceza hâkiminin delil kifayetsizliği nedeniyle vermiş olduğu beraat kararı da hukuk hâkimini bağlamaz. Evlilik birliği temelinden sarsılmıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında boşanmaya karar verilmesi gerekir” demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir²²¹.

²¹⁸ 2. HD., 8.4.2004, E. 2004/3628, K. 2004/4542 (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 17.5.2004, E. 2004/5558, K. 2004/6378 , ”...toplanan delillerden davacının, davalının ilk eşinden olan kızını istemediği, onu rakip olarak gördüğü, bu çocuğa anne sevgi ve şefkati göstermediği, çocuğun devamlı olarak babaannesinin yanında kaldığı anlaşıldığına göre...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

²¹⁹ 2. HD., 11.12.1970, E. 6555, K. 6511 (UYAR, Makale, s. 1277).

²²⁰ 2. HD., 8.12.2004, E. 2004/13781, K. 2004/14688, “...hukuk hâkimi ceza mahkemesinin mahkûmiyet kararıyla bağlıdır. Hukuk hâkiminin mahkûmiyetle sonuçlanmış ceza davasındaki delilleri tartışma ve mahkûmiyete yeterli olup olmadığını değerlendirme yetkisi yoktur. Mahkûmiyet kararı karşısında artık hadiselerin varlığı tartışılmaz (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 249).

Diğer yandan şikâyet tabi bir eylem nedeniyle soruşturma ya da koğuşurma aşaması başladıktan sonra, şikâyetten vazgeçme nedeniyle, açılan davanın şikâyet yokluğu nedeniyle düşmesi ya da soruşturmanın takipsizlikle sonuçlanması durumunda, şikâyetten vazgeçmeye konu olaylara dayalı olarak boşanma davası açmak mümkündür. Zira şikâyetten vazgeçme, vazgeçmeye konu haksız eylemin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınmasına engel değildir²²². Bu durumda şikâyetini geri alan ya da şikâyetinden vazgeçen eşin amacının eşini ceza yargılamasından kurtarmak olduğu sonucuna varmak gerekir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, “o yatakta kız kardeşinle yat” şeklindeki sözlerin, taraflar arasındaki evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet vereceğine karar vermiştir²²³. Yargıtay kararlarında eşlerin birbirleriyle alay etmesi²²⁴, birbirlerini aşağılaması²²⁵, birbirini beğenmediğini söylemesi²²⁶, birbirine hakaret içerikli sözler sarf etmesi²²⁷, eşine üçüncü kişilerin yapmış olduğu hakarete seyirci

²²¹ UYAR/UYAR/UYAR, s. 1040. 10. HD., 1.2.2005, E. 2004/13237, K. 2005/530, “...ne var ki, ceza mahkemesi kendine has usulü olanakları nedeniyle hükme esas aldığı maddi olayların varlığını saptamada daha geniş yetkilere sahiptir. Bu nedenle ceza mahkemesinde saptanacak maddi olayın yargısal bir kararla saptanmış olması gerçeğini, hukuk hâkimini de bağlaması gerekir. Bu hal yargıya karşı güvenin korunmasının gereğidir. Şu halde hukuk hâkimi, ceza mahkemesince saptanan maddi olaylarla bağlı olup, orada belirlenen kusur oranlarıyla bağlı değildir...” (KAÇAK, s. 119–120).

²²² 2. HD., 2.7.2002, E. 2002/6925, K. 2002/8828, “...davacının ceza ile ilgili şikâyetinden vazgeçmesi, boşanmayı gerektiren olayları tümü ile hoş gördüğünü ve boşanma isteme hakkından da vazgeçtiğini göstermez...” (UYAR/UYAR/UYAR, s. 104). 2. HD., 24.2.2005, E. 2005/719, K. 2005/2799, “...kocanın karısını dövdüğü sabittir. Kadının şahsi davasından vazgeçmesi, eşini cezadan kurtarmaya matuf olup, boşanma davası yönünden eşini affettiği anlamına gelmez. Gerçekleşen bu durum karşısında, kadının birleştirilen boşanma davasının da kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir” (KAÇAK, İçtihat, s. 103).

²²³ HGK., 4.5.1994, E. 2–193, K. 287 (UYAR, Makale, s. 1250).

²²⁴ 2. HD., 29.4.2002, E. 2002/4911, K. 2002/5623, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının davacıya “zürafa gibisin” diyerek küçük düşürücü konuşmalar yaptığı, dövdüğü baskı uyguladığı anlaşılmaktadır...” (YAYILANMAMIŞTIR).

²²⁵ 2. HD., 4.3.2004, E. 2004/1732, K. 2004/2699, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle kadının kocasına sürekli olarak, babamın malıyla sen bu hale geldin, seni kapıya koyarsam donunla kalırsın, babamın parasıyla adam oldun dediği gibi, orospu çocuğu diye de hitap ettiği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

²²⁶ 2. HD., 4.5.2005, E. 2005/4451, K. 2005/7266, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle kocanın eşini beğenmediği ona çirkin dediği ve birlik görevini yerine getirmediği anlaşılmaktadır. Kadının kusurlu bir davranışı yoktur...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

²²⁷ 2. HD., 20.9.2004, E. 2004/9119, K. 2004/10230, “...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının eşine devamlı olarak “yiye yiye dana gibi oldun, bıktım senin pisliğinden, köpek” şeklinde hakarete bulunduğu anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

kalması²²⁸, birbirleri hakkında çirkin nitelikli dedikodular çıkarmaları²²⁹, birbirlerine iftira atmaları²³⁰, birbirlerini suçlamaları²³¹, eşini ailesi ile görüştürmemesi²³², eşini komşularıyla görüştürmemesi²³³, eşinin üzerine yürümesi²³⁴, çocuğunu ve eşini dövmesi²³⁵ ya da eşinin dövülmesine seyirci kalması²³⁶, eşine eşya fırlatması²³⁷, eşini itmesi²³⁸, evin eşyalarına zarar vermesi²³⁹, sürekli alkol alması²⁴⁰ gibi hallerde evlilik

²²⁸ 2. HD., 25.3.2002, E. 2002/3673, K. 2002/4236 (GENÇCAN, s. 252).

²²⁹ 2. HD., 25.10.2004, E. 2004/11270, K. 2004/12401, "...koca ve ailesi davacı kadının patronu ile ilişkiye girdiği dedikodusu çıkardıklarından boşanmaya neden olan olaylarda kocada eşit kusurludur. Kadının da davasının kabulü gerekirken yazılı şekilde reddine karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir" (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³⁰ 2. HD., 21.4.2004, E. 2004/3935, K. 2004/5107, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun soybağını reddetmediği halde kendisinden olmadığını ileri sürerek davalıyı küçük düşürdüğü anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³¹ 2. HD., 2.11.2004, E. 2004/10360, K. 2004/12939, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle, davalı kocanın eşini dövdüğü ve onu hırsızlıkla suçladığı anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³² 2. HD., 27.9.2004, E. 2004/9693, K. 2004/10636, "...kocanın birlik görevlerini yerine getirmediği, evi satıp eşyalarını götürdüğü, davalı karşı davacı kadının da kocasının ailesiyle görüşmesini engellemeye çalıştığı anlaşılmaktadır. İki tarafta kusurlu olup davacı kadının boşanma davasının da kabulü gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir" (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³³ 2. HD., 7.6.2002, E. 2002/6787, K. 2002/7694 (GENÇCAN, s. 258).

²³⁴ 2. HD., 18.4.2002, E. 2002/2709, K. 2002/5444, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının dövmek için eşinin üzerine yürüdüğü ve evden kovduğu anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³⁵ 2. HD., 8.4.2004, E. 2004/3270, K. 2004/4571, "...boşanmaya neden olan hadiselerde eşini ve reşit çocuğunu döven davacı koca tamamen kusurludur..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³⁶ 2. HD., 12.5.2005, E. 2005/5573, K. 2005/7858, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerden davalı-davacı kadının kardeşlerinin davacı-davalı kocayı dövdüğü kadının buna sessiz kaldığı, evin kilidini değiştirdiği, eşini tehdit ettiği, davacı-davalı kocanın da karısına ağır hakaretlerde bulunduğu, birlik görevlerini yerine getirmediği bu durumda tarafların eşit kusurlu bulundukları anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³⁷ 2. HD., 14.6.2004, E. 2004/6982, K. 2004/7725, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının, kocasına hakaretler ettiği, evden ayrıldıktan sonra kocasının barışmak için gönderdiği araçların yanında evin anahtarını kocasının yüzüne karşı fırlattığı ve ona hitaben "kardeşini kullan, hayvan, benim sana ihtiyacım kalmadı" dediği anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³⁸ 2. HD., 25.3.2002, E. 2002/3603, K. 2002/4255, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının davacıya hakaret ettiği, saçından tutup merdivenden aşağı ittiği anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²³⁹ 2. HD., 2.6.2004, E. 2004/6038, K. 2004/7185, "...yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalının eşine ağır hakaretlerde bulunduğu, evin eşyalarını kırdığı anlaşılmaktadır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

birliğinin temelinden sarsılmış olduğu kabul edilmiştir.

G. Dini İnanca İlişkin Davranış Ve Haller

Dini inançların eşler bakımından farklılık göstermesi tek başına boşanma sebebi teşkil etmez. Ancak, ortaya çıkan farklılıklar eşler arasında çatışmalara ve tartışmalara sebep oluyorsa geçimsizliğin oluştuğunu kabul etmek gerekir.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında, “...nişan töreninde başörtüsüz resim çektirmiş ve orta öğretim sırasında örtünmemiş kızın evlendikten sonra kocasının karşı çıkmasına rağmen, başörtüsü ile gezmekte ısrar etmesi ortak hayatı çekilmez hale getirir...” demek suretiyle dini inançlar nedeniyle ortaya çıkan çatışmaların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olacağına işaret etmiştir²⁴¹. Yargıtay vermiş olduğu bir başka kararında ise kadının başörtüsü takmada göstermiş olduğu kararlılığı evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni olarak görmüştür²⁴².

Eşler karşılıklı olarak birbirlerinin dini inançlarına saygı göstermelidir. Zira bu durum evlilik birliğinin eşlere yüklediği karşılıklı saygı yükümlülüğünün bir sonucudur. Bu anlamda müslüman bir kadının, hristiyan olan eşinin ibadetine engel olması ya da hristiyan eşin karısının başörtü takmasını istememesi gibi hallerde eşler arasındaki sevgi ve nefret kaygıya dönüşeceğinden evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunun kabulü gerekir²⁴³.

Din değiştirmek, tarikata girmek ya da hâlihazırda sahip olduğu din ve tarikatını değiştirmemek, çocukların dini terbiyesini tek başına tayin etmek kural olarak

²⁴⁰ 2. HD., 5.4.2004, E. 2004/3075, K. 2004/4274, “yapılan soruşturma, toplanan delillerle davalı kocanın sürekli alkol aldığı ve alkolün etkisiyle hakaret ettiği anlaşılmaktadır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁴¹ 2. HD., 25.1.1983, E. 1983/145, K. 1983/443 (YKD. , 1983/5,s. 674) .

²⁴² 2. HD., 25.1.1983, E. 1983/145, K. 1983/443, “...davalı kadının gerçekten kesin din yasağı bile olmayan ve az önce belirtilen yoruma açık bulunan tesettür hususunda bağdaşmaz bir tutum içine girmesi müsamaha ile karşılanamaz. Böylece inatçı ve dış etkenlere dayalı yersiz bir direnişin eşler arasında ortak hayatı çekilmez hale getirdiği söz götürmez” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 315).

²⁴³ AKGÜN, s. 73.

boşanmaya esas teşkil etmez²⁴⁴. Buna karşın, bir eşin dini duygu ve düşüncelerinin diğer eş tarafından tahkir ve tezyif edilmesi, vaat edildiği halde dini nikâh yapılmaması ise, evlilik birliğini temelinden sarsar²⁴⁵.

Yargıtay vermiş olduğu bir kararında eşlerden birinin gusül abdesti almakta ihmalkârlık göstermesini boşanma nedeni saymamıştır²⁴⁶. Belirtelim ki Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararlar, yukarda ortaya konulan diğer kararları arasında çelişkiye düştüğünü görmekteyiz.

III. Ortak Hayatın Çekilmez Hale Gelmesi

“Evlilik birliğinin çekilmez hale gelmesi şartı”, boşanma hukukuna 3444 sayılı kanunun m. 4 hükmünde 743 sayılı eski Medeni Kanunun 134. m. yapılan değişiklikle birlikte gelmiştir. Kanun koyucu çekilmezliğin somut ölçütünü “ evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede sarsılması” şeklinde belirlemiştir. Ancak hangi hallerin belirtilen ölçütü oluşturduğu noktasında, kanun koyucu bir kıstas belirlememiştir.

Hâkim söz konusu belirlemeyi her olayın özellik ve niteliğine göre tayin edecektir²⁴⁷. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu, 3.7.1978 tarih, 5/6 sayılı ilamında; “...kusur çoğu kez kişilerin sosyal ve kültürel yapılarına, değer yargılarına ve çevrelerine göre değişen, soyut, göreceli, bir kavramdır. O halde,

²⁴⁴ EGGER, s. 179.

²⁴⁵ EGGER, s. 179.

²⁴⁶ 2. HD., 19.10.1981, E. 1981/6250, K. 1981/6645 (UYAR, Makale, s. 1269).

²⁴⁷ 2. HD., 20.04.2005, E. 2005/4582, K. 2005/6420, “...eşlerin birlikte oturmaları boşanma davasının reddi için başlı başına bir neden olarak kabul edilemez...” (YKD. , 2005, C. 31, S. 8, s. 1199). Anılan bu içtihadattan da anlaşılacağı üzere, hâkim eşlerin salt aynı çatı altında kalmaları olgusuna dayanarak, evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığından bahisle davayı reddetmemelidir. Böyle bir durumda hâkim, re’sen zabıta araştırması yaparak eşlerin ilişkilerini devam ettirip ettirmediklerini, ilişkilerinin sıcak olup olmadığını tespit etmeye çalışmalı, diğer yandan da, bildirilen tanık ifadelerinden bu yönde somut olgulara dayanan, yer ve zaman gösterimli, görgüye, bilgiye dayalı belirlemeler yapmaya çalışmalıdır. Uygulamada sık karşılaşılan bu durumlarda hâkim, salt olarak eşlerin aynı çatı altında yaşadıklarının tespitiyle yetinmemeli, eşlerin diğer durumlarını da dosya kapsamına yansıyan deliller ışığı altında araştırmalıdır.

önceden şu ya da bu eylemin ve davranışın daha ziyade kusur veya daha az kusur olarak kabulü ve bu konuda kesin değişmez nesnel bir ölçü konulması olanak dışıdır...” demek suretiyle bu yöne değinmiştir²⁴⁸. Bu durumda, söz konusu belirlemenin yapılması sürecinde, somut olayın meydana geldiği toplumun örf ve adetlerinin, kişilerin yaşam biçim ve koşullarının, eşlerin sosyal durumları ve kültür seviyelerinin, fikri ve ruhi yapılarının dikkate alınması gerekir²⁴⁹. Eşlerden biri için evlilik birliğini çekilmez hale getiren bir olay diğer eş için aynı sonucu doğurmayabilir. Örneğin, bazı ailelerde karı koca her gün kavga ettikleri halde, yine de birbirlerinden memnuniyetlerini devam ettirebilirler. Bazı ailelerde ise ufak bir kavga eşlerin birbirinden nefret etmelerine sebebiyet verebilir²⁵⁰. Ancak evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğini belirlerken ortaya çıkan olayların makul ve haklı bir biçimde ortaya çıkıp çıkmadığına dikkat edilmelidir. Bu yönde ortaya çıkan olgu ya da olaylar objektif iyiniyet kurallarına uygun olmalı, haklı ve makul bir biçimde ortaya çıkmalı, az çok herkesçe kabul edilebilir nitelikte olmalıdır. Örneğin, kocanın eşinin yaşlandığını çirkinleştiğini beyan ederek söz konusu durumun kendisi bakımından evlilik birliğini çekilmez hale getirdiğinden bahisle dava açmasında haklı bir yön yoktur²⁵¹.

Çekilmezlik şartı, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının sübjektif şartını meydana getirir. Burada hâkim somut şartları değerlendirirken, mahkeme kararlarıyla, öğretideki görüşlerden yararlanacaktır²⁵².

Geçimsizlik her türlü delille ispatlanabilir. Burada tanık ifadeleri, mektuplar tarafların mahkeme huzurundaki tutum ve davranışları, taraflar arasındaki fiili ayrılık ya

²⁴⁸ Eşlerden birinin sadakatsizlik ettiği, diğer eşin ise tepki olarak onur kırıcı davranışta bulunduğu olay nedeniyle, 2. HD., 2.3.1978, E. 1978/411, K. 1978/672 sayılı ilamında, “kocanın, sadakatsiz davranışları nedeniyle, onur kırıcı davranışta bulunan eşe nazaran daha ziyade kusurlu olduğu” gerekçesiyle davanın reddine dair verilen yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermiş, söz konusu bu ilam ile HGK. , 10.7.1974, E. 1973/2- 997, K. 1974/904 sayılı ilamı arasında ortaya çıkan çelişkinin giderilmesinin sağlanması amacıyla YİBBK vermiş olduğu kararıyla sözü geçen olayda ortada çelişkilin giderilmesine ilişkin hukuki bir sorunun olmadığına karar vermiştir ([http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

²⁴⁹ **ARSEBÜK**, s. 748; **KÖPRÜLÜ/KANETİ**, s. 175.

²⁵⁰ **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 183.

²⁵¹ **FEYZİOĞLU**, s. 306; **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 183.

²⁵² **DURAL/ ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 117; **AKINTÜRK**, s. 254.

da terk durumu delil olarak kullanılabilir²⁵³.

Geçimsizliğin belirlenmesinde ve dosya kapsamına yansıyan delillerin değerlendirilmesinde, belli kıstaslara dikkat etmek gerekir. Geçimsizliğe esas alınacak olayların görgüye ve somut delillere²⁵⁴ dayalı, duyuma dayanmayan²⁵⁵ ve yer ve zaman gösterimli²⁵⁶ ifadeler olması gerekir. Hükme esas alınacak tanık anlatımları, görgüye dayalı²⁵⁷ olarak ortaya çıkmalıdır. Tanıkların üçüncü kişilerden²⁵⁸ ya da davacıdan²⁵⁹ ve

²⁵³ **TEKİNAY**, s. 193–194. Eşlerin dava sürecince istikrarlı ve sürekli olarak boşanmada ısrarcı olmaları da çekilmezliğin belirlenmesinde esas alınabilecek delillerden biri olabilir. **VELİDEDEOĞLU**, Makale, s. 13.

²⁵⁴ 2. HD., 24.2.2003, E. 2003/2260, K. 2003/1259, “...davacının davalıyı dövdüğüne dair somut bir delil yoktur“ ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). HGK. , 12.02.2000, E. 2000/2–748, K. 2000/786, “...davacının tanıkları, kadının hakaret içeren sözlerini doğrudan duymamışlardır. Telefonla konuşurken işittiklerini ifade etmişlerdir. Telefonda konuşan kişinin davalı olduğu şüphelidir, bu itibarla buna ilişkin iddia ciddi bulunmamıştır” ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). 2. HD., 8.6.2005, E. 2005/6793, K. 2005/8849, “...sağlıklı bir sonuca varılması olayların yeri zamanı, ne şekilde olduğu kimin davranışının öncelikli olduğu, karşı tarafın söz ve davranışlarının art niyetsiz bir tepki bir öfke sonucu olup olmadığının bilinmesine bağlıdır. Tanığın bahsettiği olayın yeri zamanı belli olmadığı gibi, bu olaydan sonra birliğin devam edip etmediği tanıktan sorulup tespit edilmemiştir. O halde tanıktan olaylar hakkında ne şekilde bilgi sahibi olduğu, taraflarla olan ilişkilerinin derecesini, olayın geçtiği yer ve zamanı olayların ne şekilde ve nasıl başladığını, bu olaylardan sonra tarafların birbirine karşı olan tutum ve davranışlarının ne şekilde geliştiğini, somut olayın eşler arasında alışkanlık haline gelmiş bir davranışın veya da sözün gereği mi, yoksa belirli bir amaca yönelmiş olarak mı, söylendiği veya oluştuğu ve benzer konular etrafıca sorulmalıdır” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 208–209). Ancak belirtelim ki, boşanmaya esas alınabilecek olgu ve olayların büyük çoğunluğu eşlerin mahrem ilişkilerine esas olan olgu ve olaylar olacağından bu nitelikli ifadeleri tespit etmek oldukça zordur (**GÖNENSAY**, s. 82).

²⁵⁵ 2. HD., 24.2.2003, E. 2003/2260, K. 2003/1259, “...tarafların boşanma konusundaki her türlü ikrarı hâkimi bağlamaz. Tarafların duyuma dayalı beyanları hükme esas alınamaz...” ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

²⁵⁶ 2. HD., 5.7.2004, E. 2004/8193, K. 2004/8897 (YAYINLANMAMIŞTIR). HGK. , 19.03.1997, E. 1996/2–912, K. 1997/216, “...şahitlerin mahkemeye aktardıkları olayların yeri, zamanı, ne şekilde oluştuğu, belirlenebilir olmalı ve ifadelerde kimin davranışının öncelikli olduğu, o olaylardan sonra tarafların tutum ve davranışları hakkında açıklamada bulunmalıdır. Böyle bir açıklama taşımayan mücerret sözler boşanma kararı için yeterli kabul edilemez” ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). .

²⁵⁷ 2. HD., 11.2.2002, E. 2002/1030, K. 2002/1748, “...Türkiye’deki tanıkların yabancı ülkedeki olayları bilmeleri olanaklı değildir...” ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). HGK. , 26.11.1997, E. 2–768, K. 985, “...gösterilen tanıklardan Almanya’da bulunanların dinlememesi bozma nedeni yapılmıştır” (**UYAR**, Makale, s. 1242).

²⁵⁸ 2. HD., 29.12.2004, E. 2004/14310, K. 2004/16045, “...tanıkların başkalarından duyum olarak aktardıkları beyanlara değer verilemez...” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 209–210). Aynı yönde 2. HD., 22.4.2004, E. 2004/4059, K. 2004/5169 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁵⁹ 2. HD., 28.12.2004, E. 2004/14773, K. 2004/15907, “...davacının annesi S. Oğlundan duyduklarını aktarmıştır. Görgüye dayalı bilgisi bulunmamaktadır. Davacıdan aktarılan olaylar sabit kabul

davalıdan²⁶⁰ duydukları ifadelere değer verilemez. Tanık anlatımları tahmine, zanna, varsayıma, ya da kişisel değerlendirmelere dayanmamalıdır²⁶¹. Nitekim "...boşanma davasında tarafların getirdikleri şahitler ; "Bunlar katiyen geçinemiyorlar evlilik birliği kökünden sarsılmıştır, bunda her ikisinin de az çok kusuru vardır veya yoktur" tarzında mücerret bir ifade verseler hâkim böyle bir ifade ile iktifa ederek boşanmaya karar veremez, verirse yolsuz ve usulsüz hareket etmiş olur. Şayet buna imkân olsaydı o zaman bazı hallerde boşanma bir muvazaa ve yalancı şahit işi haline gelirdi"²⁶².

Tanıkların eşler arasındaki geçimsizliğe esas olabilecek olayları ortaya koymaklarına karşın, bu sonucu doğuran sebepleri bilmediklerini ifade etmeleri halinde hâkim acaba tanık anlatımlarına değer verebilecek mi? Eş söyleyişle tanıkların eşlerin birbirleriyle ilgilenmediklerini, birbirlerine dargın olduklarını, birbirlerinden ayrı kaldıklarını, ayrı odaları paylaştıklarını söylemeleri, buna karşın bu durumlara sebebiyet veren olayları ortaya koyamamaları halinde tanık anlatımları bir değer ifade etmeyecek mi dir?

Öğretide bir fikre göre bu durumda önemli olan husus, tanıkların evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığının oluştuğunu gösteren hadiseleri ortaya koymuş olmalarıdır; bu durumun aksine hem hadiselerin hem de sebeplerinin ortaya konulmasını tanıklardan beklemek Yargıtay'ın bu yöndeki içtihatlarının amacının aksine bir durum ortaya koyar. Önemli olan olgu evlilik birliğinin çekilmez hale gelmiş olmasıdır; hâkimin bu sonuca kanaat getirmesi halinde boşanmaya karar verilebilecektir.²⁶³

Bizce de tanıklardan hem olayları hem de bu olayların sebeplerini anlatmalarını beklemek tanık deliline değer verilmesini adeta güçleştiren bir durum olarak ortaya çıkar. Zira üçüncü kişilerin eşlerin birebir ilişkilerinden doğan mahrem meselelere nüfuz etmeleri oldukça güçtür. Burada Yargıtay'ın aradığı husus tanık anlatımlarının

edilemez..." (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 203–204). Aynı yönde 2. HD., 29.01.2004, E. 2004/5730, K. 2004/8660 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁶⁰ 2. HD., 24.12.2003, E. 2004/5602, K. 2004/6324, "...davalıdan aktarılan sözler boşanmaya esas alınamaz..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁶¹ FEYZİOĞLU, s. 309.

²⁶² VELİDEDEOĞLU, Makale, s.16.

²⁶³ VELİDEDEOĞLU, Makale, s.17.

görgüye dayanması, aksine duyuma ya da eşlerin anlatımlarına dayanmamasıdır. Örneğin; tanıkların eşlerin birbirleriyle ilgilenmediklerini, birbirlerine dargın olduklarını, ayrı odaları paylaştıklarını ifade etmeleri yeterli bir durum olarak kabul edilmelidir.

Tanıkların taraflardan biriyle olan akrabalık ilişkisi, tek başına tanık anlatımlarının hükme esas alınmasını engellemez. Nitekim bu durum “ciddi ve inandırıcı delil ve olaylar bulunmadıkça asıl olan tanıkların gerçeği söylemiş olmalarıdır” şeklindeki HUMK m. 254 hükmü gereğidir²⁶⁴.

Çekilmezlik durumunun oluşup oluşmadığı, özellikle de davacı bakımından araştırılmalıdır. Çekilmezliğin belirlenmesinde evlilik birliğinin kısılalığı ya da uzunluğu dikkate değer bir durum olarak karşımıza çıkar. Zira evlilik birliğinin uzun yıllar sağlıklı bir şekilde devam etmesi, çekilmezliğin kabulünü zorlaştıran bir durum olarak kabul edilmelidir. Ancak söz konusu durum ileri sürülen olgu ve olaylara göre değişiklik gösterir²⁶⁵.

Yargıtay uygulamasına göre; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olgu ya da olaylardan sonra eşler bir araya gelmişlerse²⁶⁶, ya da evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayanan eş, diğer eşi eve davet etmiş ve bu yönde kendisine herhangi şekilde dön çağrısında bulunmuş ise²⁶⁷, davanın reddi gerekir. Zira

²⁶⁴ 2. HD., 16.10.1984, E. 1984/6889, K. 1984/8063, “...akrabalık başlı başına değerden düşürücü bir etken olarak ortaya çıkmaz...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 308).

²⁶⁵ BİRSEN, s. 329.

²⁶⁶ ATEŞ, Turan, Medeni Kanunda Boşanma, LEGAL Hukuk Dergisi, Y. 4, S. 39, Mart 2006, s. 745; ARSEBÜK, s. 752; REŞİT, s. 81. 2. HD., 28.9.2004, E. 2004/7716, K. 2004/10784, “...davacı tanıklarının beyanlarında geçen olaylardan sonra, davacının Samsun’da baba evinde bulunan davalıyı alıp Bafra’ya götürdüğü ve davalıyla birkaç gün birlikte kaldıkları anlaşılmaktadır. Bu durumda, davacı önceki olayları hoş görmüş sayılır. Bu olaylardan sonra yeni bir hadisenin varlığı kanıtlanamamıştır. Hoşgörüyü karşılanan olaylar boşanma sebebi yapılamaz...” (YAYINLANMAMIŞTIR). HGK., 18.03.1993, E. 1993/2948, K. 1994/143, “... ayrıca belirtilen olaylar davalı kadın ile kayınpeder ve kayınvalide arasında geçmiş, buna rağmen taraflar 6 ay birlikte yaşamışlardır. Bu durumda davacı bu olayları en azından hoşgörü ile karşılamıştır...” (“http:// www. kazanci. com.tr,01.01.2004). 2. HD., 13.1.2005, E. 2004/15134, K. 2005/407 (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1048). 2. HD., 6.2.2006, E. 2006/21182, K. 2006/972 (ÖZÜĞÜR, Ali ihsan, Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Ankara 2006, s. 201). 2. HD., 22.4.2004, E. 2004/3961, K. 2004/5181 (YAYINLANMAMIŞTIR). Öğretide bir fikre göre, kötü muamele affedilse bile boşanma nedeni sayılmalıdır (BELGESAY, s. 79).

²⁶⁷ 2. HD., 3.5.2004, E. 2004/4937, K. 2004/5683, “...tanık ifadelerinde geçen olaylardan sonra davacı

bu durumda davacının önceki hadiseleri affetmiş, en azından hoş görmüş sayıldığı kabulü gerekir. Gerçekten 2. HD. , 15.2.2005, E. 2005/1024, K. 2005/2071 sayılı bir kararında; "... tarafların ilk boşanma davasının reddedilmesinden sonra bir araya gelip barıştıkları ve evlilik birliğini 3-4 ay devam ettirdikleri, ikinci açılan boşanma davasında verilen kararlar hükmü belirlendiğine göre, bir araya gelip evlilik birliğinin devam ettirilmiş olması, önceki olayların hoşgörüsüyle karşılandığını gösterir. Bundan sonra da kocanın kadının kişilik haklarına tecavüz niteliğinde maddi bir hadise bulunmamaktadır. Davanın reddi gerekirken kabulü usul ve yasaya aykırılık teşkil eder"²⁶⁸ demek suretiyle bu yöne ilişkin temel esasları ortaya koymuştur.

Öğretide ise, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olayların ortaya çıkmasından sonra eşlerden birinin göstermiş olduğu barışma girişiminin ya da eşlerin birlikteliklerini devam ettirmelerinin, önceki olayların affedilmiş ya da en azından hoş görülmüş sayılacağı yönünde bir sonuç doğurabilmesi için, ortaya çıkan olayların arasından uzunca bir sürenin geçmesi ve tarafların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu olaylardan sonra barışmış olmalarının gerektiği savunulmuştur. Bu durumun aksine, eşlerden birinin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olaylardan sonra göstermiş olduğu her türlü barışma girişimi, önceki olayların affedildiği ya da en azından hoş görüldüğü anlamını taşımaz. Aksi düşünce, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olaylara kendi kusuruyla sebebiyet veren eşin iyiniyetli eşi karşı mükâfatlandırılması anlamını taşır. Bu durumu ise, hak ve adalet

davalıyı eve davet etmiştir. Davetten önceki olaylara dayanarak boşanma istenemez. Terk hukuki sebebine dayalı bir dava da yoktur..." (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 159–160).

²⁶⁸ KAÇAK, İçtihat, s. 102–103. 2. HD., 11.4.2006, E. 2005/17864, K. 2006/5230, "...boşanma davasına rağmen tarafların aynı evde birlikte yaşamaları, birlikte tatile gitmeleri ve piknik yapmaları evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını, ortak hayatın sürdürülebilir olduğunu gösterir..." (YKD. , C. 32, S. 11, Y. 2006, s. 1744). 2. HD., 1.12.161, E. 1961/6105, K. 1961/7473; HGK. , 15.11.1967, E. 1967/966–261, K. 1967/3536; HGK. , 25.11.1967, E. 1967/2–827, K.1967/527 (kararlar için bkz. İNAL, s. 338–343). Aynı yönde, 2. HD., 29.11.2004, E. 2004/13212, K. 2004/14102; 2. HD., 4.10.2004, E. 2004/10497, K. 2004/11181; 2. HD., 28.9.2004, E. 2004/7716, K. 2004/10784 (kararlar için bkz. UYAR/UYAR/UYAR, s. 1022). Farklı bir görüşe göre, "aile birliğini temelinden sarsan olaylara karşı davacı eşin kendisine yüklenen ödevleri yerine getirmesi ve normal toleransı göstermesi halinde bile, evlilik bağı sürdürmesi kendisinden beklenemiyorsa boşanma şartı gerçekleşmiş demektir. Aile kurumunun toplumun temeli olması, bireysel özgürlüklerden tamamen vazgeçilmesi sonucunu doğurmaz. Zira evlilik olmasa da davacı eşin bundan sonra da sürdürmek isteyeceği daha insani ve onurlu bir yaşama biçiminin yürüdüğü söz konusudur" (TUTUMLU, s. 265–266). 2. HD., 29.03.2004, E. 2004/3175, K. 2004/3919, "...tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliği devam etmiştir. Bu tarihten sonrada kadının davranışlarından kaynaklanan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasını gerektirir bir olayın varlığı kanıtlanamamıştır" (YAYINLANMAMIŞTIR).

anlayışıyla bağdaştırmak mümkün değildir²⁶⁹.

Nitekim öğretilde çoğunluğun görüşüne uygun olarak şu düşünceler ortaya konulmuştur, "...evlilik birliğinin kökünden sarsılmasını mücip olan ilk sebep ortadan kalksa bile o arada eşler birbirine tamamen yabancı bir hale gelmiş iseler boşanmayı talep hakkı devam eder; karının birkaç sene evvel içkiye müptela olması ve bazı küçük hırsızlık vakıaları yapmış bulunması halinde erkeğin boşanmayı isteme hakkı şüphesiz mevcut bulunuyordu. Yıllarca bir ıslah müessesesinde bulunan kadın fiilhakika halini düzeltmiştir. Fakat ıslah devresinde karı –koca bittabi tamamen ve fiilen ayrı yaşamışlar ve kocada kadına karşı nefret hissi devam etmiştir.142 (134) maddedeki boşanma sebebi müspet olmadığı gibi bunun dava açıldığı sırada mutlaka mevcut ve baki olması da icap etmediğinden yukarıdaki halde boşanmaya hükmetmek gerekir(Weis,İçtihatler Külliyyatı , I , s. 244)²⁷⁰.

Bizce de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas olayların ortaya çıkmasından sonra eşlerden birinin göstermiş olduğu bütün barışma girişimlerinin, önceki olayların affedilmiş sayılacağı anlamını taşıyamaması gerekir. Gösterilen barışma girişimlerine rağmen evlilik birliğinde düzelme yolunda herhangi bir aşama kat edilememişse, artık evlilik birliğinin temelinden şiddetli olarak sarsıldığının kabulü gerekir. Oysaki bu düşüncenin aksine bir durum ortaya koyan Yargıtay uygulamasının, MK. m.166 hükmünün ruhuna aykırılık teşkil ettiği, ortadadır. Zira evlilik birliğinin devamı eşlerden beklenememesine rağmen, önceki olayların hoş görüldüğünü kabul etmenin, toplumun dokusunu bozacak nitelikteki evliliklerin devamını destekleme anlamını taşıyacağında kuşku bulunmamalıdır.

²⁶⁹ **TEKİNAY**, s. 178–179. Geçimsizliği doğuran olaylar genellikle yaşanmakta veya yaşanmış olaylar olmalıdır ki, boşanma davasının sebebini teşkil edebilsin. Üzerinden uzunca bir süre geçtikten tarafların barışarak ortak hayatlarına yeniden bir düzen vermelerinden sonra bu eski olayları kül altında kömürleşmiş eski ateşleri tekrar körüklemek gibi bir geçimsizlik nedeni diye hâkimin karşısına getirmek boşanma isteminin kabulüne olanak vermez” (**FEYZİOĞLU**, s. 305). Öztan’a göre bu durum hiç kuşkusuz çekilmezliğin belirlenmesinde dikkate alınması gereken önemli bir kıstas olmakla birlikte, çekilmezliğin ortadan kalkmasına sebebiyet verecek derecede geçerli mutlak bir ölçüt sayılmamalıdır. Zira hiçbir eş ruh âlemindeki gelişmeye tam hâkim olamaz. Her eş kendi yeteneği üzerinde yanılabilir. Bu nedenle affa rağmen söz konusu nedenler evlilik birliğini çekilmez hale getirebilir (**ÖZTAN**, Aile, s. 412). Kaldı ki gösterilen barışma girişimlerine rağmen evlilik birliğinin kurulamaması, aksine birliğin şiddetli olarak temelinden sarsıldığını gösterir. Bu durumda ise davanın reddi değil aksine kabulü gerekir. Yazar bu değerlendirmesiyle 2. HD., 16.5.1977, E. 2814/4, K. 4068, 2.12.1980, E. 980/8495, K. 6312, 2. HD., 8.12.1981, E. 7676, K. 7907 sayılı kararlarını eleştirmiştir (**ÖZTAN**, Aile, s. 412).

²⁷⁰ **VELİDEDEOĞLU**, makale, s.17.

Yargıtay uygulamasına göre söz konusu dön çağrısının, herhangi bir şekilde yapılabilmesi mümkündür. Bu bakımdan çekilen noter ihtarı, yapılan telefon görüşmesi²⁷¹, yazılan bir mektup²⁷², devreye giren tanidik ya da akrabaların girişimleri, devam eden soruşturma ya da kovuşturma sürecinde karşı eşin eve dönmesi yönünde savcılık ya da mahkemeye verilmiş bir dilekçe²⁷³, ya da yapılmış sözlü bir başvuru²⁷⁴ yeterlidir.

Davacı yanın karşı tarafa barışma teklifi götürdüğüne ilişkin tanık anlatımları²⁷⁵ ile davacının bizzat dava dilekçesi ya da yargılamanın safahatlarında²⁷⁶, davalı yana

²⁷¹ Samsun Ondokuzmayıs Asliye Hukuk Mahkemesinin 2.6.2005, E. 2004/634, K. 2005/289 sayılı, evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenine dayalı dava dosyasına konu olan bir uyuşmalıkta, davacı duruşma aşamasında ve dava dilekçesinde, “ davalının evden ayrıldığını, ayrılmadan önce evlilik birliğinin yüklediği yükümlülükleri yerine getirmediğini, kendisine komşuların huzurunda kekemen, aptal demek suretiyle küçük düşürdüğünü, evle ilgilemediğini, eşinin evi terk etmesinden sonra telefonla arayarak dön çağrısında bulunduğunu,” beyan etmiş, dinlenen tanık anlatımları davacının iddialarını doğrulamış, anılan anlatımlar somut olgulara dayalı, yer ve zaman gösterimli olarak, ortaya çıkmış buna karşın, yerel mahkeme, “davacının eşini şiddetli geçimsizliğe konu olayların ortaya çıkmasından sonra telefonla aradığı sabit olduğuna göre davacının ortaya çıkan şiddetli geçimsizliğe konu olayları bağışlamış en azından hoş görmüş olacağının kabul edilmesi gerekeceğinden” bahisle davanın reddine karar vermiş, anılan karar davacı yanın temyizi sonucu Yargıtay denetiminden geçerek 2. HD. , 26.12.2005, E. 2005/15652, K. 2005/18175 sayılı oybirliği ile verilen kararıyla onanmıştır (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁷² 2. HD., 11.11.2004, E. 2004/12212, K. 2004/13498, “...eşler fiili ayrılıktan sonra yazmış olduğu mektupla eşini affettiğini açıklamıştır. Böylece önceki olayların şiddetli geçimsizliğe konu edilme olanağı yoktur...” (TUTUMLU s. 261–262).

²⁷³ 2. HD., 29.3.2004, E. 2004/3084, K. 2004/3883, “...tanık beyanlarında geçen ve boşanmaya esas alınan olaylardan sonra, koca davalı kadın tarafından açılan nafaka davasına verdiği 26.12.2001 tarihli cevap dilekçesinde bu olayları affettiğini ve karısı döndüğünde birliği devam ettireceğini beyan etmiş olup, hoşgörü ile karşılanan hadiseler boşanmaya esas alınmaz...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁷⁴ 2. HD., 14.2.2005, E. 2004/17021, K. 2005/1915, “...davacı tanıklarının beyanlarında geçen olaylardan sonra davacı 27.1.2003 tarihinde Cumhuriyet Başsavcılığına vermiş olduğu şikâyet dilekçesinde eşinin eve dönmesini istemiştir. Bu nedenlerle önceki olayları affetmiş en azından hoşgörü ile karşılamıştır...” (KAÇAK, İçtihat, s. 106).

²⁷⁵ 2. HD., 5.10.2005, E. 2005/13487, K. 2005/13544, “...tanık beyanlarında geçen olaylardan sonra evlilik birliği devam ettiği gibi davadan kısa bir süre öncede davacı kocanın barışma teşebbüsünde bulunduğu anlaşılmaktadır...” (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 164). 2. HD., 14.6.2004, E. 2004/7016, K. 2004/7755 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁷⁶ Samsun Ondokuzmayıs Asliye Hukuk Mahkemesinin 15.04.2006 tarihli 2005/59E.,2006/156K. sayılı evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal nedenine dayalı.esas sayılı dosyasına konu olan bir uyuşmalıkta; davacı duruşma aşamasında ve dava dilekçesinde “davalının evden ayrıldığını , ayrılmadan önce evlilik birliğinin yüklediği yükümlülükleri yerine getirmediğini , kendisinin ve yakın akrabalarının davalı eşine müşterek konuta dönmesi yönünde teklif götürdüğünü, ancak davalının dönmediğini, zira amacının kendilerinden menfaat temin etmek olduğunu” beyan etmiş, dinlenen tanık anlatımları, davacının iddialarını doğrulamış, anılan anlatımlar somut olgulara dayalı,

barışma teklifi götürdüğü şeklindeki sözlü ifadesine değer verilmelidir. Belirtelim ki, salt akraba ya da tanıdıkların bu yönde davacının rızası olmaksızın yaptıkları barışma teklifine değer verilemez²⁷⁷.

Eşine eve dönmesi yönünde mahkeme kanalıyla ihtar çeken eşin, ihtardan önceki olayları konu yapmak suretiyle açmış olduğu evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası kabul edilemez²⁷⁸. Gerçekten 2. HD. , 18.9.2003, E. 2003/10253, K. 2003/11516 sayılı bir kararında, "...toplanan delillerde kocanın eşine 6.11.2000'de ihtar gönderip evine davet ettiği anlaşılmaktadır. Koca eşini eve davet ettiğine göre, bu tarihe kadar kadından kaynaklanan boşanmayı gerektiren tüm hadiseleri hoşgörü ile karşılamış onu bağışlamıştır. Artık geçen hadiselerle dayanarak boşanmaya karar verilmesini isteyemez" demek suretiyle bu yöne değinmiştir²⁷⁹.

Hemen belirtelim ki, ihtar, sadece ihtardan önceki olayların boşanma davasına esas alınmasına engeldir. İhtardan sonra meydana gelen evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına neden olabilecek nitelikli olaylara dayalı olarak her zaman yeni bir dava açılabilir²⁸⁰.

yer ve zaman gösterimli olarak ortaya çıkmış, buna karşın yerel mahkeme "davacının eşini şiddetli geçimsizliğe konu olayların ortaya çıkmasından sonra bizzat kedisi tarafından ve devreye giren yakınları vasıtasıyla eşine dön teklifinde bulunduğu davacının ortaya çıkan şiddetli geçimsizliğe konu olayları bağışlamış en azından hoş görmüş olacağı kabul edilmesi gerekeceğinden" bahisle davanın reddine karar vermiş anılan karar davacı yanın temyizi sonucu Yargıtay denetiminden geçerek, 2. HD., 26.11.2005, E. 2005/14652, K. 2005/17175 oybirliği ile verilen kararıyla onanmıştır (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁷⁷ 2. HD., 8.2.2005, E. 2004/16628, K. 2005/1555, "... tarafların fiilen ayrılımlarından sonra, davacı yakınlarının tarafların barışması için kendiliklerinden girişimde bulunmuş olmaları af iradesini kuşkuyla yer bırakmayacak bir şekilde ortaya koyan başkaca olgu ve olaylar yoksa önceki olaylar davacı tarafından affedilmiş sayılamaz..." (YKD. , C. 31, S. 12, Y. 2005, s. 1857).

²⁷⁸ Bu durum hakkın kötüye kullandığının da en açık göstergesidir. Zira böylece eşin samimi olmadığı açıkça ortaya çıkacaktır (AYAN, Giriş, s. 171). 2. HD., 10.03.2005, E. 2005/2434, K. 2005/3702 ([http:// www.meşe.com.tr,01.01.2006](http://www.meşe.com.tr,01.01.2006)). 2. HD., 20.5.2004, E. 2004/5546, K. 2004/6504 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁷⁹ UYAR/UYAR/UYAR, s. 1067. 2. HD., 19.2.2003, E. 2003/807, K. 2003/2069, "...özellikle kocanın 20.12.2001 de eşine ihtar gönderdiğine göre kadından kaynaklanan evlilik birliğini temelinden sarsan hadiseleri hoşgörüyle karşılamış eşini affetmiş olmasına, bu tarihten sonra dava tarihine kadar geçen yirmi altı gün içinde de başka bir olayın gerçekleşmemiş bulunmasına göre yerinde bulunmayan temyiz isteğinin reddine karar vermek gerekmiştir" (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1068). 2. HD., 17.2.2005, E. 2005/274, K. 2005/2213 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 162-163).

²⁸⁰ İhtardan sonra meydana gelen şiddetli geçimsizliğe dayalı olay ve olgulara dayalı olarak boşanma davası açılabilir, 2. HD., 25.5.1964, E. 1964/2774, K. 1964/2716 (İNAL, s. 342).

Hiç kuşkusuz ki, eşlerden biri tarafından çekilen ihtardan önceki olayların hükme esas alınamaması, çekilen ihtarın geçerli bir ihtar olmasına bağlıdır. Örneğin, boşanma veya ayrılık davalarının devamı sürecinde eşlerin ayrı yaşama hakkı doğduğundan bu aşamada çekilen ihtar bir sonuç doğurmaz. Bu durumda ihtardan önce ortaya çıkan olaylar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabilir²⁸¹.

Eşlerden birinin açtığı boşanma davasının feragatle sonuçlanması halinde, feragatten önce meydana gelen hadiseler affedilmiş ya da en azından hoş görülmüş sayılır. Bu durumda artık feragatten önce meydana gelen hadiseleri ikinci davada tartışma imkânı yoktur²⁸².

Diğer yandan davanın açılmasından sonra ortaya çıkan olaylar hükme esas alınamaz²⁸³. Bu durum her davanın, açıldığı zamandaki koşullara göre değerlendirilmesi gerekeceği yönündeki ilkenin bir sonucudur.

²⁸¹ 2. HD., 10.2.2005, E. 2004/16853, K. 2005/1781, "...davacının Yığılca Asliye Hukuk Mahkemesinin 2002/124 esas sayılı dosyası ile davalı aleyhine açtığı boşanma davası 13.3.2003 tarihinde red edilmiş, ancak bu karar henüz kesinleşmemiştir. Hakkında boşanma davası açılmakla davalı kadın ayrı yaşama hakkına sahiptir. Kocanın açtığı ve red ile sonuçlanan 2002/124 esas sayılı dava kesinleşmediğine göre Türk Medeni Kanunun 164. m. uyarınca davacının, ayrı yaşama hakkı devam eden davalıya ihtar göndermesi sonuç doğurmaz." (KAÇAK, İçtihat, s. 107).

²⁸² 2. HD., 18.05.2004, E. 2004/3396, K. 2004/6467, "...kadın (davalı) 26.02.2004 günlü dilekçesi ile kendi davasından feragat etmiştir. Bu feragatle kocadan kaynaklanan kusurlu davranışları affetmiş, hoşgörü ile karşılamıştır..." (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 22.10.2003, E. 2003/13053, K. 2003/14056, "...her dava açıldığı günkü şartlara tabidir. Dava 14.9.2000 de açılmıştır. Evlilik birliğinin sarsılması sebebiyle daha önce 12.9.2000' de açılan davadan 18.9.2000' de feragat edilmiştir. Feragat haktan vazgeçmeyi içerir. İradenin açıklandığı anda kesin bir hükmün sonuçları kendiliğinden doğar. 18.9.2000 de feragat edildiğine göre, bu davadan önceki hadiselerle dayanılarak boşanmaya karar verilemez. Aradaki iki günlük süre içerisinde de boşanmayı gerektiren maddi bir hadisenin varlığı kanıtlanamamıştır..." (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1070). 2. HD., 3.10.2005, E. 2005/10606, K. 2005/13380 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 186-187). 2. HD., 21.11.2003, E. 2004/5985, K. 2004/6650 (YAYINLANMAMIŞTIR).

²⁸³ 2. HD., 17.02.2004, E. 2003/1334, K. 2004/1770, "...dava açıldıktan sonra meydana gelen olaylar boşanma hükmüne esas alınamaz..." (http://www.kazanci.com.tr). HGK. , 5.4.1995, E. 1995/268, K. 1995/275, "...dava MK. 134/1. m. kaynaklanan boşanma istemine ilişkindir. Öncelikle belirtmek gerekir ki, her dava açıldığı tarihteki hukuki ve maddi esaslara göre çözüme ulaştırılır. Bu husus vazgeçilemez temel bir usul kuralıdır. Somut olayda ise, boşanma isteğinin kabulüne dair verilen karara, davanın açılmasından sonra davalı kocanın, davacının annesine karşı öldürmeye teşebbüs suçunu işlemesi sonucu hakkında alınan ağır hapse mahkûmiyet hükmü gerekçe yapılmıştır. Oysa davanın açıldığı tarihe kadar tarafların arasındaki müşterek hayatı sürdürmeleri kendilerinden beklenmeyecek derecede temelinden sarsıldığını gösterir vuku bulan bir olay ileri sürülmediği gibi bir kanıt da getirilmiş değildir..." (http:// www. kazanci. com.tr, 01.01.2004). Aynı yönde, 2. HD., 18.10.2004, E. 2004/12690, K. 2004/11999 (KAÇAK, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 208). 2. HD., 28.6.2004, E. 2004/7734, K. 2004/8492 (YAYINLANMAMIŞTIR).

EVLİLİK BİRLİĞİNİN TEMELİNDEN SARSILMASINDA KUSURUN ROLÜ

§3. Kusur Sorunu

Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıının kabul edilebilmesinin eşlerin kusurlu olmalarına bağlı olmadığı, ancak daha ziyade kusurlu eşin boşanma davası açması halinde, az kusurlu eşin bu duruma itiraz edebileceği hususuna daha önce değinmiştik. Kanun koyucu böylece geçimsizlik olgusuna birinci derecede önem vermiş, bir anlamda kusurluluğu tali planda tutmuştur²⁸⁴. Nitekim eşlerin kusurunun eşit olması ya da eşlerden herhangi birinin kusurunun bulunmaması halinde dahi, evlilik birliği çekilmez hal almışsa boşanmaya karar verilebilir²⁸⁵. Konuya ilişkin olarak HGK.’nca verilen bir kararda, “ ...Medeni Kanunun m. 134. göre, boşanmayı isteyebilmek için tamamen ya da hiç kusursuz olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilmesi için davalının çok az dahi olsa belli bir kusurunun varlığı ve bunun ispatlanması kaçınılmazdır...” denmek suretiyle kusura ilişkin temel belirleme yapılmıştır. O halde 743 sayılı yasanın orijinal halinin aksine, artık daha ağır kusurlu eş de dava açabilecektir.

EMK sisteminde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak açılan davaların ön kabul şartı olarak, davacının davalıdan daha ziyade kusurlu olmaması aranmaktaydı²⁸⁶. Yeni Medeni Kanun sisteminde ise, bu durum terkedilmiş olup, daha

²⁸⁴ TUTUMLU, s. 988; GÖNENSAY, Samim A., Medeni Hukuk, C. 2, İstanbul 1937, s. 82; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 176; GENÇCAN, s. 229.

²⁸⁵ FEYZİOĞLU, s. 308; AYİTER, Nuşin, MK Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebepleri İmtiyazsızlık ve Yargıtay Uygulaması Ankara Hukuk Fakültesi 50 yıl Armağanı, 1925–1975, C. III, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977, s. 172. 2. HD., 26.5.2004, E. 2004/5664, K. 2004/6788, “...yapılan soruşturma toplanan delillerle davacı- davalı kadının kocasına “boynuzlu, kalaklı, sen insan mısın, pezevenk” demesine karşın davalı- davacı kocanın da onu evden kovduğu hakaret ettiği ve bu durumda taraflardan birinin kusurunun diğerine üstün tutulamayacağı anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arsında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek derecede bir geçimsizlik mevcut ve sabittir” (UYAR/UYAR/UYAR, s. 1052).

²⁸⁶ EMK 134/1–2 m. , ” ...aralarında müşterek hayatın çekilmez bir hale gelmesini mucip olacak derecede şiddetli bir geçimsizlik baş gösterdiği takdirde karı kocadan her biri boşanma davasında bulunabilir. Eğer geçimsizlik iki taraftan birine daha ziyade kabili isnat ise boşanma davasını ikame hakkı ancak diğer tarafa aittir” hükmü nedeniyle davacı eşin dava açması kusursuz oluşuna bağlı tutulmuştu. Kusurlu eşin dava hakkı yoktu. Hatta bu durum itiraz niteliğindeydi. Hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulması gereken bir olgu niteliğindeydi. Yeni Medeni kanunun eski

ziyade kusurlu eşe de dava açabilme imkânı tanınmıştır. Burada dava açabilme hakkı eşlerden birinin kusursuz olma şartına bağlı tutulmamıştır. Eşlerden her biri kusurlu olsa veya herhangi birinin kusuru bulunmasa bile dava açabilir²⁸⁷. Ancak burada, boşanmaya karar verilebilmesi, davalının az da olsa kusurunun bulunmasına bağlı tutulmuştur. Buna karşın kusurun tamamı davacı eşte ise, tamamen kusursuz olan eşe karşı dava açılamaz²⁸⁸. Diğer yandan evlilik birliği çekilmez hale gelmişse, eşler eşit kusurlu olsalar dahi boşanmaya karar verilebilir.

Yargıtay, vermiş olduğu bir kararında ;“...3444 sayılı yasa ile değişik Medeni Kanunun m. 134 hükmü ile kusur esası terk edilmiş, boşanmada köklü sarsılma ön plana alınmıştır. Evliliğin temelinden sarsılması çeşitli sebeplerle oluşur. Eşlerden birinin ya da her ikisinin ortak kusuruyla oluşabileceği gibi eşlerden hiçbirinin kusuru olmadan da oluşabilir. Ancak tam kusurlu eş, kendi kusuru ile yarattığı olaylara dayanarak boşanma elde edemez“ demek suretiyle kusura ilişkin uygulamadaki durumu ortaya koymuştur²⁸⁹.

Öğretide Öztan’a göre ise, özel boşanma nedenleri bakımından akıl hastalığı dışındaki nedenlerde kusur ilkesi mutlak olarak kabul edilmiştir. Genel boşanma nedenlerinde ise, kural olarak kusur ilkesi kabul edilmiş, kusur ilkesinden kısmen

Medeni Kanunun 134. maddesine karşılık 166. maddesinde ise “davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır” hükmü nedeniyle kusur durumu itiraz olmaktan çıkarak def’i haline getirilmiş, böylece daha ağır kusurlu eşin dahi dava açması hakkı ortaya çıkmıştır. Zira davalıya bu hususta def’i ileri sürme hakkı tanınmış kusur durumunun hâkim tarafından re’sen dikkate alınma özelliği kaldırılmıştır. Ancak davalının iddiası hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet veriyorsa bu durumun dikkate alınmaması öngörülmüştür (**ÖZDEMİR, Nevzat**, Türk İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, 2003 İstanbul, s. 100). 2. HD., 24.06.1980, E. 1980/4967, K. 1980/5316, “...davacının gerçekleşen eylemleri ile davalının sabit olan eylemleri kıyaslandığında davacının kusurunun daha ağır olduğunun kabulü gerekir. Oysa Medeni Kanunun 134/2. maddesi gereğince kusuru fazla olan eş boşanma davası açamaz...” (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 278).

²⁸⁷ **VELİDEDEOĞLU**, Aile, s. 185; **AKINTÜRK**, s. 258; **FEYZİOĞLU**, s. 304–305. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma sebebi kusura dayalı boşanma sebebi niteliğinde değildir (**OĞUZMAN/DURAL**, s. 126). Örneğin kısırlılık gibi hallerde (**AKGÜN**, s. 76). Örneğin karakter farklılıkların anlaşmazsızlığa sebebiyet vermesi halinde olduğu gibi (**EGGER**, s. 182). Bu durumlarda esas olan evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının tespittir (**ÖZTAN**, Aile, s. 403).

²⁸⁸ **TUTUMLU**, s. 992.

²⁸⁹ 2. HD., 3.10.1995, E. 1995/7117, K. 1995/9764 (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004). Kusurun eşit olması boşanmanın eki niteliğinde olan maddi ve manevi tazminat bakımından önem arz edecektir. Zira tarafların eşit kusurlu olmaları halinde her iki taraf da birbirinden tazminat talep edemeyecektir. 2. HD., 23.03.2004, E. 2004/333, K. 2004/3658, “...boşanmaya sebep olan hadiselerde eşler eşit kusurludurlar. Bu ağırlıkta kusurlu olan eş yararına manevi tazminat takdir edilemez.” (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004).

vazgeçilmiştir²⁹⁰.

Köseoğlu, kusura ilişkin olarak şu şekilde bir belirleme yapmıştır; “Türk boşanma hukukunda, gerek uygulamada, gerek mevzuat anlamında kusur ilkesi geçerlidir. Bunu hem boşanmaya yol açan sebepleri sayan hükümler açısından hem boşanmanın mali sonuçlarını düzenleyen hükümlere göre savunabiliriz. Doktrin ise, her boşanmanın şekli ve hükmüne göre her ilkeye geçerlilik tanımaktadır. Ancak sorumlulukların açıklanmasında sorumluluk sebepleri olarak kusur ilkesinin geçerli olduğu, bir sorumluluk sisteminin benimsendiğini söyleyebiliriz. Uygulamada ise, boşanma ya da boşanmadan doğan sorunlar ve sonuçlar tamamen kusur ilkesinin ölçülerine göre araştırılmakta ve çözümlenmektedir. Bu itibarla boşanma hukukumuzda kusur ilkesi hâkimdir. Kusur ilkesinden soyutlanmış bir Türk hukuku boşanma sistemi düşünülemez”²⁹¹.

İsviçre Medeni Kanunu’nda 26 Haziran 1998 tarihinde yapılan son değişiklikle kusur kavramına hiç yer verilmeyerek, sistem olarak kusura dayanmayan bir biçim benimsenmiştir. Böylece boşanma hukukunun maddi hukuk niteliği, şekli hukuk biçimine dönüştürülmüş boşanma “formül haline” getirilmiştir²⁹².

Bizce kusur, boşanma hukukunun en önemli belirleme ölçütüdür. Özellikle de boşanmanın sonuçlarından olan maddi, manevi tazminat ile yoksulluk nafakasının tayininde önem arz eder. Bu bağlamda, eşler eşit kusurlu ise, eşlerden hiçbirisi maddi ya da manevi tazminat talep edemeyecek, ancak şartları varsa yoksulluğa düşen eş adına nafakaya hükmedilecektir. Diğer yandan, kusurun tamamı davacı eşte ise, kimse kusurundan dolayı menfaat elde edemez ilkesi gereğince açılan dava reddedilecektir. Ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarında eşlerin boşanmalarına karar verilebilmesi, mutlaka eşlerden birinin kusurlu olması şartına bağlı tutulmamıştır. Eşlerden herhangi birinin kusuru ortaya çıkmasa bile, evlilik birliği

²⁹⁰ VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 185; ÖZTAN, Makale, s. 717. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma sebebi kusura dayalı boşanma sebebi niteliğinde değildir (OĞUZMAN/DURAL, s. 126). Örneğin kısırlılık gibi hallerde (AKGÜN, s. 76). Örneğin karakter farklılıklarının anlaşmazsızlığa sebebiyet vermesi halinde olduğu gibi (EGGER, s. 182). Bu durumlarda esas olan evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının tespiti (ÖZTAN, Aile, s. 403).

²⁹¹ KÖSEOĞLU, Bilal, Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y. 1, S. 1, s. 7.

²⁹² HELVACI, s. 1168.

çekilmez hale gelmişse boşanmaya karar verilebilir. Bu nedenle kusur, boşanmanın sonuçları açısından oldukça önemli bir durum olarak ortaya çıkmasına karşın, boşanmaya karar verilebilmesi bakımından aynı derecede bir öneme sahip değildir.

Kural olarak²⁹³, kusur geçimsizliğe konu olaylar sonucu ortaya çıkacağından kusur ile geçimsizliğe konu olaylar birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Keza ortada geçimsizliğe dayalı bir olay ya da olgu yoksa kusurluluktan da bahsedilemez²⁹⁴.

§4.İtiraz-Def'i

Öğretide çoğunluğun görüşüne göre, MK.166/II. f. lafzında “itiraz” terimi kullanılmışsa da bu terimden anlaşılması gereken def’idir²⁹⁵. Burada kast edilen teknik anlamda itiraz değildir. Kastedilen kavram itiraz olsaydı, ortaya çıkan olayların davalının ileri sürmesine gerek kalmaksızın, hâkim tarafından re’sen göz önünde bulundurulması gerekirdi. Oysaki maddede “ davacının kusuru daha ağır ise davalının açılan davaya itiraz hakkı vardır“ hükmü düzenlendiğine göre, itirazın dikkate alınmasının ön şartının davalının bu durumu ileri sürmesine bağlı olacağı ortaya çıkmaktadır. O halde davacının daha kusurlu olduğu hallerde somut olayda, evlilik birliği temelinden sarsılmış ve çekilmezlik koşulu da oluşmuşsa davalının davacının kendisinden daha ziyade kusurlu olduğunu ileri sürmemesi halinde hâkim boşanmaya

²⁹³ Nitekim eşlerden birinin cinsel anlamda elverişsizlik halinin bulunması durumunda, eşlerin eşit kusurlu olduğu ve bu durumun sonucu olarak da boşanma nedeniyle ekonomik anlamda zor duruma düşecek eşe yoksulluk nafakası hükmedilmesi gerekeceği bir kararında vurgulanmıştır, 2. HD., 3.10.1995, E. 1995/7117, K. 1995/9764 ([http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) ,01.01.2004).

²⁹⁴ 2. HD., 23.10.2001, E. 2001/10587, K. 2001/14457 ([http:// www.kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

²⁹⁵ OĞUZMAN /DURAL, s. 126; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 173; YALÇINKAYA/ KALELİ, s. 2042; VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 221; ZEVLİLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/ GÖKYAYLA, K. Emre, Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 1999, s. 1002. “Almanya da 1. Evlilik Reformu Kanunun yaptığı gibi bir tür “evliliğin iflası, evlenme işlemi temelini çökmesi “kavramını –ne olursa olsun- boşanma sebebi olarak kabul edip de MK.134/II anlamında kurallar kanundan çıkarılmadıkça, MK 134/II kuralını bir “def’i” olarak kabul etmek zordur” (HATEMİ/SEROZAN, s. 233). ŞENER, ESAT, Türk Medeni Kanunu, Ankara 1996, s. 302; ÖZTAN, Makale, s. 721; AKGÜN, s. 75–76; VELİDEDEOĞLU, Aile, s. 185–186. Eski yasa döneminde kusur bakımından Yargıtay görüşü kusurun itiraz niteliği olduğu yönünde olmasına karşın öğretideki çoğunluk görüşü ise, kusurun def’i niteliği olduğu yönündeydi (BİRSEN, s. 330–331; KÖPRÜLÜ/KANETİ, s. 171–178).

karar verebilecek, aksi halde davanın davalı yanca ileri sürülen def'i nedeniyle reddi gerekecektir²⁹⁶.

Öğretide Akıntürk, eski ve yeni yasa dönemlerindeki itiraz- def'ie ilişkin durumu, çoğunluğun görüşüne uygun olarak şu şekilde ortaya koymuştur; "...eşlerden birinin diğerinden daha fazla kusurlu olmasına karşılık dava açmış olması halinde, davacının daha fazla kusurlu olduğunun def'i yoluyla mı ileri sürüleceği, yoksa itiraz sayılarak hâkim tarafından kendiliğinden mi dikkate alınacağı sorunu önceki Medeni Kanun zamanında başlangıçta doktrinde oldukça tartışmalı idi. 3444 sayılı Kanunla getirilen yeni düzenleme tartışmalara son verdi. Çünkü önceki kanunun 134/II hükmünden itirazın doğrudan doğruya davalı eşten gelmesi gerektiği sonucu çıkarılıyordu. Bu bakımdan kullanılan itiraz terimine karşı burada söz konusu olan teknik anlamda itiraz değildi. Aksi takdirde davalı eşten gelmesi gerekmezdi. Doğrudan doğruya hâkim tarafından dikkate alınırdı. Bu sebeple doktrinde burada itiraz değil, bir def'inin söz konusu olduğu kabul ediliyor"²⁹⁷.

Azınlıkta kalan görüşe göre ise, hâkimin²⁹⁸ görevi gereği somut olayda ortaya çıkan itiraza ilişkin olgu ve olayları, davalının ileri sürmesine gerek olmaksızın kendiliğinden dikkate alması gerekir. Zira eşlerden birinin kusurlu olması halinde, dava açma hakkı kusuru olmayan eşe aittir. Buna rağmen kusurlu eşin dava açması durumunda, diğer eşin bu duruma itiraz etme hakkı vardır. Hâkimin de bu durumu re'sen dikkate alması gerekir.

Bizce, davalı davacının ağır kusurlu olduğunu ileri sürebilir. Ancak bu durum hakkın kötüye kullanılmasına neden olarsa hâkim, ileri sürülen itiraza, değer vermemelidir. Davalının ileri sürdüğü olgu ve olayların itiraz mı, yoksa def'i mi olduğunu belirlemede açıklığa kavuşturulması gereken noktalardan biri, hakkın kötüye kullanılması durumunun itiraz mı, yoksa def'i mi olduğudur. Hakkın kötüye kullanılması kavramının itiraz olduğunun kabulü halinde, davalı tarafından ileri sürülen olayların itiraz, aksi halde def'i niteliğinde olduğunu düşünmek gerekir. Diğer nokta ise,

²⁹⁶ DURAL/ ÖĞÜZ/ GÜMÜŞ, s. 118; ÖZTAN, Makale, s. 721; AKINTÜRK, s. 259; GENÇCAN, s. 234.

²⁹⁷ AKINTÜRK, s. 259 vd.

²⁹⁸ AYAN, Giriş, s. 189; HATEMİ, s. 109; HATEMİ/SEROZAN, s. 233–234.

boşanma yargılamalarında hâkimin ileri sürülen her bir olguyu, taraflar ileri sürmese bile göz önünde bulundurup bulunduramayacağıdır.

Birinci sorunun çözümüne geçmeden önce, itiraz ve def'i kavramlarına ilişkin açıklamada bulunmakta fayda vardır. Buna göre, MK m. 2 hükmüne göre, "Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle yükümlüdür. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını kanun korumaz". Hakkın kötüye kullanılması kişilerin haklarını kullanmada ve borçlarını ifada dürüstlük kurallarına uymamalarının müeyyidesi olarak ortaya çıkar. Hakkın kötüye kullanılmasından bahsedilebilmesi için ortada kanunen korunmuş bir hak olmalı, var olan bu hak açıkça kötüye kullanılmış olmalıdır.

Dürüstlük ilkesinin belirlenmesinde ise, özellikle de hakkın konuluş, başka bir deyişle ortaya çıkış amacı dikkate alınır. Dürüstlük kuralı, hâkimin takdir yetkisini belirlemede kullanacağı en önemli kıstastır. Burada hâkim toplumda orta seviyeli, makul hareket tarzına sahip kişilerin ilişkilerini ölçüt olarak alır. Diğer bir deyişle, her bir olayı değerlendirirken kişilerin makul hareket sınırlarıyla, tahammül edebilme çizgileri ile hoşgörü sınırları değerlendirilir²⁹⁹.

İtiraz davalının yargılamada kullanacağı savunma araçlarından biridir. Burada davalı borcun hiç doğmadığına ya da sona erdiğine ilişkin olguları ileri sürmektedir. İtiraza örnek olarak; borcun ödendiği, muvazaa, ehliyetsizlik, takas iddiası, hak düşürücü sürenin ve aynı haklara ilişkin zamanaşımının dolduğu iddiası verilebilir.

Def'i ise, davalının borcun talep edilebilirliğinin kalmadığına ilişkin olguları ortaya koymasındır. Burada borç devam etmekte, ancak borcun talep edilebilirliği bulunmamaktadır. Def'ie örnek olarak, zamanaşımı def'ini, tartışma def'ini, ödemezlik def'ini gösterebiliriz³⁰⁰. Def'inin itirazdan farkı, itirazda borç hiç doğmamıştır ya da sona ermiştir; def'i de ise, borç devam etmekte, ancak talep edilebilirliği bulunmamaktadır. Diğer bir fark ise, itirazı hâkim re'sen dikkate alır; def'iyi ise tarafların ileri sürmesi durumunda dikkate alabilir. Bir diğer fark da, itiraza uğramış bir borcun ödenmesi halinde geri alınabilme imkânı her zaman mevcutken, def'ie uğrayan

²⁹⁹ **AYAN**, Giriş, s. 162-173. Bu anlamda evlilik birliğinin devamında, fertler ve toplum bakımından korunmaya değer bir menfaat kalmamışsa, davacının daha ağır kusurlu oluşu hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet vermeyecektir (**KÖPRÜLÜ / KANETİ**, s. 178).

³⁰⁰ **AYAN**, Giriş, s. 189.

borcun ödenmesi halinde ise geri istenmesi mümkün değildir. Son olarak ise, itiraz davalı tarafından davanın her aşamasında ileri sürülebilirken, def'i sadece davanın başında, yani ilk itirazlar için tanınan süre içerisinde ileri sürülebilir³⁰¹.

Konuya ilişkin bu temel belirlemelerden sonra diyebiliriz ki, ortada dürüstlük kuralını zedeleyen bir olgu ve olay varsa hâkim bu durumu kendiliğinden dikkate almalıdır. Dürüstlük kuralını zedeleyici bir durumun ortaya çıkması ise, hakların kullanılmasında ve borçların ifasında hoş görülebilir bir tutumun sergilenmemiş olmasına bağlıdır.

Acaba, ortaya çıkan olay ve durumlar artık evlilik birliği bakımından eşler ve çocuklar, hatta toplum açısından bir menfaat ya da pozitif anlamda bir beklenti bırakmamışsa, ortaya çıkan bu sonuç dürüstlük kuralının konuluş amacı bağlamında düşünüldüğünde hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınamayacak mıdır? İşte, soruna bu yönden bakıldığında, ileri sürülen olayların itiraz niteliğinde olduğunu düşünmek kaçınılmazdır. Diğer yandan, MK. m 184 anlamında boşanma yargılamasına ilişkin ilke ve dikkat edilmesi gereken kriterler göz önünde bulundurulduğunda, ortaya çıkan olaylar artık evlilik birliği bakımından eşler ve çocuklar hatta toplum açısından bir menfaat ya da pozitif anlamda bir beklenti bırakmamışsa, hâkimin ortaya çıkan olayları göz önünde bulundurması kaçınılmazdır.

Diğer yandan somut olayda davalının itirazlarını ileri sürebilmesi davalının tamamen kusursuz oluşuna bağlı değildir. Zira bu durum “ davacının kusuru daha ağır ise” şeklindeki ibareden açıkça ortaya çıkmaktadır. Burada dikkat edilecek nokta, davalının davacıdan daha fazla kusurlu olmamasıdır³⁰².

§5. Hakkın Kötüye Kullanılması

Davalının, davacının kendisinden daha fazla kusurlu olduğunu ileri sürmesi, davayı uzatma ya da karşı taraftan herhangi bir biçimde çıkar sağlama amacını taşıyorsa

³⁰¹ AYAN, Giriş, s. 190.

³⁰² DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 118.

acaba hâkim, davalının itirazını dikkate alabilecek midir? İşte kanun koyucu bu gibi suiistimallerin önüne geçmek amacıyla, madde kapsamına ; “ bununla beraber bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir” hükmünü getirmiştir.

Gerçekten davalının ileri sürdüğü itirazlar davayı uzatma amacını ya da karşı taraftan herhangi bir çıkar sağlama arzusunu taşıyorsa, hakkın kötüye kullanıldığının kabulü gerekir. Davalı bir yandan evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayanan olaylar nedeniyle davacının cezalandırılmasını, diğer yandan da boşanmayı istiyorsa, söz konusu durumları da aynı nitelikte görmek gerekir³⁰³.

Bu duruma ilişkin olarak, Akıntürk bu konudaki Yargıtay uygulamasını şu şekilde ortaya koymuştur: “Yargıtay’ımız bir kararında “olaylarda daha az kusurlu olan eşi ilke olarak iyiniyetli kabul etmek gerektiğini belirttikten sonra davalıyı kötüniyete götüren doğruluk, güven gibi objektif ahlak ve hukuk kurallarına aykırı bir davranış ortaya konmadıkça, onu kötüniyetli kabul etmek mümkün olmaz. Davalının çelişkili davranışlar içerisinde olduğu zaman kötüniyetli kabulü mümkün olabilir. Bir yandan kocanın mevcut olaylar sebebiyle cezalandırılmasını istemek, diğer yandan boşanmaya karşı çıkmak gibi bir durum bu davranışın tipik örneğidir. Evlilik kurumunun sosyal amacından saptırıldığını gösteren olgular veya sırf davacıyı zararlandırma veya hakkın karşı taraf zararına acımasızca kullanılması gibi halleri gerçekleşmesi kötüniyeti gösterir” demiştir³⁰⁴.

Yargıtay davalı kocanın, eşinin sadakatsizliğini bildiği halde evlilik birliğinin devamını istemesini³⁰⁵ , davalının bir yandan sadakatsizlik nedeniyle davacı eşinin

³⁰³ 2. HD., 12.4.2004, E. 2004/3467, K. 2004/4621, “...toplanan delillerden davacının beş seneden beri bir başkası ile karı koca gibi yaşadığı anlaşılmaktadır. Koca da evlilik birliğinin kendisine yüklediği görevleri yerine getirmemiştir. Kusurun ağırlığının davacıda olduğu açıktır. Bu evliliğin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yön kalmamıştır. Kocanın boşanmaya karşı çıkması hakkın kötüye kullanılmasını teşkil edecektir. Mahkemece boşanmaya karar verilmesi gerekir” (UYAR / UYAR / UYAR, s. 1066). Devamında gerek toplum gerekse de fertler bakımından bir menfaatin kalmadığı bir evliliğin devamının istenmesi başlı başına hakkın kötüye kullanılmasını teşkil eder (HATEMİ / SEROZAN, s. 234).

³⁰⁴ AKINTÜRK, s. 260–261.

³⁰⁵ 2. HD., 5.6.1997, E. 1997/5269, K. 1997/6499 (YKD. , 1997/9, s. 1409) .

cezalandırılmasını isterken, diğer yandan davaya karşı çıkmasını³⁰⁶, on yıldır aynı evi paylaştığı kocasıyla konuşmayan davalı eşin davaya karşı çıkmasını³⁰⁷, hakaret ederek kendisine dayak atan kocası hakkında ceza davası açan eşin hakaret eden eş tarafından açılan davaya itiraz etmesini³⁰⁸, yurt dışında açmış olduğu davayla eşinden boşanıp da Türkiye’de karşı eşin açmış olduğu davaya karşı çıkmasını³⁰⁹ hakkın kötüye kullanılmasına sebep olacak nitelikte değerlendirmiştir.

Eşlerin evlilik birliğini devam ettirme isteklerinin kalmadığı ya da birbirlerini yıllardan beri görmedikleri, bir araya gelmedikleri, böylece birbirlerine yabancılaştıkları gibi hallerde de davacının daha ziyade kusurlu olduğu karşı eş tarafından ileri sürülüyorsa bu durum hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verecektir³¹⁰.

Hemen belirtelim ki, davalının ileri sürdüğü olaylar hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet veriyorsa, evlilik birliğinin devamında, davalı veya çocuklar bakımından korunmaya değer bir yararın kalmamış olması aranmaz. Nitekim ileri sürülen olayların hakkın kötüye kullanılmasını doğurmasının doğal bir sonucu olarak evlilik birliğinin devamında davalı ve³¹¹ çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaatin kalmadığının karine olarak kabulü gerekir³¹². Zira konun koyucu her halükarda kötünyeti korumaz. Bu durumda denilebilir ki; madde kapsamında sadece hakkın kötüye kullanılmasına yer verilmesi yeterli olurdu. Bu açıdan bakıldığında

³⁰⁶ 2. HD., 23.10.1992, E. 10153, K. 10218 (UYAR, Makale, s. 1256).

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

³⁰⁸ HGK., 2.10.1991, E. 2-378, K. 456 (UYAR, Makale, s. 1258).

³⁰⁹ 2. HD., 12.4.2002, E. 2002/4136, K. 2002/5171, “...kadının yabancı mahkemede boşanma davası açmış ve boşanma kararı almış olması, bu davada boşanmaya karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilemez...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

³¹⁰ **TEKİNAY**, s. 191–192.

³¹¹ “...evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer kalmamışsa” hükmünde düzenleme bulan “ve” bağlacından kastedilen anlam birliktelik değildir. Zira maddede “hakkın kötüye kullanılması” ibaresinin kullanılması karşısında sayılan hususların tahdidi olmadığı anlaşılmaktadır. Mamafih hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet veren tüm hallerde davalının itirazı dikkate alınmayacağına göre, anılan ibareyle konun koyucunun düzenlemeyi kastettiği anlam, “veya” anlamıdır” (**ÖZTAN, Bilge**, “3444 sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun 134. Maddesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 125).

³¹² Bu nedenle de madde lafzında “ve özellikle davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer kalmamışsa” şeklinde düzenleme yapılması maddenin amacına daha uygun olurdu (**DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 119).

hükmün ifade tarzı isabetli olmamıştır.

O halde MK m. 166/ II’ de düzenleme bulan , “bununla beraber bu itiraz hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise ve evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımından korunmaya değer bir yarar kalmamışsa boşanmaya karar verilebilir” şeklinde ortaya çıkan hükmün lafzında geçen “ ve” bağlacı hükmün anlamına tahdidi bir durum katmamaktadır. Aksine buradaki durum, geniş bir anlatım şekli ortaya koymaktadır³¹³.

Davalının, davacının daha ziyade kusurlu olduğunu ileri sürmesi hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet veriyor, böylece evlilik birliğinin devamında eşler veya çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaat kalmıyorsa davalının itirazı dikkate alınamaz³¹⁴.

Kanun koyucu, madde lafzında hakkın kötüye kullanılmasına ilişkin düzenlemeyi yapmak suretiyle, evlilik birliğinin devamının gerek toplum, gerekse de fertler bakımından bir getirisinin kalmadığı hallerde, sırf davacının kusurunun daha fazla olduğu gerekçesiyle evlilik birliğinin sona ermesinin engellenmesinin önüne geçmeyi amaçlamıştır³¹⁵.

Yargıtay 2. HD., 9.10.1990, E. 1990/4171, K. 1990/9198 sayılı bir kararında ;
“...mevcut delil durumuna göre, davalı kadının eşek hayvan ve it sözleriyle kocasına

³¹³ **YALÇINKAYA / KALELİ**, s. 2051. Evlilik birliğinin devamında davalı ve çocuklar bakımında korunmaya değer bir menfaatin kalmaması hallerinde, yapılan itiraz hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet veren en çarpıcı örnek niteliğindedir (**OĞUZMAN / DURAL**, s. 127). Zira hakkın kötüye kullanılması üst kavramdır. Bu kavrama yer verilmesi halinde, herhangi bir olgu ve duruma yer vermek gereksiz olacaktır. Belirtilen haller hakkın kötüye kullanılmasına verilebilecek örnekten öteye geçemeyecektir (**ÖZTAN**, Makale s.721).

³¹⁴ Diğer yandan da bu düzenlemeyle evlilik birliğinin devamında korunmaya değer kalmayan hallerde yapılacak itirazın önüne geçilmesi amaçlanmıştır (**OĞUZMAN / DURAL** s. 127). 2. HD., 17.6.2003, E. 2003/6017, K. 2003/9017, “...28.12.2000 günü gerçekleşen ve kadından kaynaklanan boşanmaya esas alınan hadiseler davacının eşinin üzerine bıçakla yürüyüp tehdit içeren sözlerine karşı gösterdiği tepkinin sonucudur. Münferit olaydır. Kaldı ki bu tarihten sonra davacı eşine gönderdiği 4.1.2001, 17.1.2001,24.3.2001 ve 13.5.2001 günü mesajlarda sevgi dolu sözler kullanmıştır. Bu mesajlar, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösterir. Taraflar 17.10.1996 tarihinde evlenmiş 26.3.1999 da Alp isimli bir çocukları olmuştur. Alp üç yaşındadır. Davalının davaya karşı çıkması boşanmayı istememesi hakkın kötüye kullanılması şeklinde de yorumlanamaz. Gerçekleşen bu durum karşısında davanın reddi gerekir” (**UYAR / UYAR / UYAR**, s. 1071).

³¹⁵ Ancak burada hakkın kötüye kullanılması kavramının yorum biçiminin dar mı, yoksa geniş mi olacağı noktasında bir belirsizlik bulunmaktadır. Söz konusu kavramın geniş yorumlanması halinde MK. 166/II maddesinin bir anlamı kalmayacak, dar yorumlanması halinde ise 166/I maddenin değeri azalacaktır (**ÖZTAN**, Makale, s. 722).

hakaret ettiği, buna karşılık davacının da davalıyı dövdüğü, evin eşyalarını sattığı ve davalının infak ve iaşesini sağlamadığı gerçekleşmiştir. Ne var ki evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını kabul eden mahkeme, davacının kusurunu daha ağır görerek ve davalının kusur def'ini hakkın kötüye kullanılması niteliğinde bulmayarak isteğin reddi doğrultusunda hüküm kurmuştur. Oysaki burada gözden kaçan bir husus, tarafların boşanma kararından sonra ikinci kez evlenmiş bulunmalarıdır. Eşler evvelce evlilik birliğini yürütemedikleri için boşanmışlar ancak yeniden evlenmek suretiyle beraberliği bir kez daha devam ettirmek istemişlerdir. Ne var ki bu ikinci beraberliğin dahi amacı sağlamadığı, hem tarafların ve hem de mahkemenin kabulündedir. Bu durumda, müşterek hayatın sürdürülmesi eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsıldığı, ikinci denemede ise, gerçekleşmiş bir evlilik birliğinin sona erdirilmesine salt davacının daha kusurlu olduğu def'i ile karşı konulması, kuşkusuz hakkın kötüye kullanılmasının tipik bir örneğini teşkil eder. Ve gene kuşkusuz, bu evlilik birliğinin devamında ne davalı ve ne de çocuklar bakımından artık korunmaya değer bir yarar kalmamıştır. İlk boşanma kararından sonra tarafların yeniden evlenerek beraberliklerini sürdürmek istemeleri, o tarih itibariyle gerçekten iyiniyetin bir ürünüdür. Ama evlilik birliğinin ikinci denemeye rağmen yürümediğinin anlaşılması halinde, artık davacının kusuruna dayanarak uzak bir davranıştır. Ve hukukça korunmaya değer olmaktan uzaktır. Öyleyse boşanmaya karar verilmesi gerekir” demek suretiyle ileri sürülen def'inin hakkın kötüye kullanılması sonucu doğurmasına ilişkin olarak özelikli bir durum ortaya koymuştur³¹⁶.

Yargıtay uygulamasında akıl hastası eş, iradi olarak davranışta bulunma ehliyetine haiz olmadığından, davranışlarından sorumlu tutulamaz³¹⁷. Bu durumun doğal sonucu olarak ise akıl hastası eşe karşı evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanma davası açılamaz. Burada mahkemece dosya kapsamına taraflardan birinin temyiz kudretinin olmadığına ilişkin somut ve inandırıcı bir olgunun yansması halinde, bu durum ön mesele yapıp, Sulh Hukuk mahkemesine müzekkere

³¹⁶ 2.HD., 9.10.1990, E. 1990/4171, K. 1990/9198 (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 338).

³¹⁷ 2. HD., 5.6.2003, E. 2003/6627, K. 2003/8302, “...davacı akıl hastasıdır. Eylemleri iradi olmadığından çekilmezliğe dayalı boşanma davasının reddi gerekir” (**UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1018). 2. HD., 7.2.2006, E. 2004/15277, K. 2004/1079 (**KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 150–151). 2. HD., 24.5.2004, E. 2004/5905, K. 2004/6584 (**YAYINLANMAMIŞTIR**).

yazılarak vasi tayininin gerekip gerekmediği re'sen belirlenmelidir³¹⁸.

Bizce akıl hastası eşe karşı evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı dava açılmayacağına ilişkin Yargıtay düşüncesi isabetli değildir. Nitekim Eski Medeni Kanunun aksine yeni Medeni Kanun sisteminde kusur asli unsur olmaktan çıkarılarak tali bir durum haline getirilmiştir. Buna göre artık, kusurlu olan eş dahi tamamen kusurlu olmamak kaydıyla dava açabilecektir. Yargıtay uygulamasının kabulü halinde ise, kusurun tali bir durum olarak öngörüldüğünü düşünmek oldukça güç hale gelecektir. Bizce akıl hastası eşe evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak dava açılabilmesi yeni Medeni Kanun sistemine daha uygundur.

Acaba, kusurun tamamı davacı eşte ise, buna karşın, davalı eş hiç bir kusur yüklenemiyorsa hâkim boşanmaya karar verebilecek midir? Bu konu tartışmalı olmakla birlikte istikrar kazanan Yargıtay uygulaması, kusurun tamamının davacıda olması halinde kusursuz eşe dava açılmayacağı yönündedir. Gerçekten Yargıtay bir kararında, "...bilindiği gibi genel boşanma nedeniyle ilgili MK 134. m. eski şeklinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin boşanma davası, ilke olarak doğrudan kusura dayanmıyor görünse de, ikinci fıkrası ile dava hakkını kusuru olmayan ya da, kusuru daha az olan tarafa tanımak suretiyle kusuru gizli bir unsur haline getirmiştir. Nitekim ilk bakışta dava hakkına yönelik görünse de, söz konusu 134. m. eski biçiminde, kusura ilişkin hükmün böylesine "katı bir tarzda uygulanması şikâyetlerin odak noktasını teşkil etmişti". İşte bu ve benzer düşüncelerle, 3444 sayılı kanun, MK 134. m. değiştirirken, kusur unsurunun, boşanmada yarattığı güçlüğü önemli ölçüde hafifletmiş; kusur yerine evlilik birliğinin onarılmaz bir biçimde sarsılmasına önem vermiş, özetle kusurlu eşe de dava açma hakkı tanımıştır. Ne var ki, bu değişikliği tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği biçiminde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce, kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel

³¹⁸ 2. HD., 15.12.2003, E. 2004/6356, K. 2004/7437, "...dava ve taraf ehliyeti kamu düzenine ilişkin olup, mahkemelerce doğrudan doğruya (re'sen) göz önünde tutulur. Davada davalı kadının SSK'nın 21.05.2003 tarihli yazısı ile tanık beyanlarında ruhsal rahatsızlığının belirtilmiş olmasına göre, mahkemece yapılacak iş, TMK 405 ve HUMK 42. m. uyarınca davalı kadının vesayet altına alınmasının gerekip gerekmediğinin araştırılması ve bu hususun bir ön mesele sayılması, gerekirse TMK 462/8. m. uyarınca işlem yapılması ve sonucuna kadar yargılamanın bekletilmesinden ibarettir" (YAYINLANMAMIŞTIR).

hukuk ilkesine aykırı düşer. Diğer taraftan gene böyle bir düşünce, tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi, karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan, evlilik birliğini, devamı beklenmeyecek derecede temelinden sarsar; sonra da mademki birlik artık sarsılmış diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Medeni Kanunun 134. m. göre boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp, daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla beraber, boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olamaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır. Mevcut olaylara göre, evlilik birliğinin, devamı eşlerden beklenmeyecek derecede, temelinden sarsıldığı kuşkusuzdur. Ne var ki, bu sonuca ulaşılması tamamen davacının tutum ve davranışlarından kaynaklanmış olup, davalıya atfı mümkün hiçbir kusur gerçekleşmemiştir. Bu durumda açıklanan nedenle isteğin reddi gerekirken, yasa hükümlerinin yorumunda yanılığa düşülerek boşanmaya karar verilmesi usul ve kanuna aykırıdır” demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir³¹⁹.

³¹⁹ 2. HD., 20.05.2004, E. 2004/5385, K. 2004/6513 (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 1.3.2005, E. 2004/16521, K. 2004/4333, “...Türk Medeni Kanunun 166. maddesi hükmünü tamamen kusurlu eşin de dava açabileceği ve yararına boşanma hükmü elde edebileceği şeklinde yorumlamamak ve değerlendirmemek gerekmektedir. Çünkü böyle bir düşünce kimsenin kendi eylemine ve tamamen kendi kusuruna dayanarak bir hak elde edemeyeceği yönündeki temel hukuk ilkesine aykırılık arz eder. Diğer yandan böyle bir düşünce tek taraflı irade ile sistemimize aykırı bir boşanma olgusunu ortaya çıkarır. Boşanmayı elde etmek isteyen kişi karşı tarafın hiçbir eylem ve davranışı söz konusu olmadan evlilik birliğini devamını beklenemeyecek derecede temelinden sarsar, sonra da “ mademki birlik artık sarsılmış” diyerekten boşanma doğrultusunda hüküm kurulmasını talep edebilir. Öyle ise Türk Medeni Kanunun 166. maddesine göre, boşanmayı isteyebilmek için tamamen kusursuz ya da az kusurlu olmaya gerek olmayıp daha fazla kusurlu bulunan tarafın dahi dava hakkı bulunmakla birlikte boşanmaya karar verilebilmesi için davalının az da olsa kusurunun varlığı ve bunun belirlenmesi kaçınılmazdır. Az kusurlu eş boşanmaya karşı çıkarsa bu halin tespiti dahi tek başına boşanma kararı verilebilmesi için yeterli olmaz. Az kusurlu eşin karşı çıkması hakkın kötüye kullanılması niteliğinde olmalı, eş ve çocuklar için korunmaya değer bir yararın kalmadığı anlaşılmalıdır...”; Aynı yönde kararlar için bkz., 2. HD., 13.7.2005, E. 2005/8991, K. 2005/111157; 2. HD., 3.2.2005, E. 2004/15089, K. 2004/1245; 2. HD., 1.2.2005, E. 2004/15240, K. 2004/1111; 2. HD., 31.1.2005, E. 2004/16357, K. 2004/1010; 2. HD., 26.1.2005, E. 2004/15593, K. 2004/812; 2. HD., 24.1.2005, E. 2004/15563, K. 2004/624; 2. HD., 13.1.2005, E. 2004/15197, K. 2004/274; 2. HD., 12.1.2005, E. 2004/15194, K. 2004/271; 2. HD., 11.1.2005, E. 2004/14567, K. 2004/205 (kararlar için bkz., **UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1024–1025). Aynı yönde bkz., HGK. , 18.03.1992, E. 1992/265, K. 1992/189 ([http:// www.kazanci.com.tr,01.01.2004](http://www.kazanci.com.tr,01.01.2004)). 2. HD., 19.4.2004, E. 2004/4159, K. 2004/4917 (YAYINLANMAMIŞTIR). Samsun Ondokuzmayıs Asliye Hukuk Mahkemesinin 30.12.2005, E. 2005/114, K. 2005/7384 sayılı, evlilik birliğinin temelinden sarsılması hukuksal

Öğretide baskın görüşe göre de, kusurun tamamının davayı açan eşte olduğu durumlarda davanın reddi gerekir³²⁰. Zira bu durum *kimse kendi kusuru nedeniyle menfaat elde edemez* şeklindeki genel hukuk ilkesinin gereğidir. Bu durumda hâkim evlilik birliğinin çekilmez hale geldiği kanısına varsa bile boşanmaya karar veremez³²¹.

Öğretide bir kısım yazarlar ise, kusur durumunun def'i niteliğine getirilmiş oluşu, usul ekonomisi, tarafların sürdürmeyi istemedikleri bir birlikteliğin süresinin uzatılmasının fertler ya da toplum açısından bir getirisinin olmaması nedenleriyle tamamen kusurlu eşin dahi kusursuz eşe dava açmasının mümkün olabileceğini savunarak Yargıtay'ın ortaya koyduğu bu görüşü eleştirmişlerdir³²².

Nitekim öğretide Özdemir buna ilişkin olarak şu düşüncüyü ortaya koymuştur; "...öte yandan evlilik birliği ortak hayatı sürdürülemez derecede temelinden sarsılmış başarısızlığa uğramış sonuçsuz kalmış çökmüş ise, artık bu sonucun kimin kusuru ile ortaya çıkmış olduğunu araştırarak, yani bu konuda kusura belirleyici bir anlam yükleyerek evlilik birliğinin çözülmesi çözülmemesi yoluna gitmek artık çağdaş boşanma hukuku düzenlemelerinde terk edilmektedir. Temelinden sarsılmış bir evliliği kusur- kusursuzluktan yola çıkarak ayakta tutmanın kimseye bir fayda getirmeyeceği gerçeği karşısında yürümeyen evlilik birliğinin çözülmesi herkesin menfaatine olarak

nedenine dayalı 2005/114 esas sayılı dosyasına konu olan bir uyuşmalıkta; davacı duruşma aşamasında ve dava dilekçesinde "davalının evden ayrıldığını, resmi evlilikten sonra bir hafta kadar birlikte kaldıklarını, bu süreçten sonra Edirne'ye yerleştiğini kendisini defalarca aramasına rağmen olumlu sonuç alamadığını" beyan etmiş dinlenen tanık anlatımları davacının iddialarını doğrulamış ancak taraflar arasında evlilik birliği sürecinde ortaya çıkan sövme, tehdit, hakaret gibi şiddetli geçimsizliğe konu olabilecek olaylara şahit olmadıklarını ifade etmişler, yerel mahkeme ise "ortada terke dayalı dava olmadığından ve davacı da şiddetli geçimsizliğe konu olabilecek olayları ispatlayamadığından..." gerekçesiyle davanın reddine karar vermiş anılan karar davacı yanın temyizi sonucu Yargıtay denetiminden geçerek 2. HD. 30.10.2006, E. 2006/7352, K. 2006/14473 sayılı oybirliği ile verilen kararıyla onanmıştır (YAYINLANMAMIŞTIR).

³²⁰ "...geçimsizliğe kendi haksız hareketleriyle mesela karısını dövmesi, ona fena muamele etmesi gibi nedenlerle münhasıran kendisinin sebebiyet verdiği tahakkuk eden eşin boşanmayı istemeye hakkı yoktur; açtığı dava reddedilmelidir" (FEYZİOĞLU, s. 307-308). Zira bu durum "kimse kendi kusuru nedeniyle bir menfaat elde edemez" şeklindeki ilkenin bir sonucudur (ÖZTAN, Makale, s. 722). İFM bir kararında, kusurun tamamının davacıda olduğundan bahisle şiddetli geçimsizliğe dayalı olarak açılan davayı reddetmiştir (journal des tribunaux anne 1934 P. 123, AKGÜN, s. 142). Ancak ortaya konulan bu nitelikli görüş ve içtihatlar yorumlanırken dönemin pozitif hukuk kurallarını da göz önünde tutmak da fayda vardır.

³²¹ ÖZTAN, Makale, s. 723.

³²² OĞUZMAN /DURAL, s. 126; ÖZDEMİR, s. 105; KÖSEOĞLU, s. 7 v.d.

görülmektedir”³²³.

Köseoğlu ise, “...bu durum adil olmayan bazı sonuçlar doğurabilmektedir. Bu konuda tam kusurlu taraf dava açmış ve davalının hiçbir kusuru tespit edilememişse davalının dava hakkındaki düşünceleri TMK 166/II anlamında ele alınmalıdır. Davalının evlilikten beklentisi yoksa ve boşanmayı kabul ediyorsa, ayrıca boşanma hükmüyle beraber evlilik beklentilerinden olan mali talepleri karşılanıyor ise, boşanma yönüyle karar verilebilmelidir. Bu hem usul ekonomisine uygundur; hem de bu yolla kusursuz davalı, TMK 166/II ile tanınan davaya itiraz hakkını kötüye kullanmamış olmaktadır. Davanın reddi ile kusursuz davalı yeniden dava açma külfeti ile karşı karşıya bırakılmamalıdır. Çok somut bir örnek vererek kusur ilkesinin uygulanabilirliğinin şeklini açıklayalım. Davacı davalıya şiddet uygulamaktadır. Dosyada davacı tarafından davalıya şiddet uygulandığına dair üç ayrı tarihli hekim raporu bulunmaktadır. Diğer ifade ile davalının en az üç kez şiddete uğradığı sabittir. Davalı son celsede boşanmak istediğini mali hükümlerle ilgili taleplerin hüküm altına alınmasını talep etmiştir. Mahkeme davalının evlilikten beklentisi kalmadığını ve davaya da itiraz etmediğini göz önüne alarak tarafların boşanmasına ve davacının maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası ödemesine karar vermiştir. Karar 2. HD. incelenmiş ve davacının dava açma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle bozulmasına karar vermiştir (2. HD., 26.1.2006, E. 2005/15907, K. 2006/377). Bu somut karardan çıkarılabilecek sonuç şudur; davalı şiddete uğrayabilir ve hukuk sistemi tarafları halen bir araya gelmeye zorlamaktadır. Oysaki kusur ilkesinin bu şekilde uygulanması hiç de adil görülmemektedir” şeklinde ortaya çıkan düşünceleriyle konuyla ilgili Yargıtay düşüncesini haklı olarak eleştirmiştir³²⁴.

Bizce de Yargıtay uygulaması eleştirilmelidir. Şöyle ki; aile hukuku açısından davacının tamamen kusurlu olduğu durumlarda “*kimse kendi kusuru nedeniyle bir menfaat elde edemez*” şeklindeki hukuk kuralının uygulanabilirliği bulunmamalıdır. Zira evlilik birliğinin çekilmez duruma gelmesi halinde, bu aşamaya gelmiş bir birlikteliği sona erdirmede kişisel menfaatin ötesinde toplumsal bir menfaatin

³²³ ÖZDEMİR, s. 105.

³²⁴ KÖSEOĞLU, s. 7-13.

olduğunda şüphe yoktur. Boşanmayı kabul eden sistemlerde boşanmanın amacının evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle gerek fertler gerekse de toplum açısından bir menfaat kalmayan birliktelikleri sona erdirmek olduğu bilinmektedir. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda ise, evlilik birliğinin fertler ve toplum bakımından bir getirisinin kalmamasına rağmen kusurun tamamının davacıda olduğundan bahisle davanın retle sonuçlanmasını öngören Yargıtay uygulaması isabetli değildir. Bunun yanı sıra kusur, yeni Medeni Kanun sisteminde tali bir unsur olarak öngörülmüştür. Kanun koyucu kusuru asli bir unsur olarak öngörmüş olsaydı, eşit kusurlu ya da daha ziyade kusurlu eşin açmış olduğu davaların reddi gerekecekti. Hal böyleyken zikredilen durumlarda *“kimse kendi kusuru nedeniyle bir menfaat elde edemez”* şeklindeki kuralı uygulamayıp tamamen kusurlu eşin açtığı davalarda bu ilkenin uygulanması da açık bir çelişki teşkil eder. Sonuç olarak; aile hukukunun amacı, fertler ve toplumun huzur ve mutluluğunu sağlamak olduğuna göre, evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılması durumunda davacının tamamen kusurlu olduğundan bahisle davanın reddi boşanma hukukunu ve yargılamasını sıkı şekil kurallarıyla boğmak olur ki, bu durum boşanma hukukunun ilkeleriyle bağdaşmaz.

Nitekim Velidedeoğlu’nun eski Medeni Kanunumuz dönemindeki kusura ilişkin olarak yapmış olduğu şu tespitlerin yukarda ortaya koyduğumuz düşüncemizle beraber değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır,”...eşlerden hiçbirinin kusuru olmasa bile bunlar boşanabilmek için mahkemede yekdiğerine olmadık kusurlar isnat etmek zorunda kalırlar. Hâlbuki kusur, evlilik birliğinin kökünden sarsıldığını tespit etmez; olsa olsa bu birliğin sarsılmasında diğer birçok sebepler gibi bir sebep ve illet olabilir. Demek ki münhasıran kusur prensibi boşanmada gerçek ve objektif ihtiyaca cevap veremiyor. Nitekim bu sebepledir ki Almanya da daha nasyonal- sosyalizm iktidar mevkiine geçmeden önce bile boşanma hukukunda kusur prensibinin bertaraf edilmesi hususunda cereyanlar başlamıştı”³²⁵.

Acaba, somut olarak ortaya çıkan, görgüye dayalı, yer ve zaman gösterimli olgu ve olaylar dosya kapsamına yansımamışsa, ancak eşler uzun süreden beri ayrı yaşıyorsa, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanmaya karar verilebilecek

³²⁵ VELİDEDEOĞLU, Makale, s. 11.

midir?

Öğretideki bir kısım yazarların görüşü ile istikrar kazanan Yargıtay uygulamasına göre, fiili ayrılık tek başına ortada terke dayalı bir boşanma davası yoksa evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınamaz³²⁶. Burada fiili ayrılık süresinin uzun ya da kısa olmasının bir önemi yoktur. Ancak, ortada görgüye dayalı, yer ve zaman gösterimli, somut olgu ve dayanakları ile ortaya çıkmış olaylar var ise, boşanmaya karar verilebilir³²⁷.

Öğretide bir kısım yazarlar ise, Yargıtay ve öğretideki bir kısım yazarların aksine, uzun süren fiili ayrılıkların salt olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet verebileceğini savunmuştur³²⁸.

Bizce de ayrılığın süresine, eşlerin değişkenlik gösteren özelliklerine göre, fiili ayrılığın evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep teşkil edip etmeyeceği değerlendirilmelidir. Ortada terke dayalı bir dava olmadığı gerekçesiyle bu yönde açılan davaların reddine olanak sağlayan Yargıtay uygulaması isabetli değildir. Zira bu

³²⁶ **TEKİNAY**, s. 179–180. 2. HD., 15.01.2004, E. 2004/5804, K. 2004/7400, “...fiili ayrılık başlı başına boşanma sebebi yapılamaz...” (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 28.6.2004, E. 2004/7663, K. 2004/8540, “...terk nedenine dayalı bir dava yoktur. Fiili ayrılı tek başına boşanma nedeni değildir...”; HGK., 15.11.1967, E. 1967/2169, K. 1967/539; “...mücerret tarafların on yıldan fazla bir zamandan beri ayrı yaşamaları şiddetli geçimsizliği gösteren kesin karine niteliğinde sayılmaz...”; 2. HD., 12.5.2005, E. 2005/5498, K. 2005/7796; 2. HD., 31.1.2005, E. 2005/16102, K. 2005/1044; HGK., 30.3.1994, E. 2–937, K. 175, “...dinlenen davacı tanıkları Ali, Süleyman ve Temel, eşlerin bundan 13 yıl önce kavga edip ayrıldıkları, bir daha da bir araya gelmediklerini söylemişlerdir. Tanıklar geçimsizliğin kaynağı olarak davalıya atfedilecek bir olgu ortaya koyamamışlardır. Mücerret fiili ayrılık evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açılan bir davaya esas alınamaz...” (kararlar için bkz. **KAÇAK**, Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması, s. 160-294). 2. HD., 2.4.1985, E. 2913, K. 3184, “...davalı kadının müşterek evi terk edip kızının evine gitmesinin başlı başına geçimsizlik sebebiyle boşanmaya teşkil etmez...” (**UYAR**, Makale, s. 1267).

³²⁷ **TEKİNAY**, s. 179–180. 2. HD., 13.11.2003, E. 2003/14448, K. 2003/15572; 2. HD., 30.10.2003, E. 2003/13396, K. 2003/14565, “...davalının davacıyı baba evine bıraktığı, hastalığında ilgilenmediği anlaşılmaktadır...” (**UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1035–1037). 2. HD., 9.3.1998, E. 1998/1352, K. 1998/2791, “...beş yıldır evini terk eden, eşiyle de ilgilenmeyen davalının bu davranışı evlilik birliğini sarsmış sayılır...”; 2. HD., 9.3.1998, E. 1998/13339, K. 1998/2792, “...her akşam içki içip eşini döven ve üç yıldır eşinden ayrı yaşayan davalı hakkında boşanma kararı verilmesi gerekir...”; HGK., 30.4.1997, E. 2–110, K. 369, “...birbirinden uzun süreden beri ayrı yaşayan eşlerin, kısa sürelerle bir araya gelmiş olmaları, evlilik birliğinin düzeldiği anlamına gelmez...” (kararlar için bkz. **UYAR**, Makale, s. 1241–1243). Ancak bu durumda ayrılık hali evlilik birliğinin temelinden sarsıldığının ortaya çıktığına ilişkin olarak fiili bir karine olarak kabul edilebilir.

³²⁸ Uzun süren fiili ayrılıklar dahi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebebiyet verebilir (**EGGER**, s. 181). Aksi fikri savunan yazarlardan diğeri ise, Belgesay’dır. Yazara göre, bu durumlarda ihtar da çözüm değildir. Zira ihtardan sonra evi terk eden eşin tekrar evi terk etmeyeceği garanti edilemez (**BELGESAY**, s. 80).

durumda ihtarın da olumlu anlamda bir sonuç doğurmayacağını düşünmek gerekir. Fiili anlamda son bulmuş, adeta kül haline gelmiş, gerek eşler ve özellikle de çocuklar bakımından korunmaya değer bir menfaati kalmamış evliliklerin, en kolay şekilde sona ermesine olanak tanımak gerekir. Kanun koyucunun bu durumu MK m. 166. da amaçladığını değerlendirmekteyiz. Evlilik birliğinden herhangi bir beklenti kalmamasına rağmen, somut olay bakımından terke dayalı davaya ilişkin şartların yerine gelmiş olmasını aramak biçiminde ortaya çıkan düşünce, boşanma hukukuna ilişkin ilkelerle de bağdaşmaz.

O halde, Yargıtay uygulamasına göre, salt olarak ortaya çıkan başkaca olgularla da desteklenmeyen terk eylemi evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına konu yapılamaz. Bu durumda tarafların boşanabilmeleri ortada terke dayalı bir dava olmasına bağlıdır³²⁹. Buna karşın terkin yanında evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas teşkil edebilecek olayların varlığı halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanmaya karar verilebilir.

Öte yandan eşlerden birinin evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak dava açması, diğer yandan da eşlerin aynı çatı altında kalmaya devam etmesi halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunun kabulü gerekecek midir? Bu gibi durumlarda belirlenmesi gereken husus, eşlerin ilişkilerinin evlilik birliğinin gereklerine uygun bir şekilde devam edip etmediğidir. Eşlerin salt aynı çatı altında yaşıyor olmaları evliliğin sağlıklı bir şekilde devam ettiğine gösterge olamaz. Eşler arasında cinsel hayat sağlıklı bir şekilde devam etmiyorsa, birbirleriyle uzun süreden beri konuşmuyorlarsa, odalarını ayırmışlarsa, böylece eşlerin aynı çatı altında kalmaları şekli boyutta kalıyorsa, evlilik birliğinin sağlıklı bir şekilde devam ettiğinden bahsedilemez³³⁰.

³²⁹ Terke dayalı boşanma davaları bakımından daha geniş bilgi için bkz. **TOPUZ, Murat**, “Yargıtay Kararları Bağlamında Terk Sebebi ile Boşanma”, MÜHFD, Yayın No 8, C. II, İstanbul 2006, s. 48.

³³⁰ **TEKİNAY**, s. 180; **AKINTÜRK**, s. 257; **CAMCI, Ömer**, Boşanma, Tazminat ve Yoksulluk Nafakası, 2. Bası, İstanbul 1998, s. 51. 2. HD., 2.12.2003, E. 2003/10862, K. 2003/16218, ”...yapılan soruşturma toplanan delillerle davalının güven sarsıcı davranış içine girdiği anlaşılmaktadır. Bu hadiselerden sonra eşler kısa bir süre için bir araya gelmişlerse de, eşlerin barışıp evlilik birliğini mutlu bir şekilde devam ettirdikleri yönünde delil de bulunmaktadır. Kocanın da davalıya bıçak çektiği de sabittir...” (**UYAR/UYAR/UYAR**, s. 1053). 2. HD., 20.4.2005, E. 2005/4582, K. 2005/6420 , ”...eşlerin birlikte oturmakta olmaları boşanma davasının reddi için başlı başına bir neden kabul edilemez...” (**KAÇAK**, İçtihat, s. 106–107). 2. HD., 2.2.2006, E. 2006/16379, K.

EŞLERİN BOŞANMA KONUSUNDA ANLAŞMALARI KAVRAMI, ANLAŞMALI BOŞANMANIN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

§6. Eşlerin Boşanma Konusunda Anlaşmaları Kavramı

4721 sayılı Medeni Kanunun 166/II maddesine göre, “ Evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi³³¹ uygun bulması şarttır. Hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlayacağı hükmü uygulanmaz”³³².

Hemen belirtelim ki, taraf ikrarının hâkimi bağlayacağına ilişkin hüküm ile hâkimin tarafların boşanma istemlerine ilişkin iradelerini serbestçe ortaya koyduklarına

2006/849, “...eşlerin aynı çatı altında oturmaları boşanma davası açmaya engel teşkil etmez...” (**KAÇAK**, s. 147–148).

³³¹ Uygulamada kanun metninde düzenleme olarak nitelendirilen kavram protokol, proje, ya da taslak olarak adlandırılabilir.

³³² EMK 134/II m. göre ise, “ Evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Bu halde 150. m. 3 n. b. hükmü uygulanmaz”. Öğretide bir görüş anlaşmalı boşanmanın bir anlamda kolaylaştırılmış boşanma niteliğinde olduğunu savunmuştur (**ZEVLİLİLER /ACABEY/GÖKYAYALA**, s. 974). “...anlaşmalı boşanmanın uygulamada evlilik birliğinin temelinden sarsılması veya terke dair hükmün arkasında yapılıyor olması bir kanuna karşı hile oluşturmakta ve daha önemlisi de bu hükümlere dayanılarak anlaşmalı boşanma yapıldığında bazı hususların hâkimin denetiminden kaçırabileceği sakıncalarını içermesi karşısında kanunda yeterli bir düzenlemenin bulunmasının tercih edilmesi yerindedir. Böylece hâkimin denetimine açık şeffaf yol izlemek patolojik yollara sapılmaksızın hukuk kuralları amacından saptırılmaksızın eşlerin boşanabilmelerini sağlamaktır. Ancak pek çok sakıncalar içeren kanuna karşı hile yoluna başvurulmaksızın kanuni bir düzenleme ile eşlere anlaşmalı boşanma olanağının sağlanmış olması, hiç kuşkusuz gerçek ve önemli bir değişiklik olarak kabul edilmek gerekir. Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında aslında pek çok ülkede boşanma reformu içerisinde anlaşmalı boşanma kabul edilirken esasen uygulamada var olan ve yaygın bir şekilde kullanılan fiili gerçekliğin kanunlaştırıldığı görülmektedir (**ÖZDEMİR**, s. 108).

kanaat getirmesine ilişkin koşul birlikte değerlendirildiğinde, bu iki durumun birbiriyle çeliştiği görülmektedir. Zira hiç kuşkusuz ki, hâkimin tarafların iradelerini serbestçe ortaya koyduklarını sağlıklı bir şekilde değerlendirmesi taraf ikrarıyla bağlı olmamasına bağlıdır³³³.

Anlaşmalı boşanma sisteminde, bir yandan taraf iradesi ön planda tutulmuş diğer yandan da boşanmanın daha kolay ve hızlı bir şekilde gerçekleşmesi sağlanmıştır³³⁴. Anlaşmalı boşanma eşlerin daha kolay ve hızlı bir biçimde boşanmalarını sağlaması, aile sırlarının ya da eşler arasında meydana gelen mahrem hadiselerin kamuya yansımalarının engellenmesi, eşlerden özellikle kadının, diğer eşle yapmış olduğu protokolün, hâkim denetiminden geçmesi sonucu geleceğinin teminat altına alınmış olması bakımından, faydalı görülmüştür.

Buna karşın, evlenmeyi oldukça kolaylaştırması, böylece aile üzerindeki devlet otoritesini ve denetimini zayıflatması, eşlerin birbirlerini henüz yeteri kadar tanımadan boşanmalarını sağlaması, böylece evlilik birlikteliklerinin ömrünü kısaltması, çeşitli aldatma ve baskılar sonucunda kadının mali ve diğer haklar bakımından koca tarafından mağdur edilme ihtimalinin doğmasına sebebiyet vermesi bakımından ise, eleştirilmiştir³³⁵.

Uygulamada, anlaşmalı boşanmanın suiistimal edildiğini görmekteyiz. Buna bağlı olarak genellikle kadın babasından kalma dul maaşını almak için sık sık bu yolu tercih etmekte, bu durum ise, sağlık kurumları için yük teşkil etmektedir³³⁶. Göze çarpan suiistimallerden bir diğeri ise, anlaşmalı boşanmanın genellikle yurt dışına gitme amacıyla gerçekleştirilmesidir. Bu durum bazen oldukça büyük sıkıntılara sebebiyet

³³³ “Eğer karşılıklı rıza temelden sarsılmanın sadece bir karinesi ise, bu karineyi meydana getiren ikrarların hâkimi bağlamaması ve aksinin ispatına imkân verilmesi gerekirdi. Kaldı ki bir taraftan karşılıklı rıza ile boşanma isteyen tarafları hâkimin bizzat dinlemesi ve onların iradelerini serbestçe açıklayıp açıklamadıklarını araştırması şart kılınırken, öbür taraftan ikrarın hâkimi bağlayacağı anlamına gelen bir kanun hükmü getirmek kanımızca bir çelişkidir” (TEKİNAY, s. 195). AKINTÜRK, s. 264; HATEMİ, s. 111. 2. HD., 24.2.2004, E. 2004/6586, K. 2004/9521, ” Türk Kanunu Medenisinin 134/3. maddesindeki “ anlaşmalı boşanma dışındaki diğer boşanma” sebeplerine dayalı davalarda, davalının davayı kabul açıklaması hukuki sonuç doğurmaz” (YAYINLANMAMIŞTIR).

³³⁴ ÖZTAN, Aile, s. 415; ÖZDEMİR, s. 107.

³³⁵ FEYZİOĞLU, s. 322.

³³⁶ ATEŞ, s. 747.

vermektedir. Bu anlamda anlaşmalı boşanma yoluyla boşanarak yabancı kadın- erkeklerle evlenen eş, ortaya çıkan herhangi bir aksaklık sonucu yurt dışına gidememekte, böylece evlendiği yabancıyla da bir ilgisi kalmamakta, eski eşiyle aynı çatı altında yaşamasına rağmen, resmîyette yabancıyla evli gözükmemekte bu durum ise, toplumun dokusunun bozulmasına sebebiyet vermektedir.

Amerika Birleşik Devletlerinde 1960 tarihine kadar boşanmanın gerçekleşmesi, karşı eşin kusurluluğuna ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olmasına bağlıydı. Ancak bu durum boşanmayı güçleştirmekteydi. Hatta bu durum eşlerin başkasıyla yatak odasında düzmece bir biçimde çekirmiş olduğu fotoğrafların mahkemede ortaya konulmasına dahi sebebiyet veriyordu. Amerika’da bu ve buna benzer durumların sakıncalarını gidermek amacıyla, taraf iradelerine üstünlük tanınarak anlaşmalı olarak boşanma imkânı getirildi ³³⁷.

Belirtelim ki anlaşmalı boşanmada taraf iradeleri mutlak olarak üstün tutulmamış, taraf iradelerinin yerindeliği bakımından hâkim denetimi öngörülmüştür. Hâkimin görevi sadece tarafların anlaştığı hususları tespit etmek değildir. Ayrıca boşanmanın mali sonuçlarıyla çocukların durumunu, hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına uygun olarak gözden geçirmesi gerekir ³³⁸.

743 sayılı EMK orijinal halinde anlaşmalı boşanma öngörülmemiştir. Anılan yasada 3444 sayılı yapılan değişiklik neticesinde, sistemimize anlaşmalı boşanma imkânı tanınmış oldu. Buna ilişkin değişiklik gerekçesi , “...bir eşin kendi kusuruyla evlilik birliğini sarsmış olmasına rağmen, geçimsizliğe dayanarak boşanma davası açamaması ve eşlerin boşanma için anlaşmış olmalarının boşanma kararı verilmesi için yeterli sayılamaması sebebiyle evlilik birliğini temelden sarsan olayların vukuuna rağmen boşanma kararı verilememesi, eşleri müşkül durumda bırakmakta eşler fiilen ayrı yaşamakta evlilik sadece hukuken devam etmektedir. İşte bu iki sebebe işlerlik kazandırabilmek için yeni düzenleme ile belli şartların tahakkuku halinde, daha ziyade kusurlu olan eşe de boşanma davası açma hakkı tanınmış ve kendi aralarında anlaşarak karar vermiş kimselere de bu imkân sağlanmıştır...” şeklinde ortaya çıkmıştır.

³³⁷ **BAKTIR, Selma**, Aile Mahkemeleri, Ankara 2003, s. 121.

³³⁸ **HATEMİ/SEROZAN**, s. 237.

4721 sayılı MK.' un anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümet gerekçesinde, hâkimin eşlerin başvurusu üzerine bir yıl ile iki yıl arasında değişen sürelerle ayrılığa karar verebileceği, bu süre içinde eşlerin birleşmemeleri halinde başvuru üzerine anlaşmalı boşanmaya karar verilebileceği öngörülmüş, ancak tasarı bu şekliyle kabul edilmeyip bugünkü haliyle geçerlilik kazanmıştır³³⁹.

Anlaşmalı boşanma bakımından ayrı bir düzenleme öngörülmemiştir. Buna ilişkin düzenleme, evlilik birliğinin temelinden sarsılması genel başlığı altında toplanmıştır. Böylece kanun koyucu anlaşmalı boşanmada da evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında olduğu gibi çekilmezlik olgusunu karine olarak kabul etmiştir. Burada eşlerin birlikte mahkemeye başvurmaları ya da eşlerden birinin açılan davayı kabul etmesi halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağı yönünde kanuni bir kabul söz konusudur. Böylece devamında eşler ya da toplum bakımından korunmaya değer bir menfaatin kalmadığı evlilik birlikteliklerinin, kanun dışı yollara sapılmadan sona erdirilmesi amaçlanmıştır³⁴⁰.

Yukarda ortaya konulan maddenin açık ifadesinden de anlaşıldığı üzere, evliliğin en az bir yıl sürmüş olması koşuluyla, eşlerin birlikte başvurmaları halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığı, eşlerin kusurlu olup olmadıkları ya da boşanmanın hangi nedene dayandığı yönünde bir araştırma yapma yükümlülüğü olmadığı gibi, bu bakımdan takdir yetkisi dahi yoktur³⁴¹. Burada eşler birlikte başvurdıklarına göre evlilik birliğinin sarsıldığı yönünde bir karine³⁴² oluşmaktadır.

Ortaya çıkan karinenin niteliği tartışmalı olmakla birlikte çoğunluk görüşüne göre, buradaki karine kesin karinedir³⁴³. Anlaşmalı boşanma nedeni dışında açılmış bir

³³⁹ Geniş bilgi için bkz. ABD., Y. 45, S. 3, 1988, s. 369.

³⁴⁰ AKINTÜRK, s. 264.

³⁴¹ Zira burada önemli olan sonuçtur, neden değildir (ÖZTAN, Boşanma, 128).

³⁴² Karine, fiili ve yasal olmak üzere ikiye ayrılır. Fiili karine bir hukuk kuralına dayanmayan, ancak hayat tecrübeleriyle haklılığı ortaya çıkan değer yargılarıdır. Yasal karine ise, yasalarla belirlenen bir hükümden belirlenmeyen bir durumu ortaya çıkaran değerler bütünüdür. Yasal karine, kendi arasında kesin ve kesin olmayan olmak üzere ikiye ayrılır. Kesin karinenin aksi ispatlanamazken, kesin olmayan karinenin ise aksi ispatlanabilir. (Ayrıntılı bilgi için bkz., PEKCANTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/MUHAMMET, Özkes, Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2001, s. 368).

davanın diğer eş tarafından kabulü halinde kabul anına kadar toplanan delillerden evlilik birliğinin çekilmez hale gelmiş olduğu anlaşılrsa dahi oluşan karineye üstünlük tanınmalıdır³⁴⁴.

Yargıtay 2. HD., 25.10.1995, E. 1995/9177, K. 1995/10963 sayılı bir kararında, “... tarafların boşanma kararına rağmen evlilik birliğini bozmamış olmaları, üç yıl süre ile boşanmamış gibi birlikteliklerini sürdürmüş olmaları, hâkim önündeki açıklamalarının serbest ve samimi bir irade ürünü olmadığını göstermektedir. Davacı kocanın, üç yıl karı koca gibi yaşantısını sürdürmesi, eşine evliliğin devam edeceği konusunda güven vermesi ve üç yıl sonra üç yıl önceki mali koşullarla boşanmayı sağlamak üzere kararı tebliğe çıkarması Medeni Kanunun 2. maddesiyle öngörülen iyiniyet koşullarıyla da bağdaşmaz...” demek suretiyle eşlerin boşanma konusunda birlikte mahkemeye başvurmaları durumunda evlilik birliğinin sarsıldığına ilişkin oluşan karinenin aksinin ortaya konulabileceğine değinmiştir³⁴⁵.

Bizce maddenin “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır” şeklindeki kanuni lafzından buradaki karinenin kesin karine olduğu ortaya çıkmaktadır. Hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığını araştırma görev ya da yetkisinin olmaması da bu durumu desteklemektedir. Burada hâkim ancak tarafların anlaşmalı boşanma hususundaki iradelerini serbest bir biçimde ortaya koyup koymadıklarını araştırabilir.

O halde ortaya çıkan karine kesin karine olduğuna göre, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış sayılacağına ilişkin olguların aksinin ispatı da mümkün değildir. Toplanan delillerden evlilik birliğinin temelinden sarsılmamış olduğu anlaşılrsa dahi, eşlerin birlikte başvuruları ya da birinin açtığı davayı diğerinin kabul etmesi kaydıyla ortaya çıkan durumun aksi düşünülemez. Hâkimin söz konusu durum bakımından takdir

³⁴³ **ÖZDEMİR**, s. 112; **ÖZTAN**, Makale, s. 723; **ÖZTAN**, Aile, s. 416; **TUTUMLU**, s. 1051. Buna karşın öğretide bir görüş oluşan bu karinenin davanın ilerleyen aşamalarında taraflarca aksinin kanıtlanabileceğini savunmuştur (**TEKİNAY**, s. 195). Bir diğer görüş ise, bu durumda faraziye oluştuğunu savunmuştur (**OĞUZMAN/DURAL**, s. 128).

³⁴⁴ **ÖZTAN**, Makale, s. 129.

³⁴⁵ Karar için bkz. [http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) (01.01.2004).

yetkisi yoktur³⁴⁶. Hiç kuşkusuz bu durum anlaşmalı boşanmanın mutlak ve genel bir boşanma nedeni olduğu yönünde bir nitelik ortaya çıkarır³⁴⁷.

§7. Anlaşmalı Boşanmanın Hukuki Niteliği

Anlaşmalı boşanma sonucunda oluşan hüküm bir tespit hükmünden öteye bozucu yenilik doğurucu hüküm niteliğindedir³⁴⁸. Öğretide baskın görüşe göre, kanun koyucu eşlerin birlikte başvurmaları ya da herhangi bir sebebe dayalı olarak açılan boşanma davasının davalı tarafından kabulü halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin kesin karine oluştuğunu kabul ettiğine göre, kanun koyucunun anlaşmalı boşanmaya ilişkin olarak çekişmesiz yargılama faaliyetini³⁴⁹ öngördüğü sonucuna varmak gerekir³⁵⁰. Zira bu durumda mahkemenin evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına ilişkin olarak araştırma yapması ya da taraf delillerini toplaması gerekli değildir³⁵¹.

Öğretide Özdemir bu duruma ilişkin olarak görüşünü öz olarak şu şekilde ortaya koymuştur; Türk hukuk sisteminde, çekişmesiz yargıya ilişkin olarak bir düzenleme bulunmadığından, uygulamada çekişmeli yargıya ilişkin kavramlar çekişmesiz yargı için de kullanılmakta; bu anlamda anlaşmalı boşanma bakımından ortada bir davacı ve

³⁴⁶ ÖZTAN, Makale, s. 129; OĞUZMAN/DURAL, s. 128; HATEMİ/SEROZAN, s. 237; YALÇINKAYA/KALELİ, s. 2058; ÖZDEMİR, s. 113; ÖZDAMAR, s. 357; İPEKÇİ, Nizam, Mukayeseli Yeni Medeni Kanunu ve Değişikliklerin Kapsamı, 2. Bası, Ankara 2003, s. 83. Tekinay ise, oluşan karinenin adi nitelikte olduğunu ve aksinin kararlaştırılabileceğini savunmaktadır (TEKİNAY, s. 195). Bir fıkreye göre burada faraziye söz konusudur (DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 119); ÖZDAMAR, s. 357.

³⁴⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 119; GENÇCAN, s. 355.

³⁴⁸ HATEMİ, s. 111.

³⁴⁹ Çekişmesiz yargı ile çekişmeli yargı arasındaki farklılıklar; çekişmesiz yargı işlerinde ihtilaf, niza, husumet yokluğunun olmaması, sübjektif bir hakkın bulunmaması ve hâkimin delilleri re'sen araştırma yetkisinin bulunması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Belirtelim ki, hukukumuzda çekişmesiz yargı faaliyetine ilişkin ayrıntılı bir belirleme yoktur (ALANGOYA, Yavuz Medeni Usul Hukuku Esasları, 3. Baskı, İstanbul 2003, s. 55–57).

³⁵⁰ ÖZDEMİR, s. 115; ÖZTAN, Aile, s. 416; TUTUMLU, s. 1054.

³⁵¹ 2. HD., 25.6.1990, E. 1990/1721, K. 1990/6558 (UYAR, Makale, s. 1261).

davalı bulunmadığı halde söz konusu kavramlar kullanılabilir³⁵².

Bizce yukarda ortaya konulan düşünceler anlaşmalı boşanmanın hukuki niteliğini tam olarak ortaya koyma noktasında yetersiz kalmaktadır. Nitekim gerek eşlerin davayı ortak dilekçe vermek suretiyle birlikte açtıkları gerekse de anlaşmalı boşanma sebebi dışında açılıp da karşı eş tarafından kabul edilen diğer sebeplere dayalı boşanma davalarında ortada çekişmesiz³⁵³ bir yargı niteliğinin olduğunda kuşku yoktur. Ancak eşlerin ayrı olarak açtıkları anlaşmalı boşanma davalarında ortaya çıkan dava niteliğinin çekişmesiz yargılama faaliyeti olduğunu savunmak güçtür. Nitekim bu durumda karşı eşin anlaşmalı boşanmanın şartlarını kabul edip etmeyeceği yönünde bir kesinlik söz konusu değildir. Bu durum karşısında anlaşmalı boşanma davalarının hukuki niteliğini izale-i şuyu davalarında olduğu gibi çift taraflı bir yargılama faaliyeti olduğunu savunmak mümkündür. Buna göre anlaşmalı boşanmada ne davacı ne de davalı taraf bulunmayıp, sui generalis bir niteliğe haizdir.

Hâkim tarafların üzerinde anlaştıkları protokole göre karar vermelidir. Uzlaşma protokolünün hâkim tarafından yerinde görülmemesi durumunda gereken değişiklikler hâkim tarafından yapılmalıdır. Ancak hâkim yapmış olduğu değişiklik bakımından tarafların görüşünü almalı, tarafları değişiklik hususunda iknaya çalışmalıdır. Tüm bunlara rağmen yapılan değişiklik taraflarca kabul edilmezse anlaşmalı boşanma talebi reddedilmelidir. Önemle belirtelim ki, hâkimin ortaya konulan bu süreç dışında bir yol takip ederek tarafların üzerinde anlaştığı protokol dışına çıkarak karar vermesi mümkün değildir³⁵⁴. Burada hâkimin görevi, tarafların hiçbir baskı altında kalmaksızın başvuruda

³⁵² ÖZDEMİR, s. 129.

³⁵³ “Çekişmesiz yargı için ayrı ve açık usul kurallarının olmayışı, özellikle uygulamada çekişmesiz yargıyı çekişmeli yargıdaki müesseselerle yürütme eğilimini doğurmaktadır. Oysa her iki yargılamanın farklı olması bu yargılamada kullanılan kavramların da farklı olmasını gerekli kılar. Çekişmeli yargı alanındaki işler “iki taraf “ sistemine göre kurulan “dava “ şeklinde görülmektedir. Buna karşılık çekişmesiz yargıda taraf değil “ilgili” kavramı söz konusudur. Bunun yanında çekişmesiz yargı işleri dava olarak nitelendirilemez. Sadece “çekişmesiz yargı işi” veya yargı kararlarında da belirtildiği gibi “talep veya istek” şeklinde ifade edilebilir. Çekişmesiz yargı sonunda verilen “karar” teknik anlamda bir dava sonunda işin esasıyla ilgili verilen “hüküm” ile aynı nitelikte değildir” (PEKCANTEZ/ATALAY/ÖZEKES, s. 65).

³⁵⁴ 2. HD., 7.3.2005, E. 2005/1498, K. 2005/3386, “...mahkemece kişisel ilişki günleri düzenlenirken tarafların beyanları alınmadığı gibi, bu konuda ibraz edilen protokole itibar edilmeme nedenleri de karar yerinde tartışılmamıştır. Mahkemece yapılacak iş taraflardan kişisel ilişki günleri konusunda beyanlarının alınması Türk Medeni Kanunun 166/3. madde uyarınca anlaşma koşullarının uygun

bulunup bulunmadıklarını yâda bir eşin açtığı davayı diğer eşin serbest iradesiyle kabul edip etmediğini tespit etmektir.

Yargıtay uygulamasına göre, hâkim, tarafların boşanmaya ilişkin mali sonuçlar üzerinde ya da çocuklar konusunda anlaşma sağlayamamaları halinde, davayı reddetmemeli, bu durumda davaya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak devam etmelidir³⁵⁵.

Bizce bu konudaki Yargıtay uygulaması iddia ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesi ve ıslah müessesisiyle bağdaşır nitelikte değildir. Uygulamada çoğu davalarda benimsenen ilke, dava dilekçesinde tarafların dayanmadığı bir sebebin hâkimce dikkate alınamayacağı yönündedir. Anlaşmalı boşanma olarak açılan bir davaya, şartların tutmaması halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak devam edilmesi, hâkimin taraflara yol göstermesi sonucunu doğurur. Ortada ıslah ya da bu yönde ortaya çıkan bir talep ve bu talebe, karşı tarafın muvafakat gösterdiğine ilişkin bir beyan bulunmazken, mahkemece kendiliğinden davaya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak devam edilmesi usul hukukunun değişmez ilkeleri olan, netice-i taleple bağlılık, va'kılara dayandırma ilkesi, sert teksif ilkesi, va'kıaların davanın başında ortaya konulabilmesi ve ortaya konulan bu vakıaların ancak ıslah ya da karşı tarafın rızasıyla değiştirilebilmesine aykırılık teşkil eder.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeninin aksine anlaşmalı boşanmada kusurun bir önemi yoktur. Anlaşmalı boşanmada önemli olan eşlerin boşanma hususunda anlaşma sağlamış olmalarıdır. Kusur ilkesinin herhangi bir öneminin

bulunması halinde anlaşma gereğince karar verilmesi, uygun bulunmaması durumunda ise, sebeplerini belirterek uygun göreceği düzenlemeyi yapması bu düzenlemenin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya karar verilmesi aksi halde deliller toplanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekir” (GENÇCAN, s. 376). 2. HD., 14.4.2004, E. 2004/3807, K. 2004/4741, “...eşler anlaşma protokolünü mahkemeye ibraz ederek bu protokol uyarınca boşanmaya karar verilmesini istemişlerdir. Hâkim protokole müdahale etmemiştir. Gerçekleşen bu durum karşısında velayetlerin babaya verilmesi gerekirken protokol dışına çıkılarak yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir” (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 9.4.2002, E. 2002/4194, K. 2002/4994, “...taraflar düzenledikleri protokolde müşterek çocuk Ezgi’nin velayetinin babaya bırakılacağını kabul etmişlerdir. Yargılama sırasında başka bir beyanları da olmamıştır. Mahkemece protokole aykırı velayet düzenlemesi yerinde görülmediği gibi 13. parseldeki 9 numaralı bağımsız bölümün tapusunu iptali ile davalı adına tesciline, aracın mülkiyetinin de kadına ait olacağının tespitine karar verilecek yerde protokole atıf yapılması da isabetsizdir...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

³⁵⁵ Alman hukuk sisteminde dahi durum bu şekildedir (ÖZDEMİR, s. 115). Ancak bizce bu yöndeki Yargıtay uygulaması ortada usulüne uygun bir ıslah olmadığına göre usul hukukunun temel prensiplerine uygun düşmemektedir.

bulunmayışı, eşlerin birlikte boşanma hususunda mahkemeye başvurmaları durumunda, evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına dair kesin karinenin oluşmasından da açıkça anlaşılmaktadır³⁵⁶.

Anlaşmalı boşanma kusura dayanmadığından, davacının ölmesi halinde davacı mirasçıları, davaya devam etmek suretiyle karşı eşin mirasçılığına engel olamazlar. Zira MK m.183 hükmünün uygulanması, ancak karşı eşin kusurlu olduğunun tespitine bağlıdır. Oysaki anlaşmalı boşanmada kusurluluğun tespiti hukuki olarak imkânsızdır³⁵⁷.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin olarak nafaka ve mali hükümler bakımından temyiz yoluna gidilmesi mümkün değildir³⁵⁸. Anlaşmalı boşanma davalarında yargılama masrafları ve harcının hangi tarafa yükleneceği hususunda uygulamada zaman zaman tereddütler meydana gelmektedir. Yargıtay bir kararında anlaşmalı boşanma davasının eşlerden biri tarafından açılması halinde, mahkeme masraflarıyla, yargılama harcının davalıya yükletileceğine değinmiştir³⁵⁹. Kuşkusuz davanın ortak dilekçeyle açıldığı ya da diğer boşanma nedenlerine dayalı olarak açılıp da karşı tarafça kabul edildiği hallerde ise, yargılama masrafı ve harcı ortak olarak karşılanmalıdır. Zira bu durum anlaşmalı boşanmanın çift taraflı dava niteliğine uygun düşer.

§8. Anlaşmalı Boşanmanın Unsurları

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartların birlikte yerine gelmemesi halinde boşanmaya karar verilemez³⁶⁰. Bu anlamda anlaşmalı boşanmanın sıkı şartlara tabi tutulduğu, uygulanabilirliğinin kolay olmadığı ortaya çıkmaktadır. Özellikle de evliliğin mali sonuçları ve çocuklar ile ilgili protokolün hâkimin uygun bulması gerektiğine ilişkin koşul, buna ilişkin durumu açıkça ortaya koyar.

³⁵⁶ **BAKTİR**, s. 120–121; **ÖZTAN**, Aile, s. 415.

³⁵⁷ **ÖZTAN**, Aile, s. 421.

³⁵⁸ **ÖZTAN**, Aile, s. 419.

³⁵⁹ 2. HD., 25.10.1995, E. 1995/9177, K. 1995/10963; **UYAR**, Makale, s. 1246.

³⁶⁰ **ÖZDEMİR**, s. 114.

Mali hükümler ve çocuklar ile ilgili protokolün hâkimin denetimine tabi tutulması tarafların evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak dava açmalarını teşvik edici bir etkidir. Hiç kuşkusuz ki bu durum da anlaşmalı boşanmanın uygulanabilirliğini sınırlar³⁶¹.

Anlaşmalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi için; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte başvurmaları, ya da bir eşin herhangi bir nedene dayalı olarak açtığı boşanma davasını diğer eşin kabul etmesi, tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu konusunda anlaşmış olması³⁶², hâkimin bu durumlara ilişkin taraf uzlaşmasını uygun bulması ya da uygun bulmaması halinde bu yönde sunmuş olduğu değişikliği tarafların kabul etmiş olması aranır³⁶³. Bu şartlardan herhangi birisinin yerine gelmemiş olması halinde anlaşmalı boşanmaya karar verilemez³⁶⁴.

Hâkimin sayılan bu şartların yerine gelip gelmediğini re'sen göz önünde bulundurması gerekir³⁶⁵. Bu bakımdan, hâkimin takdir hakkı bulunmayıp aksine yükümlülüğü vardır. Nitekim anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartlar kamu

³⁶¹ **TEKİNAY**, s. 194.

³⁶² 2. HD., 3.8.2004, E. 2004/4887, K. 2004/5706, "...davacı koca 13.11.2003 günlü oturumda manevi tazminat isteğini kabul etmediğini beyan etmiştir. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayalı "anlaşmalı boşanma" koşulları oluşmamıştır..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

³⁶³ **CEYLAN**, s. 25–26. 2. HD., 19.12.1990, E. 1989/10658, K. 1990/2000, "Medeni Kanun'un 3444 sayılı Kanunla değişik 134/3. maddesi uyarınca anlaşmalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi için, aşağıda yazılı üç unsurun birlikte gerçekleşmesi gerekir. Aranacak üç unsur ise; (evlilik birliğinin en az bir yıl sürmüş olması), (eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi, başka bir anlatımla boşanmaya ilişkin olmak üzere tarafların iradelerinin serbestçe açıklanmış bulunması) ve nihayet (boşanmanın mali sonuçları ile ilgili olarak taraflarca mahkemeye bir anlaşma, (düzenleme) metninin sunulması veya bu husustaki anlaşmanın mahkeme tutanağına geçirilmesi) hususlarından ibarettir. Bu yön, kamu düzenine ilişkin bulunduğu hâkim, bu üç unsurun, varlığını kendiliğinden araştırmak zorundadır. Bu unsurlardan birinin yokluğu halinde dava başkaca hukuki sebebe dayandırılmıyorsa davanın reddedilmesi gerekmektedir" (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004).

³⁶⁴ 2. HD., 26.1.2005, E. 2004/16025, K. 2005/852 (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004). 2. HD., 26.1.2004, E. 2004/298, K. 2004/927; 2. HD., 3.5.2004, E. 2004/4887, K. 2004/5706, "...davacı ve davalı velayet konusunda anlaşamadıklarından, anlaşmalı boşanma koşulları oluşmamıştır..." (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004). **AKINTÜRK**, s. 264; **TUTUMLU**, s. 1042. Söz konusu şartların kamu düzeninden olduğuna ilişkin karar için bkz. 2. HD. 16.11.1992, E. 1992/11104, K. 1992/11317, (**UYAR**, Makale, s. 1254).

³⁶⁵ **CEYLAN**, s. 26.

düzenindendir³⁶⁶. Bunun sonucu olarak, Yargıtay bir kararında tarafların müşterek çocukların velayeti hususunda anlaşamamaları halinde anlaşmalı olarak boşanmaya karar verilemeyeceğine karar vermiştir³⁶⁷.

Oğuzman/Dural, belirtilen şartlara ilişkin önemi şu şekilde ortaya koymuştur; “ Bu şartlar, kısa süreli (birkaç günlük birkaç aylık) evlenmeleri önlemeye, tarafların birbirini iyice tanıma fırsatı dahi bulmadan boşanmaya kalkışmalarına imkân vermemeye, geçici kırgınlıklarda verilecek boşanma kararını düşünmeye tarafları sevk etmeye, tazyik altında veya aldatıcı vaatlerle boşanmaya razı olma tehlikesini önlemeğe, boşanmadan özellikle çocukların uğrayacağı zararları asgari düzeye indirmeye yöneliktir”³⁶⁸.

Ortaya konulan şartların nitelik ve mahiyetinden şu sonuca ulaşmamız mümkündür: Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, tarafların sadece boşanma hususunda anlaşmış olmaları yeterli olmayıp, bunun yanı sıra boşanmanın mali sonuçlarıyla çocukların durumu üzerinde uzlaşmış olmaları ve bu uzlaşmanın hâkim tarafından yerinde görülmesi gerekir.

I. Evliliğin En Az Bir Yıl Sürmüş Olması

Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesinin olmazsa olmaz koşullarından birisi, evliliğin en az bir yıl sürmüş olmasıdır. Evliliğin en az bir yıl sürmemiş olduğunun tespiti halinde talebin dava şartının yokluğu nedeniyle reddi gerekir³⁶⁹. Nitekim Yargıtay 2. HD., 16.10.2006, E. 2006/6904, K. 2006/14059 sayılı bir kararında;

³⁶⁶ İPEKÇİ, s. 83; ÖZTAN, Aile, s. 418; CEYLAN, s. 26.

³⁶⁷ 2. HD., 18.6.1990, E. 1990/1079, K. 1990/6175 (UYAR, Makale, s. 1261).

³⁶⁸ OĞUZMAN / DURAL, s. 124.

³⁶⁹ OĞUZMAN / DURAL, s. 128; HATEMİ / SEROZAN, s. 238; KÖPRÜLÜ / KANETİ, s. 175; ÖZDEMİR, s. 120; HELVACI, s. 1166. 2. HD., 10.10.2002, E. 2002/10793, K. 2002/11766, “...dosyadaki nüfus kaydından tarafların 1.11.2000 tarihinde evlendikleri ve davanın açıldığı 21.8.2001 tarihinde bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, tarafların gösterdikleri delillerin toplanarak, Medeni Kanunun 134/2. maddesindeki şartların oluşup oluşmadığı araştırılarak sonucuna göre bir karar verilmesi gerekirken, boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” ([http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

“...MK 166/3. maddesine göre evlilik en az bir yıl sürmüş ise eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Dosya kapsamından, davanın açıldığı tarihte henüz bir yıllık sürenin dolmadığı anlaşılmaktadır. Bu durumda taraf delilleri toplanıp sonuca göre bir karar verilmesi gerekir. Bir yıllık süre şartı gerçekleşmeden tarafların kabulüne dayanarak boşanma kararı verilmesi isabetsizdir” demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir³⁷⁰.

Bir yıllık sürenin dolmadığının anlaşılması halinde, davanın dava şartı nedeniyle reddine mi karar verileceği, yoksa davaya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak devam mı edileceği hususu tartışmalıdır.

Öğretide bir kısım yazarların görüşü ile Yargıtay uygulamasına göre, söz konusu durumda dava reddedilmemeli, özellikle de usul ekonomisi dikkate alınarak davaya evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak devam edilmeli, bu yönde taraf delilleri toplanmalıdır³⁷¹.

Buna ilişkin olarak Özdemir şu düşünciyi ortaya koymuştur;“...Zira bu durumda ortak başvuru ile eşlerde boşanma arzusu ortaya çıkmıştır. Sırf süre şartı ya da diğer koşullar gerçekleşmediği için istemin reddedilmesi halinde, eşler için yeni bir dava ile MK m. 166 hükmü doğrultusunda boşanma yoluna başvurma olanağının var olduğu kuşkusuzdur. İşte eşlerin boşanabilmeleri için, başlamış bir süreç ve bu süreç içerisinde de çekişmeli yargıya geçme olanağı varken ayrıca bir dava açılmasını istemek ve böylece eşlere süre kaybettirmek o ana kadar yapılanların boşa gitmesi yerine aynı süreç içerisinde sorunun çözümü yoluna gitmek hem eşlerin ve kanun koyucunun amacı ve hem de usul ekonomisi açısından yerindedir”³⁷².

Oğuzman/Dural ise, bir yıllık sürenin henüz dolmadığının anlaşılması halinde davanın usulden reddedilmesi gerekeceğini savunmuştur³⁷³.

Dava bir yıllılık süre dolmadan açılmış ve bu eksiklik daha sonraki aşamalarda

³⁷⁰ Karar için bkz. YD., S. 133, Ocak 2007, s. 103.

³⁷¹ 2. HD., 10.12.1997, E. 1997/12360, K. 1997/13465 (GENÇCAN, s. 358). TUTUMLU, s. 361.

³⁷² ÖZDEMİR, s. 120.

³⁷³ OĞUZMAN/DURAL, s. 128.

fark edilmiş, ancak bu süreçte bir yıllık süre dolmuşsa dava süre bakımından reddedilemez. Bu durum, bir yıllık sürenin dava şartı olma niteliğinin bir sonucudur. Zira dava şartı kamu düzeninden olup dava şartlarından birinin yokluğu halinde esasa girmeden hâkimin dava şartı yokluğu nedeniyle davayı reddetmesi gerekir. Hâkimin dava şartlarının oluşup oluşmadığını tarafların ileri sürmesine gerek olmaksızın kendiliğinden dikkate alması gerekir. Bu durum kamu düzeninden olup hâkimin bu yönde araştırma yapma yükümlülüğü vardır. Davanın açılma anında bulunmayan herhangi bir dava şartı fark edilmez, ancak hüküm verme anında eksiklik dikkat çekerse esasa girildiğinden bahisle davanın kabulüne karar verilmesi mümkün değildir. Davanın açılma anında bulunmayıp daha sonra tamamlanan bir dava şartı, daha sonra yerine gelirse davanın açıldığı anda dava şartı oluşmadığından bahisle dava reddedilemez³⁷⁴.

Öğretide anlaşmalı boşanmanın ön koşulu olarak öngörülen bir yıllık sürenin yerinde olup olmadığı tartışılmıştır. Çoğunluk görüşü, öngörülen bir yıllık sürenin, eşlerin birbirlerini tanımalarına fırsat vereceğinden, böylece basit kırgınlıkların ve fevri davranışların evlilik birliğinin başlamadan sona ermesine sebebiyet vermesinin önüne geçilmiş olunacağından yerinde bir düzenleme olduğunu savunmuştur³⁷⁵.

Aksi görüşü savunanlar ise, özellikle de bir yıldan sonra da, eşler arasında basit kırgınlıkların ve fevri davranışların ortaya çıkması mümkün olabileceği gerekçesiyle anlaşmalı boşanmanın süreye bağlı tutulmamasının gerektiğini savunmuşlardır³⁷⁶.

Bizce çoğunluğun görüşü yerindedir. Zira her ne kadar bir yıllık süre eşlerin birbirlerini tanımalarının sağlanması ya da fevri davranışlarla evliliğin sona ermesinin önlenmesi bakımından tam bir yeterlilik ortaya koymasa da, kısmen de olsa anılan amaçların sağlanması bakımından yerinde bir düzenlemedir. Bir yıllık sürenin tamamen

³⁷⁴ **KURU, Baki / ARSLAN, Ramazan / YILMAZ, Ejder**, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Ankara 2001, s. 318–320.

³⁷⁵ "...böyle bir sürenin konulması evlenen eşlerin hiç değilse bir yıl kadar oldukça kısa olsa bile belli bir süre birlikte yaşayarak birbirlerini tanımaları için şarttır. Aksi halde bu yolla bir haftalık ya da birkaç yıllık evliliklere son verme imkânı vermek olurdu ki bunu da "yaşam boyu devamı arzulanen" evlilik kurumunun kutsallığı ile asla bağdaşmayacağı açıktır" (**AKINTÜRK**, s. 262). **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 119; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 128; **KÖPRÜLÜ/KANETTİ**, s. 175; **TUTUMLU**, s. 1037. Diğer yandan İsviçre Medeni Yasasında anlaşmalı boşanma için hiç süre öngörülmemişken, Alman hukukunda bu sürenin bir yıl, Fransız hukukunda ise altı ay olarak öngörüldüğünü görmekteyiz (**ÖZDEMİR**, s. 122).

³⁷⁶ **ÖZDEMİR**, s. 123.

kaldırılması bir yana, iki yıla, hatta üç yıla çıkarılması daha yerinde olacaktır. Nitekim Anadolu’da eşler, evliliğin ilk yıllarında henüz birbirlerini tanımadan anne ve babaların ya da diğer yakın tanıdıkların etkisiyle basit meselelerle boşanabilmektedirler.

Eşlerin bir yıllık süre boyunca fiili olarak birlikte yaşamış olmaları şart değildir. Evliliğin kurulmasından itibaren bir yıllık sürenin geçmiş olması yeterlidir³⁷⁷. Bu anlamda taraflar bir yıllık süre içerisinde hiç bir araya gelmeseler dahi, bu durumun sonuca olumsuz bir etkisi olmaz.

Öğretide bir kısım yazarlarca, bir yıllık sürenin amacının sağlanması bakımından, evliliğin kurulmasından itibaren salt bir yılın dolması yerine, evliliğin kurulmasından itibaren eşler bakımından bir yıl birlikte aynı çatı altında yaşama zorunluluğu öngörülmesinin daha isabetli olacağı savunulmuştur³⁷⁸.

Bizce eşler arasında evlilik birliğinin temelinden sarsıldığıнын kabulü için eşlerin birlikte aynı çatı altında yaşamış olmaları gerekmez. Zira bu durum hükmün konuluş amacına da uygundur. Nitekim uygulamada eşler bir araya gelmeden de evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını görmekteyiz. Yargıtay uygulamasına göre de evlilik akdinin kurulmasından itibaren eşler hiç bir araya gelmemiş olsalar dahi, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanma davası açılabilir.

Bir yıllık sürenin hesaplanmasında evlilik akdinin kurulduğu tarihle dava tarihi arasındaki süre göz önünde bulundurulur. Bu durum karşısında evlilik akdinin ne zaman kurulmuş sayılacağı önem arz eder. MK m. 142’ye göre; “Evlendirme memuru, evleneceklerden her birine birbiriyle evlenmek isteyip istemediklerini sorar. Evlenme, tarafların olumlu sözlü cevaplarını verdikleri anda oluşur. Memur, evlenmenin tarafların karşılıklı rızası ile kanuna uygun olarak yapılmış olduğunu açıklar”. Ortaya konulan bu kanun maddesi dikkate alındığında, evlilik akdi tarafların evlendirme memurunun huzurunda karşılıklı olarak evlenmeyi kabul ettikleri anda kurulmuş sayılır³⁷⁹. Evliliğin kurulması anı bakımından evlendirme memurunun taraf beyanlarını tasdik etmiş olması

³⁷⁷ ÖZTAN, Makale, s. 130; ÖZDEMİR, s. 122; ÖZTAN, Aile, s. 416.

³⁷⁸ OĞUZMAN /DURAL, s. 128; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 120. Ancak maddenin gerekçesinde eşlerin birlikte yaşamış olmalarının gerekliliği öngörülmüştür.

³⁷⁹ YİBK., 14.6.1965, E. 1965/3, K. 1965/3 (AKİP YAZILIM İÇTİHAT BİLGİ BANKASI. <http://www.akip.com.tr>, 01.01.2007). AKINTÜRK, s. 262.

gerekli değildir.

Bir yıllık sürenin dolmasının, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi bakımından, ön koşul olması ve davanın açıldığı anda bir yıllık sürenin henüz dolmamış olması durumunda hâkimin davayı reddetmesi gerekeceğine ilişkin durum dikkate alındığında, bir yıllık sürenin Medeni Usul Hukuku anlamında dava şartı olduğu sonucuna ulaşmamız mümkündür³⁸⁰.

Buna bağlı olarak hâkim bir yıllık sürenin dolmadığını tespit etmesi halinde davayı dava şartı yokluğu nedeniyle usulden reddetmelidir. Bu durumda, dava usulden reddedildiğine göre, verilen hüküm, kesin hüküm niteliğinde olmadığından bir yıllık sürenin dolması halinde yeniden dava açılabilir.

Ancak davanın açılma anında bir yıllık süre dolmamış olsa bile, karar verme anında süre şartının yerine gelmiş olması halinde, anlaşmalı boşanmaya ilişkin diğer şartların da yerine gelmiş olması halinde davanın kabulüne karar verilmelidir. Zira dava şartının davanın açılma zamanında yerine gelmesi şart olmayıp, yargılama sürecinde eksikliğin giderilmesi halinde de dava şartına ilişkin eksikliğin giderildiği kabul edilmelidir³⁸¹.

II. Eşlerin Birlikte Başvurması

Eşler anlaşmalı boşanma yönünde birlikte başvuruda bulunmalıdırlar. Maddenin lafzından bu durum açık bir biçimde anlaşılmaktadır. Bu anlamda söz konusu başvuru tek dilekçe yanında, ortak dilekçeyle de mümkündür³⁸². Hatta ortak başvuru tarafların

³⁸⁰ ÖZDEMİR, s. 124; TUTUMLU, s. 1037.

³⁸¹ AKCAN, Recep, Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 106. O halde dava şartlarına ilişkin eksik bir durumun var olup olmadığı bakımından esas olan kararın verildiği andır. Kararın verildiği anda bir yıllık sürenin dolmuş olması halinde davanın açıldığı zamanda bir yıllık süre dolmamış bile, olsa eksiklik nedeniyle dava reddedilemez.

³⁸² 2. HD., 9.4.2002, E. 2002/4194, K. 2002/4994, "...karı-koca boşanmaya ilişkin dilekçelerini birlikte kaleme almışlardır. Harçlar Yasasının bir sayılı tarifesi uyarınca da tek bir başvurma harcı yatırılmıştır. Koca tarafından ikinci bir başvurma harcının yatırılmamış olması onun davasının bulunmadığı anlamını taşımaz. Dava kadının ve kocanın boşanma isteklerini içermektedir. Koca hüküm kesinleşmeden 12.3.2002 tarihli dilekçesi ile kendi davasından feragat etmiştir. Feragat tek

vekilleri ya da temsilcileri aracılığıyla dahi mümkündür. Nitekim buna ilişkin engelleyici bir hüküm bulunmamaktadır. Ayrıca tarafların aynı dilekçeyle başvurmaları halinde, davacı ve davalı sıfatının aynı dilekçede birleşmesi hususu anlaşmalı boşanmanın çift taraflı yargı niteliği dikkate alındığında, hukuki bir sakınca doğurmaz³⁸³.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin dilekçenin başlangıçta sadece eşlerden birinin imzasını taşımasında bir sakınca yoktur. Zira önemli olan durum yargılama sürecinde hâkimin eşleri bizzat dinlemesidir. Bu durumda yargılama safhasında diğer eşin dava sürecine katılması mümkündür³⁸⁴.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında tam ehliyetsizlerin menfaatinin gerektirdiği durumlarda kanuni temsilcisinin tam ehliyetsiz yerine dava açabilmesine karşın, anlaşmalı boşanmada aynı imkân söz konusu değildir. Zira anlaşmalı boşanmada önemli olan olgu, eşlerin hâkim tarafından bizzat dinlenmesidir. Bu durum dikkate alındığında ise, tam ehliyetsiz eş yerine kanuni temsilci dinlenemez³⁸⁵.

Açılmış olan bir boşanma davasının davalı eş tarafından kabulü halinde de anlaşmalı boşanma mümkündür. Ancak herhangi bir nedene dayalı olarak açılan boşanma davasında bu durumun mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır.

Yargıtay ve öğretide bir kısım yazarlara göre, söz konusu imkân ancak evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açılmış olan davalarda mümkündür³⁸⁶. Ancak özel boşanma sebeplerine dayalı olarak açılan davalarda

yanlı bir hukuki işlem olup, karşı tarafın kabulüne bağlı bulunmamaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında kocanın kendi davasının feragat sebebiyle reddine karar vermek üzere hükmün bozulması gerekmiştir” (YAYINLANMAMIŞTIR). **ÖZDEMİR**, s. 126–127. Bu durum yürürlükteki hukuk bakımından orijinal bir uygulamadır. Nitekim İsviçre Medeni Kanunu’nda bu imkân yapılan son değişiklikle düzenleme altına alınmıştır (**HELVACI**, s. 1168).

³⁸³ **ÖZDEMİR**, s. 129. Ancak hemen belirtelim ki yazara göre anlaşmalı boşanma davaları çekişmesiz yargı niteliğindedir.

³⁸⁴ **ÖZDEMİR**, s. 129.

³⁸⁵ **ÖZDEMİR**, s. 137. Tam ehliyetli kişilerin, boşanma davasını açabileceğinde kuşku yoktur. Tam ehliyetsiz kişiler ise, kendi başlarına boşanma davası açamazlar. Kural olarak bu kişiler adına, kanuni temsilcileri de, dava açamaz. İstisnai olarak, kişisel menfaat koşulunun oluşması halinde, kanuni temsilcinin bu kişiler adına dava açması mümkündür. Sınırlı ehliyetsizler ise evlenme, nişanlanma işlemlerini kanuni temsilcilerinin izniyle gerçekleştirebilmelerine karşın, evlenme kişiyi reşit kılacağından, boşanma davasını, kanuni temsilcilerinden izin almaksızın da açabilirler (**AYAN**, Giriş, s. 78–83). Aynı yönde bkz., **HATEMİ**, s. 101.

verilecek ıslah dilekçesiyle davanın anlaşmalı boşanma davasına dönüştürülmesi mümkündür³⁸⁷.

Bir fikre göre, bu imkân zina dâhil herhangi bir sebebe dayalı olarak açılmış boşanma davalarında mümkün olabilecektir³⁸⁸.

Bir başka fikre göre ise, akıl hastalığına dayalı olarak açılan davalar dışındaki diğer davalarda bu imkân bulunmalıdır. Zira akıl hastası olan eşin kabul iradesine değer verilmesi mümkün olmayacağı gibi, anlaşmalı boşanmanın niteliği gereği kanuni temsilcinin akıl hastası yerine beyanda bulunması imkânı da yoktur³⁸⁹.

Bizce anlaşmalı boşanma davalarında kanun koyucu eşlerin iradesine üstünlük tanıdığına göre, akıl hastalığı dışındaki nedenlere dayalı olarak açılan bütün boşanma davalarında bu imkân bulunmalıdır. Nitekim bu düşünce usul ekonomisi ve devamında fertler ve toplum bakımından bir fayda kalmamış olan evlilik birlikteliğinin kolay ve hızlı bir şekilde sona ermesinin sağlanması amacına da uygundur. Akıl hastalığında ise, tarafların bizzat dinlenmesi gerektiğine ilişkin koşul yerine gelmeyeceğinden burada aynı imkân söz konusu olamaz.

Devam eden bir davada kabul beyanın davanın hangi aşamasına kadar mümkün olabileceği öğretide tartışmalıdır. Baskın görüş, kabul beyanının, hâkimin kısa kararını tefhim etmesine, başka bir anlatımla hâkimin dosyadan elini çekmesine kadar mümkün olabileceğini savunmuştur³⁹⁰.

Azınlıkta kalan fikir ise, kabul beyanı genel usul kuralına tabi olduğundan hükmün kesinleşmesi anına kadar kabulün mümkün olabileceğini savunmuştur³⁹¹.

Bizce kabul imkânının kararın kesinleşmesine kadar mümkün olabileceğine

³⁸⁶ 2. HD., 11.5.1992, E. 1992/5157, K. 1992/5357; GENÇCAN, s. 360; ÖZTAN, Makale, s. 128; HATEMİ/ SEROZAN, s. 260; YALÇINKAYA/ KALELİ, s. 2060.

³⁸⁷ 2.HD., 11.1.1995, E. 1995/13182 K. 1995/152 (GENÇCAN, s. 360).

³⁸⁸ OĞUZMAN/DURAL, s. 129; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 120; TUTUMLU, s. 1036; HATEMİ, s. 111.

³⁸⁹ ÖZDEMİR, s. 139.

³⁹⁰ Zira hâkimin nihai hükmünden sonra ortaya çıkacak kabul beyanının hukuki bir sonuç doğurması mümkün değildir (ÖZTAN, Makale, s. 129). YALÇINKAYA / KALELİ, s. 2060.

³⁹¹ ÖZDEMİR, s. 141.

ilişkin görüşün uygulanabilirliği güçtür. Şöyle ki, bu görüşün kabulü, kısa karardan sonra dosyanın tekrar ele alınmasını gerektirir. Söz konusu gereklilik anlaşmalı boşanmalarda hâkimin tarafları bizzat dinlemesinin zorunluluğuna ilişkin ilkenin bir sonucu olarak ortaya çıkar. Hâkimin nihai hükümle birlikte dosyadan elini çekmesinin gerekeceğine ilişkin usul kuralı göz önünde bulundurulduğunda bu düşüncenin pratik sonuçlar doğurmayacağı açıktır. Nitekim bu durumun, hâkimin nihai hükümle birlikte dosyadan elini çekmesinin gerekliliği karşısında, nihai hükümle birlikte esası kapatılan dosyanın ne şekilde tekrar işleme konulacağını da sorun olarak ortaya çıkaracağı bir gerçektir. Diğer yandan da kabul imkânının, davanın ilk aşamasında yapılması yönündeki düşünceye de usul ekonomisi dikkate alındığında değer verme olanağı yoktur. Zira kabul beyanının yargılamanın her aşamasında ortaya çıkması usul hukuku kapsamında mümkündür.

Kabul beyanının ne şekilde yapılacağına ilişkin olarak boşanma yargılamasını düzenleyen MK m. 184 hükmü kapsamında bir açıklık bulunmamaktadır. Buna ilişkin olarak kanun koyucu özel bir düzenleme yapmadığına göre, burada HUMK hükümlerinin uygulanması gerekir³⁹².

Buna göre, kabul mahkeme içi ya da mahkeme dışı yollarla mümkündür. Kabul beyanından kural olarak dönülemez. Kabulün mahkeme dışında olması halinde bu beyandan ancak yargılama aşamasında dönülebilir³⁹³. Zira mahkemenin tarafların iradelerini serbestçe ortaya koyduklarına kanaat getirmesi gerekir. Ancak kabul, hata hile tehdit gibi iradeyi sakatlayan durumlar altında yapılmışsa, kabul iradesi ancak kararın şekli anlamda kesinleşmesine kadar ortaya konulabilir. Bu durumda hâkimin meseleyi hadise niteliğinde kabul ederek sonuçlandırması gerekir.

Diğer yandan kabul beyanı açık olmalıdır. Zımni kabul şekli kabul edilmez. Zira hâkimin tarafların boşanmaya karar verdiğine mutlak olarak kanaat getirmesi gerekir. Hemen belirtelim ki, kabul beyanı bakımından mahkemede bir tereddüdün oluşması durumunda hâkimin taraflardan açıklayıcı bilgi alması gerekir.

Davanın kabulü halinde çekişmeli olarak başlayan yargılamanın, çekişmesiz

³⁹² ÖZDEMİR, s. 142–146.

³⁹³ HGK. , 6.5.1992, E. 1992/2–199, K. 1992/311 ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

yargılama faaliyetine dönüşeceğinde kuşku yoktur. Buna bağlı olarak kabulün ortaya çıktığı aşamaya kadar toplanan deliller kapsamında evlilik birliğinin temelinden sarsılmamış olduğu anlaşılabilir bile, anlaşmalı boşanmaya esas evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına karine olarak kabulü gerekir. Bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığından bahisle davanın reddi mümkün değildir. Hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığının tespitine ilişkin olarak takdir hakkı yoktur³⁹⁴.

Belirtelim ki, anlaşmalı boşanma davalarında feragat mümkündür. Bu açıdan eşlerden herhangi biri kararın kesinleşmesine kadar davadan feragat edebilir³⁹⁵.

III. Hâkimin Tarafları Bizzat Dinlemesi

Hâkim tarafları bizzat dinleyerek, boşanmaya karar vermede iradelerini serbestçe ortaya koyup koymadıklarını tespit edecektir. Hâkimin eşlerin birlikte başvurmaları ya da bir eşin açtığı davayı diğer eşin kabul etmesi halinde evlilik birliğinin sarsılıp sarsılmadığını araştırma yükümlülüğü ya da bu konuda takdir yetkisi yoktur. Buna karşın hâkimin, tarafların anlaşmalı boşanma konusundaki iradelerinin baskı altında ortaya konulup konulmadığını tespit etme yönünde araştırma yapma yetki ve yükümlülüğü bulunmaktadır³⁹⁶.

Bu anlamda hâkim, tarafların iradelerini, iradeyi fesada uğratan haller altında ortaya koyduklarına kanaat getirmişse, taraf beyanlarına değer veremez³⁹⁷. Hiç kuşkusuz ki hâkimin bu durumun tespiti bakımından gerekli gördüğü araştırmaları yapması mümkündür.

Hâkim tarafları bizzat dinlemeli³⁹⁸, taraf beyanlarının serbest irade ile ortaya

³⁹⁴ Zira bu yöne ilişkin olarak kanun koyucunun ifadesi kesindir (ÖZTAN, Boşanma, s. 1299).

³⁹⁵ ÖZTAN, Aile, s. 421.

³⁹⁶ ÖZDEMİR, s. 147; ÖZTAN, Aile, s. 416.

³⁹⁷ ÖZTAN, Aile, s. 418.

³⁹⁸ 2. HD., 5.11.1992, E. 1992/10221, K. 1992/10847, "...duruşmada davacı asilin beyanı alınmamıştır. Bu durumda anlaşma söz konusu olmayacağı gibi Medeni Kanunun 134/3. maddesi şartları

konulup konulmadığının tespiti açısından tarafların hareket ve davranışlarını titizlikle gözlemlemelidir. Ayrıca tarafların, duruşmada salt olarak davaya karşı bir diyeceklerinin olmadıkları şeklindeki beyanları yeterli değildir³⁹⁹. Bu açıdan hâkimin tarafların anlaşmalı boşanma konusundaki beyanlarını ayrıntılı olarak tespit etmesi gerekir.

Hâkimin tarafları bizzat dinlemesi gerekeceğine ilişkin ilke kamu düzenine ilişkin olup re'sen göz önünde bulundurulması gereken bir husustur. Nitekim buna ilişkin durum aynı zamanda dava şartıdır⁴⁰⁰. Gerek davanın vekil tarafından açıldığı durumlarda, gerekse de açılmış olan davanın davalı eş tarafından kabulü durumlarında hâkimin tarafları bizzat dinlemesine ilişkin kural geçerliliğini aynen korur⁴⁰¹. Hâkimin tarafları, taraf beyanlarının zapta geçirilmesi şartıyla celse açmadan da dinlemesi mümkündür⁴⁰². Eşlerden birinin davanın açıldığı yargı sahası dışındaki bir yerde oturması durumunda da taraflar bizzat davanın açıldığı mahkeme hâkimi tarafından dinlenmelidir. Nitekim bu hususta istinabe yoluyla alınan beyanlar kabul edilemez⁴⁰³. Aynı şekilde davalının mahkemeye hitaben herhangi bir yolla yazılı olarak göndermiş olduğu boşanmaya ilişkin kabul beyanı da geçerli değildir. Tarafların yerine vekilleri dinlenemez. Taraflar mutlaka bizzat hâkim tarafından dinlenmelidir. Bu yönde vekilin vekâletnamesinde yetkisinin olması bir etki doğurmaz⁴⁰⁴. Davacı ve davalının hazır

oluşmamıştır. Evlilik birliğinin temelinden sarsıldığını gösteren delil de olmadığından davanın reddine karar verilmesi gerekir ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). **AKINTÜRK**, s. 263. 2. HD., 15.2.1993, E. 1993/545, K. 1993/1334 (YKD. , 1993/7, s. 995). 2. HD., 21.3.2005, E. 2005/2419, K. 2005/4443, ” ...davacı asil anlaşmaya katılmamıştır. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi koşulları oluşmamıştır...” (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 7.4.2005, E. 2005/3734, K. 2005/5622, ”...taraflar hazır bulunup, bizzat anlaşıklarını açıklamaz veya hâkim, tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delilleri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Medeni Kanunun 184. maddesi çerçevesinde takdir gereirken, davalı dinlenilmeksizin davacının beyanı ile yetinilerek eksik inceleme ile boşanma hükmü kurulmuş olması usul ve yasaya aykırıdır” (YAYINLANMAMIŞTIR).

³⁹⁹ **TUTUMLU**, s. 1039.

⁴⁰⁰ 2. HD., 19.2.1990, E. 1990/10658, K. 1990/2000 (**GENÇCAN**, s. 362).

⁴⁰¹ **OĞUZMAN / DURAL**, s. 129; **AKINTÜRK**, s. 263; **TUTUMLU**, s. 1039. 2. HD., 13.2.1992, E. 1992/1456, K. 1992/1636 (İKD. , S. 386, s. 9300).

⁴⁰² **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 120; **OĞUZMAN / DURAL**, s. 129.

⁴⁰³ **GENÇCAN**, s. 362.

⁴⁰⁴ **GENÇCAN**, s. 362.

bulunduğu bir oturumda taraf vekilleri dinlense dahi sonuç değişmez⁴⁰⁵. O halde eşlerin bizzat davanın açıldığı mahkeme hâkimince dinlenmesi gerektiğine ilişkin kuralın emredici hüküm niteliğinde olduğunu söylemek mümkündür⁴⁰⁶. Nitekim 2. HD. , 6.12.2006, E. 2006/10409, K. 2006/17032 sayılı bir kararında, “... taraflar hazır bulunup bizzat anlaştıklarını açıklamaz veya hâkim tarafların anlaşmalarını uygun bulmaz ise, taraflardan delileri sorulup toplanması sonucunda evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının Türk Medeni Kanunun 184. maddesi çerçevesinde takdiri gerekirken, davacı asıl dinlenilmeksizin vekilin beyanı ile yetinilerek boşanmaya karar verilmesi doğru görülmemiştir...” demek suretiyle tarafların bizzat dinlenilmesinin dava şartı olduğuna değinmiştir⁴⁰⁷.

Hâkim gerekli gördüğü takdirde tarafları birlikte dinleyebileceği gibi herhangi bir eşin oturumdan çıkarılması yoluyla tek olarak da dinleyebilir⁴⁰⁸. Hatta hâkim tarafları tutanağa geçmek kaydıyla celse dışında dahi dinleyebilir⁴⁰⁹. Eşlerin dinlenme adedi bakımından sınırlayıcı bir hüküm bulunmadığından tarafların birden fazla dinlenmesi mümkündür⁴¹⁰. Zira anlaşmalı boşanmada önemli olan ölçüt hâkimin tarafların iradelerini serbest bir biçimde ortaya koyup koymadığını tespit etmesidir. Bu durumu sağlayabilecek tüm araştırma yollarının kullanılmasında bir sakınca yoktur.

Hâkim eşlerin iradelerini serbest ve samimi bir şekilde ortaya koyup koymadıklarını araştırmalıdır. Kuşkusuz eşlerden biri dul maaşı ya da yetim aylığı almak ya da eşini takip ya da hacizden kurtarma veya da eşinin yut dışına gitmesini kolaylaştırmak amacını taşıyorsa, boşanma noktasındaki iradenin samimi olduğundan bahsetmek mümkün değildir. Bu anlamda eşlerin boşanma kararında samimi olup olmamaları hususu, hukuki anlamda oldukça önemli bir durum olarak ortaya çıkar. O halde anlaşmalı boşanmada tarafların saikleri büyük önem taşır. Yargıtay’ca buna ilişkin

⁴⁰⁵ Zira esas olan olgu eşlerin iradelerinin serbestçe ortaya konulup konulmadığını denetlemektir. 2. HD., 12.11.1990, E. 1990/4932, K. 1990/10713 (GENÇCAN, s. 362).

⁴⁰⁶ ÖZDEMİR, s. 148; AKINTÜRK, s. 263.

⁴⁰⁷ Karara için bkz. LEGAL Hukuk Dergisi, Y. 5, S. 50, Şubat 2007, s. 522.

⁴⁰⁸ OĞUZMAN/DURAL, s. 129; ÖZTAN, Aile, s. 416; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 120.

⁴⁰⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 129; ÖZTAN, Aile, s. 416; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 120.

⁴¹⁰ ÖZDEMİR, s. 149.

olarak verilmiş olan kararlar arasında bir birlik bulunmayıp, son tarihli vermiş olduğu bir kararında saikin anlaşmalı boşanma davalarında önemli bir durum olduğunun altını çizmiştir. Hemen belirtelim ki bu karar bir üyenin muhalefetiyle oy çokluğuyla alınmış olup, bu hususta henüz istikrar kazanmış bir Yargıtay uygulaması olmadığı gibi ağırlık kazanmış öğreti düşüncesi de yoktur⁴¹¹.

Yargıtay 2. HD., konuya ilişkin olarak, 20.10.1993, E. 1993/8625, K. 1993/9559 sayılı bir kararında ise, "... tarafların hür iradelerini ortadan kaldıracak herhangi bir durum bulunmamaktadır. Mahkemece davanın reddine esas alınan davacının babasından dulluk maaşı almak düşüncesiyle davayı açmış olabileceği şeklinde ifade edilen konu saike ilişkin olup boşanma konusunda serbest iradeyi ortadan kaldırmaz. Söz konusu madde koşulları olduğundan boşanmaya karar verilmesi gerekirken yasa hükmünün yorumunda yanılığa düşülerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir" demek suretiyle anlaşmalı boşanmada saikin önemli olmadığına karar vermiştir⁴¹².

Öğretide bir kısım yazarlar, Yargıtay'ın yukarda ortaya konulan kararına uygun olarak, anlaşmalı boşanma davalarında saikin bir öneminin olmayacağını savunmuştur. Buna göre, hâkimin tarafların boşanmayı istemelerindeki gerçek niyetlerini başka bir anlatımla boşanma konusundaki amaçlarını araştırma yükümlülüğü ve yetkisi yoktur. Zira tarafların mahkemeye birlikte başvurmaları yâda bir eşin açtığı davanın diğer eş tarafından kabul edilmesi halinde evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu noktasında aksinin ispatlanması mümkün olmayan kesin bir karene oluşur. Hâkim yalnızca eşlerin boşanma konusundaki iradelerini serbest bir şekilde ortaya koyup koymadıklarının üzerinde durmalıdır⁴¹³.

Bizce, gerek Yargıtay'ın vermiş olduğu saikin önemli olmadığına ilişkin eski tarihli kararlarına, gerekse de öğretilerde savunulan görüşe katılmamız mümkün değildir. Zira anlaşmalı boşanma davalarında esas olan olgu, tarafların iradelerini serbest bir şekilde ortaya koymalarıdır. Bu hususun tespiti ise, kuşkusuz kamu düzenine ilişkin olup

⁴¹¹ 2. HD., 230.1.2006, E. 2006/21176, K. 2006/499; 2. HD., 17.1.1991, E. 1991/7288, K. 1991/9704 (GENÇCAN, s. 364-367).

⁴¹² GENÇCAN, s. 365.

⁴¹³ ÖZDEMİR, s. 151; TUTUMLU, s. 1050.

hâkimin buna ilişkin olayları kendiliğinden araştırması gereklidir. Bu düşüncemiz hâkimin tarafları bizzat dinlemesi gerekeceğine ilişkin yasa yorumuyla ve yeni tarihli Yargıtay uygulamalarıyla da örtüşür niteliktedir. Bu durumun aksini ortaya koyan düşünce tarzı kanuna karşı hile biçimine imkân tanıyacak niteliktedir. Eşlerin boşanma konusundaki gerçek amaçlarının dul maaşı almak ya da eşlerden birinin hacizden kurtulmasını sağlamak gibi meşru olmayan bir durum ortaya koyduğunun dosya kapsamına somut olarak yansımaları halinde hâkimin tarafların iradelerinin serbestçe ortaya konulmadığından bahisle davayı reddetmesi gerekir.

Burada önem taşıyan olgu, eşlerin boşanma yönündeki iradelerini serbest biçimde ortaya koymuş olmalarıdır. Hâkimin somut olayda tespit etmesi gereken durum, eşlerin boşanma iradelerini ortaya koyarken baskı altında olup olmadıklarıdır. Eşlerin bu anlamdaki iradelerini serbest bir biçimde ortaya koymalarının gerekeceği an, tarafların hâkimlikçe dinlendiği andır⁴¹⁴. Söz konusu zaman diliminden sonra taraf iradelerinin değişime uğraması hukuki anlamda bir sonuç doğurmaz.

Anlaşmalı boşanma davalarında tarafların bizzat dinlenilmesi ilkesi kamu düzenine ilişkin olduğundan, vesayet altındaki kişilerin yerine, vasinin dinlenilmesi yoluyla boşanmaya karar verilmesi mümkün değildir⁴¹⁵.

IV. Eşlerin Uzlaştıkları Şartların Hâkimce Yerinde Görülmesi

Eşler anlaştıkları hususları yazılı bir protokole dökebilecekleri gibi duruşma sürecinde zabta geçirilmek kaydıyla sözlü olarak da ortaya koyabilirler. Tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu üzerinde anlaşması ve hâkimin buna ilişkin protokolü uygun bulması gerekir. Mali sonuçlar ya da çocukların durumuna ilişkin hususlardan herhangi biri üzerinde tarafların anlaşamamaları ya da anlaştıkları hususların hâkimce yerinde görülmemesi halinde anlaşmalı boşanmaya karar verilemez⁴¹⁶.

⁴¹⁴ ÖZDEMİR, s. 151.

⁴¹⁵ 2. HD., 12.1.2005, E. 2005/16916, K. 2005/363 (GENÇCAN, s. 364).

Hâkimin boşanmanın mali sonuçlarıyla çocukların durumları bakımından taraflarca ortaya konulan protokolü yerinde bulmaması durumunda, anlaşma protokolü üzerinde tarafların ve özellikle de çocukların menfaatlerini dikkate alarak gerekli değişiklikleri yapabilmesi mümkündür⁴¹⁷. Ancak hâkimin uygun gördüğü değişiklikleri taraflara dayatması yerinde bir uygulama olmaz. Burada hâkim, protokol hükümlerini neden uygun görmediğini, ikna metoduyla taraflara izah etmelidir. Uygun görmediği hususlarda tarafların görüşünü ve beyanını almalıdır⁴¹⁸. Hâkim anlaşma protokolünü uygun görmediğinden bahisle değişiklikleri kendiliğinden gerçekleştiremez. Hâkim yapmayı düşündüğü değişiklikler bakımından tarafları bir anlamda anlaşmaya ve uzlaşmaya davet etmeli, daha açık bir ifadeyle tarafları iknaya çalışmalıdır. Tarafların hâkim tarafından yapılan değişiklikleri kabul etmesi durumunda, boşanma mümkün

⁴¹⁶ 2. HD., 1.3.2004, E. 2004/1717, K. 2004/2494, "...evlilik en az bir yıl sürmüşse, eşlerin birlikte başvurusu ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi halinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu halde boşanma kararı verilebilmesi için hâkimin, bizzat tarafları dinleyerek iradelerin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları, çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Bu halde tarafların ikrarlarının hâkimi bağlamayacağı (TMK. md. 184/3) hükmü uygulanmaz..." Taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi haller de tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp Türk Medeni Kanununun 166. maddesinin 1, 2. ve 4. fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır..." (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 3.10.2005, E. 2005/10592, K. 2005/13369, "...taraflar velayet konusunda anlaşamamışlardır. Taraflar tek bir konuda dahi anlaşamamışlar Türk Medeni Kanunun 166/3. maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez" (GENÇCAN, s. 369). 2. HD., 5.7.2004, E. 2004/7991, K. 2004/8842, "...koşula bağlı anlaşma sonuç doğurmaz. Taraflar nafaka konusunda anlaşamamışlardır. ..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

⁴¹⁷ 2. HD., 1.2.1993, E. 1993/1992/, K. 1993/664, " Medeni Kanunun 134/3. maddesi gereğince boşanmaya karar verilebilmesi için; diğer hususların yanında, hâkimin boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hâkim tarafların ve çocukların menfaatinin nazara alarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Davada; hâkimin denetim görevinin yerine getirmede ve madde şartlarının gerçekleşmediği anlaşılmakta ise de boşanma, temyize gelmediğinden bu yön bozma sebebi yapılmamıştır. Ancak, ana yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri, ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi ve inandırıcı deliller bulunmadığı ve hemen meydana gelecek tehlikelerin varlığı da ispat edilmediği halde, ana bakım şefkatine muhtaç Uğurun, babanın velayetine bırakılması Usul ve Kanun'a aykırıdır" (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004). AKINTÜRK, s. 264. 2. HD., 8.12.2004, E. 2004/13510, K. 2004/14673, "...hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişikliği yapabilirse de, bu değişikliğin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya ve değişik anlaşmaya uygun karar vermesi gerekir. Bu yön gözetilmeden tazminat ve nafakalar yönünden değişiklik düşüncesi taraflara sorulmadan, kabul beyanları alınmadan hüküm kurulması bozmayı gerektirmiştir" (YAYINLANMAMIŞTIR).

⁴¹⁸ 2. HD., 29.6.2004, E. 2004/7777, K. 2004/8632, "...davalı temyizine gelince; hâkim tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişikliği yapabilir. Bu değişikliklerin taraflarca da kabulü halinde boşanmaya hükmolunur. Mahkemece protokolde yapılan değişiklik konusunda taraf görüşleri alınmadan davaya devamla yazılı şekilde boşanma hükmü kurulması kanuna aykırı olduğundan hükmün bozulması gerekmiştir" (YAYINLANMAMIŞTIR).

olabilecek, aksi halde boşanma mümkün olmayacaktır⁴¹⁹. Zira boşanmanın mali sonuçlarıyla çocukların durumu kamu düzeninden olduğundan, bu şartın yerine gelmemesi halinde talep kabul edilemez⁴²⁰. Ancak bu durumda Yargıtay’a göre dava reddedilmemeli, usul ekonomisi dikkate alınarak davaya evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak devam edilmelidir⁴²¹.

Yargıtay 2. HD. , 2.11.1989, E. 1989/6979, K. 1989/8890 sayılı bir kararında; “...boşanma kararına ulaşmış eşlerin içinde bulundukları ruhsal durum ve duygusal ortam gerek kendileri gerekse müşterek çocuklarla ilgili her zaman sağlıklı bir karar vermelerini engellemektedir. Bazen de boşanmayı çok arzu eden eşin bu sonuca ulaşmak için ileride kendini büyük mağduriyetlere düşürebilecek koşulları gereğince ve yeterince düşünmeden ve özellikle menfaatlerini dikkate almadan her şeyden vazgeçebilecekleri dikkatten uzak tutulamaz. Diğer taraftan ender olaylarda olsa bile, eşlerden biri diğer eşin ya da onun yakınlarının cebir hile ve tehditleriyle boşanmanın fer’i sonuçlarıyla ilgili olarak önemli ölçüde feragat gösterebilir. Hatta davacı eş dahi bir an önce boşanmayı sağlayabilmek ve bu yükten kurutulmak için kendi geleceğini tehlikeye atabilir. Örneğin bütün malvarlığını davalıya bırakmaya razı olabilir. İşte bütün bu ve benzeri hallerde boşanmanın eşlerden biri ya da çocuklarla ilgili olarak adaletsiz haksız ve çok ciddi sakıncalar doğurmaması için kanun koyucu tarafların boşanmanın mali sonuçları ve çocukların durumu hakkında hâkimin açık müdahalesini zorunlu kılmıştır. O kadar ki taraflar hâkimin değişiklik önerilerini benimsememeleri halinde anlaşmaya rağmen davanın reddi, anılan 134. maddede hükme bağlanmıştır. Çünkü söz konusu kanun hükmünün dayandığı temel ilke rızaya dayalı boşanmada hâkimin gerekli müdahaleyi yapması ve taraf yararları ile çocukların korunması açısından adil mantıklı ve hakkaniyete uygun mali koşulları belirleyerek kalıcı bir

⁴¹⁹ OĞUZMAN/DURAL, s. 129; HELVACI, s. 1167; ÖZTAN, Aile, s. 417; AKINTÜRK, s. 264.

⁴²⁰ ÖZDEMİR, s. 154155; ÖZTAN, Aile, s. 417; AKINTÜRK, s. 264.

⁴²¹ ÖZTAN, Aile, s. 418. 2. HD., 9.2.1994, E. 1994/803, K. 1994/1356, “...taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi, Medeni Kanun’un 134/3. maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi haller de tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp Medeni Kanunun 134. maddesinin 1, 2 ve 4, fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. Hâkim gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça boşanmaya karar veremez. İki tarafın boşanma ve olaylarla ilgili ikrarları da hâkimi bağlamaz...” (http:// www. kazanci. com.tr, 01.01.2004). 2. HD., 9.2.1994, E. 1994/803, K. 1994/1356 (İKD. , S. 409, s. 10786). 2. HD., 17.2.2004, E. 2004/886, K. 2004/174 (GENÇCAN, s. 358).

dengeyi gerçekleştirmesidir...” demek suretiyle protokol hükümleri bakımından hâkimin denetim ve gerekli değişiklikleri yapmasının yerinde olduğuna değinmiştir⁴²².

Anlaşma protokolünün uygun bulunması halinde protokole ilişkin hükümler hüküm fıkrasına aynen geçirilmelidir⁴²³. Diğer yandan protokol hükümleri üzerinde hâkim tarafından bir değişiklik yapılmamış ya da değişiklik yapıp da yapılan değişiklikler noktasında tarafların görüşü alınmamışsa hâkimin protokol hükümlerini uygun bulduğunun kabulü gerekir⁴²⁴.

Hiç kuşkusuz ki hâkim boşanmanın mali sonuçlarıyla çocukların durumunun yerinde olup olmadığının tespiti bakımından, çocuk sağlığı ve psikolojisinden anlayan uzman kişilerden faydalanabilir⁴²⁵.

Tarafların anlaşmalı boşanmaya ilişkin yapmış oldukları protokol hükümleri, hâkim onayına kadar hüküm doğurmaz. Ortaya çıkan protokole ancak hâkim onayından sonra değer verilebilir. Hâkim onayına kadar protokol hükümleri askıda hükümsüzdür⁴²⁶. Protokole ilişkin olarak ortaya çıkan hükümlerin hâkim onayına kadar tarafları bağlaması mümkün değildir⁴²⁷. Söz konusu bağlayıcılık ancak hâkimin

⁴²² YAYINLANMAMIŞTIR.

⁴²³ 2. HD., 28.1.2002, E. 2002/419, K. 2002/714 ([http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) ,01.01.2004). **AKINTÜRK**, s. 264. 2. HD., 6.5.2004, E. 2004/4891, K. 2004/5908, ” ...hükümün infazda tereddüt yaratmayacak şekilde kurulması zorunludur. Dava, Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayanan boşanma davasıdır. Taraflar karşılıklı olarak bir kısım edinimler karşılığında boşanma hususunda anlaşmışlardır. Bu edimlerin infaz edilebilmesi için hükümde gösterilmeleri zorunludur. Anlaşmaya konu 482 Ada 1 parselde davalı adına olan 20 n. bağımsız bölüm hakkında, tarafların anlaşmalarına uygun şekilde hükümde yer verilmemesi usul ve yasaya aykırıdır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

⁴²⁴ 2. HD., 16.3.2004, E. 2004/5968, K. 2004/9035, “...yasa, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, öteki koşulların yanında “... boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi hakimın uygun bulması” şartını da aramıştır. Taraflar duruşma tutanağına geçen beyanlarında protokol düzenlediklerini ifade ettiklerine göre, taraflarca düzenlenen bu protokol görülmeden ve dosyaya alınmadan, içeriğinde hangi hususların bulunduğu saptanmadan, protokolün tasdikine karar verildiğinden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir” (YAYINLANMAMIŞTIR).

⁴²⁵ **BAKTİR**, s. 119. Uygulamada büyük adliyeler dışındaki adliyelerde uzman görevlendirmesi yapılmamış olduğunu görmekteyiz. Ancak bu durumlarda aile mahkemesi hâkimleri hastane başhekimlikleri bünyesindeki psikiyatristlerden, Sağlık ve Sosyal Esirgeme Kurumları’nda görevli uzmanlardan, bu olmadığı takdirde özel kurumlarda görev yapan bu konudaki uzmanlardan faydalanabilecektir. Hatta hâkim gereken uzman ücretinin taraflarca yatırılmaması halinde ilerde davalıya yüklemek üzere suçüstü ödeneğinden dahi karşılayabilecektir.

⁴²⁶ **ÖZDEMİR**, s. 155.

protokol hükümlerini uygun bulmasından sonra gerçekleşebilir. Aksi düşünce anlaşmalı boşanmaya ilişkin protokol hükümlerinin hâkim tarafından uygun bulunması şartına aykırılık teşkil eder.

Hâkimin taraflarca ortaya konulan protokol hükümlerini uygun bulması aşamasına kadar, taraflar söz konusu hükümlerle bağlı olmayacaklarına göre, bu aşamaya kadar protokol hükümleri üzerinde gerekli değişiklikleri yapabilirler. Ayrıca taraflar, protokol hükümlerine uyma bakımından karşılıklı olarak hak iddia edemeyecekleri gibi, borç altına dahi girmezler⁴²⁸.

Belirtelim ki, davacı davasından genel yargılamalarda olduğu gibi hâkim onayına rağmen boşanma kararının kesinleşmesine kadar feragat edebilir⁴²⁹.

Diğer yandan da anlaşmalı boşanmaya ilişkin beyanların bir değer ifade etmesi, duruşma zaptına geçirilen beyanların taraflara okunmasına ve tarafların imzalarıyla tevsik edilmiş olmasına bağlıdır. Buna bağlı olarak imzasız beyanlar hükme esas alınamaz⁴³⁰.

Hâkim onayının zorunlu olduğu konuların boşanmaya ilişkin mali sonuçlarla çocukların durumları olduğunu belirtmiştik. Sayılan bu iki hal tahdidi olmayıp tarafların bu iki durum dışında da belli konuları protokol mahiyetine taşımaları mümkündür⁴³¹. Örneğin, taraflar aile konutunun kime kalacağı noktasında bir belirleme yapabilirler⁴³².

Mali sonuçların içeriğine öncelikle maddi, manevi tazminat ve yoksulluk nafakası girer⁴³³. Bu kalemlerden herhangi birisi üzerinde tarafların anlaşamamaları

⁴²⁷ **ÖZTAN**, Aile, s. 418.

⁴²⁸ **ÖZDEMİR**, s. 158.

⁴²⁹ 2. HD., 11.11.1992, E. 1992/10825, K. 1992/11091 (**UYAR**, Makale, s. 1258).

⁴³⁰ 2. HD., 14.12.1998, E. 1998/12095, K. 1998/13582, “Anlaşmalı boşanmalarda tarafların tutanağa geçen, ancak imzalatılmamış beyanları bağlayıcı olmaz” ([http:// www. kazanci. com. tr](http://www.kazanci.com.tr) ,01.01.2004).

⁴³¹ **ÖZDEMİR**, s. 158; **CEYLAN**, s. 26.

⁴³² Hatta hâkimin aile konutu bakımından yapılacak belirlemeyi kendiliğinden yapması ve böylece mali bakımdan durumu kötü olan eşin pozisyonunu re’sen belirlemesi gerekir (**ÖZTAN**, Aile, s. 420).

⁴³³ **ÖZDEMİR**, s. 158; **TUTUMLU**, s. 1042. 2. HD., 3.5.2004, E. 2004/4887, K. 2004/5706, ”...davacı koca 13.11.2003 günlü oturumda manevi tazminat isteğini kabul etmediğini beyan etmiştir. Bu nedenle Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesine dayalı “ anlaşmalı boşanma ” koşulları oluşmamıştır...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

halinde boşanmaya karar verilemez. Önemle belirtelim ki tarafların salt olarak “nafaka istemiyorum” şeklindeki beyanlarını anlaşmalı boşanma bakımından yeterli görmek mümkün değildir. Bu nedenle taraflara bu duruma ilişkin beyanları açıklattırılmalı, ortaya çıkan beyanların tedbir ve yoksulluk nafakasını içerip içermediği tespit edilmelidir. Zira tarafların nafaka hususunda anlaşmalarının kabul edilebilmesi, hem tedbir hem de yoksulluk nafakası bakımından uzlaşmış olmalarına bağlıdır⁴³⁴.

Yargıtay mali hükümler kapsamına, maddi manevi tazminat ve nafakanın yanında eşyaları da eklemiş, eşyalar bakımından doğacak bir ihtilafın anlaşmalı boşanmaya engel bir durum olarak ortaya çıkacağına karar vermiştir⁴³⁵. Yargıtay’ın bu görüşü ev eşyalarına ilişkin hususlar boşanmanın eki niteliğinde sayılmadığından eleştirilmiştir⁴³⁶.

Bizce yukarda sayılan kalemler dışındaki ziynet eşyaları, evlilik birliğine ilişkin malların tasfiye biçimi, yargılama masrafları⁴³⁷ gibi talepler boşanmanın eki niteliğinde olmadığından söz konusu kalemleri mali sonuçlardan saymak mümkün değildir. Ancak taraflarca maddi ve manevi tazminat ile yoksulluk nafakası dışında kalan kalemler üzerinde bir kararlaştırma yapılması mümkündür. Bu anlamda tarafların yargılama masrafı, hatta boşanmadan sonraki dönem bakımından kadının kocasının soyadını kullanabileceğine ilişkin olarak anlaşma yapmaları mümkündür⁴³⁸.

Önemle belirtelim ki, tarafların maddi ve manevi tazminat, nafaka ya da eşyalar dışındaki talepler üzerinde anlaşma sağlayamamaları anlaşmalı boşanmaya engel

⁴³⁴ 2. HD., 2.3.2005, E. 2005/917, K. 2005/3139, “...26.05.2004 tarihli oturumda davalının kendisi hakkındaki nafaka istemi açıklattırılmamış, diğer deyimle yoksulluk nafakası isteyip istemediği sorulmamış, davalının nafaka istiyorum şeklindeki beyanı davacı tarafça kabul edilmiştir. 23.09.2004 tarihli oturuma davalı katılmamış, davacı taraf davalıya tedbir nafakası verilmesi şekli ile davanın anlaşma uyarınca kabulünü istemiş, buna göre hüküm kurulmuştur. Davalının bu konuda kabulü yoktur. Davada Türk Medeni Kanununun 166/3. maddesi koşulları gerçekleşmemiştir...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

⁴³⁵ 2. HD., 21.10.2004, E. 2004/10763, K. 2004/12274, “...eşyalarla ilgili protokol hükümleri yerine getirilmemiştir. Taraflar tek bir konuda anlaşamamış olsalar dahi, Türk Medeni Kanununun 166/3.maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez” (YAYINLANMAMIŞTIR).

⁴³⁶ GENÇCAN, s. 317.

⁴³⁷ 2. HD., 25.10.1995, E. 1995/9177, K. 1995/10963, “...Medeni Kanunun 134/3. maddesinde anlaşma şümulü yalnızca boşanma ve bunun doğuracağı mali konulara yönelik olup, yargılama giderleri bu kapsamda değildir” ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004).

⁴³⁸ CEYLAN, s. 26.

değildir. Bu durumlar bakımından uygun bulma şartı aranmaz. Hâkimin uygun bulması gereken konular, boşanmanın mali sonuçlarıyla, çocukların durumlarına ilişkin olan protokol hükümleridir.

Birebir kanuni hükümler sonucu ortaya çıkan durumlar bakımından tarafların protokole hüküm koymaları gerekmez. Örneğin, taraflar birbirlerine mirasçı olacaklarını kararlaştıramazlar⁴³⁹.

Çocukların durumuna ise, çocuğa verilmesi gereken tedbir ya da iştirak nafakasının miktarı ya da nafakanın verilip verilmeyeceği, velayetin kime verileceği ile velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuk arasında kişisel ilişkinin çerçevesinin nasıl olacağına ilişkin konular girer⁴⁴⁰. Sayılan bu hususlardan herhangi birisi üzerinde anlaşma sağlanamaması halinde boşanmaya karar verilemez⁴⁴¹.

Medeni Kanunumuzun m. 182 hükmüne göre; “mahkeme boşanma ya da ayrılığa karar verirken olanak buldukça ana ve babayı dinledikten ve çocuk vesayet altında ise vasinin ya da vesayet dairesinin düşüncesini aldıktan sonra ana ve babanın haklarını ve çocukla olan kişisel ilişkisini düzenler. Velayetin kullanılması kendisine verilmeyen eşin çocukla kişisel ilişkisinin düzenlenmesinde çocuğun özellikle sağlık eğitim ve ahlak bakımından yararları esas tutulur. Bu eş çocuğun bakım ve giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır”.

Anlaşmalı boşanmaya ilişkin davalarda hâkimin tarafların üzerinde anlaştıkları protokol hükümlerini evliliğe ilişkin mali sonuçlar ile çocukların durumları bakımından uygun görmesi gerekeceği, buna ilişkin anlaşma hükümlerini uygun bulmaması durumunda gerekli değişiklikleri yapabileceği, ancak bu değişikliklerin tarafların da her ikisi tarafından kabul edilmesi halinde boşanmanın sağlanabileceğini belirtmiştik. Medeni Kanunumuzun çocukların durumuna ilişkin ortaya koyduğu m. 182 hükmünden hâkimin çocukların durumları bakımından dikkat edeceği hususların açık bir biçimde

⁴³⁹ **TEKİNAY**, s. 288.

⁴⁴⁰ **ÖZTAN**, Aile, s. 420; **TUTUMLU**, s. 1042; **GENÇCAN**, s. 372.

⁴⁴¹ 2. HD., 15.3.2004, E. 2004/2389, K. 2004/3204 “...taraflar, velayeti kendisine verilmeyen çocuk ile anne arasında kurulacak şahsi ilişkinin süreleri hakkında anlaşılamamışlardır. Boşanmaya karar verilebilmesi için Türk Medeni Kanunun 166/3. madde koşulları gerçekleşmemiştir...” (YAYINLANMAMIŞTIR).

ortaya konulduğunu görmekteyiz.

Hâkim öncelikle çocukların yaşını, eğitim durumunu diğer çocuklarla, çevreyle beşeri ve sosyal ilişkilerini, ekonomik durumunu, anne ve babasıyla olan ilişkilerini değerlendirerek çocukların durumunu tayin etmeli ve bu yönde gereken değişiklikleri yapmalıdır. Bu bakımdan hâkimin çocuk psikiyatrisi ve sağlığından anlayan uzman kişilerden yararlanması dahi mümkündür.

Diğer yandan hâkimin yukarda ortaya koyduğumuz yönlerle ilişkin bir belirleme yapmasının kolaylaşması bakımından, Cumhuriyet Savcılığı kanalıyla zabıta araştırması yaptırması da mümkündür. Hâkimin velayetin kendisine verilmeyen tarafın çocuk bakımından ödemesi gereken katkı payını da, ayrıca gözden geçirmesi ya da belirlemesi gerekir. Ancak kendisine nafaka verilen eş bakımından hayatın olağan akışına uygun olarak katkı payına hükmedilemez.

Hâkimin velayetin kime verileceğini belirleme sürecinde temyiz kudretine sahip küçükleri dinlemesi gerekir. Nitekim uluslararası antlaşmalar⁴⁴² bu durumu amirdir. Uygulamada söz konusu yaş için tavsiye edilen sınır sekiz ya da dokuz yaşlarıdır.

Hâkimin mali sonuçlar ile çocukların durumunu hakkaniyete uygun bir biçimde değerlendirmesi açısından, tarafların üzerlerine kayıtlı tüm taşınır taşınmaz mal ve hakları çeşitli kurum ve kuruluşlardan re'sen araştırması gerekir⁴⁴³. Söz konusu araştırma protokol hükümlerinin uygulanabilirliğinin denetimi açısından büyük önem taşır⁴⁴⁴.

Hâkimin mali hükümlerin tarafların menfaatlerine uygunluğunu belirlemede önemle dikkat edeceği noktalar; buna ilişkin protokol mahiyetinin eşlerin menfaatlerini

⁴⁴² 14.9.1990 tarihinde imzalanan Çocuk Hakları Sözleşmesi 4058 sayılı kanunla onaylanması uygun bulunarak, 23.12.1994 tarih 9416423 sayılı kararla onaylanarak 27.01.1995 de yürürlüğe girmiştir (www.adalet.gov.tr, UYAP Mevzuat Sistemi)

⁴⁴³ 2. HD., 26.10.2001, E. 2001/13316, K. 2001/14753, "...Medeni Kanunun 134/3. maddesi gereğince boşanmaya karar verilebilmesi için anlaşmanın infazı mümkün olmalı ve sonradan ihtilafa neden olmaması gerekir. Anlaşmaya dâhil edilen kooperatif evinin davacıya ait olduğu ve devir yetkisi bulunduğu kayıt getirilip denetlenmediği gibi evdeki eşyaların da neler olduğu açıklanmamıştır. Bu hali ile protokol ihtilaf çıkaracak niteliktedir..." (GENÇCAN, s. 379). İPEKÇİ, s. 85. Öztan'a göre bu yöndeki Yargıtay uygulaması yerinde bir uygulamadır (ÖZTAN, Aile, s. 418-419).

⁴⁴⁴ 2. HD., 10.12.1992, E. 1992/9158, K. 1992/12519; HGK. , 9.3.1994, E. 1993/2-894, K. 1994/125, "...davacının davalıya vereceği A.Ş. ait otomobili devir yetkisinin varlığı, keza davalıya bırakılan taşınmazın devrinin mümkün olup olmadığı trafik kaydı, tapu kaydı ve diğer belgeler celp edilip araştırılmadan, eksik inceleme ile boşanmaya karar verilmesi isabetsizdir" (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004).

zedeleyebilecek niteliğinin olup olmadığı, ahlak ve iyiniyet kuralları ile hayatın olağan akışına uygun olup olmadığı, bu anlamda bir eşin malının tamamının ya da tamamına yakın kısmının diğer eşe verilir verilmediği, eşlerden biri için altından kalkamayacağı yükümlülükler içerip içermediği ya da buna ilişkin anlaşmanın hakkaniyet ilkelerini zedeleyip zedelediği ve olağan hayat koşullarına uygunluk sağlayıp sağlamadığı gibi konuları denetlemesinden geçer.

Hâkim uygun bulması durumunda, protokol hükümlerini aynen hüküm kısmına geçirmelidir⁴⁴⁵. Protokol kapsamında devri öngörülen gayrimenkullere ilişkin kayıtlar getirilmeli ve hüküm kısmında kayıtlara uygun olarak karar verilmelidir. Bu yönde verilecek hükmün tereddüt taşımayan ve her zaman infaz edilebilir nitelikte olması gerekir⁴⁴⁶. Zira anlaşmalı boşanmaya ilişkin hüküm, tespit hükmü olmadan öteye bir eda hükmü niteliğindedir⁴⁴⁷. Bu durumun sonucu olarak ise, protokole atıf yapılmak suretiyle ya da protokolün tasdiki biçiminde hüküm kurulamaz.

Tarafların protokol hükümleri kapsamında müşterek çocuklar bakımından iştirak nafakası kararlaştırmamaları ve protokolün böylece hâkimin onayından geçerek anlaşmalı boşanmaya ilişkin kararın kesinleşmesi durumunda, acaba daha sonradan ayrı bir davayla bu yönde bir talepte bulunulabileceği midir?

Çocuklara ilişkin konuların kamu düzenine ilişkin olması nedeniyle, bu bakımdan yapılacak anlaşma ya da feragat bağlayıcı değildir. Buna bağlı olarak da

⁴⁴⁵ Hüküm kısmında protokole atıf yapmanın mümkün olmayacağına ilişkin karar için bkz. 2. HD., 15.9.2005, E. 2005/9743, K. 2005/12151 (**KAÇAK**, içtihat, s. 4748); **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 121; **ÖZTAN**, Makale, s. 724.

⁴⁴⁶ 2. HD., 7.6.1993, E. 1993/4902, K. 1993/5439 (**UYAR**, Makale, s. 1252).

⁴⁴⁷ 2. HD., 11.2.2002, E. 2002/1350, K. 2002/1781 ([http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr) ,01.01.2004). **ÖZDEMİR**, s. 182. 2. HD., 2.3.1993, E. 1993/1811, K. 1993/2555 (**UYAR**, Makale, s. 1253). **GENÇCAN**, s. 381. 2. HD., 6.7.2004, E. 2004/5968, K. 2004/9035, "...yasa, anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için, öteki koşulların yanında "... boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi hakimün uygun bulması " şartını da aramıştır. Taraflar duruşma tutanağına geçen beyanlarında protokol düzenlediklerini ifade ettiklerine göre, taraflarca düzenlenen bu protokol görülmeden ve dosyaya alınmadan, içeriğinde hangi hususların bulunduğu saptanmadan, protokolün tasdikine karar verildiğinden bahisle yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiştir" (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 21.10.2004, E. 2004/10734, K. 2004/12314, " ...davacının açtığı boşanma davası sonucunda Medeni Kanunun 166/3. maddesi uyarınca boşanmaya karar verilmiştir. Eşler 12.12.2003 tarihli protokolü düzenleyip mahkemeye ibraz etmişlerdir. Mahkemece bu protokolün tamamı hüküm fıkrasına infazda karışıklık yaratmayacak şekilde geçirilmesi gerekir..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

sonradan çocuklarla ilgili hususlara ilişkin olarak dava açmak mümkündür⁴⁴⁸.

Anlaşmalı boşanma sebebi dışındaki boşanma sebeplerinin herhangi birisiyle son bularak kesinleşen boşanma davalarında dava sürecinde eşlerden biri maddi ve manevi tazminat ya da yoksulluk nafakasına ilişkin herhangi bir istemde bulunmamışlarsa, kararın kesinleşmesinden bir yıl içinde bu yöne ilişkin taleplerde bulunabilir. Gerçekten Medeni Kanunumuzun m. 178. de; “evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar” biçiminde bir düzenleme yapılmıştır.

Buna karşın anlaşmalı boşanmaya ilişkin ilam, mali konular üzerinde protokolde herhangi bir kararlaştırma yapılmaksızın kesinleşmişse, taraflardan birinin daha sonra tazminat ya da yoksulluk nafakası gibi konularda ayrı bir davayla talepte bulunabilmelerinin mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır.

Öğretide baskın görüş ve Yargıtay uygulamasına göre, boşanmanın mali sonuçları kamu düzenine ilişkin olduğundan ve anlaşmalı boşanmanın maddi şartlarını oluşturduğundan eşlerden biri ilamın kesinleşmesinden sonra bu konularda yeni bir dava açabilir⁴⁴⁹.

Aksi fikre göre ise, anlaşmalı boşanmaya ilişkin ilam taraflarca mali sonuçlar üzerinde herhangi bir kararlaştırma yapılmadan hâkim onayından geçerek kesinleşmişse, tarafların bu yöne ilişkin haklardan vazgeçmiş sayıldıklarının kabulü gerekir. Buna bağlı olarak artık mali hükümlere bağlı olarak ortaya çıkan kalemler bakımından herhangi bir talepte bulunulamaz. Ancak tarafların genel hükümler kapsamında söz konusu talepler bakımından dava açmalarında sakıncalı bir yön yoktur. Zira karar verilmesi gereken bir yönde ihmallik durumu oluşmuştur⁴⁵⁰.

⁴⁴⁸ **ÖZTAN**, Aile, s. 418. HGK., 1.12.1993, E. 1993/2–566, K. 1993/772 ([http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). **ÖZDEMİR**, s. 160.

⁴⁴⁹ **ÖZTAN**, Aile, s. 419. HGK., 11.11.1992, E. 1992/2552, K. 1992/651, “...somut olayda, 3444 sayılı Yasa ile değişik MK 134/3. maddesiyle düzenlenen anlaşmalı boşanmanın koşulları oluşmadan, örneğin boşanmanın mali sonuçlarıyla ilgili, taraflarca kabul edilecek bir düzenleme mevcut olmadığı halde, anlaşmaya dayalı boşanmaya karar verilmiş ve hükmün bu kısmı temyiz edilmemekle kesinleşmiştir. O itibarla öncelikle belirtmek gerekir ki, bu halde ilgilisi genel hükümler çerçevesinde maddi ve manevi tazminat ya da, yoksulluk nafakasını, diğer taraftan isteme hakkına sahiptir...”; ([http:// www.kazanci.com.tr](http://www.kazanci.com.tr), 01.01.2004). HGK., 11.11.1992, E. 1992/2–552, K. 1992/651 (İKD, S. 401, s. 10267). **ÖZTAN**, Makale, s. 725.

⁴⁵⁰ **ÖZDEMİR**, s. 160–162.

Bizce taraflar protokolü serbest iradeleri sonucu oluşturdıklarına ve bu durum hâkim onayından geçtiğine göre artık mali kalemler bakımından ek ya da genel hükümler çerçevesinde bir dava açılmaması gerekir. Bu durumda taraflar ancak protokol hükümleri bakımından iradeyi sakatlayan durumlara dayanarak iptal davası açabilmelidirler. Ancak bu durumda iptal davaları bakımından bir yıllık hak düşürücü süreye riayet edilmelidir.

Ancak hemen belirtelim ki, tarafların protokol kapsamında yoksulluk nafakası ya da tazminat gibi mali hükümlere ilişkin belirleme yapmaları durumunda anlaşmalı boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra buna ilişkin hususları dava konusu yapamayacaklarında kuşku bulunmamalıdır. Zira bu durum hem kesin hükmün hem de hakkın kötüye kullanılması yasağının bir sonucudur⁴⁵¹.

Kanun kapsamında anlaşmalı boşanmaya ilişkin bir düzenlenme yapılmış olmasına karşın, anlaşmalı ayrılığa ilişkin herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Ancak boşanma sebepleri ile ayrılık sebepleri aynı olduğundan anlaşmalı ayrılık mümkün olmalıdır. Zira İsviçre Hukukunda buna cevaz verilmektedir⁴⁵².

Buna karşın anlaşmalı boşanmaya ilişkin dava sürecinde ayrılık kararının verilmesi mümkün olmamalıdır. Zira dava sürecinde ayrılık hükmüne karar verilebilmesi için, tarafların barışacaklarına ilişkin somut bir durumun ya da belirtinin oluşması gerekir. Oysaki eşlerin anlaşmalı boşanma yolunda birlikte mahkemeye başvurmalarıyla artık tarafların bir daha bir araya gelmelerinin mümkün olmayacağı yönünde aksi mümkün olmayan bir karine oluşmaktadır⁴⁵³.

Anlaşmalı boşanmanın reddedilmesi halinde kesin hüküm oluşmayacağından, taraflar gerek diğer boşanma nedenlerine gerekse de yeniden anlaşarak anlaşmalı

⁴⁵¹ 2. HD., 15.12.1997, E. 1997/13591, K. 1997/13691, "...taraflar Medeni Kanunun 134/3.maddesi uyarınca boşanmışlar, davacı kadın orada nafaka isteğinin olmadığını açıklamıştır. Medeni Kanunun 144. maddesi uyarınca yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için, nafaka isteyen boşanma anında, boşanma sebebiyle yoksulluğa düşeceğinin anlaşılması gerekir. Davacının beyanı bu olgunun varlığını kabule engeldir. Yoksulluk nafakası isteğinin reddi gerekirken kabulü yanlıştır" (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004). 2. HD., 6.5.1993, E. 1993/4300, K. 993/5439 (UYAR, Makale, s. 1252). **TUTUMLU**, s. 1047–1048.

⁴⁵² **ÖZTAN**, Aile, s. 420.

⁴⁵³ **ÖZTAN**, Aile, s. 421; **TUTUMLU**, s. 1054; **HATEMİ/SEROZAN**, s. 238; **ÖZTAN**, Makale, s. 725.

boşanmaya dayanarak dava açabilirler⁴⁵⁴. Bu durum anlaşmalı boşanmanın çift taraflı yargı faaliyeti olmasının doğal bir sonucudur.

⁴⁵⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 121; OĞUZMAN/DURAL, s. 130.

ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASI KAVRAMI VE ORTAK HAYATIN YENİDEN KURULAMAMASININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

§9.Ortak Hayatın Yeniden Kurulamaması Kavramı

Medeni Kanunun m.166/III f. göre;”...boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir”.

743 sayılı Eski Medeni Kanunun m. 134 hükmünün orijinal halinde ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma sebebi düzenleme bulmamıştı. Türk hukukuna ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma sebebi 743 sayılı Medeni Kanunu’muzda 1988 tarihinde 3444 sayılı yasayla yapılan değişiklikle getirilmiştir. Türk hukukuna fiilli ayrılığın boşanma nedeni olarak kabul edilmesi ilk olarak, kısmi olarak da olsa 1971 tarihli Türk Medeni Kanunu ön tasarısının, 134/A maddesinde öngörülmüştü. 134/A maddesinin gerekçesi ; ”...bu kuralın yasaya eklenmesinin sebepleri hayatta bugün çok rastlanan bir olayı göz önüne almak zorunluluğudur. Bu olay boşanma davası reddolunan eşin aynı sebeple yeniden dava açamaması ve ortak hayatın yeniden başlamaması yüzünden eşlerin çok uzun yıllar tamamen ayrı kalmak zorunda kalmaları olayıdır. Böylece evlilik bağlantısı devam ettiği halde fiilli ayrılık müzmin hastalık gibi yıllar boyu sürüp gitmektedir. Mesela bir kimse geçimsizlik yüzünden boşanma davası açmış, fakat kendi kusuru mahkemece ağır görüldüğü için bu davası reddedilmiştir. Bu durumda o kimse ortak hayata dönmek istemezse ne olacaktır? Bugünkü toplum hayatımızda bu yüzden beş hatta on yıl daha fazla bir süre ayrı yaşamakta olan karı kocaya rastlanmaktadır. Bu durum onları belki de mutlu olabilecekleri yeni bir aile yuvası kurmaktan alıkoyduğu gibi, nikâhsız ya da gizli birleşmelere de sevk etmekte, ahlak düşmekte, ayrıca soydanlığı düzgün olmayan çocuklar gizlice dünyaya gelmektedir...”.

1984 tarihli Türk Medeni Kanunu tasarısında ise, bu neden boşanma sebebi olarak kabul edilmemiştir. Bu duruma neden olarak ise eşlerin belli süre ayrı kalmalarının boşanma nedeni olarak kabulünün evliliğin geçici heveslere alet edilmesi anlamı taşıyacağı gösterilmiştir. Buna karşın 1985 tarihli Türk Medeni Kanunu tasarısında eşlerin uzun süren fiili ayrılık durumlarının boşanma nedeni olarak öngörüldüğünü görmekteyiz⁴⁵⁵.

743 sayılı Yasanın anılan değişiklikten sonraki m.134 hükmüne göre ise ; “...boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulamamışsa evlilik birliği temelden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin talebi üzerine boşanmaya karar verilir”.

Görüleceği üzere yeni Medeni Kanunumuz kapsamında ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma sebebinin herhangi bir değişikliğe uğramadan aynen geçerliliğini koruduğunu görmekteyiz. Ortak hayatın yeniden kurulamamasının kabulünden önce, açılmış boşanma davası reddedilen eş çok uzun yıllar eşiyle bir araya gelmese bile, aynı sebeple bir daha dava açamıyordu⁴⁵⁶. Türk Hukuk sisteminde söz konusu bu değişiklik, şekli anlamda çökmüş olan evlilik birlikteliklerine hukuksal anlamda da son verme imkânı getirilmiş oldu⁴⁵⁷.

⁴⁵⁵ ÖZTAN, Boşanma, s. 134.

⁴⁵⁶ HATEMİ, s. 107–108. Özellikle de çok çocuklu olup başka bir kadınla karı koca hayatı yaşayan eşlerin boşanmaları âdete imkânsız denecek kadar güçlü. Bu durumdan özellikle gayri resmi ilişkiden meydana gelen çocukların menfaati etkileniyordu. Fiili ayrılık durumunda boşanma imkânının tanınmasıyla bu nitelikli sakıncalı durumlar ortadan kalkmış oldu (GENÇCAN, s. 385).

⁴⁵⁷ Artık bu duruda evlilik birliğinin devamında bir menfaatin kalmadığının kabulü gerekir (ÖZTAN, Boşanma, s. 135). AKINTÜRK, s. 265. “...birlikte yaşanmayan ve şekli bir evlilikten öteye gitmeyen evliliğin gerçek anlamda evlilik olmayacağı bu durumun eşlerden ayrı, topluma da bir yarar sağlamayacağı açıktır. Türk Medeni Kanunun 166/son maddesi bu sosyal sorunu çözümsüz bırakmamak suretiyle Türk boşanma hukukunda önemli bir sıkıntıyı gidermiştir. Bu nedenle anılan maddeyi açıklanan amaç ve yaşanan gerçekler yönünde ve özüne uygun bir biçimde yorumlamak gerekir...” (karar için bkz. YD., S. 133, Ocak 2007, s. 84–86). DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 121–122. “...3444 sayılı kanunla kabul edilen bu yeni boşanma sebebi fiilen çözülmüş olan evlilikleri zorla sürdürmenin anlamı kalmadığı fikrine dayanır. Açılmış bir boşanma davası reddedildikten sonra tarafların red kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl içinde müşterek hayatı yeniden kuramamış olmaları halinde evliliğin fiilen çözülmüş olduğu ve bu durumda tarafların evliliğe devamla zorlamanın anlamsız olacağı kabul edilmiştir...” (OĞUZMAN/DURAL, s. 130). “Bu hükmün kabulünün isabetli olup olmadığı tartışılabilir. Evvelce kendi kusurunun boşanmayı engellediğini gören kocalardan boşanamayacağı düşüncesiyle evlilik birliğini sürdürmeyi tercih edenlerin şimdi kolayca boşanmalarına imkân sağlanması ailenin korunmasıyla kolayca bağdaşmaz” (OĞUZMAN/DURAL, s. 132). “Bu yeni hükmün isabetine hiçbir şekilde inanmıyoruz. Dikkat

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olarak açılan davalarda, tarafların boşanmanın eki niteliğinde olan ferî talepler bakımından talepte bulunabilmesi mümkündür. Bu durumda hâkim kusur durumunu dikkate alarak, ortaya çıkan istemler bakımından bir karar vermelidir⁴⁵⁸. Buna göre, kusuru daha fazla olan eş, karşı eşten maddi ya da manevi tazminat isteyemez. Kusurun eşit olduğu hallerde de aynı durum söz konusudur. Maddi ya da manevi tazminat isteyen eşin kusuru, diğer eşe göre mutlaka daha az olmalıdır. Yoksulluk nafakasında ise durum değişiklik gösterir. Şayet eşler eşit kusurlu iseler ekonomik yönden durumu zayıf olan eşin nafaka isteyebilmesi mümkündür. Buna karşın kusuru daha fazla eşin yoksulluk nafakası isteyebilmesi mümkün değildir. Belirtelim ki, tedbir nafakası bakımından durum farklıdır. Tedbir nafakasında eşlerin kusurunun bir önemi yoktur. Hâkim gerekli gördüğü takdirde re'sen mali yönden durumu kötü olan eş adına davanın açılmasından kararın kesinleşmesine kadar tedbir nafakasına hükmedebilir. Gerek maddi ve manevi tazminata, gerekse de yoksulluk nafakasına kararın kesinleştiği tarihten itibaren hükmedilir⁴⁵⁹.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine ilişkin olarak öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde, terke dayalı boşanma davası açılması mümkündür. Ancak terke

edilirse bu hüküm ne kadar haksız ve kusurlu olursa olsun boşanmak isteyen tarafa sadece belli bir sürenin geçmesi üzerine mutlak olarak boşanma imkânı tanımaktadır. Ülkemizde kocanın keyfi olarak karısını boşayabilme geleneği yüzyıllar boyunca sürüp gitmişti. Bu kötü geleneğin sözü edilen hükümle canlandırılmış olmasından kaygı duyuyoruz. Diğer yandan keyfi boşanmalara sebebiyet vermesi bakımından çocukların eğitimleri, bakımları ve miras menfaatleri de zedeleneyecektir” (TEKİNAY, s. 198–199). ”Fiili ayrılık nedenine dayalı boşanma sebebinin kabul edilmesiyle birlikte adeta çökmüş bir binada hala oturmanın mümkün olduğunu söylemekte ısrar etmenin anlamsızlığını gören yasa koyucu kanaatimizce uygun bir çözüm getirmiştir. Yıllarca ben o adama saçımı süpürge ettim hem gitti başka kadınlarla yaşadı, hem beni yıllarca arayıp sormadı, şimdi de beni perişan bir halde kapının önüne koyuyorsun bu hak mıdır? Adalet midir? Sözleri neredeyse bütün temyiz dilekçelerinde okuyoruz. Oysa Anayasa Mahkemesi bu maddeyi Anayasa’ya aykırı bulmamıştır Anayasa Mahkemesi 1996/47E. , 1997/43 K. sayılı 8.4.1997 tarihli kararı, (GENÇCAN, s. 385). ” Böyle bir boşanma sebebinin yasaya eklenmesi istemi şu gerekçelere dayanmaktadır; hayatta çok rastlanan bir olay vardır. Bu olay boşanma davası reddolan eşin aynı sebeplerle yeniden dava açamaması ve ortak hayatın da yeniden başlamaması yüzünden eşlerin çok uzun yıllar ayrı yaşamak zorunda kalmalarıdır. Böylece evlilik bağlantısı devam ettiği halde fiili ayrılık müzmin bir hastalık gibi yıllar boyu sürüp gitmektedir. Bu durum onları belki de mutlu olabilecekleri yeni bir aile yuvası kurmaktan alıkoyduğu gibi nikâhsız ve ya gizli birleşmelere de sevk etmekte ahlak düşmekte ayrıca soydanlığı düzgün olmayan çocuklar gizlice dünyaya gelmektedir” (FEYZİOĞLU, s. 328). Kanaatimizce terke dayalı dava açma imkânı eşlerin uzun süreli ayrı kalmaları neticesi ortaya çıkan olumsuz sonuçları ortadan kaldırmaya yeterli bir neden olarak ortaya çıkmaktadır. Hal böyle olunca ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeninin ihdas edilmesi bizce gereksiz bir düzenleme olarak ortaya çıkmaktadır.

⁴⁵⁸ HATEMİ, s. 108.

⁴⁵⁹ AKINTÜRK, s. 287–294.

dayalı boşanma davasının açılabilmesi için, davanın açılmasından önce mahkeme kanalıyla çekilmiş geçerli bir ihtarın bulunması gerekir⁴⁶⁰.

⁴⁶⁰ **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 123; **OĞUZMAN / DURAL**, s. 132. Terk, mutlak ve özel boşanma sebebi olarak Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesinde düzenlenmiştir : “ Eşlerden biri, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmemek maksadıyla diğerini terk ettiği ya da haklı bir sebep olmadan ortak konuta dönmediği takdirde ayrılık, en az altı ay sürmüş ve bu durum devam etmekte ve istem üzerine hâkim tarafından yapılan ihtar sonuçsuz kalmış ise, terk edilen eş boşanma davası açabilir. Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır. Davaya hakkı olan eşin istemi üzerine hâkim, esası incelemeden yapacağı ihtarda terk eden eşe iki ay içinde ortak konuta dönmesi gerektiği ve dönmemesi halinde doğacak sonuçlar hakkında uyarıda bulunur. Bu ihtar gerektiğinde ilân yoluyla yapılır. Ancak, boşanma davası açmak için belirli sürenin dördüncü ayı bitmedikçe ihtar isteminde bulunulamaz ve ihtardan sonra iki ay geçmedikçe dava açılmaz ” . 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 164. maddesi ile eski Medeni Kanun'un 132. maddesindeki süreler değiştirilmiştir. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere üç ay olarak öngörülmüş olan terk süresi altı aya; terk fiilinden ihtar talebinde bulunulmasına kadar geçecek süre iki aydan dört aya, ihtardan sonra dava açılabilmesi için aranan süre de bir aydan iki aya çıkarılmıştır. Terk süresinin uzatılmasındaki amaç, ortak konutu terk etmiş olan eşe düşünme süresi verme ve küçük sebepler dolayısıyla daha sonra telafisi mümkün olmayacak bir hataya düşmesini önlemektir. Ayrıca EMK. m . 132'de olmayan ve maddeye eklenen başka bir düzenleme ise, eşlerden birinin diğerini ortak konutu terk etmeye zorlaması veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engellemesi durumunda, bunu yapan eşinde terk etmiş sayılacağı hususudur. Dolayısı ile böyle bir durum ile karşı karşıya kalan eş dahi isterse terke dayalı boşanma davası ikame edebilecektir. Bunun dışında ihtar isteminde bulunulan hâkimin ihtarı, konunun esasını incelemeden yapması gerektiği ve terk eden eşe ortak konuta süresinde dönmediği takdirde bunun hangi sonuçları doğuracağı konusunda uyarıda bulunması hususu da maddeye eklenmiştir Türk Medeni Kanunu m. 164'te eski kanundan farklı olarak kabul edilen hususlardan bir diğeri de, "terk etmiş sayılma" kavramıdır. Bu husus 164. maddede; "Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır" şeklinde ifade edilmiştir. Bu terk etmiş sayılma durumu kanunun kabul ettiği bir hukukî sonuç olması sebebiyle "hükûmî terk" olarak kabul edilmektedir . TMK. m. 164 / f. 1'de “ Diğerini ortak konutu terk etmeye zorlayan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesini engelleyen eş de terk etmiş sayılır” düzenlemesinin kabulü ile aslında kanun koyucu, haksız eşin dava açıp kendi lehine sonuç almasını engellemek istemektedir. Hükûmî terk, ya eşi ortak konutu terk etmeye zorlamak veya haklı bir sebep olmaksızın diğer eşin ortak konuta dönmesini engellemek şeklinde ortaya çıkar. Bu durumlarda hep, bir 'mecbur etme' fiili söz konusudur. Örneğin eş, evden kovulmuş ve eve alınmıyor, evden herhangi bir nedenle ayrılan eşin ortak konuta dönmesi haklı sebepler (örneğin; boşanma ve ayrılık davası süreçleri, birlikte yaşamaya ara verilmesi) dışında engelleniyor, eşin evi terk etmesi hususunda kendisine cebir veya tehdit uygulanıyor ise, artık ortak konuttan ayrılmaya mecbur bırakan eşin ortak konutu terk ettiği kabul edilecek ve kendisi için terk hükümleri geçerli olacaktır. Bu fiilleri tek tek saymak mümkün değildir Terk etmiş sayılan eş aleyhine açılacak olan boşanma davasında aranan şartlar, terk eden eş için aranan şartlarla aynıdır. Terk sebebine dayalı olarak açılacak boşanma davasından önce son bir kez ortak konutta evliliğin devamı için ihtar talebinde bulunabilecek olan eş, ortak konutu terk etmeye zorlanan veya haklı bir sebep olmaksızın ortak konuta dönmesi engellenen eştir. Burada ihtar talebinde bulunacak olan eş, ortak konuttan ayrılan eş olduğundan kendisinin tekrar ortak konuta dönmesini ve bunun için gerekli kolaylıkların sağlanmasını terk etmiş sayılan eşten talep ve ihtar etmesi gerekir. Zira ortak konuttan ayrılmaya mecbur eden eş, kusurlu bulunduğundan kendi kusuru ile sebebiyet verdiği bu ayrılığa son vermek için ortak konuta dönmek isteyen eşe her türlü kolaylığı sağlamak mecburiyetindedir. Ayrıntılı bilgi için bkz., **HELVACI**, s. 1164; **ÖZTAN**, Aile, s. 398 ; **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 111; **KUNTALP, Erden**, “ Mutlak Boşanma Nedenleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. II, Boşanma Haftası, Ankara 1977, s. 116-117; **KILIÇOĞLU**, Ahmet, Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara 2004, s. 11 vd; **KANDİL**, s. 97-98.

Ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı açılan boşanma davasıyla ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davasının aynı anda açılması mümkündür. Söz konusu nedenler bakımından derdestlik itirazında bulunulamaz⁴⁶¹. Aynı şekilde aynı dava dilekçesinde bu iki nedene aynı anda dayanılması mümkündür⁴⁶². Ancak bu durumda hüküm kısmında her iki neden bakımından ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır⁴⁶³.

§10. Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasının Hukuki Niteliği

Ortak hayatın yeniden kurulamaması⁴⁶⁴ nedenine dayalı boşanma sebebi genel ve mutlak⁴⁶⁵ niteliklidir. Zira şartların yerine gelmesi halinde boşanmaya karar verilmesi zorunludur. Evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede temelinden sarsılıp sarsılmadığının mahkemece araştırılmasına gerek yoktur. Hâkimin bu yönde yetki ve yükümlülüğü dahi yoktur. Burada evlilik birliğinin temelinden sarsıldığı kanun koyucu tarafından karine olarak kabul edilmiştir. Kanun koyucu evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunu karine olarak kabul ettiğinden ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeni aynı zamanda genel nitelikli boşanma nedenidir⁴⁶⁶.

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davalarında dava sürecinde henüz karar kesinleşmeden davacının ölmesi halinde, davacı mirasçılarının

⁴⁶¹ 2. HD., 12.11.1992, E. 1992/10650, K. 1992/11193 (UYAR, Makale, s. 1255).

⁴⁶² HGK. , 10.3.1993, E. 1992/2-771, K. 1992/7108 (UYAR, Makale, s. 1253).

⁴⁶³ 2. HD., 19.1.2004, E. 2004/72, K. 2004/395, "...davacı koca evlilik birliğinin temelinden sarsılması müşterek hayatın yeniden kurulamaması sebebiyle boşanma davası açmıştır. Mahkeme Türk Medeni Kanunun 166/son maddesindeki şartların oluşmadığından bahisle davanın reddine karar vermiştir. Evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeniyle açılan dava bakımından olumlu ya da olumsuz bir karar vermemiştir. Davacının evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı olarak açmış olduğu dava bakımından delillerin toplanıp değerlendirilerek olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi bozmayı gerektirmiştir" (GENÇCAN, s. 387).

⁴⁶⁴ Hemen belirtelim ki fiili ayrılık durumu ortada terke dayalı olarak açılmış bir dava olmadıktan sonra boşanma nedeni olarak kabul edilemez.

⁴⁶⁵ Medeni kanun kapsamında düzenleme bulan diğer mutlak boşanma nedenleri ise, zina, hayata kast pek kötü ve onur kırıcı davranış, terk, anlaşmalı boşanmadır (GENÇCAN, s. 384).

⁴⁶⁶ Diğer genel boşanma nedenleri ise, MK 166. madde kapsamında sayılan evlilik birliğinin temelinden sarsılması ve anlaşmalı boşanmadır (GENÇCAN, s. 384).

davalının ağır kusurlu olduğunu ispatlamak suretiyle, davalının davacıya mirasçı olmasını engelleme imkânlarının olup olmadığı uygulamada tartışmalıdır. Yargıtay’ın buna ilişkin olarak oybirliğiyle verilmiş herhangi bir kararı bulunmamaktadır. Yargıtay 2. HD. , 11.5.2004, E. 2004/3103, K. 2004/6104 sayılı bir kararında; “...davacı mirasçıları davayı Türk Medeni Kanunu’nun 181/2. maddesinde yazılı eşlerin kusur nispetinin belirlenmesi yönünden talep edebileceklerini beyan etmişler ve delil göstermişlerdir. Bu konuda davalıya da usulüne uygun önel verilmesi, gösterdiği takdirde taraf delillerinin toplanması, sonucuna göre karar verilmesi gerekirken eksik araştırma ve inceleme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiştir...” demek suretiyle davacı mirasçılarının bu imkândan yararlanabileceklerine değinmiştir.

Ortaya konulan bu kararın karşı oy yazısı ise şu şekilde ortaya çıkmıştır;” Türk Medeni Kanununun 166/son maddesiyle ilgili davada öncelikli koşul üç yıllık fiili ayrılık süresinin geçmesi ve bu süre içerisinde her ne sebeple olursa olsun ortak hayatın yeniden kurulamamasıdır. Boşanma kararı verilebilmesi için eşlerin kusur durumlarının araştırılması söz konusu değildir. Önceki dava reddedilmiş bu davada davalı kadının kusurlu olmadığı kabul edilmiş ve karar kesinleşmiştir. Davacı koca Türk Medeni Kanunun 166/ son maddesi uyarınca açtığı bu davada üç yıllık fiili ayrılık süresinin dolması nedenine dayanmış, davalı kadının kusurlu olduğuna ilişkin bir iddiaya yer vermemiştir. Ölümü üzerine davaya devam eden mirasçıların kocanın boşanma nedeni yapmadığı olaylara dayanarak kadının kusurlu olduğunu kanıtlama olanakları bulunmamaktadır. Kusur durumuna ilişkin tanıkların dinlenmesi sonuca etkili olmayacaktır. Bu nedenle yerel mahkeme kararı onanmalıdır(A.Vehbi Aksoy)⁴⁶⁷.

Bizce Medeni Kanunun m.181/II f. hükmünün uygulanabilmesi için ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanmanın kusura dayalı bir neden olarak ortaya çıkmış olması gerekir. Zira davacı mirasçıların davalının mirasçılığına engel olabilmeleri için, davalının kusurlu olduğunu ispatlamaları gerekir. Oysaki ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma davalarında kusurun hiçbir önemi yoktur. Nitekim m. 166/son f. öngörülen şartların yerine gelmesi halinde hâkim başkaca herhangi bir hususu araştırmaksızın boşanmaya karar vermek zorundadır. Burada davalının ya da davacının ağır ya da hafif kusurlu olmasının hiçbir önemi

⁴⁶⁷ YAYINLANMAMIŞTIR.

yoktur. Bu durumda evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davalarının aksine ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma davalarında MK m. 181/II f. hükmünün uygulanabilmesi mümkün olmamalıdır.

§11.Ortak Hayatın Yeniden Kurulamamasının Unsurları

I. Genel Olarak

MK m. 166/III. f. lafzından da açıkça anlaşıldığı üzere, ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma nedeninin oluşabilmesi, bazı şartların yerine gelmiş olmasına bağlı tutulmuştur. Buna göre; daha önce herhangi bir nedenine dayalı olarak açılan bir boşanma davasının herhangi bir nedenle red edilmiş olması⁴⁶⁸, red kararının kesinleşmesinden itibaren 3 yılın geçmiş olması, bu üç yıl içerisinde eşlerin evlilik birliğini yeniden tesis etme amacıyla bir araya gelmemiş olmaları ve son olarak da eşlerden herhangi birinin ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma davası açmış olması gerekir⁴⁶⁹. Ortaya konulan bu şartların birlikte meydana gelmesinin gerekeceği maddenin açık ifadesinden anlaşılmaktadır. Sayılan bu şartlar kamu düzeninden olup, hâkimin bu şartların yerine gelip gelmediğini re'sen göz önünde bulundurması gerekir.

Diğer yandan ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma nedeni mutlak niteliktedir. Boşanmaya karar verilebilmesi için evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına ilişkin objektif ya da sübjektif şartların yerine gelip gelmediği ayrıca araştırılmayacaktır⁴⁷⁰. Burada çekilmezliğin oluştuğuna ilişkin kanuni bir karine söz konusudur⁴⁷¹. Bu karine kesin karine olup aksinin ispatlanma olanağı yoktur⁴⁷².

⁴⁶⁸ Uygulamada öncesinde retle sonuçlanan boşanma davası dayanak dava olarak nitelendirilmektedir (GENÇCAN s. 386).

⁴⁶⁹ ÖZTAN, Makale, s. 135; CEYLAN, s. 26; GENÇCAN, s. 386.

⁴⁷⁰ HATEMİ, s. 108.

⁴⁷¹ “BGB&156 da “eşler üç yıldan beri ayrı yaşamaktalar ise, evliliğin temelden sarsıldığı kesin karinesi var sayılır” denmektedir ” (HATEMİ/ SEROZAN, s. 238). OGUZMAN/DURAL, s. 130. O halde

Boşanmaya ilişkin şartların yerine gelmesi halinde hâkim boşanmaya karar vermekle yükümlüdür. Bu anlamda düşünüldüğünde fıkranın düzenlenme tarzının oldukça katı bir biçimde ortaya çıktığını görmekteyiz⁴⁷³.

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına ilişkin olarak hâkime takdir yetkisi verilmemiştir. Boşanmaya ilişkin şartların yerine gelmesi durumunda hâkim başkaca bir durum gözetmeksizin boşanmaya karar vermelidir⁴⁷⁴. Gerçekten HGK. , 28.06.2006, E. 2006/2–488, K. 2006/480 sayılı bir kararında, ”...davacı koca daha önce görülen boşanma davasının kesinleşmesinden önceki bir tarihten başlayarak dört yıldır fiilen ayrı yaşadıklarını dava dilekçesinde beyan etmiş, davalı kadın da aynı maddi vakıayı karşı dava dilekçesinde tekrarlamış olduğu gibi, taraflar yargılama sırasında da bu beyanlarını tekrar etmişlerdir. Hemen vurgulayalım ki evlilik bir ortak yaşama duygu ve arzusuna bağlı olup, hayatın birlikte yaşanması ve paylaşılması amacını güder. Ortada hiçbir zorunluluk bulunmamasına rağmen birlikte olmayı arzulamadıkları için eşler fiilen ayrı yaşıyorlarsa, o evliliğin sözü edilen amaç ve anlamının kalmadığının kabulü gerekir. Hal böyle olunca dosyaya celp edilip incelenen taraflar arasında daha önceden görülüp kesinleşen boşanma dosyası içeriği ve fiili ayrılık vakıasına ilişkin olarak davacı karşı davacı erkek ve davalı kadının aksi kanıtlanamayan beyanları karşısında artık olayda Medeni Kanunun 166/son maddesinde öngörülen koşulların oluştuğunu kabul etmek gerekir...” demek suretiyle madde kapsamında ortak hayatın yeniden kurulamamasına ilişkin olarak belirtilen şartların yerine gelmesi halinde başkaca bir husus aranmaksızın boşanmaya karar verilmesinin gerekeceğine değinmiştir⁴⁷⁵.

kanun koyucu çekilmezlik durumunun oluştuğunu karine olarak kabul ettiğine göre, ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenini evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı boşanma sebebi olarak kabul etmemiz kanun koyucunun iradesine üstünlük tanıma anlamını taşıyacaktır (ÖZTAN, Boşanma, s. 136).

⁴⁷² ÖZTAN, Boşanma, s. 136.

⁴⁷³ ÖZTAN, Boşanma, s. 135.

⁴⁷⁴ “Fıkra bir anlamda kendi haksız fiiline dayanan bir kimsenin kendisi için elverişli bir durum yaratmasını hükme bağlamaktadır. Ancak gayet tabidir ki fıkra Medeni Kanunun 2. m. 2 f. göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir. Boşanma talebinde hukukun genel ilkesi olan hakkın kötüye kullanılması yasağı göz önünde tutulacaktır. Hangi hallerde hakkı kötüye kullanılmasına sebebiyet verileceği ise içtihatlarla belirlenecektir” (ÖZTAN, Boşanma, s. 1379).

⁴⁷⁵ Karar için bkz. YD., S. 133, Ocak 2007, s. 84–86. HGK. 2.4.1997, E. 1997/2–1, K. 1997/264 (<http://www.kazanci.com.tr>, 01.01.2004).

Bizce hiç kuşkusuz ortak hayatın kurulamaması nedeninin mutlak boşanma nedeni oluşu kötü niyetli eşlerin korunmasına sebebiyet verecek niteliktedir. Oysaki ortak hayatın yeniden kurulamamasına ilişkin olarak öngörülen şartlar yerine gelse bile hâkime boşanmaya karar verip vermemesi bakımından takdir hakkı tanınması isabetli olurdu. Örneğin; eşini uzun yıllar aldattıktan sonra açmış olduğu boşanma davası tamamen kusurlu olması nedeniyle reddedilen davacı, aradan üç yıl süre geçtikten sonra eşinden boşanabilmektedir ki; bu durum hakların dürüstlük kuralına uygun olarak kullanılması gerekeceğine ilişkin ilkeye de aykırılık teşkil eder.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma davalarında ispatlanacak olguların çerçevesinin somut ve katı bir biçimde çizilmiş olduğunu görmekteyiz. Davanın kabulü için öncesinde herhangi bir nedene dayalı olarak açılan boşanma davasının herhangi bir nedene dayalı olarak reddi kararının kesinleşmesinden itibaren üç yılın geçmiş olması ve bu üç yıl içerisinde eşlerin kısa süreli de olsa evlilik birliğini sürdürmek amacıyla bir araya gelmemiş olmaları gerekir.

II. Öncesinde Herhangi Bir Hukuksal Nedene Dayalı Olarak Açılan Davanın Reddedilmiş Olması

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi için, dava tarihinden önce taraflarca açılmış olan bir boşanma davasının reddedilmiş olması gerekir⁴⁷⁶. Öncesinde açılan davanın herhangi bir boşanma sebebine dayalı olarak açılmış olması yeterlidir⁴⁷⁷. Gerçekte olmayan bir sebebe dayalı olarak açılan bir davanın retle sonuçlanmış olması halinde dahi söz konusu şartın yerine

⁴⁷⁶ 2. HD., 18.4.2005, E. 2005/3499, K. 2005/6207 "...davacı evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni yanında Türk Medeni Kanunun 166/son maddeye de dayanarak boşanma davası açmıştır. Taraflar arasında önceden görülüp ret ile sonuçlanan Bakırköy 2. Asliye Hukuk mahkemesinin 1998/373 esas sayılı dosyası celp edilip incelenmeden eksik tahkikatla hüküm tesisi doğru görülmemiştir" (GENÇCAN, s. 387).

⁴⁷⁷ AKINTÜRK, s. 265; HATEMİ, s. 108. Öğretide ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olarak dava açılabilmesinin, öncesinde herhangi bir nedene dayalı olarak retle sonuçlanmış bir boşanma davasına bağlanmış olması eleştirilmiştir (ÖZDEMİR, s. 164). Buna karşın bir fikre göre ise, bu durum yerinde bir düzenlemedir (CEYLAN, s. 27).

geldiğinin kabulü gerekir⁴⁷⁸. Açılan davanın belli bir sebebe dayalı olarak açılmış olması aranmayacağından, genel ya da özel boşanma sebeplerinden herhangi birine dayalı olarak açılan bir davanın varlığı yeterlidir⁴⁷⁹. Hatta hiçbir sebep olmadığı halde dava açılmış ve bu nedene dayalı olarak dava reddedilmişse, bu halde dahi ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olarak dava açılabilir⁴⁸⁰.

Diğer yandan da öncesinde açılan boşanma davasının hangi nedenle reddedilmiş olduğu da önemli değildir⁴⁸¹. Önemli olan husus, davanın herhangi bir sebeple retle sonuçlanmış olmasıdır. Bu anlamda önceki davanın feragatle sonuçlanması halinde dahi bu şart yerine gelmiş sayılır⁴⁸². Zira feragat halinde verilecek hüküm red hükmüdür.

Öğretide bir fikre göre, feragat halinde söz konusu şartın yerine geldiğinin kabulü mümkün değildir. Zira bu durumda çoğu zaman boşanma sebebinin ortadan kalktığına kabulü gerekir. Kaldı ki kanun koyucu bu şartın gerçekleşmesi bakımından açıkça davanın reddinden bahsetmiştir. Davadan feragate değinmemiştir⁴⁸³.

Bizce, uygulamada tarafların davadan feragat ettikleri hallerde, “feragat nedeniyle davanın reddine” şeklinde karar verilmektedir. Bu durum göz önüne alındığında feragat halinde de üç yıllık sürenin başlatılmasında hukuka aykırı bir yön bulunmamaktadır. Zira bu değerlendirmemiz maddede geçen “boşanma sebeplerinden

⁴⁷⁸ OĞUZMAN / DURAL, s. 130.

⁴⁷⁹ ÖZTAN, Boşanma, s. 135; GENÇCAN, s. 390.

⁴⁸⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 122; CEYLAN, s. 26.

⁴⁸¹ AKINTÜRK, s. 265.

⁴⁸² “O halde eşlerin açmış oldukları davadan daha sonra feragat etmeleri, istenmeyen sonuçları doğurabilecektir. Zira feragat nedeniyle ret, kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıllık sürenin geçmesi durumunda, eşler birbirlerine fiili ayrılık nedenine dayalı olarak boşanma davası açabilecekler. Böylece aile hayatının yıkımı kolaylaşacaktır. Bu yüzden açılan davadan feragat etme yerine davanın takipsiz bırakılması daha olumlu sonuçlar doğurabilecektir. Zira bu durumda üç ay içerisinde davanın yenilenmemesi halinde “davanın açılmamış sayılmasına” şeklinde karar verileceğinden verilen bu karar ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olarak boşanmayı sağlayamayacaktır.”, (GENÇCAN, s. 386–387). “Uygulamada HUMK 95. m. göz önünde tutularak feragatin de davanın reddi hükmünde tutulması bir boşanma davası açtıktan sonra – kazanamayacağının bilincinde olduğu için-davasından feragat eden davacı böylece üç yıllık sürenin mümkün olduğu kadar erken başlamasını sağlamaktadır. İsviçre de olduğu gibi “üç yıl boyunca bir araya gelememe” şartı boşanma davasının reddinden sonra değil başlayınca aranmış olsa idi bu “kanuna karşı hile” davranışlarına da gerek kalmayacaktı” (HATEMİ, s. 108).

⁴⁸³ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 122.

herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren üç yılın geçmesi” şeklindeki hükmün ifade biçimine de uygunluk sağlamaktadır.

Bu durumun aksine önceden açılmış ve retle sonuçlanmış bir boşanma davası yoksa eşlerin ayrı olarak yaşadıkları zaman diliminin uzunluğunun hiçbir önemi yoktur⁴⁸⁴. Feragatle sonuçlanan davalarda üç yıllık sürenin başlangıç tarihi feragat tarihidir⁴⁸⁵. Üç yıllık sürenin başlaması için feragatle sonuçlanan davanın kesinleşmiş olması aranmaz. Zira feragatle birlikte kesin hükmün tüm sonuçları doğar. Belirtelim ki uygulamada taraflar daha erken boşanmak için, üç yıllık sürenin başlamasını bir an önce sağlamak için herhangi bir nedene dayalı olarak açtıkları boşanma davasından ilk oturumda feragat etmektedirler. Bu durum hiç kuşkusuz, kanuna karşı hile durumunu gündeme getirebilecek niteliktedir. Nitekim feragat açıklandığında kesin hükmün tüm sonuçlarını doğurur.

Retle sonuçlanan davadan sonra yeni bir boşanma davasının açılmış olmasının hiçbir önemi yoktur⁴⁸⁶. Bu durumda daha sonra açılan yeni bir dava, kendisinden önce açılmış ve retle sonuçlanmış kesinleşen davanın ortak hayatın yeniden kurulamamasına esas alınmasına engel olmaz.

Taraflar arasında retle sonuçlanan ve kesinleşen birden fazla boşanma davası olması mümkündür. Bu durumda ortak hayatın yeniden kurulamamasına esas alınacak olan dava ilk açılan dava olmalıdır. Son tarihli kesinleşen ve retle sonuçlanan dava tarihinden itibaren üç yıllık sürenin geçmediğinden bahisle davanın reddine karar verilemez⁴⁸⁷.

⁴⁸⁴ **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 122. Ancak öğretide bir fıkre göre bu durumu mantıklı ve hukuki saymak olanaklı değildir (**ÖĞÜZMAN/DURAN**, s. 131).

⁴⁸⁵ 2. HD. , 19.12.2005, E. 2005/15082, K. 2005/17792 (**GENÇCAN**, s. 391).

⁴⁸⁶ 2. HD., 28.9.2004, E. 2004/9695, K. 2005/10824 , “...daha sonra ikinci bir davanın açılmış olması ilk davanın boşanmaya esas alınmasına engel olmaz...” (**GENÇCAN**, s. 389). 2. HD., 1.4.2004, E. 2004/2944, K. 2004/4139, ”...kesinleşme tarihinden itibaren 3 yıllık süre geçtikten sonra Türk Medeni Kanunun 166/son maddesine dayanılarak açılan iş bu dava, delillerin toplanarak sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken 3 yıllık süre içerisinde başkaca bir davanın daha açıldığı gerekçesiyle yazılı şekilde hüküm tesisi doğru değildir...” (**GENÇCAN**, s. 390).

⁴⁸⁷ 2. HD. , 11.5.2005, E. 2005/5633, K. 2005/7727, “... reddedilen davanın taraflar arasında sonuçlanan son dava olması şart değildir...”; 2. HD., 18.07.2005, E. 2005/9287, K. 2005/11500 “...sonradan açılan davanın kesinleşme tarihi fiili ayrılığın başlangıç tarihi olarak kabul edilemez...”

Hemen belirtelim ki daha öncesinde reddedilmiş davanın boşanma davası olması zorunludur. Daha öncesinde açılarak reddedilen evliliğin feshi ya da iptali davasından itibaren üç yılın geçmiş olması ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı davanın açılmasına imkân sağlamaz⁴⁸⁸. Aynı şekilde öncesinde reddedilen davanın red sebebinin yetkisizliğe dayanması halinde de aynı ilke geçerlidir⁴⁸⁹.

Yabancı yargı organları tarafından verilerek Türk yargı organlarınca tanınmasına ya da tenfizine karar verilen boşanma davasının reddi kararlarına ilişkin olarak verilen tanıma ya da tenfize ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren üç yıllık sürenin geçmesi halinde de ortak hayatın yeniden kurulamamasına ilişkin dava kabul edilebilir⁴⁹⁰. Önemle belirtelim ki, üç yıllık sürenin başlangıç tarihi yabancı ilamın kesinleştiği tarih olmayıp, tanıma ya da tenfize ilişkin Türk mahkeme kararının kesinleştiği tarihtir⁴⁹¹.

(GENÇCAN, s. 389).

⁴⁸⁸ 2. HD., 29.12.1993, E. 1993/12395, K. 1993/12774 (UYAR, Makale, s. 1251). 2. HD., 29.12.1993, E. 993/12395, K. 993/12774 (GENÇCAN, s. 390).

⁴⁸⁹ 2. HD., 13.6.1995, E. 1995/4259, K. 1995/6934 (UYAR, Makale, s. 1247). 2. HD., 13.6.1995, E. 1995/4259, K. 1995/6934 (GENÇCAN, s. 391).

⁴⁹⁰ AKINTÜRK, s. 266. 2. HD., 29.6.1992, E. 1992/7126, K. 1992/7477 (UYAR, Makale, s. 1257). GENÇCAN, s. 391.

⁴⁹¹ 2. HD., 29.6.1992, E. 1992/7126, K. 1992/7477 (GENÇCAN, s. 392).

III. Redde İlişkin Kararın Kesinleşmesinden İtibaren Üç Yıl Geçmiş Olması Şartı Ve Bu Süre İçerisinde Evlilik Birliğinin Yeniden Kurulamamış Olması

Retle sonuçlanan önceki kararın kesinleşmiş olması gerekir⁴⁹². Bu durum dava şartı olup, hâkim tarafından re'sen göz önünde bulundurulur⁴⁹³. Ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yılın geçmiş olması ve bu süre içerisinde evlilik birliğinin kurulamamış olması gerekir⁴⁹⁴. Üç yıllık sürenin kararın kesinleşmesinden itibaren başlayacağına kuşku yoktur⁴⁹⁵. Sürenin hesaplanmasında ilk gün hesaba katılmaz⁴⁹⁶. Üç yıllık sürenin dava tarihi itibariyle dolmuş olması gerekir⁴⁹⁷. Taraflar arasında retle sonuçlanan davanın kesinleşmesinden itibaren üç yıllık sürenin geçmiş olması yeterli olup, retle sonuçlanan davanın son dava olması şart değildir⁴⁹⁸.

⁴⁹² HGK. , 20.11.1996, E. 1996/2–667, K. 1996/806 (UYAR, Makale, s. 1245). 2. HD., 22.3.2004, E. 2004/2803, K. 2004/3621, "...Çan Asliye Hukuk mahkemesinin 1998/103 esas 1998/117 karar sayılı dava dosyasında gerekli kararın davalı kadına Tebligat Kanunun 21. maddesine göre tebliğ edildiği, tebligat parçasında davalının evde bulunamama sebebi belirtilmediği gibi komşu imzası da alınmadığı yapılan karar tebliğinin geçersiz olup kararın kesinleşmediği anlaşılmıştır..." (GENÇCAN, s. 393). 2. HD., 21.4.2005, E. 2005/4718, K. 2005/6528, "...koca tarafından açılan ve retle sonuçlanan karar 1.5.200 tarihinde davacı vekili Y.Çiftçinin katipi, Ş.Çiftçiye kalemde tebliği edilmiştir. Bu tebligat usulsüzdür. Ancak Av. Y. Çifçi bu tebligata karşı çıkmamıştır. Tebligat bu haliyle Tebligat yasasının 32. maddesi ile Tüzüğün 51. maddesi uyarınca geçerlidir. Kesinleşmeden itibaren dava süresinde açılmıştır" (GENÇCAN, s. 393). 2. HD., 2.5.2002, E. 2002/4969, K. 2002/5775, "...Yargıtay kararının davalıya tebliğ edilmemiş olması kararın kesinleşmesine etkili olmaz. Zira temyiz yoluna gitmemiş olanın karar düzeltme istemede hukuki yararı olmadığından bu yolu kullanamaz," (GENÇCAN, s. 393).

⁴⁹³ GENÇCAN, s. 391.

⁴⁹⁴ 2. HD., 15.1.1990, E. 1990/13019, K. 1990/80, "...fili ayrılık süresi üç yıl dolmadan açılan dava üzerine boşanma kararı verilemeyeceği..." (UYAR, Makale, s. 1262). Kanun koyucunun belli bir süre öngörmesinin amacı, davacı eşin evlilik birliğini kurmak istememesi yönündeki düşüncesini tekrar gözden geçirmesini sağlamaktır. Ayrıca tasarıda üç yıllık süre beş yıl olarak öngörülmüştü (ÖZTAN, Boşanma, s. 136). Belirtelim ki 743 sayılı yasanın 134/son maddesine göre, dava üç yıllık bekleme süresinin bitiminden itibaren açılabilirdi.

⁴⁹⁵ DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ, s. 123. Üç yıllık sürenin başlangıç anının kararın kesinleşmesinden itibaren başlamasındaki amacın hâkimin buna ilişkin sürenin hesabında tereddüde düşmesini engellemek olduğu savunulmuştur. Zira maddenin gerekçesinde buna ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır (ÖZTAN, Boşanma, s. 135).

⁴⁹⁶ 2. HD., 5.10.1990, E. 1990/6227, K. 1990/9023 (GENÇCAN, s. 406).

⁴⁹⁷ OĞUZMAN / DURAL, s. 131. HGK. , 26.4.1989, E. 1989/2–204, K. 1989/331 (YKD. , 1989/10, s. 1372) .

Üç yıllık süre içerisinde eşlerin evlilik birliğini yeniden kurma amacını taşımayan nitelikteki bir araya gelmeleri söz konusu şartın oluşmasını engellemez⁴⁹⁹. Zira eşlerin bir araya gelmelerinin ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı olarak dava açılmasına mani olabilmesi için, eşlerin bir araya gelme amacının evlilik birliğini sağlamaya matuf olması gerekir⁵⁰⁰. Bu amaç dışında eşlerden birinin çocuğunu görmek için diğer eşin yanına gidip gelmesi, çocukların eğitimleri ya da ekonomik durumlarının gerekli kıldığı konularda diğer eşle görüşmesi, bu hallerin de ötesinde eşlerin uzun zaman aralıklarıyla görüşmeleri, davanın açılmasını engellemez⁵⁰¹. O halde eşlerin ayrı olarak geçirdikleri sürenin müşterek hayatın kurulamaması şeklinde yorumlanabilmesi için, evlilik birliğinin kendilerine yüklediği asgari düzeydeki

⁴⁹⁸ 2. HD., 11.5.2005, E. 2005/5632, K. 2005/7727 ([http:// www. kazanci. com. tr](http://www.kazanci.com.tr) ,01.01.2004).

⁴⁹⁹ **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 123; **AKINTÜRK**, s. 266; **OĞUZMAN / DURAL**, s. 131. 2. HD., 3.3.2003, E. 2003/1490, K. 2003/2715, "... tarafların boşanmaları ile ilgili ve retle sonuçlanan davada verilen ret kararının kesinleşmesinden itibaren üç yıl geçtikten sonra bu dava açılmış ve bu süreçte tarafların evlilik birliğini yeniden kurmadıkları anlaşılmaktadır. Davalı kadından nakledilen sözler hükme esas alınamayacağı gibi davacı kocanın A.B.D den para göndermesi de, evlilik birliğinin yeniden kurulduğunu göstermez..." ([http:// www. kazanci. com. tr](http://www.kazanci.com.tr) ,01.01.2004). 2. HD., 11.5.2005, E. 2005/5391, K. 2005/7765, "...21.12.2004 tarihli duruşmada davacının beyanından sonra davacı vekili eşlerin otelde buluşmalarının belli konuyu görüşmeye matuf olup barışma niteliğini taşımadığını ifade ettiğine göre evlilik birliğinin kurulduğu kabul edilemez..." 2. HD., 16.2.2004, E. 2004/1021, K. 2004/1614, "...davacının ayrı şehirde oturduğu ve ameliyat olan babasını ziyaret amacıyla davalının bulunduğu Malatya'ya geldiği davalı tanıklarının anlatımları ile sabittir. Davalının bu davranışı ortak hayatın kurulduğunu gösterir..." (kararlar için bkz. **GENÇCAN**, s. 396-339).

⁵⁰⁰ **OĞUZMAN / DURAL**, s. 131. 2. HD., 3.6.2004, E. 2004/6093, K. 2004/7275, "...özellikle de eşlerin evlilik birliğini devam ettirmek amacını taşımayan bir araya gelmelerinin fiili ayrılık nedeniyle boşanma davası açmak hakkını ortadan kaldırmayacağına göre..." (**GENÇCAN**, s. 393). 2. HD., 17.06.2004, E. 2004/7081, K. 2004/8004, "...davacı tanık beyanlarından, ilk davanın reddinden sonra tarafların 7 yıldır bir araya gelmediği belirlenmiştir. Davalı tanık beyanları ise çelişkili olduğu gibi tarafların evlilik birliğini yeniden kurmak amacını taşımayan bir araya gelmeleri fiili ayrılık süresini kesmez..." (YAYINLANMAMIŞTIR).

⁵⁰¹ **AKINTÜRK**, s. 266; **ÖZTAN**, Boşanma, s. 136. 2. HD., 9.6.2005, E. 2005/6154, K. 2005/8937, "...toplanan delillerden başka bir kadınla yaşayan ondan çocukları bulunan kocanın ayda ya da iki ayda bir davalının yanına gelip evin ve çocukların ihtiyaçlarını karşılaması ortak hayatın kurulması anlamına gelmez..." 2. HD., 14.6.2004, E. 2004/6987, K. 2004/7717, "...tarafların 1996 yılından itibaren ayrı yaşadıkları davacı kocanın başka bir kadınla ilişkisinin sürdüğü özellikle okullar tatil olduğunda çocuklarında davalı anneleriyle görüşmelerini sağlamak amacıyla bir iki günlüğüne davacının davalının evinde kaldığı anlaşılmaktadır. Yasanın aradığı şekilde eşler arasında ortak hayatın yeniden kurulduğunu gösteren dosyada bir kanıt bulunmamaktadır"; 2. HD., 29.11.2005, E. 2005/10239, K. 2005/16568, "...tarafların reddedilen boşanma davasından sonra sosyal ilişkiler ve çocuklarla bir araya gelmeye yönelik birliktelikleri Türk Medeni Kanunun 166. m. hükmü kapsamında ortak hayatın yeniden kurulduğunu göstermez" (kararlar için bkz. **GENÇCAN**, s. 396-397).

yükümlülüklerden kaçınma amacıyla ayrı kalmış olmaları gerekir⁵⁰². Ayrıca ortaya çıkan söz konusu ayrılığın, eşlerin evlilik hukukunun kendilerine yüklediği genel anlamdaki hakları kullanmaktan ya da yükümlülükleri yerine getirmekten kaçındıkları anlamını taşıması gerekir.

Fiili ayrılığın kabul edilebilmesi, eşlerin ayrı konutlarda oturması şartına bağlanamaz⁵⁰³. Eşler aynı konutta oturmalarına karşın evlilik birliğinin yüklediği görevlerden kaçınıyorlarsa, ayrı odaları paylaşıyorlarsa, eşler arasında evlilik birliğini devam ettirme arzu ya da istekliliği artık kalmamışsa, fiili ayrılığın olduğu kabul edilmelidir. Ayrıca başka bir kadınla gayri resmi olarak karı koca hayatı yaşayan kişinin eşiyle bir araya geldiğinin kabul edilmesi için, birlikte olduğu kadınla ilişkisinin son bulduğunun dosya kapsamına yansması gerekir⁵⁰⁴.

Üç yıllık sürenin kesintisiz olarak devam etmesi gerekir⁵⁰⁵. Burada ayrılığın saiki önem taşımaz⁵⁰⁶. Bu anlamda memuriyet nedeniyle eşlerin zorunlu olarak ayrı kalmaları halinde de bu şartın olduğu kabul edilmelidir⁵⁰⁷. Ayrıca ortaya çıkan fiili ayrılığın iradi olarak ortaya çıkması şart olmayıp, fiili ayrılık durumunun gayri iradi nedenlere dayanması da mümkündür⁵⁰⁸. Nitekim fıkranın “her ne sebeple olursa olsun” şeklindeki ifade biçiminden bu durum açıkça anlaşılmaktadır.

Belirtelim ki eşlerden birinin, herhangi bir nedene dayalı olarak müşterek hayatı devam ettirmemek amacıyla bir araya gelmek istemediğinin tespiti boşanmaya karar

⁵⁰² **ÖZTAN**, Boşanma, s. 136. 2. HD., 24.11.2005, E. 2005/13530, K. 2005/16298, “...toplanan delilere göre tarafların zaman zaman davalının kardeşinin evinde bir araya gelmeleri evlilik birliğinin yeniden kurulması amacına yönelik değildir...” (**GENÇCAN**, s. 397).

⁵⁰³ 2. HD., 5.4.2005, E. 2005/4782, K. 2005/5442, “...toplanan delillerden eşlerin bu üç yıllık fiili ayrılık sırasında aynı evin farklı odalarında yaşadıkları davalının gidecek yeri olmadığı için mecburen evden ayrılmadığı ancak hiçbir zaman bir araya gelmedikleri anlaşılmaktadır. Eşlerin bu yaşam biçimleri ortak hayatın kurulduğu anlamını taşımaz...” (**GENÇCAN**, s. 397).

⁵⁰⁴ 2. HD., 4.4.2005, E. 2005/3476, K. 2005/5265 (**GENÇCAN**, s. 397–398).

⁵⁰⁵ **DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ**, s. 123. 2. HD., 27.9.1990, E. 1990/3058, K.1 990/8636 (**UYAR**, Makale, s. 1261).

⁵⁰⁶ HGK. ,14.10.1998, E. 2–713, K. 717 (**UYAR**, Makale, s. 1240). **ÖZTAN**, Boşanma, s. 136.

⁵⁰⁷ Ayrılığın eşlerden birinin akıl hastası olması nedenine dayalı olarak ortaya çıkması halinde de sonuç değişmez (**GENÇCAN**, s. 395).

⁵⁰⁸ **GENÇCAN**, s. 397.

vermek için yeterlidir. Bu durumun belirlenmesinde ise, eşlerin deruni anlamdaki düşüncelerinden ziyade dış dünyaya yansıyan somut olgu ve olaylar bir değer ifade eder⁵⁰⁹. Bu anlamda ayrılığa sebebiyet veren eşin ayrılığın ortaya çıkmasına kötü niyeti ile sebebiyet vermesinin bir önemi yoktur⁵¹⁰. O halde burada tespit edilmesi gereken spesifik durum, eşlerden birinin evlilik birliğini devam ettirmek istemediğinin tespit edilmesidir.

Eşlerin üç yıllık süre içerisinde karı koca ilişkisi içerisinde kısa süreli de olsa bir araya gelmiş olmaları, dava açılmasını engelleyen bir durumdur. Zira bu durum, evlilik birliğinin devam ettiği yönünde bir ihtimal ortaya koyar⁵¹¹. Yargıtay uygulamasına ve öğretideki bir fikre göre göre, eşlerin geçici anlamda ortaya çıkan cinsel birleşmeleri ortak hayatın kurulduğu anlamını taşımaz. Söz konusu durumun bunu sağlaması için eşlerin birleşmeleri noktasında yatak birliği bulunmalıdır⁵¹². Eşlerin kısa süreli bir araya gelmelerinden sonra herhangi bir nedenle ayrılmaları durumunda dahi bir araya geldiklerinin kabulü gerekir⁵¹³.

Taraflar üç yıllık sürenin dolmasından bir müddet sonra davayı açarlar; buna karşın dava tarihinden önce evlilik birliğini sürdürme amacıyla bir araya gelirlerse, bu durumda da üç yıllık süre koşulu nedeniyle açılan davanın dinlenme olanağı yoktur. Zira bu durum MK 166/IV hükmünün bir sonucudur⁵¹⁴.

Buna karşın üç yıl boyunca kesintisiz olarak ayrı kalan eşler, dava açıldıktan sonra evlilik birliğini sürdürme amacıyla bir araya gelseler dahi, açılan davanın kabulü gerekir⁵¹⁵. Zira her dava açıldığı zamandaki koşullara göre değerlendirilir.

Eşler daha önce açılıp da reddedilen davanın kesinleşmesinden sonra bir araya gelirlerse, daha sonraki zaman sürecinde üç yıl ayrı kalsalar bile, boşanmaya karar

⁵⁰⁹ ÖZTAN, Boşanma, s. 136.

⁵¹⁰ Örneğin kötü niyetli eşin karşı eşi evden kovması gibi (GENÇCAN, s. 395).

⁵¹¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 123; OĞUZMAN/DURAL, s. 131.

⁵¹² GENÇCAN, s. 394. Cinsel ilişkinin bu nitelikli değerlendirilebilmesi, cinsel birleşmenin anlık zevkleri tatmine yönelik olmasına bağlıdır (VELİDEDEOĞLU, Makale, s.18).

⁵¹³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 123; GENÇCAN, s. 397.

⁵¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 123.

⁵¹⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 123.

verilemez⁵¹⁶. Zira bu durum üç yıllık sürenin, dayanak davanın kesinleşmesinden dava tarihine kadar kesintisiz devam etmesi gerekeceği şeklindeki temel ilkenin bir sonucu olarak ortaya çıkar.

Davacı, boşanmaya ilişkin önceki davanın reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren, üç yıllık sürenin geçmiş olduğunu, bu süre içerisinde eşlerin evlilik birliği devam ettirme maksadıyla bir araya gelmediğini ve üç yıllık sürenin kesintisiz olarak ortaya çıktığını ispatlamakla yükümlüdür⁵¹⁷. Burada davalının davaya karşı koymak için elinde olan tek imkân, üç yıllık süre içerisinde evlilik birliğinin belli bir süre ya da sürekli olarak karı koca ilişkisi içerisinde devam ettiğini ispatlamasıdır⁵¹⁸. Davalının üç yıllık süre içerisinde davacıyla kısa süreli de olsa evlilik birliğini devam ettirme amacıyla bir araya geldiğini ispatlayamaması halinde, diğer şartların da varlığı halinde hâkim davayı kabul etmekle yükümlüdür⁵¹⁹.

Belirtelim ki ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma davalarında da tarafların ikrarı hâkimi bağlamaz. Hâkim ortaya çıkan somut olgu ve olayların varlığına kanaat getirmedikçe boşanmaya karar veremez⁵²⁰. Taraflar ortak hayatın kurulamadığını her türlü delille ispatlayabilirler. Bu anlamda tanık anlatımları, zabıta araştırmaları, icra dosyaları, nafaka dosyaları, ceza dosyaları değerlendirilebilir⁵²¹.

Hükme esas alınan tanık anlatımlarının yer ve zaman gösterimli, somut olgu ya

⁵¹⁶ 2. HD., 27.9.1990, E. 1990/3058, K. 1990/8636 (GENÇCAN, s. 407).

⁵¹⁷ ÖZTAN, Boşanma, s. 135. 2. HD., 20.5.2004, E. 2004/5494, K. 2004/6508, ” ...dava, Türk Medeni Kanununun 166/son maddesine dayalı fiili ayrılık sebebiyle boşanma davasıdır. Boşanma davasının reddi kararının kesinleştiği tarihten başlayarak üç yılın geçtiği ve ortak hayatın yeniden kurulamadığını ispat yükü davacı kocaya aittir. Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmedikçe, bunları ispatlanmış sayamaz. Tarafların bu konudaki her türlü ikrarları hâkimi bağlamaz. Hâkim, kanıtları serbestçe takdir eder (TMK. md. 184/1, 3, 4). Davacıya delilleri sorulmadan ve bu deliller toplanmaksızın dava ispatlanmış kabul edilerek yazılı şekilde boşanmaya karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır” (YAYINLANMAMIŞTIR). Hâkim davalının bu yöndeki ikrarını hükme esas alamaz (ÖZTAN, Makale, s. 726).

⁵¹⁸ ÖZTAN, Boşanma, s. 135.

⁵¹⁹ ÖZTAN, Boşanma, s. 135.

⁵²⁰ GENÇCAN, s. 399.

⁵²¹ GENÇCAN, s. 399.

da olay içerikli ve görgüye dayanan nitelikli olması ve birbiriyle çelişkili durum arz etmemesi gerekir. Tanıkların davacı ya da üçüncü kişilerden duydukları anlatımlarına değer verilemez. Ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı boşanma sebebinde olduğu gibi, akrabalık ilişkisi tek başına tanık anlatımlarını değersiz kılan bir olgu değildir. Zira kural, aksi ispatlanıncaya kadar tanıkların doğru söyledikleridir. Ancak yakın akrabaların ve müşterek çocukların evlilik birliğinin devamını temenni etmeleri kaçınılmaz olacağından, bu ifadelerin gerçeği mutlak olarak yansıtmayacağı durumunu gözden uzak tutmamak gerekir⁵²².

Eşlerin müşterek hayatı tatil ettiklerini belirlemede, tanıklara özellikle de eşlerin yatak, tabak ve ocak anlamında birlikteliklerinin sürüp sürmediği titizlikle sorulmalıdır⁵²³. Nitekim bu üç soru, eşlerin evlilik birliğini devam ettirme arzusu içerisinde olup olmadıklarını belirlemede kullanılabilecek önemli bir kıstastır.

Eşlerden birinin sürekli ve düzenli olarak tedbir ya da yoksulluk nafakası alması ve bu durumun da icra kayıtlarından kuşkuya mahal vermeyecek şekilde anlaşılması halinde, evlilik birlikteliğinin devam ettiğine ilişkin tanık anlatımlarına değer verilemez. Gerçekten Yargıtay vermiş olduğu bir kararında ;“...Medeni Kanunun 166/son maddesi boşanma sebeplerinden herhangi biriyle açılmış bulunan davanın reddine karar verilmesi ve bu kararın kesinleştiği tarihten başlayarak üç yıl geçmesi halinde, her ne sebeple olursa olsun ortak hayat yeniden kurulmamışsa evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır ve eşlerden birinin istemi üzerine boşanmaya karar verilir kuralını getirmiştir. Önceki dava retle sonuçlanmış ve 15.09.1998’de kesinleşmiştir. Aradan üç yıl geçtikten sonra 18.07.2002’de bu dava açılmıştır. Kadın tarafından 15.06.1998’de nafaka davası açılmış 25.03.1999’da nafakaya hükmedilmiştir. 21.07.1999’da nafakanın artırılması istenilmiş 1.3.2000’de nafaka artırılmıştır. Artırılan nafaka 10.03.2000’de icraya konulmuş, aralıksız tahsil edilmiştir. Bu durum eşlerin retle sonuçlanan davadan sonra eşlerin bir araya gelmediklerine yönelik davacının tanık sözlerini doğrulamaktadır. Mahkemece boşanmaya karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde

⁵²² 2. HD., 22.12.2005, E. 2005/2003, K. 2005/18113 “...müşterek çocuk Altay’ın anne ve babasının zaman zaman bir araya geldikleri yolundaki beyanı ortak hayatın yeniden kurulması amacına yönelik olduğu kabule elverişli değildir. Davacı tanıkları da önceki davanın reddinden itibaren tarafların bir araya gelmediklerini belirtmişlerdir. Türk Medeni Kanunun 166/son deki şartlar oluşmuştur...” (GENÇCAN, s. 400).

⁵²³ GENÇCAN, s. 399.

hüküm kurulması usul ve yasaya aykırıdır” demek suretiyle bu yöne açıkça değinmiştir⁵²⁴.

Zira eşlerden birinin nafaka almaya devam etmesine rağmen evlilik birlikteliğinin devam ettiğini savunmak hayatın olağan akışıyla bağdaşmaz. Aynı şekilde eşlerden birinin diğer eşe karşı açmış olduğu nafaka davası ile eşler arasında ortaya çıkan ceza yargılamasını da bu nitelikte değerlendirmek gerekir⁵²⁵.

Bizce gerek nafaka ödenmesi ve buna ilişkin olarak açılan dava, gerekse de ceza yargılamaları bakımından ortaya çıkan durum değerlendirildiğinde, söz konusu hallerde ortak hayatın devam etmediğine ilişkin aksi ispatlanabilir güçlü bir karinenin ortaya çıktığını kabul etmek gerekir. Bu durumda tanık anlatımlarının hükme esas alınabilmesi, ortaya çıkan bu karinenin aksini ispatlayan değerde olmasına bağlıdır. Eşlerden birinin başka bir konutta oturduğunu belgeleyen kira kontratı, elektrik ve su faturaları da eşler arasındaki evlilik birliğinin tatile uğradığının kabulüne dayanak teşkil edecek güçlü delillerdendir. Aynı şekilde eşlerden birinin yurt dışında yaşadığını kanıtlayan pasaport ve gümrük giriş çıkış kayıtlarının da bu nitelikte kabul edilmesi gerekir.

Üç yıllık süre hakkın varlık koşulu olduğundan sürenin dolup dolmadığı ya da bu bakımdan şartın yerine gelip gelmediği hâkimlikçe re’sen göz önünde bulundurulmalıdır⁵²⁶.

Akıl hastalığı, ortak hayatın yeniden kurulamaması hukuksal nedenine dayalı olarak dava açılmasını engellemez. Zira ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma davalarında kusurluluğun hiçbir önemi yoktur. Taraflardan birinin ya da her ikisinin üç yıllık süreyi akıl hastalığı altında geçirmiş olmaları üç yıllık süreyi kesen

⁵²⁴ 2. HD., 19.04.2004, E. 2004/3608, K. 2004/4972 (YAYINLANMAMIŞTIR). 2. HD., 31.5.2005, E. 005/4158, K. 2005/8471 (**GENÇCAN**, s. 402). Bu kararlardan da anlaşılacağı üzere taraflar arasında nafaka tahsiline ilişkin icra dosyaları önemli delil niteliğindedir. Bu nedenle de taraflar arasında nafaka ödemine ilişkin icra dosyalarının celbi sağlanmalı ve değerlendirilmelidir.

⁵²⁵ 2. HD., 26.4.2004, E. 2004/4574, K.2004/5234 (**GENÇCAN**, s. 402). 2. HD., 11.1.2005, E. 2005/14772, K. 2005/223, ”...taraflar arasında zina nedenine dayalı olarak açılan ceza davasının bulunması karşısında evlilik birliğinin sağlıklı olarak devam ettiği sonucuna varılamaz” (**GENÇCAN**, s.104).

⁵²⁶ **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 123; **GENÇCAN**, s. 406. Bu süre maddi hukuka ilişkin bir süre niteliğindedir (**ÖZTAN**, Makale, s. 726).

nitelik ortaya koymaz⁵²⁷.

IV. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Açmış Olması

Eşlerden birinin ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı olarak boşanma davası açması gerekir. Bu davanın eşlerden herhangi birisi tarafından açılması mümkündür⁵²⁸. Bu anlamda retle sonuçlanan önceki davada ağır kusurlu görülen eş de bu davayı açabilir⁵²⁹.

Bir fikre göre, bu durum adaletsiz sonuçlar doğurabilecek nitelikte olduğundan eleştirilmelidir. Örneğin zina nedenine dayalı olarak açılan bir dava, davalının kusur itirazı nedeniyle reddedilmiş ve üç yıl sonra zina yapan eş tarafından ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı olarak dava açılmış ise, bu durumda davanın kabulü zina yapan eşi mükâfatlandırmak, diğer eşi ise cezalandırmak anlamını taşır⁵³⁰.

Bizce eşler üç yıl süre içerisinde kısa süreli de olsa bir araya gelmemişlerse, gerek şekli gerekse esas olarak son bulmuş bir evliliği devam ettirmenin gerek fertler gerekse de toplum açısından bir getirisi olmayacaktır. Bu açıdan bakıldığında ise, konulan hükmün yerinde bir hüküm olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı olarak açılan davalarda eşlerden hangisinin kusurlu olduğunun bir önemi yoktur⁵³¹. Burada önemli olan olgu, evlilik birliğine belli bir süre ara verilmiş olmasıdır. Davanın tamamen kusurlu olan eş tarafından açılması mümkündür. Burada “kimse kendi kusuruna dayalı olarak bir menfaat elde edemez” şeklindeki hukuk genel ilkesinin uygulanma olanağı da yoktur.

⁵²⁷ 2. HD., 22.11.1990, E. 1990/11365, K. 1990/11324 (YKD. , 1991/4, s. 537) .

⁵²⁸ **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 122.

⁵²⁹ **AKINTÜRK**, s. 266.

⁵³⁰ **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 123.

⁵³¹ **OĞUZMAN / DURAL**, s. 132; **CEYLAN** , s. 26. 2. , HD., 8,1.1990, E.1990/9499, K. 1990/25, “...fili ayrılık nedeniyle boşanmaya karar verilebilmesi için tarafların kusur durumlarının ayrıca araştırılmayacağı (eşlerden birinin kusurlu olmasının sonucu değiştirmeyeceği)...”(YKD., 1990/4, s. 531). **ÖZTAN**, Boşanma, s. 136; **GENÇCAN**, s. 390.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı boşanma davasının hangi eş tarafından açıldığıнын bir önemi yoktur. Eşlerden herhangi birinin bu davayı açması mümkündür⁵³². Bu davanın retle sonuçlanan davanın davacısı tarafından açılması koşulu da yoktur⁵³³. Davanın bir önceki davanın davacısı ya da davalısı tarafından açılması mümkündür. Davalının açılan davanın hakkın kötüye kullanılmasına sebebiyet verdiğinden bahisle yapmış olduğu itirazın dinlenme olanağı yoktur. Zira ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenine dayalı olarak açılan boşanma davaları mutlak nitelikte olup, davaya ilişkin şartların yerine gelmesi durumunda hâkim boşanmaya karar vermekle yükümlüdür⁵³⁴. Bu bakımdan hâkimin takdir yetkisi dahi yoktur. Başka bir deyişle, hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedenine dayalı davalarda olduğu gibi evlilik birliğinin devamının eşlerden beklenemeyecek derecede sarsılıp sarsılmadığını araştırma yükümlülüğü olmadığı gibi bu konuda takdir yetkisi dahi yoktur

⁵³² Kanun koyucu bu düzenlemeyle ağır kusuru ya da tamamen kusurlu olması sebebiyle boşanamayan eşin boşanmasını sağlama amacını gütmüştür (**OĞUZMAN / DURAL**, s. 130–132).

⁵³³ **HATEMİ**, s. 108; **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 123; **HATEMİ / SEROZAN**, s. 239; **GENÇCAN**, s. 386.

⁵³⁴ **DURAL / ÖĞÜZ / GÜMÜŞ**, s. 123; **CEYLAN**, s. 26; **OĞUZMAN/DURAL**, s. 132.

SONUÇ

Türk hukukunda boşanma nedenleri bakımından sebebe bağlılık ilkesi geçerlidir. Buna göre hâkim, eşlerin boşanmalarının sağlanması noktasında, kanunda öngörülmeleyen bir nedene dayalı olarak boşanmaya karar veremez. Boşanma sebepleri, Medeni Kanunumuzun m. 161–166 arasında düzenleme bulmuştur. Bu düzenlemeye bağlı olarak ise, hukukumuzda boşanma sebepleri genel ve özel sebepler olarak ikiye ayrılmıştır. Genel boşanma sebepleri evlilik birliğinin temelinden sarsılması, anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması sebeplerinin genel boşanma sebeplerinden olup olmadığı tartışmalı olmakla birlikte, bu iki nedenin MK m. 166’ da düzenlenmiş olması ve bu maddenin lafzında kanun koyucunun evlilik birliğinin sarsılmış olduğunu karine olarak kabul etmiş olması karşısında bu iki nedenin de genel boşanma sebeplerinden olduğu kanaatine varılmıştır. Ancak anlaşmalı boşanma ile ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinde hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığı yönünde herhangi bir araştırma yapma yetki ve görevinin olmaması, bu duruma bağlı olarak tarafların bu yönde ispat yükümlülüklerinin bulunmaması, buna karşın; evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında birliğin temelinden sarsılıp sarsılmadığının dosya kapsamında ispatlanması gereğinin zorunluluk olarak ortaya çıkması göz önünde bulundurulduğunda anlaşmalı boşanma ve ortak hayatın yeniden kurulamaması nedenlerinin farklı maddelerde toplanması daha yerinde bir düzenleme olurdu.

Öte yandan özel ve genel boşanma sebeplerinin tek çatı altında toplanması hukuki işleyiş açısından daha faydalı olacağı kanaatini taşımaktayız. Nitekim Alman ve İsviçre hukukunda yapılan son değişikliklerle özel boşanma nedenleri tamamen terk edilerek genel boşanma nedenleri mevzuat sisteminde geçerliliğini muhafaza etmiştir. Uygulamada genel boşanma nedenlerinden evlilik birliğinin temelinden sarsılması aynı zamanda özel boşanma nedenlerini de kapsamına aldığından, özel boşanma nedenlerine dayalı olarak açılan davaların nadir olarak ortaya çıktığını görmekteyiz. Zira evlilik birliğinin temelinden sarsılmasında belli olgu ya da olay söz konusu olmayıp her türlü olayın geçimsizliğe sebebiyet vermesi mümkündür. Buna karşın özel boşanma nedenlerinde ise, ancak kanun koyucunun öngörmüş olduğu olayların geçimsizliğe esas

alınabilmesi söz konusudur. Kaldı ki suç işlemek haysiyetsiz hayat sürme ve akıl hastalığında olduğu gibi boşanmaya karar verilebilmesi için kanun koyucunun öngördüğü olayların meydana gelmiş olmasının yanında, aynı zamanda evlilik birliğinin çekilmez hale de gelmiş olması aranır. Bunlara bağlı olarak, genel boşanma nedenlerinin özel boşanma nedenlerini kapsadığı ayrıca evlilik birliğinin temelinden sarsılması için öngörülmüş olan çekilmezlik koşulunun bir kısım özel boşanma nedenleri bakımından da öngörüldüğü söylenebilir.

Yargıtay ve öğretide bazı yazarlarca fiili ayrılık tek başına evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeni olarak kabul edilmemektedir. Bizce fiili terk evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olmalıdır. Bu durumda evliliğin çekilmez hale geldiğini kabul etmek gerekir. Nitekim evlilik birliğinin temelinden sarsılması aktif eylemlerle olabileceği gibi, pasif davranışlarla da mümkündür. Bu duruma ilişkin olarak kanun kapsamında sınırlayıcı bir hüküm bulunmamaktadır. Boşanmaya karar verilebilmesi bakımından ortada terke dayanan bir dava şartını arayan Yargıtay uygulaması MK 166' nın ruhi ve lâfzî yorum tarzına aykırılık teşkil edeceği gibi, taraf menfaatleri ile usul ekonomisine de uygunluk sağlamayacaktır.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınabilecek olaylardan sonra eşlerin bir araya gelmiş olması halinde eşlerin önceki olayları affetmiş sayılacaklarına ilişkin Yargıtay uygulaması da yerinde değildir. Zira bu durumda genel bir kıstas ortaya konulamaz. Burada her olayın özellik ve nitelikleri evlilik birliğinin temelinden sarsılmasının tespiti bağlamında değerlendirilmelidir. Buna bağlı olarak bu gibi durumların anılan sonucu doğurması, bir araya gelmelerin uzun süreli olarak ortaya çıkmasına bağlı tutulmalıdır. Eski Medeni Kanunu'muzda 1988 yılında kabul edilen 3444 sayılı yasayla yapılan değişikliğe kadar daha ağır kusurlu eşe de evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak dava açma imkânı tanınmıştı. Anılan yasayla yapılan değişiklikten sonra kusur evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı davalar bakımından tali planda tutularak daha ağır kusurlu eşe de dava açma hakkı tanındı. Bu düzenleme geçerliliğini yeni Medeni Kanunumuzda da aynen korudu.

Ancak hemen belirtelim ki, uygulamada tamamen kusurlu olan e e dava açma hakkı tanınmamaktadır. Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi davalının az da olsa kusurlu olmasına bağlanmıştır. Bizce Yargıtay'ın bu uygulamasını kül haline gelmiş aile birlikteliklerinin sona ermesini engelleyici nitelikte görmek gerekir. Nitekim kanun koyucunun öngördüğü birinci olgu objektiftir, sübjektiflik değildir; burada önemli olan evlilik birliğinin çekilmez hal almış olmasıdır. Eş söyleyişle önemli olan olgunun evlilik birliğinin sarsılmış olmasının varlığı karşısında, bu sonucun oluşmasına sebebiyet veren saik önem taşımaz; burada önem taşıyan durum sonuçtur, sübjektiflik başka bir anlamda eşlerin kusurluluğu değildir.

Öğretide çoğunluğun görüşüne göre MK m. 166' da geçen itiraz kavramıyla kastedilen def'idir. Bizce hakkın kötüye kullanılması doğuracak nitelikteki olayların def i niteliğinde olduğunu savunmak, hakkın kötüye kullanılması yasağıyla kanun koyucunun kast ettiği niyete aykırılık teşkil eder. O halde burada şu sonuca varmamız mümkündür; ileri sürülen kusurluluğa ilişkin olguların defi niteliğinde olması ancak hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurmayan niteliğe sahip olmasına bağlıdır. Hakkın kötüye kullanılması sonucunun doğduğu hallerde ileri sürülen olgular itiraz niteliğinde değerlendirilerek hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınacaktır.

Dava dilekçesinde hem özel hem de genel boşanma nedenlerine aynı anda dayanılması mümkündür. Ancak bu durumda hâkimin araştırmasını ilk olarak evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak yapması gerekir. Zira taraf menfaatleri bu duruma imkân tanır. Buna karşın taraflar aynı dava dilekçesinde birden fazla özel boşanma nedenlerine aynı anda dayanamaz. Zira  zel boşanma nedenleri arasında birleşme söz konusu değildir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı davalarda çekilmezliğin belirlenmesinde önemli olan durum eşlerin aynı çatı altına yaşayıp yaşamadıkları değil, eşlerin evlilik birliğinin hak ve yükümlülüklerine ilişkin olarak ortaya koydukları davranışların nitelikleridir.

Evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına dayalı olarak dava açılabilmesi, buna ilişkin olarak ortaya çıkan olayların resmi evlilik akdinden sonra meydana gelmesine bağlı olmasına karşın, resmi nikâhtan sonra eşlerin bir araya gelmelerine tabi tutulamaz.

Daha öncesinde reddedilen davanın feragatle sonuçlanması durumunda feragatten önce meydana gelen olaylar evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına esas alınamaz.

Kocanın bağımsız ev temin etmemesi tek başına boşanma sebebi teşkil etmez. Buna ilişkin durumu eşlerin yapısıyla içinde yaşadıkları kültürün niteliklerini göz önünde bulundurarak belirlemek gerekir.

Her türlü hastalık boşanmaya neden olamaz. Hastalıkların boşanmaya sebep olabilmesi için, ortaya çıkan hastalığın eşler ve çocukların hayatlarını tehlikeye düşürebilecek nitelikte olması gerekir.

Anlaşmalı boşanma hukuk sistemimize 1988 tarihinde 3444 sayılı yasayla 743 sayılı Medeni Kanunumuzda tapılan değişlikle getirilmiştir. Anlaşmalı boşanmada evlilik birliğinin temelinden sarsılması nedeninin aksine, tarafların ikrarı hâkimi bağlar. Eşlerin birlikte başvurmaları halinde, evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğu yönünde aksinin öngörölmesi mümkün olmayan kanuni bir karine ortaya çıkar.

Hâkimin evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olup olmadığının tespiti bakımından araştırma yapma yetki ve yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak hâkimin çocukların durumuyla evliğin mali sonuçlarını yerinde bulması gerekir. Hâkimin bu iki duruma ilişkin olarak ortaya çıkan protokolü yerinde görmemesi halinde protokol üzerinde gereken değişiklikleri yapması mümkündür. Anlaşmalı boşanmaya karar verilebilmesi için tarafların hâkimin yapmış olduğu protokole ilişkin değişikleri kabul etmiş olmaları gerekir. Hâkim çocukların durumuyla mali sonuçlara ilişkin protokol hükümlerini yerinde görmemesinin gerekçelerini ortaya koymalı, bu bakımdan tarafları ikna etmelidir.

Anlaşmalı boşanmada hâkimin tarafların ikrarıyla bağlı olacaklarına ilişkin kaide evlilik birliğinin çekilmez hale gelip gelmediğinin tespiti bakımındandır. Hâkim çocukların durumuyla, mali hükümler bakımından tarafların ikrarıyla bağlı değildir. Bu konularda mahkemece gerekli araştırmaların yapılması mümkündür. Hemen belirtelim ki hâkimin, evlilik birliğinin temelinden sarsılıp sarsılmadığına ilişkin olmak üzere araştırma yapma yükümlülüğünün bulunmamasına karşın, tarafların boşanma hususundaki iradelerini serbestçe ortaya koyup koymadıklarını denetleme ve gözlemlleme yükümlüğü vardır. Hatta hâkim bu yönde uzman kişilerin görüşünden de faydalanabilir. Bu durumun doğal sonucu olarak hâkim eşleri bizzat dinlemelidir. Buna ilişkin olarak taraf vekillerinin dinlenmesi ya da istinabe yoluyla tarafların beyanlarının alınması mümkün değildir. Eşler bizzat davanın açıldığı mahkeme hâkimi tarafından dinlenmelidir. Buna bağlı olarak akıl hastalarının anlaşmalı olarak boşanmalarına karar verilemez.

Çocukların durumuna özellikle de velayete ilişkin hususlarla iştirak nafakası ile ilgili konular girer. Mali sonuçlara ise maddi, manevi tazminat ile yoksulluk nafakası girer. Bu kalemler dışındaki hususlar hâkim tarafından yerinde görülme bile boşanmaya karar verilebilir. Zira protokol hükümlerinin uygun görülmesine ilişkin zorunluluk sadece çocukların durumu ve mali sonuçlarla sınırlıdır. Ayrıca tarafların bu kalemler dışındaki hususlar bakımından herhangi bir belirleme yapmaları mümkündür.

Anlaşmalı boşanmada saikin önemli olup olmadığına ilişkin olarak Yargıtay'ın eski tarihli kararlarıyla yeni tarihli kararları arasında bir birlik yoktur. Ancak Yargıtay'ca verilmiş olan son tarihli kararlar saikin önemli olduğu yönündedir. Uygulamada ortaya çıkan anlaşmalı boşanma davalarının büyük bir çoğunluğu kadının dul maaşı alması ya da kocanın yurt dışına gitmesi amacına dayalı olarak ortaya çıkmaktadır. Bu ve buna benzer durumlar dikkate alındığında anlaşmalı boşanmada saikin denetlenmemesi durumu kanuna karşı hile sonucunu doğurabilecektir. Hiç kuşkusuz hukuka aykırı bir durumun yasalarla korunması olanaklı değildir.

Yargıtay uygulamasına göre anlaşmalı boşanmaya ilişkin şartların yerine gelmemesi halinde dava reddedilmemeli, davaya kaldığı yerden evlilik birliğinin

temelinden sarsılmasına dayalı boşanma davası olarak devam edilerek, bu yöndeki taraf deliller toplanmalıdır.

Ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı olarak boşanmaya karar verilebilmesi için, daha öncesinde herhangi bir nedene dayalı olarak açılan boşanma davasının herhangi bir nedenle retle sonuçlanması, buna ilişkin kararın kesinleşmesinden itibaren üç yılın geçmesi ve bu süre içerisinde eşlerin evlilik birliğinin kendilerine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmekten ve hakları kullanmaktan kaçınma sonucunu doğuracak bir biçimde bir araya gelmemiş olmaları gerekir. Ortak hayatın yeniden kurulamamasına ilişkin olarak öngörülen kanuni şartların yerine gelmiş olması durumunda, evlilik birliğinin sarsılmış olduğu kanuni karine olarak kabul edilmiş olup, bu karinenin aksinin öngörülmesi mümkün değildir. Bu anlamda tarafların evlilik birliğinin temelinden sarsılmış olduğunu ispat etmeleri gerekli olmadığı gibi, hâkimin de bu yönde herhangi bir araştırma yapma yükümlülüğü ya da yetkisi bulunmamaktadır. Tarafların üç yıllık süre boyunca kesintisiz olarak bir araya gelmemiş olmaları gerekir. Eşlerin bir araya gelmelerinin boşanmaya engel teşkil edebilmesi için fiili ayrılığın evlilik birliğinin kendilerine yüklediği yükümlükleri yerine getirmekten ve sağladığı hakları kullanmaktan kaçınma amacını taşıması gerekir.

Davalının açılan davanın reddini sağlayabilmesi için üç yıllık süre içerisinde belirtilen amaçlarla eşiyle bir araya gelmediğini ispatlaması gerekir. Burada söz konusu ayrılığın uzunluk ya da kısalığının herhangi bir önemi yoktur. Kısa süreli bir araya gelmeler dahi bu şartın oluşumuna engel teşkil eder. Belirtelim ki aynı dilekçede fiili ayrığa ve evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına aynı anda dayanılması mümkündür. Ancak bu durumda her iki neden bakımından araştırma yapılarak ayrı ayrı hüküm kurulmalıdır.

Ortak hayatın yeniden kurulamaması nedeninde kusurun hiçbir önemi yoktur. Öncesinde açılan boşanma davasında tamamen kusurlu görülen eş dahi dava açabilir. Özellikle belirtelim ki, ortak hayatın yeniden kurulamamasına dayalı boşanma davalarında boşanmanın eki niteliğindeki talepler bakımından istemde bulunmak hukuken mümkündür. Bu durumda hâkim kusura ilişkin olguları araştırarak anılan

talepler bakımından olumlu ya da olumsuz bir karar vermelidir. Ortak hayatın yeniden kurulamamasına ilişkin davaya esas alınacak retle sonuçlanan boşanma davasının feragatle sonuçlanması durumunda da bu şartın yerine geldiğinin kabulü gerekir. Zira bu durumda ortaya çıkan sonuç hüküm ret hükmü niteliğindedir.

KAYNAKÇA*

- AKCAN, Recep** Usul Kurallarına Aykırılığa Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999.
- AKGÜN, Zerrin M.** Boşanma Hukuku, İstanbul 1949.
- AKINTÜRK, Turgut** Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. 2, 9. Baskı, İstanbul 2004.
- ALANGOYA, Yavuz** Medeni Usul Hukuku Esasları, 3. Baskı, İstanbul 2003.
- ATEŞ, Turan** “Medeni Kanunda Boşanma”, LEGAL Hukuk Dergisi, Y.4, S. 39, Mart 2006, s.740–750.
- AYAN, Mehmet** Medeni Hukuka Giriş, 2. Baskı, Konya 2005, (Giriş).
- AYAN, Serkan** Evlilik Birliğinin Korunması, TBB. , Ankara 2004, (Evlilik Birliğinin Korunması).
- AYAN, Serkan** “Hukuki Yönden Aile İçi Şiddet, LEGAL Hukuk Dergisi”, Y. 4, S. 38, Şubat 2006, s. 415–445, (Makale).
- AYİTER, Nuşin** “Medeni Kanun Hükümlerine Göre Boşanmanın Genel Sebebi İmtizaçsızlık ve Yargıtay Uygulaması”, AÜHF. 50. Yıl Armağanı, C. III, s.165–174, Ankara 1977.
- BAKTIR, Selma** Aile Mahkemeleri, Ankara 2003.
- BELGESAY, Mustafa R.** Türk Kanunu Medenisi Şerhi, Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1949.

* Çalışmamızda, birden fazla eserinden faydalanan yazarların eserleri, karışıklığa sebep olmaması maksadı ile kaynakçada kısaltıldığı biçimde metin içinde kullanılmıştır.

- BİÇKİN, İnci** “Medeni Yasada Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları”, İBD., C. 80, S.5, Eylül-Ekim 2006, s.1875-1901.
- BİRSEN, Kemalettin** Medeni Hukuk Dersleri, 6. Baskı, İstanbul 1966.
- BURCUOĞLU, Haluk** “ Alman Hukukunda yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler”, İÜHFM., C. XLVIII-XLIX, S. 1-4, İstanbul 1983.
- CAMCI, Ömer** Boşanma, Tazminat ve Yoksulluk Nafakası, 2. Baskı, İstanbul 1998.
- CANSEL, Erol** “Boşanmanın Dayandığı Hukuki Esaslar”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. 2, Boşanma Haftası 50. Yılı Armağanı, Ankara 1977.
- CEYLAN, Ebru** Türk İsviçre Hukukunda Boşanmanın Hukuki Sonuçları, İstanbul 2006.
- CİN, Halil** Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. Baskı, Konya 1988.
- ÇAKIN, Akın** Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma, Ankara 1999.
- DOĞAN, İzzet** “Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı”, LEGAL Hukuk Dergisi, Y.4,S.40, Nisan 2006, s.1031–1035.
- DURAL, Mustafa / ÖĞÜZ, Tufan /**
- GÜMÜŞ, M. Alper** Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. 3, İstanbul 2005.

- EGGER, August** Zürcher Kommentar, Familienrecht, 1. Abteilung, Das Eherecht, (Art. 90–251, ZGB.), Zürich, 1936, (Çev. Tahir Çağa, İstanbul 1943).
- ERGÜN, Zafer** Boşanma, Nişanlanma –Evlenme –Butlan-Velayet-Kişisel ilişki- Nafaka Maddi ve Manevi Tazminat –Mal Rejimi Davaları, 2. Baskı, Ankara 2004.
- ARSEBÜK, A. Esat** Medeni Hukuk, Aile Hukuku, C. 2, Ankara 1940
- FEYZİOĞLU, Feyzi N.** Aile Hukuku, 3.Baskı, İstanbul 1986.
- GENÇCAN, Ömer Uğur** Boşanma Hukuku, Ankara 2006.
- GÖNENÇ, Fulya İ.** “Roma Hukukunda Boşanma”, AÜEHFD, C. 7, S. 1–2, 2003.
- GÖNENSAY, Samim A.** Medeni Hukuk, Aile Hukuku, C. 2, İstanbul 1937.
- GÜRSOY, Kemal Tahir** “Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler”, AÜHF 50. Yıl Armağanı, C. II Boşanma Hukuku Haftası, Ankara 1977.
- HATEMİ, Hüseyin** Aile Hukuku I, İstanbul 2005.
- HATEMİ, Hüseyin/**
- SEROZAN, Rona** Aile Hukuku, İstanbul 1993.
- HELVACI, Serap** İsviçre ve Türk Hukuklarında Boşanma Sebepleri”, Prof. Dr. Ömer TEOMAN’a 55. Yaş Günü Armağanı, C. 2, İstanbul 2002, 1151–1269.
- İNAL, Nihat** Uygulamada Boşanma Davaları, Ankara 1992.

- İPEKÇİ, Nizam** Mukayeseli Yeni Medeni Kanunu ve Değişikliklerin Kapsamı, 2. Bası, Ankara 2003.
- KAÇAK, Nazif** Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması Nedeniyle Boşanma Davaları, Ankara 2007, (Evlilik Birliğinin Temelinden Sarsılması).
- KAÇAK, Nazif** Hukuk Davalarına İlişkin 2005 Yılına Ait Emsal İçtihatlar Külliyatı, Ankara 2006, (İçtihat)
- KANDİL, Seher** Türk Hukukunda Terk Sebebi İle Boşanma, Ankara 2006.
- KARAHASAN, Mustafa R.** “Boşanma Hukukunda Kusur Meselesi ve Bir Genel Kurul Kararı”, İBD, C. 36–37, S. 3, İstanbul 1962.
- KILIÇOĞLU, Ahmet** Medeni Kanunumuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2. Bası, Ankara 2004.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/**
- KANETİ, Selim** Aile Hukuku, 2. Baskı, İstanbul 1986.
- KÖSEOĞLU, Bilal** “Boşanma Hukukunda Kusur İlkesinin Önemi”, Terazi Aylık Hukuk Dergisi, Y.1, S.1, 2006, s.7–13.
- KUNTALP, Erden** “ Mutlak Boşanma Nedenleri”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı, C. II, Boşanma Haftası, Ankara 1977.
- KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/**
- YILMAZ, Ejder** Medeni Usul Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2001.
- NİRUN, Nihat** Sistematiik ve Sosyolojik Yönden Aile ve Kültür, Ankara 2004.
- OĞUZMAN, Kemal /**

- DURAL, Mustafa** Aile Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 1998.
- EDİS, Seyfullah** Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 2. Bası, Ankara 1983.
- OLGAÇ, Senai** İlmi ve Kazai İçtihatlarla Türk Medeni Kanun Şerhi, İstanbul 1967.
- ÖZDAMAR, Demet** Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Ankara 2002.
- ÖZDEMİR, Nevzat** Türk-İsviçre Hukuku'nda Anlaşmalı Boşanma, İstanbul 2003.
- ÖZTAN, Bilge** Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara 2004, (Aile).
- ÖZTAN, Bilge** “Türk Medeni Kanununa Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler Özellikle Boşanma”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’ e Armağan, Ankara 2003, s.713–728, (Boşanma)
- ÖZTAN, Bilge** “3444 Sayılı Kanunla Getirilen Değişiklikten Sonra Medeni Kanunun 134. Maddesi”, Prof. Dr. Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.110–137, (Makale)
- ÖZUĞUR, Ali İ.** Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler, Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları, Aile Mahkemelerini Kuruluş Görev ve Yargılama Usulleri, Ankara 2004.
- PEKCANTEZ, Hakan/ATALAY, Oğuz/**
- MUHAMMET, Özekes** Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2001.
- REŞİT, Mustafa** Aile Hukuku, 2.Baskı, İstanbul 1931.

- RUHİ, Ahmet Cemal** Türk Hukukunda Boşanma, Boşanmanın Sonuçları, Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 2004.
- SAYMEN, Ferit H./**
- ELBİR, Halid K.** Türk Medeni Kanunu, C. 3, İstanbul 1957.
- SCHWARZ, Andreas B.** Aile Hukuku, (çev. DAVRAN, B.), C. I, İkinci Bası, İstanbul 1946.
- ŞENER, Esat** Türk Medeni Kanunu, Ankara 1996.
- ŞENOL, Şenol** “Terk Nedeni ile Boşanma”, AD. , Y. 79, S. 3, Mayıs-Haziran 1988.
- TEKİNAY, S.Sulhi** Türk Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 1990.
- TEPECİ, Kamil** Türk Kanunu Medenisi, C.1, 2. Baskı, Ankara 1955.
- TOPUZ, Murat** “Yargıtay Kararları Bağlamında Terk Sebebi ile Boşanma”, MÜHFD, Yayın No 8, C. II, İstanbul 2006.
- TUTUMLU, Mehmet A.** Boşanma Yargılaması Hukuku, C. 2, Ankara 2005.
- TUTUMLU, Mehmet A.** Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı, Boşanma Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2002,(Boşanma).
- UÇAR, Mehmet Ali** Aile İçi Şiddet ve Aile Koruma Yasası, Ankara 2003.
- UYAR, Talih** “Yargıtay Kararlarında” Evlilik Birliğinin Sarsılması veya Müşterek Hayatın Yeniden Kurulamaması Nedeniyle Boşanma”, Prof. Dr. Kemal Oğuzman Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.1229–1281, (Makale).
- UYAR, Talih.** Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli ve İçtihatlı) Aile Hukuku (MK m. 118–494), C. I, Ankara 2002, (Aile).

UYAR, Talih/UYAR, Alper/

UYAR, Cüneyt Gerekçeli İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Ankara 2006.

VELİDEDEOĞLU, H.Veldet Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 4. Baskı, İstanbul 1960, (Aile).

VELİDEDEOĞLU, H.Veldet “İmtizaçsızlık Sebebiyle Boşanmada Kusur Mefhumu”, İstanbul 1943 , (Makale).

YALÇINKAYA, Nevzat/

KALELİ, Şakir Yeni Boşanma Hukuku, C. 2, 2. Baskı, Ankara 1988.

YILMAZ, Ejder Hukuk Sözlüğü, 7. Baskı, Ankara 2002.

ZEVKLİLER, Aydın/ ACABEY, M. Beşir/

GÖKYAYLA, K. Emre Zevkliler Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 6. Baskı, Ankara 1999.

KULLANILAN BİLGİ BANKALARI

AKİP YAZILIM İÇTİHAT BİLGİ BANKASI. [http:// www.akip.com.tr](http://www.akip.com.tr),(01.01.2007).

KAZANCI İÇTİHAT BİLGİ BANKASI. [http:// www. kazanci. com.tr](http://www.kazanci.com.tr) ,(01.01.2004).

MEŞE YAZILIM İÇTİHAT BİLGİ BANKASI. [http:// www.meşe.com.tr](http://www.meşe.com.tr),(01.01.2006).