

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BOŞANMA SEBEBİ OLARAK ZİNA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Çağrı KAYCIOĞLU

Ankara-2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BOŞANMA SEBEBİ OLARAK ZİNA

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Çağrı KAYCIOĞLU

Tez Danışmanı
Doç. Dr. Yıldız ABİK

Ankara-2022

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI

BOŞANMA SEBEBİ OLARAK ZİNA

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Doç. Dr. Yıldız ABİK

TEZ JÜRİSİ ÜYELERİ

Adı ve Soyadı

İmzası

1- Prof. Dr. Hasan İŞGÜZAR

2- Doç. Dr. Yıldız ABİK

3- Dr. Öğr. Üyesi Vehbi Umut ERKAN

Tez Savunması Tarihi

23.06.2022

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Doç. Dr. Yıldız ABİK danışmanlığında hazırladığım “Boşanma Sebebi Olarak Zina” adlı yüksek lisans tezimdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu, başka kaynaklardan aldığım bilgileri metinde ve kaynakçada eksiksiz olarak gösterdiğimi, çalışma sürecinde bilimsel araştırma ve etik kurallarına uygun olarak davrandığımı ve aksinin ortaya çıkması durumunda her türlü yasal sonucu kabul edeceğimi beyan ederim.

23.06.2022

Çağrı KAYCIOĞLU

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR CETVELİ.....	iii
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİ VE ZİNAYA DAİR TEMEL HUSUSLAR

1.1. Evlilik Birliğinde Eşlerin Birbirlerine Karşı Hak ve Mükellefiyetleri	4
1.1.1. Umumi Olarak	4
1.1.2. Sadakat Mükellefiyeti	7
1.2. Zina.....	11
1.2.1. Zinanın Tarihçesi ve Tarifi	11
1.2.2. Hukuki Niteliği	15
1.2.3. Zina Sayılmayan Durumlar.....	19
1.2.4. Türk Hukuk Tarihinde Zina.....	25
1.2.4.1. Cumhuriyetten Önceki Devre	25
1.2.4.2. Cumhuriyetten Sonraki Devre	29
1.2.4.2.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda Zina Fiili	29
1.2.4.2.2. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde Zina	33

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA SEBEBİ OLARAK ZİNA

2.1. Hususi Bir Boşanma Sebebini Teşkil Etmesi.....	35
2.2. Mutlak Boşanma Sebebi Olması	38
2.3. Zina Sebebiyle Boşanma Davasının Açılabilmesinin Şartları.....	40
2.3.1. Evlilik Birliğinin Devam Etmesi	40
2.3.2. Başka Bir Kimseyle Cinsi Münasebetin Yaşanmış Olması	44
2.3.3. Kusur	48
2.3.4. Af Bulunmaması.....	50
2.3.5. Eşin Zinaya Muvafakati Meselesi	52
2.3.6. Hak Düşürücü Sürenin Geçmemiş Olması.....	55
2.4. Boşanma Davasının Görülmesi	56

2.4.1. Vazifeli ve Yetkili Mahkeme	56
2.4.2. Muhakeme Usulü.....	57
2.4.3. İspat Yüğü	61
2.5. Zina Sebebiyle Boşanmanın Neticeleri	71
2.5.1. Nafaka Mükellefiyeti.....	71
2.5.1.1. Yoksulluk Nafakası.....	72
2.5.1.1.1. Şartları.....	73
2.5.1.1.2. Zinanın Yoksulluk Nafakasına Tesiri	78
2.5.1.1.3. Müddeti ve Miktarın Değıştirilmesi	80
2.5.1.2. İştirak Nafakası.....	83
2.5.2. Zina Sebebiyle Boşanma Durumunda Velayet.....	85
2.5.2.1. Umumi Olarak	85
2.5.2.2. Zinanın Velayete Tesiri	87
2.5.2.3. Çocukla Şahsi İlişki Kurulması	89
2.5.3. Zina Sebebiyle Boşanmanın Mal Rejimine Tesirleri.....	91
2.5.3.1. Zinaya Dayalı Boşanmanın Kanuni Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Tesirleri.....	92
2.5.3.1.1. Umumi Olarak	92
2.5.3.1.2. Zina Sebebiyle Artık Değer Pay Oranının Azaltılmasının veya Kaldırılmasının Şartları	94
2.5.3.2. Zinaya Dayalı Boşanmanın Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimine Tesirleri	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZİNA SEBEBİYLE BOŞANMADA TAZMİNAT MESULİYETİ

3.1. Maddi Tazminat ve Şartları	101
3.2. Zina ve Kusur İlişisine Göre Maddi Tazminat	105
3.3. Manevi Tazminat ve Şartları	107
3.4. Zinaya Dayalı Boşanma Neticesinde Manevi Tazminat	110
3.5. Zina Sebebiyle Üçüncü Kişiden Tazminat Talebi.....	112
SONUÇ	116
KAYNAKÇA.....	118
ÖZET	123
ABSTRACT	124

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM	: Anayasa Mahkemesi
b.	: bent
BAM	: Bölge Adliye Mahkemesi
Bkz./bkz.	: Bakınız/bakınız
C.	: Cilt
CD	: Ceza Dairesi
ÇÜHFD	: Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
Dn./dn.	: Dipnot/dipnot
DÜHFD	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
E.	: Esas
Ed./ed.	: Editör/editör
eMK	: Türk Kanunu Medenisi
EMKR	: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi
ET	: Erişim Tarihi
eTCK	: Eski Türk Ceza Kanunu
HD	: Hukuk Dairesi

HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İKÜHFD	: İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
İsv.MK	: İsviçre Medeni Kanunu
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
K.	: Karar
Md./md.	: Madde/madde
MÜHF-HAD	: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi
PMA	: Paylaşmalı Mal Ayrılığı
RG	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TDK	: Türk Dil Kurumu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

GİRİŞ

Cemiyetin esasını aile oluşturur. Bu husus Anayasa'nın¹ 41. maddesinde de “Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır.” sözleriyle sarıh bir biçimde ifade edilmiştir. En dar manada aile, karı ve kocanın meydana getirdiği birliği ifade ederken daha geniş manada bu birliğe sonradan dahil olan çocukları da şümulüne alır.

Aile hukuku Medeni Kanun'un ikinci kitabını teşkil etmektedir. Kişiler hukuku ile miras hukuku kitapları arasında düzenlenmektedir. Kişiler hukuku ile olan yakın alakası bu sistematığı mantıklı kılar. Aile hukuku umumi olarak evlilik hukuku, nesep hukuku ve vesayet hukukundan meydana gelmektedir. Aile hukukunun en mühim meselesi ise evlilik müessesesidir. Evlilik birliği 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda² belirtilen şeraitin sağlanması halinde geçerli bir şekilde kurulmaktadır. Bu şartlar evlenme ehliyetine sahip yani Kanun'un istediği evlenme yaşına gelmiş ve mümeyyiz olan, aralarında evliliğe mani bir hal bulunmayan farklı cins iki kişinin hür iradeleriyle devletin resmi memurları önünde birbirleri ile evlenmek istediklerini açıklamasıdır. TMK'de evlilik birliğinin devamı müddetince eşlerin aralarındaki ilişkiler, “evliliğin

¹ 09.11.1982 T. ve 17863 Mükerrer sayılı RG ile yayımlanmıştır.

² 08.12.2001 T. ve 24607 sayılı RG ile yayımlanmıştır.

genel hükümleri” bölümünde yani 185-201 maddelerinin arasında ele alınmıştır. Bu düzenlemelerde evlilik birliğinden dolayı eşlerin birtakım hakları ve mükellefiyetlerinin bulunduğu belirtilmiştir. Bunlar arasında eşler açısından evlilik birliği içinde en fazla dikkat edilmesi gereken mükellefiyetlerden birisi de Kanun’un 185/III hükmünde düzenlenen sadakat mükellefiyetidir. Gerçekten, bir evliliğin sağlıklı ve huzurlu biçimde yürütülebilmesi için, birliğin devamı müddetince güven duygusunun çiftlerin her ikisi tarafından da hissedilmesi gerekmektedir.

Cinsi sadakat, sadakat mükellefiyeti içinde ele alınabilecek bir mefhumdur. Fertlerden birisinin cinsi sadakate mugayir bir davranışı manasına gelen zina, evlilik birliğinin sürmesine rağmen başka bir kimseyle cinsi münasebete girilmesine denilmektedir. Zina neredeyse bütün hukuk sistemlerinde bir boşanma sebebi olarak düzenlenmiştir. Türk hukuk sisteminde de zina fiili boşanma sebeplerinden birisi sayılması sebebiyle aile hukuku alanında daima ehemmiyete sahip olmuştur. İlaveten, aile müessesesinin devamının sağlanabilmesi için eşlerin sadakat mükellefiyetine uymaları gerektiğini değerlendiren kanun koyucu hukukumuzda zinayı yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda³ suça mevzu bir fiil olarak da kabul etmişti. Zina fiili o devrede evlilik birliğinde erkeğin ve kadının zinası olarak iki şekilde suç mevzuu olabilirdi. Anayasa Mahkemesi erkeğin zinasının ve kadının zinasının yer aldığı eTCK’deki düzenlemeleri iptal etmiştir. Böylece o devre itibarıyla zina fiilinin hukukumuzda suça mevzu bir fiil olarak kabulüne son verilmiştir. Artık müddeiumumiler bu mevzuda tahkikat yapamayacaklar ve zina yapanlar hakkında ceza mahkemelerinde dava açılmayacaktır.

³ 13.03.1926 T. ve 320 sayılı RG ile yayımlanmıştır.

TMK’de zinaya hususi boşanma sebepleri arasında yer verilmiştir. Mali neticeleri de dikkate alınırca zina fiilinin TMK düzenlemesi ayrı bir ehemmiyete sahiptir yani kanun koyucu zinaya sadece boşanmanın bir sebebi olarak bakmamış, sadakat mükellefiyetine de muhalefet teşkil eden bu fiile karşılık bazı müeyyideler de belirlemiştir. Tatbikatta da gerek hususi olarak bu sebebe dayanılması gerekse evlilik birliğinin sarsılmasına dayanılarak açılan davalarda kusurun tespiti zaviyesinden bu sebebe çok sık dayanılması sebebiyle zina fiilinin incelenmesi ehemmiyet arz etmektedir. Çalışmada boşanma sebebi olarak zina mefhumu tetkik edilecek ve bu şümulde evlilik birliğinde ortaya çıkardığı öteki neticelerinin de üzerinde durulacaktır.

Çalışmanın ilk bölümünde evlilik birliğine dair temel bilgilere yer verilecektir. Bu kontekst içinde eşlerin birlikten dolayı sahip bulundukları hakları ve mükellefiyetlerine değinilecek ve TMK md. 185/III hükmündeki sadakat mükellefiyetinden bahsedilecektir. Çalışma şümulünde mühim bir yeri olan cinsi sadakate mugayir davranılması manasını taşıyan zina mefhumuna dair temel bilgiler ve tarihçesi verilecektir.

İkinci bölümde TMK’ye göre boşanma sebebi olarak zina, boşanma davasında buna dayanmak için gereken şartlar ve zina sebebiyle boşanmanın neticeleri detaylı bir şekilde ele alınacaktır.

Üçüncü bölümde zina ile maddi ve manevi tazminat talepleri arasındaki münasebet ve yakın tarihte tartışma mevzuu olmuş zina sebebiyle üçüncü kişiden tazminat talebi anlatılacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

EVLİLİK BİRLİĞİ VE ZİNAYA DAİR TEMEL HUSUSLAR

1.1. Evlilik Birliğinde Eşlerin Birbirlerine Karşı Hak ve Mükellefiyetleri

1.1.1. Umumi Olarak

TMK'deki aile hukuku düzenlemeleri ekseriyetle amir vasfa sahip olmaları sebebiyle hususiyet arz etmektedir. TMK'de evlilik birliği ile ilgili düzenlemeler aile hukuku kitabının birinci kısmı olan “Evlilik Hukuku” içinde yer almaktadır. Bu kısmın üçüncü bölümünde “evliliğin genel hükümleri” ne yer verilmiştir. Kanun'un 185. ve devamındaki maddelerindeki bu düzenlemelerde evliliğin kurulmasının ardından eşlerin sahip oldukları hakları ile mükellefiyetleri ele alınmıştır. Bu hükümler arasında ayrıca eşlerin birbirlerine karşı hakları ve mükellefiyetlerine dair düzenlemeler bulunmaktadır⁴.

TMK'nin 185. maddesinde evlenmekle eşlerin aralarında evlilik birliğinin kurulduğu ifade edilmektedir. Düzenleme “evlenme” mefhumuyla, TMK md. 141'de ifade edilen şekilde resmi bir memur önünde ve iki şahit huzurunda evlenmeye yönelik eşlerin iradelerinin açıklanmasını ifade etmektedir⁵. Böylece düzenlemede ifade edilen

⁴ AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2020, s. 107; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015, s. 203.

⁵ KILIÇOĞLU, Aile, s. 204; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 107

Temyiz Mahkemesinin bir içtihadı birleştirme kararında evliliğin “*yetkili evlendirme memuru ve ayırt etme gücüne sahip iki tanığın önünde, evleneceklerden her birinin bu amaca uygun iradelerini sözlü olarak açıklamalarıyla*” kurulduğu belirtilmektedir.

şekilde yapılan evlenme merasiminin ardından eşlerin aralarında evlilik birliğinin kurulduğu kabul edilmiş olacaktır. Evlilik birliğinin “...bir erkekle bir kadının, şekli ve şartları hukuken düzenlenen bir akit ile tam bir hayat ortaklığı yaratmak üzere hayatlarını birleştirmeleri...” şeklinde tanımlanması mümkündür.⁶ Bir diğer değerli tanıma göre “evlilik kadın ve erkeğin eşitlik kuralı üzerine bir araya gelmesiyle kurulan ruhen, fıkren, ekonomik, bedeni bir yaşam birlikteliğidir.”⁷. Schwarz ise evliliği “Tam bir hayat ortaklığına erişmek üzere bir erkekle bir kadın tarafından kurulan ve devletin hukuk nizamınca kabul edilip düzenlenen daimi bir birlik” sözleriyle tanımlar⁸. Bu birliğin TMK’de ifade edilen şekilde kurulmasının ardından evlilik birliğinin “eşlerin birisinin ölümü”, “eşlerin boşanması”, “mutlak (TMK md. 145) yahut nisbi butlan (TMK md.148) nedenlerinden birisinin olması”, “ölüm karinesinin kabulü (TMK md. 31)” hallerinde sona ereceği kabul edilmektedir⁹. Eski çağlardan beri birçok cemiyette boşanma evliliği sona erdiren bir sebep olarak kabul edilmiştir. Öte taraftan ayrılık kararının verildiği, ortak hayatın fiilen sonlandırıldığı yahut boşanma davasının açıldığı

(Temyiz Mahkemesi 14.06.1965 T. 3/3 sayılı İBK) Bu karara atıfta bulunan karar için bkz. Temyiz Mahkemesi 2. HD 12.02.2014 T. 2014/1490 E. 2014/2584 K. uyap.gov.tr, ET: 18.04.2022.

⁶ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986, s. 83.

⁷ ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 190.

⁸ SCHWARZ, Andreas Bertalan: Aile Hukuku, Çeviren-Bülent Davran, 2. Baskı, İstanbul 1946, s. 27.

⁹ ÖZTAN, s. 186; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 107.

hallerde birliğin sona erdiğinden bahsedilmeyecek ve umumi hükümlerin uygulanmasına devam edilecektir¹⁰.

Evlilik birliğinin korunması ve sürdürülebilmesi gayesiyle eşlerin ikisinin de üstlenmiş bulundukları mükellefiyetlere riayet etmesini birbirlerinden isteme hakları bulunmaktadır¹¹. Eşler bu mükellefiyetlere uyma hususunda birbirlerine pratikte doğrudan bir mecburiyet yükleyememektedir. Fakat tatbikatta sık görülmemekle birlikte eşlerin kanuni olarak üstlenmiş bulunduğu vazifelerin hiçbir şekilde ifa edilmemesi yahut bunların ihmali durumunda diğer eşin, TMK md. 195 mucibince hakimden müdahale talebinde bulunabileceği kabul edilmektedir¹². Hakimin bu mevzudaki yetkilerinin geniş olduğunu kabul etmek gerekir.

TMK md. 185/III hükmünde eşlerin birlikte yaşam sürme, birbirlerine sadakat gösterme ve yardımcı olma mükellefiyetlerine yer verilmiştir. Bununla eşlerin birbirine yönelik tam ve sınırsız bağılılıkları kastedilmektedir. Bu hüküm bu haliyle TMK md. 2/I

¹⁰ GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 6; BADUR, Emel/TURAN BAŞARA, Gamze: Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 65, S. 1, Ankara 2016, s. 105.

¹¹ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978, s. 274; ÖZTAN, s. 191.

¹² TEKİNAY, s. 275; KILIÇOĞLU, Aile, s. 264-265; ÖZTAN, s. 191; DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, 14. Bası, İstanbul 2019, s. 185.

hükümünün dürüstlük kaidesine uymaya dair umumi emrinin eşler için şümüllü ve mutlak bir vurgusunu teşkil etmektedir¹³. TMK md. 185 evlilik birliğinin temel normu sayılmaktadır¹⁴. Bu sebeple evlilik birliği boyunca eşlerin birbirlerine karşı hakları ve mükellefiyetleri hususundan bahsedilirken bu madde hep göz önünde bulundurulmaktadır¹⁵.

1.1.2. Sadakat Mükellefiyeti

Karı ve koca hem hukuki hem fiili vasfa sahip evlilik birlikteliğinin saadetini elbirliği ile temin etmelidirler. Bu da öncelikle eşlerin birbirine saygı ve sevgi göstermesi ile mümkün olacaktır. TMK md. 185/III fıkrasında evlilik birliği sürerken eşlerin birbirlerine sadakat göstermeleri gerektiğinden bahsedilmektedir. Evlilik devam ederken eşlerin mükellefiyetleri arasında en fazla dikkat etmeleri gerekenlerden birisi sadakat mükellefiyetidir¹⁶. Kanun lafzen tefsir edildiğinde sadakat mükellefiyeti emredici

¹³ GÜMÜŞ, s. 12.

¹⁴ ÖZTAN, s. 186; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 161; ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019, s. 203.

¹⁵ GÜMÜŞ, s. 5; ÖZTAN, s. 191; ARAS, Bahattin: Sadakat Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, C. 11, S. 116, Ankara 2016, s. 3.

¹⁶ Sadakat kelimesi “*Kendisine iyilik edene, lutufta bulunup koruyana minnet ve şükran duyguları ile bağlanma, bu bağlılığa yakışır şekilde davranma, hâinlik ve döneklik etmeme, vefâkarlık gösterme bağlılık*” manasına gelmektedir; lugatim.com, ET: 15.06.2021.

mahiyete sahip bir kaidedir. Bu şekilde bir sadakat mecburiyeti konulması hem eşlere hem de çocuklara bakan yönüyle ailede sağlıklı bir birlikteliğin oluşturulması gayesini taşımaktadır. Gerçekten, daha sonra üzerinde durulacağı gibi, sadakat mefhumunun içinde hissi, fiziki ve mali sadakat de bulunmaktadır. Eşlerin birliğin devamı boyunca birbirlerine sevgi ve saygıyla yaklaşımları ve güven hissedilen vasatta çocuklarını yetiştirmeleri sayesinde içtimai düzenin korunması hususunda faydaları olacaktır. Sadakat mükellefiyetinde eşler arasında tam bir müsavat vardır. Eşler bilhassa sadakat mükellefiyeti şümulünde cinsi sadakate dikkat ettiklerinde cemiyette soy bağı karışıklığı büyük ölçüde engellenebilecektir. Bu sebeplerle evlilik müessesinin sosyal gayesinin yanı sıra cinsi arzuların tatmini amacına hizmet etmesi gibi sebeplerle sadakat mükellefiyetinin farklı bir ehemmiyeti bulunmaktadır¹⁷.

Sadakati yalnızca cinsi yönden ele almak yanlış olacaktır. Sözgelimi eşin üçüncü eşhas ile kuracağı samimi bazı ilişkiler bile bu mükellefiyetin ihlali manasına gelebilecektir. Eşin çok sık şekilde geceleri arkadaşları ile barda buluşması veya kahvehaneye gitmesi, başka kimselerle zina mertebesine varmayan flört hareketleri gibi hareketler buna misal olarak verilebilir¹⁸. Kanun koyucu sadakat mükellefiyetini tarif etmemiş ve yalnızca eşlerin birbirlerine karşı bu mükellefiyetlerine dikkat etmeleri gerektiğini ifade etmiştir. Doktrinde bu mükellefiyet, eşlerin birbirlerine yönelik tam ve

¹⁷ ATILKAN, Bilal: Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara, 2019, s. 12-13; ERSÖZ, Oğuz: Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2018, s. 35, Temyiz Mahkemesi HGK 14.03.2001 T. 2001/245 E. 2001/247 K. corpus.com.tr, ET: 04.04.2022.

¹⁸ GÜMÜŞ, s. 12.

sınırsız bağılıkları biçiminde tanımlanmaktadır¹⁹. Bunun yanı sıra sadakat mükellefiyetinin, evlilik birliğinin tarafları yönünden TMK md. 2’de belirtilen dürüstlük kaidesinin müşahhas hale getirilmiş hali olduğu öne sürülmektedir²⁰. Sadakat mükellefiyetinin şartsız ve geniş bir muhtevasının bulunduğu söylenebilir. Bu mükellefiyet sebebiyle birliğin devamı müddetince müşterek hayatın sürdürülebilmesi bakımından eşler tarafından fedakarlıkta bulunulmalıdır. Ayrıca bu mükellefiyetin, birliğe zarar verebilecek hareketlerden kaçınılmasını gerekli kılan mükellefiyet olarak da ifade edilebilmesi mümkündür²¹. Eşlerin birbirlerine ait sırları korumaları da sadakat mefhumunun şümulüne girecektir²².

TMK’de evliliğin umumi hükümleri içinde müsavat umdesine yer verilmiştir. Buna göre eşlerin herhangi birisi bakımından sadakat mükellefiyetine dair TMK md. 185/III fıkrasının tatbikinde bir farklılık bulunmamaktadır. Dolayısıyla mevzubahis düzenleme eşlerin ikisi açısından da uyulmasında mecburiyet bulunan ve aksi yönde bir düzenlemeye gidilemeyen, hatta tam bir müsavat barındıran bir hüküm olarak kabul edilmektedir²³.

¹⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 161.

²⁰ ÖZTAN, s. 198; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 105.

²¹ ÖZTAN, s. 198; ARAS, s. 4; ATILKAN, s. 10; HELVACI, Serap/ERLÜLE Fulya: Medeni Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2018, s. 183.

²² FEYZİOĞLU, s. 184

²³ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 113; BADUR/ TURAN BAŞARA, s. 104.

Eşlerden her biri evlilik içinde müşterek hayatın huzurunu bozacak davranışlardan kaçınılmalıdır. Bunun yanında çocuklara itina, onların bakımını sağlamak, çocukların yetişmesine ve eğitime yardım etmek, çocuklara hem maddi hem manevi zaviyeden yardım etmek de TMK md. 185/III hükmünün şümulündedir. Diğer taraftan doktrinde, TMK'nin açık bir şekilde ele almadığı nişanlılar bakımından da sadakat mükellefiyeti meselesinde de bu mükellefiyetin geçerli olduğu belirtilmektedir. Bu şümulde sadakat mükellefiyeti nişanlanmanın hükümleri arasında sayılmaktadır²⁴. Nişanlılar açısından bu mükellefiyet evlenme vaadine uygun hareket mükellefiyeti şeklinde de adlandırılmaktadır. Buna göre nişanlanma müessesesinin evlilik vaadiyle varlık bulduğu dikkate alındığında, nişanlılar tarafından bu vaatleriyle uyumlu hareketler sergilenmesi gerekmektedir. Bu mükellefiyetin muhtevasına üçüncü eşhas ile cinsi münasebette bulunmamanın yanında şüphe uyandırabilecek yaklaşımlardan ihtar da girer. Nişanlılık devresinde bu tarz ihlaller yapılması nişanı bozmak için haklı bir sebep oluşturacağı gibi nişanı bozan tarafa kusurlu diğer taraftan tazminat isteme imkanı da verecektir²⁵. Nişanlılığın devamı boyunca tarafların birbirlerine dürüstlük çerçevesinde davranması, birbirlerine sadık olmaları ve nişanlılığın devamı boyunca evliliğin gerçekleşebilmesi gayesiyle öteki bütün mükellefiyetlerine de riayet etmeleri mecburidir²⁶.

²⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 21; HELVACI/ERLÜLE, s. 151; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 105; ZEVLİLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999, s. 761.

²⁵ OĞUZMAN, Kemal/ DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 2001, s. 35.

²⁶ KILIÇOĞLU, Aile, s. 21.

1.2. Zina

1.2.1. Zinanın Tarihçesi ve Tarifi

Geçmiş çağlarda hüküm sürmüş olan Babil, Eti, İbrani, Mısır, Asur, Hint, Atina ve Roma gibi devletlerin hayatlarında ve kanunlarında zinaya dair birçok hükme rastlanmaktadır. Babil devletinde zina ağır bir suç sayılır idi. Hamurabi'nin devrinde çıkarılan kanun ilk çağ için mühim hukuki kaynaklardan biridir ve zinanın cezalarına dair birçok hüküm ihtiva etmektedir. Asurlularda da zina ağır bir cürüm olduğu gibi ölüm ve uzuvların kesilmesi gibi müeyyideleri vardı. Etilerde karısını zina halinde yakalayan koca hem karısını hem suç ortağını öldürme yetkisine sahip olduğu gibi mahkemeden de bunların öldürülmesini talep edebilirdi. İbranilerde bu fiil ölüm ile Mısır'da hem erkek hem kadın tenasül uzvunun kesilmesi ile cezalandırılırdı. Hindistan'da erkekler için yakılmak suretiyle ölüm cezası yaygın idi, kadın ise köpeklere yedirilirdi. Roma'da on iki levha kanunlarından önce ya da sonra açıkça bunu suç kabul eden bir kanun bulunmasa da aile nizamına mugayir bir iş olması esbabımucibesi ile bu fiil cezalandırılırdı. Krallık, Cumhuriyet ve İmparatorluk devirlerinde de bunun suç olduğuna dair kayıtlar bulunmaktadır. Burada alakabahş bir mesele ise kadınların erkeklere göre çok daha hafif cezalara çarptırılmalarıdır²⁷.

Katolik hukukunda ise zina, ebedi ayrılık sebebi olarak kabul edilmiştir²⁸.

²⁷ ATEŞ, Ahmet: Zina, Kütahya 1966, s. 11-16.

²⁸ FEYZİOĞLU, s. 258.

TMK md. 161 “eşlerden biri zina ederse diğer eş boşanma davası açabilir” demektedir. Zina dünya üzerinde neredeyse bütün hukuk sistemlerinde bir boşanma sebebi kabul edilmiştir. Ancak Kanun bize zinayı kendisi tarif etmemektedir. Kanun koyucunun gayesine bakmak istersek, TMK’nin 185. maddesinde kanun koyucu tarafından belirtilen usullerde evliliğin kurulmasıyla birlikte birliğin devamı boyunca eşlerin üstlenmiş bulunduğu bazı mükellefiyetlerden bahsedilmektedir. Bu mükellefiyetlerden birisini sadakat mükellefiyeti teşkil etmektedir. Bu mükellefiyetin başta gelen görünüşleri arasında eşlerin cinsi sadakat mükellefiyeti bulunmaktadır. Bu şümulde eşlerin, birliğin devam ettiği müddet boyunca birbirlerine sadık olmaları mecburidir. Sadakat mükellefiyeti yalnızca cinsi sadakati içermemektedir. Bunun yanı sıra birliğin korunmasına ve sürdürülmesinin sağlanmasına dair çaba gösterilmeli ve buna mugayir davranışlarda bulunulmaması gerekmektedir. Aksini kabul evlilik müessesesinin gayesiyle ters düşecektir. Bu mükellefiyetler sayesinde eşlerin birbirlerine karşı duydukları güven ve saygı hisleri zedelenmemiş olacaktır. İlaveten, Temyiz Mahkemesi, çoğu içtihadında, evlilik müessesesinin sosyal gayesinin yanı sıra eşlerin cinsel arzularının tatmini yönünde gayesinin bulunduğunu ifade etmektedir²⁹. Buna göre eşler tarafından cinsi sadakat mükellefiyetine mugayir davranıldığında, taraflarca evlilik

²⁹ Temyiz Mahkemesi 2. HD 14.05.2007 T. 2006/19300 E. 2007/7924 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 08.05.2012 T. 2011/6539 E. 2012/12258 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 26.11.2014 T. 2014/13572 E. 2014/23902 K. (karşı rey yazısı), uyap.gov.tr, ET: 16.04.2022.

müessesesinden umulan mevzubahis gaye gerçekleşemeyecektir. Dolayısıyla zinanın tarifi “cinsel sadakat mükellefiyetine mugayir davranış” şeklinde yapılabilecektir³⁰.

Arapçadan dilimize geçen zina kelimesi aralarında evlilik bağı bulunmayan kişilerin cinsi münasebeti için kullanılmaktadır³¹. “Nikahsız çiftleşme” olarak da tarif edilebilir³². Kelimenin manasından birbirleriyle evli olmayan iki kimse arasındaki cinsi birliktelik anlaşılmaktadır. Ayrıca hukuki olarak zina mefhumu, bekar yahut evli birisiyle gerçekleştirilen cinsi ilişkiyi ifade etmektedir³³. Günümüzde bu mefhumun TMK’nin de benimsediği şekilde, evli bir kimsenin eşinin haricinde başkaca bir kişiyle cinsi münasebete girmesi şeklinde ifade edilebilmesi mümkündür³⁴. Zira TMK md. 161’e göre zinaya dayalı boşanma davasının açılabilmesi, aralarında evlilik birliği bulunan eşlerin birisinin, eşinin haricinde bir kimseyle cinsi münasebette bulunmasına bağlıdır. Diğer bir söylemle, zina fiilini gerçekleştiren kimsenin evli olması ve kusuruyla eşinin dışında bir kimse ile cinsi münasebete girmesi gerekmektedir. Ancak eşin, cinsi birliktelik yaşadığı

³⁰ ERSÖZ, s. 40; GENÇCAN, Ömer Uğur: Boşanma Hukuku, 8. Baskı, Ankara, 2019, s. 139; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 113.

³¹ TDK sözlüğü, sozluk.gov.tr, ET: 16.04.2022.

³² DEVELLIOĞLU, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 10. Baskı, Ankara, 1992, s. 1429.

³³ Hukuk Sözlüğü, <https://sozluk.adalet.gov.tr>, ET: 15.04.2022.

³⁴ ŞENER, Esat: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001, s. 885; TEKİNAY, s. 189-190; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 978; KILIÇOĞLU, Aile, s. 116; ÖZTAN, s. 645; HELVACI/ERLÜLE, s. 169.

kimsenin medeni durumu ve bize göre cinsiyeti mühim değildir. Buna göre, evli olmayanların cinsi münasebette bulunması TMK'ye göre zina fiili teşkil etmeyecektir.

İslam hukukunda zina fiili, aralarında evlilik bağı olmayan erkek ve kadının cinsi münasebette bulunması³⁵ olarak tarif edilmektedir. İslam hukukunda cinsi ilişki “*ceza ehliyeti olan bir erkeğin kendi rızasıyla, aralarında nikah ya da mülkiyet ilişkisi (efendi-köle ilişkisi) olmayan, nikah ve mülkiyet şüphesi de bulunmayan bir kadınla kurduğu gayrimeşru cinsel ilişki*” biçiminde tanımlanmaktadır. Ayrıca zina suç teşkil etmekte ve faillerinin evli yahut bekar olmasında farklılık bulunmamaktadır. Fakat zina fiiline yönelik belirlenen cezaları tatbik ederken cinsi ilişkide bulunan kimselerin evli olup olmadıklarına bakılmaktadır³⁶. Evli kimseler tarafından bu suç işlendiğinde bu hal ağırlaştırıcı sebep olmaktadır. İslam ceza hukukuna göre inananların zina eden kişiler ile evlenmeleri haram telakki edilmiştir. İslam ceza hukukunda zina edenler iki tür şekilde cezalandırılırlardı. Bunlar değnek cezası (celde) ve recimdir. Amme düzenine mütedair olduğu düşünülerek had cezası zinaya da uygulanır idi. Zinanın ispatında şahitlerin beyanı ve ikrar delil olarak kabul edilmiştir. Getirilen şahitler en az dört kişi olmalı ve bunlar duyguya değil görgülerine istinat eden beyanlarda bulunmalıdırlar. Bu dört şahitten

³⁵ TEMİZ, Yağmur: Türk İslam Hukukundan Günümüze “Zina”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S. 2, Malatya 2014, s. 495.

³⁶ TEMİZ, s. 495; Mwamba İssa Kazadi: Zina: Kur'an ve Demokratik Kongo Cumhuriyeti'nin Ceza Hukuku Karşılaştırılması, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2017, s. 16; KAYA, Berna Berfin: Medeni Hukukta Zina, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2020, s. 12.

birinin köle olduğu anlaşılr ise dava reddolunur idi. Zira İslam hukukunda kölenin şahitlik yapmaya hakkı yoktur. Celde deriye vurmak manasına gelmektedir. Değnek hafife yakın surette ve doğrudan cilde olmayacak ve yüz darbe olacak şekilde kıyafet üzerinden vurulurdu. Zina edenin (erkek ise zani, kadın ise zaniye) evli olması halinde ise recim yoluyla öldürölmesi beklenen ceza idi³⁷.

1.2.2. Hukuki Niteliğı

Hukuki manası ile zina evlilik birliğınin devamı sırasında eşlerden birinin eşinin dışında bir şahıs ile cinsi münasebetini ifade eder. Zina hususuna dair olarak çalışmanın daha sonraki bölümlerinde hukukumuzdaki tarihi vetiresi hakkında detaylı açıklamalarda bulunulacaktır. Zina fiilinin hukuki niteliğinden söz edilirken sadakat mükellefiyetinin üstünde durulacaktır.

Hukukumuzda zina, eTCK’de sekizinci babı teşkil eden “Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler” serlevhası altında düzenlenmiş ve uzun devreler koca ve kadının zinalarına farklı yaklaşılarak ihdas edilen iki suç açısından bireylerin cezalandırılması yoluna gidilmiştir. Bu hal sıklıkla müsavat umdesine muhalefet ve bu fiilin devlet eliyle cezalandırılmasının cemiyet faydasına olup olmadığı hususları zaviyesinden tartışma mevzuu olmuştu. AYM o devrede önüne gelen müracaatlarda eTCK’de yer verilen ceza hükümlerini iptal etmiştir. Bunun ardından yeni bir hukuki düzenleme de yapılmadığından böylelikle zina, suça sebebiyet veren bir fiil olmaktan

³⁷ ATEŞ, s. 17-23.

çıkartılmıştır³⁸. Günümüz hukukunda zina ve bununla bağlantılı neticeleri yalnızca TMK’de düzenlenmiştir. TMK md. 161’e göre zina fiili özel ve mutlak boşanma sebeplerinden birisi sayılmaktadır. TMK’nin md. 185/III fıkrasındaki sadakat mükellefiyetinin bir yansımasını teşkil eden zina fiili cinsi sadakat mükellefiyetine muhalefet oluşturmaktadır. Buna göre zina fiilinde bulunulması durumunda diğer eş tarafından boşanma davası açılabilir. Bunun yanı sıra diğer eşin, şeraitinin bulunması kaydıyla maddi/manevi tazminatla nafaka talebinde bulunulabilmesi de mümkün olmaktadır.

Öte taraftan zinanın boşanma sebebi olarak neticeleriyle alakalı olmasa da zinanın mali bir neticesi olarak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu³⁹ md. 295 üzerinde kısaca durulmasında yarar bulunmaktadır. Düzenlemede elden bağışlama yahut bağışlama sözünün geri alınması hususunda bir hükme yer verilmiştir. Buna göre “*Bağışlanan, bağışlayana veya onun ailesinden bir kimseye karşı kanundan doğan yükümlülüklerine önemli ölçüde aykırı davranmışsa...*” hükmü üzerinde durulmalıdır. Buna göre aile hukuku sebebiyle sahip olunan mükellefiyetlere muhalefette bulunulması halinin TBK md. 295 açısından değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu durumda TMK md. 510’daki

³⁸ AYM 23.09.1996 T. ve 1996/15 E. 1996/34 K. (27.12.1996 T. ve 22860 sayılı RG, www.resmigazete.gov.tr, ET: 04.05.2022); AYM 23.06.1998 T. ve 1998/3 E. 1998/28 K. (13.03.1999 T. ve 23638 sayılı RG, www.resmigazete.gov.tr, ET: 03.05.2022).

³⁹ 04.02.2011 tarih ve 27836 sayılı RG ile yayımlanmıştır.

mirasçılıktan çıkarma sebeplerinde olduğu gibi bağışlamanın geri alınması bakımından bir netice üzerinde durulmalıdır⁴⁰.

TBK md. 295'deki “*önemli ölçüde aykırı davranılması*” ile belirtilmek istenilen bağışlanan kimsenin aile hukuku sebebiyle sahip olduğu mükellefiyetlerini kasti ve hukuka muhalefet teşkil edecek şekilde ifa etmemesidir⁴¹. Kanunun koyduğu mükellefiyetlerin mühim nispette ifa edilmemesi müşahhas hadisenin hususiyetleri zaviyesinden farklılık arz edecektir. Bunun takdiri hakime bırakılmıştır⁴². Buna göre doktrinde, eşlerin birisinin zina fiilini işlemesi, TBK md. 295'e göre bağışlamanın geri alınması sebebine örnek gösterilebilecektir zira bu durum kanunun yarattığı bir mükellefiyet halinin mühim nispette ihlaline örnek oluşturmaktadır⁴³. Bağışlayan kişinin geri alma hakkını dava yolu ile kullanması mecburi değildir. Geri almak hakkı bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak TBK md. 297/I hükmü mucibince bağışlayan, geri almaya mesnet sebebi öğrendikten sonra bir yıllık hak düşürücü müddet içinde bağışlamayı geri alabileceğinden zinanın öğrenilme anı ehemmiyet arz etmektedir. Kanun'un mezkur maddesine göre “*Bağışlayan, sağlığında geri alma sebebini öğrenememişse, mirasçıları, ölümünden başlayarak bir yıl içinde bağışlamayı geri alma hakkını kullanabilirler.*”

⁴⁰ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019 (Özel), s. 202.

⁴¹ YILMAZ, Merve: Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, Doktora tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2011, s. 93.

⁴² ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2015, s. 189.

⁴³ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 188; ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2018, s. 251; KAYA, s. 13.

Başışlanan, başışlayanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldürür veya onun geri alma hakkını kullanmasını engellerse, mirasçıları başışlamayı geri alabilirler.”.

Zinanın, sadakat mükellefiyetine muhalefet teşkil eden davranışlardan birisi olmasının yanı sıra hukuki niteliğinden bahsedilebilmesi için sadakat mükellefiyetinin niteliğinden de bahsedilmesi gerekmektedir. TMK md. 185 düzenlemesi şumulünde sadakat mükellefiyeti eşlerin arasında evlilik birliğinin kurulması ile başlamakta ve mezkur mükellefiyete eşlerin ikisi de evliliklerinin sürdüğü devre boyunca uymaya mecburdur. Zira eşler birbirine sadık olmaz ise evlilik birliği başarıya ulaşamayacaktır. Bunun yanı sıra sadakat mükellefiyetine mugayir davranılması halinde meydana gelen tazmin taleplerinin yöneltilebileceği kimseler tartışmalıdır. Bu sebeple sadakat mükellefiyetinin hukuki niteliğine dair bir tespit yapılması gereklidir⁴⁴.

Evlilik birliğinin oluşmasıyla beraber eşlerin birbirine karşı kanundan dolayı sadakat mükellefiyeti ve birtakım başka hak ve mükellefiyetleri doğar. Hak mefhumundan hukuken fertlerin sahip oldukları yetkiler anlaşılmaktadır. Özel hukukta kabul edilen haklar zaviyesinden birtakım hususiyetler dikkate alınarak farklı ayrımlarda bulunmaktadır. Buna göre hakkın sahibine sağladığı yetkiler bakımından hakların mutlak ve nispi haklar şeklinde ayrılabilmesi mümkündür⁴⁵. Mutlak hakların herkese karşı öne sürülebilmesi mümkün olup herkesin bunları ihlal etmeme mükellefiyeti bulunmaktadır. Nisbi haklar sadece hukuki ilişkide bulunan kimse yahut kimselere karşı öne sürülebilmekte ve yalnızca bu kimseler zaviyesinden ihlal etmeme mükellefiyeti

⁴⁴ KAYA, s. 14.

⁴⁵ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, 3. Basım, Ankara 2016, s. 50-52.

bulunmaktadır⁴⁶. Buna göre sadakat mükellefiyetinin mutlak yahut nisbi haklardan olup olmadığı üzerinde durulmalıdır. Sadakat mükellefiyeti evlilik birliğinin doğumuyla beraber, hatta nişanlılığı da bu kontekst içinde konuşmak gerekirse nişanlanma ile birlikte başladığından evlenmenin hukuki mahiyetinden bahsedilmesi gerekecektir. Doktrinde bu mevzuda değişik görüşlere yer verilmiştir. Bu görüşlerden en baskını evlenmenin kendisine mahsus bir aile hukuku sözleşmesi olduğuna dairdir⁴⁷. Bu fikre göre evlilikle beraber eşlerin arasında kurulan evlilik birliğinden dolayı eşler tarafından üstlenilen mükellefiyetler şahıs varlığı içinde nisbi haklar arasında sayılmaktadır⁴⁸. Zira bu mükellefiyetler sözleşme sebebiyle eşlerin üstlenmiş oldukları mükellefiyetlerdir. Dolayısıyla sadakat mükellefiyeti, yalnızca eşlerin arasında geçerliliği bulunan ve birbirine yönelik öne sürebilecekleri nisbi bir hakkı teşkil etmektedir. Zira evlilik bir aile hukuku akdidir ve akitler kaideten yalnızca tarafları zaviyesinden hüküm ve netice doğurur. Eşlerin birisi sadece ötekisinden bu mükellefiyete mugayir davranmamasını isteyebilecektir. Buna göre zina fiili, eşlerin birisinin ötekine yönelik nispi bir hakkının ihlali niteliğine sahip olmaktadır. Bu durum akdin nispileğinden kaynaklanmaktadır.

1.2.3. Zina Sayılmayan Durumlar

Zinayı düzenleyen 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nin 129. maddesinde zina *“Karı kocadan her biri, diğerinin zina etmesi sebebiyle boşanma davasında bulunabilir.*

⁴⁶ İNAN, Ali Naim: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014, s. 88-89; OĞUZMAN, M. Kemal/ BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, 23. Bası, İstanbul 2017, s. 159.

⁴⁷ TEKİNAY, s. 64; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 782; ÖZTAN, s. 125; FEYZİOĞLU, s. 95.

⁴⁸ BADUR/TURAN BAŞARA, s. 113.

Davaya hakkı olan karı veya kocanın, boşanılma sebebine muttali olduğu günden itibaren altı ay ve her halde zinanın vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmesiyle boşanma davası sakıt olur.” şeklinde düzenlenmiştir. Türk Medeni Kanunu’nun 161. maddesinde de günümüz Türkçesine yaklaştırılmış haliyle aynı metin yer almaktadır. Buna göre *“Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir. Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her hâlde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer. Affeden tarafın dava hakkı yoktur.”*. Kanun eşlerin birisinin zina fiilini işlemesi durumunda öteki eşe boşanma davası açma hakkı tanımaktadır. Oysa bu maddede zina mefhumu tarif edilmemiştir. Hukukumuzda zina sebebine dayalı olarak boşanma davasının ikame olunabilmesi, eşlerin birisinin, eşi haricinde bir kimseyle cinsi münasebette bulunmasına bağlı kılınmıştır. Ne 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde ne de yeni Türk Medeni Kanunu’nda zina fiiline iştirak edecek kişinin yalnızca karşı cins olabileceğine ya da yalnızca vajinal ilişkinin bu şümule girdiğine dair bir ifade tarzı bulunmaktadır. Kanun sistematüğinden ya da kanun koyucunun gayesinden de böyle hususlar anlaşılamamaktadır ancak doktrinde boşanma sebebi olan zina fiilinin “gerçekleştirilme biçimi” yahut “karşı cinsten” olması şartlarına dair tartışmalar bulunmaktadır⁴⁹. Daha sonraki bölümde buna dair detaylara yer verileceğinden burada üzerinde durulmayacaktır.

Bizim de katıldığımız baskın görüşe göre eşlerin birisinin her türlü cinsi davranışının zina olarak kabulüne imkan bulunmamaktadır. Ancak iştirak etmediğimiz husus doktrindeki bu ağırlıklı görüşe göre, eşlerin birisinin aynı cins olan bir kimseyle

⁴⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; ÖZTAN, s. 647; ERSÖZ, s. 72-73.

cinsi münasebetinin zinaya vücut verememesidir⁵⁰. Baskın görüşe göre bu durum sadakat mükellefiyetine muhalefet teşkil eden bir davranış sayılabilecektir, böylece bu cinsi davranış TMK’de benimsenen boşanma sebeplerinden bazılarının şümulüne girebilecektir. Baskın görüş bu fiilin haysiyetsiz yaşam sürme sebebiyle özel boşanma sebebi yahut evlilik birliğinin sarsılmasına sebep olması sebebiyle umumi boşanma sebebi sayılabileceği ve böylelikle boşanma davasının mevzuu olabileceğini söyler⁵¹. Fakat bize göre aynı cins bir kimseyle münasebete girme halinin haysiyetsiz yaşam sürmekten dolayı boşanma davasının mevzuu sayılabilmesi mümkün değildir, bunun zina olarak kabulü gerekmektedir.

Baskın görüş tam birleşme suretiyle ve vajinal yolla vücut bulmayan cinsi münasebetleri zina fiili saymamaktadır. Onlara göre, kadının ve erkeğin cinsi uzuvlarının

⁵⁰ TEKİNAY, s. 190; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; ÖZTAN, s. 647-648; HELVACI/ERLÜLE, s. 170; Aynı cinsle gerçekleşen cinsi münasebetin zina olarak boşanma sebebi sayılacağına dair bkz. Temyiz Mahkemesi 2. HD 17.01.2017 T. 2016/6730 E. 2017/565 K. uyap.gov.tr, ET: 08.03.2022.

Yalnızca karşı cinsle cinsi münasebetin zina olabileceğine dair kararlar için bkz. Temyiz Mahkemesi 2. HD 02.03.2010 T. 2009/19858 E. 2010/3834 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 27.04.2015 T. 2014/17833 E. 2015/8438 K. uyap.gov.tr, ET: 01.04.2022.

⁵¹ TEKİNAY, s. 190-191; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 106; KILIÇOĞLU, Aile, s. 116; GENÇCAN, Boşanma, s. 150, ERSÖZ, s. 76; Temyiz Mahkemesi 2. HD 04.11.1985 T. 8211/8885 sayılı kararı, ÇIRAK, Fatma: Zina Sebebiyle Boşanma Davasında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020, s. 12.

birleşmesinin haricinde gerçekleşen hiçbir cinsi münasebet zina fiili olarak kabul edilmeyecektir⁵².

Eşlerin birisinin yukarıdaki ifade edilen cinsi davranışlarının haricinde, başkaca birtakım durumlarda da zina fiilinin gerçekleşmediği ifade edilebilir. Bunlar arasında;

- Flört ilişkileri.
- Aşıkane hareketlerden sayılan öpme, sarılma, sıkma ve kucaklaşma benzeri yakın temaslı fiiller.
- Cinsi münasebeti ispat etmeyecek türden sesler yahut görüntüler
- Mektuplaşma yahut elektronik ortamda gerçekleştirilen yazışmalar

Sayılabilecektir⁵³.

Temyiz Mahkemesi verdiği kararlarında, kadın olan eşin davaya mevzu saydığımız tarzda davranışlarının zina sayılmayacağını ifade etmiştir⁵⁴. Zinanın bir şartını teşkil eden cinsi münasebetin (baskın görüşe göre tam olarak) gerçekleşmesi hususunun ispatının yapılabilmesi kolay değildir (Tam birleşme şartına dair detaylı açıklamamızı

⁵² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; ÖZTAN, s. 647; ERSÖZ, s. 75-76.

⁵³ TEKİNAY, s. 191; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; KILIÇOĞLU, Aile, s. 116; ERSÖZ, s. 81; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 245.

⁵⁴ Temyiz Mahkemesi 2. HD 01.02.2010 T. 2008/20278 E. 2010/1423 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 09.11.2012 T. 2011/17357 E. 2012/26603 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 21.03.2016 T. 2015/14180 E. 2016/5488 K. uyap.gov.tr, ET: 14.02.2022.

zina sebebiyle boşanma davası açılabilmesinin şartları kısmında yapacağız). Bu sebeple cinsi ifadeler yer alan yazışmaları, flörtü yahut yakın temas fiilleri her hadisenin hususiyetleri bakımından irdelemek gerekecek ve iştirak etmediğimiz baskın görüşe göre bunlar zina fiilinin varlığı hususunda karine sayılabilecektir⁵⁵. Ancak zinayı ispat hususunda zinanın bütün unsurlarının gerektiği ve Temyiz Mahkemesinin yeni içtihatlarına göre de bunun ispatının münhasır şekilde yapılması gerektiği unutulmamalıdır⁵⁶.

Hayvan, ölü yahut eşya ile cinsi münasebet fiilleri, irade ile yapılmayan⁵⁷ cinsi münasebet hali yahut kadının suni fertilizasyon ile gebe kalmasının da zina sayılamayacağını söylemek mümkündür⁵⁸. Suni fertilizasyon hali Amerikan hukukunda da zina olarak görülmemektedir⁵⁹. Ancak bu mevzuda ölü ile cinsi münasebet kurulmasında zina edilen üçüncü şahsın da iradesinin bulunması gerektiği ve bu sebeple

⁵⁵ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; KILIÇOĞLU, Aile, s. 116; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107.

⁵⁶ Temyiz Mahkemesi HGK 13.04.1977 T. 2-2882 E. 372 K. uyap.gov.tr, ET: 05.02.2022

⁵⁷ İradi olmayan fiillere, kaçırılma, istek dışı bayıltılıp tecavüz edilme misal olarak gösterilebilir. Bkz. ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; ERSÖZ, s. 78-80; GENÇCAN, Boşanma, s. 148-152.

⁵⁸ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 979; ERSÖZ, s. 78-80; GENÇCAN, Boşanma, s. 148-152; ÇIRAK, s. 14.

⁵⁹ GOLDSTEIN, Joseph/KATZ, Jay: The Family and the Law, New York 1965, s. 660-665.

ölü ile cinsi münasebetin zina sayılmayacağı görüşüne iştirak etmiyoruz⁶⁰. Ölüm ile şahsiyet, şahıs varlığı hakları, hak ehliyeti sona erer. Cesedin iradesinden ya da zina fiiline rıza göstermesinden bahsedilemez. Zaten irade ile yapılmayan cinsi münasebetle kastettiğimiz de evlilik birliği içindeki şahsın iradesinin bulunmasının zinanın varlığı için gerekmesidir. Aksini kabulde nitelikli cinsel saldırı suçunu işleyen eş için zina fiiline dayanmak mümkün olmazdı oysa TMK md. 236. madde yalnızca zina ve hayata kast halinde eşe artık değer alacağı hususunda bir avantaj vermektedir. Eşi böyle ağır bir cürüm işlemiş bir şahsın bu madde hükmünden faydalanamaması kanun koyucunun gayesiyle örtüşmeyecektir. Bu durumda eşin hem TMK md. 161'e hem TMK md. 163'e ve elbette isterse umumi boşanma sebebine dayanarak boşanma davası ikame edebileceği görüşündeyiz⁶¹. İlaveten aksini kabul halinde yani zina meydana gelebilmesi için zina fiiline iştirak eden kişinin muhakkak rızasının gerektiğini kabul etmemiz halinde evlilik içinde eşe tecavüz edilmesi durumunda bunun zina sayılması gerekirdi ki bunun da kanaatimizce kabulü mümkün değildir zira bu durum doktrindeki bütün zina tariflerinin dışına çıkan bir haldir.

⁶⁰ Aksi yönde görüş için bkz. Ersöz, s. 78.

⁶¹ Aksi yönde görüş için bkz. Ersöz, s.78.

1.2.4. Türk Hukuk Tarihinde Zina

1.2.4.1. Cumhuriyetten Önceki Devre

Osmanlı İmparatorluğu devresinde esasen İslam Hukuku⁶² uygulanmakta idi. İslam hukuku ile ilgili açıklamalarımızı tarihi vetireyi anlatırken yaptığımızdan burada diğer hususları anlatacağız. İslam hukukuna göre zina hususunda bazı düzenlemelere gidilmiştir. İslam hukukuna göre boşanmak hakkı umde olarak kocanıdır. İslam hukukunda temel kaynak teşkil eden Kur'an'da zina mefhumu açıkça tarif edilmemiştir. Kuran'ın ifadesiyle bu fiile “*çok çirkin ve kötü bir yol*” olmasından dolayı yaklaşılmamalıdır. Bunun yanı sıra zina fiili işleyenlere ceza verileceği belirtilmiştir⁶³. İslam hukukunda zina mezheplerce birbirlerinden değişik tariflere kavuşmuştur⁶⁴. İslam hukukuna göre fiilin müşterek bir tarifi yapılması gerekirse “*hukuki bir sözleşme yahut şüphe bulunmaksızın kadın yahut erkeğin karşı cins bir kimseyle tabii şekilde cinsi münasebet gerçekleştirmesi*” biçiminde yapılabilmesi mümkündür⁶⁵.

⁶² ACAR, İsmail: Osmanlı Kanunnameleri ve İslam Ceza Hukuku (I), Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, S. XIII-XIV, İzmir 2001, s. 54; ATEŞ, s. 18.

⁶³ BOYNUKALIN, Mehmet: İslam Hukukunda Zina Suçu ve Cezası, Yayımlanmamış Yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 1995, s. 31; OSMANAĞAOĞLU, Cihan: Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 66, S. 1, İstanbul 2008, s. 113.

⁶⁴ BOYNUKALIN, s. 27-29.

⁶⁵ BOYNUKALIN, s. 30.

Doktrindeki kaynaklarda zina fiilinin suç sayılmasının sebeplerinden başta gelenleri: soyun sürdürülebilmesinin temini, nesebe dair karışıklıkların engellenebilmesi, meşru olmayan evlatların yetiştirilmemesi şeklinde sıralanabilecektir⁶⁶.

İslam hukukunda cinsi tatmin hissinin neslin devamı gayesine muvafık şekilde kullanılmasının tek yolunun evlilik olduğu ifade edilmiştir. Zinanın yasaklanmasındaki asıl sebebin bu fiil yasaklanarak evlilik düzeni ve böylece aile düzenini sağlama, soyu koruma, toplumda huzuru sağlama ve cinsi münasebet yoluyla bulaşan hastalıklara engel olma olduğu belirtilmektedir⁶⁷. Bunlara ilave olarak zinanın cezalandırılması tatbikatında evli ve bekar olunmasına göre ayırırda bulunulduğundan, bu fiilin yasaklanmasında yalnızca nesebin devamını sağlama esbabı mucibesi öne sürülemeyecektir. Yoksa evlilik birliği içinde bulunmayan yahut doğurma kabiliyetleri bulunmayanların bu fiilden dolayı cezalandırılmalarının açıklanabilmesi mümkün olmayacaktır⁶⁸.

İslam Hukukunda zina fiilinin suçun mevzuu olduğu Kur'an, sünnet ve icmayla sabittir. Buna göre bu suçun işlenmesi halinde had cezasının uygulanması gerekmektedir⁶⁹. Zina suçuna karşılık olarak had cezasının tatbik edilmesi bakımından görüş ayrılığı bulunmamasının sebebi bu fiilin Kur'an ve sünnetle yasak kılınmış ve cezasının da belirlenmiş olmasıdır⁷⁰. İslam ceza hukuku şümulünde Hanefi mezhebinin

⁶⁶ BOYNUKALIN, s. 36-37; TEMİZ, s. 496.

⁶⁷ BOYNUKALIN, s. 31-32, 36-37; TEMİZ, s. 496.

⁶⁸ TEMİZ, s. 497; KAYA, s. 18.

⁶⁹ BOYNUKALIN, s. 30-31; TEMİZ, s. 493.

⁷⁰ BOYNUKALIN, s. 31; OSMANAĞAOĞLU, s. 113.

görüşleri yoğun olarak kabul edilmektedir. Bu mezhepte zina suçu “*erkeğin şüphenin dışında ve nikâhına mâlik bulunmadığı bir kadına ön tarafından cinsî münasebette bulunması*” biçiminde yapılmıştır⁷¹. Buna göre zina cürümünün failleri kadın ve erkek olarak kabul edilmekte, kadına “*zaniye*”, erkeğe “*zani*” denilmektedir⁷².

Hanefî mezhebinin tanımına göre zinanın şeraiti şu şekilde belirtilebilir⁷³. İlk şarta göre fail mükellef olmalıdır. Yani failin tam ehliyetli olması gerekmektedir. İkinci olarak cinsi münasebetin faillerin kendi iradeleriyle gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Failler erkek ve kadın olmalıdır. Kendi iradesiyle cinsi münasebette bulunanların aralarında nikah bulunmaması gerekmektedir. Faillerin aralarında efendi/köle ilişkisinin olmaması gerekmektedir. Failler cinsi münasebetin meşruiyetini düşünmemelidir. Yani, failler işledikleri zina fiilinden şüphe duymamalıdır. Son olarak cinsi münasebetin vajinal yoldan gerçekleştirilmesi gerekmektedir⁷⁴.

İslam’ın din ve ahlaki yönden telakkisi zina suçunun ispatında birtakım sıkı şerait ve kayıtların konulmasında amil olmuştur. İslam hukukunda zina suçunu ispatlayabilmek için şahit yahut fail tarafından ikrar yeterli görülmektedir⁷⁵. Zina fiilini ispat bakımından dört erkek şahit olması gerekmektedir. Bu şahitlerin zinayı gördükleri hususunda

⁷¹ ACAR, s. 66-67; TEMİZ, s. 495.

⁷² OSMANAĞAOĞLU, s. 114; ÖZKORKUT, Nevin Ünal: Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Ankara 2009, s. 71.

⁷³ OSMANAĞAOĞLU, s. 115; BOYNUKALIN, s. 1995.

⁷⁴ BOYNUKALIN, s. 50-51; ÖZKORKUT, s. 72.

⁷⁵ OSMANAĞAOĞLU, s. 118.

şahadetleri halinde zina fiili ispat edilmiş olacaktır⁷⁶. İspat edemeyen ancak kadından olan çocuğu reddetmek isteyen koca lian yolunu seçebilirdi. Koca ya zinaya şahitlik ettiğine ya da çocuğun kendisinden olmadığına dair Allah adına yemin ederdi. Kadın ise kocanın yalan söylediğine yemin ederdi. Bu karşılıklı yeminlerden sonra mahkeme kararıyla evlilik nihayet bulmuş olur.⁷⁷.

Zinayı ispat ederken şahitlerden birisinin şahitliğe kabul için gereken şartlara sahip olmaması, şahit beyanlarının aralarında çelişkiler olması yahut şahit sayısının azalması durumlarında bu kimseler zina iftirasından cezalandırılacaklardır⁷⁸. Diğer taraftan ikrar ile de zina fiili sabit olabilmektedir. İkrarın şartları arasında failin mükellef olması ve zina fiilini işlediğini dört kez ikrarda bulunması vardır. Bunun yanı sıra fail ikrarından dönme hakkına da sahiptir⁷⁹. İslam hukukunda boşanma hakkına umde olarak Kuran, sünnet ve icmayla koca sahiptir. Boşanma hususunda *nikâhlı eşini boşama, boşanma, nikâhın sona ermesi*⁸⁰ manasına gelen ve evliliği sonlandıran talak usulüne yer verilmiştir⁸¹. Talak usulünde erkek şartlarına uymak kaydıyla tek yanlı iradesiyle karısını

⁷⁶ BOYNUKALIN, s. 78-85.

⁷⁷ ERSÖZ, s. 45; ATEŞ, s. 17-29.

⁷⁸ OSMANAĞAOĞLU, s. 118-119; ÖZKORKUT, s. 101; ATEŞ, s. 19-20.

⁷⁹ OSMANAĞAOĞLU, s. 120; ÖZKORKUT, s. 102.

⁸⁰ Lugatim.com, ET: 06.04.2022.

⁸¹ YÜKSEK, Ali: İslam Aile Hukukunda Boşama Yetkisi ve Kadının Boşanması, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 7, S. 32, Samsun 2014, s. 341.

boşayabilmektedir⁸². Ancak kimi durumlarda da taraflar mahkemeye giderecek evliliklerini sona erdirebilmektedirler⁸³.

1.2.4.2. Cumhuriyetten Sonraki Devre

1.2.4.2.1. 765 sayılı Türk Ceza Kanununda Zina Fiili

İslam Hukuku zina suçu hususunda teferruatlı birçok hüküm koymuş idi. Zina suçu İslam ceza hukukunda had suçlarındandır. Had cezaları zararları ammeye nüfuz eden fiiller için kullanılan cezalardır. Bu cezaların verildiği suçlara da had suçları denir⁸⁴. Osmanlı zamanında Tanzimat Devri'ne kadar zina suçu hususunda şeri hukuk ve kanunnamelerden oluşan bu örfi hukuk kuralları tatbik edilmekteydi. Batılılaşma akımlarından etkilenen Osmanlı, Tanzimat Devrinde çokça kanuni düzenlemelere gitmiştir. Bu şümulde, 1840, 1851 ve 1858 yılında ceza kavanini çıkartılmıştır. Fakat bunlarda zina hususunda bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Daha sonra 1860 yılında, 1858 tarihinde çıkarılan ceza kanununda zina hakkında bir düzenleme yapılması yoluna gidilmiştir. Bahse mevzu düzenleme 1911 ve 1925'te değiştirilerek Cumhuriyet sonrası çıkarılan ve İtalyan ceza kanununun tercümesinden oluşan 1926 tarihinde 765 sayılı

⁸² YÜKSEK, s. 341.

⁸³ YÜKSEK, s. 348.

⁸⁴ OSMANAĞAOĞLU, s. 112.

eTCK'nin kabulüne kadar tatbik edilmiştir⁸⁵. Bu yeni Kanun'da kadın⁸⁶ ve erkeğin⁸⁷ zina suçu farklı maddelerde ele alınmıştır. eTCK 442. maddede ayrılık halindeki zina, 443. maddede suçun takip usulü, 444. maddede ise amme davasının ortadan kalkma halleri hükme bağlanmıştır. eTCK'de zina suçunun hukuki mevzuuna dair değişik görüşler bulunmaktaydı. Bu görüşler doktrinde üç grupta ele alınmıştır. Birincisine göre suçun hukuki mevzuunu evlilik birliğinden dolayı bulunan sadakat mükellefiyeti şümulünde cinsi sadakat mükellefiyetine riayet edilmesi teşkil etmektedir. İkinci görüşteki yazarlara göre hukuki mevzu evlilik müessesesinin hukuki düzenini korumaktır. Sonuncu görüşe göre ise hukuki mevzu evlilik statüsünü korumaktır⁸⁸.

⁸⁵ KORKMAZ, Müberra: Türkiye'nin Ceza Hukuku Tarihinde Zina Suçu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Ankara 2017, s. 183.

⁸⁶ eTCK md. 440'a göre suç tarihinde evli olan kadın ile bu kadınla cinsi münasebet yaşayan erkeğin bu münasebeti kadının zina suçuna sebebiyet verecektir. Buna göre kadının zina fiili için farklı cinsten birisiyle cinsi münasebet kurulması gerekmektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, Zeki: Zina Cürümleri, İstanbul 1983, s. 112.

⁸⁷ eTCK md. 441'e göre suçun faillerinden biri olan evli erkeğin, karısıyla ikamet ettiği veya herkesçe bilinen başka bir yerde karı koca gibi geçinmek üzere başkasıyla evli olmayan bir kadını tutması hâlinde erkeğin zina suçu oluşacaktır. Buna göre kadının zinasından farklı olarak erkeğin bu fiilinin devamlılık arz etmesi aranmıştır. Tek seferlik birden çok fiil zina suçuna sebebiyet vermemektedir. Bkz. HAFIZOĞULLARI, s. 140; ÖZKORKUT, s. 159.

⁸⁸ HAFIZOĞULLARI, s. 16-36; KORKMAZ, s. 187; KAYA, s. 22.

Yürürlükten kaldırılan eTCK’de zina fiili tarif edilmemiştir. Sadece, erkek ve kadının zina suçuna dair farklı maddelere yer verilmiştir. Ancak zinanın çok failli suçlardan olduğu kabul edilmiştir. eTCK’de düzenlenen zinanın farklı türlerini tarif etmek gerekirse;

Evli olan bir kadının evli olduğundan haberdar olarak bir başkasıyla cinsi münasebette bulunması kadının zinasını tarif eder.

Evli olan bir erkeğin, karısı ile birlikte ikamet ettiği evde veya herkesçe bilinecek surette bir başka yerde karı koca şeklinde geçinmek için bekar olan bir kadını tutması koca zinasının tarifidir.

Evli olduğundan haberdar olarak zina suçuna iştirak etmek fiilini de zina suçunda şerik olanların zinası olarak tarif etmek mümkündür⁸⁹.

Kanun’a göre zinanın varlığı için ön şart olarak evli olunmasıdır. Dolayısıyla faillerin en az birisinin evli olması gerekmektedir⁹⁰. Öte taraftan 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi ve eTCK’de ifade edilmese dahi aynı cinsiyetten olan kişilerin evliliği halinde yahut kanunun istediği biçimde evliliğin kurulmadığı hallerde evlilik yok sayılacak ve buna göre zina suçundan bahsedilemeyecektir⁹¹.

⁸⁹ ATEŞ, s. 46.

⁹⁰ HAFIZOĞULLARI, s. 95.

⁹¹ KAYA, s. 23.

Eşin gaip olması durumunda eMK md. 94 gereğince verilen gaiplik kararıyla evliliğin doğrudan sona ermeyeceği kabul edilmiştir. Buna göre arkada kalan eş tarafından evliliğin feshine dair dava ikame edilmesi gerekecektir. Bu davanın açılmasına kadar birliğin yüklediği hak ve mükellefiyetler sürecektir ve bu sırada eşi gaip olsa dahi arkada kalan eş başka bir kimseyle cinsi münasebet kurduğunda bunun zina suçuna sebebiyet verdiği kabul edilmiştir⁹². Evlilik birliğinin ölüm ile sona ermesi sebebiyle, arkada kalan eş ölüm sonrası cinsi münasebette bulunduğu bu zinaya sebebiyet vermeyecektir. Butlan durumunda ise eMK'nin 124. maddesi *“Evlenmenin butlanı, ancak hakimin kararıyla hüküm ifade eder. Evlenme, mutlak bir butlan ile malul olsa bile hakimin kararına kadar sahih bir evlenmenin bütün hükümlerini haizdir.”* hükmünü ihtiva ettiğinden zina suçunun oluşup oluşmadığı tartışma mevzuu olmuştur. Çalışmamız zinanın ceza yönüyle yakinen ilgilenmediğinden bu mevzuda daha fazla detaya girmiyoruz.

AYM 1996 yılında kocanın zinası konusundaki eTCK md. 441'in iptali yönünde karara varmıştır⁹³. Esbabımucibesini *“Kocanın eyleminin zina suçu sayılabilmesi için kadının zinasında aranmayan kimi koşul ve öğelerin aranması, karı karşısında kocaya yasal üstünlük tanınması anlamına gelir. Evlilik birliği içinde kocaya bu tür üstünlük tanımak için haklı bir neden yoktur. Çünkü karşılıklı sadakat yükümlülüğü bakımından karı ile koca arasında fark bulunmamaktadır. Bunun için kocanın basit zinasının cezalandırılmaması, ona kadına karşı çağdaş anlayışa uymayan bir ayrıcalık tanınmasına yol açarak cinsiyet ayırımını reddeden kadın erkek eşitliğini bozar”* şeklinde

⁹² HAFIZOĞULLARI, s. 103; KORKMAZ, s. 191.

⁹³ AYM 23.09.1996 T. 1996/15 E. 1996/34 K. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, ET: 14.04.2022).

belirterek ve iptal kararının RG’de yayımlanmasından itibaren bir yıl içinde yürürlüğe girmesinin kararlaştırarak bu hükmü iptal etmiştir. Bu kararın ardından yalnızca kadının zinasının suç teşkil ettiği eTCK md. 441 yürürlükte kalmıştır. Bu düzenlemenin ise Anayasa’nın müsavat umdesini ihlal etmesi sebebi öne sürülerek AYM nezdinde iptal müracaatında bulunulmuştur.

Bu durum *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*’ne, *İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*’nin temel hak ve hürriyetler ve bunların cinsiyete dayalı olanların dahil hiçbir ayrıma tabi tutulmadan kullanılmasını düzenleyen hükümlerine mugayirdi ve bizce de haklı olarak AYM, iddiayı haklı görerek düzenlemenin iptaline karar⁹⁴ vermiştir. Bununla birlikte hukukumuzda zina fiili ceza hukuku alanında suça mevzu bir fiil olmaktan çıkartılmıştır⁹⁵.

1.2.4.2.2. 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi’nde Zina

Cumhuriyetten sonra kabul edilen eMK öncesinde özel ve medeni hukuk ilişkilerine dini kaideler uygulanmaktaydı. Bu şümulde aile hukukunda erkeğin üstün görüldüğü bir evlilik birliği ve kadın ile erkek arasında müsavatsızlık yaratacak düzenlemeler bulunmaktaydı⁹⁶. Cumhuriyetin ilanından sonra İsviçre’den alınan medeni

⁹⁴ AYM 23.06.1998 T. 1998/3 E. 1998/28 K. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, ET: 10.04.2022).

⁹⁵ TEMİZ, s. 505-509; KORKMAZ, s. 210.

⁹⁶ KONAN, Belkıs: Hukuk-ı Aile Kararnamesi’nde Kadının Hukuki Durumu İle İlgili Düzenlemeler, ed. Fethi Gedikli, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri Cilt: I, İstanbul 2016, s. 323-352.

kanun çoğu maddeleri aynı bırakılarak aynen tercüme edilerek 1926 tarihli eMK kabul edilmiştir. Bu şümulde yeni Kanun’la o günün şartlarında modern ve müsavata dayalı kaidelerin bulunduğu köklü medeni hukuk düzenlemelerine gidilmiştir⁹⁷. Kanun 2002 yılında TMK’nin kabulüne kadar yürürlükte kalmıştır.

Yürürlükten kaldırılan eMK’nin 129-134 maddeleri arasında boşanmaya sebep olan haller belirtilmiştir. Bu şümulde zina, eTCK zaviyesinde suçla sebebiyet veren fiil olmasının yanında aile hukukunda kusura dayalı boşanmanın sebeplerinden birisi olarak sayılmıştır⁹⁸. eMK’de zinaya açık bir şekilde yer verildiğinden özel boşanma sebebi kabul edilmiştir. Bu hususiyetinden dolayı mahkemece başkaca araştırmaya girişilmeden boşanmaya hükmedileceğinden mutlak boşanma sebepleri arasında bulunmaktadır⁹⁹. Zinanın boşanma sebebi olarak sayılması yönünden eMK’de müsavat prensibinin gereği olarak erkek ve kadın yönünden herhangi bir farklılık yaratacak bir düzenlemeye gidilmemiştir¹⁰⁰.

⁹⁷ TEKİNAY, s. 2-3; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 56.

⁹⁸ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 971.

⁹⁹ TEKİNAY, s. 193; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 977.

¹⁰⁰ TEKİNAY, s. 192.

İKİNCİ BÖLÜM

BOŞANMA SEBEBİ OLARAK ZİNA

2.1. Hususi Bir Boşanma Sebeğini Teşkil Etmesi

Boşanma esbabı mevzularına göre hususi (özel) ve umumi (genel) olarak ikiye ayrılmaktadır. Hususi boşanma sebepleri kanun koyucu tarafından açık, sarıh ve detaylı bir biçimde düzenlenen belli hadise ve olguları belirtir. TMK’de boşanma sebepleri 161. maddeyle 166. madde arasında düzenlenmiştir. Bunlar numerus clausus prensibiyle sayılmıştır, başkaca bir sebebe dayanarak boşanma davası ikame edilemez¹⁰¹. Boşanmanın hususi sebepleri zina, eşlerin birisinin diğerini öldürme amacıyla gerçekleştirdiği fiilleri, pek kötü ya da onur kırıcı davranılması, haysiyetsiz yaşam sürdürülmesi ve suç işlenmesi, terk ve akıl hastalığı olarak sayılabilir. Boşanmanın umumi sebebi ise evlilik birliğinin sarsılmasıdır. Eşlerin anlaşmaları halinde ve boşanma davasının reddi katiyet kesbettikten sonra 3 yıl geçmesine rağmen müşterek hayatın yeniden kurulamaması halinde de evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılacağından bu durumların da tek sebep olan evlilik birliğinin sarsılmasına gireceği kanaatindeyiz.¹⁰²

Kanunda hususi sebepler arasında belirtilen hadiselerin gerçekleşmesine netice bağlanmıştır. Kanun koyucu boşanmanın hususi sebeplerine yer vererek birliğin sona ermesi bakımından bu belli hadiselerle bakmaktadır¹⁰³. TMK’nin belirtmiş olduğu hususi

¹⁰¹ ÖZTAN, s. 644; GENÇCAN, Boşanma, s. 137.

¹⁰² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 243.

¹⁰³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 105; KILIÇOĞLU, Aile, s. 114.

sebeplerden mutlak olan birisinin bulunması durumunda, mahkemece farklı herhangi bir sebebin daha bulunması aranmaksızın tarafların boşanmasına hükmedilebilecektir¹⁰⁴. Binaenaleyh Temyiz Mahkemesi ve Bölge Adliye Mahkemeleri de boşanma sebepleri bakımından hususi-umumi boşanma sebepleri ayırımına dikkati çekerek, bunların sınırlı olup boşanmada dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir¹⁰⁵.

TMK md. 161 “Eşlerden biri zina ederse, diğer eş boşanma davası açabilir...” hükmünü ihtiva etmektedir. Buna göre zinanın boşanmanın hususi boşanma sebeplerinden birisini teşkil ettiğinin ayrı bir şekilde ve açıkça düzenlediği görülmektedir.

¹⁰⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 114; ÖZTAN, s. 644.

¹⁰⁵ Temyiz Mahkemesi bir kararında hülasaten “*Türk Medeni Kanunu, boşanma sebeplerini 161-166 arasındaki altı maddede düzenlemiştir. Bu sebepler konularına, kanunda özel olarak düzenlenip düzenlenmediklerine göre “özel-genel boşanma sebepleri” ve evlilik üzerindeki etkilerine, evlilik birliğini çekilmez hâle getirip getirmediğine göre “mutlak-nispi boşanma sebepleri” olarak sınıflandırılabilirler. Zina, hayata kast, pek kötü veya onur kırıcı davranış, suç işleme veya haysiyetsiz hayat sürme, terk ve akıl hastalığı belirli olgulara dayandıklarından özel boşanma sebeplerini oluştururlar ve sınırlı sayıdadırlar. Buna karşılık, evlilik birliğinin sarsılması (TMK m. 166/1,2) ile eşlerin anlaşması (m. 166/3) ve fiili ayrılık (m. 166/4) ise belli bir olguyu göstermeyen ve önceden belirlenemeyen nitelikte olduklarından genel boşanma nedenlerini oluştururlar.*” şeklinde karar vermiştir. (Temyiz Mahkemesi HGK 20.06.2019 T. 2017/2-2420 E. 2019/750 K. uyap.gov.tr, ET: 11.04.2022); Ankara BAM 1. HD 07.02.2022 T. 2019/1868 E. 2022/173 K., Ankara BAM 1. HD 08.03.2022 T. 2019/2297 E. 2022/505 K. uyap.gov.tr, ET: 11.05.2022.

Şartlarının bulunması durumunda aynı dava içinde hususi ve umumi sebep aynı anda öne sürülebilecektir. Bununla beraber Temyiz Mahkemesi tatbikatına göre zinanın bulunması durumunda TMK md. 166'daki birliğin sarsılması şartının varlığına bakılmaksızın birliğin sona erdirilmesi sağlanacaktır. Bu sebeple ve zinanın maddi neticeleri yönünden ispat hususunda bir zorluk yok ise zinaya dayanmak daha lehe olacaktır.

Almanya Medeni Kanunu'nda zina boşanmada hususi sebepler arasında sayılmaktayken 1977 değişiklikleriyle kusur umdesi terk edilerek birliğin başarısızlığı umdesine yer verilmiştir¹⁰⁶. 1977 öncesi kanunda kusura istinat eden boşanma sebepleri zina, cana kast, haysiyetsiz hayat sürmek ve terk iken kusura istinat etmeyen yegane sebep akıl hastalığı bulunması idi. Değişiklik neticesinde birliğin başarısız olması ve çiftlerin ayrı yaşamaları olgularının ön planda tutulmasıyla, zina sadece birliğin başarısızlığına sebep olan bir davranışı teşkil ettiğinden sadece boşanma davasının mevzuu olarak öne sürülebilmesi mümkün olacaktır¹⁰⁷.

İsv.MK'de zinanın boşanmanın hususi bir boşanma sebebi olduğu ifade edilmişse de 26 Haziran 1998 tarihli değişiklikle bu madde hususi sebepler arasından çıkarılmıştır¹⁰⁸. 1 Ocak 2000 tarihinde meriyet kazanan tadilat ile birliğin sona ermesinin

¹⁰⁶ YİĞİT, Talip: Boşanma ve Zina İlişkisi: Türkiye ve Avrupa Birliği Üye Ülkelerin Yasa Uygulama Örnekleri, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, C. 5, S. 46, 2017, s. 215.

¹⁰⁷ ERSÖZ, s. 48.

¹⁰⁸ ERSÖZ, s. 46; KILIÇOĞLU, Ahmet. M.: Medenî Kanun'umuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Ankara 2014 (Yenilikler), s. 10.

iptal ve boşanmayla mevzubahis olabileceği ifade edilmiştir. Boşanma, kanundaki değişikliklere göre artık anlaşma yahut davayla gerçekleşebilecektir¹⁰⁹. Değişikliklerle birlikte kusur umdesi terkedilerek boşanmada birliğin temelden sarsılması umde olarak benimsenmiştir¹¹⁰. Bu sebeple boşanmada hususi sebep olan zina fiiline dayalı olarak dava yoluna gidilebilmesi opsiyonu ortadan kaldırılmıştır. Buna karşın, zinanın, birliğin temelden sarsılması sebebi olan bir davranışı teşkil etmesi sebebiyle boşanma davasının mevzuu olabileceği belirtilebilir¹¹¹.

2.2. Mutlak Boşanma Sebebi Olması

TMK'deki boşanma sebeplerinin ayırımında dikkate alınan hususlardan birisi mutlak ve nispi sebepler ayırımıdır. Mutlak boşanma sebepleri kanunda belirlenen müşahhas hadise ya da olgunun gerçekleşmesi ve ispatlanması durumunda hakimce başka bir tetkikat yapılması gerekmeksizin boşanmaya hükmedilebilmesi için kafi olan sebeplerdir.

Nispi sebepler ise kanunda belirlenen müşahhas hadise ya da olgunun meydana gelmesinin ve ispatlanmasının tek başına boşanmaya hükmetmek için yeterli olmadığı boşanma sebepleridir. Boşanmada mutlak sebepler arasında zina, eşlerin birisinin diğerini öldürme amacıyla gerçekleştirdiği fiilleri, pek kötü davranılması veya onur kırıcı davranılması, eşlerin anlaşarak boşanmaları ve TMK md. 166/IV (boşanma davasının

¹⁰⁹ KILIÇOĞLU, Medeni, s. 11-12.

¹¹⁰ OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, C. 35, S. 1, 2015, s. 31.

¹¹¹ ERSÖZ, s. 47.

reddinden itibaren üç yıl geçtiği halde müşterek hayatın yeniden kurulamaması) bulunmaktadır. Suç işleme ile haysiyetsiz yaşam sürdürülmesi ve akıl hastalığına ise nispi sebepler olarak yer verilmiştir. Buna göre boşanmanın sebeplerinden olan zina mutlak boşanma sebepleri arasında ifade edilmektedir¹¹².

Boşanmanın mutlak sebeplerinden birisinin gerçekleştiği hallerde tarafların boşanmaları hususunda karar verilmektedir. Bu hallerde hakimin birliğin çekilemez durumda olup olmadığına dair olarak da bir inceleme yapmasına gerek kalmamaktadır¹¹³. Bu halde hakime verilen tek takdir yetkisi boşamaya hükmetmek yerine ayrılık kararı verebilmesidir, yoksa zinanın evliliği sarsıp sarsmadığını inceleme yetkisi yoktur. Diğer taraftan boşanmanın nispi sebeplerinden birisinin bulunması durumunda, maddede belirtilen hadisenin gerçekleşmesinin ve ispat edilmesinin yanı sıra, bu hadisenin eşlerin diğeri bakımından müşterek hayatı çekilemez duruma sokup sokmadığı hususu da incelenmektedir. Boşanmanın nispi sebepleri, boşanmanın mutlak sebeplerinden bu yönüyle ayrılmaktadır¹¹⁴.

Hususi bir boşanma sebebi olan zina, boşanmanın mutlak sebeplerinden birisini teşkil eder. Böylece zinanın vücut bulması durumunda, bu durumun bir hatadan ibaret olduğu, ileride ikinci bir kez tekrarlanmayacağı, zinadan dolayı müşterek hayatın katlanılamaz duruma yol açmadığı şeklinde iddialar öne sürülememektedir¹¹⁵. Zira

¹¹² ÖZTAN, s. 644; GENÇCAN, Boşanma, s. 138.

¹¹³ KILIÇOĞLU, Aile, s. 114; ÖZTAN, s. 644.

¹¹⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 114-115; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 244.

¹¹⁵ KILIÇOĞLU, Aile, s. 115.

zinanın gerçekleşmesinin ardından, birliğin temelden sarsılacağı karinesine dayalı olarak, hadise sebebiyle tarafların birliği sürdürmeleri beklenemeyecek, bu sebeple zinanın birliğe tesir edip etmediğine de bakılmayacaktır¹¹⁶. Temyiz Mahkemesi kararlarında zinanın boşanmanın mutlak sebeplerinden birisi olduğunu ifade etmiştir¹¹⁷. Ayrıca Yüksek Mahkeme, bu sebebin bulunması durumunda birliğin temelden sarsılmış olduğunu belirtmektedir. Kararının devamına göre hukuki sebeplerden ikisine bir arada dayalı olarak davanın açılması halinde, zina fiilinin ispat edildiği takdirde, tarafların boşanmasına karar verilmelidir. Bu hallerde boşanmanın umumi sebebinin bulunup bulunmadığına bakılmamakta ve buna dair olarak da ayrı bir esbabımucibenin oluşturulmasına gerek bulunmamaktadır.

2.3. Zina Sebebiyle Boşanma Davasının Açılabilmesinin Şartları

2.3.1. Evlilik Birliğinin Devam Etmesi

Zinanın varlığı durumunda bu sebeple boşanma davasının açılabilmesinin şartlarından ilki, eşlerin aralarında evlilik münasebetinin bulunmasıdır. Zina evlilik

¹¹⁶ GENÇCAN, Boşanma, s. 138.

¹¹⁷ Temyiz Mahkemesi 2. HD 30.06.2014 T. 2014/14222 E. 2014/14938 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 14.05.2015 T. 2014/24287 E. 2015/10320 K., Temyiz Mahkemesi 14.09.2015 T. 2015/2116 E. 2015/15735 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 27.10.2015 T. 2015/5943 E. 2015/19941 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 31.05.2017 T. 2016/24019 E. 2017/6511 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 28.01.2020 T. 2019/6633 E. 2020/443 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 07.04.2021 T. 2021/101 E. 2021/2782 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 01.03.2022 T. 2022/140 E. 2022/1900 K. uyap.gov.tr, ET: 10.05.2022.

birliğinin halen sürmekte olduğu bir zamanda meydana gelmelidir. Evliliğin herhangi bir sebeple nihayete ermesinden sonraki cinsi münasebetler zina oluşturmaz. TMK md. 185/I hükmüne göre evlenmeyle eşlerin aralarında evlilik birliği kurulmuş olacaktır. Evlendirmeye yetkili memur önünde tarafların evlenme yönündeki iradelerini sözlü ve sarih olarak açıklamaları gerekir. Evlenme anı bu sözlü beyanlara bağlıdır bu sebeple kurucu muamele rolü olmayan evlenmeye dair bildirimi nüfus müdürlüğüne göndermek ya da nüfus müdürlüğünün bu evlenmeyi tescil etmesi gibi muamelelerin evliliğin kurulma anını belirlemek için ehemmiyeti yoktur. Dini nikah ve merasim zinanın oluşması için gerekli olan nikah şartını sağlamaya yetmez.

Zinanın eşlerin birisi tarafından gerçekleşmesi durumunda, bu eşin ötekisine karşı sadakat mükellefiyetine mugayir davrandığından bahsedilebilecektir. Buna göre, zinanın birliğin devamı sırasında gerçekleşmesi gerekmektedir. Dolayısıyla birliğin kurulmasının öncesinde yahut birliğin sona ermesinin ardından tarafların birisinin cinsi münasebette bulunması durumunda bu fiil zina olarak kabul edilmeyecektir¹¹⁸. Öte taraftan birliğin kurulmasının öncesinde yapılan zina fiili, birliğin kurulmasının ardından öğrenilmişse, hak düşürücü müddet dolmamış ise ve artık diğer eşe bakan yönüyle müşterek hayat sürdürülemez durum ortaya çıkmışsa, şartlarının bulunması halinde TMK md. 166’da ele alınan boşanmanın umumi sebebine ya da TMK md. 149 ve 150’ye dayalı olarak dava yoluna gidilebilecektir¹¹⁹.

¹¹⁸ AKINTÜRK/ATEş, s. 245; TEKİNAY, s. 190.

¹¹⁹ TEKİNAY, s. 190; KAYA s. 32.

Zina sebebine dayalı boşanma davasında butlan bir müdafaa olarak öne sürülemez¹²⁰. TMK md. 170'e göre mahkemece tarafların ayrılığına hükmedilmesi durumunda, tarafların birbirine sadakat mükellefiyetleri birliğin sona ermemesi sebebiyle devam edecektir. Tarafların fiziki olarak ayrı hayat sürmelerine karşın, eşlerin birisinin cinsi münasebeti halinde diğer eş bunu ileri sürebilecektir¹²¹. Aynı şekilde, TMK md. 197'ye göre eşlerin bir arada yaşamalarına ara verilmesi, eşlerin birisinin gaipliğine hükmedilmesi yahut 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu¹²² md. 23/I gereğince evliliğin tescilinin gerçekleştirilmemesi¹²³ durumlarında, birbirlerine karşı sadakat mükellefiyetleri devam edecektir. Dolayısıyla eşlerin birisinin cinsi münasebette bulunması halinde bu fiil zina olarak sayılacaktır¹²⁴. Boşanma davasının açılması halinde, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu¹²⁵ md. 350/II fıkrasındaki “...aile hukuku... ilişkin kararlar kesinleşmedikçe yerine getirilemez.” kaidesinden dolayı boşanma davasının neticesinde oluşturulan hükmün katiyet kesbetmesine kadar tarafların sadakat mükellefiyetlerinin bulunacağı ifade edilebilecektir¹²⁶.

Evliliğin yokluğu halinde ise zina sebebine dayalı boşanma davası ikame edilemez. Bu hallere misal olarak, aynı cinsten kimselerin evlenmeleri, merasimin resmi

¹²⁰ TEKİNAY, s. 198.

¹²¹ GENÇCAN, Boşanma, s. 143; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107; ÖZTAN, s. 647.

¹²² 29.04.2006 T. ve 26153 sayılı RG ile yayımlanmıştır.

¹²³ ERSÖZ, s. 66; GENÇCAN, Boşanma, s. 143.

¹²⁴ AKINTÜRK/ATEŞ s. 245; Gençcan, Boşanma, s. 143.

¹²⁵ 04.02.2011 T. ve 27836 sayılı RG ile yayımlanmıştır.

¹²⁶ ERDEM, s. 105; KILIÇOĞLU, Aile, s. 117.

memurun huzurunda gerçekleşmemiş bulunması yahut tarafların ikisinin de aynı zamanda huzurda yer almaması¹²⁷ verilebilir. Yokluk bir hukuki muamelenin kurucu nitelikteki unsurlarındaki eksikliği ifade eder¹²⁸. Saydığımız hallerde birliğin en başta kurulduğundan söz edilemeyeceğinden, eşlerin birbirlerine yönelik üstlenmiş bulunduğu herhangi bir mükellefiyetin bulunduğundan da söz edilemeyecektir. Temyiz Mahkemesi evlenme yaşının da evlenmenin kurucu unsuru olduğuna dair kararlar vermiştir¹²⁹. Ancak biz yaşın butlan sebebi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz.

Diğer taraftan, evliliklerin yok hükmünde sayıldığı durumlardan ayrı olarak, evliliğin batıl olduğuna yalnızca mahkeme kararıyla hükmedilebilecektir. Butlan hukuki muamele doğmasına rağmen istenen hukuki neticenin bunu engelleyen birtakım sakatlıklar sebebiyle meydana gelmemesi durumudur. Dolayısıyla böyle bir evliliğin hakimın kararıyla sona erdirilebilmesi mümkün olacaktır. TMK md. 156’da ifade edildiği şekilde evliliğin mutlak butlanı halinde de evlenmenin hâkim kararına kadar geçerli bir evliliğin bütün neticelerini doğuracağı kabul edildiğinden tarafların evliliğin geçerli olduğu hallerdeki gibi birbirine karşı olan mükellefiyetlerini ifa etmeleri gerekecektir. Buna göre hakimın verdiği butlan kararı katiyet kesbedinceye kadar eşlerin birisinin cinsi münasebet kurması, zinaya dayalı sadakat mükellefiyetine muhalefet teşkil edecektir¹³⁰.

¹²⁷ ÖZTAN, s. 572-576; KILIÇOĞLU, Aile, s. 73-75.

¹²⁸ GENÇCAN, Boşanma, s. 141; ERSÖZ, s. 67.

¹²⁹ Temyiz Mahkemesi 2. HD 14.04.2003 T. 2003/4315-5370, uyp.gov.tr, ET: 01.02.2022.

¹³⁰ KILIÇOĞLU, Aile, s. 99; TEKİNAY, s. 190; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 245.

2.3.2. Başka Bir Kimseyle Cinsi Münasebetin Yaşanmış Olması

Eşlerin birisinin zinası durumunda diğer eşe boşanma davasını açabilme hakkını TMK md. 161 verilmiştir. Fakat zinanın hangi şekillerde gerçekleşeceğine dair bilgiye yer verilmemiştir. Kanun metninde yalnızca zina yazmakta ve bir açıklama bulunmamaktadır ancak bununla cinsi münasebet anlaşılmalıdır. Boşanmanın zina sebebine dayalı olarak açılabilmesi, eşlerin birisinin eşi haricindeki başka bir kimseyle cinsi münasebet gerçekleştirmesine bağlıdır. Doktrinde bu şart boşanmanın objektif unsuru sayılmaktadır. Buna göre evlilik birliğinin sürdüğü sırada eşlerden herhangi birisinin eşi haricindeki (baskın görüşe göre karşı cins) birisiyle yaşayacağı cinsi münasebet halinde zina fiili vücut bulmaktadır¹³¹.

Doktrinde zina kabul edilen cinsi münasebetin gerçekleşme hallerine dair değişik görüşlere yer verilmiştir. Cinsi münasebetin bir görüşe göre tam ve normal yollarla gerçekleşmesi gereklidir¹³². Normal yol sözü ile baskın görüş vajinal birleşmeyi ifade etmektedir. Baskın görüşe göre tam birleşme sözü ile kastedilen ise erkeğin cinsi uzvunun kadının cinsi uzvuna girmesidir. Ancak birleşme ile kastedilen bize göre tam birleşme yani cinsi uzvun tamamının girmesi değildir. Aksi, daraltıcı bir tefsir olacaktır. Tam birleşme şartı aranmamalıdır. Cinsi uzvun kısmen girmesi de yeterlidir. Men'i gelmesi şart değildir. İlaveten, cinsi münasebetin vajinal yahut anal olmasının arasında bir farklılık yaratmayacağı, karşı cinsler arasında her nevi cinsi münasebetin zinaya vücut

¹³¹ BİÇKİN, İnci: Medeni Yasa'da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 5, İstanbul 2006, s. 1884; ÖZTAN, s. 647; GENÇCAN, Boşanma, s. 144.

¹³² ERSÖZ, s. 73; ÖZTAN, s. 647; ERDEM, s. 103.

vereceğini savunan bir görüş bulunmaktadır¹³³. Bize göre de cinsi bir münasebetin zinaya sebebiyet verip vermeyeceği hususunda bu münasebetin ne biçimde gerçekleşmesi gerektiğinin belirtilmesi sadakat mükellefiyetinin niteliğine ters düşecektir. İki türlü cinsi münasebet de zinanın varlığı için yeterlidir. Zira bu hususta da vajinal birleşmenin gerektiğine dair kanunun lafzında herhangi bir kelime mevcut değildir.

TMK md. 161’ de cinsi münasebetin karşı cinsle yapılması gerektiğinden açık bir şekilde bahsedilmemiştir. Buna rağmen hukukumuzda, baskın görüş tarafından zinaya dayalı boşanma davasına müracaat mevzuunu teşkil eden başka bir kimseyle cinsi münasebet yaşama şartı, münasebetin eş dışındaki karşı cinsle gerçekleştirilmiş olması halinde sağlanmış kabul edilmektedir¹³⁴. Onlara göre bu bakımdan, evlilik birliği

¹³³ KORKMAZ, s. 192; BİÇKİN, s. 1884; KILIÇOĞLU, Aile, s. 116; HAFIZOĞULLARI, s. 130; GENÇCAN, Boşanma, s. 146, TEKİNAY, s. 199.

¹³⁴ BİÇKİN, s. 1885; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 106; ERSÖZ, s. 71; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 104; FEYZİOĞLU, s. 258; AKINTÜRK s. 246; OĞUZMAN/DURAL, s. 114; TEKİNAY, s. 199; ŞANVER, Şerafettin: Boşanma Davaları El Kitabı, Ankara, 2009, s. 31; YARAYAN, Ali, Türk Medeni Hukuku Temel Bilgiler, Ankara, 2013, s. 349; GİRGİN, Yasin, Evlilik Birliğinin Sona Ermesi, Ankara 2013, s. 57; YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Aile Hukuku, Ankara 2014, s. 74; LALE, İsmail/LALE, Ömer: Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Ankara 2009, s. 208; YETİK, Nurten: Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. Baskı, Ankara 2008, s. 55; GOLDSTEIN/KATZ, s. 667.

Temyiz Mahkemesi de bir kararında “Zinanın varlığı için, eşlerden birinin karşı cinsten başka bir kimse ile cinsel ilişkide bulunması... gerekir.” sözleriyle bu yönde görüş

sırasında erkeğin aynı cinsi birisiyle livatası yahut kadının aynı cins birisiyle seviciliği¹³⁵ zinaya vücut vermeyecektir¹³⁶. Onlara göre bu durumlarda eş, TMK md. 163 gereğince haysiyetsiz yaşam sürme yahut TMK md. 166 gereğince birliğin temelden sarsılması sebebine dayalı olarak dava açabilmelidir¹³⁷. Baskın görüşteki yazarlar kanunda yer almayan karşı cins şartının nereden, ne sebeple geldiğine dair herhangi bir açıklama yapmamaktadır.

Doktrinde, eşlerin birisinin aynı cins birisiyle cinsi münasebete girmesi durumunun zinaya sebebiyet verdiğini kabul eden görüşler de bulunmaktadır¹³⁸. Bu görüşteki yazarlar, eşlerin aralarındaki sadakat mükellefiyetinin yansımalarından en mühiminin cinsi sadakat olduğuna vurgu yapmaktadırlar. Yazarlar eşlerin birisinin birliğin devamında aynı yahut karşı cins birisiyle münasebette bulunmasının farklılık yaratmayacağını ifade etmektedir. Bu davranışın cinsi sadakat mükellefiyetine muhalefet

belirtmiştir. (Temyiz Mahkemesi 2. HD 27.04.2015 T. 2014/17833 E. 2015/8438 K. uyap.gov.tr, ET: 01.04.2022).

¹³⁵ Arapçadan dilimize geçen livata kelimesi “(Lut kavminin adından) Erkekler arasındaki cinsel ilişki, oğlancılık, lûtîlik.” manasındadır. Sevicilik kelimesi “Sevici olma durumu, kadınlarda eşcinsellik” manasına gelmektedir. Lugatim.com, ET: 21.08.2021.

¹³⁶ TEKİNAY, s. 190; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246.

¹³⁷ TEKİNAY, s. 190-191; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 106.

¹³⁸ GENÇCAN, Boşanma, s. 150; BİÇKİN, s. 1885; KILIÇOĞLU, Aile, s. 116; ERDEM, s. 102.

teşkil ettiği ifade edilmektedir¹³⁹. Biz de bu görüşe katılmaktayız. Ölü ya da hayvanla cinsi münasebet birçok ülkede ve kültürde bayağı ve kötü bir iş olarak görülse de bu iki durumdan farklı olarak dünyada muasır hukuk sistemlerinde birçok ülke aynı cins kişilerin evlenmesine veyahut en azından hayat ortaklıkları kurmalarına cevaz verirken bunların muasır birçok ülkede statüsü hukuka muvafık olan birlikteliklerini “haysiyetsiz” olarak tarif etmek muasır hukuk umdeleriyle örtüşmeyecektir zira ahlak, normal yol, anormal yol vb. kelimelerinin tefsiri kişiye, zamana, kültüre ve yere göre tamamen değişebilmektedir. Ancak katıldığımız görüşteki yazarların ekseriyeti de hem tam birleşme şartını kabul etmekte hem de kadınlar arasında bunun nasıl olacağını açıklayamamaktadır. Aynı cins kişiler arasındaki beraberliğin de eşlerde sadakat duygusunu zedeleyeceği açıktır. Bu sebeple aynı ya da farklı cins şahıslar arasında anal ya da vajinal münasebetin zina oluşturduğu kanaatindeyiz. Erkekler arasındaki münasebetlerde yukarıda saydığımız birleşme şartları aranmalıdır. Bu mevzuda bir mesele yoktur. Müsavat umdesine muhalefet teşkil etse de kadınlar zaviyesinden birleşme şartı fiziken mümkün olmadığından kadınlar arasındaki birlikteliklerin zina oluşturmadığı kanaatindeyiz. Aksini kabul etseydik karşı cinsler arasında yahut iki erkek arasında zina mertebesine varmayan hareketleri de zina olarak adlandırmamız gerekirdi ki bu da cinsi münasebet mefhumunun şumulünü çok genişletmek manasına gelirdi ve sınırları çizilemez bir durum yaratır idi.

¹³⁹ DEDE, İsmail: Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır, MÜHF-HAD, C. 23, S. 3, İstanbul 2017, s. 652; KILIÇOĞLU Aile, s. 116; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 106; BİÇKİN, s. 1885; GENÇCAN, Boşanma, s. 150.

2.3.3. Kusur

Eşlerin birisinin zinasının boşanmanın hususi sebebini teşkil etmesi için zina eden eşin, eşin dışında biriyle cinsi münasebete bilerek ve isteyerek girmesi şarttır. Bu şart, boşanma davasının zina fiiline dayalı olarak açılabilmesi için gerekli diğer bir şart olan kusuru ifade eder. Bu şart doktrinde zinaya dair sübjektif unsur olarak kabul edilmektedir¹⁴⁰. Eşin bu fiilini bilerek ve isteyerek yapması halinde boşanması davasının şartlarından olan kusur gerçekleşmiş olacaktır¹⁴¹. Zina fiilinde bulunan tarafın kusurundan bahsedilebilmesi için bu fiilin bilip istenerek gerçekleştirilmesi, yani fiilde bulunanın ayırt etme gücünün bulunması gerektiği ifade edilmektedir¹⁴². Buna göre, ayırt etme gücünü devamlı yahut geçici surette kendi kusuru olmadan uyku gibi bir sebeple yitiren bir kimse, eşinin haricinde başka bir kimseyle cinsi münasebete girdiğinde zina fiilinin gerçekleştiğinden söz edilemeyecektir¹⁴³. Fakat ayırt etme gücünün eşin kendisinin kusuru ile geçici mahiyette kaybından dolayı bu ilişkinin gerçekleşmesi halinde bu fiilde bulunanın kusurunun bulunduğu ifade edilebilmelidir¹⁴⁴.

Ehemmiyetle belirtmek gerekir ki dava ikame eden eşin de başkalarıyla zina yapmış olması davanın reddini gerektirmez zira zinalar takas veya mahsup edilemez

¹⁴⁰ GENÇCAN, Boşanma, s. 152; ÖZTAN, s. 648; ERSÖZ, s. 82.

¹⁴¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246; ERDEM, s. 102; TEKİNAY, s. 191; KILIÇOĞLU, Aile, s. 117; ÖZTAN, s. 648.

¹⁴² GENÇCAN, Boşanma, s. 152; ÖZTAN, s. 648; ERSÖZ, s. 83.

¹⁴³ ERSÖZ, s. 83; TEKİNAY, s. 191; ÖZTAN, s. 648.

¹⁴⁴ ÖZTAN, s. 648; ERSÖZ, s. 83.

(compensatio delicti mevcut değildir)¹⁴⁵. Davalı eş davacı eşin de zina yaptığını, kendisinin de başkalarıyla zina yapmasının sebebinin eşine nispet yapmak olduğunu ileri sürerek davanın reddini talep edemez. Zira zina mutlak bir boşanma sebebi teşkil eder binaenaleyh davacı eşin daha az kusurlu olması gibi bir şart davanın kabulü için aranmaz. Hatta müşterek hayatın bu sebeple çekilmez duruma gelip gelmediğine de bakılmaz. Sadece zina fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediği tetkik edilir¹⁴⁶. Bu fiilin gerçekleşmiş olması davanın kabulü için tek başına yeterlidir. Ancak bu durumda da hakim eMK md. 138, TMK md. 170'deki takdir yetkisini kullanabilir.

Gerçekleşmesi zor olsa da eş, zina fiiline iştirak eden şahsın eşinden başka bir kimse olduğunu fark edememiş ise kusurlu değildir¹⁴⁷.

Saldırı altında yahut tecavüz halinde eşin kusurundan bahsedilemeyeceği ifade edilmektedir. Yazarlara göre bu şart altındaki fiilin zina sayılabilmesi mümkün değildir¹⁴⁸. Zira bu durumlarda cinsi münasebete giren eşin kusuru mevcut değildir¹⁴⁹. Ağır uyku halinde böyle bir durum mümkün olabilir. Bunun yanı sıra manevi cebirle

¹⁴⁵ SCHWARZ, s. 145.

¹⁴⁶ FEYZİOĞLU, s. 261.

¹⁴⁷ TEKİNAY, s. 200.

¹⁴⁸ ERDEM, s. 102; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 106; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246; TEKİNAY, s. 191; KILIÇOĞLU, Aile, s. 117.

¹⁴⁹ ERSÖZ, s. 84; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246; BİÇKİN, s. 1886; TEKİNAY, s. 191; ÖZTAN, s. 648; KILIÇOĞLU, Aile, s. 117.

eşlerin birisinin mühim oranda ve ağır bir tehdit altında cinsi münasebete girmesi halinde de kusurunun bulunmadığı ifade edilmektedir¹⁵⁰.

Eşlerin birisinin tehdit edilerek cinsi münasebette bulunması durumunda kusura dair ayrımda bulunmaktadır. Diğer bir değişle, eşlerin birisinin, kendi canı, eş yahut çocuğunun yaşamına veyahut beden bütünlüğüne bir zararın dokunacağı biçimindeki bir tehditle cinsi münasebet yaşaması durumunda kusurundan bahsedilemeyecektir¹⁵¹. Öte taraftan, tehdit, malvarlığı değerlerine yönelik ise cinsi münasebete girenin kusurunun bulunacağı kabul edilmektedir¹⁵².

2.3.4. Af Bulunmaması

eMK md. 129/son “*Af halinde dava mesmu olmaz*” demektedir. İsviçre Medeni Kanunu’nda bu maddenin karşılığı olan md. 137/son hükmü ise “*Eşinin zinasına razı olan veya onu affeden eşin dava hakkı yoktur.*” hükmünü ihtiva eder. İki hüküm arasındaki mühim fark zina fiiline razı olma kısmındadır. Ancak bu husustaki açıklamamızı “eşin zinaya muvafakati meselesi” başlığımız altında yapacağımızdan şimdi af meselesinin incelenmesine geçiyoruz.

Af, işlenen kusur ya da kabahatten dolayı herhangi bir netice çıkarılmayacağına dair his ya da fikrin sarıh veya zımni şekilde ortaya konmasıdır¹⁵³. Zina fiilinin affi

¹⁵⁰ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246; ERSÖZ, s. 85; ÖZTAN, s. 648.

¹⁵¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246; ERSÖZ, s. 8; TEKİNAY, s. 191; ÖZTAN, s. 648.

¹⁵² ÖZTAN, s. 648; ERSÖZ, s. 85; TEKİNAY, s. 192; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246.

¹⁵³ SCHWARZ, s. 145.

hususunda, eşin yaşadığı manevi elemin üstesinden gelmesi ve evlilik akdini devam ettirme yönünde irade göstermesi olan iki unsur mevzubahistir¹⁵⁴. Af, zinadan dolayı doğan boşanma davası ikame etme hakkından feragat edilmesini ifade eder¹⁵⁵. Affeden eş zina fiili sebebiyle doğan boşanma davası ikame etmek hakkını kaybetmiş ve evliliği devam ettirmeyi tercih etmiştir. Zinanın affi durumunda ne zina hususi sebebine ne de umumi boşanma sebebine dayanmak mümkündür¹⁵⁶. Af duygu açıklaması hukuki vasfına sahiptir ve bu mahiyeti sebebiyle bu duygu açıklamasının muhatabı olan şahsın kabul ya da tasdikine ihtiyaç olmaksızın hukuki netice doğurur¹⁵⁷. Hatta karşı taraf bunu kabul etmese de ya da bundan haberdar olmasa da yaratılan hukuki netice değişmeyecektir.

Af şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olması hasebiyle bunun boşanma davası ikame etme hakkına sahip olan eş tarafından bizzat kullanılması gerekir. Bu af hakkının temsilci yardımıyla kullanılması ya da herhangi bir şarta bağlı kullanılması da imkansızdır¹⁵⁸. Affin geçerli olması için eşin zina fiilini kati olarak öğrenmesi gerekmez, eşinden ciddi manada şüphelenmiş ise ve bu ihtimali düşünmüş ise veya kanaatimizce eşin bunu düşünmesi gerekiyor ise zinayı kati olarak öğrenmemekle birlikte eşini affeden şahıs dava

¹⁵⁴ ÖZTAN, s. 651

¹⁵⁵ TEKİNAY, s. 203

¹⁵⁶ Temyiz Mahkemesi 2. HD 14.03.2017 T. 2016/8706 E. 2017/2771 K. uyp.gov.tr, ET: 01.04.2022.

¹⁵⁷ TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Galip Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7.baskı, İstanbul 1993, s. 37, Yazarlara göre ise zinayı af, daha çok hukuki muamele benzeri vasıflara sahiptir.

¹⁵⁸ ÖZTAN, s. 652

hakkını kaybeder ancak eşinin fiillerinin zina mertebesine ulaşmadığını tahmin eden eş için af, boşanma davası ikame etme hakkına tesir etmemelidir¹⁵⁹.

Affin mutlaka sarıh olması gerekmez, af zımnen de yapılabilir. Affetmek gayesi ve kararı ile mevzubahis irade beyanı yahut davranışın yapılmış olması gerekir. Mühim olan affın tam ve kati olmasıdır. Ancak zinayı affetme iradesi olmadan ekonomik zorluklar sebebiyle müşterek meskeni terk etmemek tek başına zımni af olarak tefsir edilmemelidir. Zina eden eş ile samimi ilişkilerin devam ettirilmesi, cinsi münasebetin sürdürülmesi, zinaya dayalı ikame edilen boşanma davasının geri alınması, zina fiilinin ıttılının üstünden uzun müddet geçmesine rağmen boşanma davası ikame edilmemesi gibi fiiller müşahhas hadisatta aksini gösteren durumlar yok ise zımni af olarak tefsir edilebilir¹⁶⁰. Şimdiki hukuk sistemimizde suç olarak yer almamasına rağmen ilave bir izahat kabilinden olmak üzere ceza davasında şikayetten vazgeçme zina fiilini af manasına gelmez, boşanma davası devam eder.

2.3.5. Eşin Zinaya Muvafakati Meselesi

İsviçre Medeni Kanunu'nun md. 137/son hükmünde "*Eşinin zinasına razı olan veya onu affeden eşin dava hakkı yoktur*" hükmü yazılı iken bu maddenin bizdeki karşılığı olan eMK md. 129 ve TMK md. 161'de eşin rızasına razı olma kısmına yer verilmemiştir. Bu ifade bilinçli olarak eMK'ye alınmamıştır zira böyle bir davranışın Türk cemiyetinin umumi ahlak umdeleriyle ters düştüğü düşünülmüş ve bunun kabulünün çok karı ile evlenmek yasağını dolaylı yoldan ihlal edeceği kaygısı taşınmıştır. 1971

¹⁵⁹ TEKİNAY, s. 205.

¹⁶⁰ ERSÖZ, s. 95-96.

Öntasarısında ise bu hüküm TMK'ye konulmak istenmiştir. Esbabımucibesi, erkeğin karının zinasına razı olmasının pek nadir görülebilir bir durum olması ancak tam tersi halin çok muhtemel olmasıdır. Ancak tadilat gerçekleşmemiştir.

Meseleyi daha iyi anlamak için zinanın cezai cihetini de ele alır isek, zinaya muvafakatin şikayet hakkını kaldırmayacağı görüşünü Temyiz Mahkemesi “...*Medeni Kanun'un 23. maddesi uyarınca, bir kimse medeni haklardan ve onları kullanmaktan kısmen olsun vazgeçemez. Türk Ceza Kanunu'nda; karının veya kocanın zinasına, diğer eşin evvelce muvafakat etmiş olması hali şikayet hakkını önleyecek bir olay olarak kabul edilmemiştir. Bundan başka zina fiilinin başlamasından evvel kadının, kocasının evli olmayan bir kadınla zinasına rıza gösterdiğine ve bu rızanın her türlü baskıdan uzak bulunduğuna yer vermek, kadının sosyal durumuyla bağdaşamaz. Bu itibarla kadının kocasının zinasına önceden muvafakat etmiş olması veya muvafakatini belli edecek şekilde davranmış olması TCK'nun 180. maddesinde yazılı 6 aylık süre içerisinde şikayet hakkını kullanmasına engel olamaz...*” sözleriyle müdafaa etmiştir¹⁶¹. Ayrıca doğmamış hakların medeni hak niteliğinde olduğu ve kimsenin medeni haklarını kullanmaktan feragat edemeyeceği tatbikatta belirtilmiştir¹⁶².

¹⁶¹ Temyiz Mahkemesinin 23.05.1966 T. 1966/3 E. 1966/5 K. numaralı içtihadı birleştirme kararı, Temyiz Mahkemesi 8. HD 20.03.2014 T. 2013/9389 E. 2014/4769 K. karşı rey yazısı, uyap.gov.tr, ET: 03.02.2022.

¹⁶² Temyiz Mahkemesi 8. HD 20.03.2014 T. 2013/9389 E. 2014/4769 K. karşı rey yazısı, uyap.gov.tr, ET: 03.02.2022

Temyiz Mahkemesi bir başka kararında nafakadan önceden vazgeçmenin hüküm ifade etmeyeceği görüşünü müdafaa etmiştir¹⁶³.

Doktrin umumi olarak zinaya muvafakatin mümkün olmadığı görüşündedir¹⁶⁴. Onlara göre kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığından ve zina fiiline rıza göstermek hukuka mugayir olacağından rıza ile af bir tutulamaz ve eş razı olsa bile sonradan boşanma davası ikame edebilir. Ancak eş yalnızca rıza olmakla kalmamış ve ilaveten zina fiilini teşvik etmiş ise bu yaptıklarından sonra zinaya dayalı boşanma davası ikame etmesi hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceğinden bu davanın reddi gerekir¹⁶⁵. Eşini fuhşa zorlamak suretiyle gelir elde eden kimse ya da toplu ilişki veya eş değiştirme gibi tecrübelerde bulunmak için eşini teşvik eden kimselerin durumu bu hale misal olarak gösterilebilir¹⁶⁶. 1984 yılında yayımlanan Medeni Kanun Öntasarısı'nın 125. maddesinde bu ibareye yer verilmemiştir. Birinin, eşinin zinasına razı olmasının öncelikle kendi haysiyetine yönelen ağır bir tecavüze muvafakat etmiş olması manasına geldiği ve hukukumuzdaki şahsiyet hakları sistemine göre de bu muvafakatin herhangi bir hükmünün olmadığı savunulmaktadır¹⁶⁷. Zira hukuk sistemimiz insan şahsiyetini kişinin

¹⁶³ Temyiz Mahkemesi 2. HD 11.04.1972 T. 315 E. 1972/1285 K., Temyiz Mahkemesi 8. HD 20.03.2014 T. 2013/9389 E. 2014/4769 K. uyap.gov.tr, ET: 03.02.2022.

¹⁶⁴ TEKİNAY, s. 203; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 106; FEYZİOĞLU, s. 264; ÖZTAN, s. 219; AKINTÜRK, s. 248; KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989, s. 152.

¹⁶⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107; OĞUZMAN/DURAL, s. 116.

¹⁶⁶ ERSÖZ, s. 106.

¹⁶⁷ TEKİNAY, s. 203

kendisine karşı dahi korumaktadır. Af ise bir dava hakkından feragat manasına geldiğinden zinaya muvafakat halinden ayrılmaktadır.

Biz bu hususta doktrindeki bu ağır basan görüşten ayrılıyor ve Schwarz'ın görüşüne¹⁶⁸ iştirak ediyoruz. Bu hususta kanunlarımızda bir hüküm bulunmasa da bir kimsenin zina fiiline muvafakat ettikten sonra bu fiilin kendisi için müşterek hayatı çekilmez hale soktuğu iddiası hem TMK md. 2'ye muhalefet teşkil eder hem de inandırıcılıktan uzaktır. Bununla beraber korku veya umursamazlık sebebiyle gösterilen pasif bir müsamahanın muvafakat sayılmak için yeterli olmadığı görüşündeyiz. Muvafakate bağlanması gereken bu mühim netice sebebiyle zinaya muvafakatin sarıh bir şekilde yapılması gerektiği görüşündeyiz¹⁶⁹.

2.3.6. Hak Düşürücü Sürenin Geçmemiş Olması

eMK md. 129/II'ye göre *“Davaya hakkı olan karı veya kocanın, boşanma sebebine muttali olduğu günden itibaren altı ay ve her halde zinanın vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmesiyle boşanma davası sakıt olur.”*

Yeni TMK de 161. maddesi ile aynı süreleri koruyarak ikinci fıkrasında *“Davaya hakkı olan eşin boşanma sebebini öğrenmesinden başlayarak altı ay ve her halde zina eyleminin üzerinden beş yıl geçmekle dava hakkı düşer.”* hükmünü koymuştur.

¹⁶⁸ SCHWARZ, s. 145.

¹⁶⁹ SCHWARZ, s. 145, Eş değiştirme ya da toplu cinsi münasebet tarzındaki fiillerin eş ile beraber yapılması hallerinin de sarıh muvafakat şümulüne girdiği görüşündeyiz.

Bunlar hak düşürücü sürelerdir. Uzun sürenin başlangıcı her halde zina fiilinin vukuu bulunduğu gündür. Kısa sürenin başlangıcı ise zina fiiline ıttıla günüdür. Mücerret bir şüphe ıttıla sayılarak kısa süreyi başlatmayacaktır. İttılaa rağmen tehdit sebebiyle dava ikame edilememiş ise altı aylık süre tehdidin ortadan kalktığı an işlemeye başlar yönündeki görüşe¹⁷⁰ katılmıyoruz zira bu durumu kabul hak düşürücü sürelerin mahiyetleri gereği durmamaları ve kesilmemeleri umdeleriyle çelişki yaratır¹⁷¹. Bu süreler zinaya dair ilişki devam ettiği müddetçe işlemez. Böyle bir halde hak düşürücü süreyi son zina tarihine göre işletmek gerekir.

Sürelerin geçmiş olması sebebiyle zinaya dayalı boşanma davası açılmaz ise de boşanmanın umumi sebebine dayalı olarak dava ikame etmek mümkündür.

2.4. Boşanma Davasının Görülmesi

2.4.1. Vazifeli ve Yetkili Mahkeme

Yetki bir davanın neredeki vazifeli mahkeme tarafından görüleceği meselesini çözer. 4787 sayılı “*Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun*”¹⁷²’a göre aile hukuku sebebiyle görülen davalarda aile mahkemeleri vazifelidir. Mevzubahis Kanun’un 4. maddesine göre zinaya dayalı boşanma davasına bakmakla vazifeli mahkeme aile mahkemeleridir. Aile mahkemesinin bulunmadığı yerlerde asliye hukuk mahkemeleri aile mahkemesi sıfatıyla davayı görmekle yetkilidir.

¹⁷⁰ FEYZİÖĞLU, s. 267-268.

¹⁷¹ Aynı görüş için bkz. ERSÖZ, s. 102.

¹⁷² 18.01.2003 T. ve 24997 sayılı RG ile yayımlanmıştır.

TMK boşanma davaları için iki farklı yetkili mahkeme olacağı kaidesini koymuştur. TMK md. 168’de boşanma yahut ayrılık davalarını görmekle yetkili mahkemenin, “*eşlerin birisinin yerleşim yeri yahut davanın öncesinde son kez altı ay boyunca beraber yerleştikleri yerdeki mahkeme*” olduğu ifade edilmiştir. Yerleşim yeri “*bir kişinin sürekli kalma niyetiyle oturduğu yer*” olarak TMK md. 19/I hükmünde tanımlanmıştır. Doktrinde sürekli kalma niyetinin fiili olarak oturulan yerle karıştırıldığı, bunların birbirlerinden ayrılmasının güç olması sebebiyle, yerleşim yerinin, ferdin hayatındaki ilişki kesafetine bakılarak tespitinin gerektiğine vurgu yapılmıştır¹⁷³.

Düzenlemenin emredici mahiyeti bulunduğundan taraflarca yapılacak anlaşma ile aksi yönde bir kararlaştırma yapılamamaktadır¹⁷⁴. Düzenlemeye göre kanun koyucu davayı açan eşe seçimlik bir hak sunmuştur¹⁷⁵. Böylece eşler farklı yerleşim yerlerinde bulunduklarında, davanın kendi bulundukları yerde açılabilmesine olanak bulunmaktadır. Eğer, farklı yerleşim yerinde değillerse, son kez altı ay boyunca bir arada kaldıkları yerdeki mahkemenin yetkili olduğu kabul edilecektir.

2.4.2. Muhakeme Usulü

Zinaya dayalı başvuru boşanma davasının yargılaması umumi olarak diğer boşanma davalarıyla aynıdır. Bu davaların muhakeme usulü TMK md. 184’te belirtilen kaidelerin saklı kalması şartıyla HMK’ye tabidir. Ayrıca 4787 sayılı Kanun’un 7. maddesinde boşanma davası hakkında muhakeme usullerine değinmiştir. Düzenlemeye

¹⁷³ ÖZTAN, s. 730.

¹⁷⁴ ÖZTAN, s. 730.

¹⁷⁵ ERSÖZ, s. 164.

göre “Özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunda hüküm bulunmayan konularda Türk Medenî Kanununun aile hukukuna ilişkin usul hükümleri ile Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümleri uygulanır.”. Düzenlemenin ilk fıkrası mucibince hâkimce, esas hakkında incelemeye geçmeden evvel tarafların sulhe teşviki gerekir. Sulhun mümkün olmaması halinde davanın esasına dair incelemeye geçilmesi gerektiği ifade edilmiştir.

Doktrinde bahse konu kaidenin amir mahiyeti bulunduğu ifade edilmiştir. Bunun yazılı yargılamadaki ön inceleme esaslarına dair HMK md. 140/II ve basit yargılamadaki ön inceleme ve tahkikat esaslarına dair HMK md. 320/II hükmüyle uyumlu bulunduğu belirtilmiştir¹⁷⁶. Diğer bazı yazarlarca, düzenlemenin maddi hukuka dair bir hüküm olmadığı, şekli hukuku ilgilendiren bir kaide olduğu ifade edilmiştir. Buna göre hâkimin, davanın niteliğini göz önünde bulundurarak taraflara sulh teşvikinde bulunmaması davanın neticesinde varılan karara tesir etmeyecektir¹⁷⁷. Diğer taraftan, boşanma davasında taraflarca boşanmaya dair ferî neticelere dair sulh anlaşmasına gidilmesi mümkündür. Bu sebeple hâkim taraflara bu doğrultuda bir teşvikte de bulunabilecektir¹⁷⁸.

Boşanma davasının, uyulmasında mecburiyet bulunan belirli kaideleri bulunmaktadır. Diğer hukuki muhakemelere göre farklılık ihtiva eden noktaların görülmesi zaviyesinden bunları anlatmamız gerekir. TMK md. 184’ te bu kaideler sayılmıştır. Buna göre;

¹⁷⁶ ÖZTAN, s. 732-733.

¹⁷⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 132.

¹⁷⁸ GENÇCAN, Boşanma, s. 433.

- Hâkim, boşanma yahut ayrılık davasına esas teşkil eden olguların gerçekten bulunduğuna vicdani olarak kanaat etmedikçe bunların ispatlandığını varsayamayacaktır. Yani hakim bu delaili değerlendirmeli, doğruluğuna kanaat getirmeli. Tarafeynden biri tarafından ispatlanmış hususlar olsa bile mahkeme hakimi bunların gerçekleştiği mevzuunda yeterli kanaate varmadıkça boşanmaya karar vermemekte serbesttir. Bu da kanun koyucunun aile müessesesine verdiği ehemmiyetten kaynaklanmaktadır.
- Hâkim bu hadiselerle dair kendiliğinden yahut talep halinde taraflara yemin teklif edemeyecektir. Bu husus TMK md. 184/I/b. 2’de düzenlenmiştir.
- Taraflarca bu hususta yapılacak hiçbir ikrar hakimi bağlamayacaktır.
- Hâkim, sunulan kanıtlar üzerinde serbestçe değerlendirme yapabilecektir.
- Boşanma yahut ayrılığın ferî neticeleri hakkındaki anlaşmalar, hakimın tasdikinden geçirilmeksizin geçerli sayılmayacaktır. Eşlerce şahsi durumları, çocukların velayeti, mal rejimi vb. ile alakalı hususlarda varılan kararlar ancak hakimın tasdikinden geçtikten sonra hüküm ifade edecektir. Kanun koyucu bununla çocukların üstün faydasını ve zayıf durumda olma ihtimali bulunan eşî korumayı istihdaf etmektedir.
- Hâkim, tarafların birisinin talebiyle duruşmayı gizli olarak yapabilecektir. Bu mesele TMK md. 184/I/b. 6’da düzenlenmiştir. İki taraftan birinin talebi üzerine hakim bu mevzuda serbestçe karar verebilir. Hususi hayata saygının bir neticesi olan bu durum eşlerin bilhassa haysiyetsiz hayat sürmek, küçük düşürücü suç işleme, zina ve benzeri boşanma sebeplerine dayanmaları durumunda işlerlik ve ehemmiyet kazanacaktır.

Bu kaidelere bakıldığında, diğer bazı muhakeme usullerinden farklı olarak hâkime boşanma davasında geniş takdir yetkilerinin verildiği görülmektedir. Buna göre hâkim,

taraf larca sunulan delail ile ba ğlı olmayıp kendili ğinden araştırma cihetine gidebilecektir. Hâkimin ayrıca yargılamayı, ceza muhakemesindeki vicdani delil sistemine benzer şekilde icra edebilece ği ifade edilmektedir¹⁷⁹.

Bütün boşanma davaları için geçerli bu mevzubahis kaidelerin, zinaya dayalı boşanma davası için de geçerli olduğunu söylemek mümkündür. Hâkim, zina fiilini işleyen tarafa, kendili ğinden yahut öteki tarafın talebi ile zina fiilini gerçekleştirip gerçekleştirmedi ğine dair yemin teklifi yapamayacaktır¹⁸⁰. Di ğer taraftan, eMK md. 150’de boşanma davasının gizli görülmesine dair bir hüküm bulunmamaktaydı. TMK’de ise hâkimin, talep bulunması durumunda duruşmaları gizli olarak yürütebilece ği belirtilmiştir. Buna göre boşanma davasının gizli yürütülmesi talebinin muteber bir sebebe istinat etmesi gerekmektedir. Söz gelimi eşinin zina fiilini işlemesi üzerine di ğer taraf bu hususun açık görülen duruşmada ifade edilmesini istemedi ğinden bu tarafın duruşmanın gizli yapılması hakkında bir talebinin olabilece ği belirtilmiştir¹⁸¹. Eşin bir hayvan ile olan cinsi münasebeti ya da toplu cinsi münasebetler de haklı esbabımucibeler arasında gösterilebilir.

¹⁷⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 281; ERDEM, s. 150; ERSÖZ, s. 168; TEKİNAY, s. 230; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1008; HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019, s. 125; ÖZTAN, s. 733-734.

¹⁸⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 132.

¹⁸¹ HATEMİ, s. 126; ERSÖZ s. 169-170.

2.4.3. İspat Yüğü

İddiaların istinat ettiğı vakıalar ispat edilmeden davacının davası kabul olunmaz. HMK md. 187/I hükmüne göre: “İspatın konusunu tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar oluşturur ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir.”. İspat hususunda umumi kaideden TMK md. 6’da bahsedilmektedir. Düzenlemede kanunla aksi yönde bir düzenlemeye gidilmedikçe, tarafların her birisinin, hakkına mesnet gösterdiği vakıaların varlığına dair ispatla mükellef olduğı ifade edilmiştir. Bahse mevzu maddeye göre, yargılamanın görüldüğü sırada davacı, davanın kabulü hususunda mesnet gösterdiği hadiseleri; davalı da davanın reddi konusunda mesnet göstereceğı hadiseleri ispat etmelidir. Bu umumi kaideye göre öne sürdüğü bir hadiseden kendi lehine hak çıkarmak isteyen kişinin, iddia ettiğı hadiseyi ispat etmesi gerekir.

Zinaya dayalı boşanma davasında ispat yüğü bakımından, kanunla aksi yönde bir düzenlemeye gidilmediğinden, TMK md. 6 tatbik edilecektir. Buna göre, TMK md. 161 gereğince zina fiiline dayanan boşanma davasına müracaat eden taraf, eşinin bu fiilde bulunduğunu ispatla mükelleftir¹⁸². Delilleri göstermek için izlenecek usul ve müddet için yine HMK’de belirtilen umumi kaidelere müracaat edilmelidir. Her dava açıldığı tarihe kadar vücut bulan ve davada ileri sürülen maddi ve hukuki vakıalar şümulünde incelenmelidir¹⁸³.

¹⁸² GENÇCAN, Boşanma, s. 159; ERSÖZ, s. 115; TEKİNAY, s. 192; ÖZTAN, s. 649.

¹⁸³ ERSÖZ, s. 118.

Zina fiili medeni kanuna mugayir mahiyetinden ötürü ekseriyetle gizli yer ve vasatlarda meydana gelmektedir. Durum böyle iken doktrinde bir görüş bu fiilin ispatlanmasında ispat çıtasının çok yüksekte tutulması ve direkt ispatın aranmasının fiilin hususiyeti dikkate alındığında hukuki zaviyeden pek mantıklı veya gerçekçi olmayacağını dile getirmektedir. Onlara göre boşanma davalarında delail değerlendirilirken vicdani kanaat prensibinin kabul edilmesi (TMK md. 184/I) ve direkt ispat şartı arandığında ispat külfetini taşıyan tarafın zorluk hatta imkansızlığın içine girmesi gibi durumlar nazarıitibara alındığında aile hakiminin buna muvafık derecede bir ispat ölçüsü kabul etmesi gerektiği anlaşılabacaktır¹⁸⁴.

Zina fiili ekseriyetle büyük bir gizlilik içerisinde işlenmektedir. Zinaya dayanan tarafça bu fiilin ispatı oldukça güçtür. Zira eşhasın mahremiyet alanında bulunan cinsi münasebetin gerçekleştiğine dair ispat umumi olarak mümkün olmamaktadır¹⁸⁵. Bundan dolayı zinanın ispatlanabilmesi bakımından zinada bulunan tarafın fiilin icra edildiği sırada yakalanmasına dair bir şart umumi olarak aranmamaktadır¹⁸⁶. Ancak biz zina fiilini ispat için yaklaşık ispatın yetmeyeceği fikrindeyiz zira aksini kabul halinde zinanın

¹⁸⁴ TUTUMLU, Mehmet Akif: Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2006, s. 86; Aynı yönde bkz. AKINTÜRK, s. 246; FEYZİOĞLU, s. 269; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 105; TEKİNAY, s. 200-201; ERSÖZ, s.119; KAYA, s. 47, Adana BAM 2. HD 06.10.2020 T. 2019/1498 E. 2020/1403 K.

¹⁸⁵ ERSÖZ, s. 119; ERDEM, s. 103; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 982.

¹⁸⁶ ERSÖZ, s. 119; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 982.

tarifinin, zinayı diğer aşıkane hareketlerden ayırıcı unsurların, zina fiili için gereken şartların çoğunun hiçbir ehemmiyeti kalmayacaktır.

Temyiz Mahkemesi ve baskın görüşe göre zinanın gerçekleştiği hususunda makul, güçlü, ikna edici belirtilerin varlığı yahut vakıaların bulunması halinde hâkim, bahse konu belirtilere veyahut vakıalara bakarak değerlendirmede bulunacaktır. Bu görüşe göre hâkim, fiilin gerçekleştiği sırada davalının yakalanmasını gerekli görmeksizin zinaya dayalı boşanma kararını oluşturacaktır¹⁸⁷. Temyiz Mahkemesi tarafından, evli erkeğin, bir kadın ile normalin dışında samimi ilişkiler geliştirme ve daha sonraki zamanlarda evine getirme suretindeki davranışlarını zinanın varlığı bakımından bir belirti olarak görülmüştür¹⁸⁸. Temyiz Mahkemesi ayrıca farklı bir dosyada, yargılamada tarafların sunduğu delillere bakarak, evli erkeğin, eşi dışındaki bir kadın ile birlikte müşterek hayat sürmelerini zinanın ispatı için yeterli görmüştür¹⁸⁹. Bunların yanı sıra zinanın

¹⁸⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107; ÖZTAN, s. 649; ERDEM, s. 103; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246; TEKİNAY, s. 192; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 983.

¹⁸⁸ Temyiz Mahkemesi 2. HD 28.09.2010 T. 2009/11464 E. 2010/15575 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 08.04.2013 T. 2012/22151 E. 2013/9689 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 04.06.2018 T. 2016/19596 E. 2018/7191 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 26.03.2019 T. 2019/145 E. 2019/3465 K., ayrıca Adana BAM 2. HD 27.05.2021 T. 2019/1538 E. 2021/868 K. uyap.gov.tr, ET: 01.03.2022.

¹⁸⁹ Temyiz Mahkemesi 20.02.2012 T. 2011/5750 E. 2012/3148 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 27.03.2013 T. 2012/22511 E. 2013/8420 K., ayrıca İstanbul BAM 42. HD

gerçekleştirdiği hususunda yalnızca şüphe bulunması fiilin ispatı bakımından yeterli olmayacaktır¹⁹⁰.

Diğer taraftan, hakkında dava açılan taraf, boşanma davasının muhakemesi sırasında HMK md. 132-135 mevaddını esas alarak kendisine dava açan eşine karşı dava açarak onun da zina fiilini işlediğini öne sürebilecektir. Bu hallerde, davaların her birisi bakımından tarafların kusur durumlarının ve ispat yükünün ayrıca üzerinde durulması gerekmektedir¹⁹¹. Hakkında dava açılan eşin, davacı tarafın zinada bulunduğu dair ispatta bulunması halinde bu husus asıl davaya tesir etmeyecektir¹⁹².

Davayı açan taraf, zina fiilinin ispatı bakımından her çeşit delili sunabilecektir¹⁹³. Zira HMK yahut öteki usule dair kanunlarda ve TMK’de zina fiilinin ispatına dair bir şekil şartı konmamıştır. Buna göre doktrinde ve Yüksek Mahkeme içtihatlarında, zina fiilini ispat için kullanılacak bazı araçlar misal mahiyetinde sayılmıştır. Buna göre¹⁹⁴;

09.03.2021 T. 2020/454 E. 2021/303 K., İstanbul BAM 38. HD 25.06.2021 T. 2019/483 E. 2021/1071 K.; uyp.gov.tr, ET: 01.03.2022.

¹⁹⁰ ÖZTAN, s. 649; ERSÖZ, s. 120; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 983.

¹⁹¹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 982; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 247.

¹⁹² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 247; ÖZTAN, s. 650; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 982.

¹⁹³ ÖZTAN, s. 649; GENÇCAN, Boşanma, s. 163; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246.

¹⁹⁴ ERDEM, s. 103; GENÇCAN, Boşanma, s. 161; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107; TEKİNAY, s. 192-193; ERSÖZ, s. 133-136; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 246-247.

- Zinayı işleyen tarafın hamile kalması
- Kiralanan evde sık sık fuhuş yapılması sebebiyle kiracının tahliyesine dair mahkeme kararı
- Aynı odada kalmak ve bilhassa kapının içeriden kilitlenmesi¹⁹⁵
- Kocanın ülke dışında bulunduğu bir zamanda kadının hamile kalması veyahut koca evden uzaktayken döndüğünde doğum tarihine göre kendinden olamayacak bir çocuğu görmesi¹⁹⁶
- Eşlerin birisinin cinsi münasebet yoluyla geçen hastalıklardan birisine yakalanması¹⁹⁷

¹⁹⁵ Temyiz Mahkemesi 4. CD 15.05.1951 T. 1623 E. TUTUMLU, s. 117; İzmir BAM 2. HD 28.05.2019 T. 2018/904 E. 2019/905 K.; İstanbul BAM 10. HD 03.07.2018 T. 2017/999 E. 2018/971 K.; İstanbul BAM 10. HD 24.06.2021 T. 2019/1075 E. 2021/1155 K. uyap.gov.tr, ET: 10.04.2022. Biz bunun ispat için yeterli olduğu görüşüne iştirak etmiyoruz.

¹⁹⁶ Temyiz Mahkemesi 4. CD 26.06.1938 T. 1179 E. 1143 K. TUTUMLU, s. 118.

¹⁹⁷ Bizce bu tarz hastalıklarının tamamının cinsi münasebet dışındaki yollarla da bulaşabilmesi bu delilin güvenilirliğini ve ispat gücünü azaltmaktadır. Tek başına bu delilin zinayı ispatlamadığı görüşündeyiz. Bu ihtimale ek olarak bu hastalıkların birçoğu eşler arasında bulaşmış ancak eşlerden birinde semptomlar henüz görülmemiş olabilir.

- Zina fiilinin gerçekleştiğini ifade edebilecek şahitlerin bulunması¹⁹⁸, zina fiilini işlediği öne sürülen tarafın karşı cins birisiyle ev yahut otelde konaklaması¹⁹⁹
- Eşlerin birisinin, karşı cins biriyle cinsi münasebet kurduğuna dair itirafının bulunması
- Cinsi münasebetin varlığını gösterecek yazı, mektup, mesajlaşma ve benzeri belgeler bulunması²⁰⁰
- Eşlerin birisinin, eşinden başka bir kimseyi eşi diye tanıtması²⁰¹

¹⁹⁸ GENÇCAN, Boşanma, s. 159-160; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 247; ÖZTAN, s. 649; ERSÖZ, s. 121-125; ERDEM, s. 103; Temyiz Mahkemesi 2. HD 02.04.2001 T. 3571-4980 kararı, ÇIRAK, s. 43; Temyiz Mahkemesi 2. HD 13.02.2018 T. 2016/14658 E. 2018/1859 K.; Temyiz Mahkemesi 2. HD 14.06.2021 T. 2021/3327 E. 2021/4767 K. uyap.gov.tr, ET: 11.05.2022.

¹⁹⁹ Temyiz Mahkemesi 2. HD 15.10.2018 T. 2016/24076 E. 2018/10959 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 12.03.2019 T. 2018/6226 E. 2019/2588 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 01.07.2020 T. 2020/1854 E. 2020/3542 K. uyap.gov.tr, ET: 01.03.2022. Biz yalnız bu halin zinayı ispata yetmediği görüşündeyiz.

²⁰⁰ Temyiz Mahkemesi 2. HD 11.03.2015 T. 2014/19731 E. 2015/4288 K. ÇIRAK, s. 51.

²⁰¹ Temyiz Mahkemesi bir dosyada “Yapılan yargılama ve toplanan deliller ile dinlenen tanık beyanlarından, davacı-karşı davalı erkek ile dava dışı ... isimli kadının mahkemenin de kabulünde olduğu üzere beraber tatile gittikleri, sosyal ortamlarda bu kadını eşi olarak tanıttığı anlaşılmaktadır. Bu durumda davalı-karşı davacı kadının zinaya dayalı boşanma davasını ispatladığının kabulü gerekir” şeklinde hüküm kurmuştur (Temyiz Mahkemesi 2. HD 09.10.2018 T. 2016/23892 E. 2018/10867 K. uyap.gov.tr, ET: 03.05.2022). Biz tek başına bu delilin zina fiilini ispat için yeterli olmadığı görüşündeyiz.

- Evde yarı çıplak durumda yakalanmak²⁰²
- Eşlerin birisinin, öteki tarafın evde olmadığı zamanlar karşı cinsi birini evde bulundurması²⁰³

Bunlardan zina yapan eş tarafından yapılan ikrar üzerinde durmamızda fayda vardır. TMK md. 184/III fıkrasında boşanma davalarında “*tarafkların bu konudaki her türlü ikrarları hakimi bağlamaz*” umdesi hükme alınmıştır. TMK vicdani kanaat prensibini kabul ettiğinden normalde kati hukuki netice bağlanan ikrara burada aynı güç

²⁰² Temyiz Mahkemesi 2. HD 23.09.1993 T. 7903 E. 7941 K. TUTUMLU, s. 114; Temyiz Mahkemesi 2. HD 25.06.2013 T. 2012/16833 E. 2013/17864 K.; Temyiz Mahkemesi 2. HD 11.12.2019 T. 2019/4012 E. 2019/12142 K. uyap.gov.tr, ET: 10.04.2022.

Temyiz Mahkemesinin bir kararında yatak odasında yarı çıplak halde yakalanan erkek ve kadın için zina için gerekli vasata girilmiş ancak elde olmayan sebeplerle fiil tamamlanamamışsa bu halin de zina sebebiyle boşanma için yeterli olduğuna hükmedilmiştir (Temyiz Mahkemesi 2. HD 20.09.1976 T. 5323-6399 sayılı kararı TUTUMLU, s. 114). Bizce bu kararda esbabımucibe metninde dahi zina fiilinin gerçekleşmediği ifade edilmektedir. Gerçekleşmeyen zina fiili için bu hususi boşanma sebebine istinat etmek mümkün değildir. Bu durumda ancak umumi boşanma sebebine gidilebilir ve bu durum ağır bir kusur olarak bu davada değerlendirilmelidir.

²⁰³ Temyiz Mahkemesi 2. HD 05.02.1985 T. 855 E. 1046 K. (TUTUMLU s. 116) ve 08.12.2004 T. 2004/13709 E. 2004/14684 K. uyap.gov.tr, ET: 01.03.2020. Bizce bu halin evlilik birliğini temelden sarstığı ve ağır kusurlu bir davranış olduğu şüphesiz olmakla birlikte sadece bu delil zinayı ispatlamamaktadır.

verilmemiştir. Yani hakim sadece ikrara istinat ederek hüküm kuramayacaktır. Ancak tatbikatta diğer delail ile beraber ikrarın, hakimın kanaatinin meydana gelmesinde büyük tesiri olduğu da unutulmamalıdır²⁰⁴.

Öte taraftan TMK md. 184'e göre hâkimin, zinanın ispatına dair resen yahut taraflarca talepte bulunulması halinde yemin delilini hükmüne esas almasına imkân bulunmamaktadır²⁰⁵. Davalı tarafın ikrarı karşısında dosya arasında zina fiiline dair

²⁰⁴ TUTUMLU, s. 86; Temyiz Mahkemesi 2. HD 10.11.2015 T. 6349 E. 20862 K. uyap.gov.tr, ET: 01.12.2021, aynı yönde bkz. ÇIRAK, s. 60-61, Temyiz Mahkemesi 2.HD. 10.09.2012 T. 2012/3936 E. 2012/20545 K. uyap.gov.tr, ET: 05.07.2021, Temyiz Mahkemesinin iki azaya karşı üç aza ile alınan bu kararında ekseriyet, sırf boşanmayı sağlamaya müteveccih olmayan ikrarın maddi vakıaların ispatı hususunda nazariitibara alınması gerektiğini müdafaa etmiştir. Karşı rey yazılarından biri mücerret olan, herhangi bir detayı ihtiva etmeyen ikrarın hakimi bağlamayacağını ve yan delil bulunmadan evlilik birliğinin temelinden sarsıldığına kabul edilemeyeceğini ifade etmektedir. Diğer karşı rey yazısı ise boşanma davalarında ikrarın sadece anlaşmalı boşanma davalarında hakimi bağlayacağını ve çekişmeli boşanma davalarında başka delil yoksa ikrarın hiçbir hukuki netice doğurmadığını ifade etmektedir.

²⁰⁵ Boşanma davasındaki vakıalar hakkında yemin mümkün olmamakla beraber tarafların üstünde serbest olarak tasarruf edebileceği ziynet eşyalarının iadesi gibi hususlarda yeminin mümkün olduğu kabul edilmektedir (ÇIRAK, s. 58; Temyiz Mahkemesi 2. HD 02.05.2017 T. 2015/25316 E. 2017/5146 K. uyap.gov.tr, ET: 02.05.2021).

başkaca herhangi bir delilin mevcut olmaması durumunda boşanma davasının reddine karar verilebilecektir²⁰⁶.

Zinanın gerçekleştiğine dair ispat aracı olarak kullanılabilir vakıa yahut belirtilerin dikkatlice incelenip, hayat tecrübesi ve müşahhas vakanın dikkate alınması ve delillerin birlikte değerlendirilmesi önemlidir²⁰⁷. Bunun yanı sıra dava sırasında zinanın vücut bulduğunun ispatı bakımından iddia edilen delillerin hukuka mugayir şekilde ele geçirilmemiş olması da gerekmektedir²⁰⁸.

Görüşlerimizi kısaca açıklamak gerekirse, HMK'nin "*Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz.*" şeklindeki md. 189/II hükmü kati bir kaide koymaktadır. Ne ceza ne de hukuk muhakemesinde hukuka mugayir deliller kullanılabilir. Tatbikatta buna riayet edilmese de Ceza Muhakemeleri Kanunu md. 206/II hükmüne göre hukuka mugayir delail derhal reddedilmeli ve dosya şümulünden çıkarılmalıdır. Bunun hüküm safhası beklenmeden derhal ara kararla yapılması gerekir. Hukuka mugayir deliller için; ihlal edilen hakkın

²⁰⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 108; GENÇCAN, Boşanma s. 164; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 247; TEKİNAY, s. 193; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 983; ÖZTAN, s. 649; Temyiz Mahkemesi 2. HD 31.01.1974 T. 1974/8006 E. 1974/516 K. corpus.com.tr, ET: 12.12.2021.

²⁰⁷ Temyiz Mahkemesi 2. HD 09.04.2018 T. 2016/15989 E. 2018/4730 K. uyap.gov.tr, ET: 01.05.2022.

²⁰⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 107, bunun yanı sıra mevzu hakkında detaylı inceleme için bkz. ERSÖZ, s. 136-154 ve ÇIRAK, s. 61 vd..

Anayasa’da korunan bir hak olup olmadığı, ihlal edilen hukuk normunun hiyerarşideki yeri, ihlal edilen hüküm ile ispatlanmaya çalışılan husus ile elde edilecek menfaat arasında bulunan denge, başka bir yolla delillere ulaşma imkanının bulunup bulunmadığı, delilin hukuka aykırı elde edildiği mi yoksa yaratıldığı mı vb. şeklinde değerlendirmeler yapılamaz zira HMK 189/II hükmü sarıh ve katidir ve hukukumuzda hiçbir muhakeme usulünde hiçbir istisnası olmaksızın hukuka mugayir deliller muhakemeye esas alınamaz. Aksini kabul Anayasa’nın korumaya çalıştığı değerlerle çelişecektir, muğlaklık yaratacaktır, “denge” meselesi farklı mahkemelerce farklı şekillerde tefsir edilecektir ve edilmiştir de²⁰⁹.

Hâkim tarafından yapılan değerlendirme neticesinde fiilin gerçekleştiği hususunda vicdani kanaate ulaşılması halinde tarafların boşanmalarına hükmedilecektir²¹⁰.

²⁰⁹ Temyiz Mahkemesi bir kararında bir eşin diğerinin telefonuna yüklediği yazılımla konuşma kayıtları almasını hukuku muvafık kabul etmiştir ancak aynı daire verdiği bir başka kararında ise aynı delili hukuka mugayir saymıştır. (Temyiz Mahkemesi 2. HD 17.09.2013 T. 2012/21108 E. 2013/21067 K. ve Temyiz Mahkemesi 2. HD 01.06.2017 T. 2015/26918 E. 2017/6688 K. uyap.gov.tr, ET: 01.04.2022).

²¹⁰ ÖZTAN, s. 649; GENÇCAN, Boşanma, s. 161; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 983; KAYA, s. 49.

2.5. Zina Sebebiyle Boşanmanın Neticeleri

2.5.1. Nafaka Mükellefiyeti

Nafaka mefhumu lügatte “*Geçinmek için gerekli olan yiyecek, içecek ve bunun için sarfedilen para ve bir kimsenin geçindirmekle yükümlü olduğu kimse veya kimselere mahkeme kararı ile bağlanan aylık*” manalarıyla açıklanmıştır²¹¹. Geniş manasıyla “... genel olarak ... yardıma muhtaç olanların, geçimlerinin sağlanabilmesi amacıyla kanunun öngördüğü yükümlülerce verilen para, maddi yardım” şeklinde tanımlanmaktadır²¹². Doktrindeki tariflerden yola çıkarak nafakayı, bir kişinin geçimi için yapılan yardımlar şeklinde tanımlayabiliriz²¹³.

Hâkim, TMK md. 169 mucibince boşanma yahut ayrılık davasının görüldüğü sırada tarafların barınması, geçimi, malların yönetimi ve çocukların bakımı ve korunmasına yönelik geçici mahiyette nafaka tedbirine hükmedebilmektedir. Bu hallerde davanın sürdüğü sırada hükmolunan bu nafakaya, tedbir nafakası denilmektedir. Davanın sonunda hükmedilen kararın katiyet kesbetmesine kadar tarafların birisi bu nafakayı ödemekle mükellef bulunacaktır²¹⁴. Diğer yandan, hâkimin TMK md. 182/III gereğince iştirak nafakasının da tayinine gitmesi gerekmektedir. Buna göre velayet hakkına sahip bulunmayan eşin, çocuğun bakım ve giderlerine yönelik bu nafakayı ödemeyi mecburidir. İştirak nafakası kararına, boşanmanın neticesinde varılır, bu nafaka geçici mahiyette

²¹¹ Lugatim.com, ET: 05.12.2021.

²¹² ŞENER, s. 583.

²¹³ KILIÇOĞLU, Aile, s. 168.

²¹⁴ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 285.

olmayıp, çocuğun faydasına olacak şekilde belirlenen, kanundan kaynaklanan bir mecburiyettir.

TMK md. 174 ve 175'te boşanmanın mâli neticelerine yer verilmiştir. Düzenlemede maddi/manevi tazminat ve nafakaya dair hükümler bulunmaktadır. TMK md. 175 mucibince boşanmadan dolayı yoksul kalacak taraf, kusurunun daha ağır olmaması kaydıyla geçimine yönelik öteki tarafın mali gücüyle orantılı olarak müddetsiz nafakaya hükmedilmesini talep edebilecektir. Bu düzenlemede belirtilen nafaka yoksulluk nafakası olarak anılmaktadır²¹⁵. TMK'nin değişik hükümlerinde nafaka hakkında düzenlemeler bulunmakla birlikte tezimizin 2.5.1. başlığı altında zinaya dayalı boşanma davasının neticesinde hükmolunan yoksulluk ve iştirak nafakaları üzerinde durulacaktır.

2.5.1.1. Yoksulluk Nafakası

Herkesin, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşam sürme, maddi ve manevi varlığını geliştirebilme hakkı bulunmaktadır. Buna göre yemek, giyinmek, barınmak, sağlık, ulaşım ve kültür vb. ihtiyaçları karşılayacak gelirleri bulunmayanlar yoksul kabul edilir. Bu harcamalarla alakalı olduğu kabul edilen asgari ücret ile mefhumun müşahhas hale getirilmesi gerekmektedir. Buna göre asgari ücretten daha az geliri bulunanların yoksul olarak kabulleri mecburi olmaktadır.

²¹⁵ ŞAHİN, Mustafa, “Türk – İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 21, S. 3, Ankara 2017, s. 78.

TMK md. 175'te ifade edilen yoksulluk nafakası, sadece boşanma davasının sonunda yoksul kalacak eş bakımından belirlenen ve bu eşten gelecek talebe göre hükmolunan bir nafaka çeşididir²¹⁶. Temyiz Mahkemesi, TMK md. 174'te yer verilen maddi/manevi tazminatla, md. 175'teki yoksulluk nafakasına dair taleplerin, boşanmanın ferî niteliğine sahip bulunduğunu ifade etmiştir²¹⁷. TMK'de yoksulluk mefhumu tarif edilmemiş olsa dahi, Temyiz Mahkemesinin bu mefhumu tarif ettiği bir kararı²¹⁸ bulunmaktadır. Buna göre "...bu nafakanın ülkede bulunan iktisadi ve sosyal koşullara göre değerlendirilmesi gerekmektedir."

2.5.1.1.1. Şartları

TMK md. 175'te boşanma davasının sonunda eşlerin birisine, öteki tarafa yoksulluk nafakasını ödemesi hususunda, mükellefiyet yüklenebilmesi için gerekli birtakım şartlar konulmuştur. Bu şartların kümülatif değerlendirilmesi gerekir²¹⁹. Doktrindeki ve Temyiz Mahkemesinin kararlarındaki yoksulluk tarifine bakıldığında, bu mefhumun, fertlerin mecburiyet arz eden hayati ihtiyaçlarını karşılayamaması şeklinde

²¹⁶ KILIÇOĞLU, Aile, s. 169; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 154.

²¹⁷ Temyiz Mahkemesi 2. HD 10.03.2004 T. 2004/1940 E. 2004/2981 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 17.12.2019 T. 2019/2020 E. 2019/12381 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 19.01.2022 T. 2021/5561 E. 2022/263 K. uyap.gov.tr, ET: 01.05.2022.

²¹⁸ Temyiz Mahkemesi HGK 30.09.1992 T. 1992/2-468 E. 1992/536 K. uyap.gov.tr, ET: 02.05.2022.

²¹⁹ ŞENER, s. 583.

ifade edilebilmesi mümkün olmaktadır²²⁰. Diğer taraftan, bu nafakanın gayesi, eşlerin aralarında evliliğin sona ermesinin ardından dahi sosyal dayanışmanın temin edilmesi olarak belirtilmektedir²²¹. Buna göre talepte bulunan tarafın boşanma öncesindeki yaşam standardının aynı şekilde sürdürülmesi mevzubahis olmayıp, temel gereksinimlerini karşılayacak seviyede nafakaya hükmedilebileceği ileri sürülmektedir²²².

Yoksulluk nafakasının şeraitinden birisine göre, talebi bulunan tarafın boşanmadan dolayı yoksul kalacak olması aranmaktadır. Yoksulluk mefhumunun tarifine TMK’de yer verilmediğinden bu mefhumla belirtilmek istenilen, doktrine ve yargı kararlarına bakılarak anlaşılmalıdır²²³. Doktrinde, kanundaki yoksulluk mefhumuyla her

²²⁰ AYM 17.05.2012 T. 2011/136 E. 2012/72 K. (<https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, ET: 01.05.2022).

²²¹ AYM bir kararında yoksulluk nafakasının gayesine yönelik bir görüşe yer vermiştir. Yüksek Mahkeme, kararında “*Evlilik birliğinde eşler arasında geçerli olan dayanışma ve yardımlaşma yükümlülüğünün, evlilik birliğinin sona ermesinden sonra da kısmen devamı niteliğinde olan yoksulluk nafakasının özünde, ahlâki değerler ve sosyal dayanışma düşüncesi yer almaktadır. Yoksulluk nafakasının amacı nafaka alacaklısını zenginleştirmek değildir. Yoksulluk nafakasıyla, boşanma sonucunda yoksulluk içine düşen eşin asgari yaşam gereksinimlerinin karşılanması düşünülmüştür*” biçiminde bir ifade kullanmıştır. (AYM 17.05.2012 T. 2011/136 E. 2012/72 K. <https://www.anayasa.gov.tr/tr/kararlar-bilgi-bankasi>, ET: 03.02.2022).

²²² ERDEM, s. 204; KILIÇOĞLU, Aile, s. 170.

²²³ TMK md. 175’te yoksulluk mefhumuna dair açıklamada bulunulmamasının kural içi boşluk olduğuna dair bkz. ÖZTAN, s. 834.

düzeydeki yoksulluğun anlaşılmasının gerektiği, bu mefhum ile sadece talepte bulunan tarafın çalışmadığı yahut gelirin bulunmadığının anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²²⁴. Boşanmadan dolayı muhtaç durumda kalınması, edinilen kazancın yalnız başına geçim için yetersiz olması, sağlığın elverişsiz olmasından dolayı çalışamaması ve ana gereksinimlerin karşılanamaması vb. hallerde nafakaya dair talepte bulunan tarafın yoksul kaldığından bahsedilebilecektir²²⁵. Daha önce ifade edilen Temyiz Mahkemesi HGK tarafından 1992 tarihinde verilen kararda da yoksulluk tarif edilmiştir. Yüksek Mahkemenin kabulüne göre yemek, giyinmek, barınmak, sağlık, ulaşım ve kültür vb. ihtiyaçları karşılayacak gelirleri bulunmayanlar yoksul kabul edilmektedir.

Yoksulluk nafakasının şeraitinden diğerine göre, boşanmaya sebebiyet verilen hadisat bakımından nafakaya dair talepte bulunan tarafın kusur durumunun, öteki tarafından ağır olmaması aranmaktadır. İlk olarak, boşanma sebebiyle yoksulluk nafakasına dair talepte bulunan tarafın, boşanmanın sebebini teşkil eden vakılarda kusurunun mevcut olmaması durumunda, bu nafakayı isteyebilmesi için başkaca hiçbir engel bulunmamaktadır²²⁶. Fakat nafakaya dair talepte bulunan tarafın, boşanmanın istinatgahı olan vakılarda kusurunun bulunması halinde, bu taraf zaviyesinden nafakaya

²²⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 170; ÖZTAN, s. 838; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1035.

²²⁵ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 155; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 303-304; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1035; KILIÇOĞLU, Aile, s. 170; ÖZTAN, s. 838; ERDEM, s. 201.

²²⁶ KILIÇOĞLU, Aile, s. 171; GENÇCAN, Ömer Uğur: Nafaka Hukuku, Ankara 2018, s. 456.

hükmedilip hükmedilmeyeceği kendisinin kusuruna göre tespit edilecektir. Buna göre, nafakaya hükmedilmesini isteyen tarafın kusurunun diğerinden az olması yahut tarafların bahse konu vakıalardaki kusurlarının müsavi olması durumunda talebin kabulüne karar verilecektir²²⁷. Nafakaya dair talepte bulunan tarafın kusuru daha fazla ise, TMK’de açıkça belirtildiği şekilde, yoksulluk nafakasına dair talebin reddine karar verilecektir²²⁸.

Yoksulluk nafakasının şeraitinden diğeri, nafakaya hükmedilecek miktarın, mükellefin mali gücüne bakılarak karar verilmesidir. Bu duruma TMK md. 175/I fıkrasında yer verilerek “*mali gücü oranında*” denilmiştir. Hâkim, yoksulluk nafakasına hükmederken, boşanmadan dolayı yoksul kalacak eşin, mali durumunun yanı sıra, nafakayı ödeyecek eşin gelir, ihtiyaç, sosyal hayatı ve giderlerini de göz önünde bulundurmalıdır²²⁹. Çünkü TMK’de konulan kaideden farklı olarak, lehine nafaka hükmedilen eşin boşanmanın öncesinde sürmüş olduğu hayatının aynı şekilde devamını

²²⁷ GENÇCAN, Nafaka, s. 455; ERDEM, s. 200; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 155; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 303; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1036; KILIÇOĞLU, Aile, s. 171.

²²⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 303.

²²⁹ HATEMİ, s. 134; ERDEM, s. 203-204; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 30; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1036; HELVACI/ERLÜLE, s. 181; MEDAR, Arzu Ahsen: Yargı Kararları Işığında Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakası, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara 2018, s. 93-95.

mümkün kılacak bir miktara hükmedilmesi yahut ekonomik güce sahip bulunmayan tarafın her hâlde nafaka mükellefiyeti altına sokulması hakkaniyetle örtüşmeyecektir²³⁰.

Yoksulluk nafakasının şeraitinden sonuncu olanı, TMK’de belirlendiği gibi, boşanmadan dolayı yoksul kalacak eşin bu nafakaya dair talebinin de bulunmasıdır. Binaenaleyh davada nafaka talebinde bulunan taraf, bunu davanın görüldüğü sırada ileri sürmediğinde, hakimın kendiliğinden bu nafakaya hükmedebilmesine imkan bulunmayacaktır²³¹. Temyiz Mahkemesi baktığı bir dosyada, nafakaya dair talebin layihaların teatisi safhasının tamamlanmasının ardından öne sürülmesini, netice-i talebi genişletici mahiyette kabul etmiştir. Yüksek Mahkeme ayrıca diğer tarafın açıkça rızasının yahut ıslahın da bulunmaması sebebiyle, bu talebe bağlı olarak yoksulluk nafakasına hükmedilemeyeceğine karar vermiştir²³². Diğer taraftan, boşanma davasının görüldüğü sırada öne sürülmeyen nafaka talepleri, TMK md. 178 mucibince kararın katiyet kesbetmesiyle birlikte müruruzaman müddeti olan 1 yıl içinde ikame olunacak yeni bir davayla talep edebilecektir²³³.

TMK md. 175/II fıkrasına göre, yoksulluk nafakasına mütedair talepte bulunan tarafın boşanmanın dayandırıldığı vakıalarda kusurunun daha ağır olmamasının

²³⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 156; ÖZTAN, s. 840-842; ERDEM, s. 204.

²³¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 154; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 303; KILIÇOĞLU, Aile, s. 171; ÖZTAN, s. 836; HELVACI/ERLÜLE, s. 180.

²³² Temyiz Mahkemesi 2. HD 18.04.2017 T. 2015/25757 E. 2017/4574 K. uyap.gov.tr, ET: 07.02.2022.

²³³ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 154-155; KILIÇOĞLU, Aile, s. 172; ÖZTAN, s. 837.

gerekmesi ile beraber nafaka ödemekle mükellef bulunanın kusuruna bakılmamaktadır. Diğer bir söyleyişle, boşanmanın istinat edildiği vakıalarda kusursuz bulunan taraf dahi, öteki şeraitin bulunması durumunda nafakayı ödemekle mükellef olacaktır. Söz gelimi, davalı olan tarafın akıl hastalığına dayalı ikame olunan boşanma davasında kusursuz olan tarafın (akıl hastasının) öteki tarafa nafaka vermesine hükmedilebilecektir²³⁴.

2.5.1.1.2. Zinanın Yoksulluk Nafakasına Tesiri

Yoksulluk nafakasına dair şerait kısmında da ifade edildiği gibi, boşanmanın sebebi olarak öne sürülen vakıalarda taraflara müsavi kusur izafe edilmesi halinde, TMK'nin açıkça aksini belirtmemesi sebebiyle, bu nafakanın takdir edilebileceği belirtilmektedir²³⁵. Buna göre, sözgelimi davacı veya davalı tarafın zinada bulunmasından dolayı her ikisinin de kusurları müsavi ise, kanunda bir engelin yer almaması sebebiyle, bu nafakanın ödenmesi hususunda bir hüküm kurulabilecektir. Bunun yanı sıra Temyiz Mahkemesi bir kararında boşanmanın sebebi olarak öne sürülen vakıalarda tarafların kusurlarının müsavi olduğunu belirtmiş, fakat davalının (kadın) eşinin dışında bir erkek ile münasebetinin bulunduğu tespit edilmesinden dolayı davalı (kadın) lehinde bu nafakaya dair takdirin hukuka muhalefetine hükmetmiştir²³⁶.

²³⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 155; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 302; KILIÇOĞLU, Aile, s. 172; ÖZTAN, s. 839.

²³⁵ YAĞCI, Kürşad: Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu, İstanbul Hukuk Mecmuası, C. 76, S. 1, İstanbul 2018, s. 324.

²³⁶ Temyiz Mahkemesi 2. HD 03.11.2004 T. 2004/13618 E. 2004/13028 K. uyap.gov.tr, ET: 03.02.2022.

TMK md. 175'te açık bir şekilde ifade edildiği gibi, yoksulluk nafakasına dair talebi bulunan tarafın, öteki tarafa nazaran daha az kusurlu olmasının gerektiği kabul edilmektedir. Evlilik birliğinde eşlere düşen mükellefiyetlerden en mühimi sadakat mükellefiyetidir. Bu mükellefiyetin zina fiilinin işlenmesi suretiyle ihlali TMK'de hususi ve kusura dayanan boşanma sebepleri arasında düzenlenmiştir. Bu sebeple zina fiilinin yoksulluk nafakası zaviyesinden neticesinin kusur yönüyle irdelenmesi gerekmektedir.

İlk olarak zina fiilini işleyen ve böylece sadakat mükellefiyetine mugayir davranan tarafın, boşanma davasında yoksulluk nafakasına dair talebinin kabulüne diğer eş daha ağır kusurlu değilse imkan bulunmayacaktır. Çünkü boşanmanın sebebi sayılan vakılarda kusursuz bulunan taraf, davacı olan eşinin dava öncesinde zina fiilini gerçekleştirdiğini ispatlarsa, TMK md. 2'ye göre hareket edilecektir. Buna göre zina fiilini gerçekleştiren tarafın kendisinin kusuru sebebiyle bir fayda sağlaması düşünülemeyecektir. Bu sebeple de mevzubahis davada tam kusuru bulunan tarafın nafaka talebinin reddine karar verilecektir²³⁷.

Boşanma davası sırasında yoksulluk nafakasına dair talep, eşlerin her ikisi bakımından davalı/davacı sıfatlarından müstakil olarak öne sürülebilecektir²³⁸. Buna göre davada davalı sıfatına sahip olan eş, davacıdan bu nafakayı isteme hakkına sahiptir. Fakat davalının, boşanmanın sebebi olarak öne sürülen vakılarda davacıya nazaran kusurunun daha ağır olması durumunda, nafakaya dair bir talepte bulabilmesi mümkün olmayacaktır. Temyiz Mahkemesi, eşi dışındaki erkekler ile cinsi münasebet yaşayan davalının (kadın), boşanmanın sebebi olarak öne sürülen vakılarda “*daha fazla kusurunun*” bulunması

²³⁷ GENÇCAN, Nafaka, s. 458.

²³⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 155; ÖZTAN, s. 836.

sebebiyle davalının lehinde bu nafakaya dair karar verilmesinin isabetli olmayacağını belirtmiştir²³⁹.

Boşanma davasına zinaya dayalı olarak müracaat edilmesi halinde, davacının boşanmanın sebebi sayılan vakıalarda zinadan hafif kusurlarının bulunduğu tespit edilse de davalının zinasının ispatlanması ve davanın bundan dolayı kabul edilmesi durumunda, davacının kusurunun diğerine nazaran daha az olduğu ifade edilebilecektir. Bu sebeple yoksulluk nafakasını istemesi halinde hakkında nafaka ödenmesine hükmedilebilecektir.

2.5.1.1.3. Müddeti ve Miktarın Değiştirilmesi

Yoksulluk nafakasına mütedair talepte bulunan tarafın, boşanmanın görüldüğü sırada olmasa dahi daha sonraki bir zamanda bu sebeple yoksul kalabileceği anlaşılmışsa ve bu duruma boşanmanın sebep olduğu belirtilebilecekse, bu nafakaya hükmedilebilmesi mümkün olacaktır²⁴⁰. Bunun yanı sıra, boşanmadan dolayı yoksul kalacak taraf lehinde nafaka belirlenebilirken, talebi bulunan tarafın mali durumuna da detaylı bakılması gerekecektir. Talebi bulunan taraf gelir getirici bir işe sahipse edindiği gelirlerin kendisinin ihtiyaçlarına yetip yetmediği; çalışmaması halinde yaşı, sağlığı yahut benzer durumlarının buna mani olup olmadığı; daha evvel edindiği bir malvarlığı mevcutsa bu malvarlığının ihtiyaçlarını karşılayıp karşılamadığı vb. durumlar göz önünde bulundurulmalıdır.

²³⁹ Temyiz Mahkemesi, 2. HD 07.04.2005 T. 2005/3611 E. 2005/5595 K. uyap.gov.tr, ET: 01.05.2022.

²⁴⁰ ÖZTAN, s. 842; MEDAR, s. 83.

TMK md. 175/I fıkrasında açıkça belirtildiği gibi yoksulluk nafakasının müddetsiz istenebilmesi mümkündür. Doktrinde, hayat boyunca nafakaya hükmedilirken, mükellefin mali durumu, talepte bulunanın yaş, sağlık veya engele sahip olup olmaması; mali yönden istiklalinin olup olmadığı hususlarının dikkate alınması gerektiği ifade edilmiştir²⁴¹. Bunun yanı sıra, TMK md. 176/III fıkrasına göre yoksulluk nafakasının kendisine nafaka verilenin tekrar evlilik yapması yahut tarafların birisinin ölmesi durumunda başkaca bir muameleye gerek kalmaksızın kalkacağı ifade edilmektedir. Kendine nafaka bağlanan tarafın yeniden evlilik gerçekleştirmeksizin, fiili olarak evli gibi hayat sürmesi, yoksulluk durumunun sona ermesi veyahut haysiyetsizce yaşaması hallerinde talepte bulunulması durumunda, mahkemece nafakanın kaldırılmasına karar verilecektir.

TMK’de boşanma müessesesinin mali neticeleri arasında yoksulluk nafakasına yer verilmiştir. Bu nafakanın boşanma davasının sürdüğü zaman içinde yahut davanın neticelenmesinin ardından müruruzaman müddetinde istenebilmesi mümkündür. Dolayısıyla boşanma davasının görüldüğü sırada hükmolunan tedbir nafakasıyla farklılık arz etmektedir. Diğer bir deyişle, yoksulluk nafakasına hükümle birlikte karar verilebilir, fakat bu nafaka kararın katiyet kesbetmesi ile istenebilir²⁴².

TMK’de nafaka talep eden tarafın “*yoksulluğa düşecek olması*” ifadesine yer verilmiştir. Binaenaleyh talepte bulunan tarafın boşanmadan dolayı daha sonra yoksul

²⁴¹ ÖZTAN, s. 845.

²⁴² KILIÇOĞLU, Aile, s. 172; ÖZTAN, s. 836.

kalma ihtimalinin mevcudiyeti da bu şümul içinde değerlendirilebilecektir²⁴³. Diğer taraftan eşin yoksulluk nafakası ödemeye mahkum edilebilmesi için boşanmayla yoksulluğa düşmenin arasında illiyet bağının bulunması da gerekmektedir. Şayet bu bağ yoksa bu nafakaya hükmedilmeyebilecektir²⁴⁴.

Müşahhas hadiseye bakılarak yoksulluk nafakası takdir olunabileceği gibi borçlu tarafın talebiyle miktarın değiştirilmesine de hükmedilebilecektir²⁴⁵. Zira TMK md. 176/IV fıkrasında tarafların ekonomik durumlarında değişiklik olması yahut hakkaniyet gereğince miktarın arttırılması yahut azaltılması yönünde karara varılabileceği ifade edilmektedir. Aynı şekilde beşinci fıkra mucibince hakimin, talep durumunda irat olarak ödenmesini hükmettiği maddî tazminatın veyahut nafakanın daha sonraki yıllar için iki tarafın sosyal ve mali durumlarını dikkate alarak hangi miktarda ödeneceğini hükme bağlayabilmesi mümkündür.

Yoksulluk nafakasının ödenme biçimine TMK md. 176'da yer verilmiştir. Düzenlemede, bu nafakanın topluca yahut duruma göre irat şeklinde ödenmesi yönünde bir karara varılabileceği belirtilmiştir. Buna göre hâkim, müşahhas hadiseye bakarak

²⁴³ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1035; MEDAR, s. 4; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 303.

²⁴⁴ Kumar iptilâı, çalışabilecekken kendi kabahatinden dolayı çalışmama, kendisinin kusuru ile dolandırılma vb. neticesinde iflasa sebep olma hallerinde illiyet bağı bulunmamaktadır. ERDEM, s. 203; MEDAR, s. 83; GENÇCAN, Nafaka, s. 490-493.

²⁴⁵ ERDEM, s. 203-204; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 155; ÖZTAN, s. 843-844; GENÇCAN, Nafaka, s. 495.

belirtilen şekillerde ödenmesini takdir edebileceği gibi taraflarca yapılacak anlaşmaya göre bir karar da verilebilecektir²⁴⁶. Belirtilen bu durumda tarafların vardığı anlaşmanın hâkim tarafından tasdiklenmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra TMK md. 176'da açık bir şekilde belirtilmese de hükmolunan yoksulluk nafakasının kısmen topluca kısmen de irat olarak ödenmesi hususunda bir karar verilebilecektir²⁴⁷. Diğer taraftan, tatbikatta bu nafakanın ekseriyetle irat şeklinde ödenmesinin kararlaştırıldığını söylemek mümkündür²⁴⁸.

2.5.1.2. İştirak Nafakası

Zinaya dayalı olarak açılmış olan boşanma davasına dair verilen kararların TMK'deki boşanma hususundaki düzenlemelere tabi olduğunda şüphe bulunmamaktadır. Buna göre boşanmanın zina sebebiyle gerçekleşmesi halinde, davanın sonunda, velayet hakkının bırakılmadığı tarafın, iştirak nafakası ödemesine hükmedilecektir. Zina fiilini gerçekleştiren tarafa velayet hakkının verilmesinde bir mani bulunmamaktadır. Binaenaleyh kusuru sebebiyle evliliğinin sona ermesine sebep olan taraf, velayetin kendine verilmesini isteyebilecektir. Öteki tarafın, TMK md. 182/II fıkrasına göre gücüne göre iştirak nafakasını ödemesi hususunda bir karar verilecektir. Bunun yanı sıra, davanın sonucunda, velayet hakkının zinada bulunana verilmediği hallerde, zinada bulunan bu eşin iştirak nafakasını ödemesi hususunda bir karar verilecektir. Hakimin, talepte bulunulmasa da kendiliğinden bu nafakaya karar verebileceğini ifade edenler de

²⁴⁶ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 307; ÖZTAN, s. 846; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 157.

²⁴⁷ ÖZTAN, s. 847.

²⁴⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 157; KILIÇOĞLU, Aile, s. 173; ERDEM, s. 205.

bulunmaktadır²⁴⁹. Doktrindeki yazarlarca, velayet hakkına sahip olan tarafın, çocuğa yönelik bir talebinin bulunmadığını ifade etmesine rağmen, çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği hallerde iştirak nafakasının belirlenebilmesinin mümkün olacağı belirtilmektedir²⁵⁰.

TMK md. 336 mucibince, müşterek hayatın sona erdirilmesine yahut tarafların ayrılığına karar verilmişse, hakimin çocuğun velayet hakkını eşlerin birisine vermesi gerekmektedir. Böylece, velayet hakkına sahip bulunan taraf, çocuğa dair bakım ve eğitim masrafları sebebiyle mesuliyet altına girecektir. Fakat kanun koyucu velayet hakkının verilmediği tarafın da gücüne göre mevzubahis bakım ve masarife katılması gerektiğini belirtmiştir. Doktrindeki bazı yazarlarca karı ve kocanın her ikisi bakımından denge politikasının izlenmesinin ve buna göre mali durumlarının dikkate alınmasının isabetli olacağı ifade edilmiştir. Zira düzenlemede velayet hakkına sahip olmayan tarafın “*gücü oranında*” nafakayı ödemesi gerektiği belirtildiğinden, çocuğun bakımı ve eğitimine dair masrafların bir tarafta bırakılmasına imkan bulunmamaktadır. Öte taraftan,

²⁴⁹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 316; Öte taraftan, Temyiz Mahkemesi, iştirak nafakasına dair talebin bulunmadığının açıkça ifade edilmesi durumunda bu nafakaya hükmedilemeyeceğini belirtmektedir. Eşlerin, talepleri hususundaki beyanlarından dönebileceğine, yeni talepler ileri sürebileceğine dair bkz. Ankara BAM 1. HD 26.04.2022 T. 2022/681 E. 2022/864 K. uyap.gov.tr, ET: 20.05.2022. Mezkur karara göre “...karar kesinleşinceye kadar eşlerin boşanmanın mali sonuçları ve gerekse çocukların durumu hususunda kabul edilen düzenlemeleri kapsayan irade beyanından dönmesini engelleyici yasal bir hüküm bulunmamaktadır...”.

²⁵⁰ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 148.

velayet hakkını alan tarafın da buna göre mali gücünün, sarf ettiği zamanın ve emeğinin göz önünde bulundurulmasıyla iştirak nafakasına hükmedilmesi isabetlidir²⁵¹.

TMK md. 182/III fıkrasında boşanmaya yahut ayrılığa karar verildiği durumlarda çocuklara dair anne ve babanın sahip olduğu haklara değinilmiştir. Düzenlemede, velayet hakkının verilmediği tarafın çocukla şahsi ilişki kurmasının yanı sıra çocuk için gerekli olan bakım ve eğitime dair masraflara iştirak etmesi gerektiği ifade edilmiştir. Mevzubahis düzenlemenin son cümlesinde, umumi olarak velayet hakkına sahip olmayan tarafın nafaka mükellefiyetiyle ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Zira kanun koyucunun bu düzenlemeyi yaparken çocuk için yapılacak bakım ve masraflara eski eşin iştirak edilmesi gayesiyle hareket etmesinden dolayı bu nafaka türünün iştirak nafakası adıyla adlandırıldığı ifade edilmektedir²⁵².

2.5.2. Zina Sebebiyle Boşanma Durumunda Velayet

2.5.2.1. Umumi Olarak

Velayet, çocuklar ve kimi hallerde kısıtlılıklarına karar verilen erginlerin kendileri yahut malları hususunda itina gösterilmesi ve bu eşhasın temsili hususlarında anne/babaya ait olan mükellefiyet ve hakları düzenleyen bir müessesedir²⁵³. Velayetin

²⁵¹ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 316; KILIÇOĞLU, Aile, s. 195-196.

²⁵² DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 148; KILIÇOĞLU, Aile, s. 195; HELVACI/ERLÜLE, s. 178.

²⁵³ GENÇCAN, Ömer Uğur: Velâyet Hukuku, Ankara 2015, s. 61; ÖZTAN, s. 1074; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 406; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 357; İNAN, s. 277.

mevzubahis olabilmesi için anne/baba ile çocuğun arasında soy bağı ilişkisinin bulunması gereklidir²⁵⁴. Velayetin şümulünde çocuğa dair bakım, eğitim, kanuni temsil, çocuğun malvarlığının idaresi ve çocuğun menfaatlerinin korunmasına dair hak ve mükellefiyetler bulunmaktadır²⁵⁵.

Velayet hususundaki hükümler TMK md. 335-35. maddelerinde ele alınmış fakat mevzubahis düzenlemelerde velayet tarif edilmemiştir. Bunun yanı sıra maddelerde velayetin kurulması, şümulü, anne/babanın mükellefiyetleri ve çocuğun korunması hususundaki mühim durumlar detaylı olarak düzenlenmiştir. TMK md. 336/III fıkrasında boşanma davasının neticesinde, velayet hakkına, çocuğun verildiği tarafın sahip olacağı ifade edilmektedir. Anne/babanın birisinin ölümü dolayısıyla velayet hakkı doğrudan arkada kalan eşin olacaktır. Boşanmanın neticesinde ise velayetin doğrudan diğer tarafa geçmesi mümkün olmayıp, mahkemece verilecek bir kararla tarafların birisinin olacağı kabul edilmektedir. Diğer taraftan, boşanma davasının görüldüğü sırada, TMK md. 169 gereğince, çocuğun bakım ve korunması hususunda gereklilik bulunması durumunda velayet geçici surette eşlerin birisine verilebilecektir²⁵⁶.

TMK md. 336/I fıkrasında evlilik birliğinin devamı müddetince anne/babanın velayeti birlikte kullandıkları ifade edilmektedir. Düzenlemede anne/babanın; velayetin şümulünde bulunan çocuğa dair bakım, eğitim, kanuni temsil, malvarlığının idaresi ve çocuğun menfaatlerinin korunmasına dair hak ve yetkilerini çocuğun üstün yararına göre

²⁵⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 357; ÖZTAN, s. 1074.

²⁵⁵ ÖZTAN, s. 1074; GENÇCAN, Velayet, s. 69.

²⁵⁶ KILIÇOĞLU, Aile, s. 624.

kullanacakları ifade edilmektedir²⁵⁷. Doktrinde anne/babanın velayete ilişkin haklarını kullanırken anlaşılmadıkları bir husus olduğunda aile mahkemesine müracaat edebilecekleri belirtilmiştir. Böylece hâkim tarafından kanun ile çocuğa dair koruyucu mahiyetteki tedabire karar verebileceği kabul edilmektedir²⁵⁸.

2.5.2.2. Zinanın Velayete Tesiri

Zinaya dayalı başvurulmuş boşanma davasının kabul edilmesi durumunda, davalının kusurunun bulunmasına rağmen müşterek çocuğun velayet hakkını almasına bir mani yoktur²⁵⁹. Doktrindeki bir görüşe göre²⁶⁰ evliliği devam ederken taraflardan birisinin zinada bulunması ve boşanma davasında bu sebebe istinat edilmesi halinde, bu kusur sebebiyle daha sonra çocuk sıhhi ve ahlaken müteessir olmadığı müddetçe, kusuru bulunan tarafa da bu hak verilebilecektir²⁶¹.

²⁵⁷ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 359.

²⁵⁸ ÖZTAN, s. 1080.

²⁵⁹ GENÇCAN, Velayet, s. 174.

²⁶⁰ TEKİNAY, s. 255.

²⁶¹ TMK’de velayet hakkının hangi tarafa verileceğine dair hakim geniş takdir yetkisinin bulunduğu dikkate alındığında, zinaya dayalı boşanmada, eşlere ait kusurların velayete dair hususlarla farklı düşünülmesi gerekmektedir. Çünkü eşlerin birisinin, zinaya dayalı olarak evlilik birliğinde sadakat mükellefiyetine mugayir davranmış bulunması, çocuğu üzerinde ebeveynlikte bulunamayacağı manasını taşımamaktadır.

Hâkim, muhakemenin neticesinde çocuğun üstün yararına bakarak velayete dair bir karar vermektedir²⁶². Velayete dair bir karara varılırken öncelikle boşanma hususunda tarafların kusuruna bakılmaksızın, velayet bırakılan eşin çocuğa hangi şekilde eğitim-öğretim olanağı sunacağı, sağlık ve güven içinde bir muhit sağlayacağı hususlarına bakılacaktır²⁶³. Zira velayete dair kendine tanınmış bulunan takdir yetkisine göre, velayete dair karara varırken hakimin, ilk önce ve hassaten çocuğun üstün menfaatine odaklanması gerekmektedir²⁶⁴.

Temyiz Mahkemesi 1962 tarihli bir içtihadında²⁶⁵ davalının (kadın) zina fiilini işlediğinin kati olduğu, diğer taraftan davacının (koca) kumara düşkün olduğu, başkaca benzer yönde kötü alışkanlıklara da sahip bulunduğu gözetilerek ve çocukların yaşlarına da bakarak velayet hakkının davalıya bırakılmasına hükmetmiştir. Diğer bir içtihadında Temyiz Mahkemesi, davacının (baba) zinaya dayalı olarak açmış olduğu davada, müşterek çocuklarının velayet hakkının davacıya verilmesinde isabet bulunmadığını ifade

²⁶² Temyiz Mahkemesi 2. HD 16.01.2019 T. 2018/6932 E. 2019/303 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 18.05.2022 T. 2022/1786 E. 2022/4627 K., Ankara BAM 28. HD 29.04.2022 T. 2022/508 E. 2022/713 K., Ankara BAM 28. HD 18.05.2022 T. 2021/229 E. 2022/828 K., İstanbul BAM 38. HD 18.05.2022 T. 2021/1800 E. 2022/677 K. uyap.gov.tr, ET: 29.05.2022.

²⁶³ GENÇCAN, Velayet, s. 126; ÖZTAN, s. 785; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 310.

²⁶⁴ ÖZTAN, s. 779; CEYLAN, Ebru, “İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, S. 12, 2018, s. 320.

²⁶⁵ TEKİNAY, s. 255.

etmiştir. Zira Yüksek Mahkeme, hadısı idrak edebilecek yaşta olan ve davalıyla (anneyle) hayat süren çocukların beyanlarına bakılmaksızın ve alışageldikleri vasattan alındıkları düşünölmeksizin karara varılmasını bozma sebebi saymıştır²⁶⁶.

2.5.2.3. Çocukla Şahsi İlişki Kurulması

Zinaya dayalı olarak ikame olunan dava neticesinde zinanın ispatlanması üzerine tarafların boşanması hususunda karara varılmışsa ve müşterek çocuklarının velayeti öteki tarafa verilmiş ise hâkim tarafından, zinada bulunan tarafla, çocuğun şahsi ilişkisinin kurulmasına dair karara varılacaktır. Zinaya dayalı kusuru olan eşin, çocuğa ait üstün menfaat farklı şekilde gerektirmedikçe, müşterek çocukla şahsi ilişki kurulabilmesi bakımından talepte bulunma hakkı bulunmaktadır²⁶⁷.

TMK md. 323'te anne/babanın çocuk ile şahsi ilişkisinin kurulmasına dair düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre anne/babadan her ikisinin de, kendine velayet hakkı verilmeyen çocukla şahsi ilişki kurulması hususunda talep hakkı bulunmaktadır. Düzenlemeye göre boşanma davasının neticesinde velayet hakkına hükmedilmeyen taraf, müşterek çocuk ile şahsi ilişkiye girme ve çocuğu ile görüşebilme hakkına sahiptir. Davanın neticesinde verdiği kararında hâkim, velayet kendisine verilmeyen tarafla çocuğun şahsi ilişkilerine dair düzenlemelere kendiliğinden gitmelidir²⁶⁸. Çünkü velayet hakkının kendine verilmeyen eşin, çocuğun hayatında yer alması ve velayet kendisine

²⁶⁶ Temyiz Mahkemesi 2. HD 08.12.2010 T. 2009/17764 E. 2010/20585 K. uyap.gov.tr, ET: 14.04.2022.

²⁶⁷ ERSÖZ, s. 188.

²⁶⁸ ERSÖZ, s. 188; GENÇCAN, Velayet, s. 244.

bırakılan eşle birlikte çocuğa ait mesuliyetleri üstlenmesi doğrultusunda bir karara varılması gerekecektir²⁶⁹. Temyiz Mahkemesi, çocuğun korunmasına dair düzenlemelerin ammeye mütedair düzene yönelik olduğunu vurgulamaktadır. Mahkeme ayrıca, hâkim tarafından davanın sonunda çocuk ile şahsi ilişkinin kurulmasına dair hususların resen gözetilmesi gerektiğini belirtmiştir²⁷⁰.

Çocukla şahsi ilişkinin kurulmasına yönelik kararında hakimin çocuğun üstün menfaatini gözetmesi gerekmektedir²⁷¹. Buna göre, velayet hakkının verilmediği eşle, çocuğun arasında şahsi ilişkinin kurulması bakımından gözetilmesi gerekli olan sınırlar TMK md. 182/III fıkrasında ele alınmıştır. Dolayısıyla şahsi ilişkinin kurulması bakımından bilhassa çocuğun sağlığı, eğitim ve ahlaki zaviyeden faydalarına ehemmiyet verilmesi gerekmektedir. Netice olarak, hâkim tarafından şahsi ilişkinin kurulmasına dair bir karara varabilmesi için, velayet hakkı anne yahut babadan birisine verilmeyen bir çocuğun bulunması, çocuğa ait üstün menfaatin dikkate alınması, çocuğun görüşüne başvurulması mecburidir²⁷².

²⁶⁹ ÖZTAN, s. 790.

²⁷⁰ Temyiz Mahkemesi 2. HD 11.11.1999 T. 1999/10017 E. 1999/12198 K. uyap.gov.tr, ET: 03.02.2022; ÖZUĞUR, Ali İhsan: Velâyet - Vesayet - Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2002, s. 522.

²⁷¹ ÖZTAN, s. 790.

²⁷² SERDAR, İlknur: Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 743.

Zinada bulunan tarafın kusurunun, çocuk ile şahsi ilişkisinin kurulması hususunda kıstas kabul edilmesi ve sadece bu sebebe bakılarak şahsi ilişkisinin kurulmadığı durumlarda, anne/babalık duygularının tatmini sağlanamamış olacaktır²⁷³. Fakat TMK md. 324/II fıkrasında sarıh bir şekilde belirtildiği gibi şahsi ilişkiden dolayı çocuğa bakan yönüyle bedenen, fikren, ruhen yahut ahlaken mühim ölçüde tehlike ortaya çıkacaksa, bu ilişki sınırlandırılabilir yahut bütünüyle kaldırılabilir²⁷⁴. Buna göre, zinayı gerçekleştiren tarafın davranışı, çocuğun gelişimine mühim düzeyde menfi tesir edecek yahut huzurunu bozucu mahiyet arz edecekse velayet kendisine bırakılmayan tarafın çocuk ile şahsi ilişkisinin kurulmamasının doğru olacağı kanaatindeyiz.

2.5.3. Zina Sebebiyle Boşanmanın Mal Rejimine Tesirleri

TMK md. 179'da evliliğin boşanmayla sona ermesinin ardından eşlerin aralarındaki mal rejiminin tasfiyesinin yapılacağı ifade edilmektedir. Buna göre birliğin boşanmaya dayalı sona ermesi sonucunda, mal rejiminin tasfiyesi, eşlere uygulanan rejim çerçevesinde tatbik edilecektir. Evliliğin sona ermesi halinde ortaya çıkan mali neticelerden birisi de mal rejiminin tasfiyesi hakkındadır. TMK md. 202 ve devamındaki düzenlemelerde evlilik birliği şümulünde malvarlığına yönelik ilişkilere dair mal rejimleri belirtilmiştir. TMK md. 202/I fıkrasına göre eşlerin aralarında kanundan dolayı esas itibarıyla edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanacaktır. Ancak eşlerin kendilerinin sözleşme yaparak kanunda belirtilen başka bir mal rejimini belirleyebilmeleri de mümkün olmaktadır.

²⁷³ ÖZTAN, s. 793.

²⁷⁴ TEKİNAY, s. 258; ÖZTAN, s. 792.

2.5.3.1. Zinaya Dayalı Boşanmanın Kanuni Mal Rejimi Olan Edinilmiş Mallara Katılma Rejimine Tesirleri

2.5.3.1.1. Umumi Olarak

TMK'nin md. 218 ve devamındaki düzenlemelerinde EMKR ele alınmıştır. TMK md. 202'ye göre eşlerin aralarında esas itibariyle EMKR tatbik edilecektir. Bu rejimin şümülünde edinilmiş mallar ve eşlerin her ikisinin de şahsi malları bulunmaktadır. TMK md. 220'de edinilmiş mallara, md. 221'de şahsi mallara dair hükümler bulunmaktadır. EMKR'de şahsi mallar ve evlilik devam ederken edinilen mallar olarak ikili ayrım mevzubahis olmaktadır. TMK md. 223 gereğince bunların kanunda belirlenen sınırlarında kalmak kaydıyla her bir eşin bunları idare etme ve bunlardan faydalanma ve tasarruflarda bulunabilme hakları bulunmaktadır²⁷⁵. Mal rejimine dair kaideler, evliliğin devamı boyunca ve sona ermesi halinde malvarlığına dair tatbik edilen eşlere ait haklar ve mükellefiyetlere yönelik düzenlemelerdir. Kanundan dolayı eşler hakkında uygulanan rejime “yasal (kanuni) mal rejimi denilmekte” olup eşler tarafından bir belirleme yapılmasına lüzum bulunulmaksızın kendiliğinden uygulanmaktadır²⁷⁶. TMK'de kanuni mal rejiminin dışında seçimlik mal rejimlerine de yer verilmiştir. TMK'nin md. 202/II fıkrasına göre eşler mal rejimi sözleşmesiyle farklı bir rejimi seçebileceklerdir.

²⁷⁵ ÖZTAN, s. 436; ACABEY, M. Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, İzmir 2007, s. 491.

²⁷⁶ KILIÇOĞLU, Medeni, s. 183.

TMK md. 179’da sarahaten belirtildiği gibi eşlerin boşanmalarına karar verilmesi durumunda eşlere uygulanan mal rejimi kaideleri geçerli olacaktır. Fakat rejimin tasfiyesi sırasında boşanmaya istinat edilen sebeplere bakılarak bir ayırım gözetilmektedir. TMK md. 236/II fıkrasına göre zina yahut hayata kast fiilinden dolayı boşanmanın vuku bulması durumunda hâkim, kusuru bulunan tarafın artık değerinde bulunan payının hakkaniyet gereği azaltılması yahut kaldırılması yönünde karara varabilecektir. Görüleceği gibi kanun koyucu boşanmanın hususi sebeplerinden olması, mirasçılıktan çıkarmaya sebebiyet vermesi vb. hallerinin haricinde zinaya mütedair olarak mal rejimi bakımından ilaveten bir neticeyi hükme bağlamıştır²⁷⁷.

Zina hususunda farklı bir durum yaratılan TMK md. 236’da eşlere ait artık değerinde yer alan paylarının oranına dair bir istisnaya yer verilmiştir. Artık değere dair TMK md. 231’de bir tarif yer alır. Mezkur hükümde artık değer “*eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktar*” olarak tarif edilmiştir. Mevzubahis surette hesaplanan artık değerinde eşler belirli oranlarda alacak hakkına sahiptirler. Bu hak TMK md. 239’a göre katılma alacağını teşkil etmektedir²⁷⁸.

²⁷⁷ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Katkı - Katılma Alacağı, 6. Bası, Ankara 2016, s. 147-148; KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, MÜHF-HAD, C. 22, S. 3, İstanbul 2016, s. 1747-1749.

²⁷⁸ KILIÇOĞLU, Katkı - Katılma, s. 144; ŞIPKA, Şükran/ÖZDOĞAN, Ayça: Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, İstanbul 2017, s. 461.

2.5.3.1.2. Zina Sebebiyle Artık Değer Pay Oranının Azaltılmasının veya Kaldırılmasının Şartları

TMK md. 236/II fıkrasında, boşanmanın zinaya dayalı olarak gerçekleşmesi durumunda, hâkim tarafından kusuru bulunan eşin artık değerde yer alan pay oranının durumun haklı göstermesi halinde azaltılabileceği yahut bütünüyle kaldırılabileceği ifade edilmektedir²⁷⁹. Bu düzenleme artık değere dair pay oranıyla alakalı olduğundan hükmün değer artış payı ile katkı payı alacağı bakımından uygulanamayacağını söylemek mümkündür²⁸⁰.

TMK md. 236/II fıkrasının tatbik edilebilmesi için bazı şeraitin bulunması gerekmektedir. Buna göre ilk önce TMK md. 161 mucibince eşlerin birisinin zinasının istinatgah oluşturduğu boşanma davası ikame edilmiş olmalı ve dava da bu sebeple kabul edilmiş olmalıdır. TMK md. 225 mucibince eşlerin aralarındaki EMKR boşanma kararına bağlı olarak sona ermiş olacaktır. Ayrıca, rejimin tasfiyesi sırasında hâkim katılma alacağı bakımından maddede kendine tanınmış olan takdir yetkisine dayanarak bu hususta zinaya dayalı boşanma ilamını delil sayacaktır²⁸¹. Buna göre eşlerin birisinin zina fiiline dayalı açmış olduğu boşanma davasında ilk önce tarafların boşanmalarına dair bir hükme

²⁷⁹ GÜMÜŞ, s. 396; ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Ankara 2020, s. 318.

²⁸⁰ ŞİPKA/ÖZDOĞAN, s. 463; KARAMERCAN, Fatih: Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 5. Baskı, Ankara 2019, s. 921; HATEMİ, s. 107; KILIÇOĞLU, Katkı - Katılma, s. 26.

²⁸¹ KILIÇOĞLU, Katkı - Katılma, s. 149.

varılacak, daha sonra zinada bulunana yönelik rejimin tasfiyesinde TMK md. 236/II fıkrasının tatbiki istenecektir²⁸².

Düzenlemeden görüleceği gibi, hâkime, artık değere yönelik pay oranı hususunda boşanma sebepleri zaviyesinden tahdit getirilmiştir. Buna göre zinaya ve hayata kasta dayalı olarak ikame olunan boşanma davalarının haricinde TMK’de getirilen öteki

²⁸² Temyiz Mahkemesi bir kararında “*Davalı-karşı davacı kadın karşı dava dilekçesinde boşanma ve ferileri yanında, zina nedeniyle boşanmaya karar verildiği takdirde, davacı-karşı davalı kocanın Türk Medeni kanununun 236/2. maddesi gereğince edinilmiş mallara katılım payının ortadan kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Bu istek boşanmanın fer’isi niteliğinde olmayıp, ancak mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davada taraflarca ileri sürülebilir ve mahkemece dinlenebilir. O halde taraflarca usulüne uygun biçimde açılmış mal rejiminin tasfiyesine ilişkin bir dava bulunmadığından davalı-karşı davacı kadının bu talebi yönünden karar verilmesine yer olmadığına şeklinde hüküm kurulması gerekirken yazılı şekilde hüküm tesisi usul ve yasaya aykırıdır*” şeklinde bir hüküm vermiştir (Temyiz Mahkemesi 2. HD 05.03.2013 T. 2012/10429 E. 2013/7427 K. uyap.gov.tr, ET: 09.01.2022).

sebeplerden birisine dayanıldığı hallerde, mevzubahis hüküm tatbik edilemeyecektir²⁸³. Nitekim Temyiz Mahkemesi de mevzuya dair bu doğrultuda bir görüş bildirmiştir²⁸⁴.

TMK md. 236/II fıkrasında kusuru bulunan taraf bakımından katılma alacağını azaltma yahut kaldırma hususunda bir karara varılabileceği ifade edilmiştir. Düzenlemede ifade edilen kusuru bulunan taraf, umumi olarak zinaya dayalı boşanmada kusuru olan, diğer bir söyleyiş ile zinada bulunan tarafı kastetmektedir. Buna göre hâkimin, rejimin

²⁸³ KILIÇOĞLU, Aile, s. 438; BADUR, Emel: Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı, ÇÜHFD, C. 1, S. 2, Ankara 2016, s. 42; ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 462; GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2019, s. 1603.

Temyiz Mahkemesi “*Davacı taraf, TMK'nin 236/2. maddesinin olayda uygulanmasını istemiş olup, zina (TMK'nin 161. md.) veya hayata kast (TMK'nin 162. md.) sebebiyle boşanma halinde hakim, kusurlu eşin artık değerdeki pay oranının hakkaniyete uygun olarak azaltılmasına veya kaldırılmasına karar verebilir. Taraflar arasındaki boşanma davası sadakatsizlikten kaynaklanan şiddetli geçimsizliğe dayalı (TMK'nin 163 ve 166. md.) olarak açılmış, boşanma ile sonuçlanmış ve kesinleşmiştir. Bu sebeple TMK'nin 236/2. maddesinin olayda uygulanma imkanı da yoktur*” şeklinde bir karara varmıştır (Temyiz Mahkemesi 8. HD 15.11.2011 T. 2011/5257 E. 2011/5888 K. uyap.gov.tr, ET: 04.11.2021).

²⁸⁴ Temyiz Mahkemesi 8. HD 01.04.2019 T. 2019/552 E. 2019/3464 K. uyap.gov.tr, ET: 09.02.2022.

tasfiyesinde katılma alacağına dair karara varırken tarafların kusur durumlarıyla alakalı incelemeye gitmesine gerek yoktur²⁸⁵.

Zina yapmayan eşin kusuruna dair maddede bir düzenleme yoktur. Binaenaleyh zinaya dayalı boşanmada TMK md. 161'e göre boşanmaya hükmedilmesi yeterlidir. Zina yapmayan tarafın, boşanmada istinatgah alınan vakıalarda kusurunun bulunmasının herhangi bir ehemmiyeti bulunmayacaktır. Bunun yanı sıra, öteki tarafında da kusurunun bulunduğu, ancak zinada bulunana nazaran bu kusurun daha az bulunduğu kanaat getirildiğinde, zinada bulunan taraf bakımından hâkim tarafından, artık değerde bulunan payına dair oranın kaldırılmasından ziyade azaltılması kararının verilmesi daha adaletli bir çözüm sağlayacaktır²⁸⁶.

Öte taraftan, doktrine göre şeraitten bir diğeri, TMK md. 237'ye göre eşler tarafından artık değere katılma hususunda sözleşmeyle farklı bir oranın belirlenmemesidir. Buna göre kanunla konulan artık değere katılma oranının eşlerce sözleşme ile farklı bir şekilde belirlendiği hallerde, TMK md. 236/II fıkrasının tatbik edilemeyeceği belirtilmektedir²⁸⁷.

²⁸⁵ BADUR, s. 8.

²⁸⁶ BADUR, s. 8. Öğretideki bir görüşe göre boşanmada eşlerin her ikisinin zinada bulunmasından dolayı müsavî kusurunun bulunduğu durumlarında, TMK md. 236/I gereğince tarafların katılma alacağı hakkı tesir altında kalmamalıdır. Bkz. BADUR, s. 8.

²⁸⁷ GÜMÜŞ, s. 397; BADUR, s. 10. Farklı görüş için ERSÖZ, s. 200.

TMK md. 236/II fıkrasına bakıldığında hâkim, kusuru bulunan tarafın artık değerde bulunan payının azaltılmasına yahut kaldırılmasına dair karar verme yetkisine sahiptir. Düzenlemenin emredici mahiyeti bulunmamasının yanı sıra, katılma alacağı ile alakalı herhangi bir talebin bulunmamasına rağmen hakimin kendiliğinden bir karara varabileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla hakimin geniş bir müdahale yetkisinin bulunduğu söylenebilecektir²⁸⁸. Fakat hakimin bu takdir yetkisinin sınırsız olmadığı, düzenlemeye göre kusuru bulunan tarafın katılma alacağının hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde azaltılması gerektiği belirtilmektedir. Doktrindeki yazarlara göre, hâkim bu hususta karara varırken çekingen davranmalıdır²⁸⁹.

Zinada bulunan tarafın evliliğin sürdüğü sırada malvarlığı bakımından katkı ve emeğine bakarak, takdir yetkisinin katılma alacağını bütünüyle kaldırmaktansa azaltılmasına yönelik kullanmasının hakkaniyetin gereği olduğu vurgulanmaktadır²⁹⁰. Aynı şekilde, zinanın gerçekleştiriliş biçimi ile devamlılık gösterilip gösterilmediği, evliliğin müddeti, eşler tarafından evliliğin sürdüğü müddet boyunca mükellefiyetlere ne ölçüde uyulduğu vb. hususlar üzerinde durularak hakimin sübjektif adaletin gerektirdiği surette bir karara varması gerekmektedir²⁹¹.

²⁸⁸ GÜMÜŞ, s. 397; ÖZTAN, s. 534; BADUR, s. 11; ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 463; ERSÖZ, s. 201.

²⁸⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 246.

²⁹⁰ KILIÇOĞLU, Aile, s. 439; ERDEM, s. 313.

²⁹¹ ŞIPKA/ÖZDOĞAN, s. 466. Aynı doğrultudaki görüş için ERSÖZ, s. 199.

2.5.3.2. Zinaya Dayalı Boşanmanın Paylaşmalı Mal Ayrılığı Rejimine

Tesirleri

Kanun koyucu evliliğin devamı müddetince ve sona ermesi durumunda tarafların malvarlığı hususunda düzenlemelere giderken yalnızca kanuni mal rejimini düzenlememiştir. Bu şümulde tarafların bilhassa ekonomik ilişkilerde istediği şekilde düzenleme yapabilmeleri için bir kısım rejim türlerine de yer vermiştir. Buna göre eşler, mevzubahis seçimlik rejimlerden birisini seçebileceklerdir²⁹².

Mevzubahis rejimlerden birisi de paylaşmalı mal ayrılığı rejimidir+. TMK md. 247’de evliliğin boşanmadan dolayı sona ermesi durumunda rejimin davanın açıldığı tarih itibariyle sona ereceği belirtilmiştir. Buna göre PMA rejimi tasfiye edilirken paylaşım mevzuu mallar için, ailenin müşterek istimaline özgülenen mallar, paylaşım dışı mallar, paylı mülkiyet mevzuu mallar şeklinde ayrımlar yapılmaktadır.

TMK md. 252’de zina ile hayata kast hallerinde EMKR’dekine benzer bir hal yaratılmıştır. Kanun koyucu PMA rejiminde, EMKR ile aynı doğrultuda olarak, zinanın farklı bir netice doğuracağını belirlemiştir. TMK md. 252’ye göre zinadan yahut hayata kasttan dolayı boşanmada, hâkim, kusuru bulunan tarafın hakkaniyet gereği payını azaltma yahut kaldırma yönünde bir karara varabilecektir. EMKR ile farklılık arz edecek şekilde bu rejimde katılma alacağına yer verilmemiştir. Ancak, rejim tasfiye edilirken eşlere ait payın kaldırılması yahut azaltılmasına dair karara varılabileceği belirtilmiştir. PMA rejimi bakımından TMK md. 252’nin tatbik edilebilmesi için zinaya dayalı boşanmaya dair kararın verilmesi yeterlidir. Dolayısıyla hâkim boşanmada kusuru olan

²⁹² AKINTÜRK/ATEŞ, s. 146.

eş e ait pay bakımından müşahhas hadiseye bakarak hakkaniyet ölçüsünde bir netice ortaya çıkartmalıdır²⁹³. Bunun yanı sıra düzenlemeden görüleceğ i gibi PMA rejiminde hakim in takdir yetkisi bulunduğ undan, talep olmasa da kusuru bulunan eş e ait payı azaltma yahut kaldırma yönünde bir karara varılabilecektir²⁹⁴. TMK md. 236/II hükmünün ve md. 252'nin tatbiki zaviyesinden hiçbir farka yer verilmemiştir. Binaenaleyh o başlıkta yaptığımız açıklamalarımızı yinelemeye gerek görmüyoruz.

²⁹³ BİÇKİN, s. 1895.

²⁹⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 482.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

ZİNA SEBEBİYLE BOŞANMADA TAZMİNAT MESULİYETİ

3.1. Maddi Tazminat ve Şartları

Boşanma davasının yanı sıra yahut boşanma hükmünün ardından maddi tazminatın istenebilmesindeki gaye eşlerin birisinin evliliğin sona ermesinden dolayı uğrayabileceği maddi zararların karşılanmasıdır çünkü TMK md. 174’te belirtildiği gibi boşanmanın neticesinde var olan yahut umut edilen çıkarları boşanmadan dolayı boşa çıkan, kusuru bulunmayan yahut kusuru az olan eşin uğramış olduğu zararların kısmi dahi olsa karşılanması gerekmektedir. Boşanma davasında bu tazminat nevi, boşanmaya sebep olan vakıalarda kusurlu olan eşin tazmin etmekle mükellef olduğu maddi zararın bütününe ifade eder. Maddi tazminat talebinin hakkaniyetin bir neticesi olduğu belirtilmektedir²⁹⁵. Boşanma sebebiyle ortaya çıkan mali neticelere dair düzenlemelere göre, şeraitinin bulunması durumunda eşler birbirinden maddi ve manevi tazminata dair talepte bulunabileceklerdir²⁹⁶. Bu talepte bulunmak hususunda taraflar serbest olup,

²⁹⁵ ÖZTAN, s. 801-802; BAŞPINAR, Murat: Boşanmanın Mali Sonuçları ve Özellikle Maddi ve Manevi Tazminat, Yayımlanmamış yüksek lisans tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2008, s. 55.

²⁹⁶ KILIÇOĞLU, Medeni, s. 21.

hâkim tarafından maddi tazminat hususunda kendiliğinden bir karara varılabilmesine imkan bulunmamaktadır²⁹⁷.

TMK md. 174 mucibince maddi tazminatın belirlenebilmesi için talep edenin var olan yahut beklediği menfaatlerinin boşanmadan dolayı boşa çıkması gereklidir. Dolayısıyla bu durumlarda maddi bir zararın varlığı mevzubahis olduğunda bunun tazmini gerekecektir. Düzenlemedeki “*mevcut*” yahut “*beklenen*” menfaatle neyin kastedildiği açık bir şekilde ifade edilmemektedir. Doktrindeki yazarlarca mevcut menfaatlere, tarafların evlilikleri boyunca sağlamış bulundukları bakım hakları, eşlerin birisinin sahibi bulunduğu malı işlemekle edindiği faydalar, eşlerin birisinin boşanmadan dolayı yerini değiştirmesi sebebiyle yapmış olduğu masraflar, evlilikten dolayı işinden ayrılan tarafın uğramış bulunduğu mali kayıplar misal gösterilmektedir²⁹⁸. Doktrindeki bir görüşe göre²⁹⁹ eşini, zina fiilini işlerken görmesi üzerine psikolojisi bozulan diğer tarafın, muayene masrafları maddi tazminat kapsamındadır. Nitekim boşanma halinde maddi tazmin şümulüne girecek kalemlerin kati şekilde hesabı mümkün değildir.

TMK md. 174’teki maddi tazminatın istenebilmesi hususunda bazı şeraitin belirlendiği görülecektir. Bunlardan birisinin yahut bir kısmının birlikte bulunmaması

²⁹⁷ ERDEM, s. 193; ÖZTAN, s. 799; HELVACI/ERLÜLE, s. 180; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 150.

²⁹⁸ ÖZTAN, s. 809; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 297; BAŞPINAR, s. 61; TEKİNAY, s. 243; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1017-1018; KILIÇOĞLU, Aile, s. 162.

²⁹⁹ TEKİNAY, s. 243.

durumunda maddi tazminatın istenebilmesine imkân bulunmamaktadır³⁰⁰. Maddi tazminat şeraitinden ilki, talebin yöneltildiği tarafın kusurlu olmasıdır. Buna göre kendinden tazminat istenen tarafın kusuruna dayalı bir boşanma bulunmaması durumunda bu talebin reddine karar verilecektir³⁰¹. Söz gelimi akıl hastalığı durumunda davalının kusurunun bulunduğundan söz edilemeyeceğinden bu talebin reddi gerekmektedir. Zina eden eş aile mahkemesince kusurlu kabul edileceğinden bu şart sağlanmaktadır. Maddi tazminatın şeraitinden diğeri, talep edecek tarafın kusurunun bulunmaması yahut öteki tarafa nazaran kusurunun daha az olmasıdır. Müsavi kusur halinde tazminata hükmolunamaz³⁰². İlâveten, tazminat talebi olan tarafın kusuru

³⁰⁰ BAŞPINAR, s. 57.

³⁰¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 151-152; TEKİNAY, s. 243; KILIÇOĞLU, Aile, s. 163; ÖZTAN, s. 808.

³⁰² Temyiz Mahkemesince bu husus “*Mahkemeye davacı erkeğin ağır kusurlu olduğu kabul edilerek tarafların boşanmalarına karar verilmişse de tarafların mahkemeye kabul edilen ve gerçekleşen kusurlu davranışlarına göre boşanmaya sebep olan olaylarda eşit kusurlu olduklarının kabulü gerekir. Eşit kusurlu eş yararına tazminat verilemez...*” sözleriyle ifade edilmiştir. (Temyiz Mahkemesi 2. HD 09.06.2016 T. 2015/18958 E. 2016/11442 K.), ayrıca aynı yönde kararlar için bkz. Temyiz Mahkemesi 2. HD 22.03.2022 T. 2022/534 E. 2022/2727 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 13.04.2022 T. 2022/1246 E. 2022/3548 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 18.04.2022 T. 2022/895 E. 2022/3691 K., Ankara BAM 1. HD 05.04.2022 T. 2019/2769 E. 2022/730 K., İzmir BAM 18. HD 12.05.2022 T. 2022/787 E. 2022/760 K., İzmir BAM 2. HD 17.05.2022 T. 2020/1039 E. 2022/835 K. uyap.gov.tr, ET: 24.05.2022.

tazminat miktarı takdir edilirken ehemmiyet kazanacaktır³⁰³. Maddi tazminatın şeraiti arasında bir diğeri, zararlar boşanmanın arasında illiyet bağının da bulunmasıdır. Buna göre maddi tazmin talebi olan tarafın, zararının boşanmadan dolayı gerçekleşmesi gerekmektedir³⁰⁴. Bu husus TMK md. 174’te de “...boşanma yüzünden zedelenen...” sözleriyle ifade edilmiştir. Doktrindeki yazarlara göre boşanmadan dolayı maddi zararı bulunan tarafın bunu ispat etmesi gerekmektedir³⁰⁵. Boşanma dışındaki bir sebepten doğan menfaat kayıpları mezkur TMK maddesi şümulünde istenemez ancak şartları varsa umumi hükümlere müracaat edilebilir³⁰⁶.

Doktrindeki başka bir görüşe göre beklenen menfaat daha mücerret bir mefhumdur. Umumi olarak boşanmanın gerçekleştiği sırada daha bulunmayan, fakat evliliğin devamı müddetince bulunacağı umulan menfaatler de şümule girmektedir. Söz gelimi eşlerin birisinin mirasa dair hak yoksunluğu; eşlerin birisinin ötekinin işyerinde çalışarak maddi gelir elde ederken boşanmadan dolayı bundan faydalanamayacak olması bunun örneklerindendir³⁰⁷.

³⁰³ ERSÖZ, s. 206.

³⁰⁴ KILIÇOĞLU, Aile, s. 162-163; ÖZTAN, s. 809.

³⁰⁵ GENÇCAN, Boşanma, s. 1154.

³⁰⁶ ERSÖZ, s. 205.

³⁰⁷ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1019; ÖZTAN, s. 812; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 152; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 297; KILIÇOĞLU, Aile, s. 162.

3.2. Zina ve Kusur İlişkisine Göre Maddi Tazminat

Doktrinde bazı yazarlara göre yalnızca tarafların kusurlarının kıyaslanması yetersiz olur, ayrıca maddi tazmin talebinde bulunanın kusurlarının hafif kusur nevinde kusurlar olması gerekmektedir³⁰⁸. Dolayısıyla eşlerin birisinin kusurunun olmaması halinin boşanmanın istinat ettiği vakıalar zaviyesinden ele alınması gerektiği belirtilmiştir³⁰⁹. Buna göre, hafif kusur kusursuzluk şeklinde değerlendirilerek tazmin talebinde bulunulabilecektir. Fakat eşlerin birisinin ötekine nazaran kusurunun daha az olmasına rağmen daha az kusurlu eşin kusurlarının ağır kusur nevinden olması ve boşanma sebebi sayılabilecek mahiyete sahip olması hallerinde bunun müşterek kusur şeklinde değerlendirilmesi ve tazminatın indirilmesi sebebi sayılması gerektiği belirtilmiştir³¹⁰.

Diğer bazı yazarlara göre bu hallerde ağır kusur ile illiyet bağının bulunması gerekecek, eşlerin birisinin ağır kusurluluğunda bu kusurun boşanma sebebi sayılabilecek surette bulunması durumunda maddi tazmin talebi tamamen kalkacaktır³¹¹. Tarafların boşanmada kusurları müsavî ise taraflarca maddi tazmin talebinde bulunulamaz³¹².

³⁰⁸ ÖZTAN, s. 807.

³⁰⁹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 151.

³¹⁰ KILIÇOĞLU, Medeni, s. 18; TEKİNAY, s. 242; OĞUZ, s. 3; ÖZTAN, s. 807.

³¹¹ OĞUZ, s. 3; BAŞPINAR, s. 66; KILIÇOĞLU, Medeni, s. 18.

³¹² ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1020; ERDEM, s. 188; GENÇCAN, Boşanma, s. 1141; Temyiz Mahkemesi 2. HD 14.03.2022 T. 2022/453 E. 2022/2334 K.;

Düzenleme mucibince hükme alınan maddi tazminatın zinada bulunan taraf açısından ele alınması gereklidir. TMK’de kusuru bulunmayan yahut diğerine nazaran daha az bulunan eşin, tazmin talebini öne sürebileceği belirtilmektedir. Buna göre, boşanmanın dayandırıldığı vakılarda tarafların hiçbir şekilde kusursuz olamayacakları dikkate alınarak tazmin talebinin kusursuzluk haliyle sınırlandırılmadığı ifade edilmektedir. Doktrinde TMK md. 174’te ifade edilen kusur durumunun tarafların evlilik sebebiyle mevcut olan mükellefiyetlere mugayir davranması sebebiyle meydana gelen kusur olduğundan bahsedilmektedir. Bu sebeple tazmin talebinde bulunabilmesi zaviyesinden bu yönde bir muhalefetin yeterli görülmesi gerektiği müdafaa edilmektedir³¹³. Buna göre zina fiilinin sadakat mükellefiyetine muhalefet teşkil etmesi ve TMK’de boşanmanın hususi sebeplerinden sayılmasından dolayı zinada bulunan tarafa yönelik maddi tazmin talebinin yöneltilebilmesi mümkündür³¹⁴. Bunun yanı sıra zina fiilinin boşanmada kusura dayalı ve mutlak sebeplerden birisi olduğu düşünüldüğünde, bu fiili gerçekleştiren tarafa bu sebeple dava ikame olunması ve bunun kabulü durumunda, fiili işleyen kusurunun bulunduğu sabit olacağından, öteki tarafın tazmin talebinin kabulüne hiçbir mani bulunmayacaktır.

Temyiz Mahkemesi 2. HD 16.03.2022 T. 2021/8725 E. 2022/2515 K. uyap.gov.tr, ET: 10.05.2022.

³¹³ OĞUZ, Cemal: Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 4, S. 2, Ankara 2000, s. 4.

³¹⁴ BAŞPINAR, s. 69; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 110.

3.3. Manevi Tazminat ve Şartları

Düzenlemeye göre boşanma sebebi sayılan vakılardan dolayı şahsiyet hakkına saldırıda bulunulan eş, kusuru bulunan eşinden, uygun bir miktar manevi tazmin talebinde bulunabilecektir. Manevi tazminat meselesi TMK md. 174/II hükmünde düzenlenmiştir. Manevi tazminata dair talepte bulunan tarafın, boşanma sebebi sayılan vakılarda ağır kusurunun bulunması durumunda bu talebinin reddedileceği kabul edilmektedir³¹⁵. Aynı şekilde taraflar, boşanmanın sebebi sayılan vakılarda müsavî kusurlu iseler manevi tazminata hükmedilmesine yine imkan bulunmayacaktır³¹⁶. Boşanmadan dolayı manevi tazmin talebinde bulunulabilmesi, ilaveten, boşanmanın sebebi sayılan vakılardan dolayı tarafların birisinin şahsiyet haklarına mugayir davranmasına da bağlıdır. Ehemmiyetle belirtmek isteriz ki sadece boşanmış olunması manevi tazminat istemeyi haklı hale getirmez³¹⁷. Şahsiyet hakkına muhalefet teşkil eden bu durum manevi tazminatı gerektirir mertebede olmalıdır³¹⁸. Ayrıca, şahsiyet hakkı ihlal edilen tarafın manevi zararının da bulunması gerekmektedir³¹⁹. Bunların yanı sıra boşanmayla eşe verilen manevi zararın

³¹⁵ KILIÇOĞLU, Aile, s. 167; ÖZTAN, s. 831; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 153-154; GENÇCAN, Boşanma s. 1227; BAŞPINAR, s. 100.

³¹⁶ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 154; GENÇCAN, Boşanma, s. 1227; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 119; YÜCEDAĞ, s. 291; Temyiz Mahkemesi 2. HD 15.01.2013 T. 2012/12526 E. 2013/492 K. uyap.gov.tr, ET: 05.11.2021

³¹⁷ Temyiz Mahkemesi 2. HD 29.06.1933 T. 1477 E. 2170 K. ERSÖZ, s. 212.

³¹⁸ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 154.

³¹⁹ BADUR/TURAN BAŞARA, s. 119; GENÇCAN, Boşanma, s. 1234.

illiyet bağı ile bağlı olması da aranmaktadır³²⁰. Bu şart TMK md. 174/II hükmünde “Boşanmaya sebep olan olaylar yüzünden...” sözleriyle ifade edilmiştir.

TMK md. 174/II mucibince manevi tazminata dair talep için kanun koyucunun belirlediği şartların bir arada bulunması gereklidir. Düzenleme mucibince, boşanmanın sebebi sayılan vakılardan dolayı şahsiyet hakkı ihlal edilen eş, kusuru bulunan eşinden, manevi tazminata dair talepte bulunabilecektir. Manevi tazminat talebinde bulunabilmek için ilk şart olan davalı tarafın kusurunun bulunması meselesini yukarıda açıkladık. Boşanmanın sebebi sayılan vakılarda kusurlu olan ve manevi zarar ortaya çıkartan eşten diğer eşin manevi tazminata dair talepte bulunması gerekmektedir³²¹. Öğretideki yazarlara göre boşanmadan dolayı istenilen manevi tazminat, boşanma sebebi sayılan vakıaların şahsiyet hakkının ihlaline de sebep olması dolayısıyla, kişilerin bozulmuş olan ruhi dengelerini tekrar tesis etmeyi hedefleyen bir çeşit *denkleştirme aracıdır*³²². Temyiz Mahkemesi bir kararında bu tazminatla, boşanma sebebi sayılan vakıalar sebebiyle şahsiyet hakları ihlal edilen eşin, bozulmuş olan psikolojisini düzeltmenin, manevi değerlerine dair eksikliğin giderilmesinin gaye edildiğini belirtmektedir³²³. Manevi

³²⁰ KILIÇOĞLU, Aile, s. 167; ÖZTAN, s. 830; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 119; GENÇCAN, Boşanma, s. 1237-1238.

³²¹ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 152; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 299; KILIÇOĞLU, Aile, s. 166; ÖZTAN, s. 827.

³²² ÖZTAN, s. 826.

³²³ Temyiz Mahkemesi 2. HD 29.03.2013 T. 2012/7173 E. 2013/8708 K., ayrıca aynı gayeyi ifade eden BAM kararı için bkz. İzmir BAM 18. HD 06.06.2022 T. 2019/1114 E. 2022/931 K. uyap.gov.tr, ET: 12.06.2022.

zarar görme durumu herkes için farklı suretlerde gerçekleşebileceğinden bu hususun objektif olarak hesaplanması mümkün değildir bu sebeple her müşahhas hadisede hakim hakkaniyete muvafık şekilde karar alacaktır.

Öte taraftan, kanun koyucu manevi tazminat talebi bulunan tarafın kusuru meselesinden bahsetmemiştir. Fakat doktrinde maddi tazminat mevzuunda bulunması gereken şeraitin manevi tazminat için de bulunması gerektiği ifade edilmiştir. Yani manevi tazminat talebinde bulunan tarafın, tam olarak kusursuzluğunun şart olmayacağı³²⁴, boşanmanın sebebi sayılan vakıalarda kusurunun bulunmasının yanı sıra bunun boşanmanın sebebi sayılabilecek ağırlıkta bulunmaması durumunda manevi tazminata dair talepte bulunabileceği, fakat kusurunun tazminat miktarının tespitinde göz önünde bulundurulabileceği ve bu meselenin TBK md. 52 mucibince tazminat miktarından indirim sebepten teşkil edebileceği belirtilmiştir³²⁵. İlaveten Temyiz Mahkemesine göre manevi tazminatın miktarının manevi zararı geçecek şekilde takdir edilmemesi gerekir³²⁶.

³²⁴ Temyiz Mahkemesi HGK 13.04.2011 T. 2010/2-751 E. 2011/96 K. uyap.gov.tr, ET: 10.12.2021.

³²⁵ KILIÇOĞLU, Aile, s. 166; ÖZTAN, s. 826; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 118-119; YÜCEDAĞ, Nafiye: Yargıtay Kararları Işığında Kusurun Boşanmanın Mali Sonuçlarına Etkisi, Ed. Baki İlkay Engin, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 2017, s. 291; ERDEM, s. 195; DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 153.

³²⁶ Temyiz Mahkemesi HGK 24.10.2001 T. 4-1016 E. 2001/757 K., Temyiz Mahkemesi 2. HD 03.02.2016 T. 2015/11778 E. 2016/1674 K. Karara göre “...kişilik haklarını ihlal

3.4. Zinaya Dayalı Boşanma Neticesinde Manevi Tazminat

Doktrinde ve mahkeme kararlarındaki farklılıklara karşın, yaygın kabul edilen görüşe göre, sadakat mükellefiyetine ağır biçimde muhalif bulunulması durumu olan zinanın, öteki taraf bakımından şahsiyet hakkının ihlaline sebep olduğu, bundan dolayı da manevi zararı bulunan tarafın buna dair talepte bulunabileceği belirtilmektedir³²⁷. Buna göre zinadan dolayı açılan bir davada, bu fiilin öteki tarafı manen bir zarar altında bırakıp bırakmadığının müşahhas hadiseye bakılarak değerlendirilmesinde fayda bulunmaktadır.

Boşanma, manevi tazminata dair talepte bulunabilmesi bakımından yalnız başına yeterli kabul edilmemektedir. Bunun yanı sıra boşanmanın sebebi sayılan vakılardan dolayı tarafların birisinin şahsiyet haklarının ihlal edilmiş olmasına da gerek bulunmaktadır. Buna göre zinada bulunan tarafın, bu fiilinin, şahsiyet hakkını mütecaviz

eden fiille tazminat miktarı arasında makul bir oranın bulunması gerekir. Bir tarafın zenginleşmesine yol açacak sonuçlar doğurur miktarda manevi tazminat takdiri, müesseseyi amacından saptırır. Hakim, tazminat miktarını hesaplarken bir yandan kişilik hakkı zedelenen tarafın, ekonomik ve sosyal durumunu ve boşanmada kusuru bulunup bulunmadığını ve varsa kusur derecesini, fiilin ağırlığını; öbür yandan da, kişilik haklarına saldırıda bulunanın kusur derecesini, ekonomik ve sosyal durumunu göz önünde bulundurmak zorundadır...”. corpus.com.tr, ET: 12.04.2022

³²⁷ ARAS, s. 11; ERSÖZ, s. 213; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 300; TEKİNAY, s. 246; ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1031; BİÇKİN, s. 1897.

mahiyette sayılıp sayılmayacağının tartışılmasında fayda bulunmaktadır. Doktrinde, şahsiyet hakkına saldırının umumi olarak zinaya dayalı boşanmada görüldüğü³²⁸, bunun yanı sıra zina fiilinin yalnız başına manevi tazminata dair talep için yetersiz olduğu³²⁹ belirtilmiştir. Temyiz Mahkemesi mevzu hakkında birbirinden farklı içtihatlarda bulunmuştur. Kimi kararlarında zinanın yalnız başına manevi zararın sebebi olabilecek fiil teşkil ettiğini belirtmiştir. Bazılarında ise evlilik sebebiyle mevcut bulunan mükellefiyetlere zinanın muhalefet teşkil ettiğini fakat bizzat eşe yönelmiş bir fiil olmaması sebebiyle manevi zararı doğurucu sebep teşkil etmediğini ifade etmiştir³³⁰. Biz zinanın tek başına manevi zarar yaratacağı görüşünderiz zira evlilik birliği içinde vuku bulacak zina fiilinden dolayı eşin manevi varlığının zarar görmemesi, elem duymaması hali ancak eşin zina fiiline eşi tarafından teşvik edilmesi, zorlanması, eşin zinaya rıza göstermesi vb. hallerde mümkün olabilir. Bu hallerde eşin zinaya dayalı boşanma davası ikame etme hakkının olmadığı görüşünde olduğumuzu daha önce açıkladığımızdan burada tekrar etmiyoruz³³¹. Doktrinde de baskın görüş zinanın manevi zarar doğurduğunu müdafaa etmektedir³³².

Boşanma sebebiyle TMK md. 174/II hükmüne dayanmadan boşanmadan müstakil olarak bir dava ile manevi tazminat istenmesi meselesi doktrinde tartışmalıdır. Öncelikle

³²⁸ AKINTÜRK/ATEŞ, s. 300.

³²⁹ ÖZTAN, s. 829.

³³⁰ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1030-1031.

³³¹ Bkz. 2.3.5.

³³² TEKİNAY, s. 246; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, s. 1031; BİÇKİN, s. 1897; ARAS, s. 11; ERSÖZ, s. 213-214; AKINTÜRK/ATEŞ, s. 300.

eşin zina fiiline istinat ederek boşanma davası ikame etmemesi manevi tazminat isteme hakkından feragat edildiği manası taşımaz. Mesuliyet hukuku hükümlerine dayalı şekilde tazminat halen istenebilir. Bu tazminat talebi TBK md. 58'e dayanacaktır. Bu tazminat talebinin de kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz zira TBK md. 49/I manasında hukuka muhalefet, zarar ve kusur mevcuttur ve eşin zararı bu hukuka mugayir zina fiilinden kaynaklanmaktadır. Mesuliyet hukuku hükümlerince talep edilecek bu tazminat TBK md. 72 mucibince iki yıl ve on yıllık müruruzaman müddetlerine tabi olurken TMK md. 174/II'ye dayanılsaydı bu müddet TMK md. 178 mucibince boşanma kararının katiyet kesbetmesinden başlamak üzere bir yıl olacak idi.

3.5. Zina Sebebiyle Üçüncü Kişiden Tazminat Talebi

Eşi zina fiilini gerçekleştirmiş bir kimsenin zina fiiline iştirak eden üçüncü kişiden tazminat talep etmesi meselesi doktrinde tartışmalıdır. Temyiz Mahkemesi 2018 yılına kadar her iki yönde kararlar vermektedir. Temyiz Mahkemesi HGK 24.03.2010 tarihli kararı³³³ ile zina fiiline iştirak eden üçüncü kişinin eşin sadakatsizlik fiiline katıldığını,

³³³ Temyiz Mahkemesine göre “... esasen dava dışı eşin, evlilik birliğinin gerektirdiği sadakat yükümü bulunmakla birlikte; onun evli olduğunu bilen ve buna rağmen onunla ilişkiye giren davalı kadının da dava dışı kocanın sadakatsizlik eylemine katıldığında ve her ikisinin de bu haksız eylemlerinden birlikte ve müteselsilen sorumlu olduklarında kuşku bulunmamaktadır. O halde olayda, Borçlar Kanunu'nun 50. maddesinde düzenlenen birden fazla şahsın; müşterek kusurlarıyla bir zarara yol açmaları, diğer bir deyimle, tam teselsül hali mevcut olup, davalı doğan zarardan, davacının eşi ile birlikte müteselsilen sorumludur...”. (Temyiz Mahkemesi HGK 24.03.2010 T. 2010/4-129 E. 2010/173 K. uyap.gov.tr, ET: 03.01.2022).

binaenaleyh aldatan eşle birlikte müteselsilen mesul olması gerektiğine hükmettikten sonra sadakat mükellefiyeti ve şümulü çok tartışılmıştır. TMK md. 185/III fıkrasının temel esaslarını belirlediği sadakat mükellefiyeti yalnızca eşler arasında hüküm ifade eder. Üçüncü bir şahıs istese bile herhangi bir fiili ile sadakat mükellefiyetini ihlal edemez. Bu sebeple mezkur HGK kararına iştirak etmiyoruz. Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi de bu HGK kararı ile aynı yönde kararlar vermiştir³³⁴. Temyiz Mahkemesi, mezkur HGK kararına istinat ederek, 2015 yılına kadarki kararlarında istikrarlı şekilde üçüncü şahsın, zina eden eşin sadakatsiz fiiline katıldığını müdafaa ederken Temyiz Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi, 11.06.2015 tarihli bir kararı ile Kanun'da üçüncü kişinin fiili zaviyesinden bir düzenlemenin mevcut olmaması sebebiyle üçüncü kişinin mesul tutulamayacağına ve evli kişiyle birlikte olma fiilinin şahsiyet değerlerine yönelik bir saldırı vasfında olmadığına hükmetmiştir³³⁵. Kanaatimizce de evlilik birliği herkese karşı

³³⁴ Temyiz Mahkemesi 4. HD 22.12.2014 T. 2014/1656 E. 2014/17564 K. uyap.gov.tr, ET: 02.03.2022.

³³⁵ Temyiz Mahkemesi 4. HD 11.06.2015 T. 2014/8510 E. 2015/7762 K., Dairenin aynı yönde kararları için bkz. Temyiz Mahkemesi 4. HD 22.10.2015 T. 2015/685 E. 2015/15042 K., Temyiz Mahkemesi 4. HD 23.12.2015 T. 2014/18145 E. 2015/15061 K., Temyiz Mahkemesi 4. HD 07.06.2016 T. 2016/196 E. 2016/7483 K., Temyiz Mahkemesi 4. HD 16.06.2016 T. 2015/8464 E. 2016/7973 K., Temyiz Mahkemesi 4. HD 23.06.2016 T. 2016/193 E. 2016/8258 K., Temyiz Mahkemesi 4. HD 16.10.2018 T. 2018/3149 E. 2018/6228 K. Daire zaman zaman aksi yönde yani tazminat vermeye cevaz veren kararlar da vermeye devam etmiştir, bkz. Temyiz Mahkemesi 4. HD 17.04.2017 T. 2016/7014 E. 2017/1999 K., Temyiz Mahkemesi 4. HD 17.04.2017 T. 2016/7095 E. 2017/2000 K.

ileri sürülmesi mümkün olan bir şahsiyet hakkı değildir, eşin şahsiyet haklarına ayrıca bir saldırıda bulunulduğu (mesela mesken masuniyeti, evlilikteki sırlar) takdirde aldatılan eşin manevi tazminat talebi mevzubahis olabilir. Zaten bu hallerde de tazminat mesuliyeti sadakat mükellefiyetiyle alakası olmayan bir hakkın ihlalinden doğar.

Temyiz Mahkemesi İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu “*evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağı*” yönünde 06.07.2018 tarihli ve 2017/5 E. 2018/7 K. sayılı içtihadı birleştirme kararını³³⁶ vererek bu mevzudaki tartışmalara son vermiştir.

TBK md. 49/I fıkrasına göre üçüncü şahıstan böyle bir talepte bulunmak mümkün değildir zira eşler tarafından herkese karşı ileri sürülecek aldatılmama suretinde bir mutlak hak bulunmamaktadır. TMK md. 185/III hükmü nispi mahiyet taşır. Evli bir insanla cinsi münasebet kurulmasını üçüncü şahıslar zaviyesinden yasaklayan herhangi bir hukuk normu hukuk sistemimizde yer almamaktadır³³⁷. Binaenaleyh hukuka muhalefet şartı gerçekleşmediğinden kanaatimizce TBK md. 49/I fıkrasına göre üçüncü şahıstan herhangi bir surette tazmin yoluna müracaat edilemez.

uyap.gov.tr, ET: 12.09.2021. Sadece bu hal dahi içtihadın birleştirilmesine olan ihtiyacı ortaya koymaktaydı. İlaveten bu kararların birçoğu karşı rey yazıları ihtiva etmektedir.

³³⁶ 08.12.2018 T. ve 30619 Sayılı RG’de yayımlanmıştır.

³³⁷ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 15. Bası, İstanbul 2020, s. 266-267.

TBK md. 49/II'ye göre “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”. Zina fiili ile alakalı olarak bu hükümden kaynaklanan bir tazminat talebinin üçüncü kişiye yöneltilip yöneltilemeyeceği mevzuu ise doktrinde tartışmalı olup katıldığımız baskın görüşe göre bu zina fiilinin umumi ahlaka mugayir olduğu kabul edilir ise dahi ayrıca üçüncü şahsın bilerek ve isteyerek aldatılan eşe zarar verme gayesi taşınması gerekir zira TBK hükmü “kasten” ifadesini kullanmıştır³³⁸. Bunun ispatı da oldukça güçtür. Aksinin kabulü her zina hadisesinde üçüncü şahsın eşe zarar vermek kastı ile bu fiili işlediğinin kabulü manasına gelecektir ki bu durum da hayat gerçekleriyle mütenakızdır zira para karşılığı cinsi münasebet yaşayan üçüncü kişinin durumunda bu kişi evlilikten haberdar olsa dahi diğer eşe zarar verme kastı taşımamaktadır. Binaenaleyh üçüncü kişinin, cinsi münasebet yaşadığı şahsın evli olduğundan haberdar olması tek başına TBK md. 49/II hükmünü aktifleştirmez³³⁹.

³³⁸ GÜMÜŞ, s. 9; BADUR/TURAN BAŞARA, s. 127.

³³⁹ CEYLAN, Zeynep Şeyma: Yargıtay Kararları Işığında Zina Sebebiyle Boşanmada Manevi Tazminat İstemi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XVII, S. 1, 2022, s. 83.

SONUÇ

TMK md. 185’te eşlerin evliliğin devamı boyunca sahip bulundukları haklara ve üstlenmiş oldukları mükellefiyetlere yer verilmiştir. “Evliliğin Genel Hükümleri” başlıklı bu üçüncü bölüm aile hukukunun kanunuesasisini teşkil etmektedir. Düzenlemede belirtilen sadakat mükellefiyeti umumi olarak evlilik müddetince güven duygusunun korunması ve ailenin devamlılığının sağlanmasına hizmet etmektedir. Zina, sadakat mükellefiyeti şümulünde bulunan cinsi sadakat mükellefiyetine muhalefet teşkil eden bir fiildir. Aile hukuku sebebiyle var olan bu mükellefiyete muhalefetin önüne geçilebilmesi için zina fiili, uzun devreler eTCK’de suça sebebiyet veren bir fiil olarak kabul edilmiştir. Fakat AYM değişik tarihlerde vermiş olduğu iptal kararlarında bu fiili suç olmaktan çıkartmıştır. Diğer taraftan zina fiili, medeni hukuk alanında ehemmiyetini sürdürmüştür ve tatbikatta da sık dayanan bir hususi boşanma sebebi olmuştur. İspatı hususunda Temyiz Mahkemesinin görüşleri zaman içinde değişiklik göstermiştir.

Hususi bir boşanma sebebi teşkil eden zinanın şartları umumi olarak zina fiilinin evlilik birliği devam ederken gerçekleşmesi, bu fiilin eşin kusuru neticesinde işlenmesi (eşin kusursuz olarak saldırıya uğraması vb. haller dışında bir cinsi münasebet olması), eşin dışında bir kimse ile cinsi münasebetin yaşanmış olması, kişinin zina eden eşini affetmemesi ve bize göre zinaya muvafakat edilmemesidir.

Aynı cins kişi ile girilen cinsi münasebetin haysiyetsiz hayat sürme olarak görülmesini isabetsiz bulduğumuz gibi tam birleşmenin cinsi uzvun tamamen girmesi şeklinde tefsir edilmesine de katılmıyoruz.

Zinaya dayalı olarak başvuru davada, bilhassa tarafların ikisinin de kusurunun bulunduğu hallerde yoksulluk nafakasına dair taleplerde her müşahhas vakaya göre bunun

şeraiti hakimce serbestçe takdir edilmelidir. Eşlerin her ikisinin zinası durumunda müsavi kusurları bulunacak ve böylece eşlerin birbirinden yoksulluk nafakasına dair taleplerde bulunabilmesine bir mani olmayacaktır. Ancak bu durum eşlerin ikisinin de zina fiili dolayısıyla boşanma talep edebilmelerine mani olmaz. Diğer taraftan, boşanmanın neticelerinden velayetle, boşanmada aranan kusurların birbirlerinden müstakil değerlendirilmeleri gerekmektedir. Velayet hususunda karara varılırken zinada bulunan kusurlu tarafa da velayetin verilmesi mümkündür zira burada en mühim kıstas çocuğun üstün menfaatidir. Çocukla şahsi ilişki kurulması meselesine de zinanın doğrudan tesiri olmayacaktır yani sadece bu sebep şahsi ilişki hakkına mani olmaz. Uzmanların bu mevzuda düzenleyecekleri rapora göre hakim serbestçe takdir hakkını kullanacaktır. Burada da tek kıstas yine çocuğun üstün menfaatidir.

Zina yapan eş ağır kusurlu kabul edileceğinden illiyet bağı gibi diğer şartlar da mevcutsa diğer eş daha ağır kusurlu olmadığı müddetçe maddi ve manevi tazminat hakkı doğacaktır. Bize göre manevi tazminat talebi boşanma davası ikame edilmeden de ileri sürülebilir. Tarafların evlilikteki kusurları müsavi ise manevi tazminat talebi kabul edilmemelidir ve sadece boşanmış olmak manevi tazminat talebini haklı göstermez.

Son olarak üçüncü kişiden tazminat talebine dair olarak Temyiz Mahkemesi 2018 yılında verdiği içtihadı birleştirme kararında “...evlilik birliği devam ederken eşlerden biri ile evli olduğunu bilerek birlikte olan üçüncü kişiye karşı diğer eşin manevi tazminat isteminde bulunamayacağı...” şeklinde karar verdiğiinden bu husustaki tartışmalar büyük ölçüde kapanmıştır.

KAYNAKÇA

- ACABEY, M. Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, İzmir 2007.
- ACAR, İsmail: Osmanlı Kanunnameleri ve İslam Ceza Hukuku (I), Dokuz Eylül Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, Sayı XIII-XIV, İzmir 2001.
- AKINTÜRK, Turgut/ATEŞ, Derya: Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 22. Bası, İstanbul 2020.
- ARAL, Fahrettin/AYRANCI, Hasan: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Baskı, Ankara 2018.
- ARAS, Bahattin: Sadakat Yükümlülüğünün İhlal Edilmesi Halinde Eşin ve Üçüncü Kişinin Manevi Tazminat Sorumluluğu, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt 11, Sayı 116, Ankara 2016.
- ATEŞ, Ahmet: Zina, Kütahya 1966.
- ATILKAN, Bilal: Evlilik Birliğinde Sadakat Yükümlülüğü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Çankaya Üniversitesi, Ankara 2019.
- BADUR, Emel: Zina veya Hayata Kast Nedeniyle Boşanma Halinde Kusurlu Eşin Artık Değerdeki Payı, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, Sayı 2, Ankara 2016.
- BADUR, Emel/TURAN BAŞARA, Gamze: Aile Hukukunda Sadakat Yükümlülüğü ve İhlalinden Kaynaklanan Manevi Tazminat İstemi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 65, Sayı 1, Ankara 2016.
- BAŞPINAR, Murat: Boşanmanın Mali Sonuçları ve Özellikle Maddi ve Manevi Tazminat, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2008.
- BİÇKİN, İnci: Medeni Yasa'da Zina Nedenine Dayalı Boşanma ve Sonuçları, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 80, Sayı 5, İstanbul 2006.
- BOYNUKALIN, Mehmet: İslam Hukukunda Zina Suçu ve Cezası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 1995.

- CEYLAN, Ebru: İsviçre, Fransa, Belçika, İspanya ve İtalya Hukukundaki Boşanma Sebeplerinin Türk Hukukuyla Mukayesesi ve Değerlendirilmesi, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, Sayı 12, 2018.
- CEYLAN, Zeynep Şeyma: Yargıtay Kararları Işığında Zina Sebebiyle Boşanmada Manevi Tazminat İstemi, Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt XVII, Sayı 1, 2022.
- ÇIRAK, Fatma: Zina Sebebiyle Boşanma Davasında Hukuka Aykırı Deliller, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Özel Hukuk Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 2020.
- DEDE, İsmail: Türk Boşanma Hukukuna Farklı Bir Yaklaşım: Zina ve Haysiyetsiz Hayat Sürme Arasındaki Keskin Sınır, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 23, Sayı 3, İstanbul 2017.
- DEVELLİOĞLU, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 10. Baskı, Ankara 1992.
- DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, Gözden Geçirilmiş 14. Bası, İstanbul 2019.
- ERDEM, Mehmet: Aile Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2019.
- ERSÖZ, Oğuz: Türk Hukukunda Zina Sebebiyle Boşanma, İstanbul 2018.
- FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: Aile Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 1986.
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Velâyet Hukuku, Ankara 2015 (Velayet).
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Nafaka Hukuku, Ankara 2018 (Nafaka).
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Boşanma Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2019 (Boşanma).
- GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, 6. Baskı, Ankara 2019 (Rejim).
- GİRGİN, Yasin: Evlilik Birliğinin Sona Ermesi, Ankara 2013.
- GOLDSTEIN, Joseph/KATZ, Jay: The Family and the Law, New York 1965.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki: Zina Cürümleri, İstanbul 1983.
- HATEMİ, Hüseyin: Aile Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2019.
- HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, 5. Bası, İstanbul 2018.

- İNAN, Ali Naim: Türk Medeni Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.
- KARAMERCAN, Fatih: Katkı - Değer Artış Payı & Katılma Alacağı Davaları, 5. Baskı, Ankara 2019.
- KAYA, Berna Berfin: Medeni Hukukta Zina, Atılım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2020.
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medenî Kanun'umuzun Aile - Miras - Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 3. Bası, Ankara 2014 (Yenilikler).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Aile Hukuku, Ankara 2015 (Aile).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Hukuk, 3. Basım, Ankara 2016 (Medeni).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Katkı-Katılma Alacağı, 6. Bası, Ankara 2016 (Katkı-Katılma).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Medeni Kanunumuzu Nasıl Değiştirdik, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 22, Sayı 3, İstanbul 2016 (Nasıl Değiştirdik).
- KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2019 (Özel).
- KONAN, Belkıs: Hukuk-ı Aile Kararnamesi'nde Kadının Hukuki Durumu İle İlgili Düzenlemeler, ed. Fethi Gedikli, II. Türk Hukuku Tarihi Kongresi Bildirileri Cilt I, İstanbul 2016.
- KORKMAZ, Müberra: Türkiye'nin Ceza Hukuku Tarihinde Zina Suçu, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 2, Sayı 2, Ankara 2017.
- KÖPRÜLÜ, Bülent/KANETİ, Selim: Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1989.
- LALE, İsmail/LALE, Ömer: Evlilikte Hukuksal İlişkiler, Ankara 2009.
- MEDAR, Arzu Ahsen: Yargı Kararları Işığında Türk ve İsviçre Hukukunda Yoksulluk Nafakası, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Ankara 2018.
- OĞUZ, Cemal: Medeni Kanun Madde 174/I ile 175 Arasındaki Farklar, Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, Ankara 2000.
- OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami: Medenî Hukuk, 23. Bası, İstanbul 2017.
- OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, Üçüncü Bası, İstanbul 2001.

- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 2, 15. Bası, İstanbul 2020.
- OKTAY ÖZDEMİR, Saibe: Türk Hukukunda Boşanma Sisteminde Revizyon İhtiyacı, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Cilt 35, Sayı 1, 2015.
- OSMANAĞAOĞLU, Cihan: Klasik Dönem Osmanlı Hukukunda Zina Suçu ve Cezası, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 66, Sayı 1, İstanbul 2008.
- ÖZKORKUT, Nevin Ünal: Türk Hukuk Tarihinde Zina Suçu, Ankara 2009.
- ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015.
- ÖZUGUR, Ali İhsan: Velâyet - Vesayet - Soybağı ve Evlât Edinme Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2002.
- SCHWARZ, Andreas Bertalan: Aile Hukuku, Çeviren-Bülent Davran, 2. Baskı, İstanbul 1946.
- SERDAR, İlknur: Kişisel İlişki Kurma Hakkı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 9, Özel Sayı, İzmir 2007.
- ŞAHİN, Mustafa: Türk - İsviçre Medeni Kanunlarına Göre Evlilik Sonrası Katkının (Yoksulluk Nafakasının) Şartları, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 21, Sayı 3, Ankara 2017.
- ŞANVER, Şerafettin: Boşanma Davaları El Kitabı, Ankara 2009.
- ŞENER, Esat: Hukuk Sözlüğü, Ankara 2001.
- ŞIPKA, Şükran/ÖZDOĞAN, Ayça: Eşler Arasındaki Malvarlığı Davaları, 2. Bası, İstanbul 2017.
- TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: Türk Aile Hukuku, 3. Bası, İstanbul 1978.
- TEKİNAY, Selahattin Sulhi/AKMAN, Galip Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. baskı, İstanbul 1993.
- TEMİZ, Yağmur: Türk İslam Hukukundan Günümüze “Zina”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 5, Sayı 2, Malatya 2014.
- TUTUMLU, Mehmet Akif: Yeni Türk Medeni Kanununun Hükümlerine Göre Evliliğin Butlanı Boşanma, Ayrılık Sebepleri ve Boşanmanın Hukuki Sonuçları, Ankara 2006.

- YAĞCI, Kürşad: Yoksulluk Nafakasında “Süresizlik” Sorunu, İstanbul Hukuk Mecmuası, Cilt 76, Sayı 1, İstanbul 2018.
- YARAYAN, Ali: Türk Medeni Hukuku Temel Bilgiler, Ankara 2013.
- YETİK, Nurten: Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, 3. Baskı, Ankara 2008.
- YILDIRIM, Abdulkerim: Türk Aile Hukuku, Ankara 2014.
- YILMAZ, Merve: Bağışlama Sözleşmesinin Sona Ermesi, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi, İstanbul 2011.
- YİĞİT, Talip: Boşanma ve Zina İlişkisi: Türkiye ve Avrupa Birliği Üye Ülkelerin Yasa Uygulama Örnekleri, Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 5, Sayı 46, 2017.
- YÜCEDAĞ, Nafiye: Yargıtay Kararları Işığında Kusurun Boşanmanın Mali Sonuçlarına Etkisi, Ed. Baki İlkay Engin, Medeni Hukuk Alanındaki Güncel Yargıtay Kararlarının Değerlendirilmesi Sempozyumları Cilt II Aile Hukuku, İstanbul 2017.
- YÜKSEK, Ali: İslam Aile Hukukunda Boşama Yetkisi ve Kadının Boşanması, Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi, Cilt 7, Sayı 32, Samsun 2014.
- ZEVLİLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, K. Emre: Medeni Hukuk, 6. Baskı, Ankara 1999.
- ZEVLİLİLER, Aydın/GÖKYAYLA, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 15. Bası, Ankara 2015.
- ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, 4. Baskı, Ankara 2020.

ÖZET

Zina, evlilik birliği sürerken, bir kimsenin eşinin haricinde birisiyle cinsi münasebet yaşamasıdır. Zina 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda hususi boşanma sebepleri arasında sayılmıştır. Sadakat mükellefiyeti evlilik birliği sebebiyle eşlere yüklenen en mühim mükellefiyetlerden birisidir. Eşlerden birisinin zina fiilini gerçekleştirmesi, evlilik birliği sebebiyle kanundan dolayı eşlere yüklenen sadakat mükellefiyetinin ihlalidir. Diğer bir deyişle, evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerin birisinin eşinden başka bir kişi ile rızai olarak cinsi münasebet yaşamasından dolayı sadakat mükellefiyetine mugayir davranılmış olacaktır. Çalışmada Türk Medeni Kanunu'nda boşanma sebebi olarak zina üzerinde durulacaktır.

Anahtar Kelimeler: Evlilik, Cinsi Hayat, Sadakat Mükellefiyeti, Muhalefet, Boşanma

ABSTRACT

Adultery is sexual intercourse with someone other than one's spouse, while the marriage is still in progress. Adultery is counted among the special reasons for divorce in the Turkish Civil Code No. 4721. The obligation of loyalty is one of the most important obligations imposed on spouses due to the marriage. The act of committing adultery by one of the spouses is a violation of the legal obligation of loyalty arising from the marriage. In other words, due to the fact that one of the spouses had voluntary sexual intercourse with someone other than his current spouse during the continuation of marriage, the obligation of loyalty would be violated. The study will focus on adultery as a reason for divorce as to the Turkish Civil Code.

Keywords: Marriage, Sexual Life, Marital Fidelity, Contravention, Divorce